

124
24



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

**FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL**

**ESTUDIO COMPARADO ENTRE EL MATRIMONIO CIVIL
Y EL MATRIMONIO CANONICO**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
FERNANDO CALOCA AYALA**

MEXICO, D. F.

1992

FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México



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.

INDICE.

INTRODUCCION.

	Páginas.
I.HISTORIA.....	1
A.- Derecho Civil.....	3
1) Derecho romano.....	3
2) Revolución francesa.....	6
3) Secularización del matrimonio.....	7
4) Matrimonio Civil en México.....	8
a) Epoca indígena.....	8
b) Epoca colonial.....	9
c) Epoca independiente.....	10
B.- Derecho Canónico.....	15
1) Jus Antiquum.....	18
2) Jus Novum.....	21
3) Jus Novissimum.....	27
4) Código de Derecho Canónico 1983.....	30

II. CONCEPTO DE MATRIMONIO.....	36
A.- Derecho Civil.....	37
1) Como institución.....	38
2) Como acto jurídico condición.....	40
3) Como acto jurídico mixto.....	40
4) Como contrato ordinario.....	41
5) Como contrato de adhesión.....	44
6) Como estado jurídico.....	45
7) Como acto del poder estatal.....	46
B.- Derecho Canónico.....	47
1) Como contrato.....	48
2) Como institución.....	48
III. ELEMENTOS DE EXISTENCIA.....	55
A.- Derecho Civil.....	55
1) Consentimiento.....	55
2) Objeto.....	56
3) Solemnidad.....	57
B.- Derecho Canónico.....	59
1) Consentimiento.....	59
2) Ausencia de impedimentos.....	63
3) Forma prescrita.....	72

IV. REQUISITOS DE VALIDEZ.....	77
A) Capacidad de las partes.....	79
B) Ausencia de vicios en el consentimiento.....	81
1) Error.....	81
2) Violencia o miedo graves.....	82
C) Licitud en el objeto.....	83
D) Formalidades.....	86
V. EFECTOS DEL MATRIMONIO.....	89
A.- Derecho Civil.....	89
1) Igualdad de los cónyuges.....	89
2) Vida en común.....	91
3) Derecho recíproco a la relación sexual.....	92
4) Fidelidad.....	93
5) Ayuda mutua.....	93
B.- Derecho Canónico.....	94
VI. CONCLUSIONES.....	97
BIBLIOGRAFIA.....	102

INTRODUCCION.

"Por eso dejará el hombre
a su padre y a su madre,
y los dos se harán una sola carne."
Ef. 5, 31.

Es imposible, que una sociedad se desarrolle al margen de la normatividad o el orden. La ley, ya lo sabemos, ayuda a la constitución de una sociedad armónica.

En un mundo en el que los cambios se suceden todos los días y en todos los ámbitos: ciencia, arte, filosofía, religión, la humanidad se encuentra cada vez más temerosa a vivir relaciones que perduren o comprometan, como el matrimonio.

El hombre de nuestro tiempo está llamado a mejorar formas de vida, instituciones o sistemas que ya no responden a sus necesidades. El matrimonio, es una de esas empresas humanas que debe mejorarse y adecuarse a las necesidades de hoy, sin olvidar que para tal mejoramiento se requiere del conocimiento y del esfuerzo por comprender su evolución.

Es, desde luego, en el matrimonio donde claramente se conjuntan o entrelazan aspectos del conocimiento jurídico, civil y canónico. Esta institución permite y produce una forma nítida y elemental de existencia en el orden jurídico familiar vigente.

La familia es la garantía de libertad e independencia del individuo frente al Estado y la Iglesia. La familia es

un grupo social dinámico; el centro de las relaciones que ponen en movimiento a cualquier organización humana.

El matrimonio es el acto a través del cual, se funda legalmente la familia y promueve el desarrollo armónico de la sociedad. En este sentido, el matrimonio tiene una doble dimensión de contrato y sacramento y permite una relación de igualdad entre el hombre y la mujer.

El derecho civil protege y proyecta al individuo libre en sociedad. El derecho canónico por su parte, pone de manifiesto una orientación del hombre a un fin superior cuya virtud exige un modo de vida trascendente.

En el matrimonio civil y canónico la pareja se integra con la influencia de intereses y aspiraciones comunes, pero sin la renuncia de la propia individualidad.

Este estudio analiza al matrimonio civil y canónico en los distintos aspectos jurídicos que desarrolla el derecho de familia; estudia teóricamente la estructura paralela que establecen las legislaciones civil y canónica, para extraer convergencias y mostrar la enorme necesidad de mejorar la convivencia marital sin prescindir de los valores que las sustentan y los fines que persigue.

El primer capítulo de esta tesis desarrolla la historia del matrimonio, tanto en el derecho civil, como en el derecho canónico. El objetivo, aquí, es repasar los orígenes y la evolución histórica de ambas legislaciones vigentes.

El segundo capítulo, analiza doctrinalmente el concepto de matrimonio.

El tercer capítulo habla sobre los elementos de existencia en el derecho civil y explica la cuestión de los impedimentos del derecho canónico.

El cuarto capítulo sólo aborda los requisitos de validez en el derecho civil y en el siguiente capítulo se analizan los efectos del matrimonio.

Las conclusiones de este trabajo se encaminan a señalar las convergencias de las dos legislaciones, y con espíritu de integrar, más que de distinguir, trata de conciliar teóricamente aquellos aspectos más importantes a lo largo del desarrollo de este estudio.

Sin pretender agotarlo todo, este trabajo quiere ser una aportación teórica, en la medida de mis posibilidades, al derecho familiar, en el que pueden quedar integradas las distintas concepciones del matrimonio.

La importancia de la tesis no sólo radica en comprender al acto jurídico, en virtud del cual, se da existencia al matrimonio, y a las convergencias de éste en las legislaciones civil y canónica; sino también, insistir en el nuevo estado de vida que se forma como consecuencia de ese acto.

I.- HISTORIA

El matrimonio ha sido, a través de la historia, la base de la organización social. Algunos autores, como Rafael Rojina Villegas, en su libro «COMPENDIO DE DERECHO CIVIL», tomo I, páginas 285 y 286, y Sara Montero Duhalt, en su libro «DERECHO DE FAMILIA», señalan algunas etapas históricas en las que el matrimonio ha ido evolucionando y se ha presentado en la forma que actualmente conocemos:

i) Promiscuidad primitiva. En un principio era imposible determinar la paternidad por la promiscuidad que imperaba. La organización social de la familia se realizaba en torno a la madre. Algunos tratadistas hablan de una promiscuidad relativa, porque el hombre permanecía con la mujer hasta el momento del parto. De esta época no se tienen pruebas fehacientes, únicamente hay hipótesis.

ii) Matrimonio por grupos. Deriva de la creencia mítica de que todos los miembros de un clan son hermanos, por lo que los hombres buscaban uniones con mujeres de otros grupos o clanes. Estas uniones eran en grupo. Continúa la organización matriarcal como en un principio.

iii) Matrimonio por raptó. Debido a la guerra, a las ideas de dominación y expansión -como la exogamia y la costumbre generalizada en algunas tribus de sacrificar a las recién nacidas, pues las mujeres no eran elementos deseables como proveedores de satisfactores-, aparece este tipo de unión. En esta unión la mujer es considerada como un botín de guerra, sin embargo, es ya un primer paso hacia la

monogamia, ya que el raptor se casa únicamente con la raptada. No obstante esto, la mujer es considerada objeto de su propiedad, puesto que fue su botín, y por lo tanto le exige fidelidad y obediencia. El parentesco se determina en línea paterna, puesto que el hombre puede estar seguro de su paternidad.

iv) Matrimonio por compra. Una vez establecida la "supremacía" del hombre en la sociedad, ya sea por su superioridad física, ya por una mayor valoración respecto al trabajo realizado por el hombre, la violencia deja de ser necesaria para sojuzgar a la mujer. En esta etapa, la mujer se ha convertido en un objeto de propiedad, y por tanto, está en el comercio.

Este tipo de matrimonio asume ciertas formas o variantes como son:

- Matrimonio por servicio: en vez de una paga por la novia, ya sea dinero o especie, se realizan servicios al padre o a la familia de la mujer.

- Matrimonio por intercambio: se permutaban las mujeres.

Estas costumbres derivaron posteriormente en la de dar un "regalo" a la novia; del valor de éste, dependía la mejor "calidad" de la novia.

v) Matrimonio consensual. Este se presenta como una unión de un hombre y una mujer, derivada únicamente de su libre consentimiento. Este tipo de matrimonio es relativamente reciente en la historia de la humanidad, y apenas en 1962 surgió un tratado internacional por medio del cual los

países firmantes se comprometieron a que el matrimonio fuere producto del consentimiento de los consortes. Aunque nuestra tradición jurídica sólo ha aceptado este tipo de matrimonio, dicho tratado fue ratificado hace poco tiempo. (D.O. 19 de abril de 1983).

Por la importancia que tiene el matrimonio dentro de la organización social, y por su significación para la realización del ser humano en la vida social, inicialmente la Iglesia, y posteriormente el Estado, se han preocupado por su ordenación y reglamentación.

A.- Derecho Civil

1) Derecho Romano. En esta época se considera al matrimonio como un hecho natural que se conforma de dos elementos, el primero es la comunidad de vida (*deductio*) y el segundo, la comunidad espiritual (*affectio maritalis*). El primer elemento se manifiesta por la unión física, que fija el inicio de la vida en común; el segundo elemento se manifiesta por la permanencia de esta vida en común. A este tipo de matrimonio se le llamó matrimonio por usus.

El matrimonio solemne es la *confarreatio*: ceremonia religiosa en honor de Jupiter Farreus, durante la cual los cónyuges compartían una torta de trigo (1).

En el derecho romano el matrimonio sólo podía realizarse entre hombres libres -antes de la *Lex Canuleia* se requería que fueran patricios, después se exigió que fueran de

1 "Nuestra palabra harina tiene la misma raíz que el término *con-farre-atio*". Margadant S, Guillermo F. «EL DERECHO PRIVADO ROMANO» Ed. Esfinge. México, 1986. Cita # 13.

nacionalidad romana, y por último que pertenecieran a pueblos que recibieran el privilegio del *connubium*.

Los esclavos podían convivir autorizándolo los señores en el llamado *contubernium*, que podía tener efectos jurídicos después de la *manumissio*.

El matrimonio, por sí mismo, no cambiaba la distribución de las cosas (personas), así, si el matrimonio se celebraba *sine manu*, la mujer continuaba bajo la *patria potestas* de su *paterfamilia* y la mujer *sui iuris* mantenía la propiedad de las cosas. La *manus* es una forma de "naturalización doméstica" de la mujer en la *domus* del marido. La *conventio in manu* se verificaba de tres modos, según cita el Dr. Guillermo F. Margadant:

- a) Por el matrimonio celebrado en forma de *confarreatio*.
- b) Cuando toma la forma de *coemptio*, en la que intervienen el *paterfamilia* y el esposo, es un recuerdo del matrimonio por compra-venta.
- c) Como resultado del matrimonio por *usus*, cuando la esposa convivía ininterrumpidamente por un año con su esposo (2).

Los actos legislativos del poder secular se extienden hasta el año 900, aproximadamente, cuando surge la idea de matrimonio como sacramento. La Iglesia fue la encargada de legislar en materia matrimonial desde el siglo X, hasta el siglo XVI. En este último siglo la realeza comienza por 2 Op. cit., página 199.

retomar las cosas matrimoniales, partiendo de que los tribunales conocían de las cuestiones de orden pecuniario surgidas del matrimonio. Más tarde, resolvieron cuestiones de separación de cuerpos y demandas sobre nulidades.

A partir de 1556 las ordenanzas reales comenzaron a ocuparse del matrimonio, autorizando a los padres desheredar a los hijos casados sin su consentimiento, y ocupándose incluso de la forma del mismo.

Enneccerus, Kipp y Wolff (3) señalan tres causas principales que permitieron crear un concepto laico del matrimonio.

-El protestantismo: Los reformadores rechazaban la idea de que el matrimonio fuera un sacramento. Lutero lo calificaba de "cosa mundana como el vestido, la comida y la casa, sujeta a la autoridad secular" (4). Cuando esto sucedía, los protestantes adquirieron la costumbre de casarse con intervención de sus pastores. A partir de Luis XIV se revoca el edicto de Nantes en 1598 -que consideraba válidos éstos matrimonios-, quedó prohibida esta secta religiosa. Los templos protestantes fueron cerrados, y los matrimonios celebrados de acuerdo con esta secta se declararon ilegales, por lo que tuvieron que casarse en secreto.

Después de 1739 más de un millón de franceses sufrían persecusión, e incluso los hombres eran condenados a las

3 «TRATADO DE DERECHO CIVIL». Bosch Casa Editorial. Barcelona, 1941. Tomo IV, página 13.

4 Ibidem.

galeras y las mujeres eran rapadas y encerradas; sus dotes se confiscaban a favor de los hospitales.

Hacia 1787 un movimiento de tolerancia encabezado por Turgot, Voltaire, y Rousseau, tiene como resultado el edicto que ofrece a los no católicos dos formas de contraer matrimonio. Bien ante el primer oficial de justicia, o ante el cura o vicario de su domicilio.

-La Iglesia Galicana: surgió en Francia en el siglo XVI. Una teoría teológico-jurídica que separa dentro del matrimonio el contrato del sacramento, le daba potestad al Estado para reglamar la forma de contraer matrimonio, pero sólo tenía dicha potestad si este matrimonio era presupuesto para recibir el sacramento.

- Derecho Natural: los teóricos del derecho natural de los siglos XVII y XVIII, también niegan el carácter sacramental del matrimonio y toman del galicanismo la concepción del matrimonio como "contractus civilis". Este concepto que influyó a la legislación revolucionaria de Napoleón le abrió paso fácil al divorcio.

2) Revolución Francesa. La revolución francesa quita definitivamente el carácter religioso al matrimonio y lo conceptualiza como un contrato.

Mazeau afirmaba que cuando se hubiere concluido un contrato, se era libre de ponerle término por medio de un nuevo acuerdo. Y así, cabía disolver el matrimonio por voluntad común. El derecho revolucionario admitía, pues por fin, el divorcio por mutuo consentimiento.

Respecto al matrimonio, la Constitución Francesa en su título II, artículo siete, señalaba que la ley considera al matrimonio como un contrato civil únicamente.

3) Secularización del matrimonio en el mundo. La secularización se realiza como consecuencia de la libertad religiosa.

Enneccerus, Kipp y Wolff, señalan tres tipos de legislaciones respecto al matrimonio laico (5):

a) Matrimonio civil subsidiario. El matrimonio civil es reconocido para las personas que por sus creencias no desean recibir la bendición eclesiástica. Es decir, el matrimonio civil (de judíos o disidentes) se subordina al religioso. Ejemplos de países con este tipo legislativo: Austria y España.

b) Matrimonio civil facultativo. Se puede realizar ante un eclesiástico, o ante el oficial del estado civil. Ejemplos: Estados Unidos, Irlanda y Polonia.

c) Matrimonio civil obligatorio. En este sistema la intervención religiosa no tiene trascendencia jurídica, es el Estado el encargado de legislar la unión. Este tipo de legislación tuvo inicio en Inglaterra durante el siglo XVII bajo el gobierno de O. Cromwell, pero su reafirmación fue a partir de la Revolución Francesa. Ejemplos: Alemania, Argentina, Brasil, Chile y México son algunos de los países que han adoptado este sistema.

4) Matrimonio civil en México.

a) Época indígena. En los antiguos pueblos precortesianos se da un régimen jurídico rudimentario en cuanto a las relaciones contractuales. Su derecho fue, más bien, consuetudinario. Hay gran variedad en cuanto a las costumbres familiares y a los principios del matrimonio. Parece ser que la poligamia constituía una especie de privilegio para las clases pudientes; el rey tenía todo género de mujeres de distinto linaje, y entre ellas tenía una por legítima y con ella realizaba ciertas ceremonias:

"(...) era poner una estera, la más galana que podía haber, enfrente de la chimenea o fogón que en lo principal de la casa había, y ahí sentaban a los novios, atando uno con otro los vestidos de entreambos; y estando de esta manera llegaban los principales de su reino a darles parabien, que dios les diere hijos en quien como sucesión resplandeciera su nobleza y memoria; luego llegaban los embajadores de los demás reyes de México y Tacuba, hacían lo mismo en nombre de sus señores; despedidos todos, luego los llevaban al lecho donde consumaban su matrimonio, y al cabo de cuatro días tornaban a saber de ellos con muchas palabras amorosas y tiernas" (6).

La poligamia es una de las causas que dificultaba la evangelización, ya que no podían establecer la monogamia y

6 Pomar y Zurita. «RELACIONES DE TEXCOCO Y DE NUEVA ESPAÑA», página 24. Cita Chávez Ascencio, Manuel. «DERECHO DE FAMILIA», Ed. Porrúa. México, 1984. Páginas 41 y 42.

excluir a todas las otras esposas. Al final, resolvieron que la primera mujer era la única legítima esposa.

El adulterio se consideraba como un grave delito y, por lo general se castigaba con la muerte. En algunas ocasiones esta pena se conmutaba por mutilación o desprecio de la adúltera.

