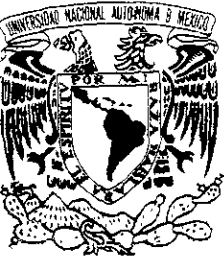


879309



UNIVERSIDAD LASALLISTA BENAVENTE
FACULTAD DE DERECHO
CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
Clave: 879309



18
29.

**"LA REPRESENTACION PARA
CONTRAER MATRIMONIO"**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

Licenciado en Derecho

PRESENTA:

Javier Gasca Laguna

ASESOR:

Lic. Ramón Camarena García

879309

CELAYA, GTO.

ENERO 1998

**TESIS CON
FOLIA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México

UNAM



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

INDICE

INTRODUCCION

CAPITULO I

EL MATRIMONIO

1.1. Evolución y concepto.....	1
1.1.1. Importancia del matrimonio.....	1
1.1.2. La pareja humana.....	3
1.1.3. Importancia del matrimonio en el Derecho Mexicano.....	4
1.1.4. Evolución sufrida en el concepto del matrimonio.....	6
1.1.5. Promiscuidad primitiva.....	6
1.1.6. Matrimonio por grupos.....	7
1.1.7. Matrimonio por rapto.....	7
1.1.8. Matrimonio por compra.....	8
1.1.9. Matrimonio concensual.....	9
1.1.10. Matrimonio Laico.....	9
1.1.11. Concepto.....	10
1.2. Naturaleza jurídica del matrimonio.....	11
1.2.1. Diferentes puntos de vista en el estudio del matrimonio.....	11
1.2.2. El matrimonio como Institución.....	12
1.2.3. El matrimonio como acto jurídico condición.....	15
1.2.4. El matrimonio como acto jurídico mixto.....	16
1.2.5. El matrimonio como Contrato Ordinario.....	17
1.2.6. El matrimonio como Contrato de Adhesión.....	23
1.2.7. El matrimonio como estado jurídico.....	24
1.2.8. Tesis de Antonio Cicu.....	26
1.3. El matrimonio y el Concubinato.....	29
1.3.1. Diversidad de tratamientos jurídicos respecto al concubinato.....	29
1.3.2. El concubinato como estado ajurídico.....	31
1.3.3. El concubinato como estado jurídico en relación con los hijos.....	32
1.3.4. Prohibición del concubinato.....	33
1.3.5. El concubinato como unión de grado inferior al matrimonio.....	34

CAPITULO II

REQUISITOS PARA CONTRAER MATRIMONIO

LOS IMPEDIMENTOS

2.1. Celebración del matrimonio.....	39
2.2. Elementos y requisitos del matrimonio.....	41
2.2.1. El consentimiento como elemento esencial en el matrimonio.....	42
2.2.2. Objeto posible como elemento esencial en el matrimonio.....	43
2.2.3. Inexistencia del matrimonio por objeto jurídicamente imposible.....	44
2.2.4. Solemnidades y formalidades que deben observarse en la celebración del matrimonio.....	46
2.2.5. Capacidad de los contrayentes.....	48
2.2.6. Ausencia de vicios en el consentimiento.....	52
2.2.7. Licitud en el objeto, motivo, fin y condición del matrimonio.....	54
2.3. Los impedimentos.....	56
2.3.1. Los impedimentos dirimentes.....	58
2.3.2. Los impedimentos impidentes.....	62
2.4. Otros requisitos.....	63

CAPITULO III

SOLEMNIDAD EN EL MATRIMONIO

3.1. El matrimonio como acto solemne.....	66
3.2. Las solemnidades.....	67
3.3. El Oficial del registro civil.....	71
3.4. La comparecencia de los contrayentes.....	72
3.5. Las oposiciones para la celebración del matrimonio.....	73
3.6. Otras formas de celebración del matrimonio.....	74
3.6.1. Matrimonio de mexicanos en el extranjero.....	74
3.6.2. Matrimonio de Extranjeros en México.....	75
3.6.3. Matrimonio de Extranjero en el Extranjero.....	76
3.6.4. Matrimonio entre Mexicano y Extranjero.....	76
3.6.5. Efectos en México.....	78

CAPITULO IV

NULIDAD DEL MATRIMONIO

4.1. Consideraciones generales.....	81
4.2. Nulidad absoluta en el matrimonio.....	84
4.3. Nulidad relativa en el matrimonio.....	85
4.4. Matrimonios ilícitos validos.....	89
4.5. Efectos de la Nulidad del matrimonio con relación a los conyuges.....	90
4.6. Falta de Formalidades.....	92
4.7. La posesión de Estado.....	92
4.8. Providencias Cautelares.....	94
4.9. La Sentencia de Nulidad.....	95

CAPITULO V

LA REPRESENTACION

5.1. Concepto.....	100
5.2. Tipos de Representación.....	103
5.3. Utilidad de la representación.....	104
5.4. La representación en el matrimonio.....	105
5.5. Mandato para celebrar el matrimonio.....	107
5.6. Vicios de la voluntad.....	108
5.7. Matrimonio entre ausentes.....	112
5.7.1. Antecedentes Historicos.....	112
5.7.2. Nuestro Derecho.....	113
5.7.3. Requisitos.....	113
5.7.4. Naturaleza.....	114
5.7.5. Duración.....	114
5.7.6. Capacidad del mandante.....	114
5.7.7. Revocación del poder.....	115
5.7.8. Muerte del mandante.....	116

CAPITULO IV

ESTUDIO JURIDICO DE LA REPRESENTACION MATRIMONIAL

Estudio Jurídico de la Representación Matrimonial..... 119

CONCLUSION..... 125

BIBLIOGRAFIA..... 128

INTRODUCCION

Para la elaboración de mi Tesis, que lleva como título "La Representación para contraer Matrimonio", tome en consideración la situación actual para la celebración del matrimonio por medio de Representante, que contempla nuestra legislación Civil Mexicana.

En la actualidad esta figura jurídica es inusual, porque la mayoría de los matrimonios o quizá en todos, los interesados comparecen en forma personal a la celebración matrimonial, por ser este un acto trascendental en la vida de las personas que les trae consecuencias jurídicas voluntarias muy importantes.

Como es sabido el Estado Mexicano salvaguarda y protege al matrimonio, por ello se considera de orden público, además en la celebración de este intervienen los interesados y el Oficial del Registro Civil en su calidad de representante del estado, quien da legalidad del acto y que se lleve a cabo con las formalidades que establece la ley.

En la época de la conquista, más que nada durante la Colonia, la representación para contraer matrimonio era usual y fue ahí donde tuvo sus orígenes, para que los españoles peninsulares pudieran celebrar matrimonio con los habitantes de la nueva España o viceversa, pero en la actualidad es inusual, debido a que todas las parejas planean su matrimonio para evitar contratiempos que puedan evitar el enlace matrimonial.

Además en nuestros tiempos comparecen los contrayentes, donde en forma libre y espontánea manifiestan su consentimiento, libre de vicios. Nuestra historia nos ha demostrado que antiguamente los padres elegían y decidían con quien sus hijos o hijas debían contraer nupcias, por lo tanto ellos no manifestaban su consentimiento.

En mi opinión considero que el otorgar mandato para representar a una persona en acto solemne de contraer matrimonio, puede estar viciado el consentimiento de quien lo otorga, tanto por error, dolo, mala fe o violencia.

Por lo antes expuesto un padre de familia podía obtener un mandato de su hijo sin importar la voluntad de su descendiente.

Al final de este trabajo concluyo, manifestando que esta figura jurídica de la representación puede ocultar vicios de la voluntad además de reformar el Código Civil en lo conducente a la posibilidad de contraer matrimonio mediante representante.

CAPITULO PRIMERO

EL MATRIMONIO

1.1. EVOLUCION Y CONCEPTO.

1.1.1. IMPORTANCIA DEL MATRIMONIO.

Considero que el matrimonio, es una institución de orden público, en virtud de que por medio de el surge y nace la familia que es la piedra angular o base de la sociedad humana; es bien sabido que de el matrimonio nacen derechos y obligaciones entre los esposos, también una responsabilidad respecto de los hijos que originen de la unión celebrada entre ellos, apareciendo entonces relaciones conyugales y paterno-filiales.

El matrimonio respecto a su carácter de orden público se la otorga el estado, ya que para su celebración interviene el Oficial del Registro Civil, por el contrario en su disolución del vínculo matrimonial se requiere de una sentencia que dicte el Juez.

La importancia fundamental considero que es además de la ayuda mutua y la perpetuación de la especie, el respeto, la fidelidad que se tengan los esposos. Algo muy importante es la responsabilidad que los esposos tengan respecto de la planeación de su familia, al decidir cuantos hijos tener para otorgarles los satisfactores que ellos necesiten.

Es frecuente que los tratadistas digan que "el matrimonio, modo único constitutivo de la sociedad conyugal, es a la vez, y por ello base fundamental de la familia, modo normal de constitución de la misma, puesto que de él se originan, a través de la generación seguida del hecho del nacimiento, la relación paterno-filial legítima así como la relación parental".

Sin embargo, en el Derecho mexicano se ha modificado este punto de vista. A partir de la Ley Sobre Relaciones Familiares se sustenta el criterio de que la familia también está

fundada en el parentesco por consanguinidad y, especialmente, en las relaciones que originan filiación tanto matrimonial como extramatrimonial, lo que ha hecho que el maestro **Rojina Villegas** exprese: "Por lo tanto, el matrimonio deja de ser el supuesto jurídico necesario para regular las relaciones de paternidad, de la maternidad y de la patria potestad, ya que tanto los hijos naturales como los legítimos resultan equiparados a efecto de reconocerles en el Código vigente los mismos derechos y someterlos a la patria potestad de sus progenitores". No estoy de acuerdo con lo expuesto, pues el matrimonio sigue siendo el "supuesto jurídico", y si las relaciones jurídicas derivadas de la filiación se regulan independientemente de que los hijos nazcan dentro o fuera del matrimonio, es en atención a los deberes que se originan también de la filiación, lo que no excluye que el matrimonio sea el modo moral y legal de constituir una familia y, por lo tanto, un supuesto jurídico para las relaciones filiales.

"En la regulación jurídica del parentesco, de los alimentos, del nombre, del domicilio, de los derechos y obligaciones de los hijos, del sistema hereditario en la sucesión legítima, de la patria potestad y de la tutela, no vuelve a partir nuestra ley de la distinción entre hijos naturales y legítimos, sino que equipara para todos los efectos legales en las distintas situaciones mencionadas a esa clase de descendientes."

No obstante lo anterior, estimo que tal situación no significa minar las bases de la sociedad ni del Estado, y menos fomentar uniones libres o concubinato, pues el matrimonio sigue siendo la base primordial y fundamental de la familia. Tan es así, que la regulación del matrimonio es extensa y en cambio en relación al concubinato sólo se observan artículos aislados. El legislador no puede desconocer que en nuestra patria existe una gran cantidad de uniones naturales o extramatrimoniales, dentro de ellas el concubinato, que es necesario tomar en cuenta en alguna forma para la protección a los menores y las madres.

Partiendo pues de la importancia del matrimonio, debemos asentar que el matrimonio comporta un hecho social, que consiste en que varón y mujer viven como cónyuges. Sin embargo, este hecho social en sí mismo considerado, no es propiamente el matrimonio, se requiere el vínculo jurídico, de donde se deriva una nueva forma de vida con sus propias relaciones jurídicas en cuya virtud son marido y mujer.

Nos interesa fundamentalmente en esta parte del estudio conocer la relación jurídica del matrimonio, determinar su naturaleza, qué es lo que lo constituye, cuándo se entiende celebrado para poder derivar una serie de conclusiones en relación a los efectos jurídicos del matrimonio, sus deberes, derechos y obligaciones.

Es necesario detectar la esencia jurídica del matrimonio, sin separarlo de la realidad social; no son factores desvinculados la realidad social y lo jurídico, son dos elementos que nos harán entender lo que es el matrimonio.

El matrimonio, estimo, es una institución natural. Como creyente acepto que es de origen divino, que es una institución creada a través de la acción de Dios, que crea al ser humano bisexuado, y que pone en la naturaleza humana todos los elementos para la unión de sexos.

La persona humana tiene una estructura determinada. Cada hombre está constituido naturalmente en varón (estructura viril) o mujer (estructura femenina); existe una mutua y natural atracción entre varón y mujer; como consecuencia de lo anterior, la tendencia o impulso natural a unirse en matrimonio. Hay una inclinación natural al matrimonio que está impresa en el ser humano y abarca todo el hombre en su parte material y racional.

Fundamentalmente, de acuerdo con lo visto, el matrimonio se refiere a dos que constituyen una pareja y, por lo tanto, es interesante poder observar lo que a través del tiempo ha sucedido a la pareja humana.

1.1.2. LA PAREJA HUMANA.

La pareja humana tiene sus orígenes desde la aparición del hombre por ello el matrimonio, se contrae entre personas de sexo opuesto de acuerdo como lo establece el artículo 145 del Código Civil del Estado de Guanajuato que a la letra dice: El hombre y la mujer, entendiéndose tacitamente que queda prohibido contraer matrimonio a personas del mismo sexo, en algunos otros países si esta permitido.

El estudio sobre el matrimonio y la familia debe referirse muy especialmente a la pareja humana. Esta constituye el matrimonio que es la base de la familia. Al estudiarla y observar el papel del hombre y el de la mujer, podremos sacar conclusiones importantes sobre el matrimonio y la familia, porque estas instituciones guardan relación estrecha con el rol del hombre y la mujer. No es igual la familia en donde la mujer cuenta, que aquella en la que se le aprecia, se le busca y se la toma en cuenta. Hoy en día se pueden apreciar diferencias entre las familias según el papel o rol que desempeñen el hombre y la mujer. A través de la historia podemos referirnos a la pareja humana para explicarnos muchos fenómenos del matrimonio y la familia.(1)

1.1.3. IMPORTANCIA DEL MATRIMONIO EN EL DERECHO MEXICANO.

Nuestro ordenamiento jurídico le da un tratamiento muy especial al matrimonio, debido a que debe celebrarse ante los Oficiales del Registro Civil, dicho funcionario público otorga la validez al matrimonio como acto solemne, donde concurren elementos como lo es el consentimiento de los contrayentes, además de que a partir de la celebración del acto solemne los contrayentes deben cumplir con los fines del matrimonio que regula nuestro Código Civil del Estado.

Es bien sabido que de el matrimonio nacen obligaciones comunes de los cónyuges con sus hijos como lo es la alimentación, educación, etc. También constituye la base y origen del derecho familiar.

Es frecuente afirmar en todos los tratados de derecho civil que el matrimonio constituye la base fundamental de todo el derecho de familia.

El Código Civil vigente ha continuado la obra iniciada por la Ley de Relaciones Familiares, al aceptar casos en que es posible la investigación de la paternidad que todavía no reconoció el ordenamiento de 1917.

En la regulación jurídica del parentesco, de los alimentos, del nombre, del domicilio, de los derechos y obligaciones de los hijos, del sistema hereditario en la sucesión legítima, de la patria potestad y de la tutela, no vuelve a partir nuestra ley de la distinción entre hijos naturales y legítimos, sino que equipara para todos los efectos legales en las distintas instituciones mencionadas a esa clase de descendientes. Por lo tanto, ya no podemos afirmar, como se hace todavía en el derecho europeo y en el americano, que el matrimonio es la institución fundamental del derecho familiar. Menos aún podemos decir que de él derivan todas las relaciones, derechos y potestades, pues nuestro régimen jurídico parte precisamente de una hipótesis distinta: ha considerado la filiación (legítima o natural) como la base y fuente de todas esas consecuencias jurídicas. Iremos confirmando, al analizar cada una de las instituciones mencionadas, el alcance amplísimo que ha dado la ley mexicana al vínculo que une al progenitor con el descendiente, sin limitarlo exclusivamente, por lo que se refiere a sus efectos, a la filiación nacida del matrimonio.

El criterio sustentado por la nueva legislación mexicana nos parece desde luego más humanitario que el viejo sistema en el que se desconocen algunos derechos de los hijos, sólo por el hecho de haber nacido fuera de matrimonio. Tal postura no significa minar las bases de la sociedad ni del Estado, ni menos aun fomentar el desarrollo de ideas inmorales en la institución de la familia, para llegar al libertinaje y a las uniones sexuales transitorias o accidentales. Evidentemente que partimos del principio indiscutible de que la unión sexual debe estar reconocida por el derecho para regular una comunidad de vida permanente, tanto biológica como espiritual, pero no desconocemos que sería injusto tomar como base única de las relaciones familiares, la institución del matrimonio, a efecto de desprender de la misma todas las consecuencias en materia de patria potestad, de parentesco, de alimentos, de impedimentos para el matrimonio y en general de derechos y obligaciones para los hijos. El sistema jurídico debe impedir hasta donde sea posible el fomento de las uniones extramatrimoniales, pero tal forma de regulación no debe fundarse en el sistema antiguo de colocar a los hijos naturales en una condición inferior o ilegítima frente a los hijos habidos en matrimonio. Por otra parte, podrán facilitarse las uniones matrimoniales y sancionar, si se quiere, a quienes constituyan una familia al margen de la ley, pero lo que por todos conceptos es criticable es hacer recaer las culpas de los padres sobre los hijos. En este sentido un criterio sano de justicia no debe admitir concesión alguna, manteniéndose

estrictamente intolerante ante una degradación injusta. Para lograr en parte el fomento en las uniones matrimoniales, la Ley de Relaciones Familiares suprimió el procedimiento de publicidad en la celebración de los matrimonios. Dice así la exposición de motivos: "Que las modificaciones más importantes, relativas a las instituciones familiares, deben ocuparse desde luego de facilitar el matrimonio, suprimiendo las publicaciones que la práctica ha demostrado que son inútiles; pero sin que esto sea óbice para que se descuiden los intereses de los contrayentes y de la sociedad, exigiendo de ellos y de los testigos que presenten sobre su aptitud legal para casarse, bajo penas severas y no irrisorias como las actuales, que se produzcan con toda verdad y con plena conciencia, a cuyo fin debe exigirse a los testigos que garanticen haber conocido a los pretendientes, con bastante anterioridad al acto; y sin que la facilidad que se quiere dar para contraer matrimonio impida que se exija al pretendiente menor de edad, no sólo el consentimiento del padre, sino también el de la madre, pues ambos progenitores están igualmente interesados en el porvenir de sus hijos y ambos tienen sobre él los derechos y obligaciones que la naturaleza les otorga; aunque sí debe prevenirse un disenso irracional, ordenando que el ascendiente que haya dado su consentimiento, no pueda revocarlo sin motivo justificado.

1.1.4. EVOLUCION SUFRIDA EN EL CONCEPTO DEL MATRIMONIO.

El matrimonio ha sufrido cambios desde sus inicios, de acuerdo a cada una de las culturas que han surgido en nuestra historia, estas le han dado sus características propias.

Podemos señalar como grandes etapas en la evolución del matrimonio las siguientes: 1º. Promiscuidad primitiva. 2º. Matrimonio por grupos. 3º. Matrimonio por raptó. 4º. Matrimonio por compra, y 5º. Matrimonio consensual.

1.1.5. PROMISCUIDAD PRIMITIVA.

La promiscuidad se dió en forma reiterada en los orígenes del hombre, en virtud de que el hombre en mi opinión únicamente actuaba sin medir consecuencias de sus actos, es decir actuaba sin responsabilidad.

