

881209

11  
re)

# UNIVERSIDAD ANAHUAC

ESCUELA DE DERECHO

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO



## ANALISIS COMPARATIVO DEL MATRIMONIO EN EL DERECHO ROMANO CON NUESTRO DERECHO VIGENTE

T E S I S

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

GERARDO GONZALEZ ALVAREZ

MEXICO, D. F.

1987

FALLA DE ORIGEN



## **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

	Página
PROLOGO	1
INTRODUCCION	2
CAPITULO I - OBSERVACIONES PRELIMINARES	
1.1 FUNDAMENTOS DE LA FAMILIA ROMANA.....	4
1.1.1 ORDEN HISTORICO.....	6
1.1.2 ACEPCIONES DE LA PALABRA FAMILIA.....	10
1.1.3 MODOS DE ENTRAR A LA FAMILIA.....	12
1.2 PATRIA POTESTAD.....	17
1.2.1 ASPECTO PATRIMONIAL DE LA PATRIA POTESTAD.....	21
1.2.2 DISOLUCION DE LA PATRIA POTESTAD.....	24
1.3 PARENTESCO.....	27
1.3.1 AGNACION.....	27
1.3.2 COGNACION.....	29
1.3.3 GENTILIDAD.....	31
CAPITULO II - ESTRUCTURA DEL MATRIMONIO ROMANO	
2.1 CONCEPTO Y DEFINICION DE MATRIMONIO.....	34
2.2 ESPONSALES.....	39
2.3 REQUISITOS PARA EL MATRIMONIO.....	42
2.4 FORMAS DEL MATRIMONIO ROMANO.....	46
2.5 EFECTOS DEL MATRIMONIO.....	56

	Página	
2.6 IMPEDIMENTOS PARA EL MATRIMONIO ROMANO.....	63	
2.7 OTRAS UNIONES LICITAS.....	66	
CAPITULO III - OTROS ASPECTOS DEL MATRIMONIO ROMANO		
3.1 LEGISLACION CADUCARIA.....	71	
3.2 REGIMENES PATRIMONIALES DE LOS BIENES DEL MATRIMONIO.....	72	
3.2.1 DONATIO PROTER NUPTIAS.....	97	
3.3 LAS SEGUNDAS NUPCIAS.....	101	
3.4 COMPROBACION LEGITIMA DEL MATRIMONIO.....	103	
CAPITULO IV - EXTINCION DEL MATRIMONIO ROMANO		
4.1 DISOLUCION DEL MATRIMONIO.....	105	
4.2 DIVORCIO.....	107	
4.3 NULIDAD DEL MATRIMONIO.....	113	
CAPITULO V - INFLUENCIA DEL CRISTIANISMO		115
CAPITULO VI - MEXICO Y SU LEGISLACION MATRIMONIAL		
6.1 MATRIMONIO Y PATRIA POTESTAD.....	120	
6.2 ESPONSALES.....	129	
6.3 REQUISITOS PARA EL MATRIMONIO.....	130	
6.4 EFECTOS DEL MATRIMONIO.....	132	
6.5 IMPEDIMENTOS PARA EL MATRIMONIO.....	135	
6.6 CONCUBINATO .....	137	
6.7 COMPROBACION DEL MATRIMONIO.....	138	

	Página
6.8 REGIMEN MATRIMONIAL DE BIENES.....	142
6.9 FILIACION, LEGITIMACION Y RECONOCIMIENTO DE LOS HIJOS FUERA DEL MATRIMONIO.....	147
6.9.1 PRUEBAS DE LA FILIACION.....	150
6.9.2 LEGITIMACION.....	152
6.9.3 RECONOCIMIENTO DE LOS HIJOS FUERA DEL MATRIMONIO....	153
6.10 NULIDAD DEL MATRIMONIO.....	156
6.11 DISOLUCION DEL MATRIMONIO.....	160
CONCLUSIONES	169
BIBLIOGRAFIA	173

## PROLOGO

El presente trabajo de investigación busca, por la importancia que como núcleo de la sociedad tiene la familia, - dar una visión del origen y características del matrimonio - en la sociedad mexicana actual.

Es importante señalar, que no solo en materia de Derecho Civil encontramos al Derecho Romano como fuente de las - legislaciones, ya que el Derecho Mercantil, Constitucional, etc., tienen su fundamentación en ciertos principios legislativos romanos.

El matrimonio, tiene su fundamentación en ciertas formas, que se practicaban en Roma; el estudio de las semejanzas y las diferencias en materia de nuestro Derecho Civil, - con respecto a las formas del Derecho Romano, sirvió de motivación para la realización del presente estudio.

Agradezco la colaboración brindada por todas aquellas personas que hicieron posible, a través de la información -- proporcionada, la realización del presente trabajo, que espero constituya una pequeña contribución al desarrollo de investigaciones jurídicas.

## INTRODUCCION

El hombre es esencial para la sociedad, de tal manera que el mejor funcionamiento y conocimiento del mismo, en sus relaciones con los demás, nos lleva a niveles de convivencia más fructífera.

Cuando se dice que la familia es la célula de la so- ciedad se pone de manifiesto, que antes de integrar la gran convivencia humana, el hombre forma parte de la pequeña comu- nidad doméstica, que nace con el matrimonio.

Las leyes regulan tanto el estado de familia como el de matrimonio, adjudicando a cada uno de ellos tanto dere- chos como obligaciones. En el presente trabajo se analiza de manera comparativa las formas del matrimonio en México y en el Derecho Romano.

El capítulo I proporciona una visión general sobre el origen histórico de la familia, sus acepciones, las caracte- rísticas de la patria potestad en el Derecho Romano y el pa- rentesco.

El matrimonio como tal, sus implicaciones y fundamen-

tos principales dentro de la legislación romana se analizan dentro de los capítulos II, III y IV.

El cristianismo viene a marcar una nueva pauta en la visión del mundo, su doctrina y reglas son fuente de grandes cambios en las formas que tiene el hombre de concebir lo que le rodea, su influencia y los cambios que provoca en relación al matrimonio y la familia se encuentran en el capítulo V.

El capítulo VI, se ocupa del matrimonio en el Derecho Civil mexicano, el cual, es importante mencionar, constituye la mayor parte del campo ocupado por el Derecho Privado. Su concepto, requisitos, impedimentos, el divorcio, la patria - potestad, entre otros aspectos de importancia, se presentan de manera específica y a la luz del enfoque que de ellos hace el Código Civil Mexicano.

Al final de este estudio se ofrecen una serie de con-clusiones, que derivaron del análisis y comprensión de las - características del matrimonio sujeto a las formas romanas y sus características actuales bajo la legislación de los Códí-gos en la materia.

## CAPITULO I

### OBSERVACIONES PRELIMINARES

#### 1.1 FUNDAMENTOS DE LA FAMILIA ROMANA

La familia es una institución universal; y si bien puede decirse que no hay pueblo en que no exista la familia, tampoco es menos cierto que las características de la misma varían hasta el infinito.

La familia romana tiene una fundamentación política-religiosa y se caracteriza principalmente por estar bajo el régimen patriarcal, es decir, la soberanía del padre o del abuelo paterno; su poder es absoluto en cuanto a que:

- Puede excluir a sus descendientes por la emancipación y hacer ingresar a extraños por la adopción.
- Posee un patrimonio único formado por todas sus adquisiciones y las de los miembros de la familia.
- Funge como sacerdote de los dioses domésticos y es el encargado de las ceremonias del culto privado.

El fundamento de la familia civil no es la sangre, si no un vínculo de carácter civil, denominado agnación y del - que se hablará posteriormente con más amplitud.

Estos conceptos evolucionaron muy lentamente, y sólo en el Bajo Imperio la autoridad del padre llegó a ser menos absoluta y a tenerse en cuenta el parentesco sanguíneo (cog-nación).

Las personas que integran la familia romana pueden -- ser divididas en dos clases: alieni juris o sui juris.

Se llaman alieni juris a los individuos sometidos a - la autoridad de otro, existiendo en el Derecho Clásico cua - tro tipos de poderes:

Primero: La autoridad del señor sobre el esclavo.

Segundo: La autoridad paternal y patria potestad.

Tercero: La manus, autoridad del marido o de un tercero sobre la mujer casada.

Cuarto: El mancipium, autoridad especial de un hom - bre libre sobre una persona de igual condi - ción. Esta forma y la anterior cayeron en - desuso en la época de Justiniano.

Las personas libres de toda autoridad, dependientes -

solo de ellas mismas, se llamaban sui juris, siendo designado el hombre que se encuentra en esta situación paterfamilias o padre de familia.

La mujer sui juris es llamada materfamilias, siempre y cuando sea de costumbres honestas, esté o no casada, pu -- diendo tener un patrimonio y ejercer la autoridad de ama so -- bre los esclavos; pero la autoridad paterna, la manus y el mancipium pertenecen solo a los hombres.

Al desaparecer el derecho Justiniano, la manus y el mancipium, quedó solo la patria potestad, por lo que las per -- sonas alieni juris son designadas hijo de familia.

Esta organización que tiene por base la preeminencia del padre y donde la madre no juega ningún papel, se dió en los orígenes y queda intacta durante varios siglos, modifi -- cándose lentamente, sobre todo durante el Bajo Imperio donde la autoridad del jefe llegó a ser menos absoluta.

### 1.1.1 ORIGEN HISTORICO

Dentro de las Instituciones Sociales, la familia como parte integral de éstas, ha tenido diversas formas en el -- transcurso del tiempo, presentando diferentes característi -- cas a su paso por las etapas históricas.

"La familia constituye el caso por excelencia de for-mación o grupo social suscitado por la naturaleza, por los hechos de la generación y los subsecuentes a ésta, pero esto no quiere decir que la familia sea mero producto de la natu-raleza, sino que la familia constituye una institución crea-da y configurada por la cultura, para regular las conductas conectadas con la generación". (1)

Los primeros orígenes de la familia los encontramos en la horda, a la cual el sociólogo Argamonte considera como -- "la forma más simple de sociedad, porque no contienen grupos sino que se descompone en individuos, que iguales entre igua-les, van errabundos y misérimos; siendo el jefe, el indivi-duo más apto en un momento dado, para una determinada empre-sa". (2)

La horda es un conjunto de personas, formado por fami-lias, que todavía no llevan ni saben de una vida organizada, no tienen permanencia fija, salvo que se asentaran en un te-rreno de gran fertilidad. Poseían un espíritu pacifista, si bien procuraban mantenerse lo más aislados posible. Dentro de la horda imperaba una promiscuidad primitiva, la cual con el paso del tiempo tuvo sus propias limitaciones como por --

(1) Recansés Siches Luis, Tratado General de Sociología, Porrúa, México, 1976, pág. 466.

(2) Argamonte Roberto, Estudios de Sociología Contemporánea, Porrúa, Mé-xico, 1963, pág. 330.

ejemplo la abstención de relaciones sexuales durante la pu - bertad y la vejez, las prohibiciones por una parte, intenta - ban el enriquecimiento fisiológico de la horda y por otra su permanencia y expansión. Las uniones entre hermanos y herma - nas producían el matrimonio endogámico. Los hermanos se ca - san con las hermanas haciendo un círculo cerrado, donde no - es posible la entrada de otra sangre. Al aumentar estas unio - nes consanguíneas surge una nueva organización que recibe el nombre de clan, en la cual la mujer se convierte en propieta - ria del suelo y en torno a ella gira la nueva organización.

La mujer para poder subsistir y alimentar a sus hijos, empieza a establecerse en lugares fértiles donde se facilite la recolección de frutos y donde ellas más tarde sembrará y recolectará, iniciándose así la agricultura.

Al reconocerse a la mujer como centro de la vida, se da inicio a la época matriarcal, en la que existe un matrimo - nio de servidumbre, y el hombre al casarse debe de transla - darse al lugar en donde está la mujer, ya que ella tenía la preponderancia económica; el parentesco, se establecía por - línea materna. Otra características importante de esta época es el totemismo. El totem, es un antepasado o un símbolo co - mún a todos los miembros del clan, y cuya función es prote - ger a la comunidad.

Como consecuencia del totemismo, surge el matrimonio exogámico, en el que los hombres y mujeres buscan su pareja fuera del clan, ya que al tener un antepasado común se consideraban parientes, y el unir sangre de un mismo totem sólo traía consigo el debilitamiento del clan.

Dentro del clan existía una comunidad en cuanto a la producción y consumo de los bienes; la propiedad individual no existe, la propiedad es comunal y conforme este tipo de propiedad evoluciona, el matriarcado va perdiendo fuerza, dando paso al surgimiento de una nueva forma de organización social, el patriarcado.

Paralelamente al desarrollo del clan, existen otras formas de organización social como la poligamia, la poliandria y el matrimonio consanguíneo ya sea monogámico o por grupos.

En el Derecho Romano encontramos que la familia llamada domus, tiene su origen más cercano en la gens y constituye una sociedad religiosa que tiene su propio culto y sus fiestas particulares, Sacra Privata (sobre los cuales los pontífices de la ciudad no tienen más derecho que el de supervisión). El culto destinado a los Penates, protectores de la casa o los lares domésticos, son a veces, identificados con el fundador de la estirpe, a los manes, patronos de los

antepasados y de los otros miembros del grupo ya desaparecidos.

Como una sociedad civil su constitución es autónoma y monárquica, la asumía el paterfamilias, magistrado doméstico por derecho propio, respetado y garantizado por la ley, a quien se le confiere poder absoluto dentro de la casa. Es dueño absoluto de las personas colocadas bajo su autoridad, que puede incluir miembros por adopción y excluirlos por emancipación; se considera también dueño absoluto de todas las cosas, su magistratura implica un poder judicial bien de terminado, que se pone de manifiesto por las sentencias que puede pronunciar, es decir, puede imponer penas, prisión, flagelación e inclusive la muerte; poseía también un poder reglamentario, que se traducía en las decisiones que tomaba como magistrado o administrador.

### 1.1.2 ACEPCIONES DE LA PALABRA FAMILIA

En el Derecho antiguo la palabra familia se utilizaba para designar al patrimonio, especialmente al transmitido por herencia.

En las XII Tablas se entiende como "un conjunto de individuos sometidos a la patria potestad o a la manus de una misma persona (padre o abuelo paterno). En este caso la fami

lia tiene un carácter meramente civil, pues forman parte de ella personas no vinculadas por la sangre (extraños incorporados por adopción) y, por el contrario, no forman parte -- otras vinculadas por la sangre (hijos emancipados, mujeres -- que por matrimonio han pasado a formar parte de la familia -- del marido)". (3)

En el Digesto "Conjunto de personas vinculadas por la sangre, es decir, las que tienen una ascendencia común. En este caso la familia tiene un carácter natural". (4)

En la definición de Sánchez Román, la familia es la -- "institución ética, natural, fundada en la relación conyugal de los sexos, cuyos individuos se encuentran ligados por lazos de amor, respeto, autoridad y obediencia; institución necesaria para la conservación, propagación y desarrollo, en todas las esferas de la vida, de la especie humana". (5)

Desde el punto de vista eclesiástico, familia es "Institución monogámica legítima, fundamental en la sociedad, imprescindible para la propagación y desarrollo del hombre". (6)

(3) Oderigo N. Mario, Sinopsis de Derecho Romano, Palma, Buenos Aires, - 1973, pág. 78.

(4) Idem.

(5) Ysunza Salvador y Orgazón Herlinda, Historia Universal, Porrúa, México, 1976, pág. 114.

(6) Straubinger Juan, Diccionario Católico, Desclee, E.U.A., 1958, pág. 113.

### 1.1.3 MODOS DE ENTRAR A LA FAMILIA

Existen para entrar a formar parte de la familia dos formas: por nacimiento o por un acto jurídico, incluyéndose dentro de este último: la adopción, adrogatio y el convenio in manum.

#### I. NACIMIENTO

El solo hecho del nacimiento respecto a los hijos te-nidos en su matrimonio, el pater familias, o por los que en sus respectivos matrimonios tengan los filius varones sometidos a sus potestas.

Si tiene por iustus al hijo concebido en iustae nuptiae. Por lo tanto se considera iustus aquel hijo nacido después - de los 182 días a la celebración del matrimonio antes de los 300 días de su disolución.

#### II. ADOPCION

"Adoptio, tomada la palabra en su acepción más gene-ral, es el acto por el cual un extraño queda agregado a una familia romana, sometiéndose a la patria potestad del pater familias, como filiusfamilias, bien en sumisión inmediata (como hijo), o bien en sumisión mediata como (nieto)".<sup>(7)</sup>

(7) J. Arias Ramos y J. Arias Bonet, Derecho Romano, Revista de Derecho Privado, México, 1979, pág. 697.

El principio de adopción dentro de los antiguos romanos, surgió como una necesidad de perpetuar la especie y el culto doméstico. Adoptar un hijo era velar por la perpetuidad de la religión doméstica, por la salud del hogar, por la continuación de las ofrendas fúnebres, por el reposo de los manes de los antepasados. Pudiéndose llevar a cabo únicamente, en el caso de no poder tener hijos por la vía natural.

"En el antiguo Derecho Romano un hombre podía tener hijos por la naturaleza o por la adopción. Sin embargo, este punto no estaba admitido en el Derecho, en el tiempo de Cicerón, pues se consideraba que adoptar era pedir a la religión y a la ley, lo que la naturaleza no ha querido dar".<sup>(8)</sup>

El hecho de ser adoptado implicaba romper por completo con el pater natural y su familia, ya que no se permitía rendir culto en dos hogares al mismo tiempo. La única manera de volver a la familia original, era dejando en adopción a la familia adoptante, a un hijo del adoptado. Había dos tipos de adopción: el adoptio propiamente dicho, que consiste en la adopción de una persona alieni juris, y el arrogatio, que consiste en la adopción de una persona sui juris.

La adopción opera por la autoridad de un magistrado,

(8) De Coulange Foustel, La Ciudad Antigua, Porrúa, México 1983, pág. 35.

y se requiere romper con la autoridad del padre natural y pasar al adoptado bajo la autoridad del padre adoptivo. Para romper con la autoridad del padre se tenían que aplicar las disposiciones de las XII Tablas, que declara: caduca la autoridad del padre, si ya se ha emancipado por tres veces. Era indispensable contar con la voluntad tanto del paterfamilias natural, como del nuevo.

Durante el Derecho Justiniano se establece además, una serie de requisitos para poderse llevar a cabo la adopción, tales como:

- a) El adoptado debe tener por lo menos dieciocho años menos que el adoptante.
- b) Los castrados no pueden adoptar.
- c) El consentimiento del adoptante es necesario.

Justiniano distingue dos tipos de adopción: si la adopción se lleva a cabo por parientes consanguíneos ya sean paterternos o maternos, y la adopción que realiza otra persona -- cualquiera. La primera recibe el nombre de adopción plena y la segunda adopción minus plena.

La arrogatio requiere del consentimiento del arrogante y del arrogado. "El arrogado deja de ser paterfamilias, - convirtiéndose en alieni juris, acompañándole en el traspaso,

todos los miembros, de la familia agnaticia de la cual era jefe. Sus bienes son absorbidos totalmente por el patrimonio del adoptante, al cual pasa civilmente todo el activo del "arrogado". (9)

En la época de Justiniano surgen transformaciones con respecto al patrimonio del arrogado, ya que los bienes del arrogado se constituyen en algún tipo de peculio.

### III. ADROGATIO

La adrogación es el género de adopción más antiguo, sólo podía tener lugar después de una información hecha por los pontífices y en virtud de una decisión de los comicios por curias. Se consideraba que se debía pasar a un ciudadano sui juris, bajo la autoridad de otro jefe. El estado y la religión intervenían en ella, ya que se podía ocasionar la desaparición de una familia, y por lo tanto la extinción de un culto privado.

La adrogatio sólo podía llevarse a cabo en Roma, y las mujeres estaban excluidas de las asambleas, es decir, no podían ser adrogadas.

(9) J. Arias Ramos y J. Arias Bonet, Derecho Romano, Revista de Derecho Privado, México, 1979. pág. 700.

Durante la segunda mitad del siglo II d.C., la deci -  
sión ya no era tomada por los pontífices, sino que correspon  
día al emperador tomar este tipo de decisiones. "Esté cambio  
se hizo bajo Dioclesiano, y desde entonces las mujeres ya po  
dían ser adrogadas". (10)

La adrogación se transmite también a los descendien  
tes y la mujer del adrogado participa, al igual que el adop  
tado, en el culto privado del adrogante.

#### IV. CONVENTIO IN MANUM

Para determinar el poder del marido sobre la mujer, -  
los romanos utilizaban un término que han conservado sus ju  
risconsultos, manus.

Si se quería que la mujer pasase a formar parte de la  
familia del marido, era preciso que al matrimonio se aunara  
un conventio in manum, por la cual la mujer debería de aban  
donar a su familia anterior, ya fuera para quedar bajo el po  
der de su propia patria potestad, o para quedar bajo la mis  
ma patria potestad que estaba su marido.

Existen tres maneras de verificar la manus: el coemptio,

(10) Iglesias Juan, Derecho Romano, Ariel, España, 1972, pág. 544.

el confarretio y el usus, de los cuales se hablará con más amplitud más adelante.

La conventio in manum desaparece totalmente en el siglo III d.C. Su desaparición trajo como consecuencia, el que la mujer perteneciese a una familia distinta de la del marido, y de la de los propios hijos, comenzando pronto a afirmarse su condición de esposa y señalándose a su favor el derecho de sucesión y de alimentos.

## 1.2 PATRIA POTESTAD

En el antiguo derecho romano la patriapotestas era -- uno de los cuatro poderes reservados a una persona libre y sui juris llamado paterfamilias. "Familia disimus plures personas quae su et suiunius potestae aut iure subsistat".<sup>(11)</sup> La familia ejercía este poder potencial sobre sus descendientes, con cierta clase de primacía en el orden ontológico, -- porque según el concepto teocrático-jurídico romano, el principio de la familia tenía su base, no en las relaciones afectuosas, sino solamente en la teocrática y bivalente generación, que en los fines y medios al equiparse teleológicamente, entre sí, sufrieron la clásica confusión.

(11) D'ors A., Hernández Tehero, M. Gareca Garrido, y J. Burillo, El Digesto, Aranzadi, España, 1972, pág. 6 citado de D.50.16.195.2 Ulpiano.

Por ello, si bien el factor de afecto, según la enseñanza natural de carácter primario, en el Derecho Quiritario su carácter era netamente secundario.

El paterfamilias por conveniencia del estado teocrático presentaba un poder sagrado; era el pontífice de su familia, el cual en vida celebraba los sacrificios ante el altar de los antepasados, y al término de ésta, se le veneraba sobre el altar, y en su carácter de sacerdote familiar, otorgaba o privaba de la facultad de ejercer el culto de sus familiares. Era el progenitor sagrado, que ad libitum lo reconocía, adoptaba, etc., según las exigencias de las circunstancias.

Los requisitos naturales para el real ejercicio de la patria potestas, eran todos los actos y negocios jurídicos que aseguraban al paterfamilias tener un hijo por los medios naturales o civiles, como fueron la generación, la agnación, de sus hijos provenientes de una justa nupcia; también podía legalizar, es decir, legitimar a sus hijos naturales por medio del iteratio del matrimonio, por la oblatio o el escriptum.

Por la falta de hijos por vía natural, el paterfamilias podía llegar al ejercicio real de su patriapotestas, por medio de la adopción o por adrogación, realizaron estos

negocios jurídicos por medios solemnes y complejos, y a partir del siglo tercero se hicieron en forma simplificada.

Referente al contenido de la patria potestad, su calificación determina directamente la plataforma jurídica, donde llega a ser ejercido este poder. De esta manera la patria potestad en el Derecho Romano se encontraba tanto en el derecho privado como en el público.

Dentro del Derecho Privado, el paterfamilias expresaba su potestad sobre sus descendientes con relación personal y de manera absoluta; y en relación patrimonial más bien relativa. En la relación familiar el paterfamilias era el único que en su casa ejercía el dominio absoluto, el cual consistía no solo en educar y disciplinar a sus hijos, sino en otorgar el consentimiento para contraer matrimonio, lo que era otra de sus funciones, pero también tenía el jus vitae et necis, es decir, el derecho sobre la vida y la muerte de ellos.

El Derecho sobre la vida significaba más bien la facultad de disponer acerca de la pertenencia familiar del descendiente; el paterfamilias pues, en virtud de su derecho sagrado, podía decidir acerca de la suerte de sus descendientes mayores o recién nacidos, por medio de exposición y venta.

