

380
21



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
CAMPUS ARAGÓN

**"LA SUPLENCIA DEL CONSENTIMIENTO EN EL
MATRIMONIO."**

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

JOSE LUIS QUEBRADO CANTOR

ASESOR:
LIC. MARÍA GRACIELA LEON LOPEZ

MÉXICO
**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

1997.



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A mi asesor

Lic. Graciela León López

*Con especial agradecimiento por
su orientación y asesoramiento
en la elaboración de la Presente
Tesis*

A mis Padres

*Ascencion Quebrado Caneda y
María Cantor Linos*

*El mayor Agradecimiento por
todo su apoyo, comprensión y
cariño que me han brindado en
toda mi vida y por guiarme por
el camino correcto. Los quiero.*

A mis Hermanos:

*Paula, Candelario, Alejandro,
Felix y Mario*

*Gracias por la confianza que
depositaron en mí y por que
creyeron en el sueño anhelado
de alcanzar la meta deseada,
motivándome a cada momento
para lograrlo.*

*A la Memoria de mi Hermano
Juan y mi Sobrino David*

Descansen en paz .

*A mis cuñados y Sobrinos
Roberto, Lidia, Laura, Selene,
Gustavo, Gerardo, Tania,
Alejandro, Sharon, Erick y
Rafael :*

*Por que están presentes siempre
en mi mente .*

*Al Licenciado Roberto García
Rivera*

*Mi agradecimiento por sus
consejos y por su motivación e
impulso de siempre.*

Gracias .

Al Lic. Jorge Solo Arreguin

*Por la amistad, ayuda y
comprensión brindados en los
momentos difíciles.*

*Al Lic. Francisco Alonso
Fernández Barajas:*

*De quien recibí apoyo y consejos
invaluables .*

*Al Lic. Mario Francisco Ayala
Valdez*

*Por la amistad y apoyo brindado
durante mi formación
profesional.*

A Alicia :

*Por que has sido una persona
importante en la culminación de
esta meta, por tu gran apoyo
aliento y comprensión que has
sabido trasmitirme*

A la U.C.A.M.

E.N.E.P. Aragón:

*A esta Gran Institución que me
albergo en su seno, otorgándome
la oportunidad de formarme
Profesionalmente.*

*A mis Maestros que me
brindaron una Formación
Académica y Profesional.*

A todos mis Amigos

*Que me han brindado su apoyo
en forma Incondicional*

LA SUPLENCIA DEL CONSENTIMIENTO EN EL MATRIMONIO

INDICE

	PAG.
INTRODUCCION	I
CAPITULO I .- ANTECEDENTES RESPECTO AL CONSENTIMIENTO PARA CONTRAER MATRIMONIO	
A.- EN ROMA -----	1
B.- EN ESPAÑA -----	11
C.- EN MÉXICO -----	19
CAPITULO II .- EL MATRIMONIO Y SUS ELEMENTOS	
A.- CONCEPTO DE MATRIMONIO ----	30
B.- NATURALEZA JURÍDICA DEL MATRIMONIO -----	33
C.- ELEMENTOS Y REQUISITOS DEL MATRIMONIO	
1.- ELEMENTOS DE EXISTENCIA --	41
2.- ELEMENTOS DE VALIDEZ -----	48
D.- DE LOS IMPEDIMENTOS PARA CONTRAER MATRIMONIO	

1.- DE LOS IMPEDIMENTOS EN GENERAL -----	59
2.- EDAD -----	61
3.- CONSENTIMIENTO -----	62
4.- DE LOS IMPEDIMENTOS DIRIMENTES -----	65
5.- DE LOS IMPEDIMENTOS IMPEDIENTES -----	75

CAPITULO III. - LA SUPLENCIA DEL
 CONSENTIMIENTO DE LOS
 ASCENDIENTES PARA CONTRAER
 MATRIMONIO, DE ACUERDO A LA
 LEGISLACION DEL DISTRITO
 FEDERAL

A.- DEL CONSENTIMIENTO DE LOS ASCENDIENTES PARA CONTRAER MATRIMONIO -----	78
---	----

1.- DEL CONSENTIMIENTO DE LOS PADRES -----	79
---	----

2.- DEL CONSENTIMIENTO DE LA MADRE DIVORCIADA QUE HA CONTRAÍDO SEGUNDAS NUPCIAS	98
--	----

3.- DEL CONSENTIMIENTO DE LOS ABUELOS PATERNOS Y MATERNOS -----	99
---	----

B.- DEL CONSENTIMIENTO DEL TUTOR -----	102
---	-----

C.- DE LA SUPLENCIA DEL CONSENTIMIENTO PARA CONTRAER MATRIMONIO OTORGADA POR EL	
---	--

JEFE DEL DEPARTAMENTO DEL DISTRITO FEDERAL O DE LOS DELEGADOS -----	110
D.- DE LA SUPLENCIA DEL CONSENTIMIENTO PARA CONTRAER MATRIMONIO OTORGADA POR EL JUEZ DE LO FAMILIAR -----	115
E.- FUNDAMENTOS DE LA SUPLENCIA OTORGADA POR EL JEFE DEL DEPARTAMENTO DEL DISTRITO FEDERAL O DE LOS DELEGADOS Y EL JUEZ DE LO FAMILIAR -----	116
F.- PROPOSICION DE MODIFICACION A LOS ARTICULOS 149 Y 151 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL -----	121
CONCLUSIONES -----	128
BIBLIOGRAFIA -----	132

INTRODUCCIÓN

El propósito de este ensayo se encuentra dirigido a analizar el derecho que tienen los ascendientes para otorgar o no su consentimiento para la celebración del matrimonio de sus descendientes menores de edad, así como la facultad que tienen las autoridades judiciales y administrativas, que en un momento determinado pueden suplir el consentimiento cuando los ascendientes se nieguen a ello.

Ello en cuanto a que, al ser considerado el matrimonio, como una de las instituciones sociales más importantes, por ende, es necesario que su regulación sea mejor dirigida, para reforzar la solidez y permanencia de la unión entre los consortes.

Es por lo cual que, el objeto del presente estudio va dirigido a determinar las características de el consentimiento que deben prestar los padres del menor y que debe ser de una manera conjunta, más aún si se toma

en consideración que respecto de los demás ascendientes si se establece claramente la participación de ambos para concederlo.

En este mismo sentido, se analizará en forma por demás breve, la participación que distintas autoridades tienen de acuerdo al dispositivo civil, para suplir tal consentimiento frente a la negativa de los ascendientes, formulando por nuestra parte las consideraciones relativas. Adelantando desde este momento que existen tribunales familiares que conocen en general de las cuestiones familiares y quienes tienen a su cargo la administración de justicia, de ahí que consideramos que es esta autoridad quien directamente y con excepción de cualquier otra, quien pueda suplir el consentimiento de los ascendientes o tutores cuando estas lo nieguen, por tratarse de un acto jurídicamente familiar y por ser trascendental entre las personas que lo celebran y no por la autoridad administrativa, como lo es el Jefe del Departamento del Distrito Federal o los Delegados.

Y para los efectos propuestos, será analizado el matrimonio, desde una perspectiva histórica, que arranca a partir del antiguo derecho romano, esbozando brevemente el derecho español y el suscitado en México, así como cada uno de los elementos y requisitos para su celebración que exige nuestro derecho moderno. Particularizando en aspectos tales como el consentimiento, y los impedimentos para la celebración del matrimonio, en sus distintas características, apoyado en tal propósito, por las posturas emitidas por la doctrina, para que de tal forma se encuentre sustento en las consideraciones que se plantean.

Habiendo transitado por todos aquellos conceptos, nos podemos encontrar en condiciones de formular las proposiciones respectivas, lo que ineludiblemente nos permitirá realizar las conclusiones finales, que le son propias a este trabajo.

CAPITULO I.- ANTECEDENTES RESPECTO DEL CONSENTIMIENTO PARA CONTRAER MATRIMONIO

A.- EN ROMA

A fin de estar en aptitud de tener un criterio suficiente en relación al estudio jurídico que hagamos de la suplenia del consentimiento para contraer matrimonio, consideramos conveniente analizar la figura jurídica del matrimonio en relación con sus antecedentes históricos suscitados en Roma, España y México, para de esta forma conocer las normas que lo regularon a través del tiempo.

El enfoque se hace predominantemente sobre el matrimonio para conocer los elementos que se necesitaban para su celebración y en el que haremos referencia al consentimiento.

Antes de entrar al estudio del matrimonio, es necesario ubicarnos primeramente en el origen de la familia y así el maestro Galindo Garfías, al hablar sobre este tema nos dice "La familia es un núcleo de personas, que como grupo social ha surgido de la naturaleza y deriva primordialmente del hecho biológico de la procreación. Pero dicho grupo social, que se constituye originalmente en las tribus o clanes primitivos, por necesidad de orden socioeconómico de los pueblos cazadores y agricultores, y que surgió antes de la formación de cualquier idea de estado o derecho, ha sufrido una incesante evolución para llegar hasta nuestros días como una

verdadera institución, fuertemente influenciada por la cultura (la religión, la moral, el derecho, la costumbre)" (1)

Vemos que la familia encontró sus orígenes en las exigencias biológicas de reproducción derivada primeramente de uniones transitorias e inestables entre el hombre y la mujer, y que ha adquirido en su desarrollo ha través de milenios, por influencia de elementos culturales, una completa estabilidad que le da existencia y razón de ser, que va más allá de motivaciones de carácter biológico y económico.

De esta manera en relación a la definición de la familia este mismo autor nos dice que: "Es el conjunto de personas, en un sentido amplio (parientes) que proceden de un progenitor o tronco común; sus fuentes son el matrimonio, la filiación (legítima o natural) y en casos excepcionales la adopción (filiación civil)" (2)

Por consiguiente la familia comprende todas las personas que descienden de un tronco común más o menos lejano y sin duda la institución más importante de ella es el matrimonio.

Así donde quiera que encontremos a un varón y una mujer, compartiendo una vida común encontramos una forma de matrimonio y una familia, tratándose siempre de un grupo social primario, integrado por los

1.- Galindo Garfias Ignacio. Derecho Civil. Primer Curso. Parte General. Personas Familia. 13ª Edición Edit. Porrúa, S.A. México, 1994, pág. 447.
2.- Ob. cit. pág. 447.

padres y los hijos. Apareciendo de esta forma la familia como la base de toda comunidad de vida, que surge en todos los lugares y todos los siglos, donde quiera que actúa el hombre histórico o contemporáneo. Incluso puede existir y han existido épocas y países sin estado, pero nunca ha existido vida humana sin el lazo familiar.

Una vez de haber hecho una breve referencia de la familia, analizaremos la figura jurídica del matrimonio en Roma, para poder precisar sus características y sus datos esenciales.

En el derecho romano nos dice el maestro Galindo Garfias: "El matrimonio era simplemente una relación social que producía consecuencias jurídicas; entre los romanos la celebración del matrimonio en sus diversas formas, ya por medio de la *confarreatio*, ya por medio de la *coemptio*, no tenía por efecto sino constatar la voluntad de convivencia, en calidad de esposos, entre un hombre y una mujer (*affectio maritalis*). El matrimonio era un estado de convivencia de los consortes con la intención de considerarse entre sí como cónyuges. Las relaciones maritales quedaban establecidas por medio de una situación, mejor que por un acto de declaración de voluntad como acaece actualmente" (3)

Por tanto el matrimonio en Roma no consistía en el acto solemne o no solemne en que se declarará la voluntad de las partes en tomarse recíprocamente como marido o mujer, sino más bien en la vida

común, constante y permanente, de compartir un mismo techo, siendo los elementos característicos la cohabitación e intención marital predominantemente.

La constitución de la familia en Roma radicó fundamentalmente en el matrimonio, existiendo dos formas que no tuvieron la importancia jurídica que tiene el matrimonio en la actualidad, siendo una de ellas la *Iustae Nuptiae*, con amplias consecuencias jurídicas y la otra el concubinato con consecuencias jurídicas reducidas, que nunca llegan al nivel de matrimonio justo.

Respecto a estas dos formas de matrimonio el maestro Guillermo Floris Margadant S. nos dice que se caracterizaron por tener los siguientes elementos comunes:

a) Se trata de uniones duraderas y monogámicas de un hombre con una mujer.

b) Los sujetos tienen la intención de procrear hijos y apoyarse mutuamente en los lances y peripecias de la vida. . .

c) Ambas formas son socialmente respetadas y para ninguna de ellas se exigían formalidades jurídicas o intervención estatal alguna. Estas antiguas uniones fueron "vividas", no celebradas en forma jurídica y tenían pocas consecuencias jurídicas" (4)

Así el matrimonio romano se organizó bajo un régimen monogámico, es decir, de un hombre y una mujer y no se exigieron formalidades jurídicas, ni tampoco ninguna intervención estatal.

Ahora bien los requisitos para la *Iustae Nuptiae* en el derecho romano, fueron variando en el curso de la historia, pero originalmente tales son:

a) Que los cónyuges tengan el *connubium*. Antes de la Ley *Canuleia* de 445 a. de J.C., esto quería decir que ambos fueran de origen patricio; posteriormente significa que ambos fueren de nacionalidad romana o pertenecer a pueblos que hayan recibido de las autoridades romanas el privilegio del *connubium*.

b) Que sean sexualmente capaces: el hombre mayor de catorce años; la mujer mayor de doce...

c) Que tanto los cónyuges como sus eventuales *paterfamilias* hayan dado su consentimiento para el matrimonio y que éste no adolezca de vicios (error, dolo, intimidación).

d) Que los cónyuges no tengan otros lazos matrimoniales...

e) Que no exista un parentesco de sangre dentro de ciertos grados.

f) Que no exista una gran diferencia de rango social...

g) Que la viuda deje pasar un determinado tempus luctus...

h) Que no exista una relación de tutela entre ambos cónyuges.
Sólo después de terminar la tutela y de rendir cuentas...

l) Además, dispersas en las fuentes encontramos algunas restricciones más que son, por tanto, requisitos de carácter negativo. Así, el justo matrimonio no podía celebrarse entre adúltera y amante, entre raptor y raptada... con personas que hayan hecho voto de castidad... entre un gobernador y una mujer de su provincia, etc. Merece también especial mención que el soldado no podía celebrar un matrimonio justo porque no se quiso dar la patria potestad a personas que por su trabajo debían conservar su libertad de movimiento" (5)

Las dos formas de matrimonio se distinguieron por el hecho de que si faltaban algunos de los requisitos señalados para la Iustae Nuptiae, la convivencia social se consideraba como concubinato.

No obstante la existencia de estas dos formas de matrimonio, para efectos de este trabajo, únicamente haremos referencia a la Iustae Nuptiae, por constituir en Roma el único matrimonio de derecho civil.

En cuanto a los requisitos a que nos hemos referido para la

Iustae Nuptiae la pubertad, el consentimiento y el connubium, son condiciones indispensables para esta institución.

En consecuencia de lo anterior por lo que respecta a el connubis, éste consistió en la capacidad de unirse a determinada persona, por lo que el romano podía contraer matrimonio con romana, más no con latinos o peregrinos, salvo una concesión especial. Ningún connubium existía entre los esclavos.

Por lo tanto, para que un matrimonio fuera legítimo, además de que los futuros cónyuges tuvieran capacidad para contraerlo, debían de gozar de capacidad para unirse el uno con el otro, siendo esta una capacidad relativa que ha de existir entre ellos.

La pubertad por su parte presumía la madurez sexual apta para cumplir las obligaciones que impone el matrimonio, y que en derecho romano era de 14 para el varón y 12 para la mujer.

Este derecho al señalar la edad de los catorce y doce años, respectivamente para cada uno los dos sexos, estableció una presunción jurídica, irrevocable para toda prueba en contrario, respecto a la capacidad o incapacidad para el matrimonio.

También era indispensable el consentimiento tanto de los cónyuges, como el de su respectivo paterfamilias, sin importar cual fuere la edad de los cónyuges.

Así el maestro Floris Margadant nos dice que el consentimiento en Roma consistió en "La congruencia entre las voluntades declaradas de las partes" (6)

Por su parte el Jurista Antonio de Ibarrola nos dice que " Ni en el derecho romano, ni tampoco el judaico, griego y el de los otros pueblos de la antigüedad, requerian una forma obligatoria de la manifestación del consentimiento" (7)

Notemos que en el derecho romano no existía una forma obligatoria de la manifestación del consentimiento, por lo tanto, bastaba que la voluntad de los contrayentes, así como la de sus paterfamilias se manifestará recíprocamente para celebrar el matrimonio en cualquier forma.

Es significativo señalar que además del consentimiento de los contrayentes, se necesitaba el consentimiento del paterfamilias, quien fue una figura dominante en el derecho romano y se caracterizó por ser la única persona que en la antigua roma, tiene plena capacidad de goce y ejercicio, dependiendo todos los demás miembros de la domus de él, y participando en

6.- Ob. cit. pág. 333

7.- Ibarrola Antonio de. Derecho de Familia. 4ª Edic. Edit. Porrúa, S.A. México, 1993. pág. 195

la vida jurídica a través de él. El paterfamilias ejerció sobre los hijos y nietos la patria potestad que normalmente duraba hasta su muerte y está concedía un poder disciplinario casi ilimitado sobre el hijo, que podía incluso hasta matarlo.

Ahora bien, el maestro Antonio de Ibarrola nos dice: "Especialmente importante en la historia del matrimonio romano fue la época en la que Augusto, tratando de realzar vigorosamente la por desgracia envilecida dignidad del mismo, mandó publicar las dos famosas leyes Julia y Papia Pappaea que reglamentaron este contrato civil, prohibieron a senadores e ingenuos esposar a determinadas mujeres, establecieron diversas incapacidades para los cébiles y para las personas que no tuvieron hijos" (8)

Así no obstante de haber sido reglamentado este contrato civil, esta institución no estaba sujeta a ninguna solemnidad y los romanos no la celebraron como acto público en que debiera intervenir la sociedad, dejando este ritual dentro de la clase de los actos privados.

Siendo que en el derecho romano el matrimonio se celebraba de las siguientes formas: "Por medio de la confarreatio, si los contrayentes pertenecen a la clase patricia. Esta ceremonia de celebración de matrimonio entre patricios romanos, que tenía lugar ante el Sumo Pontífice, constituía un matrimonio indisoluble...; La coemptio es el matrimonio celebrado entre

romanos no patricios y sus efectos sólo atañen al derecho privado. El matrimonio por usus sólo establecía la presunción del vínculo marital que por el hecho de la simple cohabitación entre marido y mujer, cuando ésta última no se ausentaba tres noches consecutivas del domicilio conyugal” (9)

Por tanto, existieron en este derecho diversas formas de su celebración, pero bajo cualquiera de sus tres formas, la vida en común, constante y permanente entre el hombre y la mujer para compartir un mismo techo en calidad de marido y mujer fueron los elementos característicos del matrimonio.

El matrimonio romano nos dice el maestro Chávez Ascencio se hallaba integrado por dos hechos esenciales. “Uno físico, la conjunción del hombre con la mujer (entendida como unión o comunidad de vida)... El otro elemento, intencional o síquico, vivifica el material o corporal, del mismo modo que en la posesión a la cual comparan el matrimonio las fuentes romanas con preferencia - el animus es el requisito que integra o completa el corpus. Este elemento espiritual es el affectio maritalis, o sea la intención de quererse por marido y mujer, de crear y mantener la vida en común, de perseguir la consecución de los fines de la sociedad conyugal; la voluntad que no consiste en el consentimiento inicial, como en el matrimonio germano que es a modo de contrato, sino que debe prolongarse en el tiempo, renovándose de momento a momento, porque sin ella la convivencia física

9.- Galindo Garfias Ignacio. *Op. cit.* pág. 452

pierde su valor, y el matrimonio deja de existir" (10)

Así podemos decir, que el matrimonio en Roma se integró esencialmente por la vida en común entre un sólo hombre y una sola mujer, que comparten un mismo techo con la intención de considerarse como marido y mujer, denominándose a esa intención, "affectio maritalis", siendo imprescindible para su existencia.

En consecuencia, sobre este particular podemos concluir que en la época del derecho romano, el consentimiento fue una condición indispensable para el matrimonio, que se traduce en la voluntad de la persona (contrayente y paterfamilias), que debe prolongarse en el tiempo, renovándose de momento a momento; por lo que habiendo ya examinado la institución matrimonial, ahora pasaremos a analizarla respecto a sus antecedentes suscitados en España.

B.- EN ESPAÑA

España estuvo moderadamente influenciada por los griegos y los romanos; sin embargo posteriormente cuando se difundieron las ideas cristianas, España las acogió grandemente, teniendo una fuerte influencia sobre todo en materia de familia, siendo de especial importancia hablar del derecho canónico, por su trascendencia en la concepción del matrimonio.