Según las hipótesis más fundadas de los sociólogos, en las comunidades primitivas existió en un principio una promiscuidad que impidió determinar la paternidad y, por lo tanto, la organización social de la familia se reguló siempre en relación con la madre. Los hijos segulan la condición jurídica y social de aquélla, dándose así lugar al matriarcado. Algunos sociólogos consideran que existió una promiscuidad relativa, pues el hombre por ciertos instintos y sentimientos naturales, debe haber permanecido con la mujer hasta el nacimiento o hasta el destete del hijo. En esta primera etapa de la organización familiar sólo existen hipótesis que no han logrado una comprobación indiscutible.

1.1.6. MATRIMONIO POR GRUPOS.

Este tipo de matrimonio se realizaba cuando el hombre se empieza a organizar y bajo una creencia religiosa realizaban uniones matrimoniales entre diversos clanes o grupos.

El matrimonio por grupos se presenta ya como una forma de promiscuidad relativa, pues por la creencia mítica derivada del totemismo, los miembros de una tribu se consideraban hermanos entre sí y, en tal virtud, no podían contraer matrimonio con las mujeres del propio clan. De aquí la necesidad de buscar la unión sexual con las mujeres de una tribu diferente. En un principio el matrimonio no se celebró en forma individual sino que determinados hombres de un grupo celebraban matrimonio con igual número de mujeres de una tribu distinta. Este matrimonio colectivo traía como consecuencia un desconocimiento de la paternidad, manteniéndose, por lo tanto, el régimen matriarcal y el sistema de filiación uterina, es decir, por la madre. Los hijos siguen en principio la condición social y jurídica que corresponde a los distintos miembros del clan materno, José Kohler en su Filosofía del Derecho explica las causas del matrimonio por grupos y el régimen jurídico-religioso del mismo.

1.1.7. MATRIMONIO POR RAPTO.

Este matrimonio se realizaba en diversas culturas que con motivo de triunfos de guerra los vencedores se hacían propietarios de los bienes y hasta de las mismas mujeres de

sus enemigos vencidos, en la actualidad se da esta figura de matrimonio por raptó, es decir cuando una persona comete el delito de raptó para evitar el ejercicio de la acción penal contra el matrimonio con la persona raptada.

En una evolución posterior debida generalmente a la guerra y a las ideas de dominación que se presentan en las distintas colectividades humanas cuando alcanzan cierto desarrollo, aparece el matrimonio por raptó. En esta institución, la mujer es considerada como parte del botín de guerra y, por lo tanto, los vencedores adquieren en propiedad a las mujeres que logran arrebatarse al enemigo, de la misma manera que se apropian de bienes y animales. En el matrimonio por raptó intervienen también ideas religiosas, de tal manera que puede considerarse como una forma evolucionada del matrimonio por grupos. El raptor se asocia con varios compañeros para raptar a una mujer perteneciente a una tribu distinta. La paternidad se encuentra ya definida debido a la unión monogámica. El marido es entonces el jefe de la familia y los hijos se encuentran sometidos a su potestad. La esposa también se coloca en la condición de una hija y, por lo tanto, existe un poder absoluto del marido para ejercer sobre ella la potestad marital. Este sistema ha dado origen al patriarcado, según se desprende de las hipótesis que han formulado los sociólogos y que parecen comprobarse en todos los pueblos de pastores y cazadores. La antigua organización del derecho romano primitivo es una prueba de esta organización patriarcal.

1.1.8. MATRIMONIO POR COMPRA.

Este matrimonio se dió en la época de patriarcado, donde sólo se hacia lo que el paterfamilias ordenaba. También en las culturas en las cuales el hombre toma una actitud preponderante sobre la mujer, donde solo se hace lo que el hombre diga.

En el matrimonio por compra se consolida ya definitivamente la monogamia, adquiriendo el marido un derecho de propiedad sobre la mujer, quien se encuentra totalmente sometida a su poder. Toda la familia se organiza jurídicamente reconociendo la potestad del esposo y padre a la vez, para reglamentar la filiación en función de la

paternidad, pues ésta es conocida. Asimismo, la patria potestad se reconoce al estilo romano. Es decir, se admite un poder absoluto e ilimitado del pater-familias sobre los distintos miembros que integran el grupo familiar.

1.1.9. MATRIMONIO CONSENSUAL.

El matrimonio consensual es realmente la perfección de la celebración del mismo, en virtud de que interviene el estado mediante su Oficial del Registro Civil ante el cual, los contrayentes manifiestan su libre y espontáneo consentimiento, donde no existen vicios de la voluntad.

Por último, 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. Este es el concepto ya del matrimonio moderno, que puede estar más o menos influenciado por ideas religiosas, bien sea para convertirse en un sacramento como se admite en el derecho canónico, en un contrato como se considera por distintos derechos positivos a partir de la separación de la Iglesia y del Estado, o como un acto de naturaleza compleja en el que interviene además un funcionario público. De todas maneras es fundamental en su constitución la manifestación libre de voluntades de los contrayentes, en oposición a las formas de matrimonio por raptó o por compra que aun cuando establecen la unión monogámica no reconocen la función importante del consentimiento como libre acuerdo de los contrayentes para realizar la unión sexual.

1.1.10. MATRIMONIO LAICO.

Nuestra Constitución antiguamente en su artículo 130, había declarado que el matrimonio es un contrato civil y, por lo tanto, se regula exclusivamente por las leyes del Estado, sin que tengan ingerencia alguna los preceptos del derecho canónico. Sin embargo, debe reconocerse que para la debida interpretación de las normas que regulan los impedimentos, así como para las sanciones de nulidad, es necesario tomar en cuenta el antecedente del derecho canónico. Desde nuestros Códigos Civiles de 1870 y 1884 el

matrimonio ha quedado totalmente reglamentado por la ley civil, tanto por lo que se refiere a su celebración ante el Oficial del Registro Civil competente, como en lo que atañe a la materia de impedimentos, a los casos de nulidad y a los efectos de la institución. También el divorcio ha sido regulado por esos ordenamientos, primero bajo la forma de separación de cuerpos y después, a partir de la Ley de Relaciones Familiares de 1917, como forma que disuelve totalmente el vínculo conyugal.(2)

1.1.11. CONCEPTO.

Nuestro Ordenamiento Jurídico en el Estado de Guanajuato, no nos da una definición de lo que es el matrimonio, únicamente lo reglamenta estableciendo derechos, obligaciones, requisitos para contraerlo y fines del matrimonio, en mi opinión es la unión de un hombre y una mujer que cumplen con los requisitos legales, que manifiestan su voluntad ante el Oficial del Registro Civil, manifestando cumplir con los fines del matrimonio.

Del matrimonio se han dado muchas definiciones, entre otras, las siguientes:

"El contrato solemne regulado exclusivamente por las leyes civiles, por el cual se unen perpetuamente el varón y la mujer para el mutuo auxilio, procreación y educación de los hijos."

"La unión válida de un hombre y una mujer celebrada conforme a las leyes del Estado y ante un Magistrado civil, o la declaración de voluntad de contraer matrimonio prestada ante un Magistrado civil y la situación jurídica creada por este acto."

El doble significado es tenido en consideración para formular las definiciones por Lagomarcino, quien expresa que: "el matrimonio es la institución social fundada en la unión entre el hombre y la mujer tendiente al nacimiento de la familia legítima, a la propagación de la especie y al cuidado de la prole" y el matrimonio-acto "el contrato del Derecho familiar en virtud del cual un hombre y una mujer formalizan una unión reconocida por la ley con base en la familia legítima".(3)

1.2 NATURALEZA JURIDICA DEL MATRIMONIO.

1.2.1. DIFERENTES PUNTOS DE VISTA EN EL ESTUDIO DEL MATRIMONIO.

Considero que la naturaleza jurídica del matrimonio, es un acto jurídico y no un contrato como lo explican algunas teorías que le dan hasta una clasificación llamándolo contrato de adhesión. En virtud de que es un acto porque se manifiestan las voluntades de los contrayentes ante un Oficial del Registro Civil, quien da la legalidad al matrimonio, una vez declarado legalmente se actualizan los preceptos legales que rigen al matrimonio, reafirmo mi opinión ya que si fuera contrato, los contrayentes podrían estipular a su libre albedrío las cláusulas que rigen el contrato, el tiempo de duración y la disolución realizarla cuando ellos quisieran o una vez concluido el objeto del contrato; pero en el matrimonio no se da esto, los contrayentes se rigen por las normas que impone el estado no por ello confundirlo con el contrato de adhesión, porque en este una de las partes se adhiere lisa y llanamente a la otra, en el matrimonio ninguna de las partes se allana a la otra porque las partes son los contrayentes y como es un acto formal, solemne y de interés público interviene el estado mediante su representante. Por lo antes expuesto confirmo, que es un acto jurídico en el cual intervienen los contrayentes y el estado, actualizando en ese momento y por todo el tiempo que dure el matrimonio los dispositivos legales que rigen a esta figura jurídica, trayendo consecuencias de derecho a los contrayentes y regulando sus relaciones.

El matrimonio ha sido considerado desde distintos 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, y

7. Como acto de poder estatal.

1.2.2. EL MATRIMONIO COMO INSTITUCION.

En este sentido significa el conjunto de normas que rigen el matrimonio. Una institución jurídica es un conjunto de normas de igual naturaleza que regulan un todo orgánico y persiguen una misma finalidad. Ihering explica que las normas jurídicas se agrupan constituyendo series de preceptos para formar verdaderos cuerpos que tienen autonomía, estructura y funcionamiento propios dentro del sistema total que constituye el derecho positivo. Para el citado autor, el enlace entre las normas es de carácter teleológico, es decir, en razón de sus finalidades. Kelsen ha establecido una forma distinta en el encadenamiento normativo a través de su famosa pirámide jurídica, pues distingue diversas capas o estructuras dentro del ámbito general del derecho, tomando en cuenta las relaciones de supraordinación y subordinación que existen entre las normas. Es decir, distingue la norma fundamental, las normas ordinarias o leyes, los reglamentos y las normas individualizadas. Formula una jerarquía entre esas diferentes categorías y un principio de creación en el derecho, según el cual la norma superior rige la creación de la norma inferior.

Desde, el punto de vista que sostiene Ihering, la institución jurídica debe quedar integrada por un conjunto de normas que persigan la misma finalidad. Por consiguiente, la unidad se alcanza desde el punto de vista funcional entre preceptos de igual naturaleza que se combinan entre sí para lograr un conjunto de relaciones jurídicas. En este enlace teleológico no encontramos una jerarquía normativa, ya que los preceptos que constituyen la institución son de igual rango. Por lo tanto, la institución jurídica se presenta como un cuerpo debidamente integrado por normas de igual naturaleza que se unifican en razón de un fin.

El matrimonio constituye una verdadera institución por cuanto que los diferentes preceptos que regulan tanto el acto de su celebración, al establecer elementos esenciales y de validez, como los que fijan los derechos y obligaciones de los consortes, persiguen la

misma finalidad al crear un estado permanente de vida que será la fuente de una gran variedad de relaciones jurídicas.

Desde este punto de vista se estudia el 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. Es decir, se toma en cuenta sólo la estructura legal que en forma destacada viene -a determinar el conjunto de derechos y obligaciones que caracterizan el estado matrimonial.

También puede entenderse el matrimonio como una institución de acuerdo con las ideas de Hauriou. Sabido es que el citado jurista francés ha desarrollado toda una teoría sobre la personalidad jurídica fundada en la idea de institución. En dos de sus obras encontramos elementos bastantes para construir una teoría de la institución aplicada al matrimonio.

Para Hauriou, la institución es "una idea de obra que se realiza y dura jurídicamente en un medio social. En virtud de la realización de esta idea se organiza un poder que requiere órganos; por otra parte, entre los miembros del grupo social interesado en la realización de esta idea, se producen manifestaciones comunes, dirigidas por los órganos del poder y regidas por procedimientos".

La definición que antecede la podemos aplicar exactamente al matrimonio, precisando los siguientes elementos:

- a) El matrimonio es una idea de obra que se realiza y tiene permanencia jurídica dentro de un medio social determinado;
- b) Por virtud del matrimonio se organiza un poder que requiere órganos, como son los consortes o uno de ellos, según se estableció en la regulación romana del paterfamilias;
- c) Los miembros de la institución matrimonial persiguen finalidades comunes, para cuyo efecto se establecen actividades recíprocas;
- d) Tanto la idea de obra como la organización, su finalidad y las relaciones entre los consortes, se encuentran reguladas por un procedimiento determinado.

El matrimonio como idea de obra significa la común finalidad que persiguen los consortes para constituir una familia y realizar un estado de vida permanente entre los mismos. Para la creación de las finalidades comunes que impone la institución, se organiza un poder que tiene por objeto mantener la unidad y establecer la dirección dentro del grupo, pues toda comunidad exige necesariamente tanto un poder de mando como un principio de disciplina social. En el matrimonio, ambos cónyuges pueden convertirse en órganos del poder, sumiendo igual autoridad como ocurre en el sistema mexicano, o bien, puede descansar toda la autoridad exclusivamente en el marido como se ha venido reconociendo a través de la historia de la institución, desde el matrimonio por raptó.

Es fundamental en el concepto institucional de Hauriou la existencia de la idea de obra y de la finalidad común, pues la primera constituye la idea fuerza que permite realizar efectivamente los fines propuestos, en tanto que la segunda permite la unificación de las distintas actividades merced a una orientación común. Propiamente el fin no es elemento integrante de la institución desde el punto de vista de que constituye un dato trascendente a la misma, es decir, simplemente es el elemento orientador que pone en marcha la idea de obra. En el matrimonio, tanto desde el punto de vista de su estructuración normativa, cuanto de las finalidades que persiguen los consortes, es evidente la idea de obra que permite la constitución de un estado de vida permanente entre dos seres de distinto sexo para la perpetuación de la especie y la realización de finalidades espirituales comunes.

La tesis de Hauriou aplicada al matrimonio tiene la importancia de comprender no sólo el aspecto inicial de la institución que existe por virtud de la celebración del acto, sino también el estado de vida que le da significación tanto social como jurídica y, finalmente, la estructuración normativa a través de la cual se establecen las finalidades, órganos y procedimientos de la institución misma.

Refiriéndose Kipp y Wolff a las definiciones sobre el matrimonio consagran la siguiente: "El matrimonio es la unión de un hombre y de una mujer, reconocida por el derecho e investida de ciertas consecuencias jurídicas." En este breve concepto se precisan las características propias de la unión matrimonial tomando en cuenta sólo su aspecto formal, es decir, el hecho de que la unión del hombre y la mujer se encuentra reconocida por

el derecho. Con toda intención los autores mencionados no se refieren a la finalidad del matrimonio, para después indicarnos que el mismo constituye "la unión de un hombre y de una mujer dirigida al establecimiento de una plena comunidad de vida". De esta suerte se conjugan el aspecto simplemente formal que da el derecho a la unión sexual, mediante el reconocimiento de consecuencias jurídicas, y el carácter institucional que le da vida a esa unión y que permite constituir una plena comunidad entre los consortes.

Advierten los autores citados que ya los juristas romanos nos indicaron la existencia de esa finalidad social y jurídica en el matrimonio y que gracias a la misma se puede distinguir ésta de la otras uniones sexuales jurídicamente reconocidas, agregando que también en el derecho moderno se ha constituido la institución matrimonial de acuerdo con la idea de un fin, toda vez que se reconoce la comunidad de nombre, de estado, de domicilio y el deber de vida en común entre los consortes, o sea, un pleno consorcio de vida en común.

1.2.3. EL MATRIMONIO COMO ACTO JURIDICO CONDICION.

Se debe a León Duguit haber precisado la significación que tiene el acto jurídico condición. Distingue el acto regla, el acto subjetivo y el acto condición en su Tratado de Derecho Constitucional. Define el último, como 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.

En el derecho público los actos condición permiten aplicar diferentes estatutos del derecho administrativo a los distintos funcionarios, por el solo hecho de la aceptación y protesta de un cargo. En el derecho privado tenemos también situaciones semejantes en el matrimonio y en la tutela. Por virtud del matrimonio se condiciona la aplicación de un estatuto que vendrá a regir la vida de los consortes en forma permanente. Es decir, un sistema de derecho en su totalidad es puesto en movimiento por virtud de un acto jurídico

que permite la realización constante de consecuencias múltiples y la creación de situaciones jurídicas permanentes. De acuerdo con lo expuesto podemos encontrar en la definición del matrimonio todos los elementos que caracterizan el acto condición, ya que implica una manifestación plurilateral de voluntades (la de los contrayentes unida a la declaración que hace el oficial del Registro Civil) que tiene por objeto crear un estado permanente de vida entre los cónyuges para originar derechos y obligaciones recíprocos, así como relaciones permanentes que no se agotan por el cumplimiento de las mismas, sino que se siguen renovando de manera indefinida.

En esta concepción se logran conjugar a la vez tanto el aspecto del matrimonio como acto jurídico y su carácter de institución, supuesto que no basta para su debida caracterización tomar en cuenta el momento inicial, sino el estado de vida que se crea mediante la organización permanente que establece el sistema normativo.

1.2.4. EL MATRIMONIO COMO ACTO JURIDICO MIXTO.

Se distinguen en el derecho los actos jurídicos privados, los actos jurídicos públicos y los actos jurídicos mixtos. Los primeros se realizan por la intervención exclusiva de los particulares, los segundos por la intervención de los órganos estatales y los terceros por la concurrencia tanto de particulares como de funcionarios públicos en el acto mismo, haciendo sus respectivas manifestaciones de voluntad. 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. Este órgano del Estado desempeña un papel constitutivo y no simplemente declarativo, pues podemos decir que si se omitiese en el acta respectiva hacer constar la declaración que debe hacer el citado funcionario, considerando unidos a los consortes en legítimo matrimonio, éste no existiría desde el punto de vista jurídico.

1.2.5. EL MATRIMONIO COMO CONTRATO ORDINARIO.

Esta ha sido la tesis tradicional desde que se separó el matrimonio civil del religioso, pues tanto en el derecho positivo como en la doctrina, se le ha considerado fundamentalmente como un contrato en el cual existen todos los elementos esenciales y de validez de dicho acto jurídico. Especialmente se invoca como razón el hecho de que los contrayentes deben manifestar su consentimiento ante el oficial del Registro Civil para unirse en matrimonio. 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 esté 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.

En contra de la tesis de que el matrimonio es un contrato, tenemos las opiniones de Ruggiero y Bonnacase. El primero se expresa así: "Naturaleza jurídica del matrimonio. ¿Cuáles son, propiamente, el concepto y la naturaleza jurídica del matrimonio según nuestro derecho? La concepción contractualista introducida y profesada durante mucho tiempo por los canonistas, es la que prevaleció entre los civilistas franceses e italianos. Ciertamente que los más se apresuran a añadir que el matrimonio ofrece caracteres peculiares y notas características; pero siempre es la idea del contrato la dominante, porque según los partidarios de esta teoría, es el acuerdo de los esposos lo que crea el vínculo, ya que, como en los demás contratos, es en éste necesario y suficiente el consentimiento inicial, y porque también en éste, como en los demás contratos, el acuerdo se produce para regular una relación jurídica; las normas que exigen autorizaciones especiales, intervención de funcionario público y determinadas solemnidades o las que restringen la libertad de los contrayentes o prohíben el establecimiento de términos y condiciones, o que niegan eficacia al disenso mutuo o que en general prohíben una regulación convencional de la relación, son consecuencias de la naturaleza especial de la convención y no destruyen, sin embargo, la esencia contractual de la misma.