La exposición era más bien un acto tolerado que legalizado y fue prohibida después de trece siglos de inentendible tolerancia.

La venta de los hijos podía ser real o fingida. La -- venta real de los hijos durante todas las épocas del Derecho Romano, era tan solo un acto limitado, pero que bajo ciertas formas y circunstancias era considerado como legalizado.

El paterfamilias de la monarquía podía vender a su hijo y luego recobrarlo, por lo menos hasta la promulgación de las XII Tablas, las cuales impusieron una limitación cuantitativa, estableciendo ipso jure la extinción de la patria potestad en caso de que la venta del mismo hijo llegara a ser la tercera.

La venta fingida era un hábil y directo producto de la interpretación extracolegial, empleada hasta la época de Justiniano para rellenar los documentos de adopción y emancipación.

El derecho a la muerte con el que contaba el paterfamilias, se puso de manifiesto en varias épocas, tal fue el caso de los descendientes de Brutus y Horacio.<sup>(12)</sup>

(12) Fuente: Enciclopedia Jurídica Omeba, Buenos Aires, 1969, pág. 847.

El excesivo rigor paternal, durante mucho tiempo, fue reconocido como la primacía de la patria potestad, sin embargo, el Estado muy pronto se dió cuenta del peligro que significaba la patriapotestas no reglamentada, y fue necesaria su intervención, para prevenir y no lamentar tales abusos.

Dentro de las medidas que se tomaron, estaban principalmente, la de privar el derecho de muerte, con lo cual el Estado degradó un poco al paterfamilias ya que lo dejaba más bien, como un simple verdugo en servicio del Estado.

La patriapotestas después de un procedimiento largo, llegó a ser una forma elástica, que sabía adaptarse a las exigencias de una nueva conciencia del ser.

#### 1.2.1 ASPECTO PATRIMONIAL DE LA PATRIA POTESTAD

En el aspecto patrimonial desde el punto de vista del ius civile tenemos:

- El titular de los derechos reales y de crédito en la familia, es el pater.
- El hijo es capaz de realizar actos legales de negocios, siempre y cuando no sean de enajenación o gravamen; porque el hijo no tiene propiedad ni derechos reales.

- Dada la imposibilidad del hijo de poseer derechos patrimoniales, y la capacidad de realización de los negocios jurídicos, no le sirve más que para ser -- igual que el esclavo, un instrumento de adquisición de su pater, ya que para esto son, automáticamente, cuantos derechos de índole patrimonial se adquirieran en virtud de actos del hijo.
- Cuando por los actos anteriormente mencionados el hijo queda obligado, el padre no recoge la deuda adquirida por el hijo, y éste queda civilmente como deudor, si bien la responsabilidad era probablemente ilusoria, por la dificultad que entrañaba su persecución judicial.

Estas condiciones se fueron modificando en dos direcciones: haciendo al pater responsable de las deudas del hijo, en ciertas condiciones y reconociendo al hijo, en una medida cada vez más amplia, la titularidad de sus derechos patrimoniales (doctrina de los peculios).

"Se designan con el nombre de peculios a ciertas masas de bienes, con las cuales el hijo tenía ciertas facultades, dependiendo de la época y la clase de peculios de que se tratase.

Existían cuatro tipos de peculios:

PECULIO PROTECTIO.- Es el más antiguo, y podían tenerlo también los esclavos. Estaba constituido por aquellos bienes que el pater dejaba al hijo, el cual los administraba y los dedicaba al ejercicio del comercio o la industria. Propietario del peculio protectio es siempre el pater, el hijo tiene solo las facultades de disfrute y administración, las cuales son revocables en cualquier momento; y si el hijo muere, dichos bienes se reinvierten al patrimonio del pater.

PECULIO CASTRENSE.- Surge por disposiciones dictadas por Augusto y sus sucesores, está constituido por los bienes adquiridos por el filius en el ejército. El hijo puede disponer de ellos por testamento y también puede enajenarlos por actos inter vivos. En caso de que no disponga de ellos en vida, ni los deje en testamento, pasarán a formar parte automáticamente de los bienes del padre.

PECULIO CUASICASTRENSE.- Aparece en el Bajo Imperio como una consecuencia del desarrollo de la burocracia a sueldo del Estado. El filius familias, funcionario de la corte en época de Constantino, y más tarde, por sucesivas ampliaciones, todos los empleados remunerados y el clero cristiano, fueron asimilados, en cuanto a los bienes adquiridos, como resultado de su función al filius familias militar.

PECULIO ADVENTICIO.- Se inicia también con Constantino, el cual estableció que los bona materna, es decir, los bienes que el hijo heredase de su madre, no siguiesen el régimen general de absorción por el matrimonio paterno que, como dijimos, tenfa lugar respecto de todas las adquisiciones del filius familias, sino que fuesen reservados para los hijos, o sea que el padre no tuviese de esos bienes más que el usufructo y la administración, perteneciendo la propiedad al hijo.

Los bienes adventicios no son, por tanto, un peculio en el sentido antiguo, sino un verdadero patrimonio porque, muerto el hijo, nunca revierten al pater iure peculii, sino que son objeto de la sucesión testamentaria del hijo". (13)

#### 1.2.2 DISOLUCION DE LA PATRIA POTESTAD<sup>(14)</sup>

La idea moderna de que al alcanzar el hijo una cierta edad dejar de estar sometido a la autoridad paterna es ajena a la patria potestad romana; ésta dura toda la vida del paterfamilias, cualquiera que sea la edad de los filii.

La causa primordial de la terminación de la patria potestad, es la muerte del pater, así como su caída en esclavitud

(13) J. Arias Ramos y J. Arias Bonet, Derecho Romano, México, 1979, págs. 708 y 709. Citado de V. Bonfante Corso Cap. IX; La Rosa, I, Peculii Specialli, Milán 1953 y St. Francis, II, 393.

(14) Fuente: Idem, págs. 701 y 712.

tud (*capitis deminutio máxima*) o la pérdida de su condición de ciudadano (*capitis deminutio media*).

También parece lógico que, si el padre podía trasladar a los hijos a otra familia, dándoles en *adoptio*; y a las hijas, por el *conventio in manum*, pudiese asimismo desligar los del vínculo de su patria potestad sin someterles a otra. Es lo que se llama emancipación. Tal procedimiento de salir de la patria potestad, haciéndose el *filius familias sui iuris* por la voluntad del pater fue, efectivamente, conocido por el Derecho Romano; pero el procedimiento tortuoso e indirecto que se usaba para ello en el Derecho Antiguo y Clásico hace suponer que dicha fórmula de disolución del vínculo de la patria potestad, fue desconocida en tiempos más remotos. Descansaba dicho procedimiento en el precepto de las XII Tablas que decretaba la pérdida de la patria potestad respecto del pater familias que vendiese tres veces al filius. Y así, el pater que quería emancipar al filius, puesto de acuerdo con un amigo, se lo vendía por *mancipatio* y si el amigo que había adquirido sobre dicho hijo el *mancipium*, le liberaba de este poder, el hijo recaía automáticamente en la patria potestad. El juego se podía repetir tres veces, a la tercera, el hijo libre del *mancipium*, no recaía ya -(por no ponerse a ello el precepto de la ley no decenviral)- en la patria potestad, sino quedaba emancipado.

El intrincado procedimiento aún se complicaba algo -- más, ya que la tercera liberación del *mancipium* no la solía hacer el ficticio comprador del hijo, sino el padre mismo, -- a quien previamente el amigo se lo había transmitido por -- otra imaginaria *venditio*. Ello para que la relación entre la persona in *mancipio* y su manumitente --parecida a la del *liber*to y su patrono-- quedase trabada entre padre e hijo.

Durante mucho tiempo es este el trámite a seguir cuando un *pater* quiere emancipar a un *filius familias*. Es ya en el Imperio de Oriente, al iniciarse el siglo VI, cuando aparece otra forma, llamada *emancipatio Anastasiana*, por el -- emperador Anastasio su creador, dá liberación del vínculo de la patria potestad. Esta forma es llevada a cabo por medio -- de *rescripto imperial*, y adecuada a casos en que el hijo *es*--té ausente. Justiniano estableció como única forma, la *compa*--recencia y declaración ante el magistrado.

Aparte de esta emancipación que acaece a voluntad del *pater*, el Derecho Romano conoció casos de disolución forzosa de la patria potestad, por llegar al *filius familias* a ocupar ciertos cargos: flamendiales y vestales en el Derecho Pagano; obispo, cónsul, *praefectus*, *praetorio*, *praefectus urbi* y -- otros, en el Derecho Cristiano. También en el Derecho *Post* -- clásico ante conductas contrarias a la piedad o a la *moral*--idad, como dedicar a la hija a la prostitución, incesto del -

padre, etc., se fijaron otras causas de disolución forzosa.

### 1.3 PARENTESCO

En el Derecho Romano, como hemos mencionado con anterioridad, nos encontramos con un sistema patriarcal; solo el parentesco por línea paterna cuenta en Derecho, a consecuencia de ello cada persona tiene solamente dos abuelos: los paternos. Los hermanos uterinos no son "hermanos"; en cambio, los hermanos consanguíneos no se distinguen de los hermanos por ambas líneas, etc.

Este sistema, como se ha dicho, es el agnaticio.\* Sin embargo, el moderno no es ni matriarcal ni patriarcal, sino cognaticio, es decir, reconoce el parentesco tanto por línea materna como paterna y dá como resultado la familia mixta.

#### 1.3.1 AGNACION

Por agnación se entiende al parentesco civil, fundado en la autoridad paterna o marital (patria potestad; manus).

La familia civil o agnaticia se encuentra formada de la siguiente manera:

\* En los senado-consultos tertulianos y posteriormente en el oficio de Marco Aurelio, se señala la época de la permanencia de la familia natural.

- Los que se encuentran bajo la patria potestad o ma-nus del jefe de familia, entre ellos y con relación al pater familia. Por consiguiente, los hijos bajo patriapotestas son agnados de: su padre; de su ma-dre; siempre y cuando ésta se encuentre in manu; de su hermanos bajo patriapotestas y sus descendientes en la misma condición. De los que son emancipados o de las mujeres que hubiesen pasado a la familia de su marido o de sus descendientes no son agnados; de los extraños incorporados a la familia por medio de la acción legal de adopción.
  
- Los que hayan estado bajo la autoridad del jefe de familia, y que lo estarían si éste no estuviera -- muerto; el vínculo de agnación no desaparece con la muerte del jefe de familia, por lo cual los agnados continúan vinculados luego de la muerte del mismo.
  
- Los que nunca estuvieron bajo la autoridad del jefe de familia; pero que lo estarían si éste viviese; - la mujer que se incorpora a la familia del marido - por matrimonio cum manu, después de la muerte del - jefe; o el hijo que nace después de la muerte del - padre son agnados de todos los que estuvieron bajo la patria potestad de éste.

La agnación puede desenvolverse hasta lo infinito, pero solo se transmite por vía de varones. Las mujeres casadas pasan a la familia de sus maridos y los hijos de la mujer no son agnados de los hermanos de su madre, ni de su abuelo ma-terno. Solo son cognados.

### 1.3.2 COGNACION

Se entiden como el parentesco consanguíneo fundado en la existencia de un ascendiente común.

Puede ser de dos formas:

- a) Línea recta
- b) Colateral

En el primer caso podemos decir que es el que existe entre dos personas, cuando una de ellas desciende de la otra, sea inmediatamente, como es el caso entre padre e hijo o sea de manera inmediata como lo es el abuelo y el nieto.

En el segundo caso, se puede decir que la relación colateral, es la que existe entre dos personas cuando ambas - tienen un ascendiente común, pero ninguna de ellas desciende de la otra (hermanos, tío y sobrino, primos, etc.).

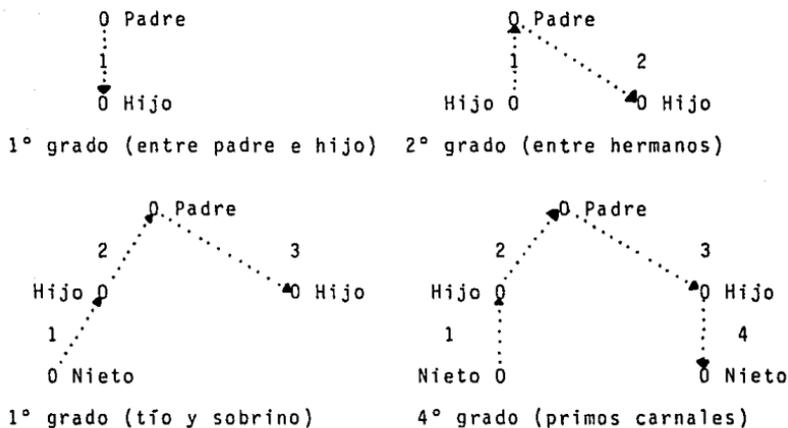
El parentesco se cuenta por grados, cada uno de los cuales corresponde a una generación; y así:

a) Entre ascendientes y descendientes'- Se cuentan las generaciones desde uno hasta el otro; por ejemplo entre padre e hijo, una generación (parentesco de primer grado), entre abuelo y nieto, dos generaciones (parentesco de segundo grado), entre bisabuelo y bisnieto, tres generaciones (parentesco de tercer grado).

b) Entre colaterales.- Se cuentan las generaciones -- partiendo de uno de los parientes hasta el ascendiente común, y se regresa luego desde el último hasta el otro pariente: - por ejemplo, entre hermanos: de uno de ellos al padre, una, y del padre al otro hermano, otra (parentesco de segundo grado); entre tíos y sobrinos: del tío a su padre, una; de éste último al otro hijo (padre del sobrino), otra, y de éste último a su hijo (sobrino), otra (parentesco de tercer grado); entre primos de uno a estos de su padre, una; de éste último al abuelo común otra; de éste a su otro hijo, otra, y de éste último a su hijo, otra (parentesco en cuarto grado); etc.

Si lo anterior lo expresamos de manera gráfica tenemos: (15)

(15) Oderigo Mario N., Sinopsis del Derecho Romano, Palma, Argentina Buenos Aires, 1973, pág. 81.



Se puede decir que la cognación no produce efectos jurídicos, porque los cognados no forman parte de la familia, dentro del Derecho Clásico; más en la era Justiniana se reconoce al parentesco consanguíneo como base para el derecho de sucesión y los demás derechos que se le reconocen a la familia.

### 1.3.3 GENTILIDAD

Como dijimos al inicio de este capítulo, la familia tiene su origen en la gens, cuyos miembros eran los gentiles y de los cuales no se tiene datos muy precisos.

Pero si la consideramos en un sentido amplio podemos decir que se trata del conjunto de los agnados.

Los requisitos de la gens son:

- Llevar el mismo nombre (nomen gentilium)
- Haber nacido ingenuos
- Que todos sus antepasados sean ingenuos
- No haber sufrido nunca capitis deminutio.

Originariamente, la calidad gentilicia solo correspondía a las familias nobles, patricias. Posteriormente, aparecen también gens plebeyas, bien sea que una familia plebeya, de origen perpetuamente ingenio, o que haya obtenido por su riqueza o por su influencia al título de gens, o bien porque algún ciudadano de tipo plebeyo, después de haberse ilustrado en la alta magistratura, fuese juzgado digno de ser el -- fundador de una gens.

La gens cayó en desuso a medida que las liberaciones se multiplicaban y se creaban nuevas familias, borrándose -- con el tiempo su origen, y siendo absorbidas por la masa del pueblo.

La gentilidad no concede, en las relaciones recíprocas de sus miembros, más derechos de los que otorga la agnación. Se puede considerar como un título de nobleza, que certifica la antigüedad de la raza y su ingenuidad. Cuando un -- esclavo es liberado por un ciudadano de la gens, este esclava

vo se puede hacer jefe de familia y sus miembros se unen a la gens, recibiendo ésta el nombre de Sacras. Los miembros íngenuos de esta familia tienen derecho de sucesión, derecho de tutela y de curatela, sobre los liberados.

## CAPITULO II

### 2.1 CONCEPTOS Y DEFINICION DE MATRIMONIO

Matrimonio es la unión de dos personas de sexo distinto con la intención de ser marido y mujer.

En el Digesto se encuentra una definición de matrimonio que se debe a Modestino: "Nuptiae sunt conjunctio maris - et feminae consortium omnis vitae, divini et bumani iuris co municatio";<sup>(16)</sup> el matrimonio es la unión del hombre y la mu jer, una asociación de toda la vida, implicando la comunidad de intereses pecuniarios y religiosos.

Consortium omnis vitae, no quiere decir que el matri monio sea indisoluble, sino que alude a una nota subjetiva, referida a el ánimo de los que se unen en matrimonio, es de cir, que esa unión no la hacen en forma temporal, pues de lo contrario no existiría la posibilidad de divorcio, que siem pre existió en el Derecho Romano.

Divini et bumani iuris comunicatio, es poco exacto ya que el matrimonio no supone igualdad de culto, ni comunidad

(16) Iglesias Juan, Derecho Romano, Instituciones del Derecho Privado, - Ariel, España, 1972, pág. 548. Cita tomada de D.50,2.1. Modestino.

de bienes entre cónyuges.

Otra definición de matrimonio se encuentra en las Ius tas de Justiniano: "Nuptiae, autem sive matrimonium est viri et mulieris conjunctio, individuan consuetudinem vitae conti nens". "Nupcias o matrimonio es la unión del varón y la mu - jer que lleva en sí, un régimen inseparable de vida".<sup>(17)</sup>

El matrimonio, tal como lo entienden los romanos, es una institución jurídica fundada en la convivencia conyugal y el affectio maritalis. El matrimonio existe aunque los cón - yuges no habiten en la misma casa y siempre y cuando los dos se guarden honor y consideración. El matrimonio puede con -- traerse en ausencia del marido, entrando la mujer en la ca - sa de éste, dando así inicio a la vida en común. No hay ma - trimonio si la ausente es la mujer.

Sobre este elemento objetivo de la convivencia, preva lece el subjetivo de la intención, de la affectiomaritalis. Tal resultado de lo que dicen los conocidos aforismos: "nup - tias non cucubitus, sed consensus facit";<sup>(18)</sup> "non coitus ma trimonium facit, sed maritalis affectio".<sup>(19)</sup>

(17) Iglesias Juan, ob. cit.; cita tomada de Inst. 1,9,2. Justiniano.

(18) Idem, pág. 549; citado de D.50,17,30 - D.35,1,15.

(19) Idem, D.24,1,32,13. Cfr. Matos Peixoto, Romanitas, 1 (1958), p. 19 s.s.

A diferencia del matrimonio moderno, el romano no surge por el consentimiento inicial, sino que es preciso el continuo o duradero. Además, no está sujeto a formalidades de ninguna especie, cuales serían la celebración ante la autoridad o la redacción de un documento.

Cuando falta la intención de ser marido y mujer -affectio maritalis-, cesa el matrimonio. No siendo el matrimonio un acto jurídico, tampoco el divorcio del cual hablaremos -- posteriormente puede considerarse como tal.

El matrimonio romano fue siempre monogámico, la bigamia lleva aparejada la nota de infamia, según el Digesto. Mientras el Derecho Clásico se contenta con afirmar el principio monogámico del matrimonio, el Derecho Bizantino considera la bigamia independientemente de que, entre o no en el adulterio o en el estupro, como un gravísimo delito castigado con la pena de muerte.

Dado que el matrimonio se endereza a la constitución de una comunidad perpetua, de un vivir común y duradero, no cabe sujetarlo a modalidades de condiciones o términos.

En los tiempos antiguos era frecuente que el matrimonio estuviese acompañado por el sometimiento de la mujer a la manus, en términos de formar parte de la familia del marido.

do. Tal no significa sin embargo, que existiera un matrimo -  
nio cum manu y un matrimonio sine manu. El matrimonio no tie  
 ne más que una figura, ni la manus afecta, en modo alguno, -  
 a su propia esencia. Lo único que varía es la posición de la  
 mujer, que puede dar la de uxor in manu o la de sine in ma -  
num conventione uxor. Las características principales del ma  
trimonio romano las podemos enunciar en cuatro breves inci -  
 sos:

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

Tomando en cuenta la gran importancia que el Derecho  
 Canónico ha tenido dentro de las legislaciones, tal y como -  
 lo afirma Jémolo: "El instituto matrimonial tal cual se ha -

afirmado en el mundo civilizado contemporáneo, está sin duda en relación de derivación del matrimonio canónico, más próximo a éste, que al romano", (20) es importante hacer mención del mismo.

El cristianismo influyó en gran medida a dignificar la institución del matrimonio, ya que gracias a éste se perfecciona el régimen monogámico, disminuyeron los matrimonios efectuados por acuerdo de los padres, en contra de la voluntad de los hijos, con lo cual se logra una mayor unificación familiar.

El matrimonio entre los cristianos es un sacramento instituido por el mismo Cristo, y como tal es fuente de gracia sacramental, "el fin primario del matrimonio es la procreación y educación de los hijos; entre los fines secundarios están el fomento del amor recíproco, el mutuo auxilio y la mitigación de la concupiscencia". (21)

El matrimonio lo administran los mismos contrayentes; el sacerdote actúa como simple testigo oficial de la Iglesia y su presencia es necesaria para que el matrimonio tenga validez". La Iglesia ha sostenido siempre la indisolubilidad del vínculo conyugal. En 1545-1563 en el Concilio de Trento

(20) Jémoio Arturo C., El Matrimonio, E.J.E.A., Argentina, 1954, pág.238

(21) Straubinger Juan, Diccionario Católico, Desclee, E.U.A., 1958, pág. 187.

se dió el carácter sacramental al matrimonio y se dispuso su indisolubilidad. Estos principios han persistido a lo largo de la historia y siguen en la actualidad en vigencia".<sup>(22)</sup>

## 2.2 ESPONSALES

Etimológicamente el término sponsales deriva del la- tín sponsalia, y esta de spondere, significando promesa recí- proca de contraer futuro matrimonio. Ya se decía en el Diges- to "Sponsalia sunt metio et repromiso nuptiarum futurarum. Esta definición fue recogida después por el derecho históri- co y así nos encontramos con el Fuero Real que dice: Si algu- no sometieron por palabra o por jurar que se casarán uno con otro, sean tenido de lo cumplir".<sup>(23)</sup>

Se tiene noticia de que en las ciudades del Lacio, -- hasta que sus habitantes adquirieron la ciudadanía romana, -- estos convenios tenían plena obligatoriedad jurídica, que se hacía efectiva por el actio sponsu; pero en el Derecho Roma- no de la época propiamente histórica, los sponsales como -- mencionamos al inicio de este inciso, ni tienen responsabili- dad jurídica, ni forma jurídica expresa para su realización. Se considera, incluso, inhonestum el adosar a tales promesas el refuerzo de un stipulatio poenae.\*

<sup>(22)</sup> Idem.

<sup>(23)</sup> Iglesias Juan, Derecho Romano Instituciones del Derecho Privado, -- Ariel, España, 1972, pág. 561.

\* Suma a título de pena (stipulatio poenae).

El vínculo de los esponsales que se originaba era me-ramente ético, no jurídico. Mas ello no quería decir que no se derivasen de su celebración algunas consecuencias secunda-rias de orden jurídico. Tal es el caso en el Derecho Tardío de la institución de las arras y las donaciones esponsali --cias. Dentro del Derecho Clásico tenemos, la cuasiafinidad, determinante de impedimentos matrimoniales, que se considera ba nacida entre las familias de los esposos; la exención de declarar como testigos uno contra otro, o contra los padres; la concesión de acciones al prometido por ofensas cometidas a la prometida; la consideración de parricida del contrayen-te que mata al cónyuge o a los padres; la aplicación de algu nas disposiciones relativas a la dote, cuando en su caso la haya recibido anticipadamente al esposo, etc. "En el Derecho Justiniano, probablemente la infidelidad de la prometida era considerada como adulterio.

En el Derecho Postclásico, en virtud de sus disposi-ciones referentes a las arras y a los regalos entre los pro-metidos, se inicia, en cierto sentido, una vuelta a aquella originaria eficiencia de los esponsales. No se pasó, sin em-bargo, de un mero refuerzo, independientemente del vínculo - en sí, cuya naturaleza siguió considerándose fundamentalmen-te como moral.