10.- Chávez Ascencio Manuel F. La Familia en el Derecho. Parte I. Derecho de la Familia y Relaciones Jurídicas Familiares. 3ª Edic. Edit. Porrúa, S.A. México, 1994, pág. 37.

Así: "En España, durante el medievo y dada la estrecha relación que hubo en aquella época entre la Iglesia y el Estado casi todo lo relativo al derecho de familia y al matrimonio, fue reglamentado por el derecho canónico.....; El derecho canónico, que penetró en Castilla por conducto de las partidas y de la doctrina de los canonistas, fue aceptado en Cataluña como supletorio de la legislación civil. En toda España fue recibida la legislación matrimonial del Concilio de Trento a virtud de la Real Cédula de Felipe II, de 12 de julio de 1564". (11)

En este mismo orden de ideas, encontramos que: "La regulación del matrimonio por normas canónicas comienza en el siglo IX timidamente, hasta que por el Concilio de Trento toda la materia matrimonial es regulada canónicamente, afirmándose corresponder a la exclusiva competencia de la Iglesia la disciplina del matrimonio por el principio de que los actos concernientes al estado y condición de las personas son de la competencia de la Iglesia...Mientras tanto la Iglesia, avanzando en esta dirección, se atribuye el conocimiento de las causas matrimoniales, afirma la exclusiva competencia de los tribunales eclesiásticos para dirimir las cuestiones matrimoniales y prepara el camino para extender la exclusividad de la jurisdicción a la de la legislación, fijando en los oportunos cánones: los requisitos, los impedimentos, la forma de celebración, la nulidad del matrimonio". (12)

11.- Galindo Garfias Ignacio. Ob. cit. pág. 453 y 454.

12.- Rojas Villenas Rafael Derecho Civil Mexicano. Tomo II. Derecho de Familia. 4ª Edic. Edit. Porrúa. S.A. México. 1975. pág. 202 y 203.

Como se ve, el cristianismo tuvo una influencia decisiva durante la edad media, regulando el matrimonio y otras instituciones de derecho familiar, asumiendo la Iglesia para sí toda intervención en la celebración del matrimonio y atribuyó competencia a los tribunales eclesiásticos, quienes decidían todas las cuestiones relacionadas con él, fundando de esta manera la iglesia su autoridad en esta materia durante varios siglos. Luego entonces, se tiene que: "Para el Derecho Canónico, el matrimonio es un sacramento en el cual los esposos son los ministros del acto y en el que interviene el sacerdote como testigo de su celebración, con objeto de asegurarse la ejecución de las disposiciones del derecho canónico, a efecto de registrar el acto mismo. Independientemente de la naturaleza sacramental del matrimonio canónico, para el derecho de la iglesia es un contrato de naturaleza indisoluble, que celebran entre sí los cónyuges, por libre y espontánea voluntad". (13)

De lo anterior desprendemos que el matrimonio viene a ser con el cristianismo la gran institución del amor, de un amor sagrado como el que Cristo profesó a su iglesia, quedando fundado indisolublemente por la recíproca prestación del consentimiento de cada uno de los esposos.

Para la concepción canónica el matrimonio es un sacramento solemne, cuyos ministros son los mismos esposos y en el que interviene el sacerdote como un testigo autorizado por la iglesia; la unión de los esposos

13.- Galindo Garfias Ignacio, *Ob. cit.* pág. 497.

es la imagen de una unión de Cristo con la iglesia, y como tal indisoluble, creándose el vínculo por la voluntad de ambos, ya que es su consentimiento el que genera la relación matrimonial, pero su consagración ante la iglesia lo eleva a sacramento.

Respecto a la forma de celebración del matrimonio encontramos que: "El concilio laterense (año 1215) ordena que la promesa de matrimonio se haga pública, que la publicación se haga en la iglesia parroquial durante la celebración de la misa, que la bendición del sacerdote acompañe y sancione la unión. Sus prescripciones no fueron siempre observadas ni recibieron aplicación general; el matrimonio es válido a pesar de la inobservancia de estas prescripciones. Pero la inobservancia se generaliza y más tarde el Concilio de Trento (1563) regula toda esta materia de modo definitivo. Ordena necesariamente la intervención del párroco y la celebración del matrimonio in facie ecclesiae: los esposos, después de tres publicaciones efectuadas en tres días festivos y ante los fieles congregados por el oficio de la misa y durante ésta, deben comparecer ante el párroco, quien en presencia de dos o tres testigos los une y bendice la unión, extendiendo la partida correspondiente, que conservará en los registros parroquiales". (14)

De esta manera en el concilio de Trento, quedó constituida la forma normal y pública, creándose el vínculo por la voluntad de los esposos,

pero su consagración ante la Iglesia, mediante la bendición nupcial lo eleva a sacramento.

Galindo Garfias en relación al elemento esencial que produce el matrimonio prescribe lo siguiente: "Por lo demás, la iglesia no había tomado partido sobre el problema de saber si era del consentimiento de los esposos o de la cohabitación, de donde resultaba el matrimonio... pero bajo la influencia de las sentencias de Pedro Lombardo, dictadas en algunos años posteriores al Decreto de Graciano (1140) el consentimiento constituyó el elemento esencial y suficiente. El matrimonio era un sacramento que se confería a los esposos por un acto de voluntad" y que "En el Derecho Canónico el consentimiento de los cónyuges legítimamente manifestado, "Consentimiento que ninguna potestad humana puede suplir", produce por sí sólo el matrimonio, siempre que la declaración de voluntad reúna todas las condiciones para hacer del matrimonio un acto naturalmente válido". (15)

Así para que el matrimonio exista, es indispensable el consentimiento de la persona, externa y suficientemente manifestada por el que se muestra la adhesión a la institución matrimonial y que se elige libremente al cónyuge; consentimiento que ninguno puede suplir y que constituye el elemento personal insustituible en el matrimonio cristiano.

Siendo importante citar el comentario que hace el maestro

15.- Ob. cit. pág. 496 y 540.

Antonio de Ibarrola respecto a la exigencia del consentimiento del padre, y que dice: "Por ende, el derecho canónico vaciló durante algún tiempo. En la mitad del siglo XII, surge el conflicto entre los jurisconsultos. Grocio exige el consentimiento del padre, en tanto que, para Pedro Lombardo, toda vez que el matrimonio es un sacramento, el acceso al mismo debe permanecer libre. Esta última doctrina se convirtió en la tesis oficial de la Iglesia, quien naturalmente aconsejaba a los hijos que obtuvieran el consentimiento de sus padres, pero, temiendo que una negativa los impulsará posiblemente aún al concubinato jamás les rehusó el matrimonio". (16)

En tal virtud para el derecho canónico el matrimonio de las partes es enteramente libre, sin que sea exigido el consentimiento de ninguna otra persona, por ser el matrimonio un sacramento.

Ahora bien, el jurista Antonio de Ibarrola, define el consentimiento matrimonial de la siguiente manera: "Es el acto de la voluntad por el cual el varón y la mujer se entregan y aceptan mutuamente en alianza irrevocable para constituir el matrimonio". (17)

Para la celebración del matrimonio, primeramente el Derecho Canónico Primitivo, no exigió ninguna forma para la manifestación del consentimiento, bastando con que la voluntad de los contrayentes de celebrar

16.- Ob. cit. pág. 241.
17.- Ob. cit. pág. 195.

el matrimonio se manifestará recíprocamente en cualquier forma. Posteriormente fue exigida una forma para su manifestación y sobre ella se prescribe lo siguiente: "La primera vez que se exigió una forma de la declaración del consentimiento matrimonial fue en el Concilio de Trento. Y en conexión con lo allí establecido, el Código exige que el consentimiento matrimonial sea manifestado en forma legal, legitime manifestatus, para que pueda crear un matrimonio válido. Con este precepto, que prescribe una forma obligatoria, recibe la celebración del matrimonio el carácter de un acto formal de derecho canónico". (18)

De esta forma en el Concilio de Trento, se exigió como formalidad el intercambio de consentimiento, mismo que debía ser otorgado ante la presencia del cura de la parroquia de uno de los esposos y a partir de entonces mediante el registro de los matrimonios se pudieron distinguir los legalmente eficaces, prevaleciendo la idea de que los esposos eran los ministros del sacramento del matrimonio y el cura intervenía como un simple testigo.

Por tanto en derecho canónico el sacerdote después de recibir las declaraciones de los contrayentes en el sentido de que pretenden contraer entre sí matrimonio, los une legítimamente.

Para finalizar, en cuanto a la edad de contraer matrimonio: "El Derecho Canónico siguió en un principio las huellas del romano. La iglesia

18.-Ibarrola Antonio de. Ob. cit. pág. 195.

universal no tenía, ni tiene más remedio que atenerse a las condiciones naturales del matrimonio, tal como se presentan en todos los pueblos de la Tierra, lo cual obliga a fijar una edad normal o promedio. El derecho romano al señalar la edad respectiva de los catorce y doce años para los dos sexos, establecía una presunción jurídica, incompatible con toda prueba en contrario, respecto a la capacidad o incapacidad para el matrimonio: la iglesia, aún entendiéndolo que el defecto de la edad incapacitaba para casarse, renunciaba a aquella presunción con su impedimento correspondiente en gracia a la realidad, cuando la persona demostraba tener físicamente el suficiente desarrollo, aún antes de llegar a la edad exigida, en cuyo caso, según la expresión canónica *malitia suplevit aetatem*, y viceversa, no reconocía posibilidad de matrimonio, a pesar de tener la edad legal". (19)

Podemos ver que en el derecho canónico se fijó una edad normal o promedio para contraer matrimonio que es de 14 y 12 años para el hombre y la mujer respectivamente, sin embargo, cuando la persona demostraba tener el suficiente desarrollo físico podía celebrarlo aún antes de tener la edad exigida y por el contrario, si no estaba suficientemente desarrollada a pesar de tener la edad, la iglesia no reconocía posibilidad para contraer matrimonio.

En síntesis, en esta época el matrimonio se hallaba organizado

19.- Ibarrola Antonio dc. Ob. cit. pág. 201.

sobre bases religiosas y su validez nace del acuerdo de voluntades de los contrayentes, declaradas ante la presencia del cura, merced al carácter sacramental que la iglesia otorga solemnemente en el acto de la celebración a la voluntad de las partes y que ninguna persona puede suplir.

Con el cristianismo se establece la manifestación del consentimiento de los contrayentes ante la Iglesia y el registro de la ceremonia en actas parroquiales, adquiriendo de esta manera una determinada forma de su celebración que permitió distinguir la unión matrimonial de otras uniones como el concubinato.

C.- EN MÉXICO

En este inciso haremos referencia a tres épocas que se han suscitado en la historia de México y que son la indígena, la colonial y el México Independiente, para de esta forma poder darnos cuenta como estaba concebido el matrimonio en esas épocas.

Primeramente, en relación a la época indígena el Jurista Chávez Ascencio nos dice que: " El régimen jurídico de los pueblos precortesianos fue rudimentario, pues apenas se iniciaban las relaciones contractuales y no se había llegado al estado de complejidad que hace que se desarrolle el Derecho y su filosofía. Los antiguos cronistas hablan de diversos contratos existentes entre los indios a la llegada de los españoles, pero más bien se limitan a darnos noticias de ellos, sin indicarnos en forma clara la legislación

que sobre el particular había. No tenían una codificación, y su derecho era más bien consuetudinario. Sin embargo puede creerse que se iniciaba el periodo de la ley escrita (por medio de sus jeroglíficos) promulgada por el Rey". (20)

En la época indígena precortesiana, como se puede ver, no existían leyes establecidas como en la actualidad, las leyes en esa época eran como lo dictaban las costumbres de los pueblos, principalmente regidas por la religión.

A continuación hablaremos de algunas grandes civilizaciones que existieron en el territorio mexicano destacando desde el punto de vista jurídico la cultura Maya, Azteca y la Nahua.

En cuanto a la cultura Maya el maestro Guillermo F. Margadant dice que: "El matrimonio era monogámico, pero con tal facilidad de repudio que con frecuencia se presentaba una especie de poligamia sucesiva. Hubo una fuerte tradición exogámica: dos personas del mismo apellido no debían casarse. El novio entregaba a la familia de la novia ciertos regalos: por lo tanto, en vez de la dote, los mayas tenían el sistema "del precio de la novia" y respecto al sistema Azteca de Familia, "El matrimonio era potencialmente poligámico (En Texcoco y Tacuba sólo tratándose de nobles), pero una esposa tenía la preferencia sobre las demás, y tal preminencia también se manifestaba en la situación privilegiada que tenían sus hijos, en

caso de repartición de la sucesión del padre. Hubo una costumbre de casarse con la viuda del hermano, que recuerda el levirato hebreo. La celebración del matrimonio era un acto formal, desde luego con infiltraciones religiosas; en algunas partes hubo matrimonio por raptó o por venta. Los matrimonios podían celebrarse bajo condición resolutoria o por tiempo indefinido. Los condicionales duraban hasta el nacimiento del primer hijo, en cuyo momento la mujer podía optar por la transformación del matrimonio en una relación por tiempo indefinido; si el marido se negaba, empero, ahí terminaba el matrimonio...La patria potestad (que implica el derecho de vender como esclavo, pero quizá no el de matar) terminaba con el matrimonio del hijo o de la hija, para el cual, empero, el consentimiento de los padres era necesario. Como había una fuerte presión social en contra del celibato de hijos mayores de veintidós o hijas mayores de dieciocho años, es de suponer que este consentimiento no podía negarse arbitrariamente". (21)

A su vez por lo que se refiere a la cultura Nahua el maestro Antonio de Ibarrola dice que: "La base de la familia nahua era el matrimonio el que se tenía en muy alto concepto. Era un acto exclusivamente religioso: carecía de toda validez cuando no se celebraba de acuerdo con las ceremonias del ritual. No se daba injerencia en la ceremonia ni a los representantes del poder público ni a los sacerdotes o ministros; en sus solemnidades intervenían únicamente los parientes cercanos y los

amigos íntimos de los contrayentes” (22), siendo que la edad para contraer matrimonio era a los 20 años.

En esa época realmente no hay muchas aportaciones respecto a la organización familiar, toda vez, como ya quedó asentado en páginas anteriores no existían leyes en concreto.

Posteriormente a partir de la dominación española, se impuso en México el régimen colonial, regulándose en nuestro país la celebración del matrimonio y las relaciones entre los cónyuges de acuerdo con el derecho canónico.

Pero no obstante de que se adoptaron las instituciones y la organización Ibérica, las propias autoridades españolas dándose cuenta de que aquí la situación y la gente no eran las mismas, formularon leyes especiales que organizaron a la Colonia de una manera parecida a la que regía a la Península, más no exactamente igual: “Las reglas del Derecho Civil acerca del matrimonio en Indias se encuentran contenidas en la pragmática sanción del 23 de marzo de 1776, que recogió los diversos preceptos que la experiencia había dictado. Según ella, aquí, como en España, los menores de 25 años necesitaban para contraer matrimonio previa autorización del padre, en su defecto de la madre, de los abuelos o de los parientes más cercanos, faltando todos estos, de los tutores, debiendo en

estos dos últimos casos obtenerse la aprobación judicial, exceptuándose en Indias, a los negros, mulatos y castas, que no fueran oficiales de milicias, y los indios que tuvieran alguna dificultad para solicitarla, en cuyo caso deberían impetrarla de sus curas y doctrineros. Los españoles cuyos padres o tutores vivieron en España o en otro reino de Indias, podían solicitar directamente licencia de la autoridad judicial. El matrimonio contraído sin licencia no producía efectos civiles ni con relación a los cónyuges, ni en lo tocante a los hijos, así es que no podían en ellos tratarse de dote legítimo, mayorazgos ni otros derechos de familia” (23)

Así, la conquista hizo que desaparecieran casi totalmente las instituciones y leyes de los aztecas y demás pueblos que quedaron bajo el dominio de los españoles, regulándose la celebración del matrimonio de acuerdo con el derecho canónico, al cual nos hemos referido en el inciso anterior.

Luego entonces los menores de 25 años necesitaban para contraer matrimonio previa autorización del padre y en su defecto de la madre, de los abuelos o de los parientes más cercanos, y faltando todos estos de los tutores, debiendo obtenerse la aprobación judicial en los dos últimos casos, de lo que resultó que además del consentimiento de los contrayentes, se necesitaba la autorización de las personas que se han señalado.

23.- Chávez Ascencio Manuel F. Ob. cit. pág. 55 y 56.

Posteriormente en el periodo de México Independiente, hasta las leyes de Reforma, el matrimonio fue competencia exclusiva de la Iglesia y con la Ley del Matrimonio Civil del 23 de Julio de 1859, promulgada por el Presidente de la República Don Benito Juárez, se excluye a la Iglesia de la competencia del matrimonio, al establecer en el artículo primero, que el matrimonio es un contrato civil que se contrae lícita y válidamente ante la autoridad civil. Por su parte el artículo 2º establece que los que contraigan matrimonio de la manera que expresa el artículo anterior, gozan de todos los derechos y prerrogativas que las leyes civiles les conceden a los casados.

Esta ley determinó que para su validez bastaba el consentimiento de los contrayentes externada, expresa y libremente ante el encargado del Registro Civil de unirse en matrimonio y señalaron la edad mínima para contraerlo de 14 y 12 años para el hombre y la mujer respectivamente, reconociendo el carácter indisoluble del vínculo matrimonial como lo había sido y lo es en el derecho canónico.

El consentimiento constituyó la manifestación de voluntad de los contrayentes y fue uno de los elementos de existencia del matrimonio, de tal forma que la falta de éste producía su inexistencia como en la actualidad.

Los Códigos Civiles de 1870 y 1884, que rigieron en el Distrito Federal y Territorios Federales, así como los Códigos de los diferentes Estados de la Federación, confirmaron en sus textos la naturaleza civil del matrimonio y su carácter indisoluble.

La Ley de Relaciones Familiares que además introdujo algunos cambios respecto a la situación jurídica de los bienes de los cónyuges, tuvo vigencia hasta el momento en que entró en vigor el Código Civil de 1928, que actualmente rige en el Distrito Federal, a partir del 1º de octubre de 1932.

Es de observarse que en México han existido diversas legislaciones que han regulado en su momento al matrimonio, tanto en lo relativo a su celebración como los elementos de existencia y validez del mismo.

Respecto al Código Civil de 1870, el artículo 159 definió al matrimonio como "La sociedad legítima de un sólo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida".

A su vez los artículos 164 y 165 fijaron como edad mínima para contraer matrimonio, en el hombre 14 y en la mujer 12, pero antes de los 21 años no se podía contraer matrimonio sin consentimiento del padre, o en su defecto de éste la madre y a falta de estos se necesita el del abuelo paterno, materno, o abuela paterno o materno en el orden que se señala por lo que respecta a cada persona.

Ahora bien de acuerdo con los artículos 167, 168 y 173 del Código Civil de 1870, faltando padres y abuelos, se necesitaba el

consentimiento de los tutores y a falta de tutores, el Juez de primera instancia del lugar suplirá el consentimiento.

Cuando el disenso de los ascendientes, tutores o jueces no parezca racional, el interesado podía recurrir a la primera autoridad política del lugar, la cual con audiencia de aquellos habilitaba la edad o no y sin esta no podía celebrarse el matrimonio.

También es importante señalar que la fracción VII, del artículo 23 establece que la voluntad de los contrayentes libremente expresada, en la forma que establece la ley, constituye la esencia del matrimonio civil y por su parte los artículos 132 y 133 decían que el matrimonio se celebrará en público y en el día, hora y lugar señalados al efecto, debiendo comparecer los contrayentes ante el Juez del estado civil, quien recibía la formal declaratoria que las partes hacían, de ser su voluntad unirse en matrimonio.

El Código Civil de 1884, introdujo en sí pocas innovaciones y posteriormente el 9 de abril de 1917, Venustiano Carranza expide la Ley de Relaciones Familiares, misma que deroga los capítulos relativos al Código Civil de 1884.

Esta ley en su artículo 13 define al matrimonio, como contrato civil, de acuerdo con la definición constitucional y agrega que es un vínculo disoluble, que tiene por objeto perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida.

El artículo 18 y 19 establecieron que sólo podían contraer matrimonio el hombre que había cumplido 16 años y la mujer 14, pero aquellas personas menores de 21 años no podían celebrarlo sin consentimiento del padre y de la madre, si vivieren ambos o del que sobreviviere, y a falta de padres se necesitaba el consentimiento de los abuelos paternos y a falta de estos del consentimiento de los abuelos maternos, o del que sobreviva en ambos casos.