"Hay que reaccionar contra esta tendencia negando al matrimonio el carácter de contrato. No basta que se dé en aquél un acuerdo de voluntades para afirmar sin más que sea un contrato; ni es cierto tampoco que todo negocio bilateral sea, contrato aunque los contratos constituyan la categoría más amplia de tales negocios. Nada se gana con añadir que la materia especial de este contrato implica derogaciones más o menos profundas a las normas que regulan la materia contractual. Precisamente las normas que no sólo limitan, sino que aniquilan toda autonomía de voluntad, demuestran la radical diferencia que media entre el contrato y el matrimonio. Contra lo que sucede en los contratos, el matrimonio está sustraído a la libre voluntad de las partes, éstas no pueden, en el matrimonio, estipular condiciones y términos ni adicionar cláusulas o modalidades ni disciplinar las relaciones conyugales de modo contrario al establecido en la ley; la libertad no surge sino cuando se trata de intereses patrimoniales, y aun en tal caso está muy limitada. Opuesta a la idea del contrato e inconciliable con ella es la absoluta inaplicabilidad al matrimonio del mutuo disenso; en cambio, no hay contrato que no pueda resolverse si las partes no quieren que el vínculo subsista."

Bonnecase, en su obra: La Filosofía del Código de Napoleón Aplicada al Derecho de Familia ha sostenido que es totalmente falsa la tesis contractual. Al efecto, el ilustre jurista francés hace un estudio de la naturaleza del matrimonio desde todos los puntos de vista en que sería posible considerarlo, para condenar sin ambages la teoría contractual y adherirse a la tesis institucional del matrimonio. Desde luego rechaza el punto de vista de Planiol de que el legislador francés haya procedido con un espíritu de moderación y cordura en la regulación jurídica de la familia y en cuanto a la concepción del matrimonio como un contrato, reconoce que de los trabajos preparatorios del Código Napoleón resulta con evidencia, que los redactores del mismo, a pesar de todos sus esfuerzos no lograron sustraerse a la creación de la idea del matrimonio-contrato, aun cuando precisaron algunas diferencias. Especialmente influyó la obra de Juan Jacobo Rousseau, el Contrato Social. También las ideas de Pothier que se adhirió asimismo a la tesis de Rousseau. Expresamente este último nos dice: "El matrimonio es el más excelente y antiguo de todos los contratos. Aun considerándolo únicamente en el orden civil es el más excelente, porque, la sociedad civil está más interesada en él. Es el más antiguo, porque fue el primer contrato que celebraron los hombres. Inmediatamente que Dios hubo formado a Eva de una de las

costillas de Adán, y que la hubo presentado a éste, nuestros dos primeros padres celebraron un contrato de matrimonio. Adán tomó a Eva por su esposa... Eva tomó recíprocamente a Adán por su esposo.

No obstante que los redactores del Código Napoleón aceptaron la idea de que el matrimonio es un contrato, en concepto de Bonnecase no fueron consecuentes con la misma, pues posteriormente al reglamentar la institución, no aplicaron en todas sus consecuencias la tesis contractual sino más bien repudiaron esta idea. En efecto, en el Código francés el contrato se considera desde un punto de vista estrictamente económico y por esto se le estudia entre los diferentes medios de adquirir la propiedad. El artículo 1101 está concebido en los siguientes términos: "El contrato es un convenio por el cual una o varias personas se obligan hacia una o varias otras, a dar, hacer o no hacer alguna cosa." Además, toda la reglamentación del contrato está basada en el principio de la autonomía de la voluntad, es decir, la voluntad es soberana en la formación, efectos y disolución de los contratos. En el matrimonio, considera Bonnecase, que no se cumplen las reglas que lo caracterizan como un contrato, ni menos aún existe el principio de la autonomía de la voluntad por lo que se refiere a sus efectos y disolución. En primer lugar el oficial del Registro Civil recibe una declaración unilateral de cada uno de los contrayentes, bajo la forma de una respuesta a una pregunta formulada por él y después declara en nombre de la ley que los contrayentes quedan unidos en matrimonio. De este hecho deriva el citado autor que el oficial del Registro Civil no tiene como función completar la voluntad de las partes, sino que interviene constituyendo el matrimonio mismo. De manera distinta ocurre en el derecho canónico, pues el sacerdote no administra el sacramento del matrimonio, concretándose sólo a dar la bendición nupcial y su papel se limita, por lo tanto, a la de un testigo calificado. Acepta Bonnecase la idea de Planiol de que la función del oficial del Registro Civil es constitutiva en el acto matrimonial y agrega que el acto no puede celebrarse, como los demás contratos, en cualquier lugar, sino que debe otorgarse en el domicilio de alguno de los contrayentes. Además, en matrimonio debe anunciarse públicamente y el Código regula medidas de protección del consentimiento distintas de aquellas que señala para los contratos en general. La función de los vicios de la voluntad también es diversa en el matrimonio si se le compara con el régimen general de los contratos. Lo propio ocurre en cuanto a la capacidad de los contrayentes. En algunos aspectos el consentimiento en materia de

matrimonio está menos protegido que en los contratos, pero en otros se le rodea de mayores seguridades. Por esto concluye Bonnacase:

En cuanto a los efectos del matrimonio, encuentra el citado autor que hay una diferencia aún más radical, si se le compara con el contrato, que aquella que señala para la celebración del mismo, pues el principio de la autonomía de la voluntad que domina sin excepción los efectos de los contratos conforme al artículo 1156 del Código Napoleón, no tiene ningún efecto en materia matrimonial. Los consortes no pueden alterar el régimen del matrimonio, estipulando derechos y obligaciones distintos de los que imperativamente determina la ley. Carece de valor cualquier pacto que los contrayentes estipularen para cambiar el régimen legal o modificar los fines del matrimonio. "La naturaleza de las cosas exigía que se separase el matrimonio, en forma absoluta, de la noción de contrato.

Encuétrase la prueba de esto en el carácter confuso e incompleto, a la vez, de las definiciones de los autores de derecho civil, que reproduciremos más adelante, y que con ahinco tratan de presentar el estado de esposos bajo la forma de un conjunto de relaciones derivadas de un contrato y más o menos previstas por los esposos, al celebrar éste." En este sentido el artículo 138 del Código francés estatuye: "Los esposos no pueden derogar los derechos derivados de la potestad marital sobre la persona de la mujer y de los hijos, y que pertenecen al marido como jefe, ni los derechos conferidos al esposo supérstite por el título de la patria potestad o por el de minoridad, tutela o emancipación, ni las disposiciones prohibitivas del presente Código."

En cuanto a la disolución del matrimonio, también se separa radicalmente de los contratos, pues no depende de la voluntad de los consortes disolver el vínculo matrimonial; en cambio, todo contrato concluye por mutuo disenso.

Fundado en las consideraciones que anteceden, Bonnacase acepta la idea del matrimonio institución y considera que los grandes comentaristas del Código Napoleón cometieron un grave error al juzgar sobre la naturaleza del matrimonio. Sólo Aubry y Rau "vislumbraron claramente la naturaleza específica del matrimonio, afirmando, además, que el Código Civil había hecho de él un contrato. En efecto, estos autores distinguen el

matrimonio considerado desde el punto de vista filosófico y el matrimonio examinado a través del Código Civil".

Por nuestra parte, creemos que debe desecharse totalmente la tesis contractual del matrimonio, pues además de las razones expuestas por Bonnacase, debe reconocerse que en el derecho de familia ha venido ganando terreno la idea de que el matrimonio es un acto jurídico mixto en el cual participa en forma constitutiva del mismo, el Oficial del Registro Civil. Por otra parte, en nuestro derecho se caracteriza también como acto solemne de tal manera que requiere para su existencia que se levante el acta matrimonial en el libro correspondiente con el conjunto de formalidades que después estudiaremos. En este aspecto se vuelve a comprobar la intervención activa del citado Oficial del Registro Civil que no sólo declara unidos en matrimonio a los contrayentes, sino que tiene que redactar y levantar una acta cumpliendo estrictas solemnidades en su constitución. Los mismos autores que han admitido la existencia del matrimonio como contrato, no han podido negar la característica que tiene como acto jurídico mixto y el papel esencial que juega el Oficial del Registro Civil.

En nuestro derecho el artículo 155 del Código de 1884 decía expresamente: "El matrimonio es la sociedad legítima de un solo hombre con una sola mujer que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida. En el Código Civil de 1870 el artículo 159 había consagrado la citada definición que después reprodujo textualmente el Código de 1884. En la Ley de Relaciones Familiares, el artículo 13 decía: "El matrimonio es un contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo disoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida." En el Código Civil vigente ya no se contiene una definición del matrimonio, de tal suerte que no se le caracteriza expresamente como un contrato, pero diferentes preceptos aluden al mismo dándole la categoría de contrato. En el artículo 143 del Código Civil del Estado de Guanajuato se dice "El matrimonio debe celebrarse ante los funcionarios que establece la ley y con las formalidades que ella exige." El artículo 144 del Código Civil del Estado de Guanajuato agrega: "Cualquiera condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los conyuges se tendrá por no puesta." En el 156 expresamente se reconoce el carácter contractual del matrimonio al decir: "Son impedimentos para celebrar

el contrato de matrimonio..." Posteriormente en diversos artículos la ley vuelve a aceptar el carácter contractual de la institución.

Aun cuando es indudable que nuestros textos legales desde 1917, tanto en la Constitución como en la Ley de Relaciones Familiares, y después el Código Civil vigente, han venido insistiendo en la naturaleza contractual del matrimonio, también no es menos cierto que tal punto de vista sólo tuvo por objeto separar de manera radical el matrimonio civil del religioso, es decir, negar el principio consagrado por el derecho canónico que dio carácter de sacramento al matrimonio. Por esto en el artículo 130 de la Constitución de 17, afirmaba que el matrimonio como contrato civil es de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil. Es decir, no debe considerarse que el legislador mexicano al afirmar que el matrimonio era un contrato, quiso equipararlo en sus efectos y disolución al régimen general de los contratos, sino que su intención fue únicamente negar a la Iglesia toda ingerencia en la regulación jurídica del matrimonio, en la celebración del mismo, en las consecuencias del divorcio y en los impedimentos para ese acto. Así se explica que el artículo 144 del Código vigente prohíba toda estipulación contraria a los fines del matrimonio, es decir, a la perpetuación de la especie y a la ayuda recíproca que se impone a los consortes. Por la misma razón el artículo 175 del Estado de Guanajuato declara: "Son nulos los pactos que los esposos hicieren contra las leyes o los naturales fines del matrimonio." De estos preceptos se desprende que no puede aplicarse a la regulación misma del acto en cuanto a los derechos y obligaciones que origina, el sistema contractual. Es decir, no sólo no se pueden alterar las obligaciones y facultades que imperativamente establece la ley, sino que tampoco pueden los consortes pactar términos, condiciones o modalidades que afecten a este régimen que se considera de interés público. En este sentido es, de aplicación estricta el artículo 5º del propio Código, conforme al cual la voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. El mismo precepto permite que se renuncien los derechos privados que no afecten directamente el interés público, y es indiscutible que una renuncia en cuanto a los derechos y obligaciones que derivan del matrimonio, sí afectaría gravemente al interés público. En cuanto a la forma de disolución del matrimonio, la ley dispone que el divorcio sólo procederá por las causas que señala o por mutuo consentimiento de los consortes. Ahora bien, podría pensarse que en esta forma de divorcio se aplica el régimen contractual ya que se equipara al mutuo disenso

pero la diferencia es evidente si se reflexiona que no puede haber divorcio sin la intervención de un juez. Por lo tanto, no basta el mutuo consentimiento de los consortes por sí solo para disolver el matrimonio, se requiere siempre la intervención de un funcionario del Estado y sobre todo, entretanto no exista la sentencia del Juez Civil decretando el divorcio, subsiste el vínculo matrimonial.(4)

1.2.6. EL MATRIMONIO COMO CONTRATO DE ADHESION.

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. Situación semejante es la que se presenta en los contratos de adhesión, pues en ellos una parte simplemente tiene que aceptar en sus términos la oferta de la otra, sin la posibilidad de variar los términos de la misma. En ocasiones, el Estado reglamenta determinadas cláusulas o elementos de ciertos contratos de prestación de servicios públicos y en esos casos, las partes ya no son libres para determinar el contenido de tales cláusulas. Tal cosa ocurre en el contrato de transportes y en el de suministro de energía eléctrica. En el caso del matrimonio se estima que por razones de interés público el Estado impone el régimen legal del mismo, de tal manera que los consortes simplemente se adhieren a ese estatuto, funcionando su voluntad sólo para el efecto de ponerlo en movimiento y aplicarlo, por lo tanto, a sujetos determinados. 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 de la otra, sino que es 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.

La tesis que comentamos no explica el papel que juega el oficial del Registro Civil que, como hemos dicho, es esencial y constitutivo para la existencia del matrimonio.

Además, no puede considerarse que en dicho acto prevalece la voluntad de una parte sobre la voluntad de la otra, que es la situación normal en los contratos de adhesión. Existe desde luego un punto de contacto en lo que se refiere a la situación en que se encuentran los contratantes que se ven constreñidos a aceptar la reglamentación que hace el Estado respecto de ciertas cláusulas en los contratos de prestación de servicios públicos, pues en ambos casos se toma en cuenta el interés general que regula la ley para imponer a los interesados en el acto jurídico, el estatuto correspondiente. En la tesis de Planiol y Ripert se acepta esta naturaleza compleja del matrimonio, atendiendo tanto a la voluntad de las partes para considerar que existe un contrato y a la naturaleza institucional tanto del acto mismo como del estado civil que se origina durante la vida matrimonial.

1.2.7. EL MATRIMONIO COMO ESTADO JURIDICO.

Desde este punto de vista, 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.

Los estados jurídicos se distinguen de los hechos y de los actos jurídicos, en virtud de que producen situaciones jurídicas permanentes, permitiendo la aplicabilidad de todo un estatuto legal a situaciones determinadas que continúan renovándose en forma más o menos indefinida. En este sentido, el matrimonio evidentemente que constituye un estado jurídico entre los consortes, pues crea para los mismos una situación jurídica permanente que origina consecuencias constantes por aplicación del estatuto legal respectivo a todas y cada una de las situaciones que se van presentando durante la vida matrimonial. Además, el matrimonio se presenta como un estado de derecho en oposición a los simples estados de hecho. La ley puede reglamentar estados permanentes, tomando en cuenta ciertas situaciones naturales, como ocurre en materia de servidumbres por el desnivel de los predios o con el subsuelo mineral para originar la propiedad del Estado; o bien, puede referirse a relaciones humanas que por implicar derechos y obligaciones derivados de un acto jurídico, constituyen verdaderos estados de derecho. Así es como podemos distinguir los estados de

hecho que nacen de hechos jurídicos y los estados de derecho que nacen de actos jurídicos. También cabe distinguir los estados naturales los estados del hombre, en el primer caso se trata de situaciones derivadas de hechos que son independientes del hombre, pero que el derecho organiza para establecer múltiples consecuencias, como sucede con los ejemplos ya citados en materia de servidumbres y de propiedad del Estado sobre el subsuelo. En el segundo caso se comprenden aquellas situaciones permanentes relacionadas con el hombre, que la ley regula asimismo, tales como el parentesco consanguíneo, el concubinato y el matrimonio. Los estados del hombre pueden ser estados de hecho y estados de derecho, según que nazcan de hechos o de actos jurídicos. Por ejemplo, el concubinato es un estado de hecho y el matrimonio es un estado de derecho. En el parentesco tenemos estados del hombre que a su vez pueden ser de hecho o de derecho. Verbigracia: el parentesco consanguíneo que nace de un hecho y constituye sin estado también de hecho; en cambio, el parentesco por adopción que nace de un acto jurídico, constituye un estado de derecho.

Refiriéndonos ya al matrimonio lo caracterizamos como un estado de derecho en oposición al concubinato que es un simple estado de hecho. En ambos casos existe analogía desde el punto de vista de que constituyen estados del hombre debidos a la unión sexual más o menos permanente; pero en tanto que el matrimonio es un estado de derecho sujeto a un estatuto jurídico que origina derechos y obligaciones entre los consortes, creando una forma permanente de vida regulada en su constitución, en sus efectos y en su disolución por la ley; en el concubinato no encontramos esa regulación nominativa, aun cuando sí produce determinadas consecuencias jurídicas. Precisamente en atención a tales consecuencias podemos considerarlo como un estado jurídico de hecho. Si careciere totalmente de esos efectos tendríamos que reconocer que se trataba de un estado ajurídico.

El estado matrimonial tiene consecuencias importantes respecto a la vigencia del matrimonio, a sus efectos y a su disolución, pues aun cuando se inicia por un acto jurídico, en realidad se perfecciona a través de la vida en común; sin el estado matrimonial no puede cumplirse el deber de convivencia que existe entre los esposos.

Tomando en cuenta las ideas expuestas, resulta evidente que el matrimonio no puede definirse como acto jurídico simplemente, es decir, no se agota en el sólo acto de su celebración, pues sería un matrimonio incompleto. La plenitud de sus consecuencias jurídicas, la realización de su fin y, sobre todo, el cumplimiento de las obligaciones entre marido y mujer y en la relación con los hijos, dependen fundamentalmente del estado matrimonial. Además, es indiscutible que tales derechos y obligaciones sólo podrán cumplirse satisfactoriamente a través de la vida en común. De aquí el interés no sólo doctrinario sino también estrictamente legal, para distinguir entre el acto que inicia el estado matrimonial y ese estado propiamente dicho.

1.2.8. TESIS DE ANTONIO CICU.

El matrimonio no es un contrato, sino un acto de poder estatal.- Transcribimos textualmente la interesante opinión del jurista italiano:

"El matrimonio no es formalmente contrato.- Pero de una manera mucho más radical nosotros creemos poder atacar la concepción contractual del matrimonio, negando también la forma del contrato."

"Es indudable que en nuestro derecho no se tiene matrimonio sin la intervención del oficial del estado civil- Indudable es también que tal intervención no tiene exclusivamente finalidad de declaración pública de la relación. Se podría después de eso considerar que la misma constituye una mera formalidad; que, por ejemplo, a falta de la celebración, el matrimonio sea nulo como nula es la donación no hecha por acto público, de la cual no puede dudarse que sea la voluntad de las partes la constitutiva de la relación. Sin embargo, se podría siempre apreciar diferencias de efectos entre los casos de nulidad por defecto de forma y el caso nuestro: en tanto es significativo el hecho de que para el matrimonio no se haya sentido la necesidad de una norma expresa que declare la nulidad, lo que implica que la nulidad, (mejor inexistencia) no se contrapone aquí a un principio de libertad de contratación; además, en ningún caso puede el matrimonio no celebrado producir efectos, mientras éstos son posibles en cuanto a los negocios patrimoniales, aun cuando sean

nulo en modo absoluto; todavía más, no podrá verdaderamente aceptarse para el matrimonio, como para el contrario se admite para el derecho patrimonial, que, no exceptuada en juicio la falta de formalidad exigida ad substantiam, el juez no pueda ponerla de relieve de oficio por lo que se hace posible discutir si la sentencia pueda sustituir el acto que falta."

Pero, aparte todo esto, la evolución histórica no deja duda sobre el valor que ha de atribuirse a aquella intervención: la misma es hoy en día intervención activa y no meramente certificativa. Puesto que el oficial ha de examinar si nada obsta a la celebración del matrimonio, su pronunciamiento vale como consentimiento para el matrimonio."