En cuanto a la duda surgida por la cuestión de la legitimación del matrimonio de los indígenas, en la Bula del Papa Paulo III -de la época del virrey Antonio de Mendoza- se aceptaba la legitimidad de dicho matrimonio.

Había ceremonias previas en la casa del novio y de la novia como preparación para la ceremonia matrimonial:

"La suegra vestía a la nuera con un guipiyi y las casamenteras ataban las capas del novio con el guipiyi de la novia, lavaban la boca y le daban de comer cuatro bocados de un tamal, dando otros cuatro al novio, terminándolo los dos juntos. Concluidos estos ceremoniales encerraban a los novios en su recámara que era vigilada toda la noche por las casamenteras, ministras del matrimonio. Las fiestas duraban cuatro días, y durante estos días todos los parientes vivían en las casas de los novios para acostumbrarse a tratarse como familiares. Era frecuente que durante estos primeros días los novios hicieran ayunos y disciplinas" (7).

b) Epoca colonial. En América, las condiciones tan especiales que imperaron hicieron surgir disposiciones

7 Salvador Chávez Hayoe. «HISTORIA SOCIOLOGICA DE MEXICO», Edita Salvador Chávez Hayoe, 1944. Página 105. Cita Chávez Ascencio, Manuel. Op. cit., página 45.

particulares, para el "Nuevo Mundo", del derecho canónico y la legislación de Castilla. No hubo en esta época prohibición para que los españoles contrajesen matrimonio con indias, negras o castas; incluso, se autorizaban expresamente estos matrimonios en las Cédulas del 19 de octubre de 1541 y 22 de octubre de 1556.

Estas disposiciones provocaron algunas reacciones en la Nueva España, ya que algunas personas consideraban absurdo que algunos jefes militares se casaran con negras que habían sido esclavas de otras familias, y que después del matrimonio tuvieran mayores privilegios que sus antiguos amos.

Toribio Esquivel Obregón (8) señala dos casos en que se requiere de autorización para poder contraer matrimonio. En primer lugar, cuando un menor de veinticinco años deseaba contraer matrimonio era necesario que sus padres lo autorizaran, a falta de estos, sus abuelos o parientes más cercanos, o en último caso la autoridad judicial. En segundo lugar, para evitar que un matrimonio obtuviera ventajas económicas, se requirió a los funcionarios licencia del Rey Felipe II (10 de febrero de 1575).

c) México Independiente. Durante algún tiempo desde la consumación de la Independencia, hasta las Leyes de Reforma, la Iglesia fue la encargada de reglamentar la forma de contraer matrimonio.

8 «APUNTES PARA LA HISTORIA DEL DERECHO EN MEXICO», Tomo III. Ed. Polis. México, 1937. Páginas 50 ss. Cita Chávez Ascencio, Manuel. Op. cit., página 46.

Desde el siglo XVII se gestaron movimientos liberales y desacralizadores en todo el mundo. México no escapó a estas ideas que consideraban al matrimonio como un contrato civil.

Cuando Comonfort renunció a la presidencia de la República, Benito Juárez lo substituyó por ministerio de ley, y posteriormente promulgó las conocidas Leyes de Reforma.

Por medio de la Ley Orgánica del Registro del Estado Civil del 27 de enero de 1857 se creó , en toda la República, dicho registro. Esta ley reconoce el matrimonio como un acto del Estado Civil -artículo 12, fracción II-. No obstante se inicia una separación entre el sacramento y el contrato. Se sigue reconociendo competencia a la Iglesia, en cuanto a la sacramentalidad del matrimonio. La ley señalaba que después de celebrarse el sacramento ante el párroco, los consortes debían presentarse ante el oficial del Estado Civil a registrar el contrato matrimonial. Este registro debía hacerse dentro de las cuarenta y ocho horas después de celebrado el sacramento. El matrimonio que no era registrado carecía de efectos civiles. Estos efectos eran:

- * la legitimidad de los hijos,
- * la patria potestad,
- * el derecho hereditario,
- * las ganancias,
- * la dote,
- * las arras y demás acciones que competen a la mujer,

- * la administración de la sociedad conyugal que le correspondía al marido y
- * la obligación de vivir en uno.

El 23 de julio de 1859 se expide la Ley de Matrimonio Civil, en la que se quita toda jurisdicción a la Iglesia, además previene que el contrato matrimonial sólo puede celebrarse entre un hombre y una mujer, prohibiendo la bigamia y la poligamia.

A pesar de esto se conserva la indisolubilidad, aceptando la muerte como único medio para disolverlo.

En esta ley se introduce la lectura de la Epístola de Melchor Ocampo.

Se señala como edad para contraer matrimonio, los catorce años en el hombre y los doce años en la mujer.

La Iglesia no podía aceptar que se le quitara toda la jurisdicción en materia matrimonial, por tanto varios obispos dirigieron una pastoral a todo el clero y fieles de la República, en la que decían:

"(...) que todos los legisladores civiles del mundo jamás podrán despojar a la Iglesia de la más mínima de las facultades que recibió de Jesucristo; que entre estas facultades está contenida la de conocer y arreglar el matrimonio sacramento; que solamente éste y ningún otro es válido entre los católicos; que el que estos contraigan contra la prescripción será ilícito (...); que será un

verdadero concubinato por más que lo declaren válido las leyes civiles" (9).

El 4 de diciembre de 1860 se expidió el decreto # 5124 sobre la tolerancia de cultos. En este documento se declaraba que las leyes protegían el ejercicio del culto católico y demás cultos que se establecieren en el país; asimismo, se reconocía el matrimonio religioso como parte de dicho culto, pero sin validez en cuanto a sus efectos civiles.

En la época del imperio de Maximiliano se expidieron algunas leyes referentes al matrimonio que después fueron derogadas al reestablecerse la paz, por medio del Código Civil de 1870, promulgado el 13 de diciembre del mismo año. En este código, se reafirma la competencia civil en materia matrimonial, pero continúa el carácter indisoluble de éste. Hay un predominio del hombre con respecto a la mujer en el matrimonio. La mujer debe vivir en el domicilio del marido, es obligación de éste protegerla, y la patria potestad se le otorga al padre, y si falta éste a la madre.

El Código Civil de 1884 no introduce ninguna innovación en materia matrimonial, únicamente respecto a los hijos, suprimió el régimen de las herencias legítimas en perjuicio de los hijos de matrimonio.

9 Magallón Ibarra, Jorge Mario. «EL MATRIMONIO», Tipográfica Editora Mexicana. México, 1965. Página 155. Cita Chávez Ascencio, Manuel. Op. cit., página 52.

En la Constitución de 1917 se menciona la igualdad del hombre y la mujer ante la ley, reconociéndoles la facultad de decidir el número y espaciamento de sus hijos.

En los artículos tercero y cuarto, se menciona la protección que la ley concede a los hijos, su educación y satisfacción de necesidades.

El 9 de abril de 1917, Venustiano Carranza expide la Ley de Relaciones Familiares, en la que introduce el divorcio vincular en nuestra legislación. Así, se señala que el matrimonio es un "vínculo disoluble". De manera que se establece el divorcio necesario y el divorcio por mutuo consentimiento. Igualmente dentro de las obligaciones de la mujer la ley previene "con cargo a la mujer" la obligación de vivir en el domicilio del marido, excepto cuando éste se ausente de la República o se instale en un lugar insalubre.

Se expresa que la mujer tiene la obligación de atender los asuntos domésticos, y que será ella la encargada de la dirección y cuidado de los hijos y el hogar.

En 1928 se realiza el Código Civil vigente, en el que por primera vez se trata el concubinato. En la exposición de motivos, se señala que debe reconocerse éste modo de formar la familia tan extendido en las clases populares. Asimismo se exige que los cónyuges presenten un certificado médico, y un pacto que determine el régimen de comunidad o separación de bienes.

El ordenamiento civil fue modificado veintiseis veces desde 1938 hasta 1984. Manuel Chávez Ascencio se refiere a dichas modificaciones en los siguientes términos:

"En general observo pobreza en las modificaciones habidas pues no se aborda una revisión completa del derecho familiar. Se trata de simples ajustes que rompen, en muchas ocasiones, la estructura y congruencia del Código Civil" (10).

De entonces a la fecha tampoco ha habido modificaciones importantes (11).

B.- Derecho Canónico.

La historia del Derecho Canónico se remonta hasta el tiempo apostólico, teniendo su origen en la fundación de la Iglesia. Las fuentes del Derecho Canónico se han dividido en:

- i) Fuentes de conocimiento: Son aquellos medios por los que se conoce el Derecho Canónico, es decir, los documentos a través de los cuales obtenemos su conocimiento.
- ii) Fuentes de producción: Son los factores de creación del derecho o la autoridad que lo produce.

Existen además otras divisiones:

- iii) Fuentes de derecho divino o de derecho humano, según emanen de Dios o de la autoridad eclesiástica.

10 Chávez Ascencio, Manuel. Op. cit., página 64.

11 Cfr. Ruiz Lugo, R.A. y Guillén Mandujano, J. COMPILACION DE JURISPRUDENCIAS Y EJECUTORIAS IMPORTANTES EN MATERIA DE FAMILIA 1917 A 1988. Tomo IV México, 1992. páginas 123-164.

iv) Fuentes primarias y secundarias, siendo las primeras las referentes al derecho divino, y las provenientes del Sumo Pontífice; y las segundas, a las demás normas.

v) Fuentes de derecho universal y de derecho particular, según de ellas emanen disposiciones universales o particulares.

vi) Fuentes propias o propiamente dichas y adventicias o subsidiarias. Las primeras son aquellas que contienen verdaderas normas de derecho canónico, y las segundas son aquellas que contienen principios que, de por sí, no son de derecho canónico, sino que a veces son suplementarias.

vii) Fuentes de derecho inscrito y no inscrito, dependiendo de que sus normas estén o no escritas.

En cuanto a las fuentes de producción debe distinguirse el derecho natural y divino-positivo del derecho humano positivo y positivo-eclesiástico.

Dios es la fuente de producción del derecho natural y divino-positivo, y la Iglesia es únicamente una intérprete, obligando además su observancia.

En cuanto al derecho humano positivo y positivo-eclesiástico las fuentes de producción en la Iglesia Universal son:

El Papa, el Concilio Ecuménico, y las Congregaciones Romanas principalmente.

En cuanto al derecho particular las fuentes de producción son:

El Papa, el Concilio Ecuménico, los concilios plenarios y provinciales, los sínodos diocesanos, ordinarios y órganos legislativos de la religión, dentro de los límites establecidos por el Código.

Las fuentes de conocimiento también se dividen en fuentes de conocimiento del derecho divino, y fuentes del derecho humano.

Las fuentes de conocimiento del derecho divino son esencialmente dos: por un lado la Biblia, que es el conjunto de libros que constituyen el Antiguo y Nuevo Testamento y declarados de origen divino en el Concilio de Trento, y por otro lado la tradición, que es aquella parte de la revelación divina que no está contenida en el Nuevo Testamento, y que fue revelada y transmitida oralmente desde Cristo hasta nosotros (12).

Las fuentes de conocimiento del derecho humano son todas aquellas colecciones canónicas que contienen los sagrados cánones. Por tanto decimos que la historia de las fuentes es la historia del Derecho Canónico.

Para el estudio de la historia del derecho humano positivo se ha dividido en cuatro etapas que son:

- 1) Jus Antiquum, que va desde el inicio de la Iglesia hasta Graciano (siglo XII).
- 2) Jus Novum, que abarca desde Graciano hasta el Concilio de Trento (siglo XVI).

- 3) Jus Novissimum, que va desde el concilio tridentino hasta la codificación de 1917.
- 4) Código de Derecho Canónico de 1983.

1) Jus Antiquum.

Esta etapa se divide en tres periodos:

a) La primera etapa se inicia con el tiempo apostólico y se cierra con la muerte de Sn. Gelasio I (496), este periodo se refiere a los primeros cinco siglos del cristianismo, y tiene como característica la defensa de la doctrina cristiana contra cismas y herejías, y establece en Roma el centro de la espiritualidad cristiana. Las principales colecciones son:

* Colecciones pseudo-apostólicas (normas morales, litúrgicas, disciplinares y disposiciones sobre la organización eclesiástica) son textos que les fueron atribuidos a los apóstoles, y entre los más importantes encontramos: Doctrina Duodecim Apostolorum, Didascalia Apostolorum, y los Canones Apostolorum.

* Colecciones de cánones de los Concilios Orientales, entre los cuales encontramos los Concilios regionales de Ancyra, Antioquía, Leodicea y los Concilios Ecuménicos de Nicea, Constantinopla, Efeso y Calcedonia. De estos concilios se realizaron en occidente algunas colecciones como la hispana y la itala.

* Algunos escritos de los Padres Apostólicos y de los Papas Escritores.

b) La segunda etapa va de fines del siglo V hasta las colecciones espurias del siglo X. En esta época se realiza la reconstrucción del Imperio Romano de Occidente con la creación del Sacro Imperio Romano que se inicia con la coronación de Carlo Magno por el Papa Leon III en el año 800.

En este periodo se realizan diversas colecciones que podemos dividir en cuatro grupos:

* Las realizadas por iniciativa de otras iglesias: de la Iglesia Africana la Brevatio Canonum Fulgentii Ferrandi y la Concordia Canonum; de la Iglesia Española los llamados Capitula Martini, la Colección Hispano Cronológica e Hispano sistemática -que se deriva de la anterior-; de la Iglesia Francesa, las Colecciones Quesneliana y Daqueriana, ésta última bajo la influencia de la restauración jurídica de los carolingios.

* Colecciones espurias del siglo IX, este grupo está constituido por tres colecciones:

- + las capitulares de B. Levita.
- + los capítulos de Angilramno.
- + las decretales pseudo-isidorianas.

Estas colecciones son falsificaciones de textos conocidos que se realizaron con el objeto de permitir a la Iglesia rechazar la influencia de los laicos, reyes y feudatarios en los asuntos del clero.

* Colecciones de normas de distintas materias:

+ los libros penitenciales, sobre la administración de la Penitencia.

+ los libros de los misterios o sacramentos -en la Iglesia Griega son llamados Eucología.

+ los libros que contienen las fórmulas de la práctica de la Iglesia para los negocios, entre los cuales el principal es el Liber diurnus.

c) La tercera etapa finaliza con Graciano, este periodo abarca tres siglos muy importantes en la historia de la Iglesia. Es una etapa de transición, influida por los sucesos histórico-políticos entre los que cabe mencionar: el cisma de Oriente -lucha de León IX y Miguel Cerulario-, y la lucha de las investiduras, en las que sobresale Gregorio VII.

Hay una gran cantidad de colecciones, pero de poca importancia. Debido al programa de reformas que inicia Gregorio VII (13) hay una influencia de esta idea reformadora en las obras realizadas en esa época. Podemos dividir las en:

* Pre-gregorianas: son obras que no resienten la reforma gregoriana, como por ejemplo, el Decretum Buchardi y los Libri de Synodalibus causis de Regione de Prum.

13 «DICTATUS» Op. cit., por Fernando della Rocca «MANUAL DE DERECHO CANONICO» Página 48: "(...) la Iglesia Romana está fundada tan sólo por el Señor -únicamente el Papa puede disponer o rehabilitar a los obispos- a él le es lícito deponer a los emperadores. La Iglesia Romana nunca erró ni errará (...)"

* Reformadoras o Gregorianas: son inspiradas por los pontífices con fines de reforma, como por ejemplo, la *Collectio Anselmi Lucensis* y el *Liber Bonizonis*.

La reforma gregoriana enfrenta grandes dificultades, no sólo en cuanto a la situación histórico-política, sino también en su parte jurídica, ya que muchos institutos jurídicos combatidos por los reformadores ya se habían arraigado en Francia, Alemania e Italia septentrional. Para no tener enfrentamientos demasiado fuertes, se optó por redactar documentos o colecciones mixtas, compuestas por textos reformadores y algunos textos impugnados, esto da origen a las llamadas colecciones concordantes, entre las cuales destaca la obra de Ives Chartres.

Esa falta de concordancia hacía que los textos no llenaran las necesidades para las que fueron creados. Para lograr una cierta concordancia, era necesario, no sólo un trabajo de compilación, sino una elaboración científica del derecho, utilizando la filosofía escolástica y el estudio del derecho romano.

Es, así, como Graciano inicia su gran obra, dando inicio a la edad de oro del derecho de la Iglesia.

2) Jus Novum.

Esta segunda etapa abarca desde Graciano hasta el Concilio de Trento (siglo XVI) y podemos dividirla en cuatro épocas, ya sea que se estudie:

- La obra de Graciano -*Decretum Gratiani*-,

- las obras de los decretalistas -que estudian la obra de Graciano,
- las obras de los compiladores de las colecciones de las decretales de los Sumos Pontífices y
- las obras de los decretalistas -aquellos que comentaron o reelaboraron el derecho de las decretales.

a) *Decretum Gratiani*.

Hasta Graciano, ya hemos visto que el derecho canónico era sólo la parte práctica de la teología. Sin embargo, con el florecimiento de los estudios jurídicos, que se dió sobre todo en Bolonia, se sintió la necesidad de darle al derecho canónico el caracter de ciencia independiente. Fue Graciano quien en gran parte fomentó un gran impulso al derecho canónico como ciencia jurídica, conservando su calidad de ciencia sagrada.