De igual manera el artículo 20 determinó que a falta de ascendientes, se necesitaba el consentimiento del tutor y faltando éste, el Juez de Primera Instancia y a su vez el artículo 23, señaló que en caso de negativa de los ascendientes, tutores o jueces, los interesados podían recurrir al Gobernador del Distrito Federal o del territorio que corresponda quienes suplirían o no el consentimiento y sin esa habilitación no podían casarse.

En consecuencia, el consentimiento constituyó la manifestación de voluntad de los contrayentes y podemos ver que tanto en los Códigos de 1870 y 1884, así como en la Ley de Relaciones Familiares de 1917, existieron diversas disposiciones que regularon el matrimonio, destacando desde luego, aquellas referentes a la celebración del matrimonio de las personas menores de 21 años de edad, en las que era requisito indispensable, además de su consentimiento, el de sus ascendientes, de su tutor o del juez de primera instancia, en el orden y respectivos casos que han quedado apuntados, es decir, en esos tiempos fue contemplada la intervención de estas personas, por ser quienes tenían a su cargo el cuidado

del menor y dada la inexperiencia del mismo al pretender celebrar un acto de suma trascendencia.

Sin embargo y no obstante la negativa de los ascendientes, tutores o jueces, los interesados podían ocurrir a la primera autoridad política del lugar, la cual con audiencia de aquellos, suplirían o no el consentimiento y sin esa habilitación no podían casarse.

Tal es el panorama histórico que afectó al matrimonio, particularmente en cuanto se refiere al consentimiento, como elemento esencial de su conformación.

Ahora bien, en nuestra moderna Legislación Civil Mexicana, también el matrimonio no se concibe sin el consentimiento de los contrayentes, pues se trata de un acto jurídico, que por lo mismo requiere de la manifestación de la libre voluntad, siendo uno de los elementos esenciales de existencia para la celebración del matrimonio.

Además en la actualidad, para la celebración del matrimonio de los menores de 18 años, se requiere de la autorización de quienes ejercen la patria potestad o la tutela por ser las personas a quienes el derecho confía el cuidado del menor, pero, en el supuesto de negativa, los interesados pueden ocurrir ante el Jefe del Departamento del Distrito Federal o a los Delegados, quienes después de levantar una información sobre el particular suplirán o no el consentimiento.

Lo que en nuestra opinión ya no resulta acorde y plenamente justificado, sobre todo, cuando es una autoridad administrativa la facultada para intervenir en caso de controversia entre el menor y sus representantes, no obstante de existir tribunales familiares que conocen directamente en general de las cuestiones familiares: hipótesis legislativa que será analizada subsecuentemente.

En tales términos, a continuación analizaremos la figura jurídica del matrimonio, así como cada uno de los elementos y requisitos que exige nuestro derecho moderno.

CAPITULO II.- EL MATRIMONIO Y SUS ELEMENTOS

A.- CONCEPTO DE MATRIMONIO

Como hemos visto el matrimonio es una de las instituciones sociales más importantes, por ser base y fundamento de todas las demás y, en definitiva de la sociedad misma.

Sin el matrimonio no puede concebirse una permanente organización de la sociedad, ya que representa la completa comunidad de vida entre un hombre y una mujer.

Dicha comunidad entre el hombre y la mujer al ser reconocida, amparada y regulada por el derecho, la organiza a través de diversas disposiciones jurídicas, reforzando la solidez y permanencia de la unión entre los consortes.

Para determinar el concepto de matrimonio, sin duda, nos tenemos que apegar a la concepción legalista, así en nuestro sistema jurídico, el artículo 159 del Código Civil para el Distrito Federal de 1870 decía expresamente: "El matrimonio es la sociedad legítima de un sólo hombre con una sola mujer que se une con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida".

El Código Civil para el Distrito Federal de 1884, en su artículo 155 reprodujo textualmente esa definición.

Por su parte el artículo 13 de la Ley de Relaciones Familiares lo definió de la siguiente manera: "El matrimonio es un contrato civil entre un sólo hombre y una sola mujer, que se unen con un vínculo disoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida" y nuestro Código Civil vigente, ya no contiene una definición del mismo.

Podemos ver que la Ley de Relaciones Familiares cambia la definición ya que inserta contrato civil en vez de sociedad legítima.

Estas dos definiciones del matrimonio fueron copiadas substancialmente del Código de Napoleón, por lo que consideramos importante citar la definición de Portalis a que hace referencia el maestro Galindo Garfias, por ser la que reprodujo el Código citado, y que particularmente dice: "Es la sociedad del hombre y la mujer, que se unen para perpetuar su especie, para ayudarse mutuamente a llevar el peso de la vida y para compartir su común destino" (24)

Sin embargo esta definición ignora el fin esencial del matrimonio ya que la perpetuación de la especie y la ayuda recíproca entre los cónyuges para ayudarse mutuamente o para compartir su destino, no

contempla el concepto esencial del matrimonio, ya que aquéllos pueden ser los motivos para su celebración y se pueden realizar más o menos satisfactoriamente fuera del matrimonio. Lo esencial desde el punto de vista jurídico radica en que a través del matrimonio, la familia como grupo social, encuentra adecuada organización jurídica, regulando la seguridad y la certeza de las relaciones entre los consortes, así como la situación y el estado de los hijos, de sus bienes y sus derechos familiares.

Por lo tanto el estado de matrimonio, a través de la seguridad y la certeza que le imparte el derecho fortalece el grupo familiar y permite que se cumplan las finalidades sociales, éticas y aún económicas que le competen dentro de la comunidad.

Así pues, el concepto moderno del matrimonio es el siguiente: "El matrimonio se presenta como manifestación libre de voluntades entre hombre y mujer que se unen para constituir un estado permanente de vida y perpetuar la especie". (25)

Por otra parte la doctrina al tratar el tema del concepto de matrimonio nos dice que puede ser analizado desde dos puntos de vista, como acto jurídico y como estado permanente de vida de los cónyuges.

"Como acto jurídico, el matrimonio es un acto voluntario efectuado en un lugar y tiempo determinado, ante el funcionario que el

25.-Rojina Villegas Rafael. Ob. cit. pág. 200

estado designa para realizarlo” y “como estado matrimonial, el matrimonio es una institución general y permanente que se deriva del acto jurídico, originando derechos y obligaciones que se traducen en un especial género de vida”. (26)

En tales términos podemos considerar que del acto jurídico emana el estado matrimonial, lo que los hace indisociables e integrantes de una institución, la cual se compone de un complejo de deberes y facultades, derechos y obligaciones, en vista y para la protección de los intereses de la familia a saber: la protección de los hijos y la ayuda mutua y colaboración de los consortes.

En consecuencia y tomando en consideración todo lo anterior, desde nuestro punto de vista podemos conceptualizar al matrimonio como el acto jurídico por medio del cual un hombre y una mujer se unen para constituir un estado permanente de vida, misma que la ley sanciona, para reforzar a través de diversas disposiciones jurídicas la solidez y permanencia de la unión.

B.- NATURALEZA JURÍDICA DEL MATRIMONIO

Los doctrinarios han discutido acerca de la naturaleza jurídica del matrimonio y en este sentido los autores lo han considerado desde los

26.- Baqueiro Rojas Edgar y Buenrostro Báez Rosalía.- Derecho de Familia y Sucesiones. 1ª Edic. Edit. Haria, S.A. México, 1994, pág. 39.

siguientes puntos de vista:

1. Como institución.
2. Como acto jurídico condición.
3. Como acto jurídico mixto.
4. Como contrato ordinario.
5. Como contrato de adhesión.
6. Como estado jurídico.
7. Como acto de poder estatal.

Tomando en consideración que diversos tratadistas del derecho sostienen criterios diferentes, procederemos a analizarlos por separado.

1.- El matrimonio como institución.- El maestro *Rojina Villegas* sobre el particular nos dice lo siguiente: "En este sentido significa el conjunto de normas que rigen el matrimonio. Una institución jurídica es un conjunto de normas de igual naturaleza que regula un todo orgánico y persiguen una misma finalidad" y que "Desde este punto de vista se estudia al matrimonio tomando en cuenta sólo su aspecto de sistema normativo y se prescinde del acto jurídico que le da origen, así como del estado que crea entre los consortes. Exclusivamente se atiende al aspecto normativo externo que organiza el derecho objetivo en razón de las finalidades del matrimonio".

(27)

En otras palabras, desde este punto de vista se sostiene que el matrimonio es una institución jurídica, ya que por ella se entiende un conjunto de reglas de derecho que caracterizan al estado matrimonial y a la que se someten los esposos al declarar su voluntad en el acto de la celebración, siendo Houriou y Bonnescase algunos de los autores que lo han pretendido explicar con ese carácter.

2.- El matrimonio como acto jurídico condición.- Entre los autores que afirman que es un acto jurídico condición, sobresale León Duguit, por tanto es conveniente citar la definición del acto condición que hace este autor: "El acto jurídico que tiene por objeto determinar la aplicación permanente de todo un estatuto de derecho a un individuo o a un conjunto de individuos, para crear situaciones jurídicas concretas que constituyen un verdadero estado, por cuanto que no se agotan por la realización de las mismas, sino que permiten su renovación continua".
(28)

En esta concepción por virtud del matrimonio se condiciona la aplicación de un estatuto que rige la vida de los consortes en forma permanente, es decir, un sistema de derecho es puesto en movimiento por virtud de un acto jurídico que permite la creación de situaciones permanentes y la realización constante de diversas consecuencias jurídicas.

3.-El matrimonio como acto jurídico mixto.- Algunos autores han pretendido explicar el carácter jurídico del matrimonio como acto mixto, y en este sentido se dice: "El matrimonio es un acto mixto debido a que se constituye no sólo por el consentimiento de los consortes, sino también por la intervención que tiene el Oficial del Registro Civil". (29)

Aquí es conveniente establecer que en el derecho se distinguen tres clases de actos, los privados que se realizan por la intervención exclusiva de los particulares, los públicos por la intervención de órganos estatales y los mixtos por la concurrencia tanto de particulares como de funcionarios públicos en el acto mismo, que hacen sus respectivas manifestaciones de voluntad.

El sector de la doctrina que sostiene la teoría del matrimonio, como acto jurídico mixto explican el carácter del matrimonio como acto mismo, señalando que el órgano del estado por conducto del Oficial del Registro Civil desempeña un papel constitutivo y no simplemente declarativo, pues si se omite en el acta respectiva la declaración que debe hacer el citado funcionario, considerando unidos a los consortes en legítimo matrimonio, no obstante el consentimiento de los contrayentes, éste no existiría jurídicamente.

4.- El matrimonio como contrato ordinario. Ésta ha sido la tesis tradicional, desde que se separó el matrimonio civil del religioso al

considerarlo tanto la doctrina y el derecho positivo como contrato, en el cual existen todos los elementos esenciales y de validez de dicho acto jurídico.

El artículo 130 de la Constitución General de la República y los Códigos Civiles de 1870, 1884 y 1928, calificaron al matrimonio como un contrato y contemporáneamente, nuestra Constitución únicamente refiere actos del estado civil.

En relación a esta consideración tenemos que: "Especialmente se invoca como razón el hecho de que los contrayentes deben manifestar su consentimiento ante el Oficial del Registro Civil. Por consiguiente se considera que en este caso como en todos los contratos, es elemento esencial el acuerdo de las partes. Asimismo se requiere que exista la capacidad necesaria en los contrayentes y que su voluntad no este viciada. Es decir, se aplican al matrimonio todas las reglas relativas a los elementos de validez que deben observarse en todo contrato, consistentes respectivamente en la capacidad, ausencia de vicios en la voluntad y licitud en el objeto, motivo y fin del acto". (30)

Esta posición doctrinaria ha sido objeto de diversas críticas, por lo que es conveniente citar aquellas más significativas y que son:

"a) El contrato de matrimonio carece de objeto desde el punto

30.- Ob. cit. pág. 213 y 214

de vista jurídico. El objeto de los contratos es una cosa o un derecho que se encuentra en el comercio. Si se juzga el matrimonio como contrato, la entrega recíproca de los cónyuges no puede ser objeto de un contrato.

b) En los contratos, la voluntad de las partes es la que, dentro de los límites de la ley, fija los derechos y obligaciones de cada una de ellas. Tratándose del matrimonio, si bien hay un acuerdo de voluntades entre los contrayentes para celebrarlo, todos los derechos y obligaciones que jurídicamente adquieren, están establecidos en la ley (artículo 182 del Código Civil). Sólo son libres para establecer, también dentro de ciertos límites, el régimen matrimonial respecto de sus bienes. Pero no lo son en cuanto a la reglamentación del estado mismo del matrimonio". (31)

De la cita anterior podemos inferir que la voluntad de las partes es la que, dentro de los límites de la ley, fija los derechos y obligaciones de cada una de ellas, pero en el matrimonio, si bien hay acuerdo de voluntades entre los contrayentes para su celebración, todos los derechos y obligaciones están establecidos por la ley.

De esta forma el artículo 147 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, prohíbe toda estipulación contraria a los fines del matrimonio, es decir, la perpetuación de la especie y la ayuda mutua, mientras que el artículo 182 declara que son nulos los pactos, que los

esposos hicieren contra las leyes o naturales fines del matrimonio.

Así de estos preceptos se desprende que no se pueden alterar las obligaciones y facultades que imperativamente establece la ley, ni tampoco los contrayentes pueden pactar términos, condiciones o modalidades que afecten el régimen del matrimonio que se considera de interés público.

No obstante lo anterior, podemos concluir que la consideración del matrimonio como contrato, ha tenido una larga tradición doctrinal y si bien existen autores que han objetado el carácter contractual del matrimonio, los mismos no desconocen el papel que la voluntad de los consortes juega en su celebración, por lo que desde nuestro punto de vista estamos de acuerdo con esta posición al no existir duda que el acuerdo de voluntades es indispensable para que se realice el matrimonio y por lo tanto, constituye un contrato.

5.- El matrimonio como contrato de adhesión.- Sobre este particular encontramos que: "Como una modalidad en la tesis contractual, se ha sostenido que el matrimonio participa de las características generales de los contratos de adhesión, toda vez que los consortes no son libres para estipular derechos y obligaciones distintos de aquellos que imperativamente determina la ley... En cuanto a los contratos de adhesión se ha sostenido que en realidad prevalece la voluntad de una de las partes sobre la otra, o bien la voluntad del Estado que a través de ciertos reglamentos determina algunas

cláusulas o elementos de los contratos de prestación de servicios públicos. Respecto al matrimonio, no se puede sostener que prevalezca la voluntad de una parte sobre la otra, sino que es la voluntad del Estado expresada en la ley la que se impone, de tal manera que ambos consortes simplemente se adhieren a la misma para aceptar en sus términos la regulación legal".(32)

La tesis que se comenta sostiene que el matrimonio tiene las características de un contrato de adhesión, en virtud de que los consortes no pueden estipular derechos y obligaciones distintos a aquellos que establece la ley. Sin embargo se olvida que ninguna de las partes, impone a la otra el conjunto de deberes y derechos propios de tal estado civil.

6.- El matrimonio como estado jurídico.- Desde este punto de vista se sostiene que: "El matrimonio se presenta como una doble consecuencia de la institución matrimonial y del acto jurídico que celebran las partes en unión del Oficial del Registro Civil, pues constituye a la vez una situación jurídica permanente que rige la vida de los consortes y un acto jurídico mixto desde el momento de su celebración" (33). Indudablemente el matrimonio constituye un estado jurídico, pues crea para los consortes una situación jurídica permanente que origina consecuencias constantes a todas y cada una de las situaciones que se van presentado durante la vida matrimonial, mediante la aplicación del estatuto legal respectivo.

7.- El matrimonio como acto de poder estatal. - Al hablar de este tema: "Para Cicu, el matrimonio es simplemente un acto de poder estatal cuyos efectos tienen lugar no tanto en virtud del acuerdo de los contrayentes, sino en razón del pronunciamiento del Juez del Registro Civil que declara unidos a los consortes en nombre de la sociedad y de la ley". (34)

En este sentido, tal punto de vista olvida, que no basta con el pronunciamiento del Juez del Registro, sino que se requiere también la previa declaración de los contrayentes, lo que no requiere mayor comentario debido a su nitida consideración.

C.- ELEMENTOS Y REQUISITOS DEL MATRIMONIO

I.- ELEMENTOS DE EXISTENCIA

Ahora bien, a continuación hablaremos de los elementos de existencia y validez que requiere el matrimonio como todo acto jurídico, así podemos decir que el matrimonio está constituido por ciertos elementos que lo integran y que en ausencia de ellos no se puede concebir su existencia, además de que es preciso que se llenen los requisitos de validez que la misma ley establece.

Primeramente nos avocaremos a determinar los elementos

33- Ob. cit. pág. 223.

34.- Cit. por Galindo Gafias Ignacio. Ob. cit. pág. 499.

esenciales del matrimonio, y para poder hacerlo aplicaremos la doctrina general relativa al acto jurídico, ya que no obstante la naturaleza especial que hemos señalado al matrimonio, ello no impide que en su celebración se tomen en cuenta las disposiciones generales que en el Código Civil regulan a los contratos y que de conformidad con el artículo 1859 son aplicables a los demás actos jurídicos, en tanto que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones sobre los mismos.

Así respecto a la definición de los elementos esenciales del matrimonio, vemos que son aquéllos sin los cuáles el acto jurídico no puede existir.

En tal virtud los elementos esenciales son parte integrante del acto jurídico, ya que si no aparecen en el acto, éste no puede siquiera llegar a formarse, por lo que la ausencia de cualquiera de los elementos de existencia se sanciona con la inexistencia del acto.

Y tomando en consideración la regulación que hace el Código Civil respecto a los matrimonios nulos, se desprende que se aceptan en principio todas las disposiciones contenidas en el propio código respecto a existencia y validez de los contratos, así como las reglas sobre capacidad, vicios del consentimiento, objeto, motivo y fin de los contratos, inexistencia e invalidez de los actos jurídicos.

Por tanto y de conformidad con los artículos 1794 y 2224 del Código Civil para el Distrito Federal, podemos afirmar que son elementos esenciales de un acto jurídico: a) la manifestación de voluntad y, b) la existencia de un objeto físico y jurídicamente posible y en algunos casos como en el matrimonio, c) las solemnidades requeridas por la ley, de conformidad con el artículo 146 de la ley citada que establece que el matrimonio debe celebrarse ante los funcionarios que establece la ley y con las formalidades que ella exige.

El estudio de estos elementos se enfocará primero al consentimiento, después al objeto, y finalmente, a la solemnidad.

Así Ernesto Gutiérrez y González nos dice que el consentimiento es: "El acuerdo de dos o más voluntades sobre la producción o transmisión de obligaciones y derechos, y es necesario que esas voluntades tengan una manifestación exterior, o en una forma más amplia que sirve para el contrato y el convenio, es el acuerdo de dos o más voluntades tendientes a la producción de efectos de derecho, siendo necesario que esas voluntades tengan una manifestación exterior". (35)

Se puede apreciar de este concepto que el consentimiento no se presenta como algo unitario, sino que reporta un contenido compuesto, por que se forma de dos o más voluntades, haciéndose notar que al unirse esas

dos voluntades generan el consentimiento.

Por su parte el maestro Rojina Villegas al hablarnos del consentimiento como elemento esencial del contrato nos dice: "Es el acuerdo o concurso de voluntades que tiene por objeto la creación o transmisión de derechos y obligaciones". (36)

Así el consentimiento como elemento esencial, está constituido por la manifestación de voluntad de los consortes, en el sentido de unirse en matrimonio, formando de esta forma el consentimiento propiamente dicho y, además la declaración del Juez del Registro Civil en el sentido de que los cónyuges quedan unidos en nombre de la sociedad y de la ley en legítimo matrimonio.

Este consentimiento de los contrayentes, se ha de manifestar libremente, en forma expresa e incondicional, debiéndose declarar en primer lugar en la solicitud para contraer matrimonio y después en el momento mismo de la celebración en presencia del Juez del Registro Civil, de conformidad por lo dispuesto en los artículos 97, 102 y 103 del Código Civil para el Distrito Federal.

Debe ser en forma expresa, ya que debe declararse previamente por escrito en la solicitud y verbalmente en el momento de la celebración del matrimonio, es decir, el consentimiento debe emitirse en forma escrita y

36.- Rojina Villegas Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo V. Obligaciones. 3ª Edic. Edit. Porrúa, S.A. México, 1976, pág. 271.

verbal, para no dejar duda alguna, respecto de su determinación de contraer matrimonio.

En tal virtud, podemos concluir que el consentimiento es un elemento de existencia en el matrimonio, de tal forma que éste será inexistente por la falta del mismo, y no sólo la falta de acuerdo de los pretendientes, sino también la omisión en cuanto a la declaratoria que debe hacer el oficial del Registro Civil, será causa de inexistencia.