"Con esto no queda todavía excluido el concepto de contrato.- Se puede pensar, en efecto, que la intervención del oficial sea elemento esencial, desde luego, pero que viene a agregarse a lo que verdaderamente es constitutivo del matrimonio; y es natural aproximar el caso nuestro a aquellos casos en los que un contrato debe ser sometido a autorización, homologación, aprobación de autoridad pública; considerar, por ejemplo, aquella intervención como una *conditio juris* para la eficacia del contrato en sí válido y perfecto. Así como no se puede dudar de que sea un contrato el concluido por el padre en nombre del hijo, aunque deba someterse a la autorización del tribunal, otro tanto podría pensarse del matrimonio."

"Y la figura de la autorización o la de la aprobación administrativa es aquella que parece adaptarse más al caso. En cuanto a la autorización se podría también decir aquí, según la conocida definición de Ranelletti, que la autoridad pública, reservándose comprobar si no obstan impedimentos, interviene caso por caso para remover el límite, puesto por aquella finalidad, al ejercicio de la facultad de unirse en matrimonio. Sin embargo, la doctrina de derecho público no está dispuesta a aplicar al caso nuestro el concepto de autorización. Y con razón. Se podría, ante todo, observar que, mientras en el caso de autorización al progenitor, el contrato existe aun sin la autorización y es solamente anulable, aquí se tiene inexistencia. Si se objetase que esto deriva del hecho de que la autorización hace posible el ejercicio legítimo de la facultad, de modo que antes de ella no se puede tener otra cosa que un comportamiento no reconocido por la ley, se puede contraponer que precisamente en el caso nuestro el pronunciamiento del oficial no precede sino que sigue y debe seguir a la

manifestación de la voluntad de los esposos; y que la misma no hace posible el ejercicio de la facultad en el sentido de que ésta pueda después ejercitarse o no. Esto podría aconsejar a sustituir a la figura de la autorización la de la aprobación o del visto de legitimidad; ésta, en efecto, más bien que aquella, funciona como *conditio juris*. Pero cualquiera aprecia que las mismas no corresponderían enteramente al significado que el proceso histórico quiere que se atribuya a la celebración; el matrimonio no es acto que se realice entre los esposos y que sea después sometido al examen de la autoridad pública: ninguno, por ejemplo, querrá aquí hablar de efecto retroactivo que debería, en cambio, considerarse como propio de la aprobación."

"El matrimonio es acto de poder estatal.- Estas consideraciones ponen en claro la especial importancia que tiene el hecho de que la declaración de voluntad de los esposos deba ser dada al oficial, y por él recogida personalmente en el momento en el que se prepara para el pronunciamiento; y que toda otra declaración o contrato realizado entre los esposos no tienen ningún valor jurídico. Nosotros deducimos de esto que la ley no considera el matrimonio como contrato tampoco formalmente y que la concorde voluntad de los esposos no es más que condición para el pronunciamiento; éste y sólo éste es constitutivo del matrimonio."

"Se comprende que si no vacilamos en llegar a esta conclusión, esto es porque la misma está consentida y justificada por la premisa contenida en la primera parte: y una vez admitido que el interés en la constitución de relaciones familiares sea también interés de Estado, no se puede tener dificultad en considerar el matrimonio como constituido formalmente por acto del poder público. Y no es dudoso que ésta fuese la meta de la evolución histórica: es el Estado el que une en matrimonio; se objetará que además del interés del Estado existe el interés bien distinto de los esposos, el cual incluso debe considerarse como preponderante, tanto que el Estado está obligado, en defecto de impedimentos, a la celebración. Pero nosotros hemos visto que el interés de los esposos no puede ser considerado como un interés individual privado de los mismos; por consiguiente, también bajo este aspecto la concepción privatística carece de base. Que el Estado no intervenga como extraño, en tutela de un interés propio, frente a la natural

libertad individual, resulta de que no es precisamente la forma de autorización la que aquí se produce, la cual, en cambio, se adaptaría a aquella concepción."

"Lo que más contribuye a mantener firme la concepción contractual es la consideración de que hay libertad de unirse o no en matrimonio, y que sin la concorde voluntad de los esposos el matrimonio no es concebible; que incluso el consentimiento es aquí más simple, más vinculante. Pero no se advierte que esto no tiene nada que ver con la valoración jurídica; es siempre el punto de vista privadístico el que altera la visión; y así el mismo no puede explicar por qué en casos en los que el consentimiento es pleno, y el propósito es precisamente aquel que sustancialmente se atribuye al matrimonio (ejemplo, matrimonio religioso), jurídicamente no se tenga nada; especialmente no puede dar razón de la perpetuidad e indisolubilidad del vínculo. No se advierte que mientras el contrato limita la libertad de un contratante frente al otro, el matrimonio no limita, sino que excluye la libertad, y pone por eso necesariamente a los esposos frente a un poder superior (Divinidad, Estado). Por eso, el Estado no interviene como extraño. Se tiene, en cambio, interés familiar, elevado a interés estatal. Si después de esto se quiere todavía hablar de negocio jurídico familiar, nosotros no tenemos dificultad en estar de acuerdo: con tal que el negocio no se haga consistir en el contrato entre los esposos, y en todo caso, se deje de lado la concepción privadística."(5)

1.3. EL MATRIMONIO Y EL CONCUBINATO.

1.3.1. DIVERSIDAD DE TRATAMIENTOS JURIDICOS RESPECTO AL CONCUBINATO.

El concubinato es una figura jurídica creada por el derecho, que tiene como finalidad el de salvaguardar derechos y obligaciones de los concubinos con sus hijos principalmente, y en segundo lugar los derechos y obligaciones recíprocos entre los concubinos. Manifiesta que son pocos los derechos y obligaciones entre estos, porque de otorgarse los mismo que al matrimonio, los pondría en igualdad de circunstancias, contrariando y menospreciando el

matrimonio que es una institución jurídica que en su totalidad esta reglamentada, cabe hacer mención que en caso de no cumplir con las disposiciones reglamentarias al matrimonio, es motivo y causa de sanciones por parte del estado, para que se pueda hablar de concubinato no debe existir ningún vínculo matrimonial de uno o de los dos concubinos con alguna otra persona, una permanencia de cinco años continuos, viviendo ambos en calidad de esposos tal y como lo señala el Código Civil vigente en el estado.

La actitud que debe asumir el derecho en relación con el concubinato, constituye, a no dudarlo, el problema moral más importante del derecho de familia. Podemos decir que más que un problema político, jurídico o de regulación técnica, es fundamentalmente una cuestión de orden moral. El derecho puede asumir diferentes actitudes en relación con el concubinato, las principales serían las siguientes:

a) Ignorar en lo absoluto las relaciones que nacen del concubinato, de tal manera que éste permanezca al margen de la ley, tanto para no estatuir consecuencias jurídicas por virtud del mismo, cuanto para no sancionar ni en forma civil ni penalmente dicha unión, si no existe adulterio.

b) Regular exclusivamente las consecuencias del concubinato, pero sólo en relación con los hijos, sin preocuparse de consagrar derechos y obligaciones entre los concubinos.

c) Prohibir el concubinato y sancionarlo, bien sea desde el punto de vista civil o penal, permitiendo incluso la separación por la fuerza de los concubinos.

d) Reconocer el concubinato y regularlo jurídicamente, para crear una unión de grado inferior a la matrimonial, concediendo derechos y obligaciones a las partes, principalmente la facultad otorgada a la concubina para exigir alimentos o heredar en la sucesión legítima.

e) Equiparar al concubinato que reúna ciertas condiciones, con el matrimonio, para crear por virtud de la ley o de una decisión judicial, en cada caso, un tipo de unión que consagre entre los concubinos los mismos derechos y obligaciones que se conceden a los cónyuges.

En las diferentes soluciones que encontramos en la historia del derecho para adoptar alguna de las actitudes antes indicadas, existe siempre un criterio moral que determina de manera casi exclusiva, la regulación del derecho positivo.

En la doctrina encontramos también representadas las diversas actitudes antes mencionadas, esgrimiéndose argumentos de carácter ético para fundarlas.

1.3.2. EL CONCUBINATO COMO ESTADO AJURIDICO.

El Concubinato no se puede calificar como ajurídico, en virtud de que si es bien cierto de que el Código Civil vigente en el Estado no tiene un apartado especial donde lo reglamente, existen artículos dentro del mismo código que nos hablan de él, dándole una regulación jurídica, por ello en mi opinión considero que es una institución de derecho.

En virtud de que es una conducta que se da en nuestra sociedad, no podría pasar desapercibido para el derecho y no reglamentarlo en virtud de que produce consecuencias jurídicas.

La primera posición que ha asumido el derecho en relación con el concubinato, ignorándolo de manera absoluta, implica una valorización moral, por cuanto que ni se considera un hecho ilícito para sancionarlo, ni tampoco un hecho lícito para que produzca relaciones jurídicas entre las partes. En tal actitud se estima que el concubinato es un hecho ajurídico, como podría serlo la amistad o los convencionalismos sociales (reglas de educación, de cortesía, de urbanidad, de moda, etc.). Aun cuando en el fondo se revela un criterio negativo para no reglamentar el concubinato, necesariamente se parte de una calificación de orden moral, pues merced a ella se puede colocar a esa unión de hecho en el ámbito de la conducta ajurídica. Desde este punto de vista podemos decir que la conducta humana frente al derecho puede ser considerada como jurídica, si tiene un contenido digno de regulación por el derecho, o ajurídica, si su contenido es absolutamente indiferente para el mismo. A su vez, la conducta jurídica puede ser lícita o ilícita y en ambos casos es objeto de regulación por el derecho. Sirva de ejemplo la conducta que generalmente regula el derecho civil o mercantil, que podemos denominarla conducta jurídica lícita; o bien, la conducta contraria que regula el derecho penal y que la denominamos como conducta jurídica ilícita.

1.3.3. EL CONCUBINATO COMO ESTADO JURIDICO EN RELACION CON LOS HIJOS.

Como lo he mencionado en el punto anterior, el concubinato es una figura jurídica aunque no exista una declaración así en nuestro Código, el simple hecho de que nuestros legisladores lo regulen en parte pasa a formar parte del derecho. El Código Civil vigente en el Estado regula las relaciones de los concubinos con sus descendientes principalmente y también los derechos a dar alimentos y a heredar entre los concubinos. En virtud de que el hecho jurídico del nacimiento de un hijo trae consecuencias que los padres independientemente de si están unidos por un vínculo matrimonial o no, tienen derechos y obligaciones sobre sus descendientes, además de tener a su cargo la patria potestad.

La segunda forma asumida por el derecho para reconocer sólo consecuencias jurídicas al concubinato, respecto a los hijos, parte también de un criterio moral, pues considera que si entre los concubinos no debe tomar partido alguno la regulación jurídica, si es necesario que lo haga para proteger a los hijos, determinando sobre todo su condición en relación con el padre. Tal es la posición adoptada por nuestro Código civil vigente, además de reconocer ciertos derechos a la concubina para heredar o recibir alimentos en la sucesión testamentaria. El artículo 440 del Código Civil del Estado, declara: "Se presumen hijos del concubinario y de la concubina: I. Los nacidos después de ciento ochenta días contados desde que comenzó el concubinato; II. Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes al en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina." Es decir, el concubinato viene a constituir la base jurídica principal para poder definir la paternidad que de otra manera quedaría incierta. Se advierte aquí la equiparación que ha hecho la ley, desde el punto de vista de investigar o admitir la paternidad, entre los hijos legítimos y aquellos que hubieran sido concebidos durante el concubinato de sus padres, pues en ambos casos se presumen hijos respectivamente de los cónyuges o de los concubinos, los nacidos después de ciento ochenta días de la celebración del matrimonio o de la fecha en que comenzó el concubinato y de los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio o la fecha en que cesó el concubinato, Como por otra parte en nuestra ley se, vienen a reconocer aquellos derechos a los hijos legítimos y a los naturales cuya paternidad

o maternidad esté debidamente comprobada, se llega así a la conclusión de que en nuestro sistema jurídico, los hijos habidos en concubinato tienen una completa y eficaz protección jurídica, facilitándose ostensiblemente la prueba de la paternidad o maternidad en su caso a través de la justificación del concubinato de los padres. (6)

1.3.4. PROHIBICION DEL CONCUBINATO.

En mi opinión considero que si debe prohibirse el concubinato, ya que existe el matrimonio como único medio de unión de dos personas que deseen tener vida en común, pero también es bien cierto que en la actualidad este tipo de uniones han proliferado. Se debe ha que no existe ninguna sanción a esta conducta, de existir esta sanción, se evitarían los concubinatos.

La tercera postura rara vez ha sido asumida por el derecho. En la legislación romana, en la época de la república, el concubinato se consideró como un simple hecho que pudo ser stuprum o adulterio, según que mediasen las circunstancias constitutivas de esos delitos. Sin embargo, relata Adhemar Esmein en su obra *Le mariage en droit canonique*, París, 1929-1935, que bajo Augusto adquirió el concubinato la condición de estado legal y probablemente fue reglamentado. Asimismo, en la época de Constantino se requerían determinadas condiciones de validez y se prohibían los concubinatos respecto de personas que no fuesen célibes, pero a los solteros se les permitía tener varias concubinas. En el derecho canónico primero se siguió la tendencia romana, pero después se consideró que el concubinato implicaba un delito de naturaleza aún más grave que la fornicatio, pues constituía un estado continuo de fornicación. Posteriormente se llegó a excomulgar a los concubinos y se autorizó el uso de la fuerza pública para romper tales uniones.

En la doctrina encontramos también una tendencia que tiene por principal mira combatir al concubinato, aceptándolo sólo en circunstancias excepcionales más bien con el propósito de poder resarcir a la concubina de los daños y perjuicios que hubiese sufrido por el hecho mismo del concubinato, abandonando una situación anterior para después ser objeto de repudiación. En esta tendencia debe mencionarse al profesor francés Paul

Esmein que sólo acepta efectos del concubinato para determinadas relaciones económicas en cuanto a los bienes que fuesen adquiridos por los concubinos, sin admitir que constituya una comunidad susceptible de división, al asimilarlo a una sociedad de hecho como ha pensado la jurisprudencia francesa; pero sí reconociendo un derecho de indemnización a la concubina cuando fuere abandonada de manera injustificada. Niega el citado autor que la concubina pueda tener derechos frente a terceros que falsamente puedan ser inducidos a error bajo la apariencia de matrimonio.

La jurisprudencia francesa se ha caracterizado por tomar al concubinato generalmente como un hecho ilícito que imprime tal carácter a las donaciones que se hagan como pago por el hombre a la mujer, pero ha reconocido ciertos efectos respecto a los bienes adquiridos por los concubinos. Dice al respecto el profesor cubano Eduardo Le Riverend Brusone en su monografía denominada Matrimonio anómalo (por "equiparación"):

1.3.5. EL CONCUBINATO COMO UNION DE GRADO INFERIOR AL MATRIMONIO.

Nuestro Código Civil vigente en el Estado en su artículo 2873 nos habla del concubinato entendiéndose como la cohabitación y vida en común de una mujer y un hombre como si fueran esposos, por un término continuo de cinco años siempre que ambos permanecieran libres de matrimonio, durante el tiempo que dure el concubinato, esto significa que tiene varios elementos 1.- Vida en común del hombre y una mujer como si fueran esposos; 2.- Permanencia continua de cinco años; 3.- La no existencia de un vínculo matrimonial de uno o de ambos concubinos con otra persona.

Si no se dan estos elementos no podemos hablar de concubinato, algo muy importante el aparentar socialmente el estar unidos en matrimonio, aquí surge la pregunta de las obligaciones y derechos entre ambos, los cuales toman y siguen los del matrimonio.

Por ello es necesario que nuestra legislación se decida imponiendo una sanción al concubinato o regularlo jurídicamente.

La cuarta actitud asumida por el derecho en relación con el concubinato ha consistido en regularlo jurídicamente para reconocer una unión de grado inferior. Y en el derecho romano encontramos en un principio esa tendencia. En la actualidad podemos considerar que nuestro Código Civil vigente tiende a dar efectos al concubinato entre las partes y no sólo para beneficiar a los hijos. Independientemente de las disposiciones que ya analizamos que facilitan la investigación de la paternidad y la prueba de la filiación, se ha reconocido en el artículo 2841 del Código Civil del Estado de Guanajuato el derecho de la concubina para heredar en la sucesión legítima del concubinario si vivió con éste como si fuere su marido durante los cinco años anteriores a su muerte o tuvo hijos con él, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato y el de cujus no haya tenido varias concubinas. También para el caso de sucesión testamentaria se permite a la concubina, cumpliendo las condiciones antes citadas, exigir una pensión de alimentos dentro de las limitaciones mismas del caudal hereditario. Dice al efecto el artículo 2873: "El testador debe dejar alimentos a las personas que se mencionan en las fracciones siguientes: V. A la mujer con quien el testador vivió como si fuera su marido, durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o con la que tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato. La concubina sólo tendrá derecho a alimentos mientras que observe buena conducta y no se case. Si fueren varias las concubinas, ninguna de ellas tendrá derecho a alimentos."

Se advierte con claridad que en nuestro derecho se atribuyen efectos jurídicos al concubinato, pero sólo para la herencia o derecho de alimentos de la concubina, cumpliendo con determinados requisitos que implican un mínimum de moralidad social, tales como que los concubinos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato y el autor de la herencia no haya tenido varias concubinas.

En la obra antes citada del profesor cubano Eduardo Le Riverend Brusone, se estudian determinadas condiciones que debe llenar el concubinato para que sea tomado en cuenta por el derecho, las cuales podemos resumir en los siguientes términos:

a) Un elemento de hecho consistente en la posesión de estado de los concubinos para tener el nomen, el tractatus y la fama de casados. Es decir, vivir como marido y mujer imitando la unión matrimonial. Se discute en la doctrina si debe haber una vida en común con el deber de cohabitación.

b) Una condición de temporalidad que puede ser entendida implicando continuidad, regularidad o duración en las relaciones sexuales; o bien, frecuencia, permanencia o hábito en las mismas. Respecto a este elemento ya hemos indicado que el artículo 2873 de nuestro Código Civil reduce elemento temporal a una duración de cinco años, en tanto que el Código Civil de Chile exige diez años.

c) Una condición de publicidad. El autor cubano Guerra López menciona la apariencia de un matrimonio legítimo a efecto de que socialmente se ostenten las partes como si se tratase de una unión legítima.

d) Condición de fidelidad. "Una importante tendencia hace de esta condición el elemento típico del concubinato. Savatier, uno de sus principales expositores, la admite como obligación, asumida implícita e ilegalmente, pero públicamente, por la concubina. Desde luego, basta recordar el asunto que ocupa a este autor. Cassin, algún tiempo antes, había puesto de relieve, esta condición, unida a la de respeto recíproco entre los concubinos. Desde un plano más general, Planiol reduce ese elemento un tanto y lo limita a por regla general, , conducta de fidelidad o apariencia de fidelidad, y Rouast, que adopta un punto de vista más general aún, al tratar del concubinato o unión libre, dice cierta actitud o género de vida de la mujer que haga verosímil la fidelidad, debiendo recordarse que este profesor afirma que la definición estricta del concubinato está descartada; pero el mismo queda aún por definir. Éste es un rasgo moral sobre el cual, estima Bonnacase, no cabe insistir, puesto que la noción empleada por el legislador lo ha sido sin restricciones, debiéndose por ende admitir en la forma que se entiende generalmente: relaciones continuas. En efecto, se exagera este requisito si se le mantiene su importancia a pesar de que no se está ya en el terreno de la investigación de la paternidad, sino, como nuestra Constitución, en la actitud de sancionar la situación de los unidos. En efecto, si para aquel propósito es esencial, cerrando toda posibilidad de éxito la prueba contraria, es decir, de la infidelidad de la mujer, a los fines que persigue nuestra ley fundamental es indiferente la rígida exclusividad de las relaciones sexuales de la mujer: 1º porque puede no haber hijos; 2º porque la cuestión de paternidad es diversa e independiente de esa otra finalidad, y se desliga de la equiparación; 3º porque la excepción no afecta al matrimonio en sí mismo. Así vemos que en nuestra legislación sólo se exige singularidad".

e) Condición de singularidad. Esta condición consiste en la existencia de una sola concubina. Desde el tiempo de Constantino se comenzó a regular este requisito y en el

Bajo Imperio era condición para que el concubinato surtiera efectos legales, que hubiese sólo una concubina.

f) Elemento de capacidad.- Este elemento consiste en exigir a los concubinos la misma capacidad que se requiere para contraer matrimonio, principalmente el de que sean célibes ó sea, que no exista el impedimento de un vínculo anterior. Nuestro Código expresa esta idea de manera incompleta al indicar que las partes se encuentren libres de matrimonio.