Graciano realiza una labor monumental al tratar de sistematizar todo el material que se encontraba disperso en las fuentes canónicas que hasta esa fecha habían surgido, él mismo intituló su obra «CONCORDIA CISCORDANTIUM CANONUM», que muestra el gran esfuerzo de coordinación y síntesis realizado. Los discípulos de Graciano le dieron otra denominación: «DECRETUM MAGISTRI GRATIANI».

Es una obra en que se tratan diferentes materias - cánones de concilios universales y particulares, decretales de pontífices, capitulares de obispos, cánones penitenciales, textos de la Sagrada Biblia, de los Santos Padres y leyes civiles- entre los cuales Graciano insertó

algunas observaciones y explicaciones a veces reforzadas por la cita de autoridades. Vincenzo del Guidice en su libro «NOCIONES DE DERECHO CANONICO» menciona que el Decretum está dividido en tres partes:

" La primera y la tercera están subdivididas en distinciones y éstas a su vez en cánones o capitula.

La segunda en causae y éstas en cuestiones subdivididas en cánones o capitula" (14).

En la segunda parte debe hacerse notar que la tercera cuestión de la causa 33a constituye un tratado independiente -se divide en distinciones- sobre la penitencia (de Poenitencia).

La obra de Graciano tuvo una gran aceptación en el mundo, sustituyendo incluso a todas las colecciones precedentes. Ocupó un lugar paralelo entre los más grandes Livri Legis usados entonces para la enseñanza del derecho justiniano.

Esta influencia e importancia llevó a los Pontífices a promover, en el siglo XVI, una revisión del Decretum para realizar una edición oficial.

b) Decretalistas.

Con la difusión del Decretum de Graciano, hay una fuerte actividad de canonistas que emprenden su estudio, divulgación y que reciben el nombre de decretalistas.

Se realizan diferentes tipos de estudio y opinión sobre el Decretum, por ejemplo:

* *Lecturae* (cursos en las escuelas por parte de diversos maestros).

* *Summae* (tratados sistemáticos de una materia).

* *Distinciones* (divisiones y subdivisiones de un concepto jurídico), pero lo que mayor importancia tienen por sus resultados son las *Glosas* (aclaración de la letra del texto).

Los principales decretalistas son:

+ *Paucapalea* (*Pacapaglia*), fue el primer discípulo de Graciano. Hace adiciones como las llamadas "*paleae*", agrega además glosas y realiza una importante *Summa* (15).

+ *Rolanda Bendinelli* (*Alejandro III*).

+ *Obnibonus*, Obispo de Verona.

+ *Esteban de Tournay*.

+ *Graciano Cardinale*.

+ *Gandulfo*, compiló hacia 1170, glosas y libros de sentencias en materia matrimonial.

+ *Juan Semeca* -llamado "*Teutónicus*"- realizó la primera síntesis de la obra que se realizó alrededor del *Decretum*.

c) Las decretales.

Después del *Decretum Gratiani*, surgen una serie de colecciones -las más importantes- llamadas *Quinque Compilationes Antiquae*. De estas sólo la tercera y la quinta

15 *Petroncelli*. «*LINEAMENTI DI DIRITTO CANONICO*», Nápoles, 1949. Cita *Fernando della Rocca*. Op. cit., página 59, de su vida "bien poco se conoce fuera de que sus obras se remontan a poco antes de la primera mitad del siglo XII".

tuvieron carácter oficial, ya que fueron realizadas por orden de los Papas Inocencio III y Honorio III, quienes las enviaron a Bolonia para que fueran estudiadas "tam in judiciis quam in scholis".

Por la proliferación de colecciones en esta época, el Papa Gregorio IX encarga a Raimundo de Peñafort la recopilación de las obras hasta entonces vigentes. Este trabajo llevó a Sn. Raimundo cuatro años y fue promulgado por la Bula Rex Pacificus del 5 de septiembre de 1234 bajo el título de *Decretalium de Gregorii Papae IX compilatio*, pero conocido como *Liber Extra*.

Esta obra está realizada bajo el esquema de división en cinco libros: *iudex*, *iudicium*, *clerus*, *connubia*, *crimen* (16); subdivididos en cánones y capítulos. La importancia de esta compilación radica en lo siguiente: a partir del *Liber Extra*, únicamente la Santa Sede podía publicar nuevas colecciones, además, toda la doctrina desde el *Decretum* hasta el *Codex «CODEX IURIS CANONICI»* de 1917, se enseñó bajo los esquemas de esta obra.

No obstante la creación de esta compilación siguieron nuevas obras por lo que fue necesario realizar una nueva. Dicha obra fue publicada por Bonifacio VIII en la Bula

16 Fernando Della Rocca, Op. cit., página 63. "(...) el primero de los cinco libros trata, principalmente, de las fuentes, de los oficios eclesiásticos, y de su provisión y vacante; el segundo está dedicado al derecho procesal; el tercero concierne al derecho patrimonial; el cuarto a la disciplina del clero y al derecho matrimonial; y el quinto, en fin, trata del derecho penal".

Sacrosantae Romanae Ecclesiae del 3 de marzo de 1298, denominada por el Papa como Liber Sextus.

Esta obra dividida según el criterio de Peñafort (17) y se incluyen las decretales de los sesenta y cuatro años que median entre la colección de Gregorio IX y la obra de Bonifacio, además de los cánones de los dos Concilios Ecuménicos de Lyon.

Desde el 21 de marzo de 1314, Clemente VI publicó los cánones del XV Concilio Ecuménico de Viena, Francia. Esta obra es conocida como Clementinae, la cual, no recibió el carácter de oficial por la muerte de Pontífice. Sin embargo es publicada con modificaciones por Juan XXII con la Bula Quoniam Nulla el 25 de octubre de 1317.

Con las Clementinas se cierra el Corpus Iuris Canonici, llamado así, en el concilio de Basilea (1437) a imitación del Corpus Iuris Civilis, y está compuesto por:

- * El Decretum Gratiani (recopilación privada)
- * Liber Extra de Gregorio IX (Colección auténtica).
- * Liber Sextus de Bonifacio VIII (Colección auténtica).
- * Las Clementinas.

Las decretales pontificias posteriores se denominaron Extravagantes, de las cuales, las principales son dos de Juan Chappius «Extravagantes D. Llohannis Papae XXII y Extravagantes Communes».

17 Ibidem. "Para 1298, estos libros se habían convertido en clásicos".

Después se hizo una revisión de todo el Corpus Iuris Canonici por treinta y cinco "correctores romani" nombrados por Pío IV y publicada por Gregorio XIII en 1582.

d) Decretalistas.

De la misma manera que algunos canonistas se dedicaron al estudio del Decretum, hubo otros que se dedicaron a estudiar las leyes contenidas en las colecciones de decretales, y también fueron designados decretalistas. Entre los principales encontramos a Godofredo de Trani y a Enrique de Susa. La glosa ordinaria de las decretales de Gregorio IX fue hecha por Bernardo de Palma, y la del Sexto y de las Clementinas por Juan Andrés.

A lo largo de los siglos XIV y XV, los canonistas realizaron colecciones de cuestiones, tratados, formularios, etc., teniendo una fuerte influencia de los legistas. Así los comentadores eran grandes canonistas y civilistas como Baldo de Ubaldis y Bartolo Sassoferrato.

3) Jus Novissimum.

La creación del derecho en esta etapa fue propia del Concilio de Trento y de la Santa Sede.

a) Concilio de Trento. Convocado por el Papa Paulo III con la Constitución Initio del 22 de mayo de 1542. Este concilio representa uno de los más grandes acontecimientos en la historia de la Iglesia, "(...) con sus cánones relativos a la definición de dogmas y a la renovación de las costumbres

y de la disciplina eclesiástica, se corona la obra de la Contrarreforma" (18).

Los decretos emanados de él fueron compilados bajo el título de *Canones et Decreta S. Oecomenci Concilli Tridentini*, publicados por Pío V con la Bula *Benedictus Deus*, del 26 de enero de 1564.

Los decretos disciplinares constituyen hasta el *Codex* de 1917, una parte esencial de la legislación eclesiástica.

b) La Santa Sede. Los concilios ecuménicos se suspendieron en la etapa que transcurre entre el Concilio Tridentino y el Concilio Vaticano I, por lo que la fuente principal del derecho fue la Santa Sede.

Las actas de los Pontífices se contienen en los llamados *Bularios*, entre los más importantes están:

- * El Gran *Bulario Romano*.
- * La Constitución del *Bulario Romano*.
- * *Bulario Turinense*.

Posteriormente se redactaron algunas colecciones privadas de las *Actas Pontificias* como entre las que se cuentan:

- * Las *Acta Gregorii XVI*.
- * Las *Acta Leonis XIII*.
- * Las *Acta Pii X*.

Existen además recopilaciones de las actas de las *Congregaciones Romanas* y de los *Tribunales*.

Hasta este momento las fuentes del derecho canónico eran: Corpus Iuris Canonici, leyes pontificias editadas en los bularios, Decretos de las Congregaciones y Decretos de los Concilios Ecuménicos.

Hacia fines del siglo XIX se hizo necesaria una sistematización de las fuentes por las siguientes razones: por un lado había un gran número de leyes sin orden sistemático por lo que el conocimiento de las leyes se hacía cada vez más difícil. Por otro lado muchas leyes iban perdiendo vigencia por abrogaciones, modificaciones y desuso.

Fue así que, durante el Concilio Vaticano I, se formularon peticiones en el sentido de que se realizara una codificación. Finalmente el Papa Pío X por motu proprio publicó Arduum Sane Manus del 14 de mayo de 1904 que instituyó una comisión cardenalicia que tenía el cargo de redactar el Codex Iuris Canonici. Este trabajo se realizó en un periodo de doce años bajo la dirección de Pedro Gasparri, que primero fue secretario y luego presidente de dicha comisión.

El 27 de mayo de 1917, día de Pentecostés, el Papa Benedicto XV con la Bula Providentissima Mater, promulgó el Codex Iuris Canonici, que se publicó el 28 de junio de 1917 y entró en vigor el 19 de mayo (Pentecostés) de 1918.

El Codex consta de 2414 cánones distribuidos en cinco libros que son los siguientes:

- Liber Primus: Normas generales.
- Liber Secundus: Concierne a las personas.
- Liber Tertius: Concierne a las cosas.
- Liber Quartus: Contiene el ordenamiento procesal.
- Liber Quintus: Contiene el ordenamiento penal.

Después de los cinco libros se encuentran los Documenta que son constituciones pontificias sobre materias no reguladas en los cánones.

Benedicto XV por motu proprio cum iuris del 15 de septiembre de 1917, crea una comisión para la interpretación del Codex cuyas respuestas tienen el mismo valor jurídico que las normas contenidas en el Codex.

4) Código de Derecho Canónico de 1983.

A raíz de los cambios sufridos en este siglo, en un mundo que en pocos decenios ha tenido una gran distensión y alteraciones morales; así como el progreso de la situación interna de la comunidad eclesiástica, se hizo necesaria una nueva reforma a las leyes católicas. Esta decisión fue tomada junto con otras dos, al celebrar el Sínodo de las Diócesis de Roma, y la de convocar al Concilio Ecuménico Vaticano II el 25 de enero de 1959 (19).

La comisión para la revisión del Código de Derecho Canónico fue constituida el 28 de marzo de 1963 bajo la presidencia del cardenal Pedro Ciriaci, pero la labor de revisión fue aplazada hasta que concluyera el Concilio.

19 Juan Pablo II «CONSTITUCION APOSTOLICA DISCIPLINAE LEGES», Código de Derecho Canónico. B.A.C. Madrid 1988. Página XXVII.

Paulo VI, el 17 de abril de 1964 añadió setenta consultores, nombró otros miembros cardenales y convocó consultores de todo el mundo para que auxiliaran en la revisión.

El Sumo Pontífice señaló dos elementos que debía presidir todo el trabajo: No sólo una ordenación de leyes, sino una reforma según una nueva mentalidad y además, tomar en cuenta todos los decretos y actas del Concilio Vaticano II.

A la muerte del cardenal Ciriaci fue nombrado presidente el cardenal Pericles Ferici, el 21 de febrero de 1967.

Cuando iba a concluir el Concilio Vaticano II se realizó una sesión solemne con el fin de inaugurar los trabajos de revisión, a los que fueron invitados los obispos y los episcopados, además de teólogos, historiadores y peritos en derecho canónico.

La Asamblea General del Sínodo de Obispos, aprobó en 1967 los siguientes puntos como directrices para la revisión:

- a) Debe mantenerse la naturaleza jurídica del Nuevo Código.
- b) Ha de haber una coordinación entre el fuero externo y el fuero interno.
- c) Deben tenerse en cuenta no sólo la justicia, sino además la caridad, la templanza, la humanidad y moderación con que se logre la equidad.
- d) Que se atienda con mayor eficacia la cura de almas y el servicio pastoral.

- e) Que se atienda al principio de subsidiaridad, buscando "sanas descentralizaciones" (20).
- f) Que se definan y se aseguren los derechos personales.
- g) Ordenar el procedimiento para tutelar los derechos subjetivos.
- h) Establecer el principio de determinación territorial, la porción de gobierno del pueblo de Dios.
- i) Las penas deben ser *ferendae sententiae* sólo en el fuero externo, las penas *latae sententiae* han de imponerse sólo contra delitos muy graves.
- j) Una nueva distribución sistemática.

Entre el 20 y el 28 de octubre de 1981, en el aula del Sínodo de Obispos, se realizó una sesión plenaria donde se aprobó el proyecto y fue impreso y entregado el 22 de abril de 1982 al Sumo Pontífice para su promulgación.

El 17 de mayo de 1982 fue nombrado presidente de la Comisión el señor Rosalío Castillo Lara por la muerte del cardenal Ferici.

El Sumo Pontífice revisó por última vez el proyecto que se le había entregado y el 25 de enero de 1983, aniversario del anuncio del Papa Juan XXIII, decretó que se promulgara el Código de Derecho Canónico para la Iglesia Católica Latina "*sacrae disciplinae leges*".

Durante todo el tiempo de los trabajos colaboraron 105 Padres Cardenales, 77 Arzobispos y Obispos, 73 presbíteros

seculares, 47 presbíteros religiosos, 3 religiosas, y 12 laicos (21).

Cabe aclarar, que el Código no agota toda la legislación de la Iglesia; en sus páginas encontraremos frecuentes remisiones a leyes especiales (algunas ya han visto la luz); otras veces no aparecerán ordenadas allí algunas materias como es el caso, por ejemplo, de la materia litúrgica; y en fin es una legislación para la Iglesia Latina y por tanto la Iglesia Oriental no se rige por ella (22).

En cuanto a la historia de la competencia en materia matrimonial de la Iglesia, debemos remontarnos a la época del Imperio Romano.

"Es una afirmación común que la Iglesia tuvo desde sus orígenes plena conciencia de su potestad sobre el matrimonio de sus fieles (Mt. 5,32.,19,9. Mc. 10,2. Lc. 16,18. 1 Cor. 5,7.,7,12. Rom. 7,1. Ef. 5,22-33., 1 Tes. 4,2)"(23).

Durante la época del Imperio Romano la Iglesia aceptó la legislación romana en cuanto no se opusiera a la fe y a las normas cristianas, incluso los cristianos seguían las formas paganas para contraer matrimonio, previa bendición del obispo.

21 Ibid. Página LXVIII.

22 Cfr. Arce Gargollo, Eduardo. Nueva codificación del derecho canónico. REVISTA DE INVESTIGACIONES JURIDICAS DE LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO Año 11. No. 11 México, 1987. Páginas 83-95.

23 «BIBLIA DE JERUSALEN» Editorial Porrúa. México, 1986.

Durante este periodo no hay testimonio en el que la Iglesia no acepte la competencia legislativa de los emperadores e incluso trata de adaptar su derecho matrimonial al romano.

En la época de la fundación de los reinos bárbaros la Iglesia adopta la misma actitud anterior.

Poco a poco, la jurisdicción eclesiástica en materia matrimonial, se va confirmando y tomando mayor fuerza en Francia, durante el siglo IX. Se puede elegir entre el tribunal civil y uno eclesiástico para contraer matrimonio, y para los siglos X al XV hay un monopolio de la Iglesia en todo lo referente al matrimonio. Este monopolio se origina principalmente por: el carácter cristiano de la sociedad, el inconveniente de una doble jurisdicción, el debilitamiento del poder real, la concesión hecha por el emperador, y el carácter espiritual del matrimonio.

Poco después surgen las teorías seculares del matrimonio, sometiéndolo, por tanto, a la autoridad secular. Contra éste, el Concilio de Trento definió la sacramentalidad del matrimonio y reafirmó la potestad de la Iglesia en esta materia.

Con el surgimiento de las teorías regalistas de los Romanos Pontifices tienen que defender los derechos de la Iglesia, y se realizan las siguientes tesis:

- + La potestad de la Iglesia para establecer impedimentos es verdad definida por el Concilio de Trento.

- + También es verdad definida en dicho Concilio el poder de la Iglesia para juzgar causas matrimoniales que atañen al vínculo.
- + El poder señalado anteriormente la Iglesia lo obtiene de su Fundador y no por delegación de la autoridad civil.

El Código de 1917 recoge toda esta doctrina tradicional sobre su competencia en el matrimonio de los cristianos. La actual legislación introduce algunos cambios significativos -que veremos más adelante- en materia matrimonial.