El objeto es otro de los elementos esenciales del matrimonio y "Consiste en que la vida en común entre un solo hombre y una sola mujer, se sujeta a un conjunto de relaciones jurídicas que ambos han convenido en crear por propia voluntad. El objeto directo consiste precisamente, en la creación de esos derechos y obligaciones entre los consortes y en relación con los hijos". (37)

En base a lo expuesto, se puede concretar que el objeto del matrimonio desde el punto de vista estrictamente legal, consiste en la creación de derechos y de obligaciones entre los consortes, de tal manera que los fines específicos del mismo imponen la obligación a los cónyuges de hacer vida en común, ayuda recíproca, fidelidad, débito carnal y auxilio espiritual. Por otra parte cuando existan hijos, el matrimonio originará consecuencias con relación a los mismos, especialmente todos aquéllos derechos y obligaciones derivados de la patria potestad y la filiación.

37. Galindo Garfias Ignacio. Ob. cit. pág. 510.

En este aspecto es importante mencionar que si el objeto específico del matrimonio, consiste en la creación de derechos y obligaciones entre un hombre y una mujer, es evidente que la identidad sexual de los consortes originaría un obstáculo insuperable de carácter legal, por lo que es aplicable lo dispuesto por el artículo 1828 del Código Civil, el cual establece que es imposible el hecho que no puede existir porque es incompatible con una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización.

En consecuencia, al partir la ley necesariamente de la diversidad sexual para que se pueda celebrar dicho acto jurídico, es innegable que faltando este elemento esencial no puede haber matrimonio alguno, por existir un obstáculo que no permite su realización, si se toma en consideración que el matrimonio tiene como objeto que ambos consortes hagan vida marital, la cual no podrá realizarse, cuando no exista la diversidad sexual que la ley establece.

Lo que nos permite concluir que el objeto del matrimonio consiste precisamente en la creación de derechos y obligaciones entre un hombre y una mujer y cuando existan hijos en relación a ellos.

Ahora bien y por lo que se refiere a la solemnidad como tercer elemento del matrimonio, se puede destacar que aquélla: "Es el conjunto de elementos de carácter exterior, que rodean o cubren a la voluntad de los que

contratan, y que la ley exige para la existencia del acto". (38)

En consecuencia la solemnidad consiste en el reconocimiento que debe hacer la norma a la manifestación de la voluntad, pues en el supuesto de que el derecho no amparase tal declaración, no habría propiamente un acto jurídico.

En otras palabras, a nuestro criterio el efecto de esta formalidad, es darle existencia al acto jurídico y ante su falta, la voluntad de los que lo celebran no producen los efectos deseados y en consecuencia el acto no existe.

Así en cuanto a las solemnidades que son esenciales para la existencia del matrimonio, aunque el Código no lo diga de una manera expresa, de conformidad con los artículos 102 y 103 podemos considerar las siguientes: que se otorgue el acta matrimonial, que se haga constar en ella la expresión de voluntad de los consortes, como la declaración del Juez del Registro Civil considerándolos unidos en el nombre de la ley y de la sociedad, y que se asienten los nombres y firmas de los contrayentes y del Juez del Registro Civil.

Por tanto, en el matrimonio no basta el consentimiento y el

38.- Gutiérrez y González Ernesto. Ob. cit. pág. 241.

objeto, sino que se requiere además de la solemnidad, pues no debe perderse de vista que ésta es una forma elevada al rango de elemento de existencia, que si llega a faltar produciría que el Matrimonio fuere inexistente.

2.- ELEMENTOS DE VALIDEZ

En el punto anterior fueron expuestos cuales son los elementos que el matrimonio requiere para existir y una vez que el acto existe, por reunirse las voluntades y referirse a un objeto, con las solemnidades de ley, se precisan otros requisitos para que el acto tenga validez, ya que si no se cumple con estos el acto existirá, pero no produce sus efectos normales.

En cuanto a los elementos de validez, el matrimonio requiere como todos los actos jurídicos la capacidad, la ausencia de vicios en el consentimiento, la licitud en el objeto, motivo o fin de acto y la observancia de las formalidades legales, indicando que son: "Aquellos que no son necesarios para la existencia del acto jurídico, pero cuya inobservancia trae consigo la nulidad absoluta o relativa, según lo disponga la ley" (39). Lo que nos permite decir, que si no se cumple con éstos elementos, el acto existirá, pero no surte su plenitud y eficacia jurídica.

Como efecto de lo anterior, iniciaremos hablando en primer término de la capacidad como elemento de validez del matrimonio.

39.- *Rojina Villegas Rafael. Ob. cit. pág. 232.*

Con respecto a la definición de capacidad encontramos que: "La capacidad, es la aptitud jurídica para ser sujeto de derechos y de deberes, y hacerlos valer". (40)

Para determinar la capacidad de los contrayentes para la celebración del matrimonio, tenemos que distinguir entre la capacidad de ejercicio y la capacidad de goce.

En este sentido: "Tienen capacidad de goce los que han llegado a la edad núbil o sea, en nuestro derecho, dieciséis años para el hombre y catorce para la mujer. Los menores de dicha edad carecen de capacidad de goce para celebrar el matrimonio, es decir, hay un obstáculo insuperable que la propia ley reconoce para que se pueda celebrar validamente el citado acto. Sólo se exceptúa el matrimonio celebrado por menores de edad, cuando haya habido hijos o cuando sin haberlos habido, el menor hubiera llegado a los 21 años y ni él, ni el otro cónyuge hubieran intentado la nulidad... La capacidad de ejercicio en el matrimonio, ésta supone la capacidad de goce, es decir, que ya se tiene la edad núbil pero que también se han cumplido los 21 años para poder celebrar validamente el matrimonio. Además se requiere no padecer locura ni alguna de las otras enfermedades que se indican en las fracciones VIII y IX del artículo 156 del Código Civil". (41)

40.- Gutiérrez y González Ernesto. Ob. cit. pág. 327.

41.- Rojas Villegas Rafael. Ob. cit. pág. 252 y 253

Así podemos determinar que la capacidad de goce alude a la aptitud para la cópula entre los contrayentes, que la ley fija en la edad requerida para contraer matrimonio y que de conformidad con el artículo 148 del Código Civil del Distrito Federal, el hombre necesita haber cumplido dieciséis y la mujer catorce.

Sin embargo conforme a lo dispuesto por el artículo 237 del Código Civil dejará de existir nulidad en el matrimonio celebrado por menores de dicha edad, cuando haya habido hijos, o cuando sin haberlos el menor hubiere llegado a los dieciocho años sin haberse intentado la nulidad, por lo que vemos entonces, que hay una excepción a la regla general, mediante la cual ya no se actualiza la nulidad del matrimonio.

En cuanto a la capacidad de ejercicio, que es la aptitud jurídica de ejercitar o de hacer valer los derechos que se tengan, se adquiere a los 18 años, por lo que las personas mayores de esta edad tienen plena capacidad de ejercicio al poder celebrar libremente el matrimonio.

No obstante ello, el hombre que ha cumplido 16 años y la mujer 14, pueden celebrar matrimonio antes de llegar a la mayoría de edad, pero es necesario el consentimiento de quienes ejercen la patria potestad o tutela, es decir, por lo que se refiere a la capacidad de ejercicio para celebrar el acto matrimonial, los menores de 18 años requieren el consentimiento de sus ascendientes o tutor, siendo importante señalar que este consentimiento

puede ser suplido por la autoridad administrativa, cuando los ascendientes o tutores lo nieguen sin justa causa (artículo 151 del Código Civil).

Así en el matrimonio se establece una modalidad importante, pues tratándose de los menores de edad que ya llegaron a la edad núbil, sólo se requiere el consentimiento de los padres, abuelos o tutor, en sus respectivos casos, pero directamente el menor celebrará el acto matrimonial. En cambio, tratándose de contratos el menor no celebra el negocio, sino que es su representante quien lo substituye en el acto mismo de su celebración.

En consecuencia, de acuerdo con lo expuesto, la capacidad se presenta como un elemento de validez en el matrimonio, donde se requiere que la voluntad o voluntades que en él intervienen, sean de personas conscientes de lo que hacen, de personas capaces, sancionándose con la nulidad relativa la inobservancia de ese requisito, según lo establecen los artículos 238 y 240 del Código Civil.

Ahora bien, también es indispensable que las voluntades que integran el consentimiento no sufran vicio alguno, pues basta que una sola de ellas lo esté para que el consentimiento resulte invalidado.

En tales términos, la ausencia de vicios de la voluntad constituye otro de los elementos de validez del matrimonio, por lo que es preciso saber que son los vicios de la voluntad, y cuales sanciona la ley.

Así Gutiérrez y González prescribe que se debe entender por vicio: "la realización incompleta o defectuosa de cualquiera de los elementos de esencia de una institución". (42)

Siendo de tal forma que, cuando un elemento de existencia se realiza o se presenta de una manera imperfecta, está viciado y así tenemos que nuestro Código Civil en sus artículos 1812 a 1823 regulan el error, el dolo y la violencia como vicios del consentimiento y por lo tanto aplicables al matrimonio en lo conducente, de acuerdo con lo que hemos dicho. En especial los artículos 235 fracción I, y 245 contempla como causa de nulidad, el error acerca de la persona con quien se contrae, cuando entendiendo uno de ellos celebrar matrimonio con determinada persona lo contrae con otra, así como el miedo y la violencia cuando se incurra en las circunstancias enumeradas en las tres fracciones del último de los preceptos señalados.

Con vista de lo antes expuesto, el consentimiento de los consortes en el matrimonio ha de estar exento de vicios, de tal suerte que debe manifestarse de manera cierta, por lo que no debe existir error acerca de la persona con quien se contrae el matrimonio, ya que el error vicia el consentimiento, cuando entendiendo celebrar matrimonio con persona determinada, se contrae con otra.

También el consentimiento debe manifestarse de manera libre, por lo tanto, toda forma de violencia que importe peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes y que haya sido causada al cónyuge mismo o a la persona o personas que le tengan bajo su patria potestad o tutela, subsistente al celebrarse el matrimonio, será causa de nulidad, al ser contemplada así por el artículo 245 del Código Civil.

En síntesis, es indispensable que las voluntades que integran el consentimiento no sufran vicio alguno, pues basta que una sola de ellas lo esté, para que el consentimiento resulte viciado, por lo que la voluntad debe estar exenta de vicios para poder celebrar validamente el matrimonio.

Otro de los requisitos para alcanzar su validez el matrimonio, es la licitud en el objeto, motivo o fin y sobre ello los artículos 1830 y 1831 del Código Civil, determinan que es ilícito el hecho, así como el fin o motivo determinante de la voluntad, que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres y que interpretado a contrario sensu, se desprende que es lícito todo lo que va conforme a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.

Así vemos que la ilicitud del objeto tiene lugar en el matrimonio:

"a) Si existe parentesco por consanguinidad, por afinidad o por adopción, entre los cónyuges dentro de los límites que establece el Código Civil.

b) Si ha habido adulterio entre las personas que pretenden contraer matrimonio, siempre que éste adulterio haya sido judicialmente comprobado.

c) El atentado contra la vida de uno de los cónyuges para casarse con el que queda libre, y

d) Finalmente la bigamia". (43)

En efecto, la hipótesis del parentesco implica una ilicitud permanente desde que se celebra el matrimonio, pues se considera absolutamente inmoral el enlace cuando exista el parentesco consanguíneo, por afinidad o por adopción.

También en el adulterio habido entre las personas que pretenden celebrar matrimonio y en el atentado contra la vida, existe un hecho ilícito que la ley toma en consideración y que se refleja en el matrimonio para afectarlo de nulidad, mientras tanto, en el caso de bigamia la ilicitud se presenta en el momento mismo de la celebración.

43.- Galindo Garfias Ignacio. Ob. cit. pág. 257.

Supuestos que son contemplados por el Código Civil y que de conformidad con lo dispuesto por los artículos 156 fracciones III, IV, V, VI y X y 235 son causas de nulidad.

Ahora bien, en materia matrimonial para el caso de ilicitud en el fin o en la condición, vemos que no se establece la nulidad del acto como se dispone en la regla general, sino que subsiste el matrimonio, pero son nulos los pactos que vayan en contra de sus fines, o bien, se tienen por no puestas las condiciones que pretendan contrariar los mismos.

Lo anterior, al determinar los artículos 147 y 182 del Código Civil por no puesta cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los consortes, y la nulidad de cualquier pacto que hicieren los esposos contra las leyes o los naturales fines del matrimonio.

Por consiguiente, para la validez del matrimonio se necesita también que los cónyuges persigan un objeto, les guíe un motivo o persigan un fin de los que la ley, o las buenas costumbres consideren como lícito.

Por último y en relación a las formalidades legales que deben observarse en la celebración del matrimonio, iniciaremos citando primeramente al jurista Gutiérrez y González, quien dice que la forma se puede entender como la "manera en que debe externarse y/o plasmarse la

voluntad de los que contratan, conforme lo disponga o permita la ley". (44)

De esta forma los artículos 102 y 103 del Código Civil regulan tanto las solemnidades, como las formalidades en la celebración del matrimonio.

En tal sentido y de conformidad con las disposiciones citadas, podemos considerar como formalidades las siguientes:

1.- Asentar lugar, día y hora del acta de matrimonio;

2.- Hacer constar en el acta la edad, ocupación, domicilio, y lugar de nacimiento de los contrayentes;

3.- Si son mayores o menores de edad;

4.- El consentimiento de los padres, de los abuelos o tutores o de las autoridades que deban suplirlo, haciendo constar los nombres, apellidos, ocupación y domicilio de las citadas personas;

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

6.- La manifestación de los cónyuges de que contraen

matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal o de separación de bienes;

7.- Los nombres, apellidos, edad, estado civil, ocupación y domicilios de los testigos, haciendo constar su declaración si son o no parientes de los contrayentes, y si lo son en que grado y en que línea.

Pero debemos distinguir, que además de todas las formalidades que hemos indicado y que constituyen un elemento de validez, existen otras, en estos artículos, que constituyen un elemento esencial para la existencia del acto y a las cuales ya nos hemos referido al hablar del tema de la solemnidad como elemento esencial del matrimonio.

En este aspecto se puede decir que, en en cuanto a la forma desempeña un doble papel, pues alternativamente, puede ser un simple elemento de validez o bien un elemento esencial por constituir una verdadera solemnidad.

También en cuanto a la forma es conveniente señalar que el artículo 47 estatuye: "Los vicios o defectos que haya en las actas, sujetan al Oficial del Registro Civil a las correcciones que señala el reglamento respectivo; pero cuando no sean sustanciales no producirán la nulidad del acto, a menos que judicialmente se pruebe la falsedad de éste".

Así, conforme a este precepto se puede hacer una distinción entre vicios de las actas que no son sustanciales, y defectos que por ser sustanciales producirán la nulidad no sólo de las actas mismas, sino también del acto jurídico que en ellas se contenga.

De esta forma encontramos determinadas formalidades que son necesarias para la validez del matrimonio, y algunas otras que si se omiten, únicamente incurren en un vicio o defecto no sustancial, que no puede afectar la validez del matrimonio.

Dentro de este último supuesto se puede señalar, la omisión consistente en que no se haga constar los nombres, apellidos, ocupación y domicilio de los padres cuando sea mayor de edad el contrayente: la omisión de asentar que no hubo impedimento o que este se dispensó y la omisión del estado, ocupación y domicilio de los testigos.

Para concluir también mencionaremos que los artículos 97 a 101 del Código Civil para el Distrito Federal, regulan los requisitos que son anteriores a la celebración del matrimonio, pero de ninguna manera debemos confundirlos con los elementos de existencia o de validez, ya que su división no coincide con la clasificación de los elementos esenciales del acto jurídico matrimonial.

D.- DE LOS IMPEDIMENTOS PARA CONTRAER MATRIMONIO

I.- DE LOS IMPEDIMENTOS EN GENERAL

Como ha quedado establecido en el punto anterior, la falta de los elementos esenciales o de los elementos de validez del matrimonio, impiden que pueda celebrarse válidamente. En tal sentido todo hombre que se halle en pleno uso de razón, en principio está capacitado para celebrarlo, pero la naturaleza misma del matrimonio exige que personas que no se acomodan a sus exigencias esenciales no deben poder contraerlo.

Así el nombre de impedimento matrimonial, se emplea para designar cuanto se opone a la celebración del matrimonio, abarcando este concepto determinadas cualidades y circunstancias personales que conforme a derecho, se oponen a la celebración del matrimonio de aquél a quien afecta.

De esta forma, los impedimentos que constituyen prohibiciones para la celebración del matrimonio han sido clasificados tradicionalmente en dirimientes y los impeditivos: "Los primeros no sólo representan obstáculo para la celebración del matrimonio, sino que celebrado a pesar de su concurrencia, lo invalida; los segundos, una vez celebrado, no lo invalidan, pero lo hacen ilícito" (45)

45.- Pina Rafael de. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Tomo I. Introducción. Personas Familia, 19ª Edic. Edit. Porrúa, S.A. México, 1995, pág. 329.

De lo anterior se deduce que en los impedimentos dirimentes la violación de la prohibición produce la nulidad del matrimonio, mientras que en los impedientes la transgresión de la prohibición, no invalida el matrimonio pero da lugar a una ilicitud.

En nuestro sistema jurídico el artículo 156 del Código Civil, enumera diez impedimentos para contraer matrimonio, consagrando tal disposición exclusivamente impedimentos dirimentes, ya que todos ellos originan la nulidad del matrimonio, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 235 fracción II, el cual establece que el matrimonio será nulo cuando se celebre concurriendo algún impedimento.

Por su parte en el artículo 264 del ordenamiento sustantivo en cita, se reconocen los impedimentos impedientes que no afectan la validez del acto, pero producen su ilicitud al establecer que es ilícito, pero no nulo el matrimonio; cuando se ha contraído estando pendiente la decisión de un impedimento que sea susceptible de dispensa, y cuando no se haya otorgado la previa dispensa que requiere el artículo 159, y cuando se celebre sin que hayan transcurrido los términos fijados en los artículos 158 y 289.

Todos los impedimentos dirimentes e impedientes serán estudiados con posterioridad cuando hablemos en particular sobre ellos.

En consecuencia, tomando en consideración la regulación que hace nuestro derecho, podemos decir, que la esencia del impedimento es la prohibición legal de un matrimonio por circunstancias que se refieren a la persona o a la situación de alguno de los pretendientes, concluyendo a nuestro criterio, que por impedimento debemos entender toda prohibición establecida por nuestra legislación civil, esto es, toda circunstancia de carácter biológico, moral o jurídica por lo cual se considera que el matrimonio no debe celebrarse.

2.- EDAD

Para contraer matrimonio, nuestra ley exige que los contrayentes tengan posibilidad intelectual y física para celebrarlo y para realizar los fines de la institución, de tal forma, es contemplada como impedimento la falta de edad requerida por la ley, cuando no ha sido dispensada.

En otras palabras es necesario que quienes vayan a celebrarlo, hayan alcanzado un desarrollo orgánico para realizar la cópula carnal y además que tenga el discernimiento suficiente para cumplir con las finalidades del matrimonio.

Nuestro Código Civil en su artículo 148, determina que para la celebración del matrimonio el hombre necesita haber cumplido 16 años y la mujer 14.

Por tanto el matrimonio ha de realizarse entre un varón y una mujer que han alcanzado esta edad, misma que nuestro derecho de acuerdo con los datos de la experiencia, presume como la edad en que se alcanza respectivamente la pubertad.

En nuestro medio es frecuente que la pubertad se anticipe a las edades señaladas por el Código, es por eso, que se prevé el caso de dispensa de edad, para que se celebre el matrimonio entre menores que no han alcanzado la edad señalada, siendo el caso en que generalmente se otorga por el embarazo de la mujer.

Sin embargo, tomando en consideración que esta posibilidad física para poder realizar la cópula carnal, de ninguna manera autoriza a presumir la capacidad intelectual suficiente, para discernir de una manera plena las consecuencias del acto matrimonial, nuestra ley ha determinado que, es preciso, que quienes ejerzan la patria potestad sobre el menor de 18 años que pretende contraer matrimonio, el tutor o en su caso el Juez de lo familiar, sean quienes presten su asistencia al menor de edad otorgando su consentimiento para celebrarlo.

3.- CONSENTIMIENTO

En su momento ya hemos determinado que el matrimonio no se concibe sin el consentimiento de los contrayentes, pues se trata de un acto

jurídico que por lo mismo requiere de la manifestación de la libre voluntad, libre de todo vicio para que validamente pueda expresarse.

No obstante la voluntad de los contrayentes y como hemos precisado, el menor de dieciocho años requiere para contraer matrimonio del consentimiento de quienes ejercen la patria potestad, de su tutor o del juez en sus respectivos casos, constituyendo la falta del mismo un impedimento para la celebración del matrimonio (artículo 156 fracción II).