(7)

CITAS BIBLIOGRAFICAS

CAPITULO I

(1) CHAVEZ ASECNCIO Manuel, *La Familia en el Derecho. Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas familiares*. 2a. ed., Ed. Porrúa, México 1990 p.p. 1,2 y 3.

(2) ROJINA VILLEGAS Rafael. *Derecho Civil Mexicano. Volumen II. Derecho de Familia* 6a. ed., Ed. Porrúa, México 1985, p.p. 193-207.

(3) CHAVEZ ASCENCIO Manuel. *La Familia en el Derecho, Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares*, 2a. ed. Ed. Porrúa, México 1990, p.p. 70 y 71.

(4) LEYES Y CODIGOS DE MEXICO, *Constitución Política de los estados Unidos Mexicanos*. 64a. ed. Ed. Porrúa. Mexico 1979. p.p. 105 - 106

(5) ROJINA VILLEGAS Rafael. *Derecho Civil Mexicano, Volumen II, Derecho de Familia* 6a. ed., Ed., Porrúa México 1985, p.p. 209-228.

(6) LEYES Y CODIGOS DE MEXICO. *Código Civil Para el Estado de Guanajuato*. 4a de. De. Porrúa. Mexico 1992. p. 70

(7) ROJINA VILLEGAS Rafael. *Derecho Civil Mexicano. Volumen II, Derecho de Familia* 6a. ed., Ed., Porrúa México 1985, p.p. 183-191. y 363 - 368

CAPITULO II

REQUISITOS PARA CONTRAER MATRIMONIO

LOS IMPEDIMENTOS

2.1. CELEBRACION DEL MATRIMONIO.

Cabe mencionar que el matrimonio es uno de los actos solemnes que se tomarón del derecho romano, para ellos existian actos reales, formales y solemnes.

Nuestro derecho mexicano adquirió esta solemnidad para celebrar el matrimonio, en virtud de que se requiere la declaración del Oficial del Registro Civil en la cual se menciona que los declara unidos en matrimonio, además de haber manifestado su voluntad los contrayentes, que es su deseo el unirse el matrimonio.

Nuestro Código Civil del Estado de Guanajuato en sus artículo 101, 102 y 106 nos menciona cuales son las formalidades y solemnizadas que se deben observar al momento de contraer el matrimonio, bajo pena de estar afectado el acto en su validez, cuando no se cumpla con las formalidades y en caso de ausencia de solemnizadas este acto será inexistente.

En el matrimonio, aun cuando el Código Civil no lo diga de una manera expresa, podemos distinguir verdaderas solemnidades cuya observancia originará la existencia del mismo, y formalidades que sólo afectan la validez cuando no se observan. En los artículos 101 y 102 Código Civil se comprenden tanto las formalidades como las solemnidades en la celebración del matrimonio. Podemos considerar que son esenciales para la existencia misma del acto jurídico las siguientes solemnidades:

a) La presencia del oficial del Registro Civil. b) La presencia de los contrayentes o sus apoderados legalmente facultados. c) La declaración de voluntad de los contrayentes

emitidas ante el oficial del Registro Civil en el acto de la celebración del matrimonio. d) La declaración del oficial del Registro Civil. e) La redacción del acta de matrimonio, que debe levantarse en el mismo acto por el oficial, precisamente en las formas del Registro Civil destinadas a contener las actas de matrimonio: e.1) Los nombres, apellidos y demás elementos de identidad de los pretendientes; e.2) La mención de que los contrayentes han declarado que es su voluntad unirse en matrimonio; e.3) La constancia de que el oficial del Registro Civil los declaró unidos en nombre de la ley y la sociedad; e.4) La firma de los pretendientes; e.5) La firma del oficial del Registro Civil.

En cambio, las formalidades son todas las que se mencionan en el artículo 106 consistentes en:

a) Asentar el lugar, día y hora del acta matrimonial; b) Hacer constar la edad, ocupación, domicilio y lugar de nacimiento de los contrayentes; c) Si son mayores o menores de edad; d) El consentimiento de los padres, de los abuelos o tutores o el de las autoridades que deban sustituirlos, haciendo constar los nombres, apellidos, ocupación y domicilio de las citadas personas; e) Que no hubo impedimento para el matrimonio o que éste se dispensó; f) La manifestación de los cónyuges sobre si el matrimonio se contrae bajo el régimen de sociedad conyugal o separación de bienes; g) Los nombres, apellidos, edad, estado, ocupación y domicilio de los testigos y su declaración sobre si son o no parientes de los contrayentes, y si lo son en qué grado y en qué línea; h) La firma de los testigos que no afecta esencialmente el acto pero sería nulo; y) Tampoco es esencial, pero afecta por nulidad, la ausencia de las huellas digitales, que si bien son indispensables para quien no sepa firmar y en ese caso constituyen una solemnidad igual a la firma, cuando los contrayentes sepan firmar sólo podrá haber nulidad por inobservancia de ese requisito.

No todos los elementos que consagra el artículo 106 Código Civil son necesarios para la validez del matrimonio, pues podrán omitirse algunos datos, que por su importancia secundaria no afectan la validez del acto jurídico. Tales serían por ejemplo, el no mencionar la ocupación de los contrayentes, de sus padres o abuelos, así como omitir el estado, ocupación, domicilio de los testigos y su declaración sobre si son o no parientes de los contrayentes y en qué grado. (1)

2.2. ELEMENTOS Y REQUISITOS DEL MATRIMONIO.

El matrimonio como acto jurídico tiene elementos esenciales que de carecer de ellos trae consigo la inexistencia, estos son el consentimiento de los contrayentes y la declaración del oficial del Registro Civil. Dentro de los elementos de validez están la capacidad, el objeto lícito, ausencia de vicios del consentimiento y la forma, su observancia de estos trae consigo la nulidad del acto, de acuerdo como lo establece nuestro Código Civil en su capítulo XI, de los matrimonios nulos e ilícitos que compenden los artículos del 291 al 321.

Siendo el matrimonio un acto jurídico, tiene elementos esenciales y de validez. Los primeros están constituidos respectivamente por la manifestación de voluntad de los consortes y del Oficial del Registro Civil y por el objeto específico de la institución, que de acuerdo con la ley consiste en crear derechos y obligaciones entre un hombre y una mujer, tales como hacer vida en común, ayudarse y socorrerse mutuamente, guardarse fidelidad recíproca, etc.

En cuanto a los elementos de validez, en el matrimonio se requiere, como para todos los demás actos jurídicos la capacidad, la ausencia de vicios en el consentimiento, la observancia de las formalidades legales y la licitud en el objeto, motivo, fin y condición del acto. En cuanto a la forma, determinaremos el papel que desempeña en el matrimonio, pues alternativamente puede ser un simple elemento de validez, o bien un elemento esencial para la existencia del acto, por constituir una verdadera solemnidad.

Podemos definir los elementos esenciales indicando que son aquellos sin los cuales el acto jurídico no puede existir, pues faltaría al mismo un elemento de definición; en cambio, son elementos de validez 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.

2.2.1. EL CONSENTIMIENTO COMO ELEMENTO ESENCIAL EN EL MATRIMONIO.

El matrimonio es una institución de orden público que protege y salvaguarda el estado, es por ello, que para la celebración del matrimonio se requiere de tres consentimientos, es decir la manifestación de voluntad de los contrayentes en unirse en matrimonio y la tercer que es la declaración que hace el estado mediante el Oficial del Registro Civil en unir en matrimonio a los contrayentes.

Cabe mencionar que este consentimiento de los contrayentes debe estar libre de vicios, como lo es el dolo, violencia, mala fe y el error, ya que de estar presente alguno de estos al manifestar el consentimiento uno de los contrayentes o ambos, este acto será nulo.

En el matrimonio propiamente existen tres manifestaciones de voluntad, según hemos ya explicado: la de la mujer, la del hombre y del oficial del Registro Civil. Las dos primeras deben formar consentimiento, es decir, manifestarse en el sentido de estar de acuerdo los contrayentes en unirse en matrimonio, para que el Oficial del Registro Civil exteriorice a su vez la voluntad del Estado al declararlos legalmente unidos en dicho matrimonio.

Por esto el artículo 105 del Estado de Guanajuato, dispone que el Oficial del Registro Civil interrogará a los pretendientes si es su voluntad unirse en matrimonio y si estan conformes, los declarará unidos en nombre de la ley y de la sociedad. Para concluir que el consentimiento es un elemento de existencia en el matrimonio, de tal manera que este será inexistente por falta del mismo.

No sólo la falta de acuerdo entre los pretendientes, sino también la omisión en cuanto a la declaratoria que debe hacer el Oficial del Registro Civil, será la cuasa de inexistencia. Es decir, si del acta matrimonial resulta probada plenamente la falta de ese elemento esencial, deberá decidirse que no hubo matrimonio. Puede también justificarse plenamente por otros medios de prueba, que en concepto del tribunal sean de valor indiscutible, la falta de

consentimiento en los consortes o de la declaración del Oficial del Registro Civil, para que se reconozca la inexistencia.

Las manifestaciones de voluntad de los pretendientes forman consentimiento por existir el mismo contenido y finalidad en cada una de ellas; en cambio, la declaración que hace el Oficial del Registro Civil, tiene un contenido y un fin distintos. Simplemente exterioriza la voluntad del Estado para considerar a los contrayentes unidos en nombre de la ley y de la sociedad. Por lo tanto, no podemos afirmar que exista un consentimiento entre los consortes y el citado Oficial del Registro Civil, pero sí cabe hablar de la concurrencia de tres voluntades sin las cuales el acto jurídico será inexistente.

Problema distinto del consentimiento es también el relativo a la capacidad de los contrayentes tanto para cumplir con las funciones matrimoniales por haber llegado a la edad núbil, cuanto para poder celebrar el acto jurídico, por ser mayores de edad. Asimismo, es ajeno al estudio del consentimiento como elemento de existencia, lo relativo a la autorización que deberán conceder los padres, el tutor o el juez en su caso, cuando ambos consortes o uno de ellos sean menores de edad. Todos estos temas serán estudiados al tratar de la capacidad como elemento de validez en el matrimonio.(2)

2.2.2. OBJETO POSIBLE COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL MATRIMONIO.

Nuestro artículo 144 del Código Civil del Estado de Guanajuato, establece cual es el objeto del matrimonio, que es la ayuda mutua y la perpetuación de la especie, terminando radicalmente diciendo que cualquier cláusula o condición contraria a estos fines del matrimonio, se tendrá por no puesta. Este es el objeto del matrimonio, pero también podemos decir que cuando de este matrimonio haya hijos, esta unión origina consecuencias, es decir derechos y obligaciones con sus hijos.

Todo acto jurídico requiere un objeto que sea física y jurídicamente posible. La imposibilidad en cualquiera de sus dos formas (física y jurídica) originará la inexistencia del

acto. En el matrimonio como en cualquier otro acto jurídico, deben distinguirse el objeto directo y el objeto indirecto. El objeto directo en los actos jurídicos en general consiste en la creación, transmisión, modificación y extinción de derechos o de obligaciones.

El objeto indirecto sólo existe en aquellos actos jurídicos en los cuales los derechos o las obligaciones tienen en relación con los bienes, pues serán precisamente tales bienes los que vengán a constituir el objeto indirecto de las facultades o de los deberes que se originen, modifiquen, transmitan o extingan por el acto jurídico.

En cada acto jurídico debe definirse su objeto directo, pues de una manera abstracta, sólo podemos decir que el objeto en general consiste en la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos o de obligaciones; pero refiriéndonos ya en concreto a cada acto, será necesario precisar, de acuerdo con su definición, cuál es su objeto específico. Relacionando el objeto del matrimonio con el de los actos jurídicos en general, podemos decir que desde el punto de vista estrictamente legal, existe también un objeto directo en el acto matrimonial, consistente en la creación de derechos y obligaciones entre los consortes es decir, entre hombre y mujer, de tal manera que los fines específicos del mismo imponen a los cónyuges respectivamente la obligación de vida en común, ayuda recíproca, débito carnal y auxilio espiritual. Asimismo, cuando existan hijos, el matrimonio originará consecuencias con relación a los mismos, especialmente todo el conjunto de derechos y obligaciones que origina la patria potestad y la filiación en general.

2.2.3. INEXISTENCIA DEL MATRIMONIO POR OBJETO JURIDICAMENTE IMPOSIBLE.

El objeto del matrimonio debe ser físico y jurídicamente posible, es decir que además de observar lo establecido por el artículo 144 del Código Civil, debe tomarse en cuenta el artículo 145 que nos habla que la mujer y hombre, el objeto sería física y jurídicamente imposible si no existe diversidad sexual, siendo este acto inexistente de llegar a darse.

Hemos dicho que para la existencia de cualquier acto jurídico se requiere que su objeto sea física y jurídicamente posible. Tomando en cuenta que uno de los objetos específicos del matrimonio consiste en la creación de derechos y obligaciones entre un hombre y una mujer artículo 145 del Código Civil del Estado de Guanajuato, resulta evidente que la identidad sexual en los consortes, originaría un obstáculo insuperable de carácter legal. La identidad sexual que hace jurídicamente imposible el objeto principal del matrimonio, puede ser manifiesta u oculta. Generalmente tal identidad se presenta de manera oculta, pues por ciertas deformaciones orgánicas no es ostensible el verdadero sexo de la persona, lo que explica la posibilidad de un error y, por consiguiente, que puedan darse matrimonios entre dos hombre o dos mujeres, pero bajo la creencia errónea de que existe diversidad sexual. El problema estrictamente jurídico, consistente en determinar si el matrimonio celebrado entre personas del mismo sexo es inexistente o nulo, ha sido muy debatido en el derecho y se han ensayado diversas soluciones, fundándose principalmente en la creencia de que no hay un precepto jurídico aplicable expresamente al caso. Por nuestra parte, consideramos que el asunto no ofrece verdadera dificultad, pues la solución se impone por la naturaleza misma de las cosas. En efecto, el matrimonio se define como la unión entre un hombre y una mujer, reconocida por el derecho, para realizar los fines que ya hemos indicado. Por consiguiente, la ley parte necesariamente de la diversidad sexual a efecto de que se pueda celebrar dicho acto jurídico. Nadie podrá discutir esta premisa mayor del silogismo que en seguida vamos a formular. Ahora bien, si la ley parte en la definición del matrimonio de la diversidad sexual, es decir, de la unión entre un hombre y una mujer, resulta innegable que faltando este primer elemento esencial, no puede haber acto jurídico, así como no puede existir compra-venta si no hay a la vez comprador y vendedor, ni sociedad, si no existen los socios. Además, si el matrimonio tiene como objeto que ambos consortes hagan vida marital, también será evidente que no podrá realizarse, cuando no exista la diversidad sexual a que la ley se refiere, o dicho de otro modo, cuando el acto pretenda celebrarse entre dos personas del mismo sexo. Por consiguiente, la ley sí resuelve de manera expresa el caso, si aplicamos el artículo 1715 del Código del Estado, conforme al cual, el acto jurídico es inexistente por falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él. La ley equipara la falta de objeto que puede ser materia del acto, al objeto física o jurídicamente imposible. Con todos los elementos indicados, cabe concluir que en nuestro derecho sí está resuelto de manera expresa por el legislador el caso del matrimonio

celebrado entre personas del mismo sexo, para considerar que es un matrimonio inexistente. Es decir, no puede producir ninguna consecuencia de derecho. Además, no es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción. Su inexistencia puede invocarse por todo interesado, según textualmente dispone el mismo artículo 1715.(3)

2.2.4. SOLEMNIDADES Y FORMALIDADES QUE DEBEN OBSERVARSE EN LA CELEBRACION DEL MATRIMONIO.

Las solemnidades y las formalidades que nos marcan los artículos 101, 102 y 106 del Código Civil de Guanajuato, como ya lo analizamos sin observancia trae consigo la inexistencia o la nulidad respectivamente, es por ello que al momento de celebrar el matrimonio se observa en todos y cada uno de ellos.

Distinguiremos las solemnidades de las formalidades de acuerdo con el siguiente criterio: Las solemnidades son esenciales para la existencia del matrimonio, en tanto que las formalidades sólo se requieren para su validez. Es decir, si faltan las solemnidades el matrimonio será inexistente; en cambio, si no se observan las formalidades requeridas por la ley, el matrimonio será existente, pero nulo. De lo expuesto se desprende que la solemnidad es una formalidad que la técnica jurídica ha elevado, como dice Bonnacase, a la categoría de un elemento de existencia. En nuestro derecho, para los contratos de carácter patrimonial, no existen solemnidades, sólo requiere la ley determinadas formalidades, de tal suerte que si no se observan, los citados actos serán existentes, pero estarán afectados de nulidad relativa. En el matrimonio, aun cuando el Código Civil no lo diga de una manera expresa, podemos distinguir verdaderas solemnidades cuya inobservancia originará la inexistencia del mismo y simples formalidades, que sólo afectarán su validez cuando no se observen. En los artículos 101, 102 y 106 del Código Civil se comprenden tanto formalidades como solemnidades en la celebración del matrimonio. Podemos considerar que son esenciales para la existencia misma del acto jurídico, las siguientes solemnidades:

- a) Que se otorgue el acta matrimonial;

b) Que se haga constar en ella tanto la voluntad de los consortes para unirse en matrimonio, como la declaración del oficial del Registro Civil considerándolos unidos en el nombre de la ley y de la sociedad;

c) Que se determinen los nombre y apellidos de los contrayentes.

En cambio, las formalidades son todas las que se mencionen en el artículo 106, consistentes en:

1. Asentar el lugar, día y hora del acta matrimonial;
2. Hacer constar 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 el de las autoridades que deban sustituirlos, haciendo constar los nombre, apellidos, ocupación y domicilio de las citadas personas;
5. Que no hubo impedimento para el matrimonio o que éste se dispensó;
6. La manifestación de los cónyuges sobre si el matrimonio se contrae bajo el régimen de sociedad conyugal o de separación de bienes, y
7. Los nombres, apellidos, edad, estado, ocupación y domicilio de los testigos y su declaración sobre si son o no parientes de los contrayentes. y si lo son en qué grado y en qué línea.

Consideramos que la existencia del acta matrimonial en el libro correspondiente, es en sí misma una solemnidad, pues faltando ésta no puede haber matrimonio. Dentro de este requisito se comprende la firma del acta por el oficial del Registro Civil y los contrayentes. Es evidente que si se otorga el acta, pero no se firma por las citadas personas, no habrá matrimonio, o bien, si no imprimen su huella digital, por no saber firmar.