Si los esposos habían intercambiado arras, aquél que

sin justa causa dejó incumplida la promesa, pierde las arras que dió y debe devolver al duplo de las que recibió. En cuanto a los regalos, una constitución de Constantino, dispuso - que si el matrimonio no se celebraba, se pudiese pedir la devolución de lo que se hubiera cruzado entre los esposos, aún cuando a tales donaciones no se les hubiese afectado directamente, al hacerlas, a la obligación de contraer nupcias. Este derecho de devolución se rehusó a la parte, por cuya voluntad el matrimonio no tiene lugar. Además, la esposa que ha recibido el beso esponsalicio, no restituya más que la mitad, aunque la causa de no poderse celebrar el matrimonio -- fuese la muerte del esposo". (24)

A la capacidad para contraer esponsales se aplicaban las mismas reglas que para contraer matrimonio, exceptos los referentes a la edad, fijaba en el Derecho Justiniano, la edad de siete años, y a los impedimentos de carácter temporal, como el tempus lugendi para las vidas.

Probablemente, en tiempos primitivos, los esponsales fueron celebrados, no entre los futuros cónyuges, sino entre sus paterfamilias de un modo exclusivo. En el Derecho Histórico se requiere también del consentimiento de los esposos, si bien respecto a la esposa, se considera suficiente su fal

(24) J. Arias Ramos y J. Arias Bonet. Derecho Romano, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1979, pág. 718.

ta de oposición expresa, e incluso se limitó su facultad de disentir, el caso de que el padre le haya elegido un esposo indignus moribus vel turpis.

Aparte de la muerte y de cualquier impedimento para el matrimonio, los esponsales, como no nace de ellos obligatoriedad jurídica, puede disolverse no solo por el mutuo disenso, sino por voluntad de una sola de las partes (repudium).

Por los abusos que dió lugar la práctica de los esponsales, ya que era el medio del que se valfa la nobleza para unir desde pequeños a sus hijos, y asegurarse de ese modo el esplendor de la familia, con detrimento de la verdadera libertad del espíritu de los esposos, lo cual unido a la exagerada coerción moral que establecía en esta materia el Derecho Canónico, motivaron que esta institución fuese acerbamente criticada y, como consecuencia, perdiese la relevancia que en otros tiempos tuvo.

### 2.3 REQUISITOS PARA EL MATRIMONIO

Se da el matrimonio válido (iustae o legitimae nuptiae, iustum o legitimum matrimonium) cuando se dan los siguientes requisitos:

## 1) CAPACIDAD NATURAL

"No pueden contraer matrimonio los impúberos, es decir, los varones y las mujeres cuya edad, respectivamente, es inferior a los catorce años y a los doce años. Tampoco -- los eunucos, según el Derecho Justiniano". (25)\*

## 2) CAPACIDAD JURIDICA

Se precisa ser libre y ciudadano, es decir contar con el status libertatis y el status civitatis. No es matrimonio, sino contubernium, la unión de los esclavos, de modo análogo, está excluido el matrimonio entre libres y esclavos.

Es de importancia el factor de ciudadanía. "Por Derecho Romano, no es matrimonio la unión de persona romana con persona extranjera, salvo que medie una especial concesión. Nada evita, sin embargo, que tal unión sea considerada como matrimonio por la ley del Estado, al que pertenezca la persona extranjera. La propia ley romana hubo de tener en cuenta los matrimonios celebrados entre romanos y peregrinos, con el fin de regular la situación de los hijos nacidos de ellos. Según una Lex Minicia, del siglo I a.C., el que nace de es -

(25) Iglesias Juan, Derecho Romano Instituciones de Derecho Privado, -- Ariel, España, 1972. pág. 550.

\* Esta decisión justineana, que zanja la discusión sostenida por savinianos y proculeyanos sobre la pubertad del varón.

tos matrimonios tiene la condición jurídica del progenitor - no ciudadano. Semejantes uniones son llamadas por los roma - nos matrimonio iniusta.

Hasta la Lex Canuleia, del 445 a.C., no fue reconoci - do el matrimonio celebrado entre plebeyos y patricios. El - viejo principio que negaba la condición de iustae nuptiae - a las uniones entre ingenuos y libertos, parece que cayó en desuso hacia la segunda mitad de la República, y sólo fue -- restablecido por Augusto, en orden a los matrimonios entre - libertos y personas de rango senatorial.

La incapacidad de los peregrinos para gozar de la ca - pacidad jurídica, desapareció en el año 212 d.C., (Constitu - ción Antoniana)". (26)

### 3) CONSENTIMIENTO DE LOS ESPOSOS

Este tenía que ser manifestado de manera continua. No puede contraer matrimonio el loco, ni tienen validez aquel - que se haya contraído por medio de la violencia.

### 4) CONSENTIMIENTO DEL PATERFAMILIAS

Cuando los contrayentes no son sui juris, se requiere

(26) Idem.

del consentimiento del paterfamilias. La jurisprudencia llegó a decir que el pater da siempre su consentimiento, si no muestra evidentemente su inconformidad. Basta, por tanto, el silencio, es decir, la no oposición, para que el matrimonio pueda contraerse.

En el caso de que el paterfamilias fuera prisionero de guerra o estuviera ausente, podía contraerse matrimonio, a pesar de que faltara el consentimiento. El derecho Justiniano exigió que debían de transcurrir tres años.

Si el paterfamilias no estaba sano de mente, podía la filius familias contraer matrimonio sin la intervención de éste. Tratándose de un filius, la cuestión era discutida; -- una constitución de Marco Aurelio decidió que el hijo del padre que no estaba sano de mente pudiese contraer matrimonio, pero no aclaró si le refería a todo tipo de enfermedades mentales. Justiniano zanjó definitivamente el asunto, al disponer que interviniese el magistrado en lugar del padre, tras haber oído al curador de éste y a los parientes principales.

En el supuesto de que el filius y el pater se encuentren bajo la potestad de una misma persona, se requiere también del consentimiento de ésta, además del padre. La razón está en que muriendo el abuelo, el padre se convierte en sui juris, y no parece natural que los hijos nacidos de este ma-

rimonio entren en condición de filli, contra la voluntad -- del que, por dicha muerte se ha hecho paterfamilias.

La Lex Iulia de maritandis ordinibus, dispuso que en el caso de que el paterfamilias se negase, sin motivo justificado a otorgar el consentimiento, puede acudir al magistrado los futuros contrayentes, dicha disposición era reconocida también en el Derecho Justiniano.

En orden a las mujeres sui juris, el Derecho Clásico señala como necesario el consentimiento del tutor. Desaparecida la tutela, el Derecho nuevo exige para las mujeres menores de veinticinco años, inclusive las viudas, el consentimiento del padre, o a falta de éste el de la madre y sus parientes, o bien el de la autoridad judicial, si hay conflicto.

#### 2.4 FORMAS DEL MATRIMONIO ROMANO

Todo lo que pertenece al antiguo ius civile, en lo -- que se refiere a la distribución, tanto de las cosas como de los recursos humanos, está caracterizado por formas claras y plásticas.

El matrimonio romano, por quedar fuera de la ius civile, queda fuera como mencionamos anteriormente, de la inter-

vención del Estado. En tiempos imperiales, cuando penetran - en Italia las influencias de Oriente, y con ellas, la tendencia a considerar el matrimonio como un acto jurídico formal, los juriconsultos sienten, con frecuencia, la necesidad de - acentuar el tradicional carácter informal del matrimonio romano, como lo demuestra el Corpus Iuris.

Sin embargo, este matrimonio que no pertenece directamente al ius civile y no reviste forma jurídica, puede combinarse con una institución netamente jurídica, la manus.

Si hablamos del significado amplio de esta palabra -- que con frecuencia ha aparecido a lo largo del estudio, podemos decir que manus significa consentimiento de las personas y las cosas. Manus en el derecho de familia, significa, en la época primitiva, el poder del paterfamilias, que se ejerce en forma unitaria, dentro del grupo gentilicio y familiar.

En un comienzo, dicho poder original, representativo de la soberanía patriarcal, fue designado indistintamente -- con los términos manus o potestas. En la época clásica, según los objetos sobre los que se aplicó, se empezó a distinguir los supuestos en que se despliega la manus y por otra parte la potestas.

Manus siguió aplicándose en el Derecho Privado respec

to al señorío sobre las cosas, hasta que fue sustituido por el vocablo dominium.

Por último significó específicamente el poder o la potestad marital, al lado de las otras potestades del paterfamilias; sobre el esclavo, sobre los hijos o sobre los hombres libres.

En el ámbito de las relaciones privadas, como en el que corresponde a las relaciones públicas, los romanos desplegaron una gama amplia de poderes. La comprensión, el carácter y naturaleza de los grupos sociales primitivos y la evolución sociológica de los mismos nos llega a explicar la índole de tales poderes.

Aunque forma parte del estudio de la antropología cultural, es importante tomar en cuenta que, la familia romana y su formalización jurídica sufrió un proceso de cambios desde la gens hasta la época clásica. En este proceso se apuntan persistencias de las manes primitivas y formalismos que caracterizan la institución romana dentro del grupo latino y mediterráneo. En la familia y su grupo se manifiestan los orígenes violentos de la unión sexual más o menos permanente. Pero a pesar de la larga evolución prehistórica de todas estas instituciones domésticas, cuando Roma aparece en la historia, ya tiene formado en su núcleo gentilicio, la familia

patriarcal. El patriarca en el grupo gentilicio, y como paterfamilias, al igual que los magistrados en el derecho público, despliega ante sus súbditos las potestades que le atribuyen las manes de origen ético-religioso.

Es indudable que la voluntad de orden y la vocación por el Derecho formal se expresaron con vigor relevante en las potestas. Esta representa esa voluntad de autoridad y de orden en el ámbito gentilicio, doméstico y estatal. Rige con un formalismo, que ha sido criticado por excesivo y que, a la luz de la antropología, denuncia los antecedentes de la violencia y las viscosidades especiales, que condicionaron históricamente esa manera de ser de los romanos.

Lo cierto es que cuando se presenta en la civilización romana la familia patriarcal, el pater tiene en su haber, y sin discusión, un haz de potestas, en su calidad de funcionario máximo del grupo familiar. Esta función de autoridad le viene desde la época anterior al Estado y la ejerce en calidad de poder soberano. En las relaciones internas del grupo, el jefe es soberano y ninguna autoridad estatal tiene jurisdicción ni imperium. Muy bien se ha dicho: "En general, puede decirse perfectamente, que sobre la estructura de la sociedad romana primitiva se modeló todo el sistema de ius quiritium, cuyas características son el formalismo, la rigidez y el verbalismo, y cuyas bases estaban constituidas: por la

familia, su organización y los poderes del paterfamilias; -- por los derechos de éste sobre los bienes y cosas que constituían el patrimonio primordial; por los principios que regulaban la suerte de la familia al morir el pater y, en fin, -- por las relaciones entre las diversas cabezas de la familia. (27)

De esta manera, podemos entender porque en las épocas primitivas, manus y potestas se usaron indistintamente -- para señalar el poder sobre las personas y cosas que entraban en el patrimonio del dueño y señor de la comunidad doméstica.

Más tarde se abre la potestas, designándose con el vocablo manus la autoridad y soberanía familiar ejercida sobre la mujer, que entra a formar parte de la familia del jefe o parte de la familia ya sea casándose con el patriarca o con un hijo suyo.

En su plena vigencia, manus vino a significar, por lo tanto, poder o potestad marital. Por una derivación, designó en cierta época el poder ejercido por un tercero sobre la mujer, en el negocio ficticio denominado coemptio fiduciae causa.

(27) De Francisci, op. cit., pág. 154. F: Enciclopedia Omeba, Buenos Aires, 1969.

La conventio in manum se verifica de tres modos:

Primero.- Como consecuencia automática del matrimonio celebrado en forma de la confarreatio, ceremonia religiosa - en honor de Jupiter Farreus, en presencia de un flamen de Jupiter, y durante el cual los cónyuges deberían de comer un pastel de trigo. Aquí parece, a primera vista, que encontramos una celebración formal de un matrimonio, pero, analizando la figura con más cuidado, vemos que lo formal se debe al elemento conventio in manum y no al elemento matrimonio.

Segundo.- Coemptio, acto solemne en que interviene el antiguo paterfamilias de la novia y el nuevo, y que algunos autores consideran como un recuerdo de la compra de la esposa.

Tercero.-<sup>(28)</sup> Hacíase necesaria, al lado de la coemptio y la confarreatio, una forma complementaria de casamiento. Sobre las dos primeras pesaba el rigor formalista del Antigo Derecho. No era difícil limitar, mediante un plazo determinado, la nulidad que en esos matrimonios pudiera producir un defecto cualquiera de forma.

En efecto, el estado real de matrimonio, persistente durante un año, tenía eficacia convalidatoria y como, a pe -

(28) Fuente: Sohm Rodolfo, Instituciones del Derecho Romano Privado, Nacional, México, 1977, págs. 282 a 284.

sar de esto, no se reconocía ninguna diferencia esencial entre los negocios jurídicos nulos y los inexistentes, acabó por admitirse, que el marido adquiriera la manus marital sin necesidad de que mediase forma alguna de celebración, por el simple transcurso de un año ininterrumpido de vida matrimonial usus. La misma idea que inspiró como modo de adquirir la propiedad, determina esta nueva modalidad de matrimonio. Contribuye a ello la añeja opinión que ven en la hija un objeto patrimonial perteneciente al padre. Era natural que no hubiese inconveniente alguno en sancionar la usucapion de la novia, considerada ya objeto de venta. Los inmuebles se usucapionan en dos años. Para todas las demás cosas, regía el plazo de prescripción de un año. Así el marido adquiría por usucapion la mujer con quien conviviese maritalmente durante un año, sin necesidad de haberla obtenido por compra legitima ni por el rito de la confarreatio. En estos casos, la manus producíase por usus, según la expresión romana; y con la manus nacía un legítimo matrimonio, válido ante el Derecho Civil.

A la usurpatio, como interrupción del plazo anual exigido para el usus, así como a sus efectos, se refiere la ley de las XII Tablas, en que se considera producida aquella, -- cuando la mujer permanezca alejada de la casa conyugal durante tres noches consecutivas -trinoctium-, disponiendo, además, que este trinoctium, reiterado todos los años, sea sufi

ciente para evitar la consolidación de la manus mariti.

Aquí intervienen ya principios muy distintos a los -- que informaron los orígenes del matrimonio por usus. Facil - mente se advierte que este trinocitium de las XII Tablas es - una interrupción mercante simbólica de la comunidad conyugal; trátase de una simple apariencia, sin más fin que el de impe dir que se produzca la manus mariti. Existe, pues, ya matrini monio sin manus: tal es la nueva idea que se trasluce en es- ta institución. Según el Derecho Antiguo, la usurpatio o in- terrupción efectiva de la comunidad conyugal implicaba la au sencia de la voluntad de casarse. La usurpatio nueva -por el simple trinocitium- coexiste con la intención matrimonial; pe ro esta intención, que reconocen ya y sancionan las XII Ta - blas, es la de contraer un matrimonio sin manus.

La celebración del matrimonio sin sujeción a formas sin coemptio ni confarreatio -adquiere fisonomía legal en el mismo instante en que se reconoce la posibilidad de obtener la manus por el usus. Cuando el marido se hallaba usucapien- do y en la seguridad, por tanto, de ser, al cabo de un año, considerado por el Derecho como legítimo esposo y señor de - su mujer, la relación que a ésta le unía -aún antes de que - el año transcurriese, no era una simple relación de hecho, - sino verdadera relación jurídica, reconocida por la ley re - vestida con los efectos propios de las auténticas relaciones

matrimoniales. Más, como quiera que en estas condiciones no podía surgir manus, resultaba que tales matrimonios, celebrados con ausencia de formas, era matrimonios sin manus; y a tal punto llegaban, en la misma época de las XII Tablas, la validez de semejantes matrimonios consensuales o sin manus, que era frecuentísimo recurrir al *trinoctium* para evitar que la manus llegase a constituirse.

Ya en tiempo de las XII Tablas había, pues dos clases de matrimonios: con manus y sin ella.

En los matrimonios sin manu, la mujer no entraba bajo el poder ni, por tanto, en la familia agnaticia, en la casa de su marido, sino que permanecía en la suya originaria, sin salir de la patria potestad de su padre, o en su caso, de la tutela de sus familiares agnaticios. No la unía, pues ningún parentesco civil de agnación a los hijos que diese a su padre.

Este matrimonio sin manus considérase no obstante, *iustum matrimonium*, válido según el Derecho Civil. Es característica de estos matrimonios "legítimos" que los hijos de él nacidos, sigan al padre; esto es, que entren en su patria potestad y adquieran la ciudadanía romana, siendo hijos agnaticios, miembros de la casa de su progenitor. Requiere, para el *iustum matrimonium*, que ambos cónyuges posean el *jus* -

conubii, o capacidad de contraer entre sí matrimonio romano, es decir, válido por el Derecho Civil. En los primeros tiempos carecían de este requisito los plebeyos, respecto de los patricios, hasta que la Ley Canuleja estableció la igualdad matrimonial de clases, existiendo, desde entonces, el jus - conubii salvo impedimentos especiales entre ciudadanos romanos, sin distinción; mas no entre ciudadanos y peregrinos -- también se hayan privados de él los latinos de creación posterior, a menos que se les concediese, por privilegio, la capacidad matrimonial. Ya no exige, como condición de iustum - matrimonium, la sujeción de la mujer a la manus mariti. Aún cuando ésta no ingrese en la manus, ni por tanto en la familia de su marido, con tal que exista entre los cónyuges el - jus conubii, los hijos procreados lo son del marido, hallándose sujetos a su patria potestad y pertenecen a su "casa": -- bien que no forme parte de su "familia", la mujer, jurídicamente, por el solo hecho de serlo, le da hijos que tienen el concepto de "suyos". La manus, base en otro tiempo del Derecho matrimonial romano, ha pasado a ser un atributo accidental del matrimonio.

Esta evolución que queda descrita, se abre camino ya en la época de la República. Desde el siglo III a.C., el derecho de divorcio de los matrimonios libres se transfiere a los revestidos de manus, concediéndose a la mujer la misma - prerrogativa de repudio de que el marido goza (infra, 83).

Por entonces, también, deja la mujer in manu de usar el nombre de familia -nombre gentilicio- de su marido, y se limita a añadirlo en genitivo al suyo propio -Curtia Rosci, Cecilia Metella Crassi, etc.- El matrimonio cum manu va orientándose en el sentido del matrimonio libre. En el siglo II a.C. existen todavía matrimonios revestidos de manus, según atestigua Gayo, que los menciona como vigentes; pero tales matrimonios han desaparecido ya en el siglo III del Imperio. En Derecho Justiniano, lo normal es que el matrimonio se celebre mediante simple declaración consensual, sin sujeción a formas: consensus facit nuptiae; siempre que la intención concorde sea contraer de presente una comunidad conyugal, para lo cual el consentimiento ha de ir aparejado con un principio de ejecución, que dé comienzo y efectividad a la convivencia -deductio in domum-. En Derecho Romano, el matrimonio se perfecciona mediante el consensus nuptialis o voluntad concorde de casamiento, que importa distinguir del consensus sponsalicius, o sea la intención común de casamiento para lo futuro.

## 2.5 EFECTOS DEL MATRIMONIO

El matrimonio produce consecuencias variadas, que se reflejan en diversas zonas del Derecho Privado. Se explica - que produzca efectos ya que constituye una fuente de derechos y obligaciones tanto para el hombre como para la mujer.

A continuación se ofrece un breve bosquejo a manera de cuadro de los principales efectos, que después explicaremos con más detalle.

#### EFFECTOS DEL MATRIMONIO ROMANO

ENTRE EL CONYUGE Y LOS HIJOS (VARON)	{ Filiación y legitimación
ENTRE EL CONYUGE Y LOS HIJOS	{ Sucesión; parentesco y - otras obligaciones.
ENTRE LOS CONYUGES	{ Fidelidad; acciones penales y jurídicas; sustento; beneficium competentiae; sucesión.

#### ENTRE EL CONYUGE Y LOS HIJOS (VARON)

Los hijos legítimos quedan sujetos a la patria potestad a la cual esté sujeto el padre. Son hijos legítimos los habidos del padre y madre unidos en matrimonio. La maternidad es fácilmente comprobable mediante el parto. La paternidad del padre que inicialmente era afirmada o negada libremente por éste, descansa en una presunción: la de considerar, salvo prueba en contrario, como procreados por el marido a los hijos dados a luz por la mujer después de los 180 días de contraído el matrimonio, y antes de los 300 de su disolución.

Se dice también, en el sentido técnico que son naturales los hijos habidos en el concubinato. La legislación post clásica introduce la legitimación de los hijos de concubina. El concubinato no era una unión pasajera, sino una estable - relación de convivencia, a la que faltaba, la intención matrimonial y que en la Derecho Clásico no era admitido como - posible con mujer ingenua y honesta. Situación tolerada en - un principio, después se le concedió cierto rango jurídico, extendiéndosele ciertos requisitos como la edad, monogamia y falta de parentesco entre los unidos con ella, y reconociéndose algunos efectos de índole jurídica.

Los filii naturales adquirían la condición de legítimos por tres procedimientos:

(29) a) Por SUBSIGUIENTE MATRIMONIO DE LOS PADRES.- - Tiene lugar, como indica la expresión, cuando se toma por mujer a la concubina. Una constitución de Constantino, concedieron con carácter transitorio, la legitimación por subsecuente matrimonio de los hijos habidos con mujer ingenua. Tras adquirir carta de estabilidad con Anastasio, es abolida por Justino, y declarada vigente de nuevo por Justiniano.

b) POR RESCRIPTO IMPERIAL.- Esta legitimación, creada por Justiniano, se concede siempre que no existiendo hijos - legítimos, fuese imposible el matrimonio con la concubina.

(29) Fuente: Floris Margadant Guillermo, Derecho Privado Romano; como introducción a la cultura jurídica Contemporánea, Esfinge, México, -- 1974, págs. 275 y 276.

c) POR OBLIGACION A LA CURIA.-Una constitución de Teodosio II y Valentiano III autorizó a los padres que no tubieran hijos legítimos, para donar o dejar por testamento todo el patrimonio a los hijos naturales, siempre que fuesen inscritos entre los decuriones, si eran varones, o se diesen en matrimonio a decuriones, si se trataba de mujer. Tal acto no trafa consigo la legitimación, pero pronto se admitió, que los hijos naturales ofrecidos a la curia sucediesen al padre por vfa intestada y, últimamente Justiniano sancionó la patria potestad confiriendo también la legitimación en el caso de que hubiera hijos legítimos. El legitimado solo adquiere la condición de hijo respecto del padre.

#### ENTRE EL CONYUGE Y LOS HIJOS (MUJER)

Las relaciones entre la mujer casada y sus hijos variaron profundamente. En la época en que la concepción agnaticia de la familia es fundamental, es la manus, y no el matrimonio por sí solo, la que genera lazos jurídicos entre la mäterfamilias y sus hijos. La mujer es como la hermana agnaticia de los hijos, con las lógicas derivaciones que ello supone, especialmente en el Derecho Sucesorio. Si al matrimonio no se acompañó la conventio in manum, la madre pertenece a distinta familia civil que sus hijos, con los cuales no la unen más vínculos que los de cognación, de escasísimas consecuencias en el Derecho Antiguo.

Más, a medida que la familia natural va suplantando a la civil y la manus poco frecuente y desvirtuada de su alcance originario, acaba por desaparecer, la cognación o el parentesco de sangre entre la madre y los hijos, con los cuales no la unen más vínculos que los de la cognación, se produce una serie de consecuencias que acercan tal situación a las de las legislaciones modernas: derechos recíprocos de sucesión, alimentos, guarda de los impúberes por la madre, que en el Derecho Postclásico puede ejercer la tutela, etc.