Esta potestad de la Iglesia se basa en la imposibilidad de separar el sacramento del contrato matrimonial, la potestad a la que se refiere no es sólo pastoral sino jurisdiccional; produce relaciones jurídicas y las regula.

"Una novedad del reciente Código es que, con gran acierto técnico, siempre que es posible, remite a las leyes civiles de los respectivos Estados, haciéndolas suyas para evitar una duplicidad legislativa cuando no hay razón que lo amerite: Las leyes civiles a las que remite el derecho de la Iglesia, deben observarse en derecho canónico con los mismos efectos, en cuanto no sean contrarias al derecho divino ni se disponga otra cosa en el derecho canónico. (cánon 22)" (24).

El Estado únicamente tiene potestad sobre el matrimonio de católicos en cuanto a sus efectos civiles.

II.- CONCEPTO DE MATRIMONIO.

Por lo general, se hace derivar la palabra matrimonio de la voz latina "matrimonium" que significa "carga de la madre" (por oposición a "patrimonio" que significa carga del padre). Las Decretales de Gregorio IX señalaban al comentar ésta derivación, que, "(...) para la madre el niño es antes del parto oneroso, doloroso en el parto, y después del parto gravoso, por cuya razón el legítimo enlace del hombre y de la mujer se ha denominado matrimonio, mas bien que patrimonio" (25).

A través de las distintas etapas históricas de la humanidad se han formulado diversas definiciones del concepto de matrimonio. Las leyes de Partida definen así el matrimonio:

"Matrimonio es el ayuntamiento de marido e de mujer fecho con tan intención de bevir siempre en uno, e de non se departir, guardando lealtad cada uno de ellos al otro, en non se ayuntando el varón a otra mujer, nin ella a otro varón, beviendo ambos a dos (Ley 1. Tít.2 Partida 14) (26)."

Desde el punto de vista puramente legista se ha dicho que "(...) es el estado de dos personas de sexo diferente cuya unión ha sido consagrada por la ley" (Baudrit

25 Cita Rojina Villegas, Rafael. Op cit., página 198.

26 Cita Ugarte Godoy, José Joaquín. El matrimonio. REVISTA CHILENA DE DERECHO. Vol.16 No.13 sept-dic. Chile, 1989. Página 754.

Lancantinerie) (27). Una concepción histórico sociológica señala que "(...) es el matrimonio una relación más o menos duradera entre el hombre y la mujer que se prolonga más allá del acto de la reproducción hasta después del nacimiento de la progenitura" (Westermarck) (28).

Podemos decir que existen tantas definiciones de matrimonio como autores que traten el tema.

A.- Derecho Civil.

No existe en la ley civil mexicana una definición explícita del matrimonio civil. El artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal sólo indica que "El matrimonio debe celebrarse ante los funcionarios que establece la ley y con las formalidades que ella exige".

Todos sabemos que el matrimonio es la base esencial de la familia, no hay autor ni legislación que lo ponga en duda (29). La controversia surge respecto a los distintos puntos de vista en el estudio de su naturaleza jurídica. Rafael Rogina Villegas (30) señala como principales teorías las siguientes: el matrimonio considerado como institución; como acto jurídico condición; como acto jurídico mixto; como contrato ordinario; como contrato de adhesión; como estado jurídico; y como acto del poder estatal.

27 Cita Montero Duhalt, Sara. «DERECHO DE FAMILIA» Ed. Porrúa. México, 1985. Página 96.

28 Ibidem.

29 Cfr. Galindo Garfias, Ignacio. DERECHO CIVIL. Ed. Porrúa. México, 1976. Página 460: " Lo esencial en el matrimonio desde el punto de vista jurídico, radica en que a través de él la familia como grupo social encuentra adecuada organización jurídica."

30 Op cit., páginas 209-226.

1) Como institución. En este sentido, se entenderá al matrimonio como un conjunto de normas que forman un todo orgánico y que persiguen un mismo fin. Ihering explica la institución señalando que las normas jurídicas se agrupan formando, mediante una unión teleológica, cuerpos que tienen autonomía, estructura y funcionamiento propios. Dentro de este concepto el matrimonio sería una institución, ya que los diferentes preceptos que regulan -tanto el acto de su celebración como los que fijan los derechos y obligaciones que emanan del mismo acto- para la misma finalidad al crear un estado permanente de vida del cual derivan una serie de relaciones jurídicas.

Así, los requisitos para contraer matrimonio tienen que ser forzosamente cumplidos y si por alguna circunstancia llegaran a no cumplirse el acto estará afectado de nulidad -ya sea absoluta o relativa-, y en algunos casos de excepción se declarará ilícito pero no nulo (art. 264 del Código Civil para el Distrito Federal).

Una vez contraído el matrimonio, surgen una serie de derechos y obligaciones independientes de la voluntad de los contrayentes; es decir, emanan directamente de la ley. Al respecto, el artículo 147 del Código Civil para el Distrito Federal, señala que :

"Cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los conyuges, se tendrá por no puesta". En el mismo sentido el art. 182 del mismo ordenamiento indica que: "son nulos los pactos que los

esposos hicieren contra las leyes o los naturales fines del matrimonio".

Desde este punto de vista lo único que se toma en cuenta es el aspecto normativo, haciendo a un lado tanto el acto jurídico que le da origen, como el estado de vida que se crea entre los consortes. También puede entenderse el matrimonio como una institución de acuerdo a las leyes de Hauriou que la define como "(..) una idea de obra que se realiza y dura jurídicamente en un medio social. En virtud de la realización de esta idea se organiza un poder que requiere órganos; por otra parte, entre los miembros del grupo social interesado en la relación, se producen manifestaciones comunes, dirigidas por los órganos de poder y regidos por procedimientos" (31).

Las notas señaladas anteriormente se pueden aplicar al matrimonio. Como idea de obra el matrimonio significa la común fidelidad que persiguen los consortes para constituir una familia y un estado permanente de vida entre ambos. Para la realización de esta finalidad se crea un poder que requiere de órganos que, en este caso, serían los dos cónyuges, asumiendo igual autoridad o haciendo descansar dicho poder en alguno de ellos. En la legislación mexicana se reconoce la igualdad entre el hombre y la mujer y por tanto estos tienen igual autoridad y consideraciones dentro del manejo del hogar, la educación de los hijos, y la administración de los bienes (art.168 del Código Civil para 31 Ibid. Página 211.

el Distrito Federal). Las manifestaciones comunes se traducen en las actividades recíprocas que se establecen entre los consortes ya que los cónyuges están obligados a contribuir a la realización de los fines del matrimonio, cada uno por su parte y a socorrerse mutuamente (art. 162 del C.C. para el D.F.).

Esta tesis tiene la importancia de comprender no sólo al acto en virtud del cual se da existencia al matrimonio, sino que incluye además el estado de vida que es consecuencia de ese acto y la estructuración normativa que establecen las finalidades, órganos y procedimientos de la institución.

2) Como acto jurídico condición. Se debe a León Duguit el haber precisado este concepto señalándolo como el acto jurídico que tiene por objeto determinar la aplicación permanente de todo un estatuto de derecho a un individuo o individuos para crear situaciones jurídicas concretas que constituyen un verdadero estado no porque se agotan en la realización de las mismas, sino que permiten su renovación continua.

En el caso del matrimonio por su constitución se condiciona la aplicación de un estatuto que regirá la vida de los consortes en forma permanente. En esta idea se integran la concepción de acto jurídico e institución. Pero no es suficiente esta aclaración doctrinal.

3) Como acto jurídico mixto. Los defensores de esta teoría distinguen los actos jurídicos públicos, actos jurídicos privados y los actos jurídicos mixtos. En los

primeros hay una total intervención de los órganos estatales; en los segundos se realizan por la intervención exclusiva de los particulares, y en los últimos hay una concurrencia de particulares y funcionarios públicos. A este último grupo pertenece el matrimonio. Pues si bien, se necesitan del acuerdo de voluntades de los consortes, es necesaria la acción del órgano estatal -a través del oficial del Registro Civil- para la existencia del matrimonio. Nuestra legislación en efecto, requiere para la realización válida del matrimonio que éste se celebre ante los funcionarios que establece la ley y con las formalidades que ella requiere (Art. 146 del C.C. para el D.F., cfr. Arts. 97, 98, 100, 102, 103, 235 frac. III, y 250).

4) Como contrato ordinario. El matrimonio, afirman quienes sustentan esta teoría, es un acuerdo de voluntades por lo que pertenece al género de los convenios en sentido amplio, pero estos a su vez se subdividen en convenios en sentido estricto y contratos. Los primeros modifican y extinguen derechos y obligaciones (art. 1792 del C.C. para el D.F.), mientras que los segundos crean y transmiten consecuencias jurídicas (art. 1793 del C.C. para el D.F.) por lo que el matrimonio es forzosamente un contrato, ya que crea derechos y obligaciones entre los consortes.

Esta ha sido la tesis tradicional desde que se separó el matrimonio civil del matrimonio religioso, puesto que en la mayoría de las legislaciones como en la doctrina se ha

considerado que el matrimonio tiene todos los elementos esenciales y de validez de dicho acto.

La mayoría de los que sustentan esta teoría aceptan que si bien el matrimonio es un contrato ofrece caracteres peculiares y notas características. Así Sara Montero Duhalt señala que el matrimonio "(...) es un contrato solemne de derecho de familia y de interés público que hace surgir entre los que lo contraen el estado civil de casado con todos los derechos y obligaciones determinados por el orden jurídico a través de la institución del mismo nombre" (32).

Planiol en su Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, al referirse a la controversia que se ha formado alrededor de la tesis contractualista, dice que se debe a una preocupación religiosa, ya que en la teoría canónica el sacramento ha absorbido al contrato, pero no quiere decir que una legislación estatal en la que se incluyan personas de diferentes creencias se adopte dicha concepción.

Planiol y Ripert reconocen la naturaleza institucional del matrimonio, pero no olvidan su carácter contractual. Por lo que dicen que el matrimonio tiene una naturaleza mixta ya que a la vez es contrato e institución.

Jean Boulanger y Georges Ripert (33) hacen una crítica a la tesis contractualista. Dicen que la naturaleza contractual del matrimonio no debe deducirse del

32 Montero Duhalt, Sara. Op. cit., página 113.

33 «TRATADO DE DERECHO CIVIL», (según el Tratado de Planiol); Ediciones La Ley. Buenos Aires, 1963. Páginas 176 y 177.

consentimiento como acto constitutivo del mismo. En primer término, agregan, el contrato sólo vincula a las partes por un tiempo, y siempre puede ser revocado por su consentimiento mutuo; además puede ser escindido si una de las partes no cumple sus obligaciones. El matrimonio en cambio, es perpetuo y sólo puede ser disuelto con la intervención de la autoridad judicial y por causas determinadas.

Ruggiere y Bonnacase (34) están también en contra de la teoría contractual. El primero se expresa así: "Hay que reaccionar contra una tendencia negando al matrimonio el carácter de contrato. No basta que se de en aquel un acuerdo de voluntades para afirmar sin más que sea un contrato; ni es cierto tampoco que todo negocio sea un contrato aunque los contratos constituyan la categoría más amplia de tales negocios. Nada se gana con añadir que la materia especial de este contrato implica derogaciones más o menos profundas a las normas que regulan la materia contractual. Precisamente las normas que no solo limitan sino que aniquilan toda autonomía de voluntad, demuestran la radical diferencia que media entre el contrato y el matrimonio. Contra lo que sucede en los contratos, el matrimonio está sustraído a la libre voluntad de las partes; estas no pueden, en el matrimonio, estipular condiciones y términos ni adicionar cláusulas o modalidades ni disciplinar las relaciones conyugales de un modo contrario a lo establecido por la ley;

34 Rojina Villegas, Rafael. Op. cit., página 216.

la libertad no surge sino cuando se trata de intereses patrimoniales, y aún en tal caso es muy limitada. Opuesta a la idea del contrato o inconciliable con ella es la absoluta inaplicabilidad al matrimonio del mutuo disenso, en cambio no hay contrato que no pueda resolverse si las partes no quieren que el vínculo subsista" (35).

Bonnecase en su obra «LA FILOSOFIA DEL CODIGO DE NAPOLEON APLICADA AL DERECHO DE FAMILIA» concluye: "En resumen, no es exagerado afirmar que desde el punto de vista de su formación, el matrimonio nada tiene en común con el contrato. La misma observación ha de hacerse en lo que se refiere a su objeto. El matrimonio no tiende a apropiarse de las riquezas ni el aprovechamiento de los servicios susceptibles de valorización pecuniaria" (36).

Si bien se nota en nuestra legislación una aceptación de la tesis contractual, también es cierto que esta fue debido a la separación que se quiso hacer del matrimonio civil y religioso.

5) Como contrato de adhesión. Esta es una modalidad de la tesis contractual, en la que se sostiene que el matrimonio participa de las características de los contratos de adhesión, ya que los consortes no son libres de estipular en las cláusulas los derechos y obligaciones que no sean los que la ley señala.

35 Ibidem.

36 Ibid. Página 219.

Se dice que el estado por el interés público establece el régimen jurídico que regula el matrimonio; y los consortes únicamente se adhieren a él. La crítica que se hace a esta teoría es que en este caso no se puede decir que una de las voluntades prevalezca sobre la otra; y además, no explica la participación del oficial del registro civil ya que esta es esencial e indispensable para la constitución del matrimonio.

6) Como estado jurídico. Dentro de esta teoría se hace la distinción entre estado jurídico, hechos y actos jurídicos, señalando que los primeros producen situaciones jurídicas permanentes, permitiendo la aplicabilidad de un estatuto legal a situaciones determinadas.

También podemos diferenciar entre: estados de hecho - aquellos que surgen de hechos jurídicos-, y estados de derecho -aquellos que surgen de actos jurídicos. En el caso del matrimonio nos encontramos en un estado de derecho en oposición al concubinato que sería un estado de hecho.

El estado de matrimonio tiene consecuencias muy importantes respecto a la vigencia, efectos y disolución del matrimonio. Si bien el matrimonio se constituye por un acto jurídico, es necesaria la vida en común para su perfeccionamiento. Apoyados en esto, los seguidores de esta tesis concluyen que el matrimonio no es un simple acto jurídico, es decir, que no se agota en el simple acto de su constitución, sino que los derechos y obligaciones derivados

de ese acto deben realizarse satisfactoriamente durante la vida en común de los consortes.

7) Como acto del poder estatal. El autor A. Cicu señala tajantemente poder atacar la concepción contractualista. Dice que existen diferencias en cuanto a las nulidades por defecto de forma en los contratos y el matrimonio. Así en este último, no hubo necesidad de una norma expresa que declare la nulidad; además en ningún caso el matrimonio no celebrado puede producir efectos, mientras estos son posibles en los negocios patrimoniales aunque sean nulos de modo absoluto.

Refiriéndose a la participación oficial del Registro Civil, dice que no es simplemente declarativa, sino que es constitutiva. Hace una comparación con los contratos en que se requiere de alguna formalidad para su celebración; así por ejemplo, cuando se requiere de la autorización del padre en la celebración de un contrato por parte de su hijo, el contrato a falta de esta autorización es anulable, pero existe. En cambio en el matrimonio si no hay una manifestación del oficial del registro civil, este es inexistente.

Cicu señala que: "(...) La ley no considera el matrimonio como un contrato tampoco formalmente y que la concorde voluntad de los esposos no es más que condición para el pronunciamiento; este y sólo este es constitutivo del matrimonio" (37).

37 Ibid. Página 229.

Agrega Cicu que mientras en los contratos la libertad se limita con respecto a la libertad del otro contratante, en el matrimonio se anula, y que el interés de los contrayentes se subordina frente a un poder superior. A fin de cuentas parece ser que lo único que busca, más que atacar la concepción contractual del matrimonio, es atacar la concepción privada como él mismo lo señala: "(...) El estado no interviene como extraño. Se tiene, en cambio, interés familiar elevándolo a interés estatal. Si después de esto se quiere todavía hablar de negocio jurídico familiar, nosotros no tenemos dificultad en estar de acuerdo: con tal de que el negocio no se haga consistir entre el contrato entre los esposos, y en todo caso se deje de lado la concepción privadística" (38).

B.- Derecho Canónico.

Una de las cuestiones más difíciles de aclarar es la naturaleza jurídica del matrimonio. Durante mucho tiempo, la Iglesia ha venido diciendo que el matrimonio es una institución natural; es decir, que pertenece al orden de la naturaleza humana. Al mismo tiempo es una institución divina, ya que a estas exigencias de la naturaleza humana se suma la voluntad de Dios. Por tanto, el matrimonio es una institución de iure natural y de iure divino-positivo.

El matrimonio tiene su origen en el consentimiento que prestan los cónyuges en orden a la constitución de la

38 Ibid. Página 228.

sociedad conyugal. Este acto ha sido explicado de dos maneras:

1) Contrato. La mayor parte de los doctrinarios del derecho canónico se inclinan por considerar al matrimonio un negocio jurídico de naturaleza contractual, pero "sui generis".

Esta teoría toma fuerza después del siglo XI, cuando se toman en cuenta los conceptos romanos y se le da una naturaleza contractual al matrimonio, significando que el vínculo, los derechos y deberes de los cónyuges tenían su origen en el consentimiento.