También es esencial para la existencia del mismo que se haga constar en el acta el consentimiento de los contrayentes, así como la declaración que deberá hacer el oficial del Registro Civil, considerándolos unidos en matrimonio, pues podría omitirse esa constancia, aun cuando se hubiere expresado el consentimiento y el oficial del Registro Civil hiciera verbalmente la declaratoria mencionada. El solo hecho de omitir hace constar en el acta tales circunstancias, será motivo de inexistencia, pues no basta observar la solemnidad misma

consistente en otorgar el acta, sino que ésta debe ser completa en cuanto a la constancia de los elementos esenciales.

2.2.5. CAPACIDAD DE LOS CONTRAYENTES.

La capacidad es un elemento de validez de los actos jurídicos, la falta de esta trae la nulidad del acto, nuestro Código Civil de Guanajuato, en su artículo 145 menciona que para contraer matrimonio el hombre necesita tener dieciseis años y la mujer catorce años, siendo esto una excepción a la regla general, ya que la mayoría de edad se obtiene a los dieciocho años, obteniéndose también la capacidad de ejercicio, pero con el artículo del Código Civil antes mencionado les da a los menores de dieciocho años y mayores de dieciseis y catorce años en hombres y mujeres respectivamente, la capacidad para celebrar validamente su matrimonio y manifiesten su consentimiento.

Además de tener capacidad de ejercicio, deben tener los contrayentes capacidad de goce, es decir que no estén afectados de locura, idiotismo, etc., que es lo que establece el artículo 153 fracción IX que en caso de no tener esta capacidad de goce se estaría en un impedimento insuperable para poder celebrar el matrimonio.

En el caso de que se celebre algún matrimonio sin que se reúna la edad que menciona la ley por parte de los contrayentes, este será nulo, pero se convalida, si llegada a la edad de veintiun años, ambos contrayentes no han intentado la nulidad del matrimonio, es decir se convalida el matrimonio por el simple transcurso del tiempo.

Otra forma de convalidar el matrimonio es cuando haya habido hijos.

El artículo 106 del Código Civil del Estado de Guanajuato, nos indica que los hijos que no hayan cumplido dieciocho años de edad, no pueden contraer matrimonio sin consentimiento de su padre y 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 imposibilidad de los abuelos paternos, se requiere el consentimiento de los abuelos maternos, si los dos existieren o del que sobreviva.

Nuestro mismo Código a partir del artículo 147 al 152 nos enuncia quienes pueden otorgar el consentimiento cuando los que tienen la obligaciones se niegan a darlo o lo revoquen.

La capacidad de ejercicio es un elemento de validez en los actos jurídicos, en tanto que la capacidad de goce, se presenta como esencial. Es decir, para que un acto jurídico se celebre válidamente se requiere que tenga capacidad de ejercicio al autor del mismo.

Faltando dicha capacidad el acto estará afectado de nulidad relativa. En cuanto a la capacidad de goce, la solución es distinta, pues si falta la aptitud misma para ser titular de los derechos y de las obligaciones que en el acto se establezcan, habrá en rigor una imposibilidad jurídica para que exista el objeto mismo del acto. Es decir, cuando un sujeto no tiene capacidad de goce para poder celebrar un acto jurídico, existe un obstáculo insuperable para que pueda entrar en su patrimonio o en su status el derecho o la obligación que se pretendan crear en el acto jurídico. En consecuencia, el objeto del mismo será legalmente imposible.

Aplicando estas ideas al matrimonio, tenemos que distinguir entre la capacidad de ejercicio y la capacidad de goce para celebrar dicho acto. 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 reconce para que puedan válidamente celebrar el citado acto. Sólo se exceptúa el matrimonio celebrado por menores de dicha edad, cuando haya habido hijos. o cuando sin haberlos habido, el menor hubiera llegado a los veintiún años, y ni él ni el otro cónyuge hubieran intentado la nulidad.

La capacidad de ejercicio en el matrimonio supone la capacidad de goce. es decir, que ya se tiene la edad núbil, pero que también se han cumplido los veintiún años para poder celebrar válidamente el matrimonio. Además se requiere no padecer locura ni alguna

otra de las enfermedades que se indican en las fracciones VIII y IX del artículo 153. En los demás actos jurídicos se permite que los representantes legales celebren dichos actos actuando en nombre de los menores o de los sujetos a interdicción. Pero el matrimonio establece una modalidad importante, pues tratándose de menores 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. En cambio, tratándose de contratos, el menor no celebra el negocio sino que es su representante quien lo substituye en el acto mismo de la celebración.

Cuando falta la capacidad de ejercicio, por tratarse de menores de edad, pero se tiene la capacidad de goce por haber llegado a la edad núbil, el matrimonio estará afectado de nulidad si no se otorga la autorización respectiva por el representante legal o el juez, en el caso en que deba suplir dicha autorización.

De acuerdo con lo expuesto, la capacidad se presenta como un elemento de validez en el matrimonio, sancionándose con la nulidad relativa la inobservancia de ese requisito, según lo previene el artículo 291. En su oportunidad determinaremos las características de la citada nulidad.

Conforme al artículo 153, fracciones I y II, son impedimentos para celebrar el matrimonio, respectivamente la falta de edad requerida por la ley, cuando no haya sido dispensada y a falta de consentimiento del que, o los que ejercen la patria potestad, el tutor o el juez en sus respectivos casos. Cuando el matrimonio se celebra existiendo un impedimento, está afectado de nulidad, según previene el artículo 291 fracción II. Ahora bien, esta nulidad se regula de manera especial por el artículo 291.

Tratándose de la incapacidad de goce, es decir, cuando un matrimonio se contrae por el hombre antes de cumplir los dieciséis años o por la mujer antes de llegar a los catorce, se presenta el problema relativo a determinar si hay una inexistencia o una nulidad. Conforme al artículo 291 del Código Civil del estado de Guanajuato se desprende que el legislador sanciona sólo con la nulidad el matrimonio así celebrado. Sin embargo, este artículo más bien está redactado para considerar que no habrá nulidad cuando haya habido

hijos o cuando el menor hubiera llegado a los veintiún años, y ni él ni el otro cónyuge hubieren intentado la nulidad. Por consiguiente, nada estatuye para el caso de que no haya hijos y se impugne el acto por el propio menor o por el otro cónyuge, antes de que el primero hubiere cumplido veintiún años. Aplicando el principio relativo a la imposibilidad jurídica que se consagra en el artículo 1715, consideramos que en tal hipótesis se trata de un matrimonio inexistente, pues la falta de capacidad de goce impedirá, por un obstáculo legal insuperable, que se pueda celebrar el matrimonio. El hecho de que se otorgue el acta correspondiente, no puede hacer desaparecer el obstáculo legal, ni puede tampoco el menor que no ha llegado a la edad núbil considerar que ha entrado a su status el derecho para celebrar el matrimonio. Habrá, por consiguiente, sólo una situación material consagrada en un acta, que podrá impugnarse entretanto no haya hijos o no llegue el menor a los veintiún años. Sin embargo, aunque estrictamente debe considerarse que se trata de un matrimonio inexistente, la ley permite su convalidación a través de las dos formas antes indicadas y, por lo tanto, debemos concluir que conforme a nuestro derecho positivo el matrimonio simplemente estará afectado de nulidad. Además de los casos generales de incapacidad de goce y de ejercicio a que nos hemos referido, el artículo 154 regulan ciertas incapacidades especiales para contraer matrimonio entre adoptante y adoptado y sus descendientes, entretanto que dure el lazo jurídico resultante de la adopción; para la mujer cuyo matrimonio se ha disuelto, a efecto de que no pueda contraer segundas nupcias sino hasta pasados trescientos días después de la disolución de su matrimonio anterior, a menos que dentro de ese plazo diere a luz un hijo; y, para el tutor que no puede contraer matrimonio con la persona que ha estado o esté bajo su guarda, sin obtener la previa dispensa, que no se le concederá sino cuando hayan sido aprobadas las cuentas de la tutela. Esta prohibición comprende también al curador y a los descendientes de éste y del tutor.

Hablando propiamente, en el artículo 153 se comprenden otras incapacidades bajo forma de impedimentos, tales como el parentesco de consanguinidad sin limitación de grado en línea recta, el colateral entre hermanos y medios hermanos, el de afinidad en línea recta sin limitación alguna y la existencia de un matrimonio anterior subsistente con persona distinta de aquella con la que se pretende contraer el nuevo enlace. Al tratar de tales impedimentos haremos el estudio correspondiente.

Para la incapacidad de ejercicio que afecta a los menores de edad pero mayores de catorce y dieciséis años, respectivamente en la mujer y en el hombre, los artículos 145 a 152 reglamentan la forma en que se deberá otorgar el consentimiento por los representantes legales de tales menores, o por el juez en el caso del artículo 152. Estatuyen al efecto los citados artículos: "El hijo o la hija que no hayan cumplido veintiún años, no pueden contraer matrimonio sin consentimiento de su padre y 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." "Faltando padres y abuelos, se necesita el consentimiento de los tutores; y faltando éstos, el Juez de Primera Instancia de la residencia del menor suplirá el consentimiento." "Los interesados pueden ocurrir al Presidente Municipal respectivo, cuando los ascendientes o tutor nieguen su consentimiento o revoquen el que hubieren concedido. Las autoridades mencionadas, después de levantar una información sobre el particular, suplirán o no el consentimiento." "El ascendiente o tutor que haya prestado su consentimiento, firmando la solicitud respectiva y ratificándola ante el oficial del Registro Civil, no puede revocarlo después, a menos que haya justa causa para ello." "Si el ascendiente o tutor que ha firmado o ratificado la solicitud de matrimonio falleciere antes de que se celebre, su consentimiento no puede ser revocado por la persona que, en su defecto, tendrá el derecho de otorgarlo, pero siempre que el matrimonio se verifique dentro del término fijado en el artículo 104." "El juez que hubiere autorizado a un menor para contraer matrimonio no podrá revocar el consentimiento, una vez que lo haya otorgado, sino por justa causa superveniente."

2.2.6. AUSENCIA DE VICIOS EN EL CONSENTIMIENTO.

Nuestro Código Civil en sus artículos 1300 a 1311 regula los vicios de consentimiento que son el error, dolo violencia y mala fe, si se presenta alguno de estos vicios en el consentimiento de los contrayentes, este matrimonio será afectado de nulidad.

El matrimonio como acto jurídico tiene elementos esenciales y de validez dentro de estos últimos se encuentran, los vicios del consentimiento es por ello que el consentimiento debe de expresarse en forma libre y espontánea.

Para los contratos en general el artículo 1282 del Código Civil del estado de Guanajuato, fracción II, estatuye que: "El contrato puede ser anulado II: Por vicios del consentimiento." Los artículos 1300 a 1311 regulan el error, el dolo y la violencia como vicios del consentimiento y, por lo tanto, de acuerdo con lo que llevamos dicho, tales disposiciones son aplicables, en lo conducente, al matrimonio, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1859 que hace extensivas las reglas sobre contratos a todos los demás actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos.

En consecuencia, la ausencia de vicios, en el consentimiento constituye un elemento de validez para el matrimonio, disponiéndose al efecto en los artículos 291, fracción I y 301, que son causas de nulidad tanto el error en la persona con quien se contrae el matrimonio, cuanto el miedo y la violencia, cuando se incurra en las circunstancias que se enumeran en las tres fracciones del citado artículo 301.

Dado el programa que hemos venido observando, a efecto de estudiar primero los elementos esenciales y de validez en el matrimonio, para después tratar de los impedimentos y de las causas de nulidad, nos concretaremos por ahora sólo a determinar el aspecto positivo de esta cuestión jurídica, es decir trataremos sólo el consentimiento válido por ausencia de vicios, a reserva de estudiar después cada una de las circunstancias que motivarán la nulidad del matrimonio, cuando se presenten respectivamente los casos de error o violencia. Para el dolo, según explicaremos después, la ley no ha considerado que exista como vicio independientemente del error, de tal manera que sólo en el caso de que por virtud del dolo mismo se induzca a uno de los cónyuges a un error sobre la identidad de la persona del otro cónyuge, habrá motivo de nulidad en el matrimonio.

Según lo expuesto, el consentimiento de los consortes en el matrimonio debe manifestarse de manera cierta, de tal suerte que no exista error acerca de la persona con

quien se contrae. El Código Civil se refiere exclusivamente al error sobre la identidad de la persona misma y no al que recae sobre las cualidades del cónyuge.

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, viciara el consentimiento, pero en el matrimonio se requiere además que la violencia haya sido causada al cónyuge mismo o a la persona o personas que le tengan bajo su patria potestad o tutela al celebrarse el matrimonio, subsistiendo al tiempo de celebrarse el acto, según previene el artículo 301.

2.2.7. LICITUD EN EL OBJETO, MOTIVO, FIN Y CONDICION DEL MATRIMONIO.

Nuestro Código Civil regula en su artículo 320 que el matrimonio será ilícito pero no nulo, cuando:

1.- Cuando se ha contraído estando pendiente la desición de un impedimento que sea susceptible de dispensa y,

2.- Cuando no se haya otorgado la previa dispensa que requiere el artículo 156 y cuando se celebre sin que hayan transcurrido los términos fijados en los artículos 155 y 343.

También el artículo 321 nos menciona otra causa de ilicitud en el matrimonio, textualmente estatuye:

Los que contraigan un matrimonio ilícito, así como los que siendo mayores de edad, contraigan matrimonio con un menor sin autorización de los padres de este, del tutor o de las autoridades competentes en sus respectivos casos y los que autoricen esos matrimonios, incurrirán en las sanciones que señala el Código Penal.

Estos casos de ilicitud en el objeto del matrimonio afectan la validez del mismo, y como consecuencia que no se lleven a cabo los fines del matrimonio que es la ayuda mutua y la perpetuación de la especie.

Ya con anterioridad hemos indicado que en materia matrimonial se aplican las disposiciones generales del acto jurídico, es decir, dicho acto debe ser lícito en su objeto, motivo y fin. Además, el artículo 144 considera no puesta cualquiera condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los consortes. Por consiguiente, encontramos en materia matrimonial a que para el caso de ilicitud en el fin o en la condición, se establece la nulidad del acto jurídico, como se dispone en el artículo 1715, 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.

Independientemente de esta regulación especial, los artículos 153, fracciones V, VI y VII, 299 Y 300 estatuyen la nulidad del matrimonio cuando en sí mismo el acto es ilícito en los siguientes casos:

- a) Adulterio habido entre las personas que pretendan contraer matrimonio;
- b) Atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre;
- c) Rapto, cuando la mujer no sea restituida a lugar seguro, donde libremente pueda manifestar su voluntad;
- d) Bigamia, y
- e) Incesto.

En los cinco casos anteriores se nulifica el matrimonio por ilicitud en el acto mismo. En efecto, en el adulterio habido entre las personas que pretendan contraer matrimonio, existe un hecho ilícito que la ley toma en cuenta como una de las causas que después afectan de ilicitud al matrimonio mismo, aun cuando propiamente el acto en sí no adolezca de ese vicio, pero se estima que hay una especie de causa determinante del mismo, o bien, que se refleja sobre el matrimonio para herirlo de nulidad.

El atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre, es también un hecho ilícito que participa de las mismas características del caso anterior.

En el raptó propiamente hay ilicitud en el acto matrimonial mismo, pues mientras no se restituya a la raptada a lugar seguro, donde libremente pueda manifestar su voluntad, el matrimonio continúa afectado de nulidad.

En el caso de bigamia se presenta claramente la ilicitud en el momento mismo de la celebración del matrimonio subsistiendo esta causa con posterioridad. Por esta razón la ley no permite la convalidación a través del segundo matrimonio. Es decir, existe una nulidad absoluta que en todo momento podrá invocarse.

Por último, la hipótesis de incesto implica también una ilicitud permanente desde que se celebra el matrimonio, sancionándose también con la nulidad absoluta, pues considera absolutamente inmoral el enlace cuando exista el parentesco de afinidad en línea recta, sin limitación alguna. Tratándose del parentesco consanguíneo en línea recta o de la colateral en segundo grado, además de la inmoralidad indiscutible reconocida desde tiempo inmemorial a través de los tabús que imponen la exogamia, existe también un impedimento de carácter biológico para impedir o la degeneración de la especie o la existencia de enfermedades o anomalías que suelen presentarse en estos casos. (4)

2.3. LOS IMPEDIMENTOS.

Nuestro Código Civil del Estado de Guanajuato en su artículo 153, hace mención de los impedimentos dirimentes e impedientes, los primeros no son susceptibles de dispensa ocasionando una nulidad absoluta y los segundos son susceptibles de dispensa.

De los impedimentos que marca el artículo 153 sólo son dispensables, la falta de edad y el parentesco de consanguinidad en línea colateral desigual, concluyendo por lo tanto que estos son impedimentos impedientes y los demás restantes son impedimentos dirimentes.

La falta de los elementos esenciales o de los requisitos de validez del matrimonio, impide que pueda celebrarse válidamente. Se prohíbe a los oficiales del Registro Civil la celebración de un matrimonio, en estas condiciones.

A estas prohibiciones se les denomina, impedimentos para el matrimonio; y son de dos especies:

A) Impedimentos dirimentes. Si la violación de la prohibición produce la nulidad del matrimonio (o su inexistencia), y

B) Impedimentos impedientes. La transgresión de la prohibición establecida, no invalida el matrimonio, sólo produce su ilicitud; pero da lugar a la aplicación de sanciones de otra índole (multas, destitución del cargo) aplicables al oficial del Registro Civil que autorizó un matrimonio vedado por la ley.

Los impedimentos dirimentes (que producen la nulidad absoluta del matrimonio) en opinión de Carbonnier, se fundan:

Primero, en razones de carácter sociológico.

a) La prohibición de la poligamia (subsistencia de un primer matrimonio válido al momento de celebrar el segundo), y

b) La prohibición del incesto (relación sexual entre parientes próximos), entre los contrayentes.

Segundo, en motivos de carácter biológico:

a) La imposibilidad física para la cópula (impubertad, impotencia incurable para cópula).

b) La preservación de la salud de los cónyuges y de los hijos (enfermedades incurables contagiosas o hereditarias, la toxicomanía o la dipsomanía y las enfermedades mentales en cualquiera de los contrayentes).

A estos impedimentos dirimentes deben agregarse: la falta de consentimiento (autorización) de quienes deben prestarlo, si los contrayentes son menores de edad; el adulterio habido entre las personas que pretenden contraer matrimonio, cuando haya sido declarado judicialmente; el atentado contra la vida de uno de los casados, para contraer

matrimonio con el que quede libre; el error sobre la identidad de la persona con quien se pretende contraer matrimonio y la violencia.

Los impedimentos impedientes, tienen lugar:

a) Cuando se ha contraído matrimonio estando pendiente la resolución de un impedimento susceptible de dispensa (como la falta de edad de 16 años en el varón y de 14 en la mujer).

b) Cuando no ha transcurrido el plazo de trescientos días después de disuelto el primer matrimonio por divorcio, nulidad o muerte del marido y la mujer contrae nuevas nupcias (plazo de validez), y

c) Cuando el tutor o la tutriz contrae matrimonio con la pupila o el pupilo, si no están aprobadas las cuentas de la tutela.

2.3.1. LOS IMPEDIMENTOS DIRIMENTES.

Como he dicho, constituyen prohibiciones cuya violación invalida el matrimonio.

Son impedimentos dirimentes:

a) La falta de capacidad física para contraer matrimonio (artículo 153 fracción I del Código Civil).

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.