#### ENTRE LOS CONYUGES

Con respecto a los deberes y obligaciones, que se derivan del matrimonio para el hombre y la mujer, en sus relaciones personales tenemos:

a) Los cónyuges se deben fidelidad. A este respecto, el Derecho Romano trata más severamente a la esposa que al marido, ya que la infidelidad de ella introduce sangre extraña a la familia. Constantino lo castigó con la muerte. Este rigor se suavizó en el Derecho Justiniano. Las "aventuras" del marido, siempre que no tengan lugar en la ciudad del domicilio conyugal, no son causa de divorcio; en cambio, la mujer adúltera comete siempre un delito público. Se concede al marido cierta autoridad, disponiendo de un interdictum de uxore exhibenda et ducenda para reclamar la entrega de la -

mujer a cualquiera que la tuviese, así como de un exceptio - para rechazar el interdictum de liberis exhibendis et ducendis ejercitado por el paterfamilias de la mujer.

b) La esposa tiene el derecho y el deber de vivir con el marido. Este puede reclamar la entrega de la esposa, si ésta se queda, sin su permiso, en una casa ajena.

c) Los cónyuges se deben mutuamente alimentos, y estos se de determinan en vistas de las posibilidades del que los debe y de las necesidades del que los pide.

d) Los cónyuges no pueden hacerse mutuamente donaciones. El Derecho Moderno amplía, y al mismo tiempo, restringe este principio. Lo ha hecho extensivo a todo contrato entre cónyuges, pero ha sustituido la prohibición total por el requisito de una autorización judicial. En cuanto a las donaciones entre cónyuges, actualmente son válidas, pero revocables en todo tiempo.

e) Desde la época de Augusto, se prohíbe que la esposa salga fiadora de su marido, disposición que el Senado Consulto Veleyano, del año 46 d.J.C., amplió considerablemente, quitando los efectos procesales a toda fianza otorgada por - una mujer para garantizar obligaciones, no sólo de su marido, sino también, de un tercero.

f) Un cónyuge no puede ejercer contra otro, una acción por robo. El Derecho Moderno ha suavizado esta restricción - en el sentido de que, en este caso, sólo se persigue la petición de la víctima.

g) En materia civil la condena que obtenga un cónyuge en contra de otro, no puede ir más allá de las posibilidades de la parte vencida, de manera que tal condena puede privar al vencido de sus bienes suntuarios, pero debe dejarle un mínimo para poder subsistir de acuerdo con su rango social. Esta idea no ha sido recogida por el Derecho Moderno.

h) En caso de quiebra o concurso del marido, se presume que cuando haya adquirido la esposa durante el matrimonio, procede del marido y entre en la masa de la quiebra. Si se trata de adquisiciones hechas por la esposa con dinero pro-pio, a ella corresponde comprobar dicha circunstancia.

i) La viuda pobre, tiene ciertos derechos -bastante - limitados- a la sucesión del marido, si éste muere sin haber hecho testamento de sus bienes.

j) La afinidad con la suegra, o el suegro, constituye un impedimento para el matrimonio con éstos, después de dj-solverse el matrimonio del que surgió esta forma de parentesco.

k) Les está prohibido a los cónyuges entablar acciones penales o infamantes entre ellos.

## 2.6 IMPEDIMENTOS PARA EL MATRIMONIO ROMANO<sup>(30)</sup>

Motivos de varia índole: políticos, éticos, sociales, religiosos, determinaron una suerte de requisitos que se caracterizan por estar formulados de modo negativo. Tales son los que actualmente llamados impedimentos, y se distinguen en dos clases: absolutos y relativos.

Este carácter de absolutos o relativos se verá determinado, según sus consecuencias: si producen incapacidad para contraer matrimonio en cualquier caso o bien, sólo con referencia a determinadas personas.

Son impedimentos ABSOLUTOS:

a) El matrimonio precedente todavía no disuelto, en cuanto a que la ley no autoriza la coexistencia de un doble vínculo.

2) La esclavitud de uno de los cónyuges.

3) El voto de castidad y las órdenes mayores, en el Derecho Canónico.

(30) Fuente: Iglesias Juan, Derecho Romano, Instituciones del Derecho Privado, Ariel, España, 1972, págs. 552 a 555.

### Son impedimentos RELATIVOS:

1) El parentesco de sangre o cognación. En la línea recta, está prohibido el matrimonio entre ascendientes y descendientes hasta el infinito; en la línea colateral, hasta el tercer grado inclusive, es decir, hermanos, tío y sobrina, tía y sobrino. Un senado consulto del año 49 d.J.C., con el fin de permitir el matrimonio del emperador Claudio con su sobrina Agripina (hija de su hermano Germánico), autorizó la unión entre tío y sobrina. Se mantuvo todavía la prohibición de matrimonio el tío y la hija del hermano, así como, entre la tía paterna o materna y el sobrino. Una disposición de Constantino restableció la antigua prohibición de tomar como esposa a la hija del hermano. Las uniones entre primos fueron prohibidas en la segunda mitad del siglo IV, pero a comienzos del V fueron de nuevo permitidas. El parentesco de adopción constituye también un impedimento, si bien cesa, tratándose de línea colateral, cuando se ha disuelto por emancipación.

2) El parentesco espiritual. Según norma justiniana está prohibido el matrimonio entre el padrino y el ahijado.

3) La afinidad. En la época clásica no se permite el matrimonio entre padrastro e hijastra, madrastra e hijastro, suegro y nuera, suegra y yerno. A esta prohibición de matri-

monio entre los parientes de la línea recta, se suma la estblecida por el Derecho Cristiano en orden a los cuñados.

4) El adulterio y el rapto. Por una disposición de la Lex Julia es adulteris, que confirma la Lex Julia et Papia, está prohibido el matrimonio entre la adúltera y su cómplice. El Derecho de la última época prohíbe también el matrimonio entre el raptor y la raptada.

5) Razones especiales de varia índole:

a) En virtud de un senado consulto de la época de Marco Aurelio se prohíbe, bajo la pena de nulidad, el matrimo-nio entre el tutor y la pupila, hasta tanto hayan rendido -- cuentas.

b) Mandatos imperiales prohíben al magistrado provincial que contraiga matrimonio con mujer oriunda del territo-rio en que ejerce su cargo, o bien domiciliada en él. El matrimonio solo está permitido post depositum officium.

c) Con el fin de favorecer el mantenimiento de la disciplina en el ejército, el Derecho de la época imperial pro-hibió a los militares que contrajesen nupcias, pero a fines del siglo II d. J.C. fue revocada la prohibición.

d) Motivos de índole social justifican la prohibición de contraer matrimonio entre senadores y descendientes suyos y libertas, así como entre senadores y mujeres de abyecta - condición. Este régimen prohibitivo desapareció por completo en la legislación justiniana.

e) En el Derecho Clásico la mujer no puede contraer - nupcias antes de los diez meses de la disolución del prece - dente matrimonio por muerte del marido. En la época postclá - sica tal período se extiende a un año, teniéndose también en cuenta la disolución por divorcio. Tal norma tiene por fin - evitar dudas acerca de la paternidad del concebido en el pri - mer matrimonio. La prohibición cesa, en todo caso, si la mu - jer da a luz antes de los diez meses o el año.

f) Motivos religiosos dan lugar a la prohibición esta - blecida por el Derecho Canónico de contraer matrimonio entre cristianos y judíos.

## 2.7 OTRAS UNIONES LICITAS<sup>(31)</sup>

### 1. EL CONCUBINATO

Se llama concubinato a la unión permanente entre per - sonas de distinto sexo, sin intención de considerarse marido y mujer.

(31) Fuente: Floris Margadant Guillermo, Derecho Privado Romano como in - troducción a la Política Jurídica Contemporánea, Esfinge, México -- 1974, pág. 109-110.

Esta especie de matrimonio parece haber nacido de la desigualdad de condición: así, un *civis* tomaba para concubina a una mujer poco honrada, indigna de hacerla su esposa, v. gr: una manumitida o una ingenua de baja extracción.

Hasta el fin de la República el Derecho Civil no se ocupó de estas uniones de hecho; no fue sino bajo Augusto -- cuando el concubinato recibió su nombre.

El Derecho Penal se ocupó de esta unión y la *Lex Julia de adulteris* declaró ilícita la unión extraconyugal con mujeres de baja condición, haciendo una excepción en favor de estas uniones que recibieron, de esta manera, una especie de sanción legal.

Inicialmente el concubinato no producía ningún efecto comparable al matrimonio; la mujer no era elevada a la condición social del marido, ni fue tratada como *uxor*, de ahí que se designe esta unión con el nombre de *inaequale coniugium*; pero el Bajo Imperio se le hizo producir efectos jurídicos.

Se practicaba, al principio, entre personas privadas de *connubium*; posteriormente se permitió con mujer de cualquier condición, pero sin *affectio maritalis*. Si bien tratándose de mujer *ingenua et honesta vitae*, debía declarar expresamente su voluntad de descender a concubina *testatio*; de no

ser así, se cometía adulterio. Además, no se podían reunir el matrimonio y el concubinato; tampoco se podían tener dos o más concubinas.

En cuanto a los hijos, recibe el nombre de liberi naturales y no el de legítimos. Siguen la condición de la ma - dre y, naciendo sui juris, no están sometidos a la autoridad paterna. El parentesco que los une a la madre es el natural. El Derecho Cristiano mejoró su condición, primero acordándoles derechos a los alimentos y a la sucesión, con respecto a su padre; segundo autorizando su legitimación, si los padres contraen matrimonio. Justiniano conservó dicha legitimación por matrimonio subsiguiente.

Finalmente, debe decirse que, aunque el concubinato era una unión estable, se diferenciaba del matrimonio porque a esa convivencia le faltaba la affectio maritalis, y porque, para su existencia, no se requería la concurrencia de los re quisitos que hemos señalado para contraer las nupcias.

## 2. EL MATRIMONIO SINECONNUBIO

Esta unión, también llamada "matrimonio de derecho de gentes", se celebraba entre personas que no tienen o una de ellas carecía del connubium; así un civis y una peregrina, o una latina, o entre dos peregrinos. Esta unión no se conside-

raba ilícita pero tampoco se equiparaba al matrimonio.

Los hijos producto de esta unión eran cognados de la madre y de los parientes maternos; nacían sui juris y casi siempre peregrinos, según la Ley Minicia.

Esta unión se podría transformar en matrimonio, por la *causae probatio* y por el *erroris causae probatio*; sucede lo primero cuando un esclavo, por ser manumitido antes de los 30 años, se volvía latino, según la Ley Aelia Sentia pero si se casaba con una ciudadana o una latina en presencia de 7 testigos asegurando que lo hacía para tener hijos y que de esta unión naciera un hijo, podía, cuando éste tuviera un año, presentarse al magistrado, probándole tanto la existencia del hijo como la causa de su matrimonio. De este modo se hacía ciudadano, acordándose también la ciudadanía a la mujer y al hijo, si es que no la tenían. Aparece lo segundo, cuando un *civis* se equivocaba al casarse, v. gr: creía que su cónyuge tenía el *connubium*, cuando en realidad era una latina; si probaba su error, esa unión se convertía en matrimonio.

### 3. EL CONTUBERNIO

Se llamó así a la unión entre dos esclavos o entre una persona libre y un esclavo. No produce ningún efecto ci-

vil; los hijos siguen la condición de la madre. Durante mucho tiempo, el Derecho no reconoció entre los esclavos ningún parentesco, ni siquiera el natural; no es sino hasta -- principios del Imperio en que se admitió una especie de cognatio servilis entre el padre, la madre y los hijos, por una parte, y por otra, entre hermanos y hermanas. Esta cognatio tenia por objeto impedir, entre esas personas, cuando fueran libres por manumisión, matrimonios que hubieren sido contrarios al Derecho natural y a la moral.

## CAPITULO III

### 3.1 LEGISLACION CADUCARIA<sup>(32)</sup>

La legislación Caducaria está representada principalmente por dos leyes: Pappia Poppaea y la Iulia, las cuales - las hemos mencionado en capítulos anteriores, en estas leyes Augusto trataba de intervenir en el problema demográfico de Roma. Este nacionalista necesitaba auténticos romanos para - la realización de sus proyectos, y le molestaba frecuentemen - te que los ciudadanos no quisieran casarse, o, ya casados, - no tuvieran hijos. Por eso puso en vigor una política de pre - mios y castigos, fijados en las citadas leyes que fueron muy impopulares.

Prohíben a los célibes y orbi (cónyuges sin hijos) - recibir herencias y legados de personas que no pertenezcan - a su inmediata familia y crean, a estas dos categorías de -- personas, toda serie de obstáculos en sus carreras públicas. En cambio, los ciudadanos casados y con hijos reciben cier - ros privilegios. La disolución de matrimonios estériles, aun - que basados en un razonable grado de amor conyugal, y por --

(32) Floris Margadant Guillermo, Derecho Privado Romano; como introducción a la política jurídica Contemporánea, Esfinge, México, 1974, - pág. 213.

otra parte, matrimonios fingidos, paternidades simuladas, -- fueron el fruto de esta legislación inmoral.

Como el cristianismo, respetaba y daba crédito al ce-libato y la castidad, la legislación caducaria desapareció - de manera definitiva, ante la influencia política de la nue-va religión.

### 3.2 REGIMENES PATRIMONIALES DE LOS BIENES DEL MATRIMONIO

En el curso hitórico del Derecho Romano es importante distinguir tres regímenes matrimoniales de bienes:

#### I. REGIMEN DE ABSORCION DE BIENES

Si el matrimonio va acompañado del ejercicio de la ma-nus sobre la mujer, los bienes de ésta pasan a engrosar el patrimonio del marido. De igual modo, se hacen al marido los bienes que por cualquier título adquiriera la mujer durante el matrimonio. Bajo todos los aspectos, la uxor in manu tiene - la consideración de una filia.

#### II. REGIMEN DE SEPARACION DE BIENES

Tratándose de matrimonio libre, la sine in manum con-ventione uxor conserva, siempre que sea sui iuris, la propie

dad de los bienes llevados al matrimonio, así como hace su -  
 yos los adquiridos durante él por herencia, legado, donación,  
 etc., o por su propio trabajo. Tales bienes pueden ser ad --  
 ministrados por la propia mujer, la cual, por lo demás, dis-  
 pone de ellos con entera libertad. Cabe que los confie en ad  
 ministración a su marido, hablándose entonces de bienes ex -  
 tradotales, según el lenguaje clásico.

En el orden de los bienes extradotales, el marido ac-  
 túa como simple mandatario, debiendo atenerse en todo a las  
 instrucciones dadas por la mujer, Si hace un uso no autoriza  
 do por ésta, queda responsable de la pérdida que esto pueda  
 traer consigo.

Disuelto el matrimonio, el marido viene obligado a la  
 restitución de los bienes extradotales. Dispone la mujer, a  
 tal respecto, de la rei vindicatio, o de la condictio, si --  
 los bienes fueron entregados al marido de suerte que éste ad  
 quiriese la propiedad, o de la acción correspondiente a la -  
 particular relación contractual que haya mediado entre una y  
 otra.

Por una constitución del Teodosio y Valentiniano se or  
 dena que el marido no tenga comunidad en los bienes parafra-  
 ternales o extradotales cuando no lo consienta la mujer, ni  
 que tampoco le imponga a ésta ninguna obligación.

El Derecho Justiniano se muestra favorable a considerar los bienes extradotales en función de subvenir al sostenimiento de las cargas del matrimonio. Cuando menos, si no hay lugar a confundirlos con la dote, cumplen la misma finalidad de ésta.

En relación con el matrimonio libre rigen las siguientes normas:

a) Todas las adquisiciones de la mujer durante el matrimonio se presumen hechas por el marido, salvo prueba de lo contrario. Tal es la praesumptio Muciana, cuyo verdadero significado originario no ha sido bien esclarecido.

b) Las donaciones entre cónyuges están prohibidas. Justifícase ésta prohibición, al decir de las fuentes, por la necesidad de evitar que se ponga precio al efecto conyugal y por el peligro de que el amor pueda mover al cónyuge más generoso a desprenderse de sus bienes en beneficio del otro. Es de advertir, sin embargo, que la interpretación jurisprudencial aprobó la validez de las donaciones, que no importan un enriquecimiento para el donatario, y así, v.gr., las donaciones de la tumba, y los subsidios proporcionados por la mujer al marido para dar juegos públicos. Valederas son también las donaciones hechas en consideración al momento de la disolución del matrimonio, sea por muerte, divorcio, etc.

III. REGIMEN DOTAL<sup>(33)</sup>

Podemos definir al derecho dotal, como el conjunto de normas y principios jurídicos que regulan el patrimonio de los cónyuges; los derechos del marido sobre los bienes de la mujer y los de ésta sobre los de aquél. Los primeros forman el *ius dotium* en sentido estricto, y a los segundos pertenece la *donatio propter nuptias*.

Naturalmente mientras sólo se conoció el matrimonio *cum manu*, la dote no tuvo significación propia, en virtud de que todos los bienes de la mujer pasaban a ser propiedad del marido, y ella misma era un instrumento de adquisición para el pater. Es en cambio con el matrimonio *sine manu*, que se comienza a distinguir el aporte de la mujer al matrimonio, ya que en éste, ella conserva la propiedad de sus bienes. Adquiere así la palabra dote, un sentido técnico en contraposición la palabra *parapherna*, destinada a indicar los bienes que conservó la mujer para sí. Esta sustancia propia de la mujer, sobre la cual el marido no tiene ningún derecho sin el consentimiento de aquélla, se llama en las leyes *peculium*.

La dote era una donación que la mujer o a nombre de ella o por ella se hacía al marido, con la consecuencia, al

(33) Fuente: Enciclopedia Jurídica Omega, Tomo X, Buenos Aires, 1969.

principio, de que éste adquiría el dominio de los bienes que la componían; el marido era propietario de la dote. Gayo, -- Inst., II, & 63. La idea de restitución empezó a vislumbrarse luego que Spurio Carvill-Auga repudió por esterilidad a su mujer, mediante la reserva de su restitución en el acto de constitución de la dote, (reserva no garantizada por no autiones).

En la Ley de las XII Tablas no se halla vestigio alguno sobre la dote, sin embargo, se encuentran referencias completas en las obra de Plauto.

La expresión dos, dote, la hallamos en las fuentes -- con un triple significado:

- Para indicar todo lo que el marido recibe de la mujer o de otro, en su nombre con el fin de sufragar las cargas del matrimonio. D. 23,3,7, pr.; D.23,3,56 & 1; 75; 76; - D. 24,3,1; C. 5,18,5. En este sentido objetivo, la dote es la universitas, en el sentido relativo, de hecho, y no de derecho, y con relación a los objetos individuales que la constituyen. D. 33,4,1, & 4.

- Se usa la palabra dote para expresar los derechos que de ella derivan: D.24,4,7, pr.; D.23,3,46, pr.

- Título jurídico que fundamenta la adquisición de un derecho. D.41,4.1.

La dote en sí, era un medio para promover el matrimonio; de ahí que las leyes como la Ley de Iulia y la Papia P<sub>o</sub>pea, la considerarán de interés público. Para que exista dote, debe de existir también el matrimonio válido, no rige el derecho dotal si el matrimonio es putativo. A la mujer putativa no se le concede para reclamar los bienes aportados al falso matrimonio (la acción de dote o estipulato, o la que concedió Justiniano), ya que éstas suponen un matrimonio válido. La mujer putativa sólo tiene un condictio, como la prometida, condictio no garantizada por la hipoteca como la dote, sino por el privilegium exigendi.

La dote exige también una causa perpetua, o sea, que debe de darse no por plazo determinado, sino para que quede en manos del marido en tanto subsista el matrimonio, aunque en tiempo de Plauto también se entendía por causa perpetua, la retención que hacía de ella el marido, luego de muerte su mujer, si no, no provenía del padre, o si éste en caso de haberla constituido había muerto. Era requisito de la dote, -- que ésta se entregara efectivamente al marido, la simple promesa no era todavía la dote.

Se puede dar en dote todas las cosas aptas para soste

ner las cargas del matrimonio, sean muebles o inmuebles: dinero, fundos, esclavos, animales, cosas incorporales como -- créditos, éste es el caso en las que se presentan dos formas:

1) El marido es deudor de la mujer, en este supuesto si la mujer da en dote al marido lo que éste le debe, no puede exigirle durante el matrimonio el cumplimiento de la prestación; contra la acción de la mujer el marido tiene la expectativa del pacto. Si el marido era liberado mediante la acceptilatio la obligación se extinguía ipso iure y se fingía una solutio brevi manu. La mujer adquiría en ambos casos un actio dotis para exigir una restitución al marido una vez disuelto el vínculo matrimonial. El marido quedaba eximido de pagar intereses mientras subsistiera el matrimonio.

2) Un tercero es deudor de la mujer de un capital que ésta constituye en dote; el marido recibe los intereses durante el matrimonio y también el capital. La mujer puede ceder la acción contra el deudor, o bien realizar una delegación, cuando la mujer le asigna al marido su deudor, y éste se obliga a él por expromissio. Conforme al nuevo derecho -- puede accionar directamente contra el deudor en ese caso, -- sin necesidad de cesión o delegación, mediante una acción -- útil.

El marido responde por la pérdida del capital, siempre

que la culpable de este hecho no sea la mujer, en cuyo caso, aún puede el marido accionar en contra de la mujer por la ac tio mandati.

Una herencia también puede ser objeto de dote. Un ob je to frecuente de dote, es el usufructo de un fundo; se dis tingue en las fuentes varias hipótesis:

a) El fundo sobre el cual la mujer tiene el usufructo es propiedad del marido; si la mujer constituye ese usufructo en dote, se consolida la propiedad del marido y la servi dumbre de usufructo cesa durante el matrimonio. El marido -- usa y goza el fundo como propietario; si el matrimonio se di suelve por muerte de la mujer, el usufructo queda ligado -- irrevocablemente a la propiedad; el marido no saca alguna en este caso, ya que de todos modos por la muerte de la mujer, el usufructo queda ligado a su propiedad irrevocablemente; - si en cambio el matrimonio se disuelve por divorcio, el mari do debe restituir el usufructo a la mujer, o mejor dicho, -- constituir uno nuevo.

b) El usufructo constituido en dote, pertenece al pa dre de la mujer, sobre el fundo de propiedad del marido. Se consolida la propiedad, pero si el matrimonio se disuelve -- por muerte de la hija, el padre puede repetir el usufructo.

c) La mujer da en dote al marido el usufructo de un fondo, del cual ella es propietaria. Es un caso común de -- constitución de usufructo, y se rige por sus normas y principios. El marido percibe los frutos, y con ellos solventa los gastos del matrimonio; si no usa su derecho y lo pierde, la mujer consolida su propiedad; pero cuando el matrimonio se -- disuelve, no puede pedir el usufructo por la acción de dote. Si la mujer vende a un tercero, durante el matrimonio, el -- fondo, no puede pretender para ella el usufructo en caso de disolverse el vínculo, ya que ese derecho real, vuelve a la propiedad, pero puede exigir al comprador del fondo, una es-timación por la servidumbre personal, si no se tuvo en cuen-ta cuando se efectuó la venta.

Si se disuelve el matrimonio por muerte de la mujer, el usufructo no vuelve al tercero que adquirió el dominio, -- sino que lo conserva el marido hasta su muerte, porque es él y no la mujer el titular de ese derecho, y porque por los -- Pandectas, el marido retiene la dote cuando muere la mujer.

Si el matrimonio se extingue por divorcio los frutos del último año se dividen por rata temporis y el usufructo -- pasa a la mujer; si ésta es dueña del fondo, puede exigir -- con la actio dotis, que el marido le ceda el usufructo para -- consolidar su propiedad. Pero aunque haya vendido el fondo -- a un tercero, conserva esa acción contra el marido, sin per-

juicio de ser ella obligada a ceder el usufructo al tercero por el actio ex emptio.

d) La mujer vende al marido, durante el matrimonio, - el fundo cuyo usufructo constituyó en dote. Si el marido muere antes de la litis contestatio, sus herederos no estarán - obligados frente a la mujer, porque se consolidó el usufruc-to con la propiedad por esa circunstancia procesal; ello, en la supuesta venta del nulo dominio. Que si se ha vendido al marido la propiedad plena, la mujer nada podrá exigir, aunque la muerte ocurra luego de tratada la litis desde que obtuvo la restitución de la dote en el precio de venta.

e) Un tercero constituye a favor de la mujer en dote, el usufructo de un fundo de su propiedad; objeto de la dote es el usufructo mismo y no los frutos que se obtengan. Con la muerte del marido se extingue el usufructo; sin embargo, cuando hay divorcio, existe cierta controversia al respecto, pero la mayoría de los juristas establecían que el marido rentase a su mujer el fundo o lo vendiera nummo uno.

f) La mujer cede al marido un usufructo constituido a su favor sobre un fundo ajeno. La mujer permanece usufructa-ria y el marido obtiene el ejercicio del derecho de goce, -- ejercicio que vuelve a ella si se disuelve el matrimonio en vida de la mujer.

La mujer podía dar en dote todo su patrimonio. En este caso el objeto de la dote es una universitas, pero no tiene lugar una sucesión universal como en el caso de la herencia; una transmisión del patrimonio entero es perfectamente compatible con la sucesión a título singular. El marido no puede ser sucesor universal de la mujer en vida; sólo en un caso de dote puede pertenecer a la sucesión hereditaria; -- cuando sea de todos los bienes de la mujer y el marido la re tenga muerta ésta y no de otro modo.