Sobre el particular los artículos 149, 150, 151 y 152 del Código Civil determinan que el menor de edad requiere en primer término del consentimiento de los padres, y a falta de ellos o por imposibilidad el de los abuelos paternos o del que sobreviva, y a falta de éstos de los abuelos maternos o del que sobreviva. Faltando padres y abuelos, es necesario el consentimiento de los tutores; y faltando éstos, el Jefe de lo Familiar podrá suplir el consentimiento de las personas antes mencionadas y si se niega a ello esta autoridad, los interesados pueden ocurrir al Tribunal Superior insistiendo en su petición.

De igual manera está debidamente establecido que si los ascendientes o tutores, negaren o revocaren el consentimiento que hubieren concedido, el Jefe del Departamento del Distrito Federal o los Delegados podrán o no suplir el consentimiento después de haber levantado una información sobre el particular, supuesto con el que no estamos de acuerdo.

y que posteriormente expondremos, mediante las consideraciones que formularemos al respecto.

Ahora bien los artículos 153 y 155 de nuestro Código Civil señalan que el consentimiento que otorgan en su caso los ascendientes, el tutor o el Juez de lo Familiar, no puede revocarse a menos que haya justa causa para ello y para tal efecto se requiere que se haya probado debidamente.

De lo que desprendemos, que una vez otorgado el consentimiento, posteriormente ya no puede cambiarse, a menos que exista alguna causa que la justique y que sea probada fehacientemente.

Por último y para entender el consentimiento Galindo Garfias al hablarlo de el nos explica lo siguiente: "Se dice que la voluntad ha de ser declarada expresamente en el sentido de que ha de ser manifestada en forma directa, indubitable, sin reticencias, que no dejen lugar a duda respecto a la decisión de contraer matrimonio. Se entiende que el consentimiento ha de ser prestado libremente porque la manifestación que se tenga por medio de coacción, violencia física o moral (temor), invalida el matrimonio. Que el consentimiento se otorgue en forma incondicional, quiere decir que ha de ser liso y llano y que al otorgarlo no se pueden estipular fines contrarios al matrimonio. La declaración de voluntad para la celebración del matrimonio implica que el declarante acepta todos los derechos y obligaciones,

facultades y deberes implícitos en la institución” (46)

Como efecto de lo anterior, deducimos que es esencial que el consentimiento de los contrayentes deba ser declarado en forma expresa e incondicional y prestado de manera libre respecto a su voluntad de contraer matrimonio, ya que de no ser así, la misma estaría viciada y como consecuencia produce su nulidad.

4.-DE LOS IMPEDIMENTOS DIRIMENTES

Como ya se ha señalado, los impedimentos dirimentes constituyen prohibiciones cuya violación invalida el matrimonio, por tanto a continuación analizaremos brevemente los diez impedimentos de esta clase que enumera el artículo 156 del Código Civil y los cuales producen la nulidad.

1.- Así primeramente el artículo 156 en su fracción I, establece como impedimento la falta de edad requerida por la ley, cuando no haya sido dispensada, es decir, si cualquiera de los contrayentes no ha alcanzado la edad requerida por la ley, y no se ha obtenido previamente la dispensa de edad, el matrimonio no puede celebrarse válidamente.

La dispensa puede ser concedida por el Jefe del Departamento

46.- Ob. cit. pág. 514 y 515.

del Distrito Federal o por los delegados, cuando existan causas graves y justificadas, de acuerdo con el artículo 148 del Código Civil para el Distrito Federal.

Por tanto, la falta de edad de 16 años en el hombre y 14 en la mujer, constituye un impedimento dirimente y de conformidad con el artículo 235 origina la nulidad cuando no se observa.

A pesar de esto, el artículo 237 del Código Civil dispone que dejará de ser causa de nulidad cuando se haya procreado un hijo y cuando aunque no los haya habido, el menor hubiere llegado a la mayoría de edad, y ni él ni el otro cónyuge hubieren intentado la acción de nulidad, en consecuencia, en ambas hipótesis la falta de edad deja de ser causa de nulidad.

2.- La fracción II del artículo 156, establece como impedimento la falta de consentimiento del que, o los que ejercen la patria potestad, del tutor o del Juez, en sus respectivos casos, cuando el contrayente es menor de edad.

De lo anterior se desprende que necesariamente se requiere del consentimiento de las personas citadas, para la debida validez del matrimonio, cuando los contrayentes sean menores de 18 años.

Acertadamente es considerado como impedimento la falta de consentimiento de las personas señaladas, tomando en consideración la inexperiencia del menor sobre el acto que pretende llevar a cabo y de la necesidad de que sea debidamente conducida su determinación, al ser autorizada por parte de quienes tienen a su cargo la obligación de cuidarlo y protegerlo, y quienes miran siempre en interés y beneficio del menor, pero claro está que éste consentimiento no debe ser negado injustificadamente, razón por la cual, en un momento determinado puede ser suplido por la autoridad con la finalidad de celebrarlo válidamente.

Ahora y respecto al ejercicio de la acción de nulidad por falta de consentimiento de los ascendientes, los artículos 238 y 239 de la Legislación Civil, nos dicen, que sólo podrá hacerse valer por aquél o aquéllos a quienes tocaba prestarlo dentro del término de 30 días, contados a partir de que se tenga conocimiento de la celebración del matrimonio, cesando esta causa de nulidad si han pasado los treinta días, sin que haya sido solicitada o si dentro de este término, el ascendiente ha consentido expresamente el matrimonio o tácitamente, haciendo donación a los hijos en consideración del mismo, recibiendo a los cónyuges en su casa, presentado a la prole como legítima al Registro Civil, o por medio de cualquier otro acto que a juicio del juez revele de una manera clara la aceptación del matrimonio, lo que presume la conformidad con el mismo.

Por su parte la nulidad por falta de consentimiento del tutor o del juez, también debe intentarse dentro del término de treinta días por

cualquiera de los cónyuges o por el tutor, cesando esta causa de nulidad si se obtiene la ratificación del tutor o la autorización judicial, confirmando el matrimonio antes de que se presente la demanda de nulidad.

De todo lo anterior podemos concluir que si hay personas que ejerzan la patria potestad, sólo a ellos compete la acción de nulidad, en tanto que si el consentimiento debió ser prestado por el tutor o suplido por el juez, la acción puede ser ejercida por cualquiera de los cónyuges o por el tutor.

3.- Conforme a lo establecido en la fracción III del multicitado artículo, es impedimento el parentesco por consanguinidad en línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado. En la línea colateral igual, el impedimento se extiende a los hermanos y medios hermanos, y en la colateral desigual se extiende solamente a los tíos y sobrinos, siempre que estén en el tercer grado y no hayan obtenido dispensa.

En relación a esta prohibición, el artículo 241 señala que el parentesco de consanguinidad no dispensado anula el matrimonio, pero si se obtiene después la dispensa, reconocida la nulidad, ambas partes pueden reiterar su consentimiento mediante un acta ante el Juez del Registro Civil para que de esta forma quede revalidado el matrimonio.

Sin duda en la hipótesis anterior, el parentesco por consanguinidad comprende tanto una razón biológica como una de tipo religiosa y moral.

4.- Por su parte la fracción IV, contempla como impedimento el parentesco de afinidad en línea recta sin limitación alguna.

Aquí es importante señalar que este impedimento supone, que el matrimonio que dio origen al parentesco de afinidad, se ha disuelto por divorcio, por nulidad o por la muerte de uno de los cónyuges, ya que de otra manera, si tal enlace subsistiera habría bigamia como consecuencia del segundo matrimonio.

Por tanto, no obstante la disolución del primer matrimonio, el parentesco de afinidad sigue sólo para el efecto de constituir un impedimento entre uno de los ex cónyuges y los ascendientes o descendientes del otro.

La acción de nulidad que nace de esta clase de impedimento, al igual que el de la fracción III, puede ejercitarse por cualquiera de los cónyuges, o por sus ascendientes y por el Ministerio Público, y podemos decir, que la razón de nulidad que existe en este caso, es exclusivamente de tipo moral.

5.- Otro de los impedimentos para la celebración del matrimonio, es el adulterio habido entre las personas que pretenden contraerlo, cuando haya sido declarado judicialmente.

El impedimento comentado, parte precisamente del supuesto de que el primer matrimonio ha quedado disuelto por divorcio, nulidad o muerte

de uno de los cónyuges, pero durante la vigencia del vínculo uno de ellos cometió adulterio, y después al disolverse pretende contraer nuevo matrimonio con la persona con quien realizó aquél delito.

Razones de orden moral y social, son las que impiden que las personas que han cometido el delito de adulterio, puedan contraer matrimonio, ya que existe una violación a las buenas costumbres por la inmoralidad que después resulta si se permitiera su celebración.

El ejercicio de la acción de nulidad en este caso, conforme al artículo 243 puede ser intentada por el cónyuge ofendido y por el Ministerio Público, en el caso de disolución por causa de divorcio del matrimonio anterior y únicamente por el Ministerio Público, si ese matrimonio se ha disuelto por muerte del cónyuge ofendido, en ambos casos, la acción debe intentarse dentro del término de los seis meses siguientes a la celebración del matrimonio de los adúlteros.

6.- El atentado contra la vida de uno de los cónyuges para casarse con el que quede libre, también constituye un impedimento dirimente, y de conformidad con el artículo 244 si se realiza el matrimonio, los hijos del cónyuge víctima del atentado o el Ministerio Público, pueden deducir la nulidad dentro del término de seis meses, contados desde que se celebró el nuevo matrimonio.

En cuanto al atentado contra la vida, no se requiere la consumación del delito de homicidio, sino más bien la realización de los actos previos a la consumación, encaminados directamente a causar la muerte de uno de ellos, siendo necesario, que se compruebe el propósito de privar de la vida a uno de los cónyuges, para que si después queda disuelto por otras causas el vínculo, el autor del atentado no se encuentre en aptitud de celebrar matrimonio con el otro cónyuge.

7.- La fracción VII del artículo 156, consagra como impedimento dirimente la fuerza o miedo graves, así como el caso de rapto, mientras la raptada no sea restituida a lugar seguro donde pueda declarar libremente su voluntad.

Particularmente el artículo 245 del Código Civil, nos aclara el alcance que tiene el miedo y la violencia al establecer que serán causa de nulidad del matrimonio si concurren las circunstancias siguientes:

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

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

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

Hemos visto que el consentimiento para contraer matrimonio se debe de dar en forma libre y espontánea, sin que exista coacción física o moral que se ejerza para arrancar la voluntad, ya que de darse vicia la voluntad y como consecuencia produce la nulidad del matrimonio al no poder manifestarse libremente el consentimiento.

Así la fuerza y miedo graves aparte de ser fundado y de causar un estado anímico de temor en la víctima, tiene que subsistir al tiempo de celebrarse el matrimonio, y además debe ser originado por la seria amenaza de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de bienes de la víctima del temor.

Observemos que en el matrimonio la violencia debe ejercerse sobre el mismo cónyuge o sobre las personas que lo tengan bajo su patria potestad o tutela, supuesto que difiere de la regla general que en materia de contratos, regula el vicio del consentimiento, ya que de conformidad con el artículo 1819 existe la violencia, cuando se emplea fuerza física o amenazas que importe peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado; por tanto, hay una omisión en el artículo 245, ya que no contempla el supuesto de que el cónyuge violentado tenga hijos,

ascendientes que no ejerzan la patria potestad o bien colaterales dentro del segundo grado sobre los cuales se pueda poner en peligro la vida, la honra, la libertad o una parte considerable de sus bienes.

Así la acción que nace de estas causas de nulidad, solo puede ser ejercitada por el cónyuge agraviado, dentro de 60 días contados desde la fecha en que cesó la violencia o intimidación, tal y como lo establece el artículo 245.

8.- También en la fracción VIII, se señala como impedimentos la impotencia incurable para la cópula y las enfermedades crónicas e incurables que sean además contagiosas y hereditarias.

Como ejemplo de las enfermedades crónicas e incurables, podemos mencionar la sífilis y la tuberculosis.

En nuestro derecho la acción de nulidad que se funde en alguna de las causas antes expresadas, sólo puede ser pedida por cualquiera de los cónyuges dentro del término de sesenta días, contados desde que se celebró el matrimonio, siendo importante mencionar, que las citadas enfermedades pueden ser causas de nulidad en los términos señalados, o bien, causales de divorcio conforme a lo dispuesto por el artículo 267 fracciones VI.

9.- De acuerdo con la fracción IX del artículo 156 en comento, y de encontrarse en alguno de los estados de incapacidad que se mencionan

en la fracción II del artículo 450, cuando se trata de mayores de edad que sufran disminución o perturbación en sus facultades mentales y padezcan alguna enfermedad o deficiencia de carácter físico, psicológico o sensorial, los alcohólicos, los adictos a psicotrópicos o estupefacientes, que no puedan gobernarse por sí mismos o manifestar su voluntad por algún medio, están impedidos para celebrar matrimonio.

La causa de nulidad conforme al artículo 247 del Código Civil, sólo puede ser invocada por el otro cónyuge o por el tutor del incapacitado en cualquier tiempo, ya que no se señala un término de prescripción.

10.- Por último en la fracción X del artículo 156, se menciona como impedimento el matrimonio subsistente con persona distinta de aquella con quien se pretende contraer matrimonio.

De acuerdo con el artículo 248 de la Legislación Civil, puede deducirse en todo tiempo por el cónyuge del primer matrimonio, por sus hijos o herederos, por los cónyuges que contrajeron el segundo matrimonio o por el Ministerio Público.

La existencia del citado impedimento, protege la organización de la familia monogámica y la esencia misma del matrimonio que sólo se concibe entre un sólo hombre y una sola mujer.

5.- DE LOS IMPEDIMENTOS IMPEDIENTES

Ahora bien, y toda vez que ya nos hemos referido a los impedimentos dirimentes, a continuación haremos alusión a los denominados impedimentos impeditivos.

En este sentido es conveniente citar el comentario que hace de ellos el maestro Galindo Garfias, quien dice: "Se llaman impeditivos aquellas prohibiciones que para celebrar el matrimonio han sido establecidas por la ley y que no producen nulidad del acto, sino simplemente su ilicitud...Se llama ilicito al matrimonio así celebrado porque es contrario al régimen normalmente deseable de la institución, pero para evitar las más graves consecuencias que derivarían de su invalidez, el derecho objetivo se limita a marcarlos con un sello de reprobación". (47)

Por lo anterior podemos decir, que el derecho reprueba aquellos matrimonios que se celebran a pesar de que existen prohibiciones, sin que produzcan los mismos efectos que los impedimentos dirimentes.

De esta forma los impedimentos impeditivos, tienen lugar de conformidad con el artículo 264 del Código Civil, que señala que es ilícito, pero no nulo el matrimonio en los siguientes casos:

- a) Cuando se celebra el matrimonio estando pendiente la

47.- Ob. cit. pág. 518.

decisión de un impedimento que sea susceptible de dispensa.

En este sentido, se hace referencia a que se encuentra pendiente la decisión de un impedimento susceptible de dispensa y nuestra ley contempla en este supuesto a la falta de edad y al parentesco de consanguinidad en línea recta colateral desigual.

b) Cuando no se ha otorgado la previa dispensa que requiere el artículo 159, es decir si se efectúa el matrimonio, a pesar de que no se ha otorgado al tutor o al curador la aprobación de cuentas de tutela.

En efecto, el artículo 159 señala que el tutor, el curador y los descendientes de uno y otro, no pueden contraer matrimonio con la persona que ha estado o está bajo su guarda, a no ser que se obtenga dispensa.

Este impedimento puede ser dispensado, pero la autoridad administrativa no podrá concederla hasta en tanto no hayan sido aprobadas las cuentas de la tutela.

c) Cuando no ha transcurrido el plazo de trescientos días después de disuelto el primer matrimonio y la mujer contrae nuevo matrimonio, excepto cuando dentro de éste término diere a luz un hijo.

El anterior término es señalado por el artículo 158 y al cual nos remite el artículo 264 en su fracción II, considerando que es establecido,

en virtud, de que se puede atribuir la paternidad de los hijos concebidos por la mujer, a quien legalmente corresponde, es decir, al marido anterior.

d) Por último, también la fracción II del artículo 264 nos remite a lo contemplado por el artículo 289, el cual establece que el cónyuge que ha dado causa al divorcio, no puede volver a casarse si no después de dos años, contados desde que se decretó la disolución del vínculo y respecto a los cónyuges que se divorcian voluntariamente para que puedan celebrar nuevo matrimonio, es necesario que haya transcurrido un año desde que quedó disuelto el matrimonio.

De todo lo expresado se deriva que la violación a la prohibición, no invalida el matrimonio, pero da lugar a su ilicitud, marcándola de esta forma únicamente con un sello de reprobación y evitando las consecuencias que derivarían de su invalidez.

Una vez de haber analizado el matrimonio y sus elementos, así como los impedimentos para su celebración, a continuación hablaremos de la suplencia del consentimiento para contraer matrimonio, en el que determinaremos el derecho de los ascendientes, del tutor o del juez de lo familiar para otorgar su consentimiento para la celebración del matrimonio del menor de edad, así como las autoridades que en un momento determinado puedan suplirlo.

CAPÍTULO III.- LA SUPLENCIA DEL CONSENTIMIENTO DE LOS ASCENDIENTES PARA CONTRAER MATRIMONIO DE ACUERDO A LA LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL

A.- DEL CONSENTIMIENTO DE LOS ASCENDIENTES PARA CONTRAER MATRIMONIO

A lo largo de nuestro trabajo, hemos precisado que es necesario el consentimiento de los ascendientes del menor para la celebración de su matrimonio y sobre ello el artículo 149 del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal, textualmente dispone:

Artículo 149.- El hijo o la hija que no hayan cumplido dieciocho años, no pueden contraer matrimonio sin consentimiento de su padre o de su madre, si vivieren ambos, o del que sobreviva. Este derecho lo tiene la madre aunque haya contraído segundas nupcias, si el hijo vive con ella. A falta o por imposibilidad de los padres se necesita el consentimiento de los abuelos paternos, si vivieren ambos, o del que sobreviva; a falta o por imposibilidad de los abuelos paternos, si los dos existieren, o del que sobreviva, se requiere el consentimiento de los abuelos maternos.

ESTA TESIS NO DEBE SALIR DE LA BIBLIOTECA

79

Lo que nos permite desprender, que en nuestro sistema jurídico el menor de edad, antes de haber cumplido dieciocho años, requiere para contraer matrimonio del consentimiento de las personas que ejercen sobre él la patria potestad, para celebrarlo válidamente.

Así no obstante la voluntad de los contrayentes, es necesario para la celebración del matrimonio el consentimiento de los ascendientes que ejercen la patria potestad, por ser las personas a quienes el derecho confía el cuidado del menor, por lo que debemos recordar que quienes ejercen la patria potestad son los representantes legales de los menores y como tales, pueden celebrar en nombre y representación de aquéllos, otra clase de actos jurídicos, sin la concurrencia de la voluntad del menor.

Pero tratándose del matrimonio, los ascendientes no ejercen propiamente la representación legal, su intervención es necesaria, pero concurrente con la declaración de voluntad del menor de edad.

Por tanto a continuación hablaremos del consentimiento que deben otorgar en su caso, los padres o las demás personas que a falta de éstos, ejerzan la patria potestad sobre el menor.

I.- DEL CONSENTIMIENTO DE LOS PADRES

En lo relativo al consentimiento de los padres, el cual propiamente es una autorización, nuestro artículo 149 del Código Civil

determina que "El hijo o la hija que no hayan cumplido dieciocho años, no pueden contraer matrimonio sin consentimiento de su padre o de su madre, si vivieren ambos o del que sobreviva..."

Notemos entonces que para la validez del matrimonio las personas por su minoría de edad, requieren el consentimiento de sus padres o de las demás personas que a falta de éstos ejerzan la patria potestad sobre el menor, estimando nuestra ley que los padres de los contrayentes han de decir una última palabra y exige su intervención oponiéndose a la libertad y deseos de los contrayentes.