Sin embargo, esta causa de nulidad desaparece, si los cónyuges alcanzan la mayoría de edad, sin haber intentado la acción de nulidad (artículo 293 del Código Civil del estado de Guanajuato).

b) La falta del consentimiento de quienes ejerzan la patria potestad sobre los contrayentes, si éstos son menores de 18 años, del tutor o del juez en su caso (artículo 153 fracción II del Código Civil).

El ejercicio de la acción de nulidad derivada de esta causa de impedimento se encuentra sujeto al siguiente régimen:

1° Sólo podrá hacerse valer, por las personas que deben prestar su autorización.

2° El plazo para el ejercicio de esta acción de nulidad, es breve, pues vence al concluir treinta días contados desde que se tenga conocimiento de la celebración del matrimonio (artículo 295, fracción I del Código Civil).

3° Cesa la causa de impedimento, si quienes ejercen la patria potestad, han expresado su consentimiento de una manera tácita, haciendo donación a los hijos, en consideración del matrimonio, recibiendo a los cónyuges en su casa, presentando a la prole como legítima al Registro Civil o por medio de cualquier otro acto conducente que releve de una manera clara, la aceptación del matrimonio. El juez o el tutor en su caso, podrán otorgar la ratificación o la autorización oficial, confirmando el matrimonio en cualquier momento, antes de que se presente la demanda de nulidad por cualquiera de los cónyuges o por el tutor.

c) El parentesco por consanguinidad o por afinidad en línea recta, ascendente o descendente, sin limitación alguna, impide la celebración del matrimonio (artículo 153 fracción III del Código Civil).

En la línea colateral igual, el impedimento por consanguinidad se extiende a los hermanos y medios hermanos, en tanto que en la colateral desigual por consanguinidad, comprende a los tíos y sobrinos. El parentesco en línea colateral desigual en el tercer grado (tíos y sobrinos) es dispensable (artículo 153 fracción III y IV del Código Civil y penúltimo párrafo del mismo precepto legal).

Por razones de orden moral y secundariamente por motivos eugenésicos (si se trata de parientes consanguíneos), el impedimento está constituido por el parentesco por afinidad en línea recta ascendente o descendente, sin limitación.

d) El adulterio habido entre los que pretenden celebrar matrimonio, siempre que haya sido declarado judicialmente. Obvias razones de orden moral y social impiden que dos personas que han perpetrado entre sí el delito de adulterio, que constituye un atentado grave en contra de la solidez de la familia, puedan contraer matrimonio, para constituir de esta manera legalmente una familia. Se requiere sin embargo, que el delito de adulterio haya sido comprobado fehacientemente y declarado en una sentencia judicial firme (artículo 153 fracción V del Código Civil).

e) Motivos de moralidad y de seguridad social, justifican la existencia de otro impedimento dirimente: el atentado contra la vida de uno de los cónyuges, para casarse con el que queda libre (artículo 153 fracción VI del Código Civil).

f) El miedo y la violencia que vician la voluntad en todo acto jurídico, son causa de impedimento dirimente, para la celebración del matrimonio.

El consentimiento para contraer matrimonio se ha de prestar en forma libre y espontánea por ambos contrayentes y la coacción física o moral que se ejerza sobre cualquiera de ellos para arrancar en esta forma la declaración de voluntad, produce la nulidad del matrimonio.

El rapto, tratándose de matrimonio, es una manera de violencia material y moral que impide la libre manifestación de voluntad del contrayente. Este impedimento no cesa, mientras la raptada no sea restituida a lugar seguro donde pueda declarar libremente el sentido de su voluntad (artículo 153 fracción VII del Código Civil).

El miedo, aparte de ser fundado y de causar razonablemente en la víctima un estado anímico de temor, ha de subsistir al tiempo de celebrar el matrimonio. Tiene que ser originado por la amenaza seria de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes de quien se dice víctima del temor. La violencia es impedimento dirimente, si se ejerce y se mantiene al tiempo de celebrarse el matrimonio, no sólo contra el cónyuge, sino contra las personas que le tienen bajo su patria potestad o tutela.

Finalmente, esta causa de nulidad sólo puede ser ejercida por el cónyuge agraviado, dentro de 60 días contados desde la fecha en que cesó la violencia o intimidación (artículo 302 del Código Civil del estado de Guanajuato).

g) Para preservar la salud mental y psíquica de la persona con quien se pretende contraer matrimonio y de la futura prole, están impedidas para celebrarlo, aquellas personas que padecen el vicio de la embriaguez habitual o que hacen uso indebido y persistente de drogas enervantes.

h) La ineptitud física para la cópula y las enfermedades crónicas e incurables que sean además contagiosas y hereditarias (art. 153 VIII).

i) Encontrarse en alguno de los estados de incapacidad (incapacitación), cuando se trata de mayores de edad que sufran disminución o perturbación en sus facultades mentales, aunque tengan intervalos lúcidos y padezcan alguna enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial; y lo mismo se dice respecto de los alcohólicos, los adictos a los psicotrópicos o estupefacientes, así como de aquellas personas que no puedan por sí mismas, manifestar su voluntad por algún medio.

j) En la fracción X del artículo 153, se menciona otra causa de impedimento: el matrimonio anterior subsiste con persona distinta de aquella con la que pretende celebrarse.

k) Puesto que la adopción crea el parentesco civil entre el adoptante y el adoptado, semejante y sustitutivo del parentesco por consanguinidad, adoptante y adoptado no pueden celebrar entre sí matrimonio, mientras dure el lazo de la adopción (artículo 154 del Código Civil).

2.3.2. LOS IMPEDIMENTOS IMPEDIENTES.

Se llaman impedientes, aquellas prohibiciones que para celebrar el matrimonio han sido establecidas por la ley y que no producen la nulidad del acto, sino simplemente su ilicitud.

En el derecho reprueba aquellos matrimonios que se celebran, a pesar de que se han establecido estas prohibiciones que no producen los mismos efectos que los impedimentos dirimentes.

Se llama ilícito 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.

Son impedimentos impedientes:

a) El matrimonio que se celebre, si está pendiente la decisión de un impedimento que sea susceptible de dispensa (Art. 153 fracción I).

b) Si se efectúa el matrimonio, a pesar de que no se ha otorgado al tutor, o al curador, la aprobación de las cuentas de la tutela (artículo 156 fracción II del Código Civil).

Este impedimento puede ser dispensado; pero la autoridad administrativa no podrá conceder esa dispensa, sino cuando hayan sido aprobadas las cuentas de la tutela (artículo 156 del Código Civil).

c) La mujer que pretende contraer nuevas nupcias y cuyo matrimonio ha sido disuelto por muerte del marido, por nulidad del matrimonio o por divorcio, no puede celebrar nuevo matrimonio dentro de los trescientos días que sigan a la disolución del vínculo anterior, excepto cuando dentro de ese término diere a luz un hijo.

En los casos de divorcio o de nulidad de matrimonio, el término empieza a correr desde que se interrumpió la cohabitación.

d) El cónyuge que ha dado causa al divorcio, tiene prohibido contraer nuevo matrimonio antes de dos años a partir del momento en que se decretó la disolución del vínculo (artículo 343 primer párrafo, del Código Civil).

e) Los cónyuges que se divorcian voluntariamente, no pueden contraer nuevo matrimonio, sino después de un año contado a partir de la fecha en que quedó disuelto el vínculo matrimonial anterior (artículo 343 segundo párrafo del Código Civil).

2.4. OTROS REQUISITOS.

Claro es bien sabido que además de no tener ningún impedimento de los que marca el artículo 153 del Código Civil del Estado y de reunir los requisitos para contraer matrimonio, es necesario realizar un trámite administrativo que se llevará a cabo en la oficina del Registro Civil que consiste en solicitar la fecha para la celebración del matrimonio, el pago de los derechos por el servicio que proporciona el estado, además del llenado del acta de matrimonio que será entregada a los contrayentes, tal y como lo menciona el artículo 101 y 102 del Código Civil del Estado de Guanajuato.

Los artículos 101 y 102 del Código Civil señala entre otros, los siguientes requisitos para contraer matrimonio:

a) Previamente a la celebración del acto y dentro de los ocho días antes del día en que se ha de celebrar el matrimonio (artículo 101 del Código Civil), las personas que pretendan celebrarlo, presentarán ante el juez del Registro Civil del domicilio de cualquiera de ellos, una solicitud debidamente firmada por ambos contrayentes y por dos testigos que conozcan a ambos pretendientes, en la que después de expresar su nombre, apellidos, edad, ocupación y domicilio, consignarán los mismos datos respecto de sus padres; si alguno de los pretendientes ha sido casado, se expresará el nombre de la persona con quien celebró anterior matrimonio, la causa de la disolución y la fecha de ésta. Terminarán

declarando que no tienen impedimento legal para casarse y que es su voluntad unirse en matrimonio.

La solicitud contendrá además, la declaración de los testigos, que firmarán la solicitud de matrimonio, en unión de los pretendientes y en ella harán constar que conocen a cada uno de los pretendientes y que no tienen impedimento para celebrar el matrimonio (artículo 102 fracción III del Código Civil).

b) A la solicitud de matrimonio los pretendientes deberán acompañar los siguientes documentos:

1. El acta de nacimiento de cada uno de ellos.
2. Si son menores de edad, harán constar el consentimiento de los ascendientes o tutores o la autorización que el Juez otorgue en su caso, si no hay ascendientes que ejerzan la patria potestad o tutor, en los términos del artículo 102 fracción II del Código Civil.
3. En el caso de que los padres o tutores hayan negado su consentimiento, deberán acompañar constancia de que el Presidente Municipal en su caso del Gobernador del estado de Guanajuato ha otorgado su consentimiento supliendo el de las personas que debían darlo y se han negado a ello (artículo 149 del Código Civil de Guanajuato).
4. Un certificado médico extendido por médico titulado en donde el facultativo hace constar que los pretendientes no padecen sífilis, tuberculosis, ni enfermedad crónica incurable que sea además contagiosa y hereditaria.
5. Un convenio celebrado entre los pretendientes en que se establezca el régimen legal de propiedad, administración y disfrute de los bienes de los consortes y de sus frutos (sociedad conyugal o separación de bienes). Este convenio se denomina "capitulaciones matrimoniales".(5)

CITAS BIBLIOGRAFICAS

CAPITULO II

(1) LEYES Y CODIGOS DE MEXICO. Código Civil Para el Estado de Guanajuato. 4a de. De. Porrúa. Mexico 1992. p. p. 18 - 22

(2) CHAVEZ ASENCIO Manuel, La Familia en el Derecho. Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas familiares. 2a ed., Ed. Porrúa, México 1990 p.p. 129 y 130.

(3) LEYES Y CODIGOS DE MEXICO. Código Civil Para el Estado de Guanajuato. 4a de. De. Porrúa. Mexico 1992. p. 269

(4) ROJINA VILLEGAS Rafael. Derecho Civil Mexicano. Volumen II. Derecho de Familia 6a. ed., Ed. Porrúa, México 1985, p.p. 231-258.

(5) GALINDO GARFIAS Ignacio. Derecho Civil, Primer curso. 12a. ed. Ed. Porrúa, México 1993, p.p. 491-501.

CAPITULO III

SOLEMNIDAD EN EL MATRIMONIO

3.1. EL MATRIMONIO COMO ACTO SOLEMNE.

El matrimonio es solemne por la intervención del estado mediante el oficial del Registro Civil, ya que este necesita escuchar la voluntad de los contrayentes en querer unirse en matrimonio y la declaración que el haga al unirlos en matrimonio, es decir se otorga la aprobación del estado a la vida marital de los contrayentes.

La falta de solemnidades trae como consecuencia la inexistencia del acto. Esta declaración e intervención del estado es la diferencia que caracteriza al matrimonio de otras uniones de hombres con mujeres que deseen tener vida en común, es por ello que el matrimonio es una institución de orden público.

La relación conyugal nace de la voluntad de los consortes dirigida a establecer entre sí un consorcio omnes vitae, es decir, una vida en común, en forma permanente.

La historia de los pueblos pone en relieve que en alguna épocas, aún en la Alta Edad Media, el matrimonio, no era otra cosa que la cohabitación prolongada del marido y la mujer. LOYSEL decía respecto de estas uniones permanentes entre hembra y varón "beber, yantar y yacer, es matrimonio al parecer".

Pero estas relaciones, de hecho, por sólidas y firmes que se les suponga, no permiten la consecución de los altos fines sociales que particularmente respecto de la familia, está llamado a realizar el matrimonio. La unión de los cónyuges apoyada sólo en el consentimiento de los consortes, no es bastante para distinguir esas uniones del concubinato, cuya subsistencia queda abandonada a la sola voluntad del concubinario y la concubina.

Por medio de la celebración del matrimonio, el oficial del Registro Civil, hace constar en forma pública y solemne la declaración de voluntad de quienes contraen matrimonio, para formar entre sí, una comunidad de vida. La intervención de este funcionario público tiene por objeto hacer constar esas manifestaciones de voluntad y declarar unidos a los contrayentes en nombre de la sociedad y de la ley, otorgando así a las declaraciones de voluntad de los pretendientes, la fuerza, el reconocimiento y el apoyo social que al matrimonio atribuye el Estado.

La razón de que la celebración del matrimonio, por disposición de la ley, debe revestir una forma solemne, esencial para su plena eficacia, consiste en que a través de tal solemnidad, confiere el Derecho a esa unión, una fuerza jurídica vinculatoria, de la que carece el simple concubinato o cualquiera otra unión entre el varón y la mujer.

En el matrimonio, como acto solemne, se requiere la concurrencia de las declaraciones de voluntad de los contrayentes sancionadas por la potestad pública a través de la declaración del oficial del Registro Civil.

En la celebración del matrimonio, la forma solemne en que se han de declarar las voluntades que han de concurrir, se ha elevado a la categoría de elemento esencial del matrimonio, por manera que, faltando esa solemnidad, no se ha llegado a exteriorizar para el Derecho, el consentimiento de los contrayentes, ni se otorga la aprobación del Estado, a la vida marital de los declarantes.(1)

3.2. LAS SOLEMNIDADES.

Las solemnidades del matrimonio son varias, sin las cuales es inexistente el matrimonio, como lo es la manifestación de voluntad de los contrayentes, el Oficial del Registro Civil, la declaración que este haga para crear fuerza vinculatoria entre los contrayentes, la acta de matrimonio la cual se elabora en las formas establecidas por la ley, la firma de los contrayentes, la firma del Oficial del Registro Civil y los testigos.

Todas estas solemnidades nuestro Código Civil vigente en el estado las regula, en virtud de que para celebrarse el matrimonio deben llevarse a cabo con las formas y solemnidades que la ley exige, es por ello que el matrimonio es una institución, debido a que existe un conjunto de dispositivos legales que lo regulan y persiguen un mismo fin.

Estas solemnidades se realizan en el acto de celebración del matrimonio, que se plasman y forman parte del acta de matrimonio.

El artículo 143 del Código Civil, ordena que el matrimonio “debe celebrarse ante los funcionarios que establece la ley y con las formalidades que ella exige”. Los artículos 101, 102, 103 y 106, señalan específicamente la forma conforme a la cual debe celebrarse ese acto solemne y las personas que en él necesariamente deben intervenir, a saber: el oficial del Registro Civil, los pretendientes o sus apoderados especiales y los testigos que han de concurrir al acto.

El artículo 105 del Código Civil establece además, que constituidas las personas antes mencionadas, en el lugar, día y hora designados para la celebración del matrimonio, el acto se iniciará con la lectura en voz alta, de la solicitud del matrimonio y de los anexos que se acompañaron a la misma; que enseguida interrogará a los testigos acerca de la identidad de los pretendientes. Preguntará sucesivamente a cada uno de los contrayentes, si es su voluntad unirse en matrimonio y en caso afirmativo, los declarará unidos en nombre de la ley y de la sociedad.

El artículo 106 del Código Civil, establece que deberá levantarse desde luego el acta de matrimonio. En dicho precepto se especifican los datos que debe contener ese instrumento que firmado por los contrayentes, los testigos y las demás personas que hubieren intervenido, deberá ser suscrito también por el oficial del Registro Civil. Al margen del acta de matrimonio, se imprimirán las huellas digitales de los contrayentes.

A su vez, el artículo 38 del Código Civil de Guanajuato, manda que las actas del Registro Civil sólo se asentarán en las formas del “Registro Civil”, que debe contenerlas.

Ahora bien, debemos examinar de acuerdo con la teoría de los actos jurídicos, cuáles de los elementos que establece el Código Civil para la celebración del matrimonio, son indispensables para la existencia del acto (solemnidades), de modo que en su ausencia no puede concebirse éste, y cuáles son sólo requisitos de validez (formalidades). (2)

Recordemos que para la existencia del acto jurídico, se requiere de estos elementos: la voluntad o consentimiento y el objeto posible. En los actos solemnes, se requiere además, como elemento de existencia, las solemnidades que la ley establece.

Corresponde al oficial del Registro Civil, autorizar el acto del matrimonio. La presencia del oficial del Registro Civil en el acto del matrimonio, no puede ser sustituida en manera alguna, por otro funcionario.

Sólo realizadas ante dicho oficial, las declaraciones de voluntad de los cónyuges adquieren fuerza vinculatoria entre éstos.

Pero estas solas declaraciones de voluntad de los pretendientes aun emitidos en presencia del oficial del Registro Civil, no bastan por sí solas para crear el estado de matrimonio entre los pretendientes. Es necesario que ese funcionario emita a su vez, después de haber recibido las manifestaciones de voluntad de los contrayentes, la declaración de que quienes pretenden contraer matrimonio, quedan unidos en nombre de la ley y de la sociedad.

En conclusión, en cuanto al acto del matrimonio, las solemnidades consisten:

- a) En la presencia del oficial del Registro Civil.
- b) En las declaraciones de voluntad de los contrayentes, emitidas ante dicho funcionario en el acto de la celebración del matrimonio.
- c) En la declaración del oficial del Registro Civil.
- d) En la redacción del acta de matrimonio que debe levantarse en el mismo acto, por el oficial del Registro Civil, precisamente en las formas del Registro Civil destinadas a contener las actas de matrimonio.

Por otra parte, el acta, que es el instrumento que se redacta para hacer constar el acto de la celebración del matrimonio, debe contener los datos que el artículo 106 del Código Civil exige. Algunos de ellos son en tal manera indispensables, que en su ausencia el documento redactado, no podría siquiera ser concebida como acta de matrimonio; otros datos, si bien necesarios para que el documento pueda llenar su función probatoria, no atañen a la esencia misma de la celebración del matrimonio. Los primeros, constituyen verdaderos elementos necesarios para la existencia del acta de matrimonio, los segundos, son meros requisitos de validez.

De la lectura del artículo 106 del Código Civil, aparece clara que no puede ser concebida una acta de matrimonio si no contiene:

- Los nombres, apellidos y demás elementos de identidad de los pretendientes.
- La mención de que los contrayentes han declarado que es su voluntad unirse en matrimonio.
- La constancia de que el oficial del Registro Civil los declaró unidos en nombre de la Ley y de la sociedad.
- La firma de los pretendientes, y
- La firma del oficial del Registro Civil.

Si el acta careciere de los datos a que se acaba de aludir, no sería una acta de matrimonio: no probaría qué personas han contraído el vínculo, si faltan los nombres de los contrayentes: no establecería que es voluntad de los pretendientes unirse en matrimonio, si no contiene la mención expresa de las declaraciones de los que pretenden celebrarlo; no sería eficaz para probar la existencia del matrimonio, si no aparece que el juez del Registro Civil hizo la declaración de que se constituyó en ese acto, el vínculo jurídico matrimonial; no quedaría integrado el documento, si no estuviera suscrito con las firmas del oficial del Registro Civil y la de ambos contrayentes.