2) Institución. Aparentemente el Concilio Vaticano II se inclinó más hacia aceptar la tesis institucionalista que la contractualista, pero, lo cierto es que esta corriente no ha sido favorablemente acogida.

En la legislación canónica se buscaba introducir un nuevo término, junto al tradicional "contractus", para designar la naturaleza jurídica del consentimiento matrimonial: foedus matrimoniale (pacto matrimonial, alianza).

Sin embargo, la petición fue rechazada en un principio, principalmente porque no estaba claro su significado. Para algunos era referido al matrimonio infieri, y para otros al matrimonio in facto esse.

A pesar de lo anterior, la Comisión de Cardenales pidió que se diera una definición indirecta de lo que es el matrimonio, y así surgió la fórmula actual:

"La alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, fue elevada por Cristo Nuestro Señor a la dignidad de sacramento entre bautizados.

Por tanto, entre bautizados, no puede haber contrato matrimonial válido que no sea por eso mismo sacramento" (39).

La doctrina canónica distingue entre matrimonio infieri y matrimonio in facto esse:

a) Matrimonio infieri. Es el acto por el cual, se constituye la sociedad conyugal -se identifica al mutuo consentimiento con el acto constitutivo del matrimonio (40).

b) Matrimonio in facto esse. Es la relación misma -como unión perpetua-, resultado del contrato matrimonial.

El derecho canónico divide al matrimonio en rato, consumado, legítimo y putativo.

El matrimonio válido -en el que no hay impedimentos dirimentes- y lícito, es rato, cuando no hay realización del acto conyugal; es decir, es rato y consumado cuando la cópula se ha realizado.

El matrimonio legítimo es aquel contraído válidamente entre no bautizados.

39 cánón 1055 C.D.C.

40 «CASTI CONNUBII» Pío XI. "(...) aunque el matrimonio sea institución divina, por su misma naturaleza, también la voluntad humana tiene en él su parte, dado que la unión se realiza mediante el libre consentimiento de ambos esposos".

Por último el matrimonio putativo, es aquel matrimonio inválido celebrado de buena fe, en contraposición al matrimonio atentado, en el que los cónyuges están conscientes de su invalidez.

Tomando en cuenta la definición que nos da el Código de Derecho Canónico, habrá que explicar sus elementos.

La esencia del matrimonio se basa en la diversidad de sexos -varón y mujer.

Esta complementariedad se basa en la mutua atracción entre el hombre y la mujer, integrando la dualidad en la unidad (41). Esta atracción recíproca se basa en dos motivos:

- a) ambos son complementarios física y psicológicamente, y
- b) el instinto de conservación -referido a la conservación de la especie por la generación de nuevos individuos.

Pero la unidad no es cuestión solamente de la pareja, sino de la sociedad entera que queda comprometida a respetar esa unidad de vida.

La unión entre hombre y mujer constituye un consorcio de toda la vida. La palabra "coniunctio" que utilizaba el Código de 1917 fue sustituida por "consortium" resaltando los valores espirituales del matrimonio. La jurisprudencia señala los siguientes elementos como constituyentes de la comunidad de vida:

- * Equilibrio y madurez requeridas para una conducta verdaderamente humana.

41 Génesis 2, 21-24.

- * La relación de amistad interpersonal y heterosexual.
- * La aptitud para colaborar suficientemente en la marcha de la vida conyugal.
- * El equilibrio mental y el sentido de responsabilidad requeridos para el sostén material de la familia.
- * La capacidad psíquica de participar, cada uno según sus posibilidades, en el bien de los niños.

Esta unión ha sido elevada por Dios a la dignidad de sacramento. Por tanto, no puede haber unión válida entre bautizados que no sea por este mismo sacramento.

Esta sacramentalidad occidental hace que el contrato asuma el carácter de "contractus supernaturalis" (42) y entendiendo esta unidad entre sacramento y contrato, no puede existir el uno sin el otro.

Sobre el matrimonio entre una persona bautizada y otra no bautizada, se sigue el criterio de que no es una unión sacramental, hasta que la persona no bautizada reciba el bautismo.

Por esta imposibilidad de separar el contrato del sacramento, los fines y propiedades del matrimonio natural son también los fines y propiedades del matrimonio cristiano.

En cuanto a los fines, ha sido una de las cuestiones más discutidas y de más cambios en el nuevo código con respecto al anterior.

42 Fernando della Rocca. Op. cit., página 184.

En el Código de 1917 se hacía una enumeración jerárquica de los fines del matrimonio, señalando la procreación y educación de la prole como fin primario -fin al que tiende el matrimonio por su naturaleza-, y la ayuda y el remedio de la concupiscencia como fines secundarios -subordinados al primario.

En cuanto a la legislación actual, no hay una subordinación jerárquica de los fines, ya que menciona que ese consorcio de toda la vida está "(...) ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole" (43). Esta nueva concepción surgió de la doctrina conciliar que afirma que es tan importante el fin objetivo del matrimonio como el fin personal de los cónyuges.

Las propiedades esenciales. En la actualidad el cánón 1056 señala como propiedades esenciales del matrimonio la unidad y la indisolubilidad, reproduciendo el cánón 1013 del Código de 1917, y agregando que el matrimonio natural tiene las mismas características. Pero en el matrimonio cristiano hay una particular firmeza por el hecho de ser una alianza sacramental.

+ La unidad. Significa que el matrimonio tiene como propiedad esencial la unión de un solo varón y una sola

43 Magallón Ibarra, Jorge. «EL MATRIMONIO (SACRAMENTO-CONTRATO-INSTITUCION)» Tipográfica Editorial Mexicana, S.A., México, 1965. Página 93.

mujer, excluyendo así la poligamia -y poliandria-simultánea. La poliandria impide la determinación del padre.

Basado en la Revelación se ve más claramente porqué es una propiedad esencial:

"Dios creó al hombre a su imagen, a imagen de Dios lo creó, macho y hembra los creó"(44).

"Este es el porqué el hombre deja a su padre y a su madre y se une a su mujer, y son dos una sola carne" (45).

"(...) más para evitar la fornicación, tenga cada uno su mujer, y cada mujer su marido. El marido de el débito a la mujer y lo mismo la mujer al marido. La mujer no es dueña de su cuerpo, sino el marido, igualmente el marido no es dueño de su cuerpo, sino la mujer" (46).

+ La indisolubilidad. Esta característica expresa la perpetuidad del vínculo y excluye la posibilidad de divorcio, ya que el vínculo no puede disolverse sino por la muerte de uno de los cónyuges.

El fundamento más fuerte se encuentra en la Revelación (Mt. 19,3-9) profundizada por Sn. Pablo en relación con el misterio de la Iglesia y de su unión con Cristo (1Cor. 7; 10, 11).

A través de la historia la doctrina pontificia ha apoyado estos principios, así tenemos que Benedicto XIV en su encíclica *Matrimonii* considera al matrimonio como un

44 Génesis 1,27.

45 Génesis 2,24.

46 1Cor 7,2-4.

vínculo perpetuo e indisoluble que está bajo la ley natural y divina.

León XIII en la encíclica *Arcanum Divinae Sapientiae* encuentra en el Génesis el origen del matrimonio y considera que sus propiedades esenciales, desde un principio, fueron la unidad y la indisolubilidad.

Debe quedar claro que tanto la unidad como la indisolubilidad se fundan en el derecho natural, y no se funda en exigencias morales de la Iglesia Católica a pesar de que ésta rechace el divorcio tanto por razones naturales como por razones teológicas, tomadas estas últimas del Evangelio, de la tradición y del magisterio invariable de sus pontífices (47).

47 Cfr. Ugarte Godoy, José Joaquín. Op. cit., página 758.

III.- ELEMENTOS DE EXISTENCIA.

A.- Derecho Civil.

Para determinar los requisitos necesarios con los que el matrimonio pueda constituirse es propio atender a la doctrina general relativa al acto jurídico. En virtud de lo anterior, el matrimonio está compuesto por elementos de existencia para que surja a la vida jurídica, y por requisitos de validez para que sus efectos sean plenos.

Respecto a los primeros se puede decir que son: consentimiento, objeto, y solemnidad.

1) Consentimiento. El matrimonio, por ser un acto jurídico bilateral, requiere del consentimiento expreso de ambos cónyuges. Sara Montero Duhalt en su libro ya citado menciona que esta voluntad se manifiesta en dos momentos. El primero es en la solicitud de matrimonio que se presenta ante el juez del Registro Civil; el segundo, mediante la respuesta afirmativa a la interrogante formulada por el juez del Registro Civil de que sí es su voluntad unirse en matrimonio. En este segundo momento, se configura realmente el consentimiento, y es necesario, por tanto, que se ratifique frente a dicho funcionario la voluntad de contraer matrimonio expresada en la solicitud antes mencionada. Esta voluntad debe manifestarse en forma expresa y verbal, por comparecencia personal de los consortes o por apoderado especial.

La manifestación de la voluntad de unirse en matrimonio debe constar en el acta de matrimonio que levantará el juez, así como la declaración de éste en el sentido de considerarlos unidos en matrimonio (Art. 103 del C.C. para el D.F.).

2) Objeto. En todo acto jurídico es requisito indispensable un objeto que sea física y jurídicamente posible, por lo que para la constitución del matrimonio es necesario un objeto con dichas características. Este objeto consiste en establecer una comunidad de vida total y permanente entre dos personas de distinto sexo. La comunidad de vida, total y permanente implica la contribución de cada uno a los fines del matrimonio y el socorro mutuo. Asimismo, cuando existan hijos, originará consecuencias con relación a los mismos. La ley parte del supuesto de que el matrimonio es la unión de un hombre y una mujer en la que se crean derechos y obligaciones, y por tanto es evidente que se hace imposible la realización de un matrimonio en el que haya identidad de sexo entre los consortes.

Por otra parte, la ley, equipara la falta de objeto al objeto física o jurídicamente imposible. Por tanto en el matrimonio la identidad de sexo entre los consortes configura un objeto imposible y produce la inexistencia de dicho matrimonio.

A diferencia de los contratos de carácter patrimonial, el objeto del matrimonio está determinado en la ley por considerar que la comunidad de vida se forma con fundamento

en la perpetuación de la especie y la ayuda mutua que se deben los cónyuges. La comunidad se encuentra implícita en la naturaleza misma del matrimonio y por ende cualquier condición contraria se tiene por no puesta (Art. 147 del C.C. para el D.F.).

3) Solemnidad. El matrimonio es un acto jurídico solemne, pues requiere, para su existencia del "(...) reconocimiento que debe hacer la norma a la manifestación de voluntad, pues en el supuesto de que el derecho no amparase tal declaración no habría propiamente acto jurídico" (48).

En primer lugar, cabe distinguir las solemnidades de las formalidades. Las primeras producen la inexistencia del acto jurídico, las segundas su nulidad.

En ninguno de los contratos patrimoniales se requiere de solemnidades, sino únicamente de formalidades. Por lo tanto, si no se observan las formalidades dichos actos serán existentes pero afectados de nulidad.

En cuanto al matrimonio, no se hace distinción expresa entre formalidades y solemnidades, y estas se señalan en los artículos 102 y 103 del C.C. para el D.F..

Utilizando el criterio de que la falta de solemnidades produce la inexistencia del acto, Rafael Rogina Villegas distingue las siguientes:

a) Que se otorgue el acta matrimonial.

- b) Que se haga constar en ella tanto la voluntad de los consortes como la declaración del Registro Civil, considerándolos unidos en nombre de la ley y la sociedad.
- c) Que se determinen los nombres y los apellidos de los contrayentes (49).

El tratadista citado, considera que el otorgamiento del acta matrimonial es, en sí misma, una solemnidad; ya que si falta ésta no puede existir el matrimonio. Dentro de éste requisito se incluye la firma del acta por parte de los contrayentes, o en su defecto la huella digital si no saben firmar, y la del juez del registro civil. Estas rúbricas son el medio de prueba del consentimiento expresado por los cónyuges. Lo mismo se puede decir de la declaración de los consortes y del juez, que debe constar en el acta, ya que sin éstas el matrimonio es inexistente.

En cuanto a la definición de los nombres y apellidos de los contrayentes es evidente que si no se especifican, no se pueden determinar las personas a quienes afecta este acto jurídico.

Las formalidades son todas aquellas que se mencionan en los artículos 97,98,100-103, del Código Civil para el Distrito Federal, y que no son ninguna de las anteriormente mencionadas. En el siguiente capítulo las trataremos con mayor detenimiento por ser requisitos de validez y no elementos de existencia.

49 Ibid. Página 303.

B.- Derecho Canónico.

Siendo el matrimonio un contrato sui generis son necesarios para su constitución determinados requisitos esenciales.

Estos requisitos han sido agrupados, por la doctrina, en tres categorías: consentimiento matrimonial, ausencia de impedimentos y forma prescrita.

En cuanto al objeto, que es un elemento de existencia en el derecho civil, en el derecho canónico se encuentra implícito en el consentimiento, ya que de faltar se anula o se invalida el matrimonio.

1) Consentimiento. Para la realización del matrimonio in fieri, es necesario que haya concordancia entre las voluntades de los contrayentes. El matrimonio in facto esse, o sea el vínculo o sociedad conyugal, es un efecto que sólo puede producirse a partir del matrimonio in fieri. Por tanto, para que se produzca éste vínculo es necesario el consentimiento de las partes como lo señala el cánón 1057, resaltando que no puede ser suplido por ningún poder humano. Este consentimiento debe ser manifestado por personas jurídicamente hábiles, es decir, todos aquellos que tienen una capacidad mental para entender y querer, y que la ley no les prohíbe contraer matrimonio (cánón 1058).

Los casos en los cuales falta este consenso de voluntades se pueden agrupar de la siguiente manera:

a) Casos en los que falta la capacidad natural de entender y querer: Son causas patológicas permanentes y transitorias

que alteran esa capacidad natural del entendimiento y la voluntad. Son incapaces para contraer matrimonio todos aquellos privados de la razón por enfermedad mental (demencia, locura, paranoia, imbecilidad) o por estados patológicos (histerismo, alcoholismo, morfinomanía) o por causas transitorias (delirio, embriaguez).

Para contraer matrimonio es necesario que los contrayentes sean capaces ex parte voluntaris y ex parte intellectus, o sea una mínima capacidad de discernimiento respecto a los derechos y deberes esenciales del matrimonio y que los contrayentes no ignoren.

b) Casos en los cuales la manifestación de la voluntad, aún dirigiéndose a la consecución del matrimonio, no concuerda con la voluntad real. Esta falta de concordancia entre la voluntad y su manifestación puede ser: involuntariamente, cuando existe un error en la manifestación de la voluntad; y voluntariamente, cuando con un acto positivo de la voluntad se excluye alguna propiedad esencial, o el mismo objeto formal del matrimonio.

Hay otras posibilidades, como por ejemplo, que la voluntad no se haya expresado seriamente; que exista reserva mental, lo que significa aparentar querer un matrimonio no querido; y que exista simulación en sentido estricto. En el caso del matrimonio existe simulación cuando exteriormente se acepta el matrimonio, y la voluntad lo rechaza en su totalidad o rechaza el objeto formal del contrato. Es necesario que haya conciencia de que se está simulando y que

exista un acto positivo de la voluntad por el que se excluye algo que atañe a la naturaleza, fin o propiedades esenciales del matrimonio.

c) Vicios del consentimiento. Aquí cabe distinguir entre error de hecho y error de derecho. El primero se debe a la falsa concepción de las propiedades del matrimonio y no invalida el matrimonio (50) ya que el error es un defecto de conocimiento técnico-jurídico y es diferente a la ignorancia de la esencia del matrimonio.

El error de hecho puede recaer en la persona o las cualidades de la misma.

En el primer caso el matrimonio es inválido, en el segundo no se dirime el matrimonio a no ser que se pretenda esa cualidad directa y principalmente como señala el cánón 1097 2. Esta cualidad debe ser identificadora de la persona, o sea que debe ser el medio por el cual se llega a la identificación particular de la persona.

Hay un cánón nuevo que establece que "quien contrae el matrimonio engañado por dolo provocado para obtener su consentimiento, acerca de una cualidad del otro contrayente, que por su naturaleza puede perturbar gravemente el consorcio de vida conyugal, contrae inválidamente"(c. 1098). En su artículo sobre El nuevo código de derecho canónico, Medina Estevez señala:

"Este cánón está llamado a resolver casos muy dolorosos y será la jurisprudencia de los tribunales de la
50 Cánón 1099.

Iglesia la que precise su aplicación. Es la primera vez que el derecho canónico admite la figura del dolo como causal de nulidad del matrimonio." (51)

d) Violencia. Existen dos tipos de violencia: la física, que es material, y en esta no hay un vicio del consentimiento, sino una falta total del querer; y la moral, que es una coacción exterior producida por la amenaza de daño con el fin de inducirle a querer y obrar en contra de su voluntad.

Violencia y temor son dos términos correlativos, el primero se refiere al agente, y el segundo al que lo sufre.