En este sentido es conveniente citar el criterio de la Suprema Corte de Justicia a que hace referencia el jurista Antonio de Ibarrola, el cual dice: "El artículo 149 del Código Civil expresa que el hijo o la hija que no haya cumplido 21 años, no puede contraer matrimonio sin consentimiento de su padre y de su madre si vivieren ambos. En el caso concreto se alegó expresamente como causa de nulidad del matrimonio la falta de consentimiento de los padres de la menor: ahora bien, es evidente que si se requiere legalmente el consentimiento de ambos padres, la demanda de nulidad que uno solo formule es legalmente válida, si se considera que la patria potestad es un derecho y un deber de los padres cuyo ejercicio no admite limitaciones que redunden en perjuicio de los hijos: por ende la acción ejercitada sería procedente aun en el caso de que constara el consentimiento del matrimonio por parte del padre que no suscribió la

demanda. (Directo 5646/950; 20 de sep. 1951; BIJ VII, 1419)". (48)

También es importante transcribir el contenido de las siguientes jurisprudencias:

Instancia: Tercera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Época: 5ª
Tomo: CIX
Página: 2563

RUBRO: MATRIMONIO, EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE NULIDAD DE. TEXTO: Es evidente que para el matrimonio de una menor, se requiere el consentimiento de ambos padres, pero la demanda de nulidad que uno solo de ellos formule, es legalmente válida, ya que la patria potestad es un derecho y un deber de los padres, cuyo ejercicio no admite limitaciones que redunden en perjuicio de los quejosos, y la acción de nulidad del matrimonio de una menor será procedente aún en el caso de que constara el consentimiento por parte del padre que no suscribió la demanda de nulidad.

PRECEDENTES:

Tomo CIX. Carreto Rangel Juan y Coaga. Pág. 2563. 20 de septiembre de 1951. Cuatro votos.

Instancia: Tercera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Época: 7ª
Volumén: 51
Página: 49

RUBRO: PATRIA POTESTAD EJERCICIO DE LA, POR AMBOS PADRES. **TEXTO:** La patria potestad legalmente se ejerce sobre los hijos, en los casos y circunstancias que expresamente señala la ley, su finalidad es la de proteger los intereses de los hijos; es por eso que, precisamente, el legislador ha querido que la patria potestad, como regla general, se ejerza por los dos padres conjuntamente, y solamente como excepción, deje de ejercerla uno de ellos.

PRECEDENTES:

Amparo Directo 2627/71 José Chávez Contreras. 15 de marzo de 1973. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Enrique Martínez Ulloa.

Instancia: Tercera Sala
Fuente: Informe 1986
Parte: II
Página: 88

RUBRO: PATRIA POTESTAD. CUANDO LOS PADRES VIVEN SEPARADOS Y EL QUE LA EJERCE MUERE, CORRESPONDE AL CÓNYUGE SUPÉRSTITE

EJERCERLA, A MENOS DE QUE CON ANTERIORIDAD HUBIERE SIDO CONDENADO A SU PERDIDA.

TEXTO: De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 414, fracción I, 416 y 420 del Código Civil para el Distrito Federal, la patria potestad se ejerce, ante todo, por el padre y por la madre del menor. Ahora bien, cuando los padres del menor viven separados, la patria potestad la ejerce aquel con quien conviva el menor, bajo el mismo techo, sea por acuerdo entre los progenitores o por determinación judicial. Sin embargo, cuando el padre que ejerce la patria potestad muere o deja de ejercerla por cualquiera otra causa, corresponde al otro padre o madre entrar a su ejercicio, a menos de que con anterioridad hubiere sido condenado a su pérdida, en cuyo caso, entraran a ejercer la patria potestad los que sigan en el orden establecido por la ley.

PRECEDENTES:

Amparo Directo 3400/84. Martín Del Razo Hernández y otra. 17 de marzo de 1986. 5 Votos. Ponente: Mariano Azuela Gitrán. Secretario: Oscar Roberto Enriquez Enriquez.

Como podemos notar, se sostiene el criterio de que es necesario el consentimiento de ambos padres, para que sea legalmente válido el

matrimonio, por ser la patria potestad un derecho cuyo ejercicio no admite limitaciones y el cual se ejerce por los dos padres conjuntamente.

De esta forma analizando cuidadosamente el artículo 149 y avocándonos al estudio del consentimiento que deben otorgar los padres, desde nuestro punto de vista consideramos que no es claro nuestro Código Civil, ya que existe un error de redacción, donde dice, que se necesita el consentimiento de su padre o de su madre, en cuanto que puede interpretarse que es suficiente con el consentimiento de uno de los progenitores, y no el de ambos, por tanto, en lugar de la conjunción "o", debería decir "y", para de esta forma determinar debidamente el consentimiento conjunto de los padres.

Y que tratándose de los abuelos paternos o maternos si se establece de manera clara y precisa la unanimidad del consentimiento que deben de dar ambos, para que el menor de edad pueda contraer matrimonio.

Ahora bien, conforme a los artículos 151 y 153 del Código Civil, el consentimiento de los padres que han firmado la solicitud correspondiente y la han ratificado ante el juez del Registro Civil, no pueden revocarlo después, a menos que haya justa causa para ello.

Así el consentimiento de estos ascendientes puede darse verbalmente, en el momento mismo de la celebración del matrimonio o auténticamente por escrito, antes de la celebración del acto y por su parte la existencia de la causa para revocarlo requiere ser probada debidamente.

También el artículo 154 del Código Civil, nos dice, que si el ascendiente o tutor que ha firmado o ratificado la solicitud de matrimonio, falleciere antes de su celebración, su consentimiento no puede ser revocado por la persona que, en su defecto tendría el derecho de otorgarlo, siempre y cuando se verifique dentro de los ocho días siguientes.

Por su importancia y para entender debidamente la intervención de los ascendientes, para que el menor de edad pueda contraer matrimonio, así como para formular las propuestas a los artículos 149 y 151 del Código Civil para el Distrito Federal que más adelante se precisarán, consideramos necesario analizar brevemente la figura jurídica de la patria potestad.

En base a lo expresado, primeramente por lo que respecta a la definición sobre patria potestad, en nuestro Código Civil no se encuentra definición alguna, y únicamente habla de ella en relación a sus efectos respecto de la persona de los hijos y respecto de los bienes del hijo.

Galindo Garfias al hablar del concepto de patria potestad nos dice lo siguiente: "Es una institución establecida por el derecho, con las finalidades de asistencia y protección de los menores no emancipados cuya filiación ha sido establecida legalmente; ya se trate de hijos nacidos de matrimonio, de hijos habidos fuera de el o de hijos adoptivos. Su ejercicio corresponde al progenitor o progenitores, de los cuales ha quedado

establecida legalmente la filiación (consanguínea o civil)". (49)

Por su parte el maestro Chávez Ascencio, al explicar la patria potestad expresa que por la misma debe entenderse "El conjunto de deberes, obligaciones y derechos que la ley concede a quienes la ejercen (padres o abuelos) en orden a la promoción integral del menor no emancipado y para la administración de sus bienes". (50)

En consecuencia de las citas anteriores concluimos que la patria potestad, es el conjunto de deberes, obligaciones y derechos que ejercen los padres o abuelos, o uno de ellos sobre la persona y los bienes de sus hijos menores de edad no emancipados, cuya filiación ha sido establecida legalmente, para cuidar de estos, dirigir su educación y procurar su asistencia en la medida en que su estado lo requiere.

Entonces la patria potestad comprende una serie de derechos y obligaciones correlativas para quien las ejercita, tales como la guardia y custodia de los menores, la facultad de educarlos, de corregirlos, de representarlos en los actos jurídicos que señala la ley, de administrar sus bienes y de proporcionarles alimentos.

El conjunto de deberes que existen están orientados a la persona

49.- Galindo García Ignacio. Ob. cit. pág. 689.

50.- Chávez Ascencio Manuel F. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales. 2ª Edic. Edit. Porrúa, S.A. México. 1992. pág. 282

del menor y se refieren a la buena educación y atención del menor, no debiendo pasar desapercibido que la patria potestad legalmente se ejerce sobre los hijos, en los casos y circunstancias que expresamente señala la ley.

Regulación en donde particularmente el artículo 414 del Código Civil, concede el ejercicio de la patria potestad, sobre los hijos de matrimonio al padre y la madre, al abuelo y la abuela paternos, y al abuelo y abuela maternos: es decir, la patria potestad se ejerce de manera conjunta por un hombre y una mujer, para formar adecuadamente al menor.

Ejercicio que de acuerdo con el artículo 420, es atribuido en primer lugar a los padres y a falta o impedimento de ellos la ejercerán los demás ascendientes en el orden que ha sido establecido.

Así la patria potestad se prolonga a los abuelos paternos y a los abuelos maternos, de tal forma que al faltar unos serán llamados los restantes.

En lo que respecta a la filiación extramatrimonial, el Código Civil en sus artículos 380, 381, 415 y 417 establece que la patria potestad se ejercerá de la siguiente manera:

a) Cuando ambos progenitores hubieren reconocido al hijo nacido fuera de matrimonio y vivan juntos, ambos ejercerán la patria potestad.

b) Cuando vivan separados los progenitores convendrán cual de los dos ejercerá su custodia; y en caso de que no se pusieren de acuerdo el Juez de lo Familiar resolverá lo que creyere más conveniente a los intereses del menor, oyendo en todo caso a los padres y al Ministerio Público.

c) En el caso de que hubiere reconocimiento sucesivo por los padres que no vivan juntos, ejercerá la custodia el que lo hubiere reconocido primero, salvo convenio en contrario entre los padres y siempre que el Juez de lo Familiar no estime necesario modificarlo por una causa grave, también con la audiencia de sus progenitores y del Ministerio Público.

d) Cuando los padres del hijo nacido fuera del matrimonio que vivían juntos se separen continuará ejerciendo la patria potestad, en caso de que no se pongan de acuerdo, el progenitor que designe el juez, tomando siempre en cuenta los intereses del menor.

En otras palabras, el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos nacidos fuera de matrimonio, será ejercida por ambos padres, y únicamente convendrán quién tendrá la custodia del menor, en el caso de que vivan separados.

Resumiendo lo anterior, podemos ver que el ejercicio de la patria potestad es regulado por el Código Civil, dependiendo del supuesto si son hijos de matrimonio o nacidos fuera de el.

Pero también, es regulada de manera diversa la situación en la que se encuentran los hijos adoptivos, al señalar el artículo 419 de la Legislación Civil, que únicamente la ejercerán las personas que lo adopten.

Como hemos visto, el legislador ha querido que la patria potestad sea ejercida como regla general por los dos padres conjuntamente, y solamente como excepción deja de ejercerla uno de ellos.

En el caso de matrimonio, la patria potestad se ejerce por el padre y la madre en igualdad de condiciones, lo que nos confirma el artículo 168 del Código Civil para el Distrito Federal, al establecer que el marido y la mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales, actuando de acuerdo en todo caso y cuando no lo estén, el Juez de lo Familiar podrá resolver lo que convenga, mirando siempre por la protección del interés del hijo.

Este ejercicio conjunto de la patria potestad es el corolario natural del principio de igualdad del marido y la mujer, dentro del seno de la familia, ya que nuestro artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece la igualdad del hombre y la mujer ante la ley.

Para conocer debidamente esta institución, a continuación citaremos algunos de los caracteres que se derivan de ella y a los que nos hace referencia el maestro Chávez Ascencio:

"a) Personal. Es un conjunto de deberes, obligaciones y derechos de carácter personal, que no pueden ser cumplidos a través de terceros. En nuestro derecho ejercen la patria potestad el padre y la madre, o los abuelos paternos o maternos, si no la ejercieren los padres...

b) Participación de ambos. En nuestro derecho, como ya dijimos participan el padre y la madre en el caso de matrimonio y concubinato, y en ausencia de ellos los abuelos paternos o maternos. Sólo en caso de que el padre o la madre legalmente o por muerte de uno no pudieren ejercer la patria potestad, lo hará el que quede...

b.3) Desacuerdo de los padres. Muchos pueden ser los casos de desacuerdo entre los padres...

En estos casos es difícil dar una solución; no es posible otorgar la decisión a alguno de los progenitores, pues sería tanto como contrariar el principio de igualdad de ambos en la educación del hijo y en la administración de sus bienes. Por lo tanto, en caso de divergencia o conflicto debe acudir al juez de lo familiar, según lo preceptúan los artículos 168 del Código Civil y 842 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, éste último previene que no se requerirán formalidades especiales para acudir al juez de lo familiar, para resolver las diferencias que surjan en lo relativo a la educación de los hijos...

b.6) Ejercicio por uno sólo. En ciertas circunstancias, no obstante que la ley previene que la patria potestad se ejercerá por ambos progenitores o ambos abuelos, en caso de pérdida o suspensión, aún estando vigente el matrimonio puede darse el caso en que se ejerza sólo por uno. También el caso de la limitación que puede decretarse judicialmente. En estos casos estimo aplicable el artículo 420 del Código Civil que establece que si sólo faltare alguna de las dos personas a quienes les corresponde ejercer la patria potestad, la que quede continuará en el ejercicio de ese derecho.

c) Obligatorio. Ejercer la patria potestad es obligatorio, y esta obligatoriedad se deriva de su propia naturaleza. De la patria potestad no pueden desligarse los padres; la patria potestad es irrenunciable, sólo puede excusarse quien tenga sesenta años cumplidos, o cuando por su mal estado de salud no puede atender debidamente su desempeño.

f) Irrenunciable. Como ya lo expresamos, la patria potestad no es renunciable, sólo excusable según lo previene el artículo 448 del Código Civil.

Las razones por las que se establece la irrenunciabilidad, se derivan de su propia naturaleza; se trata de una función de orden público y debemos recordar que el artículo 6 del Código Civil, establece que sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al

interés público, o bien cuando la renuncia no implique perjuicio a derechos de tercero...

g) Intransmisible. Los derechos, los deberes y las obligaciones que integran esta relación jurídica están fuera del comercio. Es decir, no pueden ser materia de transferencia o enajenación. Corresponde a los padres o abuelos exclusivamente ...

i) Tracto Sucesivo. El ejercicio de la patria potestad es continuado y por el tiempo requerido hasta que como institución se termina o acaba. Es de tracto sucesivo, porque implica una serie sucesiva de actos en beneficio de la educación, guarda y atención de los menores de edad.

j) Orden Público. La patria potestad es de orden público. Ya dijimos que no es posible renunciarla; no sólo es de orden público en relación a los que la ejercen, sino también por interés que se observa del Estado a través de los funcionarios adecuados". (51)

Respecto de la cita anterior, es de destacar la participación necesaria de ambos, para dar la debida atención y protección a los menores. De esta forma en caso de desacuerdo no es posible otorgar la decisión a alguno de los progenitores, pues sería contrariar el principio de igualdad que se señala en el artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Consecuentemente, en los términos del Código Civil, los que ejercen la patria potestad, tienen la facultad de negar el consentimiento para que su menor hijo pueda contraer matrimonio, si tienen razones fundadas para ello. La justificación de la intervención está en la necesidad de proteger a los menores, en razón de su juventud e inexperiencia y se presenta como una consecuencia de que tienen encomendado el cuidado de la persona y de los bienes del menor.

Por último y en relación a los modos de acabarse y suspenderse la patria potestad, haremos la distinción entre extinción, pérdida, suspensión y excusa de la patria potestad.

De esta forma los casos previstos por el artículo 443 del Código Civil, se refieren a la extinción de la patria potestad que se acaba como institución por las causas siguientes:

I) Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga.- Lo que supone que es el último sobreviviente de los que deben ejercerla.

II) Con la emancipación derivada del matrimonio.- Como es sabido, en nuestro derecho solo está contemplada la emancipación que se produce por el matrimonio del menor de dieciocho años, que se funda en el principio de que el matrimonio es incompatible con el estado de subordinación de un menor sujeto a patria potestad.

III) Por la mayor edad del hijo.- El ejercicio de la patria potestad termina al llegar el hijo a la mayoría de edad, lo que presume que ya no necesita la función protectora del padre y madre o abuelos.

En consecuencia, mientras el hijo sea menor de edad, los padres y a falta de estos, los demás ascendientes tienen el deber de asumir su cuidado y protección.

Así y además de los casos de extinción de la patria potestad, en la que desaparece de un modo absoluto, existen los casos en que se suspende o se pierde.

Por lo que respecta a la pérdida de la patria potestad, el artículo 444 del Código Civil textualmente dispone lo siguiente:

Artículo 444.- La patria potestad se pierde:

- I.- Cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, o cuando es condenado dos o más veces por delitos graves;
- II.- En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283.
- III.- Cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes, pudiere comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los

hijos aún cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la ley penal.

IV.- Por la exposición que el padre o la madre hiciere de sus hijos, o por que los dejen abandonados por más de seis meses.

De este precepto se desprende que son varios los supuestos en los que se pierde la patria potestad, aclarando que en estos no se extingue la patria potestad, ya que su ejercicio recae entonces en el otro progenitor y a falta o por imposibilidad legal de éste, en los ascendientes de ulteriores grados.

Sobre el particular, los casos de la fracción I, se dan cuando el que la ejerce es condenado a la pérdida de ese derecho, por lo tanto debe tratarse de algo grave que implica su pérdida y cuando es condenado dos o más veces por delitos graves, sin que se requiera que los delitos sean en contra del menor o del otro progenitor.

También de acuerdo con la fracción II, la pérdida se puede dar como efecto de una sentencia de divorcio, de conformidad con el artículo 283 del Código Civil y en las que el Juez goza de las amplias facultades para resolver lo relativo a los derechos inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial la custodia y cuidado del menor pero siempre debiendo obtener los elementos de juicio para ello.

En cuanto a las causas que se señalan en la fracción III, vemos que responden a una actuación directa en contra del hijo, refiriéndose la primera de ellas a que uno de los padres debe incurrir en conductas reiteradamente viciosas y las restantes a la reiteración de malos tratamientos y abandono de los deberes que pudieren comprometer la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos.

Para entender correctamente los supuestos que se indican en la fracción IV del artículo 444 diremos que: " La exposición se refiere al recién nacido dejado en un sitio público, a la intemperie con lo cual se hace peligrar la vida. El abandono significa dejar una persona que, teniendo derecho a recibir cuidado y alimentos, se le priva de ellos lo que implica situaciones perjudiciales. Significa el incumplimiento de los deberes y obligaciones que imponen la patria potestad". (52)

Así, en estos casos se trata de una actitud de los padres, que no cumplen con su obligación de ejercer la patria potestad, en la que basta la conducta culposa del progenitor que abandona al menor para ser decretada su pérdida.

Todas las causas que han quedado señaladas, son de tal naturaleza graves, que por tanto, se pierde definitivamente la patria potestad y como sanción se impide su ejercicio, aún cuando el hijo no fuere

directamente el perjudicado, pero por ser un asunto de mucha importancia, las causas deben quedar debidamente probadas.

Ahora en cuanto a la suspensión de la patria potestad, conforme al artículo 447 del Código Civil, se da por las siguientes causas:

Por la incapacidad declarada judicialmente, es decir, al estado de interdicción que se establece por una sentencia, como consecuencia de un proceso seguido ante el juez de lo familiar.

Como consecuencia necesaria de la ausencia declarada en forma, ya que el ausente está imposibilitado para ejercerla.

Y por la sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión, lo que representa que pueden ser varias posibilidades o situaciones o actitudes del padre o de la madre que sin ser de extrema gravedad como las que establece el artículo 444 del Código Civil, si exigen la suspensión, como por ejemplo la excesiva dureza en las amonestaciones y la conducta autoritariamente negligente que comprometiera la salud, la seguridad y honorabilidad del hijo.

Después de enunciar los casos de extinción, pérdida y suspensión, también diremos que el artículo 448 de la Legislación en comento, contiene dos situaciones por las cuales aquéllos a quienes corresponde ejercer la patria potestad pueden excusarse, y son precisamente

cuando una persona tenga sesenta años cumplidos, puede solicitar la resolución judicial para que se le excuse del cumplimiento, pero no basta cumplir esa edad, sino que se requieren razones suficientes para decidirla y cuando por la mala salud habitual, que impida atenderla debidamente.

Avocándonos de nueva cuenta a nuestro estudio, y después de haber analizado brevemente la figura jurídica de la patria potestad, podemos concluir diciendo, que el consentimiento de aquellas personas que ejercen la patria potestad (padres o abuelos), se hace necesario para que la voluntad del menor sea conducida de una manera informada en la que tiene como fin la protección del menor y es de tal forma trascendental, si se toma en cuenta que el menor lleva a efecto un acto de una gravedad excepcional que va a reflejar en toda su existencia.

2.- DEL CONSENTIMIENTO DE LA MADRE DIVORCIADA QUE HA CONTRAÍDO SEGUNDAS NUPCIAS

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 149 del Código Civil que hemos transcrito con anterioridad, se desprende el derecho de la madre divorciada aunque haya contraído segundas nupcias, si el hijo vive con ella, para otorgar su consentimiento para la celebración del matrimonio de su hijo menor de edad.

Pero en cuanto a que este derecho lo tiene la madre, aunque haya contraído segundas nupcias, si el hijo vive con ella, es de suponer que

en la sentencia de divorcio de su matrimonio anterior, se resolvió la pérdida o suspensión del ejercicio de la patria potestad de su anterior cónyuge sobre su menor hijo, y por consencuencia únicamente tendrá ese derecho la madre al estar imposibilitado el padre para otorgarlo, ya que de otra manera no se justifica que por el simple hecho de la disolución del vínculo matrimonial pierda su capacidad el padre para otorgarlo, el cual deriva como hemos visto de la patria potestad.