En el supuesto de la dote de todo el patrimonio, los acreedores de la mujer tienen contra el marido la acción Pauliana, pues la constitución de dote no debe verificarse en fraude de aquellos. Pero esta acción presume que el marido participe en el fraude de la mujer, ya que se considera acto a título oneroso y no gratuito la constitución de la dote.

A veces en el pacto dotal se estima la dote en un -- cierto precio; ello origina dos supuestos: 1o.) La intención de las partes es que por venta se transfiera la dote al marido: aestimatio venditiones causa facta; 2o.) Con la estimación sólo se quiere fijar el valor de las cosas dotales, a fin de que en la futura restitución no pueda surgir cuestión al respecto: aestimatio taxationes causa facta.

Las diferencias entre los dos casos son las siguientes:

a) En el primero el marido solo responde por el valor de estimación de los bienes dotales; la dote consiste en ese valor; la propiedad de los bienes pasa definitiva e irrevocablemente al marido, que es solo deudor del precio: la mujer solo puede reivindicar las cosas si disuelto el matrimonio no le paga el marido la aestitio. La mujer tiene por el precio, en la legislación de Justiniano, una hipoteca privilegiada: El marido puede enajenar los bienes dotales o disponer de ellos a su arbitrio.

b) El peligro de las cosas está a cargo de él como en la compraventa, a cargo del comprador. El marido responde en consecuencia por el precio, aunque todas las cosas hayan parecido antes de la tradición; pero, como cualquier extremeus emptor, es necesario que la mujer no esté en mora ni sea de otro modo responsable de la pérdida de las cosas dotales.

Esa forma de estimación se considera una compraventa: Si el marido dejó el uso de las cosas, a la mujer, debe --- igual pagarle el precio, aunque éstas se hayan deteriorado: Desde la estimación de las cosas, el marido tiene derecho a beneficiarse de los frutos y ventajas en forma ilimitada; le pertenecen las accesiones: Como comprador el marido puede -- pretender la prestación de evicción, pero lo que obtenga por tal vía debe restituirlo a la mujer como bien dotal, aunque llegue al doble de la estimación, ya que no puede pretender

más que su resarcimiento. En este sentido la aestimatio do -  
 tis no es una simple venta, sino por causa de dote y el mari -  
 do no puede enriquecerse a costa de la mujer; pero si la mu -  
 jer acciona contra el marido para que le pague el valor esti -  
 mado sin haberlo resarcido por la evicción, es rechazada con  
 una excepción de dolo. Se distingue en este caso entre la do -  
 te constituida por la mujer o por un extraño, aunque sea el  
 padre, pues el dolo de éste daña a la hija aunque ésta no lo  
 haya sucedido como heredera. Sería inícuo que el marido de -  
 biera pagar el valor de un fundo que no pudo conservar en -  
 virtud de la evicción.

La perfección de la estimación y la adquisición del -  
 dominio dependen de que el matrimonio se verifique realmente;  
 si la estimación tiene lugar antes que el matrimonio, debe -  
 considerarse una venta condicionada, cuya perfección depende  
 de la celebración del matrimonio, aunque el fundo dotal se -  
 haya entregado ya al esposo; si la estimación no se celebra,  
 la estimación queda sin efecto; y pueden repetirse las cosas  
 entregadas al esposo, no el valor de las mismas: Si en el --  
 lapso han perecido, debe distinguirse si hubo o no culpa del  
 esposo; éste debe responder por la negligencia, el dolo y la  
 culpa; no puede invocar la diligencia en concreto porque el  
 matrimonio no se realizó. Si la cosa pareció antes del matri -  
 monio sin culpa del esposo, se considera que la compra no se  
 celebró y el riesgo es de la esposa; y tal solución vale aun

que después se celebre el matrimonio. En cambio el simple de-  
terioro del fundo, siempre que exista cuando se concluye el  
matrimonio, daña al marido solamente.

La estimación ventitionis causa se diferencia de la -  
compraventa en que en ésta solo se admite la lesión superior  
a la mitad del valor; en aquélla en cambio se considera cual-  
quier lesión. Si la mujer sostiene que el marido estimó el -  
fundo demasiado bajo, éste debe pagar su verdadero valor o -  
restituirlo, salvo que el fundo o el bien dotal haya pareci-  
do sin culpa del marido, en cuyo caso la mujer debe conten-  
tarse con la estimación hecha, aunque sea baja, porque de no  
haberse efectuado, ésta hubiera perdido todo. Pero el marido  
no debe incurrir en dolo.

Cuando la estimación se hace taxationis causa, ella -  
solo tiene por finalidad determinar el verdadero valor del -  
bien dotal, para facilitar la prueba de la mujer en la futu-  
ra repetición si el fundo se destruye o deteriora por culpa  
del marido. En este caso no es el precio del bien dotal el -  
que constituye el objeto de la dote, sino el mismo bien, y  
disuelto el matrimonio debe restituirse éste con todas sus -  
accesiones. El marido obtiene el uso y los frutos para subve-  
nir a las cargas del matrimonio, y éstos solamente están a -  
su riesgo; con respecto a la cosa responde por dolo, la cul-  
pa y la diligencia que aplique a sus cosas. La mujer no res-

ponde por la evicción a menos que haya pactado lo contrario, o si obró con dolo al constituir la dote. Valen para la dote estimada taxationis causa los mismos principios que para la dote no estimada.

En ocasión de esta estimación pueden mediar convenciones de varias clases. Se puede así convenir que disuelto el matrimonio debe restituirse la dote in natura o su valor de estimación; en este último supuesto si nada se pactó con respecto a la elección, corresponde al marido, que es el deudor; (principio de las obligaciones alternativas). De ahí que si las cosas dotales no existen in natura al tiempo de la restitución, el marido debe pagar la estimación de ellas, aunque hayan parecido sin su culpa. Pero si solo se han deteriorado, conserva la elección (desde luego, siempre que el deterioro no le sea imputable).

Puede convenirse que las cosas dotales, disuelto el matrimonio, se restituyan a todo evento mediante el pago del precio de estimación, en cuyo caso el marido soporta el riesgo aún del caso fortuito o de la fuerza mayor. Cuando se dan en dote cosas que constan por el peso, el número, la medida, rigen los principios que regulan la dote venditionis causa; el marido debe restituir, cuando se disuelve el matrimonio, las mismas cosas si se conservan en el estado en que se hallen, u otras tantas del mismo género y calidad. No se puede

hablar en estos casos de prestación de culpa.

Si se da en dote un crédito, el objeto de aquélla lo constituye el objeto del crédito; y el marido debe poner en su percepción la mayor diligencia como la exigida en la gestión de los negocios ajenos. De perderse el capital por su culpa, es responsable ante la mujer por el mismo.

Es indiferente que la transmisión del crédito al marido por la mujer, se hiciera por delegación (figura frecuente entre los romanos); o por cesión desde que en el caso, la intención de las partes no es extinguir una deuda por delegación, sino constituir una dote.

Cuando media delegación, el riesgo de la efectiva percepción del crédito pesa sobre la mujer por pacto presunto, salvo que el marido hubiera conocido de antemano que se trataba de un deudor insolvente, en cuyo caso es el que corre el riesgo.

Pero aún en el primer supuesto el riesgo pasa al marido cuando éste otorga un plazo o realiza un acto cualquiera que ponga de manifiesto su confianza en el deudor. En cualquiera de los casos la mujer soporta el periculum) a menos que la insolvencia del deudor no sea imputable al marido. De estar sujeto el crédito a condición suspensiva y el deudor -

deviene insolvente antes de que aquélla se cumpla, las consecuencias son sólo sobre el patrimonio de la mujer.

Cuando el padre o un tercero, con un ánimo de donar, prometen la dote al marido, y éste no exige judicialmente el cumplimiento de esa promesa, no está obligado ante la mujer, de disolverse el matrimonio, porque la mujer no puede quejar se de que el marido, no haya ido contra su padre o bien contra el donante, aunque con respecto a este último sólo en la medida del beneficio de competencia.

Durante el matrimonio se puede permutar la dote si es útil para la mujer, sea de una cosa en dinero, o de dinero - en cosa. Al respecto, Ulpiano dice que si ello ocurre, el fundo o la cosa entre en la permutación, se hace total. Tal cambio de dote siempre supone una convención.

Corresponde distinguir este supuesto, de aquél en que a mujer entrega la dote y luego objetos distintos con consentimiento de su marido, pues éste es un caso de datio in solutum.

La permutatio dotis presupone una dote prometida y entregada, cuyo objeto es luego sustituido, de modo que los - bienes nuevos que entran en lugar de los anteriores, constituyan de ahora en adelante, el único objeto de la dote.

En cambio en la datio in solutum: promesa de entregar dinero con entrega luego de una cosa distinta, el objeto dotal es siempre el dinero, y la cosa que realmente se entrega, la adquiere el marido. En la permutatio los riesgos, por el contrario, pertenecen a la mujer.

Naturalmente el pacto que requiere la permutatio es - de rigor una vez celebrado el matrimonio; antes de ello y de perfeccionada la dote con la entrega, la mujer puede cambiar a su voluntad, el objeto de la dote.

En función de la persona que constituye la dote podemos distinguir:

1) Dote dada por el padre o por el abuelo paterno con bienes propios; se llama dos profectitia. Es diferente que la de ellos mismos u otra persona por encargo de ellos, o sin - mandato. No se tiene en cuenta que medie la patria potestad; la dote constituida también por el pater o favor de la hija emancipada, también es dote profecticia; también lo es la -- constituida por el curador de padre demente, o por decreto - del magistrado, con bienes del padre en el caso de estar és-te asuente o prisionero de los enemigos. Los mismo cabe de - cir de la dote pagada por el fiador del padre que la había - prometido. En cambio si es el padre que como fiador de un -- tercero dió la dote, ésta no es profecticia; o cuando ha pe-

dido de la hija, da en dote lo que él le debe a aquélla.

Es igualmente adventicia la dote, si alguno dona algo al padre para que lo dé como dote de la hija; el padre debe de cumplir la condición de la donato, de lo contrario sería demandado por la conditio ob rentada rem non secuta. Por -- igual razón no se considera como donación entre cónyuges, lo que hace la mujer al marido para que dote a la hija de élla.

Tampoco era profecticia la dote constituida por el padre sin disminuir su patrimonio, por renuncia a una herencia a favor del yerno, o renunciando a un legado que el yerno debía pagarle. La razón está, en que el pater nada gastó, en - el caso de lo suyo; se limitó a no adquirir.

En cambio al dote siempre es profecticia, siempre que se constituya con el patrimonio del padre, aunque sea un tercero el que da la dote a favor de la hija, pero con inten -- ción de donar al padre.

Si el pater estaba sujeto a la patria potestad, y tomaba dinero en mutuo o delegaba a su acreedor para dotar a - su hija, y lo hacía con la intención de actuar por su padre, que tenía la obligación de donar a la nieta, se consideraba que la dote había sido constituida por el abuelo y era pro - fecticia.

El acreedor puede ir contra el abuelo, pues el hijo - tomó el dinero no para sí, sino para su padre.

En lo expuesto anteriormente, era necesario que el mu tuo no excediera las posibilidades económicas del patrimonio del abuelo paterno.

En punto a la restitución de la dote y siempre en el supuesto que consideramos, de morir el abuelo y disuelto el matrimonio, la dote volvía al padre.

La dote constituida por la mujer o por otro que no -- fuera el pater o ascendiente paterno se llama adventicia. Si el tercero que constituía la dote para la mujer, se reservaba la restitución de la misma, la dote era recepticia. La do te recepticia presupone siempre una convención especial, que deroga a la regla por la que admite, que el extraño ha donado la dote a la mujer, a menos que conviniera su restitución en caso de disolverse el matrimonio.

La obligación que tenían ciertas personas en el Dere-cho Romano de dotar a la mujer, originó la dote necesaria. Personas obligadas jurídicamente a dotar a la mujer eran:

- a) El Padre
- b) El Abuelo

- c) La madre en circunstancias extraordinarias
- d) Otras

2) Está obligado a dotar a la mujer el abuelo paterno, cuando el hijo ha muerto y se halla sujeto a su patria potestad, no tiene bienes suficientes para dotar a la hija.

3) La madre tiene esa obligación, pero solo en circunstancias extraordinarias:

- a) En caso de necesidad por ser pobre el padre, y la hija no puede obtener la dote de otra manera.
- b) Si el padre ha muerto, y la hija no tiene bienes propios y no puede casarse sin dote en forma conveniente.

4) El hermano rico está obligado a dotar a la hermana pobre; hermano por parte de padre y de madre. Aunque cabe señalar que a este respecto existen ciertas contradicciones.

5) Finalmente, hay autores que opinan que la misma mujer estaba obligada a constituir la dote.

La obligación de dotar era estrictamente personal, y no pasaba en forma activa o pasiva a los herederos.

Dote voluntaria era la constituida por libre voluntad de las partes, sin obligación previa que la impusiera.

La dote era una dación temporánea que llevaba, en su concepto, la idea de su restitución; no era pues una donación, como lo era el mutuo. Bechmann\*, seguido por Czyhlanz\*\* sostuvo empero que la restitución no era una consecuencia necesaria y conceptual de la dote, sino el resultado de su desenvolvimiento histórico, fundado en la equidad. De Tal manera la dote fué una donación calificada por el fin, que estaba destinada a cumplir.

Dote y donación suponen un aumento del patrimonio del beneficiario, pero difieren en lo siguiente: condición esencial de la donación es la espontaneidad o libre voluntad del que dá; en cambio la dote se impone en virtud de un deber -- creado por la conveniencia y la costumbre; el marido recibe la dote no como una liberalidad sino como algo a lo que tiene derecho. La mujer y el padre pueden no tener obligación de constituir la dote, pero sí el deber, sancionado por la costumbre y las tradiciones. De ahí que si la mujer daba la dote en la creencia de estar obligada a hacerlo, no podía repetirla, porque subsistía una obligación natural que excluía la conditio. Bechmann, la mujer tenía no una obligación natural de constituir la dote, sino un deber moral. Czyhlanz -

\* Citado por Enciclopedia Omeba, Tomo X, Buenos Aires, 1969; de Bechmann Das, römische Dotalrecht, 1863, pág. 187.

\*\* Idem, de Czyhlanz, Das römische Dotalrecht, 1870.

combate esa opinión fundado en que si el deber moral, la pietatis, causa, exclufan la repetición, era porque tenfan un valor jurídico.

La donación es un puro enriquecimiento del donatario; la dote en cambio se da ob causam, por las cargas del matrimonio; no es lucrativa, sino onerosa: se halla así la expresión in dotem dote en cotraposición a donar. Las disposiciones de la donación no se aplicaban a la dote; el promitente de ésta no gozaba del beneficio de competencia que tenía el donante, salvo excepciones.

Tampoco se aplicaba a la dote el concurso de causas - lucrativas: con respecto a la acción paulina el marido es -- considerado un acreedor o un comprador. No rigen para la dote las disposiciones prohibitivas de la Ley Cincia, ni las - reglas relativas a la insinuación judicial: ni la prohibi -- ción de donaciones entre cónyuges, de ahí que la mujer puede constituir la dote durante el matrimonio.

No se aplicaba a la dote la revocación por ingratitud.

La Ley de Julia distinguía la hipoteca de cualquier - otra forma de enajenación; la primera estaba vedada aunque - consintiera la mujer, se oponía o no daba su consentimiento. Se presumía que en el primer supuesto era más fácil obtener

la conformidad de la mujer.

La dote para que exista requiere indefectiblemente el matrimonio. Se discute si era menester el matrimonio del De-recho Civil, o bastaba el de Derecho de gentes.

Bechmann sostiene que no era necesario el connubiun, pero si el commercium; de ahí que podría constituirse la do-te en la unión matrimonial de un romano y una latina o vice-versa, pero no entre un romano y una peregrina o entre pere-grinos. En realidad si la dote era una institución del ius - civile era necesario el connubium para que pudiera constuir-se.

Se originaba la dote por:

- a) Actos entre vivos.
- b) Por actos mortis causa.

Entre los primeros tenemos, en el Derecho Antiguo: la dictio dotis y la stipulatio, mediante palabras solemnes, -- pronunciadas oralmente.

Se distinguían en que la dictio no requería una inte-rogación precedente; se requería la aceptación y una suma - determinada.

Se pudo en el Derecho nuevo constituir la dote mediante promesa o pacto; siempre que se indicara cantidad determinada o determinable, o si era indeterminada, que hiciera la promesa el padre de la mujer.

Si la promesa no tenía objeto determinado y el promiente no era el padre o un ascendiente de la mujer, la promesa no tenía valor, salvo que se remitiera la determinación - al arbitrio prudente o a un justo juicio: arbitrio de buen - varón por oposición a mero arbitrio.

La promesa de objeto indeterminado valía cuando la haca el pater, porque se consideraba que éste estaba obligado a dotar a la hija. Sobre esta materia existen opiniones muy controvertidas entre los juristas, cuya contraposición es -- muy extensa.

La dote se constituía mortis causa por testamento, legado, fideicomiso, etc.

Se considera como bienes parafraternales para la mujer, todos los bienes de la mujer que no formaban parte de la dote, como mencionamos en páginas anteriores. Se discutía al - respecto de este tipo de bienes en base a textos de Ulpiano y Papiniano, si se necesitaba, para dar este carácter a los bienes, una disposición expresa entre las partes o bien si -

bastaba con que no se les incluyera dentro de la dote.

### 3.2.1 DONATIO PROTER NUPTIAS<sup>(34)</sup>

Este punto se encuentra estrechamente ligado a la dote, la cual era constituída por el marido a favor de la mujer en consideración a la dote, es decir, que esa donatio presuponía una dote, como ésta presuponía el matrimonio.

El origen de esta institución se encuentra más que nada en la costumbre; se debe haber originado por los regalos que el marido daba a la mujer antes de casarse.

Era frecuente que la mujer constituyera la dote con las cosas que el marido le regalaba, con lo cual el marido adquiría el goce de las mismas durante el matrimonio, aunque disuelto el matrimonio la mujer las lucraba. Era lo que se llamaba donatio ante nuptias, cuya validez requería que se hiciera antes de celebrarse el matrimonio.

Justiniano mitigó la severidad del derecho al respecto, y permitió que durante el matrimonio se aumentaran la donatio ante nuptias siempre que hubiera un correlativo aumento de la dote y luego permitió que se hiciera donación durante el matrimonio, ya que no fue una donación pura y limpia, sino una contradote.

(34) Enciclopedia Jurídica Omeba Tomo X, Buenos Aires, 1969.

La mayoría de los autores a este respecto, señala que esta disposición tenía por objeto sufragar las cargas del matrimonio. También la donatio constituía un lucro para la mu-jer, lucro que era comprobable cuando se disolvía el matrimonio.

Tal matrimonio daba a la mujer la ventaja de que en caso de pobreza del marido durante el matrimonio, podía sus-traerlo de sus bienes para hacer frente a las necesidades de la casa con las rentas del mismo. Quedaba así excluido de la acción de los acreedores del marido, por obligaciones que no fueran derivadas de las necesidades del hogar y de la fami-lia.

Para su validez se requería:

- La subsistencia de la dote.
- Que fuera constituida a favor de la mujer en consi-deración a la dote.
- Debía tener el mismo valor que la dote.
- Era necesaria la existencia de un matrimonio válido.
- Debe ser constituida expresamente por el marido, o por otra persona que lo haga a nombre de él. El pa-

dre estaba obligado a constituirla a favor del hijo.

- Debía ser insinuada judicialmente si excedía los quinientos sólidos (esto se exigía al marido para que pudiera lucrar la dote en caso de que muriera - la que iba a ser su mujer).

Durante el matrimonio el marido tenía la propiedad de los bienes que formaban la donatio propter nuptias en consideración a las cargas del matrimonio. Las prohibiciones aplicables con respecto a la dote eran las mismas que se aplicaban para la donatio propter nuptias.

En el Derecho anterior a Justiniano existían dos acciones por medio de las cuales se podía lograr la restitución de la dote: la actio ex stipulatu y la actio rei uxoriae. Estas acciones fueron construcciones de la jurisprudencia, cuando la difusión de los divorcios impuso la necesidad de proteger a la mujer, sobre todo tratándose del matrimonio cum manu, en el cual todos los bienes de la mujer se hacían propiedad definitiva del marido y no tenía otro derecho más que el de heredarlo en caso de supervivencia y de mantenerse el matrimonio.

En el matrimonio sine manu en cambio es factible que se haya usado desde muy pronto estipular la restitución de -

la dote para el supuesto de la disolución del matrimonio por divorcio. Se estipulaban cauciones rei uxoriae que servían de fundamento a una actio ex stipulatio.

Más adelante surgió la actio rei uxoriae fundada en la equidad, acción de buena fe, que introdujo el pretor por medio de su edicto. Para ejercer el actio rei uxoriae el padre necesitaba el consentimiento de la hija, por eso si quería efectuar solo debía estipular la restitución.

Por el actio ex stipulatu solo podía obtenerse la restitución de la dote, a comparación de la actio rei uxoriae que era más amplia para estar basada en la buena fe que tenía.

La acción de dote principal era precedida por un praedictum destinado a determinar la cantidad de la dote.

Justiniano hizo de las dos acciones, una: la actio ex stipulatu, de buena fe, que requiere estipulación, pero en su defecto se presupone por la ley. Suprimió las retenciones admitidas por el viejo Derecho.

### 3.3 LAS SEGUNDAS NUPCIAS

Frente a las segundas nupcias, el Derecho Romano, pagano, adoptó la tendencia del Derecho Romano cristiano.

En cuanto a la medida en que éste cambio de orientación, sea debido a la influencia cristiana, tal vez haya habido entre los intérpretes algo de exageración. Ciertamente los Padres de la Iglesia se mostraban hostiles a las segundas nupcias, calificándolas de speciosum adulterium, honesta fonicatio, etc.; y las constituciones imperiales emplean también, al referirse a ellas, frases de reproche; pero la mayoría de las disposiciones emanadas de los emperadores cristianos, apuntan a la finalidad de proteger a los hijos habidos en el primer matrimonio, más que a la idea de castigar al que se casa de nuevo. La influencia cristiana existió, pero no cabe negar, que se entrecruzó con ella la crisis de la concepción familiar tradicional, que se desmoronaba, abriendo paso a nuevas maneras de comprender la situación de la mujer y el marido en la familia, los derechos de los hijos, etc.

(35) Las aludidas disposiciones de desfavor, unas se refieren tanto al varón como a la mujer; otras son especiales para ésta. Entre las primeras tenemos:

(35) Fuente: J. Arias Ramos y J. Arias Bonte, Derecho Romano, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1979, pág. 737.

- a) La de que el cónyuge bñubo pierda, en favor de los hijos del primer matrimonio, la propiedad de los - lucros nupciales, concepto en el que engloban las adquisiciones habidas del cónyuge del primer matrimonio, en virtud del pacto dotal, pacto de donatio o disposiciones de última voluntad.
  
- b) La de no poder dejar por testamento al nuevo cónyu ge, una porción mayor que la dejaba al menos favo- recido de los hijos del matrimonio anterior.
  
- c) La de tener que prestar caución, si quedó obligado a pagar legados en favor de hijos, hermanos o so - brinos: cautio legatorum servandorum causa, de la cual, en condiciones normales, estaban dispensados los padres.
  
- d) La de conservar válida la condición de viudez im - puesta al cónyuge supérstite, a cuyo favor hacía el premuerto una disposición testamentaria, condición admitida por Justiniano en su Novela 22.

Entre las disposiciones referentes a la mujer está, en primer lugar, la prohibición de contraer matrimonio hasta que transcurriese un determinado plazo desde la disolución del - anterior. Tal prohibición se dió ya en el Derecho Antiguo, y

parece ser basada en un deber religioso de guardar luto (tempus lugendi). Más adelante se señala como fundamento el de evitar la turbatio sanguinis.

Los romanos vieron también claramente la necesidad de proteger patrimonialmente a los hijos de un matrimonio, en caso de segundas nupcias de uno de los padres. Lo que este parens binubus hubiera recibido como consecuencia del primer matrimonio, no podía dejarse, luego, por donación, herencia o legado, al nuevo cónyuge o a los hijos del nuevo matrimonio: el parens binubus no tenía, sobre tales lucra nuptialia más que un derecho de administración y usufructo, mientras que los hijos del primer matrimonio tenían la propiedad de ellos. Encontramos tales poenae secundarum nuptiarum solo en caso de haber descendencia del matrimonio anterior, o sea, del matrimonio del cual procedían estos lucra. No debemos ver, por tanto, en esta institución, una prueba de la aversión del Cristianismo naciente contra las segundas nupcias. Se trata solo de la protección de los hijos del matrimonio anterior.