El temor producido debe ser grave. Esto es, no produce invalidez una amenaza leve -ejemplo, temor reverencial- sino una amenaza que importe la pérdida de la vida, del honor, patrimonio, libertad, etc... También debe ser ab extrínseco, es decir, debe provenir de un agente externo y no de preocupaciones íntimas; debe ser injusto, es decir, en contradicción al derecho. Y debe ir dirigido a obtener el consentimiento matrimonial para que la persona no pueda, de ninguna otra forma, liberarse de esa amenaza.

e) Consentimiento condicionado. En el cánón 1102 1, se prohíben los matrimonios contraídos bajo condición de futuro. El matrimonio contraído bajo condición de pasado o presente, es válido según se verifique o no la condición. Las condiciones pueden ser propiamente dichas: todas aquellas que miran a un futuro incierto, y que como ya se

51 Medina Estevez, Jorge. REVISTA CHILENA DE DERECHO Vol. 11 No.1 enero-abril, 1984. Página 29.

mencionó están prohibidas en la actual legislación, y las condiciones impropias, que son las que se encuentran en relación a hechos pasados o presentes inciertos.

2) Ausencia de impedimentos. Etimológicamente la palabra impedimento significa obstáculo que se interpone entre dos cosas. Los impedimentos en materia matrimonial son "(...) aquellas circunstancias que por ley (divina o humana) obstaculizan que se pueda contraer válida o lícitamente el vínculo matrimonial" (52).

El impedimento se configura por dos elementos: la circunstancia o hecho concreto, natural o jurídico que es la base del impedimento, y la ley que establece formalmente el impedimento.

Como los impedimentos se basan en estos dos elementos, estos pueden cesar de dos formas: por relajación o dispensa de la ley constitutiva de los mismos, o por cesación de la circunstancia o causa de los mismos.

La facultad de dispensar los impedimentos matrimoniales se desarrolló lentamente. Hasta el siglo XI se concedían dispensas para revalidar matrimonios ya contraídos. Durante la Edad Media proliferó la costumbre de dispensar impedimentos para contraer matrimonio, por tanto, en el Concilio de Trento tuvo que advertirse que no se concedieran dispensas matrimoniales o muy rara vez. Poco a poco, fueron concediéndose más y más facultades a los Ordinarios hasta llegar a la actual legislación.

52 Del Giudice. Op. cit., página 210.

Los impedimentos cuya dispensa se reserva a la Sede Apostólica son:

- a) El impedimento que proviene de haber recibido las órdenes sagradas o del voto público de castidad en un instituto religioso de derecho pontificio.
- b) Impedimento de crimen.
- c) Nunca se concede dispensa de impedimento de consanguinidad en línea recta o en segundo grado en línea colateral (53).

Exceptuando los anteriores impedimentos, el Ordinario del lugar puede dispensar todos los impedimentos de derecho eclesiástico a sus súbditos; sobre todo en caso de peligro de muerte. Esta facultad puede delegarse en el párroco, el ministro sagrado y el sacerdote o diácono que asisten al matrimonio, si no es posible acudir al Ordinario.

Los Ordinarios pueden prohibir el matrimonio de sus fieles, siempre y cuando: sea temporalmente, por causa grave y sólo mientras ese dure.

De lo anterior se deriva que el Pontífice únicamente puede dispensar los impedimentos de derecho eclesiástico, y nunca los de derecho natural. Estas dispensas las realiza el Pontífice por medio de los organismos de la Curia Romana. Es potestad del Romano Pontífice declarar cuándo se prohíbe o dirime el matrimonio por el derecho divino. Esta facultad del Papa se deriva de su infalibilidad para interpretar el

derecho divino. Igualmente, es potestativo establecer otros impedimentos entre bautizados.

Queda, por tanto, prohibida cualquier costumbre que introduzca nuevos impedimentos o que sea contraria a los que ya existen.

En conclusión, los impedimentos que señala el Código de 1983 son:

a) Edad - Aetas cánon 1083. La edad mínima para contraer matrimonio es de diez y seis en el hombre, y catorce en la mujer. Se considera que antes de dicha edad no se tiene la suficiente madurez para lograr y entender los fines del matrimonio. La Iglesia recomienda evitar los matrimonios precoces, sin embargo, no se señala un límite de edad máxima debido a que no se puede determinar exactamente a qué edad se produce la impotencia, y además, porque el fin del matrimonio no es solamente la procreación, sino también la ayuda mutua y el bien de lo cónyuges.

Este impedimento es de derecho eclesiástico, y por tanto dispensable, o bien puede cesar por el transcurso del tiempo.

b) Impotencia -cánon 1084. Consiste en la incapacidad para realizar la cópula matrimonial, tanto por parte del hombre como de la mujer, en forma absoluta o relativa.

La impotencia puede ser temporal y perpetua, según que sea o no curable por medios naturales y sin que importe un peligro grave a la vida o a la salud. La impotencia a la que

se refiere éste impedimento es la que no es curable por medios naturales y lícitos, ya sea absoluta o relativa.

La impotencia también puede ser orgánica -que se deriva de una anomalía física- y funcional -cuando existiendo una aparente normalidad en los órganos, falta algún elemento de la cópula.

Puede ser absoluta -en relación a todas las personas-, o relativa -en relación a una persona.

En la actual legislación, se aclara que la impotencia debe ser para realizar el acto conyugal, sin perjuicio que haya o no posibilidad de generación. Lo anterior se reafirma en el cánón 1084 3, cuando menciona que la esterilidad no prohíbe ni dirime el matrimonio.

Este impedimento es de derecho natural, por lo que obliga a los no bautizados, y no es dispensable. Si existe duda respecto a la existencia de dicho impedimento, no debe prohibirse la realización del matrimonio.

c) Ligamen - impedimentum ligaminis cánón 1085. Por medio de este impedimento se prohíbe a toda persona contraer matrimonio, si subsiste un vínculo anterior.

Este impedimento se deriva de las propiedades esenciales del matrimonio (unidad e indisolubilidad). Los requisitos para que surja son:

* Que exista un matrimonio válido, aunque sea sólo rato, y no consumado.

* Que el matrimonio no haya sido disuelto legítimamente, para lo cual deben tenerse las siguientes reglas:

-El matrimonio válido, rato y consumado, se disuelve únicamente por la muerte de uno de los cónyuges.

-El matrimonio válido, rato y no consumado entre dos bautizados, o un bautizado y otro no, se disuelve por profesión solemne de uno de los cónyuges, o por dispensa de la Santa Sede.

-El matrimonio aún consumado de dos no bautizados, uno de los cuales se convierte al cristianismo, y contrae matrimonio con una persona católica, se disuelve por el Privilegio Paulino (54).

En el caso de que el matrimonio anterior sea nulo, esto debe constar legítimamente.

En la legislación canónica no se reconoce la desaparición o ausencia, ni la declaración de muerte por regla general; aunque en algunos casos pueda darse, dando pruebas que den una certeza moral de la muerte. Si la persona a la cual la presunción de muerte afectaba regresa, el segundo matrimonio será nulo y el primero revive.

El impedimento de ligamen es producto de las propiedades esenciales de matrimonio, como ya se señalaba, por tanto es un impedimento de derecho natural, divino y positivo; no dispensable.

54 «CASTI CONNUBII» Pío XI. "El privilegio paulino disuelve el matrimonio celebrado en la infidelidad cuando uno de los cónyuges recibe el bautismo y el otro se niega a la conversión". 1 Corintios. 7,12.

d) Disparidad de cultos -disparitas cultus canon 1086. Este impedimento surge cuando pretenden contraer matrimonio un bautizado y un infiel (no bautizado).

Cuando hay duda sobre el bautismo de alguno de los dos contrayentes, se debe tener por válido hasta que se pruebe lo contrario.

Es un impedimento de derecho eclesiástico y por tanto es dispensable. La dispensa sólo se dará si la parte católica declara que está dispuesta a evitar cualquier peligro de apartarse de la fe y que hará lo posible para que la prole se bautice y se eduque en la Iglesia Católica; que informe al otro cónyuge de las promesas que debe hacer; y que ambas partes sean instruidas sobre los fines y propiedades esenciales del matrimonio, que no pueden ser excluidas por ninguno de los dos.

e) Ordenes Sagradas - Ordo canon 1087. Este impedimento se impone a quienes han recibido órdenes sagradas o mayores (subdiaconado, diaconado, presbiterado, y episcopado) por la obligación que tienen del celibato los "(...) clericí in maioribus orinibus constituti" (55).

En cambio las órdenes menores no constituyen este impedimento.

No es impedimento dispensable ya que surge del derecho divino. A pesar de esto, la Santa Sede tiene un criterio contrario a la dispensa, al menos, después de la recepción del presbiterado.

f) Voto público de castidad -cánon 1088. El voto es la promesa deliberada y libre hecha a Dios a cerca de un bien posible y mejor. El voto es público si lo recibe el superior legítimo en nombre de la Iglesia, en el caso contrario se considera privado. El primero es el que configura el impedimento, el segundo, o sea, el voto privado, constituye un impedimento cuando se formula en congregaciones religiosas.

Siendo de derecho humano el impedimento de voto público, puede ser dispensado por la Santa Sede, pero sólo "in sensu diviso", es decir, separando al religioso de sus votos, y no "in sensu composito", es decir, permitiendo permanecer al profeso como tal, y por otro lado que contraiga matrimonio.

g) Rapto - raptus cánon 1089. El rapto como impedimento matrimonial es la retención de la mujer con el fin de contraer matrimonio. Esta retención puede ser mediante el uso de la violencia física o psíquica (56).

El impedimento cesa cuando la mujer separada del raptor da su libre consentimiento. El rapto es un impedimento dispensable cuando conste la libre voluntad de la raptada (57).

h) Crimen -cánon 1090. Atenta contra el matrimonio la persona que causa la muerte de su cónyuge o del cónyuge de la persona con quien pretende contraer matrimonio.

56 Ibid. Página 380.

57 Del Giudice, Vincenzo. Op. cit., página 225.

Igualmente sucede con quien o quienes cooperan o causan la muerte del cónyuge.

Para que se verifique el impedimento es necesario que la muerte sea provocada y causada por uno de los que pretenden contraer matrimonio. En segundo lugar, debe haber una voluntad de cometer el conyugicidio.

Es un impedimento de derecho eclesiástico, y por tanto es dispensable aunque muy difícilmente.

i) Consanguinidad -consanguinitas cánon 1091. Este impedimento surge entre todos los parientes en línea recta, así como en línea colateral hasta el cuarto grado.

Este impedimento es de derecho natural, en línea recta, y por tanto nunca se concede dispensa. En el caso de la línea colateral la Iglesia no dispensa hasta el segundo grado, los otros dos grados -tercero y cuarto- pueden ser dispensados sobre la base de una justa causa.

Para establecer los demás grados -tercero y cuarto- como impedimento, la Iglesia ha tomado en cuenta que se busque dilatar los vínculos de la caridad fuera de la órbita de la familia; vela por la santidad de las costumbres, cerrando la puerta a los excesos carnales entre los que han de vivir bajo un mismo techo; y promueve el bien de los hijos, ya que es frecuente que la prole de parientes próximos tenga problemas de enfermedades mentales.

j) Afinidad - affinitas cánon 1092. El impedimento de afinidad se origina en el vínculo que une a uno de los cónyuges con los parientes del otro.

Esta afinidad sólo existe entre el cónyuge y los parientes del otro, y no entre los consanguíneos de una parte y los de la otra.

Es un impedimento de derecho humano, y por regla general no se concede la dispensa en línea recta en primer grado.

k) Pública honestidad -publica honestas cánon 1093. Este impedimento va muy relacionado con el anterior, ya que impide el matrimonio del hombre y los parientes consanguíneos de la mujer con quien se hubiere contraído matrimonio inválido o si hubiere vivido en concubinato público y notorio, lo mismo puede decirse de la mujer.

l) Parentesco legal -cognatio legalis cánon 1094. Es el vínculo de parentesco originado por la adopción, en línea recta en cualquier grado y hasta el segundo grado en línea colateral.

La adopción es regulada por la ley civil de cada estado, por tanto algunos autores (58) aseguran que la dispensa se otorga y se ha recibido la dispensa civil.

En la actualidad se trata en un capítulo aparte del Código el impedimento de mixta religio -cánones 1124-1129.

Según la legislación canónica existe esta prohibición de contraer matrimonio, entre dos personas bautizadas, de las cuales una es católica y la otra pertenece a otra iglesia o comunidad que no se encuentre en plena comunión con la Iglesia Católica.

58 Ibid. Página 227.

La dispensa de este impedimento compete a la Sagrada Congregación del Santo Oficio, pero se delegan generalmente al Ordinario, siempre y cuando se llenen los siguientes requisitos: causa justa y razonable, que la parte católica declare que está dispuesta a evitar cualquier peligro de apartarse de la fe y que hará lo posible para que la prole se bautice y eduque en la fe, que se informe al otro contrayente de las promesas de la parte católica, y que ambas partes sean instruidas en los fines y propiedades esenciales del matrimonio.

En cuanto a la forma que debe seguirse en la celebración del matrimonio mismo, se siguen las prescripciones que se utilizan para el matrimonio entre dos católicos; pero si se trata de una persona que sigue el rito oriental, se requiere la intervención de un ministro sagrado.

Está prohibido que se realice otra celebración religiosa donde se tenga que renovar el consentimiento matrimonial.

3) Forma prescrita. El matrimonio es un negocio formal, ya que para asegurarse de la manifestación recíproca de las voluntades ha sido establecida una forma determinada para la manifestación de éstas

Desde el Concilio de Trento, se estableció una forma determinada para prestar el consentimiento matrimonial (decreto Tamtsi), pero esta forma únicamente entró en vigor en los lugares en donde se publicó.

El decreto Ne Temere universalizó obligatoriamente dicha forma.

Actualmente se consideran válidos los matrimonios que se contraen ante el Ordinario del lugar o el párroco, o un sacerdote o diácono delegado por uno de ellos y ante dos testigos.

Están obligados a seguir esta forma todos los bautizados bajo pena de nulidad en caso de no seguirla.

Respecto a la competencia del Ordinario o del párroco para asistir al matrimonio se requiere:

- * No estar bajo sentencia o decreto de excomunión, entredicho, o suspendido de su oficio;
- * Que se encuentre en su territorio;
- * Que no haya sido obligado a asistir a la celebración mediante violencia o miedo grave;
- * Que por lo menos uno de los contrayentes tenga su domicilio dentro de su jurisdicción.

El Ordinario y el párroco competentes pueden delegar a sacerdotes y diáconos su oficio. Para que sea válida ésta delegación se requiere: que sea dentro de los límites de su territorio, expresamente a personas determinadas, y si se trata de delegación especial debe darse a un matrimonio concreto. Si se trata de una delegación general debe ser por escrito.

Donde no haya sacerdotes ni diáconos, el Obispo diocesano, previo voto de la Conferencia Episcopal y obteniendo licencia de la Santa Sede puede delegar a laicos para que asistan al matrimonio. Este laico debe ser capaz de instruir a los contrayentes y apto para celebrar la liturgia

matrimonial. En los casos de delegación especial debe comprobarse el estado de libertad de los contrayentes.

Pueden realizarse matrimonios en presencia de dos testigos únicamente si concurren las siguientes circunstancias:

+ Si no hay quien sea competente para asistir al matrimonio o no se puede acudir a él sin grave dificultad y además, hay peligro de muerte;

+ Fuera de peligro de muerte, si ésta situación va a prolongarse más de un mes;

+ En ambos casos, si hay un sacerdote o diácono que pueda estar presente, debe llamársele.

Es evidente que los ministros del sacramento son los mismos contrayentes, ya que sus voluntades van encaminadas a dar existencia al contrato y al mismo tiempo al sacramento. Por el contrario el sacerdote competente, no es ministro ni ordinario ni extraordinario del sacramento, sino que asiste como testigo público para recoger en nombre de la Iglesia el consentimiento de los contrayentes e invocar la gracia sobre ellos (59).

En cuanto al lugar de la celebración, si ambos cónyuges son católicos o una de las partes es bautizada no católica, debe realizarse en la Iglesia parroquial de alguno de los contrayentes -donde tienen su domicilio, quasi domicilio o donde han residido durante un mes-, con licencia del ordinario se puede realizar en otra iglesia u oratorio.

59 Cfr. Ibid. Página 185.

Si el matrimonio es de una parte católica y otra no bautizada podrá celebrarse en una iglesia o en otro lugar conveniente.

Fuera del caso de necesidad el rito que debe seguirse es el prescrito en los libros litúrgicos aprobados por la Iglesia o por medio de las celebraciones consagradas a través de costumbres legítimas. El sacerdote deberá preguntar en la forma ritual (60), primero al esposo y después a la esposa si quieren tomarse como legítimos mujer y marido, la respuesta debe darse, por regla general, de viva voz y sólo excepcionalmente por signos equivalentes. Una vez recibido el consentimiento el sacerdote bendice y pronuncia otra fórmula ritual (61) que puede ser sustituida por otra equivalente, donde los une en matrimonio.

Después de la celebración el párroco o quien hace sus veces debe anotar en el registro matrimonial: los nombres de los cónyuges, el nombre del asistente y de los dos testigos, y el lugar y el día de la celebración.

En el caso de los matrimonios en que hay una delegación de funciones del Ordinario o del párroco, quien haya asistido debe comunicarle a éstos que se ha realizado el matrimonio.

También debe anotarse el matrimonio en los registros de bautizo en los que están inscritos los contrayentes. Si uno

60 Ibid. Página 412.

61 Fernando Della Rocca. Op. cit., página 413. "(...) ego coniugo vos in matrimonium in nomine Patris et Filii et Spiritus Sancti, Amen".

de los contrayentes fue bautizado en otra parroquia el párroco del lugar debe enviar la notificación del matrimonio celebrado al lugar donde se administró el bautismo.