Consideración que se sostiene, en cuanto que la disolución del matrimonio no priva a los ascendientes de la patria potestad, a menos que se condene expresamente a alguno de ellos a la pérdida o suspensión de tal derecho, consecuentemente, independientemente de la disolución del vínculo matrimonial, ambos ascendientes tienen el derecho y la obligación de ejercer la patria potestad, con total independencia de con quien de ellos viva el menor y así en tales circunstancias, el consentimiento para la celebración del matrimonio de dicho menor debe ser conferido por ambos ascendientes, tal y como hemos escrito con anterioridad y con total independencia de la relación jurídica que guarden los mismos.

3.- DEL CONSENTIMIENTO DE LOS ABUELOS PATERNOS Y MATERNOS

Como hemos visto, de acuerdo con el artículo 149 del Código Civil, la autorización para la celebración del matrimonio del menor de edad es facultad de sus padres, y a falta o imposibilidad de estos, se necesita el consentimiento de los abuelos paternos, si vivieren ambos, o del que

sobreviva y en ese mismo sentido, a su falta o por imposibilidad el consentimiento de los abuelos maternos o del que sobreviva.

Al hablar de este tema es importante señalar lo que establecen los artículos 418 y 420 del Código Civil, los cuales textualmente dicen:

Artículo 418. A falta de padres, ejercerán la patria potestad sobre el hijo los demás ascendientes a que se refieren las fracciones II y III del artículo 414, en el orden que determine el juez de lo familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso.

Artículo 420. Solamente por falta o impedimento de todos los llamados preferentemente, entrarán al ejercicio de la patria potestad los que sigan en el orden establecido en los artículos anteriores. Si sólo faltare alguna de las dos personas a quienes corresponda ejercer la patria potestad, la que se quede continuará en el ejercicio de ese derecho.

Ya que de los artículos citados, podemos desprender que a falta o por imposibilidad de los padres ejercerán la patria potestad los demás ascendientes, es decir, los abuelos paternos o maternos, en tal forma al faltar unos serán llamados los restantes.

Pero es importante dicho señalamiento, ya que consideramos que existe una discrepancia en los artículos mencionados, en atención a que el artículo 418 previene que a falta de padres ejercerán la patria potestad sobre el hijo los demás ascendientes a los que se refieren las fracciones II y III del artículo 414, es decir, los abuelos paternos y maternos en el orden que determine el Juez de lo Familiar, y el artículo 420 dice que solamente entrarán al ejercicio de la patria potestad, los que sigan en el orden establecido en los artículos anteriores, por tanto, primero los abuelos paternos y luego los maternos, deduciendo entonces que un artículo señala que queda a criterio del juez, decidir si entran primero los abuelos paternos o los maternos, y el otro señala que deberá seguirse el orden establecido por el artículo 414 del Código Civil, que indica primero a los paternos y luego a los maternos.

Por nuestra parte estimamos que deberá atenderse al orden establecido por el artículo 414, relacionado con el artículo 149, ambos del Código Civil para el Distrito Federal, donde se establece de una manera clara y precisa que a falta de los padres la ejercerán los abuelos paternos y luego los maternos.

Así la legislación civil determina el derecho que tienen los abuelos paternos y maternos para otorgar su consentimiento, en el caso de falta o por imposibilidad del padre y la madre, derecho que deriva de la patria potestad.

Ahora bien, en el supuesto de que sólo uno de los progenitores reconozca al hijo nacido fuera del matrimonio, indudablemente al faltar tal reconocimiento únicamente pueden otorgar el consentimiento los abuelos del menor del ascendiente que lo reconoció.

Después de haber analizado el consentimiento de los ascendientes para la celebración del matrimonio del menor, hablaremos a continuación del consentimiento de los tutores.

B.- DEL CONSENTIMIENTO DEL TUTOR

En la actualidad y en nuestro sistema jurídico el consentimiento (autorización) del tutor para la celebración del matrimonio del menor de edad, tiene lugar a falta de padres y abuelos que ejerzan la patria potestad.

Sobre ello, el artículo 150 del Código Civil establece lo siguiente:

Artículo 150. Faltando padres y abuelos, se necesita el consentimiento de los tutores; y faltando estos, suplirá el consentimiento, en su caso, el juez de lo familiar de la residencia del menor.

A este respecto, para entender debidamente el derecho del tutor para otorgar el consentimiento, consideramos necesario hablar en forma breve de la tutela y en cuanto a su definición, el maestro Galindo Garfias

dice lo siguiente: "Es un cargo que la ley impone a las personas jurídicamente capaces, para la protección y defensa de los menores de edad o incapacitados. Es un cargo civil de interés público, y de ejercicio obligatorio". (53)

Por su parte el maestro Chávez Ascencio define a la tutela de la siguiente manera: "Es una institución formada por un conjunto de reglas de Derecho de orden público, cuyo objeto es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad, tienen incapacidad legal y natural o solamente la segunda para gobernarse a sí mismos, y que corresponde a una necesidad social en beneficio de los menores e incapaces".(54)

Por tanto, evidentemente la tutela es una institución de interés público, organizada por la ley, para la protección y defensa de los menores de edad e incapacitados que no están sujetos a patria potestad y que es conferida a una persona capaz.

De tal forma dentro de la tutela, tenemos por una parte personas jurídicamente capaces, que por ende son aptas para el cuidado y protección de los menores de edad o incapacitados, y por la otra los incapacitados quienes no pueden ejercer por sí mismos sus derechos y obligaciones, los

53.- Ob. cit. pág. 712.

54.-, Chávez Ascencio Manuel F. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales. Ob. cit. pág. 350

cuales van a generar una relación jurídica que comprende una serie de deberes, derechos y obligaciones.

Ahora bien: "La tutela tiene un triple objeto. El primero es la guarda y cuidado del incapaz, comprendiéndose dentro de este término al menor que tenga o no alguna incapacidad y a los mayores incapaces...; Como segundo objeto está el cuidado de los bienes del incapaz. Habiéndose originado la tutela fundamentalmente para conservar el patrimonio familiar, se orienta actualmente a la protección y cuidado del menor...; Como tercer objeto está la representación del incapaz, pues al igual que la patria potestad, a la cual suple, el tutor representa al menor en todo momento, dentro y fuera del juicio." (55)

En este sentido, nuestro Código Civil en su artículo 449, indica que el objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que no están sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal o solamente la segunda, para gobernarse por sí mismos, así como la representación interina del incapaz.

De esta forma podemos ver que el fin fundamental de la tutela, es la protección y cuidado del incapaz, lo cual hace de ella la más importante institución para defender y prestar asistencia a los incapacitados.

55.- Chávez Ascencio Manuel F. *Relaciones Jurídicas Paterno Filiales*. Ob. cit. pág. 339.

Siendo el objeto de la tutela la guarda de la persona y bienes de los incapaces, así como su representación, debemos precisar primero quienes son incapaces, para determinar quienes se encuentran sujetos a aquélla.

Así el artículo 450 de la ley en comento, señala quienes tienen incapacidad natural y legal al establecer lo siguiente:

Artículo 450.- Tienen incapacidad natural y legal:

I.- Los menores de edad;

II.- Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y aquéllos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o a la alteración en la inteligencia que esto les provoque no pueden gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio.

En consecuencia estarán sujetos a tutela, los menores de edad no emancipados, si no hay quien ejerza la patria potestad sobre ellos y los mayores de edad que tengan perturbaciones en su inteligencia, así como aquellos que tengan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia

o por la adicción a sustancias tóxicas, como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes, siempre que no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, debido a la limitación o alteración que le provoque en la inteligencia.

Atendiendo a lo anterior, la institución tutelar la podemos clasificar desde el punto de vista del incapaz, en tutela de menores y tutela de mayores.

En la primera están comprendidos los menores de edad y también aquellos que son menores de edad, pero que además padecen alguna otra incapacidad de las que se refiere la fracción II del artículo 450 del Código Civil, los cuales estarán sujetos a la tutela de menores mientras no lleguen a la mayoría de edad, conforme a lo establecido en el artículo 464 de nuestra Legislación Civil.

La tutela de mayores comprende a aquellas personas que habiendo cumplido la edad de dieciocho años, tienen alguna de las incapacidades señaladas en la fracción II, del artículo 450 del Código Civil que ya ha sido transcrito.

Debemos tomar en cuenta que, el menor de edad que no tenga otra clase de incapacidad, puede realizar sin estar sometido a las reglas de la representación del tutor, algunos actos personales que no permiten su

representación, como es la capacidad para contraer matrimonio cuando la mujer ha cumplido catorce años y el hombre dieciséis.

Tratándose del matrimonio nuestra ley requiere el consentimiento del tutor, para la celebración del matrimonio del menor porque es la persona a quien el derecho confía su cuidado y protección y podría decirse que el tutor se convierte en un miembro de la familia, aún en el caso de que ningún parentesco lo ligue con el menor.

Ahora bien, conviene determinar que la apertura de la tutela debe ser inmediata al fallecimiento de la última persona que ha ejercido sobre el menor la patria potestad y de conformidad con el artículo 902 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, ninguna tutela puede conferirse sin que previamente se declare el estado de minoridad o de incapacidad de la persona que va a quedar sujeta a ella, estando facultadas para pedirla el propio menor si ha cumplido dieciséis años, su cónyuge, sus presuntos herederos legítimos, su albacea y el Ministerio Público, así como también los jueces del Registro Civil, las autoridades administrativas y las judiciales.

Tratándose de la declaración de minoridad, el artículo 903 del Código de Procedimientos Civiles requiere para hacerla, que se presente la certificación del Registro Civil, y en caso contrario debe citarse a una audiencia en la que comparezcan el menor si fuere posible y el Ministerio Público, y en ella por las certificaciones del Registro Civil que hasta ese

momento se hayan presentado, por el aspecto del menor y a falta de aquéllas o de la presencia de éste, por medio de información de testigos, se hará o denegará la declaración de minoridad.

En cuanto a la declaración de incapacidad por otras causas, la ley exige llenar determinados requisitos, debiendo seguir un verdadero juicio para obtenerla y el cual está regulado en el capítulo II, del título Décimo Quinto del Código de Procedimientos Civiles.

Una vez lograda la sentencia que declare el estado de minoridad o incapacidad, que como previo requisito exige el artículo 462 del Código Civil para el nombramiento de tutor, se hará la designación del mismo.

La designación recaerá en la persona que en el caso de tutela testamentaria señala su autor, en caso de legitima se confiere en orden al parentesco inmediato, y por último en la dativa decidirá el juez la persona que desempeñará esa función entre las que figuren en la lista del Consejo Local de Tutelas.

El artículo 906 de nuestro Código Adjetivo previene que todo tutor, debe manifestar si acepta o no el cargo y prestar la garantía que exige el Código Civil para que se le discierna el cargo a no ser que la ley la exceptúe expresamente. El término para manifestar si acepta o no el cargo, es de cinco días a partir de la notificación del nombramiento, mismo término en el que deberá proponer sus impedimentos o excusas.

Consecuentemente aceptado el cargo de tutor y otorgada la garantía, procede el discernimiento del cargo, el cual es definido como: "El acto judicial por medio del cual el juez de lo familiar, después de comprobar que los intereses del menor o incapacitado quedan debidamente asegurados con la caución otorgada por el tutor, lo inviste de los poderes de representación y gestión y de la potestad para el cuidado del menor, que requerirá el ejercicio de la tutela". (56)

Por lo dicho, podemos desprender que el discernimiento del cargo es el acto judicial, por el cual el juez de lo familiar autoriza al tutor para ejercer el cargo y sólo después del discernimiento, el tutor realizará los actos inherentes a la función de la tutela.

Así el discernimiento se otorga después de haberse agotado el procedimiento que establece el Código Procesal, bien para el caso de minoridad o bien para la declaración de incapacidad y mediante éste el tutor que es la persona capaz que tiene a su cargo inmediato, la guarda de la persona y administración de sus bienes, puede realizarlas.

Expuesto todo lo anterior es de destacar que el menor de edad para contraer matrimonio, necesita del consentimiento de su tutor, por ser la persona que tiene bajo su responsabilidad la guarda de la persona y bienes del menor.

**C.- DE LA SUPLENCIA DEL CONSENTIMIENTO
PARA CONTRAER MATRIMONIO OTORGADA
POR EL JEFE DEL DEPARTAMENTO DEL
DISTRITO FEDERAL**

De la redacción del artículo 151 de la ley sustantiva civil que textualmente establece:

Artículo 151.- Los interesados pueden ocurrir al Jefe del Departamento del Distrito Federal o a los Delegados, según el caso, cuando los ascendientes o tutores nieguen su consentimiento o revoquen el que hubieren concedido. Las mencionadas autoridades, después de levantar una información sobre el particular, suplirán o no el consentimiento.

Se desprende que el menor de edad está capacitado para solicitar de la autoridad administrativa, la suplencia del consentimiento para contraer matrimonio, cuando los ascendientes o tutores nieguen su consentimiento o revoquen el que hubieren otorgado.

En tales términos es conveniente señalar que la suplencia: "Se refiere a la sustitución de la autorización del representante del menor, que por ley puede hacer la autoridad judicial o administrativa." (57)

Por tanto, en caso de negativa de los ascendientes o tutores para

la celebración de matrimonio del menor, la suplencia corresponde al Jefe del Departamento del Distrito Federal o los Delegados, quienes después de haber levantado una información sobre el particular la darán o no.

Es de observarse que es una autoridad administrativa quien puede o no suplir el consentimiento de los ascendientes o tutores, es decir, tiene esa facultad el Jefe del Departamento del Distrito Federal, quien: "Es un funcionario político-administrativo nombrado y removido por el Presidente de la República; acuerda con éste último; tiene a su cargo y encabeza la administración pública de la entidad federativa Distrito Federal, en todos los ramos de la actividad administrativa". (58)

Y como es sabido el veintidos de agosto de mil novecientos noventa y seis se introdujeron importantes reformas al artículo 122 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por lo que desaparece la tradicional denominación de Jefe del Departamento del Distrito Federal, para ser substituido por el de Jefe de Gobierno del Distrito Federal, quien de igual manera tendrá a su cargo el Ejecutivo y la administración pública en la Ciudad de México, pero, en vez de ser nombrado por el Presidente de la República, ahora será elegido por votación universal, libre, directa y secreta, es decir, en forma democrática, lo que debidamente desprendemos de su contenido al establecer lo siguiente:

“Artículo 122.- Definida por el artículo 44 de este ordenamiento la naturaleza jurídica del Distrito Federal, su gobierno está a cargo de los Poderes Federales y de los órganos Ejecutivo, Legislativo y Judicial de carácter local, en los términos de este artículo.

Son autoridades locales del Distrito Federal, la Asamblea Legislativa, el Jefe de Gobierno del Distrito Federal y el Tribunal Superior de Justicia.

La Asamblea Legislativa del Distrito Federal se integrará con el número de diputados electos según los principios de mayoría relativa y de representación proporcional, mediante el sistema de listas votadas en una circunscripción plurinominal, en los términos que señale esta Constitución y el Estado de Gobierno.

El Jefe de Gobierno, tendrá a su cargo el Ejecutivo y la administración pública de la entidad y recaerá en una sola persona, elegida por votación universal, libre, directa y secreta...”

Por tanto, en la actualidad aparece con una nueva denominación, al ser señalado ahora como Jefe de Gobierno del Distrito Federal, quien entrará a ejercer su cargo por seis años, a partir del 5 de diciembre de 1997, y que de conformidad con el transitorio séptimo del

Reglamento Interior de la Administración Pública del Distrito Federal, publicado en "Diario Oficial de la Federación", de 15 de septiembre de 1995, en tanto es nombrado el primer Jefe del Distrito Federal, de conformidad con lo señalado, el Jefe del Departamento del Distrito Federal tendrá a su cargo las atribuciones que le confiera el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, la Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal y demás legislación vigente.

Ahora bien y no obstante esta nueva denominación, tenemos que nuestros legisladores creyeron conveniente dejar a su cuidado, la facultad de suplir o no el consentimiento de los ascendientes o tutor, para que se celebre el matrimonio del menor, cuando aquellos se nieguen a concederlo.

Reconociéndole de esta forma, esa facultad a una autoridad administrativa, como lo es el Jefe del Departamento del Distrito Federal, quien ejerce la administración pública en esta entidad y sobre la cual es preciso señalar que la misma: "Es la parte de los órganos del Estado que dependen directa o indirectamente, del Poder Ejecutivo, tiene a su cargo toda la actividad estatal que no desarrollan los otros poderes (Legislativo y Judicial), su acción es continua y permanente, siempre sigue el interés público, adopta una forma de organización jerarquizada y cuenta con: a) elementos personales; b) elementos patrimoniales; c) estructura jurídica; y d) procedimientos técnicos". (59)

Lo que significa que tiene que resolver a su criterio, si suple o no el consentimiento de los ascendientes o su tutor, invadiendo de esta forma, desde nuestro punto de vista la esfera jurisdiccional del Juez de lo Familiar, quien tiene competencia para intervenir de manera exclusiva en los asuntos relativos a las cuestiones familiares, por lo que debe tener directamente y con exclusión de cualquier otra autoridad, la facultad para suplir o no el consentimiento cuando los ascendientes o tutores lo nieguen por tratarse de un acto eminentemente familiar y por ser tan trascendental entre las personas que lo celebran y además si se toma en consideración que deben ser debidamente analizados y valorados todos los elementos aportados para dictar tal determinación y no se vean afectados derechos, tanto de los contrayentes, como de las personas que niegan su consentimiento.

En consecuencia, podemos decir que la facultad que otorga nuestro derecho al Jefe del Departamento del Distrito Federal, así como a los delegados que son funcionarios nombrados y removidos por éste, y que encabezan la unidad desconcentrada conocida como Delegación del Distrito Federal, para suplir el consentimiento de los ascendientes o del tutor, cuando se niegan a concederlo, ya no es acorde y plenamente justificado, ya que existen tribunales familiares que están facultados para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, por ser considerados de orden público.

**D.- DE LA SUPLENCIA DEL CONSENTIMIENTO
PARA CONTRAER MATRIMONIO OTORGADA
POR EL JUEZ DE LO FAMILIAR.**

Como ya hemos afirmado, a falta de las personas que ejercen la patria potestad, el tutor debe prestar su consentimiento para la celebración del matrimonio del menor.

En el matrimonio, la suplencia de la autorización por falta de tutor la da el Juez de lo Familiar, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 150 del Código Civil vigente, que establece lo siguiente:

Artículo 150.- Faltando padres y abuelos, se necesita el consentimiento de los tutores; y faltando estos, suplirá el consentimiento, en su caso el juez de lo familiar de la residencia del menor.

De lo expuesto, debemos precisar primero que un juez es: "El funcionario judicial investido de jurisdicción para conocer, tramitar y resolver los juicios, así como ejecutar la sentencia respectiva. La noción más generalizada del juez es la que se ve en él a la persona encargada de administrar justicia" (60) y así los jueces de lo familiar: "Son las autoridades encargadas de intervenir en los asuntos relativos a las cuestiones que afectan

60.- Pallares Eduardo, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, 20ª Edic. Edit. Porrúa, S.A. México, 1991, pág. 460

a la familia". (61)

En consecuencia, es evidente que el consentimiento puede ser suplido por el juez de lo familiar a falta del tutor, ya que nuestro derecho se lo confiere por ser la autoridad encargada de intervenir en las cuestiones relativas a la familia y quienes pueden otorgar o negar el consentimiento (autorización), para que el menor de edad celebre el matrimonio; además de que están investidos de jurisdicción, la cual hace referencia al poder del Estado de impartir justicia por medio de los tribunales u otros órganos, mediante la aplicación de la norma al caso concreto.

Ahora bien, con motivo de lo dispuesto por el artículo 152 del Código citado, si el juez de lo familiar se niega a suplir el consentimiento para que se celebre el matrimonio, los interesados podrán ocurrir al Tribunal Superior Respectivo insistiendo en su petición y una vez otorgado el consentimiento por el juez de lo familiar, no puede ser revocado a menos que haya justa causa para ello.

E.- FUNDAMENTOS DE LA SUPLENCIA DEL
CONSENTIMIENTO OTORGADA POR EL JEFE
DEL DEPARTAMENTO DEL DISTRITO FEDERAL
O DE LOS DELEGADOS Y EL JUEZ DE LO
FAMILIAR

Al hablar de los fundamentos de derecho, nos referimos a las

disposiciones legales en las que se apoya o que sirven de base para que el Jefe del Departamento del Distrito Federal, los delegados y el juez de lo familiar, concedan la suplencia del consentimiento, en sus respectivos casos, para que el menor de edad pueda contraer matrimonio.