### 3.4 COMPROBACION LEGITIMA DEL MATRIMONIO<sup>(36)</sup>

No era necesario ningún instrumento escrito para demostrar el matrimonio, ya que éste podía probarse de la siguiente

(36) Fuente: Oderigo Mario N., Sinopsis del Derecho Romano, Palma, Argentina, Buenos Aires, 1973, pág. 92.

guiente manera:

- Por el testimonio, que de éste dieran familiares, - amigos o vecinos.
  
- Por presunciones dentro de las cuales tenemos:
  - a) Si los esposos tenían la misma condición de honorabilidad, se presumía que estaban ligados en matrimonio.
  
  - b) Si eran de condición desigual, se presumía que - sólo estaban ligados por concubinato.

A veces se redactaba un documento para poder comprobar la dote o las nupcias.

Posteriormente se estableció:

- a) El matrimonio entre personas ilustres debería de - realizarse mediante un contrato nupcial.
  
- b) El matrimonio entre personas honestas, pero de rango inferior, debía de celebrarse ante un dignatario eclesiástico y redactar un acta que firmaran - tres testigos, constando el día y año de las nupcias.
  
- c) Las personas de menor categoría podían contraer matrimonio sin necesidad de solemnidad alguna.

CAPITULO IV  
EXTINCION DEL MATRIMONIO ROMANO

4.1 DISOLUCION DEL MATRIMONIO

El matrimonio se disuelve por:

a) Muerte de uno de los esposos. En ese caso, el marido podía volver a casarse inmediatamente, la mujer sin embargo, debía de aguardar diez meses, de tal manera que no existiera duda alguna sobre parto, y así no poner en peligro la filiación paterna.

La violación de esta regla por parte de la mujer, provocaba la tacha de infamia para ella, para el segundo marido y para los ascendientes de uno u otro que, teniendo autoridad sobre ellos, hubiesen consentido el matrimonio.

b) "Sobrevenir a uno de los cónyuges una incapacidad matrimonial. Dentro de estas causas tenemos: la capitis dimi-  
nutio máxima y media, el incestus superveniens y, en el Dere-  
cho Clásico, el llegar a cargo de senador, el que estuviera casado con una liberta. La pérdida de la libertad o ciudadana-  
nía disolvía lógicamente, el matrimonio, porque las justas -

nupcias sólo eran posibles entre personas libres y que gozasen de ciudadanía romana. Como el matrimonio era, en la ciudadanía romana, un estado de hecho, el cónyuge esclavo por haber caído en poder del enemigo, no recuperaba su anterior matrimonio por el ius postliminii. En el Derecho esta rigurosa consecuencia de la naturaleza del matrimonio romano, fué abolida, prohibiéndose al cónyuge cuyo compañero era capitus ab hostibus contraer otro matrimonio, mientras sepa que el cautivo vive o hasta que transcurran cinco años sin noticias suas. De no acatar esta prohibición, el cónyuge que contraiga segundas nupcias será castigado con las penas señaladas en el Derecho Justiniano para los que se divorcian sin justa causa. La pérdida de la ciudadanía fue también suprimida por Justiniano como causa de disolución. La pena de deportatio, que es la que implica la pérdida de la ciudadanía, es causa para que el cónyuge culpable, pueda divorciarse con causa justa, pero no produce por sí, la disolución del matrimonio. El incesto ocurría si el suegro tomaba como filius al yerno, con lo que desde el punto de vista de la agnación, los dos cónyuges son como hermanos. La solución estaba en que el pater - previamente emancipara a su hija".<sup>(37)</sup>

d) Divorcio, es una manera de disolver el matrimonio, que será explicada con más amplitud en el inciso siguiente.

(37) J. Arias Ramos y J. Arias Bonet, Derecho Romano, Revista de Derecho Privado, México, 1979, págs. 733 y 734.

#### 4.2 DIVORCIO<sup>(38)</sup>

Es una de las formas dentro del Derecho Romano, para que se lleve a cabo la disolución del matrimonio, pero como su estudio es un poco más amplio, dedicamos a éste un inciso por separado.

Podemos entender por divorcio la cesión del affectio maritalis, o sea por voluntad de ambos o por uno de los cón-yuges de poner término a la continuación del matrimonio.

Explícase esta causa de disolución, porque en el ma-trimonio romano dicha affectio era indispensable en la rela-ción conyugal, y su desaparición era causa suficiente para la ruptura del vínculo.

La ruptura del matrimonio por cesación del affectio maritalis podía producirse de dos maneras:

- Divortium
- Repudium

A este respecto cabe mencionar que algunos autores, no están muy conformes en cuanto al significado de ambas pa-labras. Para algunos, el repudium era la expresión del deseo

(38) Fuente; Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo IX, Buenos Aires, 1969.

de poner fin al matrimonio, y el divorcio era el efecto producido por dicha expresión; en tanto que, para otros, el repudio aludía a la disolución del matrimonio por voluntad unilaterial de uno de los cónyuges, y el divorcio se refería a la disolución por mutuo acuerdo.

A pesar de que en Roma el divorcio estuvo siempre permitido en la práctica resultaba incompatible con la austeridad de las costumbres de los tiempos primitivos y fue, durante las postrimerías de la república y durante el imperio, -- cuando adquirió extraordinaria y escandalosa difusión.

El divorcio al igual que el matrimonio, no está sujeto a la observancia de forma alguna. Es suficiente un simple aviso, comunicado de palabra, por escrito o por medio de un mensajero.

La Lex Iulia de adulteriis, estableció que el repudio debiera practicarse por medio de un liberto, en presencia de siete ciudadanos púberos. Sin embargo, no debe entenderse -- que el matrimonio subsiste cuando no ha sido observada dicha prescripción cabalmente. La ley únicamente se limita a exigir la forma solemne para el caso de que el divorcio sea requerido por una sola parte, haciendo recaer sobre ésta, cuando no la observe, el peso de ciertas penas.

La Lex Iulia et Pappia prohíbe a la liberta divorciarse del propio patrono contra la voluntad de éste, conminando con la pena del conubium a quien realice ese tipo de actos. Esta sanción es interpretada por los compiladores justinianos en el sentido de considerar ineficaz el divorcio cuando falta la voluntad del patrono.

Hacia fines de la república fue concedida a las mujeres la posibilidad de divorciarse del marido, obligándolo a declararlas libres.

Una ley de Constantino permitió al marido divorciarse de la mujer cuando hubiese sido declarada culpable de adultério, en envenenamiento o de torpe mediación (alcahuetería); la mujer podía repudiar al marido, si éste era reo de homicidio, de envenenamiento o de violación de sepulcro. Si el marido repudiaba a la mujer, no ocurriendo alguna de las circunstancias señaladas, se veía obligado a restituir la dote y a no contraer segundas nupcias, autorizándose a la mujer - en el caso de ser contravenida, la prohibición, para invadir la casa del marido y apoderarse de la dote de la segunda mujer. Si la mujer repudiaba al marido, sin que éste fuera reo de alguno de los tipos mencionados, quedaba obligada a dejarle la dote y la donación nupcial, incluidos los objetos más pequeños, imponiéndoseles también la pena de deportación. Una constitución de Honorario y Constancio II, del año 421,

se pronuncia así mismo en sentido restrictivo, aunque no tanto como la de Constantino.

Apreciando excesiva dureza en estas leyes, Teodosio II establece el sistema de las culpas, esto es, admitiendo el divorcio provocado por la otra parte. El propio emperador dispuso más tarde que los matrimonios lícitos, se pudieran contraer por el consentimiento, pero que los contraídos no se disolviesen sino habiéndose enviado al repudio, porque la consideración a los hijos, manda que deba ser más difícil la disolución del vínculo matrimonial.

El divorcio solo puede ser, cuando aparezca alguna de las *iustae causae* enumeradas en la constitución teodosiana. Fuera de ellas, el divorcio es castigado, si bien no con excesivo rigor. En todo caso la mujer no puede pasar a segundas nupcias antes que transcurran cinco años, sancionándose su incumplimiento con la nulidad de éstas y con la declaración de infamia.

El divorcio por común consentimiento es siempre libre. Y en relación con él tenemos la disposición de Anastasio, que le fuera lícito a la mujer no esperar los cinco años, si no pasar a las segundas nupcias después de un año.

Justiniano reordena la materia, mostrándose partidario de un criterio restrictivo.

El divorcio ha de tener lugar mediante una comunicación oral o escrita, hecha a la otra parte en presencia de siete testigos.

Dentro del régimen justiniano hay que distinguir cuatro formas de divorcio:

A) Divortium ex iust causa.

Es el que está motivado por una culpa de la otra parte, en cuanto reconocida por la ley. Sin insustae causae:

- a) La maquinación o conjura en contra del emperador, o también su ocultación.
- b) El adulterio declarado en la mujer.
- c) Las malas costumbres de la mujer.
- d) El alejamiento de la casa del marido.
- e) Las incidias al otro cónyuge.
- f) La falsa acusación de adulterio por parte del marido.
- g) El lenocinio intentado por el marido.
- h) El comercio asiduo del marido con otra mujer, dentro o fuera de la casa conyugal.

B) Divortium sine causa.

Cuando es de manera unilateral y no es justificado por la ley.

## B) Divortium communi consensu.

Se lleva a cabo, cuando existe un acuerdo común entre marido y mujer.

## D) Divortium bona gratia.

Es aquél que está fundado en una causa no proveniente de culpa de otro cónyuge, por ejemplo: impotencia incurable, voto de castidad, cautividad de guerra, etc.

Tratándose de divorcio ex iusta causa, el cónyuge culpable es castigado con la pérdida de la dote o de sus derechos sobre ella, así como de la donación nupcial, y si ni una ni otra cosa se hubieren constituido, con la de una cuarta parte de los bienes. Además cabe forzarle a que se retire a un convento.

Iguales penas son aplicables al divorcio sine causa y al communi consensu.

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

1. El divorcio por mutuo consentimiento fue prohibido por la novela 117 y restablecido por Justino II en su novela 140.

2. Es legítima la separación fundada en causa justa.
3. El repudium es legítimo, cuando está fundado en la mala conducta de uno de los cónyuges para con el - otro, cuando la mujer se baña o come con hombres - extraños, cuando la mujer da muerte a su marido, - cuando el marido atenta en contra de la vida de la mujer, cuando el marido cometa adulterio y mantenga a la adúltera.

Es importante señalar, que en la época de Augusto, és te estableció cierta limitación a la libertad del divorcio, y es en la época cristiana cuando se inicia una fuerte reac- ción contra la libre facultad de disolver el matrimonio, aun que sin llegar a negar la validez del matrimonio.

#### 4.3 NULIDAD DEL MATRIMONIO

El matrimonio era nulo cuando faltaba alguno de los - requisitos necesarios para su celebración.

Los efectos que se derivan de la nulidad con respecto a las personas vinculadas con éste son:

- En cuanto a los esposos.

El matrimonio se reputaba inexistente, perdiendo los

esposos su calidad de vir y uxor.

Si el impedimento que provocaba la nulidad era el parentesco dentro de los grados prohibidos, los contrayentes - eran pasibles de las severas reprimendas con que se castigaba el incesto.

La buena fue con que hubiesen procedido los cónyuges, es decir, la ignorancia del impedimento, no fue computada -- por el Derecho Romano para atemperar las consecuencias de la nulidad.

- En cuanto a los hijos.

Eran considerados espúreos, como nacidos de un caso - accidental entre hombre y mujer.

Se consideraba que no tenían padre cierto; y sólo que que daban unidos a la madre y a los parientes de ésta por el vfnculo de la cognación.

I

CAPITULO V  
INFLUENCIA DEL CRISTIANISMO

A comienzos del Imperio Romano, el estado político, económico y filosófico del mundo occidental se prestaba a -- una revolución religiosa. La antigua sociedad que centraba -- sus creencias y culto alrededor de los dioses domésticos, -- privativos de cada hogar, a pesar de tener la propiedad, la herencia, el procedimiento, el gobierno del paterfamilias, -- también sacerdote, el rey como pontífice, todo alrededor suyo, va perdiendo fuerza al no satisfacer las aspiraciones individuales de las personas que se sienten oprimidas y buscan una dignificación y no creen más en las teorías de una élite intelectual, que no ve por el corazón de las masas.

La sociedad se fue modificando poco a poco, la gente empezó a dejar de tener creencias y cultos, y como éstos -- eran los que soportaban todo el régimen político, económico y social, fue necesario que el sentimiento religioso recobraba vida y vigor. Con el cristianismo, el sentimiento religioso se aviva. Los cristianos presentan bajo una forma simple y seductora la doctrina de un Dios único, que da ante todo -- amor y no temor, que trae inmensos tesoros de esperanza y -- consuelo para aquellos que se sienten oprimidos. El cristia-

nismo con su nueva filosofía y manera de interpretar la vida se opone aún sin quererlo a lo aceptado en Roma, en ésta im-pera una religión politeísta, en tanto que el cristianismo es monoteísta. El romano aceptaba que la propiedad era el derecho de usar y abusar de las cosas, y un esclavo era una cosa, un instrumento parlante que podía ser utilizado. Sin em-bargo, el cristianismo decía, todos los hombres son iguales y practicaba el trato humanitario entre ellos como si fuesen hermanos.

El cristianismo cambió la naturaleza y la forma de -- adoración, viene a ser una religión universal que busca la - unificación de los hombres y deja de ser exclusiva de cier-tas familias o razas.

"El cristianismo al llegar tras todos esos progresos del pensamiento y de las instituciones, ofreció a la adora-ción de todos los hombres, un Dios universal, un Dios que - era de todos, que no tenía pueblo escogido y que no distingua razas, ni familias, ni estados". (39)

En el siglo III después de Cristo, el evangelio había penetrado en todas las regiones del mundo civilizado, y un - siglo más tarde los cristianos llegan a adquirir una fuerza que ya no puede ser pasada por alto. Las élites habían comen-

(39) De coulange Foustel, La ciudad antigua, Porrúa, México, 1983, pag. 287.

zado a convertirse a la nueva doctrina. Su momento decisivo en Roma es, cuando el emperador Constantino autoriza el culto, que había sido objeto de grandes y sangrientas persecuciones.

"En el año 313 de nuestra era, con su edicto de Milán, Constantino da el carácter legal al culto cristiano; poco después el emperador se declara cristiano". (40)

Con esto la era de las persecuciones se termina, y el cristianismo se convierte paulatinamente en el culto oficial del imperio.

Por lo que respecta al gobierno del estado, se puede afirmar que el cristianismo lo transformó en su esencia, precisamente porque no se preocupó de él. En las antiguas edades, religión y estado se encontraban estrechamente vinculadas, el mismo código que regulaba las relaciones del Dios, regulaba las reglas para la ciudad. La religión mandaba al Estado y le designaba a sus jefes por medio de la suerte; el Estado intervenía en los dominios de la conciencia y del culto. De manera contraria el cristianismo, en su doctrina no mezcla las cosas de la tierra con las cosas de Dios, existe una distinción clara entre lo que Dios significa y lo que --

(40) Ysunza Salvador y Orgazón Herlinda, Historia Universal, Porrúa, México, 1976, pág. 143.

significa el Estado. Jesucristo rompe con la alianza entre - el gobernante y Dios, establece que obedecer al César, no es lo mismo que obedecer a Dios. La política quedó completamente liberada de las estrictas leyes, que la antigua religión le había impuesto. El cristianismo enseñaba que el hombre ya no pertenecía a la sociedad, más que por una parte de su ser; que el cuerpo era lo que la vinculaba a ella, y que su alma solo debía de unirse a Dios y no a las cosas terrenas.

El Derecho también cambió de naturaleza, ya no se encontraba relacionado a la religión y sus reglas, ya no se vería sometidas a ésta. El cristianismo no pretende que el Derecho dependa de ella, ni que sus normas se mezclen con su doctrina. El Derecho, entonces se puede desarrollar con toda libertad, seguir los procesos de la moral, adaptarse a los - intereses y a las necesidades sociales de cada generación.

Durante los años que precedieron al triunfo del cristianismo, el Derecho Romano se había esforzado por desligar-se de la religión. La obra de regeneración del Derecho, solo pudo triunfar completamente con la independencia de la nueva religión. A medida que la religión cristiana fue desarrollándose los códigos romanos, admitían nuevas reglas. El padre - perdió la autoridad absoluta, que ejercía por todos aquéllos que se encontraban bajo su patria potestad, y únicamente, tenía autoridad para atender las necesidades de sus hijos y ve

lar por su seguridad y buen desarrollo. La mujer que ante --  
riormente era considerada como inferior al hombre, es ahora  
tomada como un ser igualmente digno y de semejante condición  
moral que el hombre.

El Derecho de propiedad también sufre transformacio -  
nes, desaparecen los límites sagrados de los campos; la pro -  
piedad ya no se deriva de la religión, sino del trabajo; la  
adquisición se hizo más fácil y las formalidades del antiguo  
Derecho se eliminan definitivamente.

Así, por el solo hecho de una transformación en las -  
creencias del culto, las formas económicas, polítics, socia  
les de la civilización, se vieron transformadas y empezaron  
a desarrollarse por un nuevo camino.

CAPITULO VI  
MEXICO Y SU LEGISLACION MATRIMONIAL

6.1 PARENTESCO Y PATRIA POTESTAD

El Código Civil mexicano, agrupa las disposiciones -- que con respecto al matrimonio y aspectos circundantes, nos interesan de tal manera que a lo largo de este capítulo, señalaremos cuales son las obligaciones que derivan de esta ley, así como las características de los diversos factores -- que analizamos dentro del Derecho Romano.

"El título Sexto del Código Civil, en los capítulos I y II señala y determina lo relativo al parentesco, nos dice que la ley no reconoce más parentesco que los de consanguinidad, afinidad y civil".<sup>(41)</sup> Entendiendo por parentesco de -- consanguinidad aquél que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor; por el de afinidad el que se contrae por el matrimonio entre hombre y los parientes de la mujer y viceversa; y por parentesco civil aquél que nace de la adopción.

(41) Código Civil para el Distrito Federal, Porrúa, México, 1986, pág.100.

La línea de parentesco está formada por una serie de grados, que se forman de cada generación, la línea recta se compone de la serie de grados entre personas que descienden unas de otras y la línea transversal se forma de grados en - tre personas que sin descender unas de otras, proceden de un tronco común. La línea recta puede ser ascendente o descen- dete, dependiendo del punto de partida y los grados se cu- en- tan por el número de generaciones, o por el de personas, ex- cl- u- yendo al progenitor. De la misma manera se hace en la lí- nea transversal.

En cuanto a los alimentos tenemos que la obligación - es recíproca, es decir, que el que los da, tiene a su vez el derecho de pedirlos. Entendiéndose por alimentos, comida, ha bitación y asistencia en caso de enfermedad; en cuanto a los menores de edad, en este concepto se incluye también los ga tos para la educación primaria, la educación en algún oficio, arte o profesión honestas.

#### ESTÁN OBLIGADOS A DARSE ALIMENTOS

1) Los cónyuges deben darse alimentos; la ley determi nará cuándo queda subsistente esta obligación, en los casos de divorcio, y otros, que la misma ley señale. Los concubi- nos están obligados, en igual forma, a darse alimentos, si - se satisfacen los requisitos señalados por el artículo 1635.

2) Los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos. A falta o por imposibilidad de los padres, la obligación recae en los demás ascendientes por ambas líneas que es tuvieran más próximos en grado.

Los hijos están obligados a dar alimentos a los pa --  
dres. A falta o por imposibilidad de los hijos, lo están los descendientes más próximos en grado.

4) A falta o por imposibilidad de los ascendientes o descendientes, la obligación recae en los hermanos del padre o de la madre; en defecto de éstos en los que fueren de ma --  
dre solamente, y en efecto de ellos, en los que fueren sólo de padre.

Faltando los parientes a que se refieren las disposi --  
ciones anteriores, tienen obligación de suministrar alimen --  
tos, los parientes colaterales dentro del cuarto grado.

5) Los hermanos y demás parientes colaterales a que --  
se refiere el artículo anterior, tienen obligación de dar --  
alimentos a los menores, mientras éstos llegan a la edad de dieciocho años. También deben alimentar a sus parientes, den --  
tro del grado mencionado, que fueren incapaces.

6) El adoptante y el adoptado tienen la obligación de

darse alimentos en los casos en que la tienen el padre y los hijos.

Los alimentos han de ser proporcionados a las posibilidades del que debe darlos, y a las necesidades de quien debe recibirlos. Determinados por convenio o sentencia, los alimentos tendrán un incremento automático mínimo equivalente al aumento porcentual del salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal, salvo que el deudor alimentario demuestre que sus ingresos no aumentaron en igual proporción. En este caso, el incremento en los alimentos se ajustará al que realmente hubiese obtenido el deudor. Estas prevenciones deberán expresarse siempre en la sentencia o convenio correspondiente".<sup>(42)</sup>

#### "CESA LA OBLIGACION DE DAR ALIMENTOS

- I. Cuando el que la tiene carece de medios para cumplirla;
- II. Cuando el alimentista deja de necesitar los alimentos;
- III. En caso de injuria, falta o daños graves inferidos por el alimentista con el que debe prestarlos.

(42) Código Civil para el Distrito Federal, Porrúa, México, 1986. art.301 al 307, págs. 101 y 102.

IV. Cuando la necesidad de los alimentos dependa de la conducta viciosa, o de la falta de aplicación al trabajo del alimentista, mientras subsistan estas causas;

V. Si el alimentista, sin consentimiento del que debe dar los alimentos, abandona la casa de éste por causas injustificables.

El derecho de recibir alimentos no es renunciable, ni puede ser objeto de transacción.

Quando el deudor alimentario no estuviere presente o estándolo, rehusare entregar lo necesario para los alimentos de los miembros de su familia con derecho a recibirlos, se hará responsable de las deudas que éstos contraigan para cubrir esa exigencia, pero solo en la cuantía estrictamente necesaria para ese objeto, y siempre que no se trata de gastos de lujo.

El cónyuge que se haya separado del otro, sigue obligado a cumplir con los gastos a que se refiere el artículo 164. En tal virtud, el que no haya dado lugar a ese hecho, podrá pedir al juez de lo familiar de su residencia, que obligue al otro a que le suministre los gastos, por el tiempo que dure la separación y en la misma proporción en que lo

venía haciendo hasta antes de aquélla, así como también satisfaga los adeudos contraídos en los términos del artículo anterior. Si dicha proporción no se pudiera determinar, el juez, según las circunstancias del caso, fijará la suma mensual correspondiente y dictará las medidas necesarias para asegurar su entrega, y de lo que ha dejado de cubrir desde que se separó". (43)

Lo referente a la patria potestad se encuentra contenido en el Título Octavo del Código Civil Mexicano,\* el cual establece a este respecto:

Que están sujetos a la patria potestad, los menores de edad no emancipados, tanto en su persona, como en sus bienes. Los hijos de matrimonio están sujetos a la patria potestad de: el padre y la madre; el abuelo y la abuela maternos. Cuando dos progenitores han reconocido al hijo nacido fuera de matrimonio y vivían juntos, ambos ejercerán la patria potestad. Cuando éstos no vivan juntos, convendrán quién tendrá la custodia del menor, en caso de no llegar a un acuerdo, el juez de lo familiar decidirá conforme a los intereses del menor. Cuando los padres que vivían juntos se separen y no lleguen a un acuerdo sobre quien ejercerá la custodia, el juez de lo familiar decidirá, quién de los dos deberá ejercerla.

(43) Código Civil para el Distrito Federal, Porrúa, México, 1986, art.320 a 323, págs. 104 y 105.

\* Del libro Primero: de las personas, del Código Civil para el Distrito Federal, Porrúa, México, 1986, págs. 120 a 125.

La patria potestad de los adoptados, la ejercen bajo los mismos lineamientos los adoptantes. Mientras el menor se encuentra sujeto a la patria potestad tendrá que permanecer en el hogar, salvo en el caso de que quienes lo ejerzan, au-  
toricen para la contrario.

Es obligación de los o del que ejerce la patria potes-  
tad:

- Educarlo convenientemente.
- Observar una conducta tal, que sirva de buen ejem-  
plo.
- Representar a los hijos en juicio.
- Administración legal de los bienes que les pertene-  
cen.