IV.- REQUISITOS DE VALIDEZ.

Como ya se ha mencionado en el capítulo anterior los elementos de existencia son indispensables para que el acto jurídico se constituya, pero para que dicho acto tenga efectos plenos y no se vea afectado de nulidad es necesario que se cumplan ciertos requisitos de validez. Los artículos 97 a 101 del Código Civil para el D.F., regulan las formalidades anteriores al matrimonio y los artículos 102 y 103 mencionan las formalidades del matrimonio mismo, en el momento de su celebración.

En cuanto a las formalidades anteriores a la realización del matrimonio se señala que los contrayentes deberán presentar un escrito ante el juez del Registro Civil en el que se exprese:

- * Los nombres, edad, ocupación y domicilio, tanto de los pretendientes como de sus padres; si han sido casados, las causas de la disolución y la fecha de ésta;

- * Que no tienen impedimento legal para casarse;

- * Que es su voluntad unirse en matrimonio.

Este escrito deberá ser firmado por los contrayentes y acompañar a dicha solicitud:

- + Acta de nacimiento de los pretendientes;

- + La constancia de que conceden el consentimiento las personas que deben darlo;

- + La declaración de dos testigos en que conste que no hay impedimento legal para casarse;

+ Un certificado médico en que conste que los contrayentes no padecen ninguna enfermedad crónica e incurable y que además sea contagiosa o hereditaria.

+ Copia del acta de defunción del cónyuge fallecido si alguno de los contrayentes es viudo, o la sentencia de divorcio o anulación en caso de que algunos de los consortes hubiere sido casado anteriormente.

+ Copia de las dispensas de impedimentos, si los hubo.

+ Convenio del régimen matrimonial.

Una vez presentada esta solicitud, y si está llena con todos los requisitos señalados, el juez del registro civil hará que los contrayentes y todas aquellas personas que deban dar su consentimiento, reconozcan sus firmas; así como la ratificación bajo protesta de decir verdad, de la declaración de los testigos.

Una vez cumplidos todos los requisitos previos a la celebración, el juez fijará, dentro de los ocho días siguientes el lugar, día y hora de la celebración. En caso de que el juez retardara sin causa justa el matrimonio, incurre en una falta que se sanciona de acuerdo al artículo 112 del C.C. para el D.F.: "El juez del Registro Civil, que sin motivo justificado, retarde la celebración de un matrimonio, será sancionado la primera vez con multa, (...) en caso de reincidencia con destitución de su cargo".

Los requisitos de validez en la celebración del matrimonio son como en todos los actos jurídicos: capacidad

de las partes, ausencia de vicios de la voluntad, licitud en el objeto y las formalidades.

Rafael Rojina Villegas dice que algunas de las formalidades que señala el artículo 103 del C.C. para el D.F., no son necesarias para la validez del matrimonio, pues podrían omitirse algunos datos por su importancia secundaria, que no afectarían la validez del matrimonio, como "(...) por ejemplo, el no mencionar la ocupación de los contrayentes, de sus padres o abuelos, así como omitir el estado, ocupación y domicilio de los testigos, y su declaración sobre si son o no parientes de los contrayentes y en qué grado" (62).

A.- Capacidad de las partes. Aquí cabe hacer una distinción entre capacidad de goce, que es un elemento esencial, y la capacidad de ejercicio, que es un requisito de validez. La primera se adquiere al llegar a la edad núbil, es decir, debe alcanzarse el desarrollo físico pleno. Esta madurez varía de persona a persona, en ella intervienen diferentes factores, como pueden ser el medio geográfico, la alimentación, la genética, etcétera. Nuestro Código Civil señala una edad mínima, de catorce años en la mujer y diez y seis en el hombre, para poder contraer matrimonio. Este límite puede ser dispensado por una causa justa como podría ser el embarazo de la mujer.

Los límites en la edad para contraer matrimonio varían en las distintas legislaciones ya que en algunas no sólo se
62 Rojina Villegas, Rafael. Op. cit., página 305.

toma en cuenta la madurez física, sino también la madurez emocional y mental del individuo. Esto, a mi parecer, es bastante conveniente ya que el matrimonio no sólo implica una capacidad para la procreación, también implica asumir ciertas responsabilidades en la realización de los fines del matrimonio y sobre todo responsabilidades en la formación de una familia.

México ratificó el 19 de abril de 1983 un convenio de Naciones Unidas - del 10 de dic. de 1962 -, que exige a los países firmantes que en sus leyes se establezca la libertad de los contrayentes para manifestar su voluntad de unirse en matrimonio y la prohibición del matrimonio entre niños (63).

Existen en nuestra legislación dos excepciones a esta limitación en cuanto a la edad. No habrá nulidad cuando haya habido hijos o cuando no habiéndolos el menor hubiere llegado a los 18 años sin que ni él ni el otro cónyuge hubieran intentado la nulidad.

Cuando los contrayentes han llegado a la edad mínima para contraer matrimonio, pero no han cumplido los diez y ocho años, requieren de la autorización de los padres o de quien ejerza la patria potestad. En caso de contraer matrimonio sin dicha autorización, este será nulo. Los interesados podrán concurrir al Jefe del Departamento del Distrito Federal, o a los Delegados, en caso de que se les haya sido negado el consentimiento por parte de quienes deben darlo, o si ya lo habían dado y lo revocaron. Dichas

63 Cfr. Montero Duhalt, Sara. Op. cit., página 126.

autoridades deberán realizar un informe sobre el caso y posteriormente suplir o no el consentimiento.

El Juez de lo Familiar puede suplir el consentimiento de los padres, abuelos y tutores cuando éstos faltan. Pero si éste se niega deberán acudir al Tribunal Superior respectivo.

En cuanto a la capacidad de ejercicio, supone la de goce, es decir que ya se tiene la edad núbil, pero que además se han cumplido los 18 años y no padecen locura o alguna de las enfermedades que indican las fracciones 8va. y 9na., del artículo 156.

B.- Ausencia de vicios en el consentimiento. Para los contratos en general, los vicios del consentimiento son: error, violencia, dolo y mala fe -artículo 1812. En el matrimonio, únicamente podemos hablar como vicios del consentimiento del error acerca de la persona con quien se contrae y el miedo o violencia graves.

1) Error. Como ya se había mencionado anteriormente, el error de identidad es causa de nulidad. Este tipo de error consiste en contraer matrimonio con persona distinta de aquella con la que se deseaba unir. Este tipo de error se da por lo general en matrimonios realizados a través de un apoderado.

No puede alegarse error cuando la pareja no tiene ciertas características o cualidades que se creía tenía, como por ejemplo la riqueza u otras virtudes. Por esta misma razón el dolo o la mala fe no se consideran vicios del consentimiento en el matrimonio.

La acción de nulidad que nace del error sólo puede intentarla el cónyuge engañado, pero si este no denuncia esta irregularidad una vez que la advierte, se tiene como ratificado el consentimiento y el matrimonio subsiste.

2) Violencia o miedo graves. El concepto de violencia que menciona el artículo 1819 y que se aplica a todos los actos jurídicos en general, en el matrimonio se ve limitado por el artículo 245 que señala las características y circunstancias que deben ocurrir.

El miedo y la violencia deben importar peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes, además debe ejercerse sobre los cónyuges o las personas que le tienen bajo su tutela o patria potestad al momento de celebrar el matrimonio. Además este miedo o violencia debe subsistir al momento de celebrar el matrimonio.

En el matrimonio se aplica una forma particular de violencia, se llama raptó. En este caso el impedimento que se configura entre el raptor y la raptada subsiste mientras esta no sea restituida al lugar seguro donde libremente pueda manifestar su voluntad.

Esta acción de nulidad la podrá deducir únicamente el cónyuge agraviado desde la fecha en que cesó la violencia y hasta sesenta días después.

La lesión no es causa de nulidad en el matrimonio ya que se aplica únicamente a contratos de carácter patrimonial, porque en el mismo artículo 17 se señala expresamente que

una de las partes debe tener un lucro excesivo y evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga. En el matrimonio, los derechos y deberes están regulados bajo el principio de igualdad entre las partes, y por tanto es imposible un pacto leonino, en el que todas las cargas del matrimonio recaigan sobre uno de los contrayentes.

C.- Licitud en el objeto. De acuerdo a lo que se ha venido señalando con anterioridad, en el matrimonio se aplican las disposiciones generales de los actos jurídicos, por tanto el objeto de dicho acto debe ser lícito. Rafael Rojina Villegas señala que el matrimonio es nulo cuando el acto es, en sí mismo, ilícito en los siguientes casos:

* Adulterio habido entre las personas que pretendan contraer matrimonio.

* Atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre.

* Rapto, cuando la mujer no sea restituida al lugar seguro donde libremente pueda manifestar su voluntad.

* Bigamia.

* Incesto (64).

Como regulación especial en el matrimonio, se tiene por no puesta cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges. Igualmente se considera nulo cualquier pacto que hicieran los cónyuges contra las leyes y fines naturales del

64 Cfr. Rafael Rojina Villegas. Op. cit., página 307 y 308.

matrimonio. En estos casos especiales, el acto jurídico no es nulo, sino que subsiste el matrimonio, pero son nulos dichos pactos o condiciones.

Con respecto al adulterio habido entre las personas que pretendan contraer matrimonio, deberá declararse judicialmente. En este caso si el primer matrimonio quedó disuelto por el divorcio, nulidad o muerte de uno de los cónyuges, y durante su vigencia alguno de ellos cometió adulterio y despues al disolverse el matrimonio, pretende contraerlo con la persona con quien realizó el delito, se considera que esto atenta a las buenas costumbres, no sancionando el adulterio, sino la inmoralidad que resulta del matrimonio de los adúlteros.

Esta acción debe intentarse por el cónyuge ofendido o por Ministerio Público, en caso de que el matrimonio haya sido disuelto por divorcio o si el cónyuge ofendido ha muerto. El término para intentar esta acción es de seis meses a partir de la celebración del matrimonio de los adúlteros.

En el atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre, se afectan no sólo las buenas costumbres sino los valores propios del ser humano, en este caso la vida. Para que se configure, Sara Montero Duhalt (65) señala que no es necesario que se prive de la vida al otro cónyuge, sino que únicamente este atentado sea la causa de extinción del matrimonio.

La acción puede ser ejercitada por los hijos del cónyuge víctima del atentado, o por el Ministerio Público, dentro del término de seis meses.

En el caso de rapto, el hombre es el sujeto activo y la mujer el sujeto pasivo. Subsiste el impedimento, mientras la raptada no sea restituida a un lugar seguro, donde manifieste libremente su voluntad de contraer matrimonio.

Es nulo en forma absoluta el matrimonio realizado entre dos personas de las cuales una ha sido casada y su matrimonio no ha sido extinguido por alguna de las causas que señala el Código Civil. Cuando ambos cónyuges ignoraban esta circunstancia, el matrimonio es nulo, pero surten efectos hasta el momento en que la sentencia que declare la nulidad cause ejecutoria.. En caso de que alguno de los dos actúe de mala fe, los efectos se retrotraen al momento del matrimonio y se considera que nunca estuvo casado. Además de que puede ser acusado de bigamia. La bigamia es la relación que existe entre una persona, que sabiéndose casada, se une a otra en matrimonio. Esto es evidentemente un ilícito que atenta contra las leyes del matrimonio.

En el caso de incesto, también se produce una nulidad absoluta. Se configura el incesto cuando se contrae matrimonio existiendo un parentesco que no admite dispensa, como es el de la línea recta y la colateral hasta el segundo grado -hermanos y medios hermanos-, así como el parentesco por afinidad en línea recta.

El matrimonio se considera ilícito pero no nulo, cuando se ha contraído matrimonio estando pendiente la decisión de un impedimento que sea susceptible de dispensa; cuando no se ha otorgado dicha dispensa; cuando la mujer contrae nuevo matrimonio antes de pasados 300 días después de la disolución anterior; o cuando el cónyuge culpable, que haya dado causa para el divorcio, se case antes de los dos años siguientes y cuando exista un divorcio voluntario y se case cualquiera de los dos antes de un año.

D) Formalidades. Además de las mencionadas formalidades anteriores al matrimonio, es necesario cumplir con ciertos requisitos de forma al momento de contraer matrimonio.

En el día y hora designados por el juez del Registro Civil para la celebración del matrimonio, los contrayentes o su apoderado deberán presentarse en el lugar indicado por éste mismo, acompañados de dos testigos cada uno, que acrediten su personalidad.

En caso de que se presentase el apoderado, su nombramiento debe ser otorgado en escritura pública o mandato extendido en escrito privado firmado por el otorgante y dos testigos y ratificar las firmas ante Notario Público, Juez de lo Familiar, Menor o de Paz. Además el mandato debe ser especial para el acto.

El juez leerá en voz alta la solicitud de matrimonio y los documentos que con ella se acompañan, así como las diligencias practicadas, interrogará a los testigos acerca de si los contrayentes son las mismas personas a que se

refiere la solicitud, y en caso afirmativo preguntará a cada uno de los pretendientes si es su voluntad unirse en matrimonio, si están conformes, los declarará unidos en nombre de la ley y la sociedad - artículo 102 del C.C para el D.F.

Acto seguido se levantará el acta de matrimonio en la cual se hará constar - artículo 103 del C.C. para el D.F.:

" I.- Los nombres, apellidos, edad, ocupación, domicilio y lugar de nacimiento de los contrayentes;

II.- Si son mayores o menores de edad;

III.- Los nombres, apellidos, ocupación y domicilio de los padres;

IV.- El consentimiento de éstos, de los abuelos o tutores, o de las autoridades que deban suplirlo;

V.- Que no hubo impedimento para el matrimonio o que éste se dispensó;

VI.- 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 de la sociedad;

VII.- La manifestación de los cónyuges de que contraen matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal o de separación de bienes;

VIII.- Los nombres, apellidos, estado civil, ocupación y domicilio de los testigos; su declaración sobre si son o no parientes de los contrayentes, y si lo son, en qué grado y en qué línea.

IX.- Que se cumplieron las formalidades exigidas por el artículo anterior.

El acta será firmada por el juez del Registro Civil, los contrayentes, los testigos, y las demás personas que hubieran intervenido si supieren o pudieren hacerlo.

En el acta se imprimirán las huellas digitales de los contrayentes."

De todas las formalidades correspondientes del matrimonio son solemnidades las exigidas en el segundo párrafo del artículo 102 del Código Civil, y las fracciones I,VI y párrafos finales del artículo 103 del mismo ordenamiento. Todos los demás requisitos anotados son simplemente formalidades.

V.- EFECTOS DEL MATRIMONIO.

A.- Derecho Civil.

En todos los actos jurídicos se producen consecuencias jurídicas, y el matrimonio no es la excepción.

Los derechos y deberes de la institución matrimonial son producto de la celebración de dicho acto jurídico y por tanto deben ser regulados por el derecho.

1) La igualdad de los cónyuges en el matrimonio. Desde el momento de la celebración del matrimonio se manifiesta dicha igualdad por el hecho de exigirse necesariamente un acuerdo de voluntades para que pueda realizarse el pacto patrimonial.

Esta igualdad no sólo se manifiesta en el plano económico o patrimonial, sino que abarca aspectos morales y de educación. En cuanto a lo económico, el marido y la mujer deben resolver de común acuerdo la forma en que han de administrar los bienes, y la manera en que cada uno contribuirá económicamente al sostenimiento del hogar.

Respecto a la formación y educación de los hijos igualmente deberán resolver esta situación de común acuerdo, y éste y ningún otro derecho pueden verse disminuidos por la aportación económica que se haga al sostenimiento del hogar.

Además de las normas anteriores en que se busca una igualdad en base a la armonía y comunión de voluntades, existen otras normas en que la igualdad se manifiesta como una independencia de la voluntad de uno de los cónyuges con

respecto a la voluntad del otro. Así tenemos que cada uno de ellos podrá desempeñar cualquier actividad a excepción de las que dañen la moral de la familia o la estructura de ésta.

En cuanto a la administración de los bienes de cada uno de ellos, cuando sean mayores de edad, tienen la capacidad de contratar, disponer de sus bienes y ejercitar las acciones u oponer las excepciones que a ellos correspondan sin necesidad de un consentimiento de la otra parte.

En el caso de los menores de edad, subsiste esta libertad, aunque se requiere de autorización judicial para enajenar, gravar o hipotecar dichos bienes y un tutor para negocios judiciales, como una forma de protección de su calidad de menor de edad.

Algunas de las limitaciones para esta capacidad para administrar libremente los bienes de los cónyuges son:

- a) Cuando los cónyuges deseen contratar entre ellos se requiere de autorización judicial, excepto cuando el contrato sea de mandato para pleitos y cobranzas y actos de administración - artículo 174.
- b) Igualmente se requiere de dicha autorización para que uno de los cónyuges sea fiador del otro o se obligue solidariamente con éste - artículo 175.

Sara Montero Duhalt opina que estas disposiciones deberían ser derogadas ya que limitan la capacidad de ejercicio de las partes sin ninguna razón aparente (66). En 66 Cfr. Montero Duhalt, Sara. Op. cit., páginas 146 y 147.

un principio se intentaba proteger a la mujer del abuso que pudiera haber por parte del marido lesionando el patrimonio de ésta. Pero al declarar la igualdad entre el varón y la mujer esta disposición debería desaparecer. Un argumento es que siendo mayores de edad, los cónyuges tienen plena capacidad de ejercicio y ésta no debe ser limitada por su estado civil.