Por lo que concierne al fundamento de la suplencia del consentimiento, que puede otorgar el Jefe del Departamento del Distrito Federal o los Delegados, nuestro artículo 151 del Código Civil para el Distrito Federal, que ya hemos transcrito anteriormente lo determina.

De esta forma el legislador creyó conveniente dejar al Jefe del Departamento del Distrito Federal o a los Delegados, el cuidado de determinar a su criterio si suple o no el consentimiento de los ascendientes o tutor cuando lo nieguen, estableciendo únicamente que previamente deberán levantar una información sobre el particular.

Proposición con la cual nos encontramos en desacuerdo, ya que consideramos que la ley resulta incongruente al establecer dos autoridades para un mismo acto, sobre todo, cuando es una autoridad administrativa la facultada para intervenir en caso de controversia entre el menor y sus ascendientes o tutor, por lo que es de desearse que se reserve esa facultad, en todo caso, al juez de lo familiar, no solo en caso de falta de tutor, sino también y sobre todo en caso de negativa del consentimiento por parte de los ascendientes o tutor, acorde a los razonamientos que se expondrán.

En este mismo sentido, pero por otra parte hemos señalado que a falta de tutor, el juez de lo familiar de la residencia del menor suplirá el consentimiento para contraer matrimonio, así nuestro Código Civil en su artículo 150 lo regula expresamente.

Por tanto, la fundamentación en nuestro sistema jurídico de la suplencia del consentimiento que podrá ser otorgada por el Juez de lo Familiar, está determinada debidamente en el artículo que ya hemos transcrito.

Al efecto en tales consideraciones, nuestra legislación señala una importante participación del Juez de lo Familiar, que es la autoridad encargada de intervenir en los asuntos que afectan a la familia y, por tanto, a la suplencia del consentimiento para que el menor de edad pueda contraer matrimonio y su competencia está determinada en la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, en cuyo artículo 52 se señala que los jueces de lo familiar conocerán;

I.- De los procedimientos de jurisdicción voluntaria, relacionadas con el derecho familiar;

II.- De los juicios contenciosos relativos al matrimonio a su ilicitud o nulidad; de divorcio; que se refieren al régimen de bienes en el matrimonio; que tengan por objeto modificaciones o rectificaciones de las actas del registro Civil; que afecten al parentesco, a los alimentos, a la paternidad y a la filiación; que tengan por objeto cuestiones derivadas de la

patria potestad, estado de interdicción y tutela y las cuestiones de ausencia y de presunción de muerte, y que se refieren a cualquier cuestión relacionada con el patrimonio de familia, con su constitución, disminución, extinción o afectación en cualquier forma;

III.- De los juicios sucesorios;

IV.- De los asuntos judiciales concernientes a otras acciones relativas al estado civil, a la capacidad de las personas y a las derivadas del parentesco;

V.- De las diligencias de consignación en todo lo relativo a la materia familiar;

VI.- De la diligenciación de los exhortos, suplicatorias, requisitorias y despachos, relacionados con el orden familiar;

VII.- De las cuestiones relativas a los asuntos que afecten en su derecho de persona a los menores e incapacitados, y

VIII.- En general, todas las cuestiones familiares que reclamen la intervención judicial.

Asi también el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal en su articulo 159 establece que los jueces de lo familiar

conocerán de las cuestiones sobre estado o capacidad de las personas y en general de las cuestiones familiares que requieran intervención judicial, sea cual fuere el interés pecuniario que de ellas dimanare, y el artículo 941 determina que estarán facultados para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de menores y de alimentos, estando obligados a suplir la deficiencia de las partes en sus planteamientos de derecho.

De esta forma los jueces de lo familiar están encargados exclusivamente de conocer, tramitar y resolver los asuntos relativos a las cuestiones familiares, con exclusión de cualquier otra autoridad, por ser la ley quien le reserva su conocimiento, con preferencia a los demás jueces y tribunales.

Ante tales consideraciones es importante determinar lo que debemos entender por competencia y sobre ella el jurista Eduardo Pallares nos dice lo siguiente: "Es la porción de jurisdicción que la ley atribuye a los órganos jurisdiccionales para conocer de determinados juicios o negocios". (62)

Por su parte los maestros Rafael de Pina y José Castillo Larrañaga conceptualizan la competencia como: "La medida del poder o

facultad otorgada a un órgano jurisdiccional para entender de un determinado asunto". (63)

Con ello podemos decir, que la competencia es aquella porción de jurisdicción que está legalmente atribuida a un órgano judicial determinado, para conocer una cuestión también determinada.

En resumen se puede precisar que los jueces familiares son los únicos competentes para conocer en general de las cuestiones familiares y que requieren la intervención judicial, y en la que queda comprendida la facultad para otorgar la suplencia del consentimiento para que el menor de edad pueda contraer matrimonio.

F.- PROPOSICIÓN DE MODIFICACION A LOS ARTICULOS 149 Y 151 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

Refiriéndonos al consentimiento que deben prestar los padres, para que el menor de edad pueda contraer matrimonio, es incuestionable que la Ley Positiva Civil contiene errores de redacción que podrían tener como consecuencia una incorrecta interpretación de la ley, en perjuicio de las personas que tienen el derecho a otorgarlo, así como también es incuestionable que establece supuestos que ya no son acordes y plenamente justificados a nuestra realidad social, como el caso en que el Jefe del

63.- Pina Rafael de y Castillo Larrabaga José. Derecho Procesal Civil, 28ª Edic. Edit. Porrúa, S.A. México, 1988, pág. 88.

Departamento del Distrito o los Delegados sean quienes puedan suplir el consentimiento cuando los ascendientes o tutores se nieguen a concederlo.

A raíz de la problemática planteada, en cuanto hace al artículo 149 del Código en cita que literalmente establece:

Artículo 149.- El hijo o la hija que no hayan cumplido dieciocho años, no pueden contraer matrimonio sin consentimiento de su padre o de su madre, si vivieren ambos, o del que sobreviva. Este derecho lo tiene la madre aunque haya contraído segundas nupcias, si el hijo vive con ella. A falta o por imposibilidad de los padres, se necesita el consentimiento de los abuelos paternos, si vivieren ambos, o del que sobreviva, a falta o por imposibilidad de los abuelos paternos, si los dos existieren, o del que sobreviva, se requiere el consentimiento de los abuelos maternos.

Respecto a la primera hipótesis, donde se señala que es el padre o la madre, en cuanto vivan ambos, quienes han de otorgar su consentimiento para que su menor hijo pueda contraer matrimonio, substituiríamos la conjunción adversativa "o" por la copulativa "y", en atención a que en principio incorpora un error de redacción, ya que la primera se refiere a uno o a otro y no a ambos, como incorrectamente se encuentra redactado y que de no ser así, sería innecesaria la frase que sigue "si vivieren ambos", lo que se confirma si se toma en consideración la frase subsecuente que establece

“o del que sobreviva”, con lo que se puede concretar que la primera proposición a que se refiere esta hipótesis, es que debe ser el consentimiento conjunto de los padres, cuando vivan ambos y no del uno o el otro, por lo cual se propone la modificación de la conjunción “o” por la “y”, para de esta manera darle congruencia a la redacción de tal hipótesis legislativa.

Lo anterior en cuanto que de la actual redacción del precepto en estudio, se puede llegar a la falsa interpretación que sólo basta con el consentimiento de uno solo de los ascendientes, y que de interpretarse así, constituiría una grave violación al ejercicio de la patria potestad que detenta aquel ascendiente que niega su consentimiento, sin que exista ninguna razón lógica, ni jurídica que sustente tal exclusión y más aún si se toma en consideración que respecto de los demás ascendientes si se establece claramente la participación de ambos para concederla.

Es así nuestro propósito, el de determinar debidamente, sin que quede duda alguna, el derecho de los padres a otorgar su consentimiento, para la celebración del matrimonio de los menores de edad, con la finalidad de prevenir alguna falsa interpretación del contenido del artículo citado y establecer una uniformidad del criterio de que debe ser el consentimiento conjunto de los padres. Consecuentemente se propone la modificación del artículo 149 del Código Civil, para que el mismo quede redactado en los siguientes términos:

Artículo 149.- “El hijo o la hija que no hayan cumplido

dieciocho años, no pueden contraer matrimonio sin consentimiento de su padre y de su madre, si vivieren ambos, o del que sobreviva...”

Ahora bien, por corresponder a una innegable realidad se propone la modificación de la parte conducente del artículo 151 del Código Civil que textualmente dice:

Artículo 151.- Los interesados pueden ocurrir al Jefe del Departamento del Distrito Federal o a los Delegados, según el caso, cuando los ascendientes o tutores nieguen su consentimiento o revoquen el que hubieren concedido. Las mencionadas autoridades, después de levantar una información sobre el particular, suplirán o no el consentimiento.

En cuanto que podemos establecer, que no encuentra justificación alguna la hipótesis donde se faculta al Jefe del Departamento del Distrito Federal o los Delegados, para suplir el consentimiento para que se celebre el matrimonio del menor, cuando los ascendientes o tutores nieguen su consentimiento, en virtud, de que no tiene razón de ser, ya que está debidamente establecida la competencia de los Tribunales Familiares, quienes tienen la función de administrar justicia, y los cuales conocen y resuelven en general las cuestiones familiares.

Al ser competente el Juez de lo Familiar para intervenir en los asuntos relativos a las cuestiones que afecten a la familia, debe tener exclusiva y directamente la facultad para suplir o no el consentimiento, cuando los ascendientes o tutores lo nieguen, por tratarse de un acto jurídico tan trascendental entre las personas que lo celebran y por ser eminentemente familiar, sin que ninguna otra autoridad como lo es la administrativa, pueda conocer y suplir el consentimiento de los ascendientes o tutores.

De esta forma y al ser considerados todos los problemas inherentes a la familia de orden público, por constituir la base de la integración de la sociedad, estimamos que el Jefe del Departamento del Distrito Federal o los Delegados, quienes ejercen la administración pública del Distrito Federal, no deben tener competencia para conocer y resolver sobre este supuesto.

En consecuencia la modificación del artículo 151 del Código Civil, que se propone, tiene como efecto anular la facultad que otorga nuestra ley, para que el Jefe del Departamento del Distrito Federal o los Delegados suplan el consentimiento, cuando los ascendientes o tutores lo nieguen y en su lugar se determine que el Juez de lo Familiar sea quien suplirá o no el consentimiento, debiendo quedar en definitiva la redacción de dicho precepto en los siguientes términos:

Artículo 151.- "Los interesados pueden ocurrir al Juez de lo Familiar de la residencia del menor, cuando los ascendientes o

tutores nieguen su consentimiento o revoquen el que hubieren concedido. La mencionada autoridad suplirá el consentimiento, siempre y cuando no exista justa causa para ello”.

Ello más aún si se toma en consideración, que no existe ninguna disposición reglamentaria que confiera tal responsabilidad al Jefe del Departamento del Distrito Federal o a los Delegados, lo que fácilmente puede establecerse del contenido de la Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal, que en ninguna de sus partes prevé tal circunstancia, pero no solo ello, sino que es incuestionable que desde un punto de vista lógico jurídico, no existe razón alguna que valide el hecho de que una autoridad administrativa invada la esfera jurisdiccional de Juez de lo Familiar, lo que se realiza en los actuales términos del artículo 151 del Código Civil en comento: ya que la suplencia del consentimiento para contraer matrimonio importa la valoración de elementos que deben ser analizados para tal resolución, esto es, valorar aquellas circunstancias que originan el que los menores requieran la sustitución de la autorización, entendiéndolo como una valoración del contenido de la negativa de los ascendientes o tutor, tanto, como las causas que pudieran justificar el otorgamiento de tal consentimiento y la gravedad de las circunstancias que hagan necesario o propicien el requerimiento de tal consentimiento, lo que debidamente observado una valoración de tales circunstancias, actividad que le es propia a los órganos jurisdiccionales y de ningún modo a los órganos administrativos, si quiera por esta elemental causa, se justifica la modificación propuesta.

Las modificaciones propuestas podrán presentarse como insubstanciales en el conjunto total del Dispositivo civil, pero ello, consideramos no es cierto, pues su importancia trasciende en aspectos de la vida cotidiana que requieren una absoluta precisión para su debida comprensión y que no deje lugar a dudas, siendo innegable que la claridad en las disposiciones normativas, es elemento esencial para su debido cumplimiento, única razón que inspira y fundamenta las proposiciones referidas, formulándolas con la incipiente capacidad del suscriptor y con ánimo de introducimos en la ciencia denominada "Derecho".

CONCLUSIONES

PRIMERA.- En el antiguo derecho romano no existió una forma determinada para externar la manifestación del consentimiento, bastando que la voluntad de los contrayentes, así como la del paterfamilias, se manifestará recíprocamente para celebrar el matrimonio en cualquier forma.

SEGUNDA.- El consentimiento, como elemento para la celebración del matrimonio en el derecho español, se encontró determinado por el derecho canónico, entendiéndose por tal, el acto de voluntad por el cual el hombre y la mujer se entregan y aceptan en alianza irrevocable para constituir el matrimonio; y su validez de éste nace del acuerdo de las voluntades declaradas ante la presencia del cura.

TERCERA.- El régimen jurídico precortesiano fue por demás rudimentario y sus relaciones se regían por la costumbre, fuertemente influenciada por la religión, por lo cual cada pueblo ostentaba características distintas para la celebración del matrimonio; posteriormente a la conquista se implementó en nuestra nación el régimen determinado por el derecho canónico para la celebración del matrimonio.

CUARTA.- En el México independiente y de acuerdo a la Ley del Matrimonio Civil de 1859, para la validez del matrimonio, bastaba el consentimiento de los contrayentes externada, expresa y libremente ante el

encargado del registro civil, constituyendo la manifestación de la voluntad de los contrayentes un elemento de existencia del matrimonio.

QUINTA. - De acuerdo con lo dispuesto en el Código Civil de 1870 y 1884, sólo podían contraer matrimonio el hombre que había cumplido dieciséis años y la mujer catorce, pero aquellos que no habían cumplido veintiún años, no podían contraer matrimonio sin consentimiento de sus ascendientes y a falta de estos su tutor, y a falta de éste, tal consentimiento podía ser otorgado por el juez de primera instancia del lugar y para el caso de negativa de los ascendientes, tutores o jueces, los interesados podían recurrir a la primera autoridad política del lugar, quienes suplirían o no el consentimiento y sin esa habilitación no podían casarse.

SEXTA. - El matrimonio es el acto jurídico por medio del cual un hombre y una mujer se unen para constituir un estado permanente de vida, mismo que la ley sanciona para reforzar a través de diversas disposiciones jurídicas la solidez y permanencia de la unión.

SÉPTIMA. - Son elementos de existencia del matrimonio aquellos sin los cuales el acto jurídico no puede existir, siendo ellos la manifestación de voluntad, la existencia de un objeto física y jurídicamente posible y la solemnidad, y por otra parte, son elementos de validez aquellos que no son necesarios para la existencia del acto jurídico, pero su inobservancia trae consigo la nulidad absoluta y relativa según sea el caso, siendo ellos la

capacidad, la ausencia de vicios en el consentimiento, la licitud en el objeto, motivo o fin del acto y la observancia de las formalidades legales.

OCTAVA.- Por consentimiento debe entenderse la manifestación de voluntad de los contrayentes para la celebración del matrimonio, implicando que el declarante acepta todos los derechos y obligaciones, facultades y deberes, implícitos en la institución matrimonial.

NOVENA.- De acuerdo a nuestra legislación vigente, el menor de dieciocho años, requiere para contraer matrimonio, del consentimiento de quienes ejercen la patria potestad o de su tutor, lo cual constituye una autorización para la celebración del matrimonio.

DÉCIMA.- Para que el menor de edad pueda contraer matrimonio, requiere del consentimiento de los padres o del que sobreviva, y a falta o por imposición de ellos el de los abuelos paternos o del que sobreviva, y a falta de éstos o por imposibilidad el de los abuelos maternos o del que sobreviva y a falta de padres y abuelos, el consentimiento del tutor y a falta de este último, el juez de lo familiar y en la hipótesis de negativa de consentimiento por parte de los ascendientes o tutor, podrá suplir tal consentimiento el Jefe del Departamento del Distrito Federal o los delegados.

DÉCIMA PRIMERA.- La suplencia se refiere a la sustitución de la autorización del representante del menor, que puede hacer por ley la autoridad judicial o administrativa.

DÉCIMA SEGUNDA.- La facultad conferida por el Código Civil para el Distrito Federal al Jefe del Departamento del Distrito Federal o los delegados para suplir el consentimiento para contraer matrimonio, cuando éste es negado o revocado por los ascendientes o tutor del menor no tiene razón, ni el sustento jurídico suficiente: debiéndose modificar la disposición que contiene tal prerrogativa, en cuanto que existe un órgano jurisdiccional debidamente instituido, que tiene plena competencia para dirimir toda controversia que se suscite en el orden familiar.

DÉCIMA TERCERA.- Es incuestionable que el ordenamiento legislativo debe encontrarse investido de absoluta claridad, para su debida interpretación, motivo por el cual se propone la modificación al artículo 149 del Código Civil, a que se alude en el apartado final del capítulo que antecede.

DÉCIMA CUARTA.- La observancia a las disposiciones legales, se realizará de cabal forma, en cuanto sea totalmente comprensible, ya que de otra forma se trastocaría su verdadero espíritu, en perjuicio de toda relación jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

1. ACOSTA ROMERO MIGUEL. TEORIA GENERAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO. Primer curso. 11ª Edic. Edit. Porrúa, S.A. México. 1993. 982 páginas.
2. Baqueiro Rojas Edgar y Buenrostro Báez Rosalía. DERECHO DE FAMILIA Y SUCESIONES. 1ª Edic. Edit. Harla, S.A. México, 1994. 493 páginas.
3. CHAVEZ ASCENCIO MANUEL F. LA FAMILIA EN EL DERECHO. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales. 2ª Edic. Edit. Porrúa, S.A. México. 1992. 430 páginas.
4. CHAVEZ ASCENCIO MANUEL F. LA FAMILIA EN EL DERECHO. Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares. 3ª Edic. Edit. Porrúa, S.A. México. 1994. 526 páginas.
5. FLORIS MARGADANT GUILLERMO. EL DERECHO PRIVADO ROMANO. como introducción a la Cultura Jurídica Contemporánea. 12ª Edic. Edit. Esfinge, S.A. México. 1983. 530 páginas.
6. FLORIS MARGADANT GUILLERMO. INTRODUCCION A LA HISTORIA DEL DERECHO MEXICANO. 4ª Edic. Edit. Esfinge, S.A. México. 1980. 223 páginas.
7. GALINDO GARFIAS IGNACIO. DERECHO CIVIL. PRIMER CURSO. Parte General. Persona. Familia. 13ª Edic. Edit. Porrúa, S.A. México. 1994. 790 páginas.
8. GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ ERNESTO. DERECHO DE LAS OBLIGACIONES. 5ª Edic. Edit. Cajica, S.A. México. 1984. 946 páginas.
9. IBARROLA ANTONIO DE. DERECHO DE FAMILIA. 4ª Edic. Edit. Porrúa, S.A. México. 1993. 608 páginas.

10. PALLARES EDUARDO. DERECHO PROCESAL CIVIL. 13ª Edic. Edit. Porrúa, S.A. México, 1989. 706 páginas.
11. PINA RAFAEL DE y CASTILLO LARRAÑAGA JOSÉ. INSTITUCIONES DE DERECHO PROCESAL CIVIL. 18ª Edic. Edit. Porrúa, S.A. México, 1988. 654 páginas.
12. PINA RAFAEL DE. ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL. 19ª Edic. Edit. Porrúa, S.A. México, 1995. 406 páginas.
13. ROJINA VILLEGAS RAFAEL. DERECHO CIVIL MEXICANO. Tomo II. Derecho de Familia. 4ª Edic. Edit. Porrúa, S.A. México, 1975. 803 páginas.
14. ROJINA VILLEGAS RAFAEL. DERECHO CIVIL MEXICANO. Tomo V, Vól. I. Obligaciones. 3ª Edic. Edit. Porrúa, S.A. México. 1976. 613 páginas.
15. SERRA ROJAS ANDRES. DERECHO ADMINISTRATIVO. Tomo I. 15ª Edic. Edit. Porrúa, S.A. México. 1992. 839 páginas.

OTRAS FUENTES CONSULTADAS

1. PALLARES EDUARDO. DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL CIVIL. 20ª Edic. Edit. Porrúa, S.A. México. 1991. 901 páginas.

LEGISLACIÓN

- 1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS**
- 2. CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL**
- 3. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL**
- 4. LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL**
- 5. LEY ORGÁNICA DEL DEPARTAMENTO DEL DISTRITO FEDERAL.**