Con referencia a este último punto cabe señalar que -  
existen dos tipos de bienes: los que el hijo adquiera por su  
trabajo, los cuales pertenecen en propiedad, administración  
y usufructo al hijo, y los bienes que adquiera por cualquier  
otro título, en los cuales la propiedad y la mitad del usu -  
fructo pertenecen al hijo; la administración y la otra mitad  
del usufructo corresponden a las personas que ejerzan la pa-  
tria potestad, sin embargo, si los hijos adquieren bienes --  
por herencia, legado o donación, y el <sup>1</sup>testador o donante ha  
dispuesto que el usufructo corresponda al hijo, se hará con-

forme a esta disposición. Los padres pueden renunciar a la mitad del usufructo, pero deberán de hacerlo por escrito, -- considerándose ésta como una donación al hijo.

Cuando por ley o por voluntad del padre, el hijo tenga la administración de los bienes, se le considerará con -- respecto a la administración como emancipado, con la restricción para enajenar, gravar o hipotecar bienes raíces.

Tal es el caso de los que ejercen la patria potestad, que tampoco gozan del derecho de poder enajenar, gravar o hipotecar bienes inmuebles o muebles preciosos, salvo en el caso de extrema necesidad, circunstancia que será determinada por el juez correspondiente.

"El derecho de usufructo concedido a las personas que ejercen la patria potestad se extingue:

I. Por la emancipación derivada del matrimonio o la -- mayoría de edad de los hijos.

II. por la pérdida de la patria potestad.

III. Por renuncia.

Las personas que ejercen la patria potestad tienen -

también la obligación de entregar a sus hijos, cuando éstos se emancipen o lleguen a la mayoría de edad, la totalidad de sus bienes y los frutos que les pertenezcan.

La patria potestad se acaba, según el artículo 443 - del Código Civil Mexicano:

- a) Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra -- persona en quien recaiga.
- b) Con la emancipación derivada del matrimonio.
- c) Con la mayoría de edad del hijo".<sup>(44)</sup>

"La patria potestad se pierde:

- a) Cuando el que la ejerce es condenado a perder ese derecho, o cuando es condenado dos o más veces por delitos graves.
- b) En los casos de divorcio, en cuyo lugar, el juez - decidirá si uno de los progenitores o ambos ejerce rá la patria potestad.
- c) Cuando las costumbres depravadas de los padres, ma los tratamientos o abanadono de sus deberes pudie-

(44) Código Civil para el Distrito Federal, Porrúa, México, 1986, art. 443.

ra poner en perjuicio, la salud, seguridad o condición moral de los hijos.

- d) Por la exposición, que hagan los padres de los hijos o por abandono de los hijos por más de seis meses".(45)

## 6.2 ESPONSALES

Los esponsales están constituidos por la promesa de matrimonio que se hace por escrito y es aceptada.

Los requisitos para celebrar los esponsales, es que el hombre tenga por lo menos dieciséis años y la mujer tenga catorce, como mínimo. Si los esposos son menores de edad, los esponsales no producen efectos jurídicos, si no hay consentimiento de sus representantes legales.

Los esponsales no producen obligación de casarse, y no existe pena alguna si no se cumplen. Sin embargo, cuando uno de los comprometidos rompe el compromiso sin causa justificada, deberá de pagar al otro todos los gastos efectuados. También pagará el prometido, que sin causa grave falte a su compromiso, una indemnización a título de reparación moral, cuando por duración del noviazgo, la intimidad establecida -

(45) Código Civil para el Distrito Federal, Porrúa, México, 1986.

entre los prometidos, la publicidad de las relaciones, la -- proximidad del matrimonio u otras causas semejantes, el rom- pimiento de los esposales cause un grave daño a la reputación del prometido inocente. La indemnización será prudente, fija da en cada caso por el juez, teniendo en cuenta los recursos del prometido culpable y la gravedad del perjuicio causado - al inocente. Esto sólo se puede llevar a cabo en el lapso de un año, contado desde el día a partir de la negativa de la celebración del matrimonio.

### 6.3 REQUISITOS PARA EL MATRIMONIO

"Conforme a la legislación mexicana son requisitos pa ra el matrimonio:

Art. 146.- El matrimonio debe de celebrarse ante los funcionarios que establece la ley, y con las formalidades - que ella exige.

Art. 148.- Para contraer matrimonio el hombre necesi- ta haber cumplido dieciséis años y la mujer catorce. El jefe del D.D.F., o los Delegados según el caso, pueden conceder - dispensas de edad por causas graves y justificadas.

Art. 149.- El hijo o la hija que no hayan cumplido -- dieciocho años, no pueden contraer matrimonio sin consenti -

miento de su padre o de su madre, si vivieran ambos, o del que sobreviva. Este derecho lo tiene la madre, aunque haya contraído segundas nupcias, si el hijo vive con ella. A falta o por imposibilidad de los padres, se necesita el consentimiento de los abuelos paternos, si vivieren ambos, o del que sobreviva; a falta o por imposibilidad de los abuelos paternos, si los dos existieren, o del que sobreviva, se requiere el consentimiento de los abuelos maternos.

Art. 150.- Faltando los padres y abuelos, se necesita el consentimiento de los tutores; y faltando éstos, suplirá el consentimiento, en su caso, el Juez de los Familiar de la residencia del menor.

Art. 151.- Los interesados pueden ocurrir al Jefe del D.D.F. o a los Delegados, según el caso, cuando los ascendientes o tutores nieguen su consentimiento o revoquen el que hubieren concedido. Las mencionadas autoridades después de mencionar una información sobre el particular, darán o no el consentimiento.

Art. 152.- Si el juez, se niega a suplir el consentimiento para que se celebre un matrimonio, los interesados ocurrirán al tribunal superior respectivo, en los términos que disponga el Código de Procedimientos Civiles.

Art. 153.- El ascendiente o tutor que ha concedido el consentimiento, firmando la solicitud respectiva y ratificándola ante el juez del Registro Civil, no puede revocarlo después, a menos de que haya justa causa para ello.

Art. 154.- Si el ascendiente o tutor que ha firmado la solicitud del matrimonio, falleciere antes de que se celebre, su consentimiento no puede ser revocado por la persona que en su defecto, tendría el derecho de otorgarlo, pero siempre que el matrimonio se verifique en el término de los ocho días siguientes, en el lugar y hora que indique el juez del Registro Civil.

Art. 155.- El juez que haya otorgado consentimiento a un menor para contraer matrimonio, no podrá revocar el consentimiento, una vez que lo haya otorgado, sino por justa causa superveniente". (46)

#### 6.4 EFECTOS DEL MATRIMONIO

Del matrimonio se derivan, tanto derechos como obligaciones, algunos comunes para ambos cónyuges, y otras exclusivas de uno en particular, así tenemos:

(46) Código Civil para el Distrito Federal, Porrúa, México, 1986. págs. 72 a 75.

1) Los cónyuges deberán de contribuir para los fines del matrimonio y tienen el deber de ayudarse mutuamente.

2) Los cónyuges tienen derecho de elegir libremente - el número de hijos que desean tener y el momento de tenerlos.

3) Los cónyuges deben de vivir juntos en el domicilio conyugal, entendiéndose, por éste, el lugar establecido por ambos, para convivir, en el cual los dos tienen autoridad y consideraciones iguales.

4) El mantenimiento del hogar, corresponde a ambos -- cónyuges, ambos, tienen la obligación de proporcionarse alimentos, educar a sus hijos, y en el caso de que uno de ellos se encontrase imposibilitado para hacerlo, el otro correrá - íntegramente con los gastos.

5) Las decisiones en el hogar, se toman de común acuerdo, ya que tanto el marido como la mujer, poseen igual autoridad, en caso de que no se llegase a un acuerdo, el juez de lo familiar resolverá el conflicto.

6) Ninguno de los esposos podrá llevar a cabo actividades que dañen la moral de la familia, en cuyo caso, el afectado podrá pedir al juez de lo familiar que prohíba dicha -- actividad.

7) El marido y la mujer mayores de edad, tienen derecho a la administración de sus bienes, y disponer de ellos - sin necesidad de autorización del otro cónyuge, sin embargo, cuando se trate de los bienes que pertenecen a ambos en co - mún, se necesitará la autorización de los dos para disponer de ellos.

8) Cuando los esposos, son menores de edad, también - tienen el derecho de administrar sus bienes, pero si quieren enajenarlos, hipotecarlos o gravarlos, necesitarán de una au - torización judicial.

9) Los cónyuges para poder contratar entre ellos, re - quieren de una autorización judicial; cuando el matrimonio - esté sujeto al régimen de separación de bienes, el contrato de compraventa se podrá llevar a cabo.

10) Para que un cónyuge sea fiador del otro se requie re de una autorización judicial.

11) Durante el matrimonio, los esposos podrán ejerci - tar las acciones o derechos que tengan uno contra el otro, - pero la prescripción no corre entre ellos mientras subsista el matrimonio.

## 6.5 IMPEDIMIENTOS PARA EL MATRIMONIO

Conforme al "Artículo 156 del Código Civil mexicano - vigente, son impedimentos para el contrato del matrimonio:

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

II. La falta de consentimiento del que, o los que, -- ejerzan la patria potestad, el tutor o el juez en sus respec-  
tivos casos.

III. El parentesco de consanguinidad legítima, sin li-  
mitación de grado en línea recta, ascendente o descendente.  
En la línea colateral igual, el impedimento se extiende a --  
los hermanos y a los medios hermanos. En la colateral desi-  
gual, el impedimento se extiende solamente a los tíos y so-  
brinos, siempre que estén en el tercer grado y no hayan obte-  
nido dispensa.

IV. El parentesco de afinidad, en línea recta, sin li-  
mitación alguna.

V. El adulterio habido entre las personas que preten-  
dan contraer matrimonio, cuando este adulterio haya sido ju-  
dicialmente comprobado.

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

VII. La fuerza o miedo graves. En caso de raptó, subsiste el impedimento entre el raptor y la raptada, mientras ésta no sea restituida a lugar seguro, donde libremente pueda manifestar su voluntad.

VIII. La embriaguez habitual, la morfinomanía, la heteromanía y el uso indebido y persistente de las demás drogas enervantes. La impotencia incurable para la cópula; la sífilis, la locura y las enfermedades crónicas incurables, - que sean además, contagiosas o hereditarias.

IX. El idiotismo y la imbecilidad.

X. El matrimonio subsistente con persona distinta de la que es contrayente.

Existe dispensa para dos de estos impedimentos, tales son la edad, y el parentesco de consanguinidad en línea colateral desigual.

Encontramos otros impedimentos dentro de otros artículos, para el contrato del matrimonio, como: el adoptante no se puede casar con el adoptado, mientras esta relación jurí-

dica exista; la mujer no puede contraer matrimonio hasta que no hayan pasado trescientos días después de la disolución; - el tutor no puede contraer matrimonio con su pupilo, salvo - que obtenga un dispensa; cuando los mexicanos se casen en el extranjero, dentro de los tres meses siguientes a su llegada a territorio mexicano, se transcribirá el acta del matrimo - nio en el registro civil, de tal manera que si este acto se lleva a cabo fuera de tal perfodo, los efectos de dicho ma - trimonio empezarán a correr a partir de la fecha en que se - lleve a cabo la transcripción; en caso de muerte de uno de - los cónyuges, si no existieran bienes el que vive tiene dere - cho de un hijo, más si tiene descendientes, la herencia se - dividirá por partes iguales, en el caso de que no existiesen, ni ascendientes, ni descendientes y hermanos (con quienes di - vide en proporción a un tercio), el cónyuge se quedará con - todos los bienes". (47)

## 6.6 CONCUBINATO

El Derecho Civil mexicano, conoce ciertas prerrogati - vas, en las que se refiere al concubinato, sus efectos no -- son comparables a los producidos por el matrimonio, más si - una persona vive con otra de diferente sexo por un perfodo - de cinco años como si fueran marido y mujer, la ley concede

(47) Código Civil para el Distrito Federal, Porrúa, México, 1986, págs. 73 y 74.

mientras no haya otro matrimonio durante dicho lapso, dere -  
chos, como son el de la sucesión, en el cual tanto la concu-  
bina y el concubinario tienen derecho a sucederse recíproca-  
mente, de la misma manera y con las mismas disposiciones, co  
mo si se tratase de un cónyuge, más si a la muerte de uno de  
ellos existen varias concubinas o concubinarios, ninguno de  
ellos heredará.

"La Ley del Instituto Mexicano del Seguro Social, per  
mite registrar dentro de los beneficiarios de sus afiliados,  
a la concubina, de tal manera que pueda gozar de los servi -  
cios asistenciales y médicos que ésta institución ofrece, --  
sin importar que no tenga la condición de esposa legítima en  
matrimonio". (48)

#### 6.7 COMPROBACION DEL MATRIMONIO

Existe el acta de matrimonio, mediante la cual los --  
cónyuges pueden comprobar su condición de casados. Para que  
el acta de matrimonio se levante es necesario que cuando dos  
personas tengan la voluntad de casarse, presenten ante el --  
juez del registro civil, la solicitud de matrimonio, que de-  
be contener: nombres, edad, apellidos, ocupación y domicilio,  
tanto de los solicitantes como de sus padres; en el caso de  
que alguno haya estado casado antes, deberá mencionar el nom

(48) Código Civil para el Distrito Federal, Porrúa, México, 1986, pág.  
115.

bre de la persona con la que estuvo casado y las causas de disolución del matrimonio, así mismo, deberá de manifestar en la solicitud, que no tienen impedimento legal para casarse y que es su voluntad unirse en matrimonio. Esta solicitud debe de ir acompañada de: el acta de nacimiento de los pretendientes o de un dictamen que compruebe su edad; declaración de dos testigos que den fe de su mayoría de edad, y de que no existe ningún impedimento para la celebración del matrimonio; un certificado médico, que asegure bajo protesta de decir verdad, que los pretendientes no padecen sífilis, tuberculosis, ni enfermedad alguna crónica o incurable, que además sea contagiosa o hereditaria; un convenio en el que se deberá de estipular si el matrimonio se contrae bajo el régimen de separación de bienes o bajo sociedad conyugal. Si los pretendientes son menores de edad, deberán de aprobar el convenio, las personas que dieron consentimiento para el matrimonio; en el caso de que uno de los cónyuges sea viudo o divorciado o le haya sido disuelto un matrimonio anterior, deberá de entregar el documento que ampare dicha condición; copia de la dispensa, en el caso de que exista.

Una vez reunidos todos los requisitos, el matrimonio deberá de celebrarse, dentro de los ocho días siguientes, en el lugar, día y hora que señale el juez del registro civil. En dicha ceremonia deberán de estar presentes los pretendientes, y dos testigos de cada uno de ellos, acto seguido el --

juez dará lectura a la solicitud en voz alta, y pedirá que manifiesten que es su voluntad unirse, en caso afirmativo, - los declarará marido y mujer ante la ley y la sociedad.

El acta de matrimonio que amparará la nueva unión debe de contener: (49)

- Nombres, apellidos, edad, ocupación, domicilio y lugar de nacimiento de los contrayentes.
- Si son mayores o menores de edad.
- El consentimiento de éstos, de los abuelos o tutores, o de las autoridades que deban suplirlo.
- Que no hubo impedimento para el matrimonio o que éste se dispensó.
- La declaración de los pretendientes de ser su voluntad unirse en matrimonio, y la de haber quedado unidos, que hará el juez en nombre de la ley y la sociedad.
- La manifestación de los cónyuges que contraen matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal o separa

(49) Fuente: Código Civil para el Distrito Federal, Porrúa, México, 1986, págs. 63 y 64.

ción de bienes.

- Los nombres, estado civil, apellidos, edad, ocupación y domicilio de los testigos, su declaración sobre si son o no parientes de los cónyuges, y si lo son, en qué grado y en qué línea.
  
- Que se cumplieron las formalidades exigidas.

El acta será firmada por el juez del Registro Civil, los contrayentes, los testigos y las demás personas que hubieren intervenido si supieren y pudieren hacerlo. En el acta se imprimirán las huellas digitales de los contrayentes.

En caso de que alguna de las personas que dieran testimonio de buena fe sobre alguno de los requisitos y lo hicieran con falsedad, el Ministerio Público se hará cargo de imponerles la pena correspondiente ante tal acción. En el caso de que se presentase una denuncia y resulta falsa, el denunciante estará sujeto a una pena, por falsos testimonios, si la denuncia es anónima y no se presenta el denunciante, - solo será admitida cuando esté comprobada y la celebración del matrimonio se suspenderá hasta que el hecho quede debidamente aclarado.

La autoridad judicial, podrá negarse a la celebración

del matrimonio, en el caso de que se enterara que uno de los cónyuges o los dos, carecen de aptitud legal para celebrar el matrimonio.

#### 6.8 REGIMEN MATRIMONIAL DE BIENES<sup>(50)</sup>

Existen dos formas bajo las cuales el contrato de matrimonio tiene que establecer la propiedad de los bienes: Sociedad Conyugal o Separación de Bienes.

Estos dos regímenes se establecen a través de las capitulaciones, que no son más que los pactos que los esposos celebran para reglamentar la administración de los bienes. Las capitulaciones matrimoniales pueden llevarse a cabo, antes o durante el matrimonio y pueden incluir los bienes actuales y los que adquieran después.

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

a) Lista detallada de los bienes inmuebles que cada uno de los esposos lleve al matrimonio, su valor y los gravámenes que tengan.

b) Lista de los bienes muebles de cada uno de los cónyuges.

(50) Código Civil para el Distrito Federal, Porrúa, México, 1986, Págs. 78 a 85.

- c) Relación de las deudas, especificando si la socie-dad debe de responder por ellas, o sólo se incli-rán dentro de la sociedad, las que se adquie-ran durante el matrimonio.
- d) La declaración, de los bienes que forman parte es-pecíficamente, de la sociedad.
- e) Declaración, que especifique si los productos deri-vados de los bienes forman parte de la sociedad -- conyugal.
- f) Determinación, si el producto de los trabajos rea-lizados por los cónyuges forma parte de la socie-dad establecida.
- g) Especificación de quién es el administrador de los bienes y las facultades a que tiene derecho.
- h) Deben de estipular la condición, bajo la cual, es-tarán los bienes que sean adquiridos en un futuro.
- i) Las bases para disolver la sociedad.
- j) Es necesario que las capitulaciones consten en es-critura pública.

En el régimen de separación de bienes, las capitulaciones deben de contener un inventario de los bienes de que sea dueño cada esposo al momento del matrimonio, así como de las deudas que tengan, estas capitulaciones no son necesario que consten en escritura pública.

En la sociedad conyugal, cuando se lleva a cabo alguna alteración dentro de las capitulaciones, deberá hacerse también mediante escritura pública y hacer el registro correspondiente: en el Registro Público de la Propiedad.

La sociedad conyugal puede terminar antes de que se disuelva el matrimonio, es decir, durante el matrimonio y los cónyuges pueden hacerlo, cuando:

- 1) Cuando el administrador de los bienes por su negligencia o mala administración pone en peligro, los bienes comunes.
- 2) Cuando el administrador cede los bienes a sus acreedores sin permiso del otro cónyuge.
- 3) Si el administrador de los bienes es declarado en quiebra o concurso.
- 4) Por otras razones imputables, a juicio de las au-

toridades competentes.

Son otros motivos de disolución de sociedad conyugal:

- 1) El abandono por más de seis meses del domicilio conyugal sin motivo justificado.
- 2) La disolución del matrimonio.
- 3) La presunción de muerte de uno de los cónyuges.
- 4) La ausencia de uno de los cónyuges, declarada mediante una sentencia.
- 5) Por la anulación del matrimonio.

Una vez disuelta la sociedad conyugal se hará un inventario de los bienes y se devolverá a cada cónyuge lo que llevó al matrimonio y el sobrante se dividirá por partes iguales.

Cuando el contrato del matrimonio se basa en la separación de bienes, dentro de éste se pueden incluir tanto los bienes actuales como futuros. La separación de bienes por lo tanto puede ser parcial o total, según se establezca dentro de las capitulaciones. Bajo este régimen los esposos conser-

van: La administración de sus bienes y su propiedad y los -- sueldos, herencias, etc., también son propiedad absoluta del que los haya originado.

Los cónyuges pueden hacerse donaciones, con tal de que no sean contrarias a las capitulaciones matrimoniales, ni -- perjudiquen a ascendientes o descendientes en su derecho de recibir alimentos. Las donaciones entre esposos pueden ser -- revocadas por el donante, aún subsistiendo el matrimonio, si existe causa justificada según el juez.

La legislación mexicana, también contempla las dona - ciones antenuptiales, considerándolas como las donaciones -- que hace un esposo a otro, antes del matrimonio.\* También -- dentro de este concepto se consideran las donaciones que ha - ce un tercero, a alguno de los esposos, o ambos, con motivo del matrimonio. El monto de éstas no puede exceder de la sex - ta parte de los bienes del donante; ya que en dicho caso se - rá considerada inoficiosa. Este tipo de donaciones son revo - cables, en el caso de terceros, por la muestra de ingratitud, y en el caso de que el donante sea un cónyuge, cuando exista adulterio o abandono del domicilio conyugal por parte del - donatorio. Las donaciones antenuptiales quedarán sin efecto si el matrimonio no se lleva a cabo.

\* Del Libro Primero: De las personas, Capítulo VII del Código Civil para el Distrito Federal, Porrúa, México, 1986, págs. 85 y 86.

## 6.9 FILIACION, LEGITIMACION Y RECONOCIMIENTO DE LOS HIJOS FUERA DEL MATRIMONIO

"Se presumen hijos de los cónyuges:

I. Los hijos nacidos después de ciento ochenta días -  
contados desde la celebración del matrimonio.

II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días  
siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta  
de nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio.

Este tiempo se contará, en los casos de divorcio o n  
lidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por  
orden judicial.

Contra esta presunción no se admite otra prueba, que  
la de haber sido físicamente imposible al marido tener acce-  
so carnal con su mujer, en los primeros ciento veinte días -  
de los trescientos que han precedido al nacimiento.

El marido no podrá desconocer a los hijos, alegando -  
adulterio de la madre, aunque ésta declare que no son hijos  
de su esposo, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado,  
o que demuestre que durante los diez meses que procedieron -  
al nacimiento no tuvo acceso carnal con su esposa.

El marido podrá desconocer al hijo nacido después de trescientos días, contados desde que judicialmente, y de hecho, tuvo lugar la separación provisional, prescrita para -- los casos de divorcio y nulidad, pero la mujer, el hijo o el tutor de éste pueden sostener en tales casos que el marido -- es el padre.

El marido no podrá desconocer que es el padre del hi-jo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio.

I. Si se probare que supo antes de casarse el embara-zo de su futura consorte; para esto se requiere un principio de prueba por escrito;

II. Si concurrió al levantamiento del acta de naci -- miento y ésta fue firmada por él, o contiene su declaración de no saber firmar.

III. Si ha reconocido expresamente por suyo al hijo -- de su mujer;

IV. Si el hijo no nació capaz de vivir.

Los herederos del marido, no podrán contradecir la paternidad de un hijo nacido dentro de los ciento ochenta días

de la celebración del matrimonio, cuando el esposo ha muerto sin hacer la reclamación dentro del término hábil, los herederos tendrán para proponer la demanda, sesenta días, contados desde aquél en que el hijo haya sido puesto en posesión de los bienes del padre, o desde que los herederos se vean turbados por el hijo en la posesión de la herencia.

Si la viuda, la divorciada o aquélla cuyo matrimonio fuere declarado nulo, contrajere nuevas nupcias dentro del período prohibido, la filiación del hijo que naciere después de celebrado el nuevo matrimonio se establecerá conforme a las reglas siguientes:

I. Se presume que el hijo es del primer matrimonio si nace dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del primer matrimonio, y antes de ciento ochenta días de la celebración del segundo;

II. Se presume que el hijo es del segundo marido, si nace después de ciento ochenta días de la celebración del segundo matrimonio, aunque el nacimiento tenga lugar dentro de los trescientos días posteriores a la disolución del primer matrimonio.

El que negare las presunciones establecidas en las dos fracciones que preceden, deberá probar plenamente la im-

posibilidad física de que el hijo sea del marido a quien se atribuye.

III. El hijo se presume nacido fuera de matrimonio, - si nace antes de ciento ochenta días de la celebración del - segundo matrimonio y después de trescientos días de la diso-  
lución del primero.