En cuanto al segundo caso, la obtención de la autorización judicial, únicamente perjudica a los consortes por el tiempo que deben dedicar a dicho trámite.

2) Vida en común. Este derecho se basa en la obligación mutua de habitar bajo el mismo techo, ya que sólo a través de él puede existir la posibilidad física y espiritual de cumplir con los fines del matrimonio.

Rafael Rojina Villegas señala: "(...) podemos decir que constituye la relación jurídica fundante de la cual dependen un conjunto de relaciones jurídicas que podemos denominar fundadas o derivadas. La vida en común implica la relación jurídica fundante, porque si no se realiza, no podrán cumplirse las relaciones jurídicas fundadas" (67).

Los cónyuges tienen el derecho de elegir el domicilio conyugal en donde tendrán autoridad propia y consideraciones iguales. De esta obligación puede ser eximido alguno de los cónyuges si el otro pretende establecer su domicilio en un lugar insalubre e indecoroso; o en el extranjero, a menos que sea en servicio público o social.

67 Op. cit., páginas 327 y 328.

3) Derecho recíproco a la relación sexual. No sólo se trata de dar aquí una satisfacción a una función biológica, sino que existe una regulación jurídica, dado que cabe determinar en qué términos y condiciones deberá cumplirse con la obligación respectiva.

Este derecho-deber no se encuentra regulado explícitamente, pero se entiende implícito en el deber de los cónyuges de contribuir a los fines del matrimonio. Uno de los fines, aceptado como natural en el matrimonio, es la entrega que realizan los cónyuges en la relación sexual. Esta entrega es independiente del deseo o no de procrear.

Desde el punto de vista jurídico el deber de la relación sexual se encuentra sancionado, pues la negativa injustificada y sistemática de cumplir dicha obligación, implica una injuria y configura una causal de divorcio.

En virtud de la igualdad de los cónyuges en el matrimonio y el deber de cooperar a la realización de los fines de éste, son ellos quienes de mutuo acuerdo deben decidir el número y espaciamiento de sus hijos.

Cuando las relaciones conyugales son armónicas y los cónyuges se ponen de acuerdo en el número de hijos y su espaciamiento, la relación no se verá afectada y podrá realizarse el ideal matrimonial. El problema es cuando surgen desaveniencias en este aspecto, ya que el derecho no regula esta situación y surgen interrogantes como ¿qué hacer si uno de los dos no desea procrear?, ¿puede obligársele?, ¿puede procurarse o evitarse el embarazo cuando uno de los

dos no está de acuerdo? Estas son problemáticas que escapan al ámbito del derecho por ser producto de las relaciones más íntimas de los individuos. No obstante la religiosidad tiene un efecto positivo en la felicidad matrimonial, pero solamente entre católicos (68).

4) Fidelidad. La fidelidad tampoco se encuentra regulada expresamente en la legislación mexicana, pero se expresa a contrario sensu estableciéndose el adulterio como casual de divorcio.

La fidelidad implica la exclusividad sexual de los cónyuges entre sí, ya que la violación de dicho deber se presenta como un rompimiento de los valores que sustentan la institución matrimonial.

La falta de fidelidad en el matrimonio impide que se consolide la solidaridad entre los cónyuges, que se busca como uno de los fines principales del matrimonio (69).

5) Ayuda mutua. Esta es una de las consecuencias más importantes que surgen a raíz de la celebración de unión matrimonial ya que en cierta forma en esta idea se reúnen una serie de conductas tendientes a la solidaridad de los cónyuges.

Aquí también podemos hacer una diferenciación entre lo económico, y lo moral y afectivo.

68 Cfr. JOURNAL OF MARRIAGE AND THE FAMILY No. 52 feb-1990. Páginas 73-79.

69 Cfr. Arza, Antonio. La fidelidad y el matrimonio. ESTUDIOS DE DEUSTO REVISTA DE LA UNIVERSIDAD DE DEUSTO Vol.38 enero-junio 1990. Páginas 9-58.

En cuanto a lo económico, los cónyuges están obligados a socorrerse en la manutención del hogar, en su alimentación y a la de sus hijos, distribuyéndose la carga en la forma en que convenga y sea conveniente a sus intereses.

En el caso de que alguno sea vea imposibilitado para trabajar y no tenga bienes propios, el otro atenderá íntegramente estos gastos.

La ayuda mutua no debe ser únicamente en lo económico sino sobre todo en lo moral y afectivo que es la esencia primordial de la unión matrimonial.

Esta esfera en que se encuentra el amor, el respeto, la lealtad, etc... escapa al derecho, ya que no pueden exigirse ni ordenarse el que los cónyuges se amen, o sean leales, amables etc., ya que esto pertenece al ámbito de lo moral y la educación. El derecho sólo en reducidas ocasiones puede sancionar con ciertas conductas negativas, como la pérdida de la patria potestad, el divorcio etc.

B.- Derecho Canónico.

Entre los efectos que surgen del matrimonio, debemos señalar en primer lugar el mutuo derecho-deber que corresponde, en plena igualdad, a los cónyuges de realizar los actos propios de la vida conyugal.

Dentro de estos actos se comprenden los que van encaminados específicamente a la generación de la prole. Y no quedan excluidos todos aquellos que sean una manifestación de afecto, encaminados a la realización y perfeccionamiento del consorcio de vida conyugal.

La satisfacción de este derecho-deber trae consigo la comunidad de sexos; la que se pueden entender de dos maneras:

- * positivamente, como la facultad de exigir al otro cónyuge el cumplimiento del débito conyugal (70).
- * negativamente, como la obligación de excluir a cualquier otra persona de esta comunión (71).

Del matrimonio válido se origina entre los cónyuges un vínculo perpetuo y exclusivo. Este efecto se deriva de las características esenciales del matrimonio, que son la unidad y la indisolubilidad, por tanto no puede disolverse por mutuo consentimiento, sino tan sólo por causa justa.

Además de los efectos jurídicos, en virtud de la gracia sacramental el matrimonio produce efectos espirituales, ya que por su carácter sacramental los cónyuges son fortalecidos y quedan "(...) consagrados por un sacramento peculiar para los deberes y la dignidad de su estado" (72).

El Código de 1983 se manifiesta por una igualdad conyugal, ya que obliga a ambos por igual respecto a "(...) todo aquello que pertenece al consorcio de vida conyugal" (73).

Por último, se debe hacer mención de que los cónyuges tienen el derecho-deber de mantener la convivencia conyugal,

70 1 Cor. 7,3.

71 1 Cor. 7,4.

72 Cánón 1134.

73 Cánón 1135.

a no ser que exista causa legítima que les excuse, participando del mismo domicilio.

La separación de los cónyuges puede ser perpetua o temporal. El motivo más grave que considera la legislación canónica, es el adulterio, que debe ser real y consumado. Además el cónyuge inocente no debe haber sido causa del mismo, ni haberlo cometido él también.

Otros casos que pueden dar lugar a la separación, pero sólo en forma temporal, son:

- * si el otro cónyuge lleva una vida criminal o ignominiosa;
- * si amenaza en su salud espiritual o corporal al otro;
- * las sevicias o malos tratos graves.

En los casos anteriores, corresponde al Ordinario decretar dicha separación, y también decidir su cesación.

Cuando existe algún vicio ignorado por los cónyuges o por uno de ellos, se llama matrimonio "putativo". Este tipo de matrimonio producirá efectos jurídicos como si fuese válido. Estos efectos cesan de producirse en el momento en el cual ambos sepan que el matrimonio es inválido.

CONCLUSIONES.

La razón por la que este estudio comparativo, ha conjuntado los aspectos civiles y canónicos es clara y requiere de matizaciones finales.

Se puede ver a todas luces que el régimen del matrimonio es de derecho natural y de derecho positivo. El derecho civil, en materia matrimonial, le debe mucho, como ya hemos visto, al derecho canónico. No se trata de supeditar uno al otro, sino invitar al trabajo conjunto de civilistas y canonistas para que el derecho natural siga permeando los conceptos positivos más importantes, y para que el derecho positivo reconozca y seleccione las aportaciones iusnaturalistas.

Esta investigación arroja convergencias y distinciones. Las dos legislaciones manejan un concepto de matrimonio que, si bien es de distinta índole, creo que debemos compaginar ambos regímenes para resolver los problemas que puedan surgir en la realidad concreta. A continuación puntualizamos algunas conclusiones.

1.- Por la importancia que tiene el matrimonio dentro de la organización social, y por su significación para la plenitud del ser humano en la vida social, inicialmente la Iglesia y posteriormente el Estado, se han ocupado de su regulación.

2.- El matrimonio es la base esencial que funda a la familia; es la figura jurídica, a través de la cual, se desarrolla el Derecho de Familia. Este trabajo, queda inscrito dentro del ámbito del derecho familiar mexicano.

3.- El matrimonio es un acto jurídico solemne, institucional y contractual, y es uno de los medios morales (y religiosos) creados y reconocidos por el Derecho, para fundar, la familia. Para ambos regímenes jurídicos, el concepto de matrimonio está encaminado a formar un testimonio (para la sociedad y para la iglesia).

4.-Por medio del matrimonio, acto jurídico solemne, se requiere del consentimiento de un sólo hombre y una sólo mujer para realizar y establecer una comunidad de vida, cuyo sentido, es la de ayuda mutua y la de perpetuar la especie.

4 bis.- Para los cristianos, un sacramento es un signo y medio con el que se expresa y fortalece la fe. El matrimonio como sacramento, por tanto, contribuye a manifestar esta unión de vida hecha por Dios y que sólo la muerte podría disolver. Esto implica una motivación interna que les permite tener mayor interés en este nuevo compromiso.

5.- En el derecho civil se maneja la teoría clásica de las nulidades. El matrimonio civil tiene, como todo acto jurídico, elementos de existencia y requisitos de validez y además, por la importancia de la unión para la sociedad, se le agragan algunas disposiciones especiales.

6.- La dificultad para el derecho canónico radica en equiparar la nulidad con inexistencia. No hay requisitos de validez en este ámbito jurídico; para que exista el sacramento del matrimonio debe haber ausencia de impedimentos.

7.- El principal elemento de existencia, la voluntad de los contrayentes, hace que el matrimonio sea ante todo, compromiso; en la legislación civil se reconoce la libertad y capacidad de los cónyuges para contraerlo, y puede disolverse por muerte de uno de ellos, por una causa justa o por mutuo consentimiento. La libertad de crear y disolver el compromiso, por la voluntad de los cónyuges hace que la responsabilidad y el compromiso sean más efectivos. Para la legislación canónica es igual, sólo que, no se pueden separar por mutuo consentimiento.

8.- El derecho canónico da una cierta protección a los sentimientos y motivaciones internas de los cónyuges. Para el ámbito jurídico civil las buenas intenciones, el amor o la tristeza son terreno moral o ético y no se considera dentro de su positividad. No obstante, esta aparente contradicción en la legislación canónica, la legislación civil está encaminada a coadyuvar en los fines del matrimonio que para ambos son, el bien de los cónyuges y la creación de una familia.

9.- Por lo que se refiere al objeto del matrimonio, ambos, convergen en la idea de formar una comunidad de vida. Tanto en la legislación canónica como en la civil, se excluyen

relaciones homosexuales, poligamia y todas aquellas situaciones que atenten al desarrollo de la familia.

10.- Retomando el tema de las solemnidades, en el Código Civil se mencionan tres: el otorgamiento del acta matrimonial, que en ella conste la voluntad de los contrayentes y que se determinen los nombres y apellidos de éstos. En la legislación canónica por no diferenciar las solemnidades de las formalidades, toma al rito mismo, es decir, la ceremonia en que se realiza el matrimonio, como esencial para la existencia del mismo. En derecho civil, la ceremonia prescrita se clasifica dentro de las formalidades y por tanto la falta de ésta solo produce nulidad del acto.

11.- En ambos casos, el consentimiento debe otorgarse ante un funcionario competente. El Juez del Registro Civil y el Ordinario o párroco que asisten al matrimonio son necesarios para la existencia de éste. El Juez o el sacerdote recogen el consentimiento de los cónyuges a nombre de la sociedad civil o religiosa. No obstante, que algunos autores consideran al Juez del Registro Civil como parte del acto jurídico, en el derecho canónico los contrayentes son ministros del sacramento, el sacerdote únicamente recoge su consentimiento.

12.- Entre los impedimentos (con la salvedad de que para uno afectan de nulidad al acto, por ser requisitos de validez, y para otro de inexistencia) ambas legislaciones contemplan: edad mínima, el parentesco de consanguinidad y de afinidad, el adulterio habido con la persona con quien se pretende

contraer matrimonio o impedimento de pública honestidad, el atentado contra la vida de uno de los cónyuges para contraer matrimonio con el que quede libre o impedimento de crimen, la fuerza o miedo graves, y el matrimonio subsistente con persona distinta de aquella con quien se pretende contraer matrimonio o impedimento de ligamen, así como la impotencia incurable.

En lo personal creo que el derecho civil y canónico deben buscar nuevas formas de adecuación y fortalecimiento de la unión matrimonial. Creo que ambas legislaciones están preocupadas por proteger y ayudar a desarrollar tanto el compromiso de una relación responsable como la educación de la esperanza de todos: la prole.

El matrimonio es humanidad compartida y proyectada. Por eso este estudio jurídico ha tratado de compartir y proyectar.

Finalmente, hay que recordar que ni las instituciones, ni el derecho, ni la ciencia, pueden realizar por si mismas sus propios fines. Es el ser humano, el responsable y el creador de todo lo que forma nuestra cultura.

" Por mi raza hablará el espíritu."

BIBLIOGRAFIA.**I.- DOCTRINA.**

- Boulanger, Jean y Ripert, Georges.
TRATADO DE DERECHO CIVIL.
Ediciones La Ley S.A.
Buenos Aires, 1963.

- Chavez Ascencio, Manuel.
DERECHO DE FAMILIA.
Ed. Porrúa.
México, 1984.

- Del Guidice, Vicenzo.
NOCIONES DE DERECHO CANONICO.
Universidad de Navarra.
Pamplona, 1964.

- Della Rocca, Fernando.
MANUAL DE DERECHO CANONICO.
Ediciones Guadarrama S.L.
Madrid, 1962.

- Enneccerus, Kipp y Wolff.
TRATADO DE DERECHO CIVIL.
Tomo IV
Bosch Casa Editorial.
Barcelona, 1941.

- Galindo Garfias, Ignacio.
DERECHO CIVIL.
Ed. Porrúa.
México, 1980.

- Güitrón Fuentevilla, Julián.
¿QUE ES EL DERECHO FAMILIAR?
Promociones Jurídicas y Culturales S.C.
México, 1984.

- Magallón Ibarra, Jorge.
EL MATRIMONIO. SACRAMENTO-CONTRATO-INSTITUCION.
Tipográfica Editorial Mexicana S.A.
México, 1965.

- Margadant S, Guillermo F.
EL DERECHO PRIVADO EN ROMA.
Editorial Esfinge.
México, 1986.

- Merryman, John Henry.
LA TRADICION JURIDICA ROMANO-CANONICA.
Breviario # 218.
F.C.E.
México, 1971.

- Montero Duhalt, Sara.
DERECHO DE FAMILIA.
Ed. Porrúa.
México, 1985.

- Pérez Duarte y N., Alicia Elena.
DERECHO DE FAMILIA.
U.N.A.M. Instituto de Investigaciones Jurídicas.
México, 1990.

- Piñeiro Carrión, J. María.
NUEVO DERECHO CANONICO. MANUAL PRACTICO.
Sociedad de Educación Atenas.
Madrid, 1983.

- Piñeiro Carrión, J. María.
OS CUENTO EL CODIGO.
Sociedad de Educación Atenas.
Madrid, 1984.

- Rojina Villegas, Rafael.
COMPENDIO DE DERECHO CIVIL.
Tomo I.
Ed. Porrúa.
México, 1975.

- Ruiz Lugo, R.A. y Guillén Mandujano, J.
COMPILACION DE JURISPRUDENCIAS Y EJECUTORIAS
IMPORTANTES EN MATERIA DE FAMILIA 1917-1988.
Tomo IV
Editan los compiladores.
México, 1992.

- BIBLIA DE JERUSALEN.
Ed. Porrúa.
México, 1986.

II.- REVISTAS.

- ESTUDIOS DE DEUSTO.
Revista de la Universidad de Deusto.
Vol. 38 enero-junio.
España, 1990.
- REVISTA CHILENA DE DERECHO.
Vol. 16 No. 13 sept-dic.
Chile, 1989.
- REVISTA CHILENA DE DERECHO.
Vol. 11 No. 1 enero-abril.
Chile, 1984.
- REVISTA DE INVESTIGACIONES JURIDICAS.
Escuela Libre de Derecho.
Año 11. No. 11
México, 1987.

III.- LEGISLACION.

- CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL (1928)
Editorial Porrúa.
México, 1992.
- CODIGO DE DERECHO CANONICO (1983)
Biblioteca de Autores Cristianos.
Madrid 1988.

- CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL D. F. (1931)
Editorial Porrúa.
México, 1991.