No puede haber sobre la filiación ni transacción ni - compromiso en árbitros. Puede haber transacción o arbitra -  
mento sobre los derechos pecuniarios que de la filiación le -  
galmente adquirida, pudieran deducirse, sin que las concesio -  
nes que se hagan al que se dice hijo, importen la adquisi -  
ción de estado de hijo de matrimonio".(51)

#### 6.9.1 PRUEBAS DE LA FILIACION

La filiación de los hijos nacidos de matrimonio se --  
prueba con la partida de su nacimiento y con el acta de ma -  
trimonio de sus padres.

A falta de actas o si éstas fueren defectuosas, incom -  
pletas o falsas, se probará con la posesión constante de es -  
tado de hijo nacido de matrimonio. En defecto de esta pose -  
sión son admisibles para demostrar la filiación, todos los -

(51) Código Civil para el Distrito Federal, Porrúa, México, 1986, art. 324 a. 337, págs. 105 a 108.

medios de prueba que la ley autoriza, pero la testimonial no es admisible si no hubiere un principio de prueba por escrito, o indicios o presunciones resultantes de hechos ciertos, que se consideren bastantes graves para determinar su admisión.

Si uno solo de los registros faltare o estuviere inutilizado y existe duplicado de éste, deberá tomarse la prueba sin admitirla de otra clase. Si hubiere hijos nacidos de dos personas que han vivido públicamente como marido y mujer, y ambos hubieren fallecido, o por ausencia o enfermedad les fuere imposible manifestar el lugar en que se casaron, no podrá disputarse a estos hijos, haber nacido de matrimonio por solo la falta de presentación del acta del enlace de sus padres, siempre que se pruebe que tienen la posesión de estado de hijos de ellos o que, por los medios de prueba que autoriza el artículo anterior, se demuestra la filiación y no esté contradicho por el acta de nacimiento.

Si un individuo ha sido reconocido constantemente como hijo de matrimonio por la familia del marido y en la sociedad, quedará probada la posesión de estado de hijo de matrimonio, si además concurre alguna de las circunstancias siguientes:

I. Que el hijo haya usado constantemente el apellido

del que pretende que es su padre, con anuencia de éste;

II. Que el padre lo haya tratado como a hijo nacido - en su matrimonio, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento;

III. Que el presunto padre tenga la edad exigida.

Declarado nulo un matrimonio, haya habido buena o ma la fe en los cónyuges al celebrarlo, los hijos tenidos durante él se consideran hijos de matrimonio.

No basta el dicho de la madre para excluir de la ma - ternidad al marido. Mientras que éste viva, únicamente él po drá reclamar contra la filiación del hijo concebido durante el matrimonio.

#### 6.9.2 LEGITIMACION

El matrimonio subsecuente de los padres hace que se - tenga como nacidos de matrimonio, a los hijos habidos des -- pués de su celebración.

Para que el hijo goce del derecho que le concede el - artículo que precede, los padres deben reconocerlo expresa - mente, antes de la celebración del matrimonio, en el acto --

mismo de celebrarlo o durante él, haciendo en todo caso el reconocimiento ambos padres, junta o separadamente.

Si el hijo fué reconocido por el padre y en su acta de nacimiento consta el nombre de la madre, no se necesita reconocimiento expreso de ésta para que la legitimación surta sus efectos legales. Tampoco se necesita reconocimiento del padre, si ya se expresó el nombre de éste en el acta de nacimiento.

Aunque el reconocimiento sea posterior, los hijos adquieren todos sus derechos desde el día en que se celebró el matrimonio de sus padres.

Pueden gozar también de ese derecho los hijos no nacidos, si el padre al casarse declara que reconoce al hijo de quien la mujer está encinta, o que lo reconoce si aquélla es tuviere encinta.

#### 6.9.3 RECONOCIMIENTO DE LOS HIJOS FUERA DEL MATRIMONIO

La madre, por el solo hecho del nacimiento, tiene relación con el hijo. Sin embargo, con respecto al padre es diferente ya que esa relación nace sólo de manera voluntaria o por medio de una sentencia que declare la paternidad. Estos hijos podrán ser reconocidos:

- Los padres de manera conjunta, o separadamente. Ne-  
cesitan ser mayores de edad.
  
- El menor de edad con el consentimiento del que ejer  
ce la patria potestad.

"El reconocimiento de un hijo nacido fuera de matrimo  
nio, deberá de llevarse a cabo bajo alguna de las formas si-  
guientes:

- I. En la partida de nacimiento, ante el Juez del Registro  
Civil.
- II. Por acta especial ante el mismo juez.
- III. Por escritura pública.
- IV. Por testamento.
- V. Por confesión judicial directa y expresa". (52)

Un cónyuge que reconoce a su hijo sin el consentimien  
to del otro, no tendrá derecho a llevarlo a vivir con él, si  
no se cuenta con el permiso del otro cónyuge.

Cuando una mujer esté casada con otro hombre, que no  
sea el padre de su hijo, éste no podrá reconocerlo, excepto  
en los casos en que el padre del mismo lo haya desconocido o  
se haya declarado mediante sentencia que no es hijo suyo. La

(52) Código Civil para el Distrito Federal, Porrúa, México, 1986, art.369  
oáq. 113.

mujer que cuida o ha cuidado de la lactancia de un niño, a quien le ha dado su nombre o permitido que lo lleve; que públicamente lo ha reconocido como suyo, que lo ha alimentado y educado, podrá contradecir el reconocimiento que un hombre haya hecho o pretenda hacer de ese niño. En este caso no se le podrá separar de su lado, a menos de que ella así lo quiera, o por medio de una sentencia ejecutoria. El lapso en el cual es permitido establecer la contradicción es de sesenta días a partir del conocimiento.

"La investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio, está permitida en los siguientes casos:

- a) Cuando se presente raptó, estupro o violación, cuando la época del delito coincida con la de concepción.
- b) Cuando el hijo se encuentre en posesión del estado de hijo del presunto padre.
- c) Cuando el hijo haya sido concebido durante el tiempo en que la madre habitaba bajo el mismo techo -- con el pretendido padre, viviendo maritalmente.
- d) Cuando el hijo tenga un principio a su favor en --

contra del pretendido padre". (53)

Con considerados hijos del concubinario y de la concubina: los nacidos después de ciento ochenta días, comenzados, desde que comenzó el concubinato; los nacidos dentro de los trescientos días siguientes en que cesó la vida en común entre el concubinario y la concubina.

Los hijos que han sido reconocidos por el padre o la madre o por ambos tienen derecho a:

- Llevar el apellido paterno de sus progenitores, o ambos apellidos del que lo reconozca.
- A ser alimentado por las personas que lo reconozcan.
- A percibir la parte de herencia y los alimentos que fije la ley.

#### 6.10 NULIDAD DEL MATRIMONIO

El derecho para demandar la nulidad del matrimonio corresponde a quienes la Ley los concede expresamente, y no es transmisible. Son causales de nulidad de matrimonio:

(53) Código Civil para el Distrito Federal, Porrúa, México, 1986, pag.115.

1. El error acerca de la persona con la que se con --  
trae.
2. Cuando no se cumple con la edad requerida por la -  
ley, salvo el caso de que se hubieran engendrado -  
hijos de dicho matrimonio, o el menor hubiere lle-  
gado a los dieciocho años de edad y no quiera que  
se anule el matrimonio.
3. La falta de consentimiento por parte de quienes la  
deben de otorgar, siempre y cuando se haga dentro  
de los treinta días siguientes al matrimonio.
4. El parentesco de consanguinidad, para el cual no -  
se haya dado una dispensa; en el caso de obtener -  
dicha dispensa, si los cónyuges así lo quieren se  
volverá a dar validez a su matrimonio.
5. El atentar en contra de la vida de alguno de los -  
cónyuges para casarse con el que quede libre, pug-  
de ser causa de nulidad, si es declarada en un tér-  
mino de seis meses a partir de que se celebró el -  
nuevo matrimonio.
6. El miedo y la violencia, cuando se den bajo las si-  
guientes circunstancias:

- a) Cuando ponen en peligro la vida, la honra, la salud o los bienes.
- b) Que el miedo o la violencia hayan sido realizados en contra del cónyuge o de las personas que le tienen bajo su patria potestad, al celebrarse el matrimonio.
- c) Que uno u otro hayan subsistido al tiempo de celebrarse el matrimonio.

El tiempo para hacer valer esta causa es de sesenta días desde la fecha en que cesó la violencia.

- 7. La subsistencia de un matrimonio anterior anula el segundo matrimonio que se contraiga.
- 8. La nulidad se puede fundar en la falta de las formalidades esenciales para la validez del matrimonio.

Una vez ejecutoriada la sentencia que declare la nulidad, el tribunal de oficio, enviará copia certificada de ella al juez del Registro Civil ante quien se celebró el matrimonio, para que al margen del acta, ponga la nota en que conste: la parte resolutive de la sentencia, su fecha, el tribunal que le pronunció y el número con que se marcó la copia,

la cual se pondrá en archivo.

Declarada la nulidad del matrimonio, se procederá a la división de los bienes comunes. Los productos repartibles, - si los dos cónyuges hubieran procedido de buena fe, se divi-dirán entre ellos en la forma establecida en las capitulaciones matrimoniales; si no hubiere habido buena fe por parte - de uno de los cónyuges, a éste se aplicarán íntegramente los productos. Si ha habido mala fe por parte de ambos, los pro-ductos se aplicarán a favor de los hijos.

"Declarada la nulidad del matrimonio, se observarán - con respecto a las donaciones antenuptiales las siguientes - reglas:

I. Las hechas por un tercero a los cónyuges podrán -- ser revocadas.

II. Las que hizo el cónyuge inocente al culpable que-darán sin efecto, y las cosas que fueron objeto de ellas se devolverán al donante con todos sus productos.

III. Las hechas al inocente por el cónyuge que obró - de mala fe quedarán subsistentes.

IV. Si los dos cónyuges procedieron de mala fe, las -

donaciones que se hayan hecho quedarán a favor de sus hijos. Si no los tienen no podrán hacer los donantes reclamación alguna con motivo de la liberalidad".<sup>(54)</sup>

Es ilícito pero no nulo el matrimonio que:

- a) Se ha contraído estando pendiente la decisión de un impedimento que sea factible dispensar.
- b) Cuando no se ha otorgado la previa dispensa, y cuando se celebre sin que hayan transcurrido los tiempos fijados, con respecto a los cónyuges que han obtenido el divorcio, y para los casos de la mujer -- que dé a luz un hijo dentro de un término de 300 -- días a partir de que se dió por disuelto el matrimonio.<sup>(55)</sup>

#### 6.11 DISOLUCION DEL MATRIMONIO

El Derecho Civil mexicano, establece que la manera legal de disolver el matrimonio, es mediante el divorcio, entendiéndose como divorcio, la manera de disolver el vínculo del matrimonio, dejando a los cónyuges en libertad para contraer un nuevo matrimonio.

(54) Código Civil para el Distrito Federal, Porrúa, México, 1986, art.239, pág. 88.

(55) Idem.

Existen dos tipos de divorcio: el divorcio voluntario y el divorcio necesario.

En el divorcio voluntario, que es el que se lleva a cabo por voluntad de los cónyuges, en un mutuo consentimiento, existen dos casos:

1) Cuando los cónyuges convengan en divorciarse y sean mayores de edad, no tengan hijos y de común acuerdo hayan liquidado la sociedad conyugal, si es que bajo este régimen están casados, se presentarán personalmente ante el juez del Registro Civil del lugar de su domicilio; comprobarán que son casados y mayores de edad y manifestarán su voluntad de divorciarse. El juez del Registro Civil una vez que los cónyuges se hayan identificado, levantará un acta para hacer constar la voluntad de divorciarse, y se tendrá que ratificar la misma a los quince días de levantada. Si la solicitud es ratificada, el juez del Registro Civil los declarará divorciados, levantando un acta que lo certifica y anotando el hecho en el acta de matrimonio.

Si alguno de los requisitos mencionados anteriormente, no se cumple, el divorcio no surtirá efectos legales, y entonces se les aplicarán las penas que establece la ley.

2) Cuando los cónyuges no presenten las características que fueron mencionadas en el inciso anterior, están obligados a presentar un convenio ante el juez del Registro Civil en el que se especifique:

- a) A qué persona se le van a confiar los hijos, mientras se llevan a cabo los trámites y después de la sentencia ejecutoria.
- b) El modo en el cual van a ser satisfechas las necesidades de los hijos durante y después del procedimiento.
- c) La casa en que vivirán los cónyuges durante el procedimiento.
- d) La cantidad que el cónyuge culpable debe de pagar al otro por concepto de alimentos, la forma de pago y la garantía que ampara el mismo.
- e) 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 las liquidaciones. A este efecto se acompañará un inventario y avalúo de todos los bienes tanto muebles como inmuebles de la sociedad.

Este tipo de divorcio solamente puede solicitarse, -- cuando ha pasado un año de que se contrajomatrimonio. Una -- vez solicitado el divorcio, mientras se llevan a cabo los -- trámites del mismo, el juez autorizará la separación provi -- sional de los cónyuges y determinará quién se hará cargo de la subsistencia de los hijos, ya que existe la obligación de darles alimentos.

En virtud del divorcio los cónyuges conservan la capa -- cidad de contraer nuevo matrimonio, y en este caso de divor -- cio voluntario, es estrictamente indispensable que transcurra un año, para que los antes cónyuges puedan contraer nuevo ma -- trimonio.

El divorcio necesario, es aquél que se lleva a cabo, fundado en las causales de divorcio que establece la Ley pa -- ra dichos efectos. Tales causales según el "art. 267 del C6 -- digo Civil mexicano son:

I. El adulterio debidamente comprobado de uno de los cónyuges. Cualquiera de los cónyuges puede pedir el divorcio por el adulterio de su cónyuge. Esta acción dura seis meses, contados desde que tuvo conocimiento del adulterio.

II. El hecho de que la mujer dé a luz durante el ma -- trimonio, un hijo concebido antes de que se celebrare el con

trato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo.

III. La propuesta de su marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el marido la haya hecho directamente, sino cuando se compruebe que ha recibido dinero o cualquier remuneración, con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones con su mujer.

IV. La incitación o violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de índole carnal.

V. Los actos inmorales ejecutados por la mujer o el marido con el fin de corromper a los hijos, ya lo sean éstos de ambos, o de uno solo de ellos. La tolerancia que da derecho a no pedir el divorcio por esta causa debe de consistir en hechos positivos y no en simple indiferencia.

VI. Padecer sífilis, tuberculosis o cualquier otra enfermedad crónica o incurable, que sea, además, contagiosa -- o hereditaria, y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio.

VII. Padecer enajenación mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga del cónyuge demente.

VIII. La separación de la casa conyugal por más de -- seis meses, sin causa justificada.

IX. La separación de la casa conyugal por una causa - que sea suficiente para pedir el divorcio, si se prolonga -- por más de un año sin que el cónyuge que se separó entable - la demanda de divorcio.

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

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

XII. La negativa injustificada de los cónyuges a cum- plir con las obligaciones señaladas en el artículo 164, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos ten- dientes a su cumplimiento, así como el incumplimiento, sin - justa causa, por alguno de los cónyuges, de la sentencia eje- cutoriada en el caso del artículo 168.

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

XIV. Haber cometido uno de los cónyuges un delito que no sea político, pero que sea infamante, por el cual tenga - que sufrir una pena de prisión mayor de dos años.

XV. Los hábitos de juego o de embriaguez o el uso in- debido y persistente de drogas enervantes, cuando amenazan - causar la ruina de la familia o constituyen un continuo moti- vo de desavenencia conyugal.

XVI. Cometer un cónyuge contra la persona o los bie- nes del otro un acto que sería punible, si se tratara de per- sona extraña, siempre que tal acto tenga señalada en la ley una pena que pase de un año de prisión.

XVII. El mutuo consentimiento.

XVIII. La separación de los cónyuges por más de dos - años, independientemente del motivo que haya originado la se- paración, la cual podrá ser invocada por cualquiera de ellos.

Ninguna de las causas que mencionamos, puede alegarse para pedir el divorcio, cuando de por medio exista el perdón expreso". (56)

(56) Código Civil para el Distrito Federal, Porrúa, México, 1986, págs. 93 y 94.

Una vez que se ha aceptado la demanda de divorcio en el Registro Civil será necesario establecer las siguientes - disposiciones:

1. Proceder a la separación de los cónyuges conforme a los establecido en el Código de Procedimientos - Civiles.
2. Señalar los alimentos que debe de dar el deudor -- alimentario, al cónyuge acreedor y a los hijos.
3. Establecer condiciones que no permitan a los cónyges, en ningún caso, hacerse perjuicios recíprocos en sus bienes o en los de la sociedad conyugal.
4. Dictar las medidas de precaución en caso de que la mujer esté embarazada.
5. Poner a los hijos bajo el cuidado de la persona que los cónyuges hayan elegido de comunacuerdo, al cónyuge que pida el divorcio propondrá a la persona - en cuyo poder deberán de quedar los hijos provisionalmente. Los hijos menores, salvo por causas extremas, antes de los siete años deberán de quedar bajo el cuidado de la madre.

Una vez dictada la sentencia, en ésta se debe de establecer cual será la condición de los hijos, para lo cual el juez tendrá amplias facultades para dictaminar en materia de patria potestad, su pérdida, limitación o posesión. Aunque el padre y la madre pierdan la patria potestad, quedan sujetos a las obligaciones que tienen con sus hijos.

Ejecutoriado el divorcio, se dispondrá a establecer la división de los bienes comunes y se tomarán las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o con relación a los hijos. En este tipo de divorcios, el juez tomando en cuenta las circunstancias del caso y entre ellas la capacidad de trabajar de los cónyuges, y su situación económica, sentenciará al culpable al pago de alimentos en favor del inocente.

En este tipo de divorcio los cónyuges quedan en plena libertad de contraer un nuevo matrimonio, pero deberán de hacerlo hasta pasados dos años, en el caso del cónyuge culpable.

Una vez que se ha ejecutoriado la sentencia de divorcio, el juez de primera instancia remitirá copia de ésta al juez del Registro Civil que celebró el matrimonio, para que éste levante el acta correspondiente y que publique un resumen de la resolución en las tablas destinadas para dicho efecto, en un término no mayor de quince días.

## CONCLUSIONES

1. La familia es una institución que ha existido desde los orígenes del hombre, no es privativa del pueblo romano, sino, que es común a los distintos pueblos de la Tierra.

2. Se puede decir que en relación al concepto jurídico de familia los romanos reconocen la familia civil agnaticia y en la actualidad el concepto de familia se fundamenta en relación al sistema cognaticio.

3. Si bien es cierto, que en materia de patria potestad la única persona que era titular del ejercicio de derechos y obligaciones dentro de la familia era el pater; en la actualidad tanto el hombre como la mujer tienen la misma capacidad para ser sujetos de derechos y obligaciones. Es importante señalar, y se puede afirmar, que en la práctica sigue siendo el hombre quien toma las decisiones familiares sobre todo en materia patrimonial.

4. Los romanos solo reconocieron los derechos y obligaciones de las justas nupcias, el matrimonio en sí solo recibió el respeto social y no fue reconocido por el Estado, - así como, no se exigió formalidad alguna. En la actualidad -

las instituciones familiares son de interés público, lo cual no implica que pertenezcan al Derecho Privado. Caen totalmente dentro del campo del Derecho Privado pero el interés público que llevan en sí mismas hace que estas instituciones deban ser organizadas por el Estado. El matrimonio por lo tanto está reglamentado en los diferentes Códigos Civiles de los Estados.

5. Tanto en la época actual como dentro del Derecho Romano se considera al matrimonio como una institución monogámica.

6. Respecto al régimen patrimonial, nuestro Código Civil en el art. 178 establece que el contrato de matrimonio debe de celebrarse bajo el régimen de sociedad conyugal o de separación de bienes desprendiéndose de la interpretación de este artículo, que las relaciones patrimoniales se deriban de un contrato, situación que no aceptó el Derecho Romano.

7. Observamos que los esponsales incluidos en el artículo 139 del Código Civil es una institución poco usual en los tiempos actuales; en Roma, sin embargo, tenían más trascendencia a pesar de no existir una reglamentación jurídica sino una regulación social.

8. Dentro de la Patria Potestad, su ejercicio fué amplísimo en Roma y podemos afirmar que gran parte del antecedente de nuestro Derecho vigente proviene de aquellos días.

9. La disolución del vínculo matrimonial en Roma, se realiza en forma unilateral por petición de alguno de los -- conyuges, a través del repudio, sin requerir formalidad alguna, lo que dió pie a su abuso sustentado en mezquinos intereses patrimoniales.

El Código Civil Mexicano reglamenta al divorcio y establece dos formas: el divorcio voluntario y el llamado divorcio necesario, en este punto cabe señalar que sería más correcto llamar a éste último divorcio "con causa" ya que no se puede hablar de que el divorcio sea necesario si los cónyuges no lo quieren.

10. Por lo que se refiere a otras uniones lícitas, -- consideradas de rango inferior en el Derecho Romano, denominadas concubinato, matrimonio sine connubio y contubernio, -- encontramos que el artículo 1635 del Código Civil del Distrito Federal, constituye el resultado final de la evolución sufrida por ésta institución que desde el punto de vista eclesiástico dejó de existir como institución legal tolerada por la Iglesia en el siglo IX. Por lo que se refiere a los otros, el sine connubio desaparece al otorgarse la ciudadanía a to-

dos los habitantes del Imperio y el contubernio que solo era para esclavos, nuestro artículo segundo constitucional prohíbe la esclavitud.

11. Durante la época del emperador Augusto en su legislación matrimonial ofreció estímulos y recompensas como punto de su política demográfica. Se puede observar que es totalmente contrario a la política actual del Estado, donde se busca una disminución del índice poblacional.

## BIBLIOGRAFIA

Agramonte Roberto.  
Estudios de Sociología Contemporánea.  
Porrúa.  
México, 1963.

Aru Luigi y Orestano Ricardo.  
Sinopsis del Derecho Romano.  
Ediciones y Publicaciones Españolas.  
Madrid, 1965.

Bonfante Pedro.  
Instituciones de Derecho Romano.  
Ariel.  
Madrid, 1975.

Colagero Gangi.  
Derecho Matrimonial.  
Aguilar.  
Madrid, 1960.

De Coulange Foustel.  
La Ciudad Antigua.  
Porrúa.  
México, 1978.

D'ors A., Hernández Tejero, M. Gareca Garrido y J. Bu  
rillo.  
El Digesto.  
Aranzadi.  
España, 1972.

Enciclopedia Jurídica Omeba.  
Buenos Aires, 1969.

Falcao Miguel.  
Las Prohibiciones Matrimoniales de Carácter Social en  
el Imperio Romano.  
Universidad Navarra, S.A.  
España, 1974.

Floris Margadant Guillermo.  
Derecho Privado Romano; como introducción a la cultura  
jurídica contemporánea.  
Esfinge.  
México, 1974.

García Ramírez José Armando.  
Naturaleza Jurídica de la Sociedad Conyugal.  
Tesis Profesional.  
México, 1977.

Iglesias Juan.  
Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado.  
Ariel.  
España, 1972.

J. Arias Ramos y J. Arias Ramos Bonet.  
Revista Romano, Revista de Derecho Privado.  
Madrid, 1979.

Jémolo Arturo C.  
El Matrimonio.  
E.J.E.A.  
Argentina, 1954.

Ortolan M.  
Instituciones de Justiniano.  
Bibliográfica.  
Buenos Aires, 1960.

Oderigo Mario N.  
Sinopsis del Derecho Romano.  
Palma.  
Buenos Aires, 1973.

Recanes Siches Luis.  
Tratado General de Sociología.  
Porrúa.  
México, 1976.

Rodríguez Fonseca Bartolomé Agustín.  
El Digesto.  
Ramón Fernández  
Madrid, 1872.

Rojina Villegas Rafael.  
Compendio de Derecho Civil "Personas y Familia"  
Porrúa.  
México, 1976.

Savigny, M.F.C.  
Derecho Romano Actual.  
Góngora.  
Madrid, 1957.

Sainz Gómez José María.  
Derecho Romano Primer Curso.  
Limusa.  
México, 1987.

Sohm Rodolfo.  
Instituciones de Derecho Romano Privado.  
Nacional.  
México, 1975.

Straubinger Juan.  
Diccionario Católico.  
Desclée.  
E.U.A., 1958.

Ysunza Salvador y Orgazón Herlinda.  
Historia Universal.  
Porrúa.  
México, 1976.

## LEGISLACIONES

Código Civil para el Distrito Federal.  
Porrúa.  
México, 1986.

Código de Procedimientos Penales.  
Porrúa.  
México, 1985.