Estos datos esenciales para la existencia del documento probatorio, no son solemnidades del acto del matrimonio, sino partes integrantes del acta de matrimonio, la cual, levantada en la forma del Registro Civil, se incorpora al acto de la celebración del

matrimonio, mediante la lectura de su texto, que debe hacer el oficial del Registro Civil, como parte integrante de dicho acto. (3)

3.3. EL OFICIAL DEL REGISTRO CIVIL.

El Oficial del Registro Civil es un fedatario que da fuerza vinculatoria a la unión de los contrayentes, es el representante del estado en el acto del matrimonio. El puede celebrar el matrimonio en la sede del registro civil o en el domicilio de alguno de los contrayentes. Su función principal en el acta de matrimonio es recibir la manifestación de voluntad de los contrayentes y la declaración que el haga al unirlos en legítimo matrimonio.

El matrimonio debe celebrarse precisamente con la intervención del oficial del Registro Civil del domicilio de cualquiera de los contrayentes.

Dicho funcionario desempeña un doble papel:

a) Recibir las declaraciones de voluntad de los contrayentes, contenidas en la solicitud del matrimonio, las declaraciones de los testigos de identidad, que deben suscribir la solicitud respectiva en unión de los contrayentes, así como toda la documentación anexa a la solicitud de matrimonio, a que se refiere el artículo 103 del Código Civil (actas de acimiento de los contrayentes, certificado de salud, capitulaciones matrimoniales, dispensas de edad, etc.), y

b) Sancionar el consentimiento de los contrayentes para el matrimonio, declarando públicamente en nombre de la ley y de la sociedad que ha quedado establecido entre ellos el vínculo jurídico conyugal.

Deberá suscribir en unión de las otras personas que intervienen en la ceremonia, el acta de matrimonio que redacta en presencia de las partes y de los testigos.

El oficial del Registro Civil actúa como fedatario público para cuidar de la debida celebración del acto e interviene a la vez como representante del Estado para impartir a la unión conyugal, fuerza vinculatoria, mediante la declaración solemne de que los contrayentes

han quedado unidos jurídicamente con los derechos y obligaciones que corresponde a cada uno de ellos, conforme a la ley.

3.4. LA COMPARECENCIA DE LOS CONTRAYENTES.

La comparecencia de los contrayentes es algo indispensable ante el Oficial del Registro Civil, ellos son los interesados en contraer matrimonio, comparecen en forma personal o como lo permite nuestro código civil en su artículo 105, en relación con el artículo 52, que uno de los contrayentes podrá manifestar su consentimiento mediante un apoderado legalmente constituido en escritura pública ante fedatario público o en un escrito privado firmado ante dos testigos que lo ratificaran ante un notario o juez. El Poder debe otorgarse en forma especial a persona capaz para contratar y obligarse, mayor de edad, el cual únicamente transmitirá la voluntad de su representado en el acto del matrimonio y ese matrimonio tendrá la misma validez que cualquier otro matrimonio en el cual hubieran comparecido en forma personal los contrayentes.

Se requiere que en día y hora que se fije para la celebración del matrimonio, los contrayentes se encuentren presentes ante el oficial del Registro Civil, ya personalmente o por medio de apoderado debidamente constituido (artículo 105 del Código Civil). La voluntad de los pretendientes, debe ser declarada en el acto del matrimonio y en presencia del oficial del Registro Civil.

El otorgamiento del poder para representar a los cónyuges en el acto del matrimonio y para emitir la declaración de voluntad en tal sentido debe constar en un poder especial para tal fin. Tratándose de un acto que recae sobre la persona del poderdante, no será suficiente el poder general que éste haya otorgado, para el mandatario así constituido se entienda autorizado para comparecer ante el oficial del Registro Civil y declarar que es voluntad de su mandante contraer matrimonio. Se requiere necesariamente un poder especial y expreso para tal fin. Este mandato podrá otorgarse ante notario público. Si se confiere en escrito privado, deberá contener la firma del otorgante y de dos testigos, las cuales deberán ser ratificadas ante notario público, juez de lo Civil o de paz.

En todo caso, el mandatario especial así constituido, deberá ser mayor de edad y capaz para contratar y obligarse en nombre de su mandante.

3.5. LAS OPOSICIONES PARA LA CELEBRACION DEL MATRIMONIO.

En la celebración del matrimonio el Oficial del Registro Civil, pregunta a los presentes de si sabe alguno de que exista algún impedimento por el cual no pueda celebrarse el matrimonio. En caso de ser negativa la respuesta se celebrará el matrimonio, en caso de ser afirmativo se suspendera el acto y la denuncia del impedimento se turnará al Juez de lo Civil para que resuelva lo referente al impedimento aún existiendo desistimiento del impedimento por parte de quien lo hizo, no se celebrará el matrimonio, sino hasta que se dicte sentencia en lo relativo al impedimento.

Siguiendo la tradición del derecho canónico, al matrimonio debe rodeársele de publicidad, con objeto de que los terceros puedan hacer llegar al oficial del Registro Civil, el conocimiento de alguna causa que impida su celebración.

Cualquier persona puede denunciar el impedimento y en esa hipótesis, el oficial del Registro Civil deberá levantar un acta, isertando al pie de la letra tal denuncia, que firmada por quienes en ella intervinieren, será remitida al Juez de lo Civil, porque es este funcionario judicial, quien debe calificar el impedimento.

El oficial del Registro Civil, hará saber a los pretendientes la denuncia del impedimento y deberá abstenerse, por la sola presentación de la denuncia, de celebrar el matrimonio, aunque el denunciante desista de su oposición. Para que pueda celebrarse el matrimonio, cuando se ha denunciado algún impedimento, se requiere una sentencia judicial que declare la inexistencia del impedimento o bien que los contrayentes si la naturaleza del impedimento lo permite, obtengan dispensa de él.

El artículo 113 del Código Civil del estado de Guanajuato establece que el oficial del Registro Civil que autorice el matrimonio en el que se ha denunciado algún impedimento o de cuya existencia éste tenga conocimiento, será castigado penalmente, además de ser destituido de su cargo.

De la misma manera se castigará a quien presente oposiciones fundadas en hechos falsos. De allí, que el oficial del Registro Civil esté impedido para recibir y dar trámite a las denuncias anónimas, excepto cuando se acompañe a la denuncia prueba de los hechos en que se funden.(4)

3.6. OTRAS FORMAS DE CELEBRACION DEL MATRIMONIO.

Debido a la facilidad de la comunicación, los matrimonios entre personas de distintos países cada vez son más frecuentes. Es decir, hay cada vez más matrimonios entre mexicanos y extranjeros, y en el aspecto eclesial hay cada vez más matrimonios mixtos, lo que cae dentro del Derecho Internacional Privado y es conveniente tener alguna referencia de ello.

3.6.1. MATRIMONIO DE MEXICANOS EN EL EXTRANJERO.

Los Mexicanos que residan en el extranjero, pueden contraer matrimonio en el país donde se encuentren, siempre y cuando acudan al servicio exterior mexicano. La ley organica del servicio exterior mexicano, establece que los jefes de representaciones consulares estan facultados para celebrar actos del estado civil de las personas, como lo es el nacimiento, el matrimonio y la defunción, tendrán la misma validez como si se hubieren realizado en territorio nacional, en virtud de que las embajadas se consideran como una extensión de territorio nacional donde rigen e imperan nuestras leyes mexicanas.

Sobre este particular Antonio de Ibarrola dice: "a) Los mexicanos que residan o se hallan domiciliados en el extranjero, pueden casarse en el extranjero. Por cuanto hace la forma de su matrimonio, pueden elegir la forma local, la que se haya reglamentada por la ley

del lugar de celebración, aplicando la máxima "locus regit actum", o la forma mexicana, si contraen matrimonio ante el funcionario diplomático competente. Tengamos presente que la Ley Orgánica del Servicio Exterior Mexicano, faculta a los "jefes de representaciones consulares" para... III. "Ejercer, dentro de los límites que fije el reglamento, funciones oficiales del Registro Civil en actos concernientes a mexicanos (Diario Oficial de 4 marzo 1967) y al reglamento (Diario Oficial 2 mayo de 1934) repite (Art. 201 Frac. V) que, "Son obligaciones de los jefes de Oficina de Servicio Exterior... IV. Ejercer dentro de las disposiciones y limitaciones del presente Reglamento, funciones del oficial del Registro Civil en asuntos concernientes a mexicanos." Conforme al artículo 325: "el estado civil o el mexicano, nacidos, casados o muertos fuera de la República pueden establecer en México por las actas del Registro Civil Consular". A continuación el artículo 326 establece que: "los funcionarios consulares en el extranjero y, en su defecto los jefes de las Misiones Diplomáticas mexicanas en los lugares en donde no existan oficinas consulares, podrán autorizar los actos del estado civil y extender las actas relativas al nacimiento, matrimonio y muerte de los mexicanos residentes en sus respectivas jurisdicciones. Los cónsules honorarios no podrán fungir como oficiales del Registro Civil". Los artículos 327 y siguientes, explican cuántos libros han de llevarse, cómo se asentarán en ellos las actas y cómo se expedirán los testimonios de las actas, aclarando que (Art. 337 R.L.S.E.): "Los funcionarios consulares son competentes para autorizar los matrimonios de mexicanos con mexicanas residentes en el extranjero, dentro del territorio de su jurisdicción, en consecuencia no podrán autorizar ningún matrimonio de mexicano con extranjera o mexicana con extranjero."

3.6.2. MATRIMONIO DE EXTRANJEROS EN MEXICO.

Nuestras leyes mexicanas permiten el matrimonio de extranjeros, pero que lo realicen en la sede de las embajadas de los países de donde sean originarios. Porque de tratar de contraer matrimonio de acuerdo a nuestro régimen jurídico, los extranjeros deben de someterse al derecho nacional, independientemente de cuales sean sus costumbres y tradiciones del país de donde sean originarios.

El artículo 12 Código Civil de Guanajuato, señala que tratándose de la capacidad y estado civil de las personas de nacionalidad extranjera se cumplirá con lo que dispongan las leyes federales sobre la materia.

Iguales reglas se aplican a los extranjeros que contraigan matrimonio en México. Pueden optar por las formalidades del matrimonio mexicano o casarse ante el cónsul respectivo, que no será competente más que para el matrimonio de dos de sus nacionales. Consideramos que a pesar de lo que dice el artículo 12, en cuanto al fondo quedan sometidos a las reglas de su Derecho nacional. Si esas reglas, son contrarias a nuestro orden público, habría que descartarlas. Un matrimonio poligámico no podría ser celebrado en México por motivos de orden público.(5)

3.6.3. MATRIMONIO DE EXTRANJERO EN EL EXTRANJERO.

En este supuesto, es válido el matrimonio entre extranjeros celebrado según las leyes de su país, o de las leyes del país en el que se celebra. Para surtir sus efectos en México debe probarse con los documentos auténticos debidamente legalizados, y, además, el matrimonio así celebrado no debe contravenir la legislación mexicana en esa materia.

No obstante que el matrimonio religioso no produce efectos en México, el matrimonio canónico celebrado por extranjeros, fuera de nuestro país surte efectos en acatamientos de compromisos internacionales en esta materia, y se reconcerán a "matrimonios no civiles o de cualquier otra índole que se celebren en otras naciones el valor y efectos jurídicos que sus propias leyes le atribuyen". En especial ese criterio se ha aplicado en relación a españoles donde el matrimonio canónico surte efectos civiles.

3.6.4. MATRIMONIO ENTRE MEXICANO Y EXTRANJERO.

El matrimonio celebrado entre un mexicano y un extranjero, debe reunir ciertos requisitos como lo es, que el mexicano obtenga la autorización de la Secretaría de Gobernación y por otro lado el extranjero debe comprobar su legal estancia en el país, para

así comprobar de que no ingreso en forma ilegal al territorio nacional, es decir se requiere que compruebe mediante la visa que México no tuvo ningún impedimento en permitir la entrada de ese extranjero.

Esta limitación también existe, debido a que se podría adquirir muy fácil la nacionalidad mexicana por parte de extranjeros, si contraen nupcias con mexicanas debido a que nuestra legislación considera como mexicano por naturalización al extranjero que contraiga matrimonio con mexicano, es decir se nacionaliza en una forma muy fácil, es por ello que existen ciertas trabas legales para que se celebre el matrimonio entre mexicano y extranjero.

La Ley General de Población exige autorización de la Secretaría de Gobernación para que un mexicano se case con un extranjero. El artículo 68 dice: "Los oficiales del Registro Civil no celebrarán ningún acto del estado civil en que intervenga algún extranjero, sin la comprobación previa, por parte de éste, de su legal estancia en el país. Tratándose de matrimonios de extranjeros con mexicanos, deberán exigir además la autorización de la Secretaría de Gobernación."

"En todos los casos deberán asentarse las comprobaciones a que se refiere este artículo y darse aviso a la Secretaría de Gobernación del acto celebrado."

La anterior limitación a la libre voluntad de los contrayentes, estimo que viola el Derecho natural e innato de todo hombre y toda mujer a contraer matrimonio. A partir de la edad núbil, el varón y la mujer tienen Derechos a contraer matrimonio, reconocido en el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre que dice, en la parte relativa, que los hombres y las mujeres a partir de la edad núbil tienen Derecho sin restricción alguna por motivo de raza, nacionalidad o religión a casarse y fundar una familia"; el párrafo 2 agrega que "sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse matrimonio".

Nuestra legislación no contiene una declaración de esa naturaleza, pero este Derecho aparece implícito al establecer el Código Civil los requisitos para contraer

matrimonio, dentro de los que se contiene la edad y los impedimentos que son obstáculos para la celebración, que por otra parte señalan los requisitos que se consideran necesarios para la validez del acto jurídico, y en ningún requisito exige la autorización de la autoridad. Sólo en caso de menores de edad requieren adicionalmente el consentimiento de su padres, tutores o del juez. El artículo 68 de la Ley General de Población es una limitación a libre voluntad y una restricción intolerable.

Entiendo que esto tiene por objeto evitar que necesariamente el extranjero que se case con un mexicano o mexicana adquiera la nacionalidad mexicana por naturalización, en los términos del artículo 30, inciso b), fracción II de la Constitución que dice que "la mujer o el varón que contraigan matrimonio con varón o mujer mexicanos y tengan o establezcan su domicilio en el territorio nacional", serán mexicanos por naturalización. La Constitución no limita el derecho y natural de toda mujer y de todo varón de contraer matrimonio, razón por la cual parece inconstitucional e ilegal que una disposición secundaria lo haga. Si se desea evitar que se consideren naturalizados mexicanos gente que no reúna las características de idoneidad correspondientes, debería establecerse como necesario que la Secretaría de Relaciones otorgue la carta de naturalización al extranjero que se case con mexicano y tenga un modo honesto de vivir, a semejanza como el artículo 34 constitucional hace referencia a este dicho para considerar ciudadano al mexicano que hubiere cumplido dieciocho años.(6)

3.6.5. EFECTOS EN MEXICO.

Nuestra legislación en el estado de Guanajuato reconoce las actas del Estado Civil de la personas, es decir matrimonios, nacimientos, defunción , etc. lo que se necesita para tener fuerza legal es que los documentos del estado civil se presenten ante el oficial del Registro Civil quien hara la transcripción del acta y le reconocera todos sus efectos a partir de la fecha en que se elaboro, siempre y cuando se presente dentro de los tres meses siguientes de la llegada a territorio nacional, si no es así se le reconocerá fuerza legal y surtirá sus efectos en México a partir de la fecha de transcripción.

No olvidar que todas aquellas disposiciones que contengan las actas que se transcriban, deben ser acordes a nuestro sistema jurídico , en caso contrario no tendrán valor legal alguno, porque no pueden ir en contra de nuestras leyes.

En el caso de mexicanos que se hubieren casado según la ley de un país extranjero y ante autoridades de ese lugar, deberán dentro de tres meses siguientes a su llegada a la República obtener la transcripción del acta de la celebración del matrimonio en el Registro Civil del lugar en que se domicilien los consortes. Si la transcripción se hace dentro de esos tres meses, sus efectos civiles se retrotraerán a la fecha en que se celebre el matrimonio; si se hace después, sólo producirá efectos desde el día en que se hizo la transcripción. (Art. 158 Código Civil).

La disposición contenida en el artículo 158 del Código Civil antes transcrita esta relacionada con el artículo 59 del Código Civil, que determina que para establecer el estado civil adquirido por los mexicanos fuera de la República "serán bastantes las constancias que los interesados presenten de los actos relativos, sujetándose a lo previsto en el Código Federal de Procedimientos Civiles, y siempre que se registren en la oficina que corresponda al Distrito Federal o de los Estados". Es de notarse que este artículo trata del "estado civil", es decir, del nacimiento, matrimonio, divorcio, etc., y no de los efectos patrimoniales del estado civil que en el caso del matrimonio responden a actos jurídicos diversos; por un acto jurídico los novios se transforman en cónyuges (cambios de estado familiar) y por otro convienen lo relativo a sus bienes.(7)

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

CITAS BIBLIOGRAFICAS

CAPITULO III

(1) GALINDO GARFIAS Ignacio. Derecho Civil, Primer curso, 12a. ed., Ed. Porrúa, México 1993, p.p. 504-505.

(2) LEYES Y CODIGOS DE MEXICO. Código Civil Para el Estado de Guanajuato. 4a de. Ed. Porrúa. Mexico 1992. p.p. 18 - 22 y 38

(3) ROJINA VILLEGAS Rafael. Derecho Civil Mexicano. Volumen II. Derecho de Familia 6a. ed., Ed. Porrúa, México 1985, p.p. 246-249.

(4) GALINDO GARFIAS Ignacio. Derecho Civil, Primer curso, 12a. ed., Ed. Porrúa, México 1993, p.p. 509-511.

(5) LEYES Y CODIGOS DE MEXICO, Constitución Política de los estados Unidos Mexicanos. 117a. ed. Ed. Porrúa. Mexico 1997. p. 35

(6) PLANIOL Marcel. Tratado Elemental de Derecho Civil, Introducción Familia y Matrimonio, 1a. ed., Ed. Cajica, México 1983, p.p. 437-448.

(7) CHAVEZ ASENCIO Manuel, La Familia en el Derecho. Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas familiares. 2a. ed., Ed. Porrúa, México 1990 p.p. 130-133.

CAPITULO IV

NULIDAD DEL MATRIMONIO

4.1. CONSIDERACIONES GENERALES.

La nulidad, nuestra legislación mexicana la clasifica en dos tipos, Nulidad Absoluta y Nulidad Relativa.

La Nulidad Absoluta se caracteriza por ser imprescriptible, inconfirmable y susceptible de intentarse por cualquier interesado, mientras tanto la Relativa se caracteriza por ser prescriptible, confirmable y únicamente se puede intentar solo por el interesado.

La nulidad se declara en sentencia por un Juez competente. Los efectos del actos se producen momentáneamente desde que se origina este hasta que se pronuncie la sentencia de nulidad. La nulidad, también se declara de pleno derecho es decir cuando la ley declare que no producirá efecto legal alguno.

Estos tipos de nulidad son aplicables al matrimonio tanto la Absoluta como la Relativa, la Absoluta se da por falta de consentimiento, impubertad, incesto, bigamia, clandestinidad e incompetencia del oficial del Registro Civil. La Relativa se presenta, cuando existe ilícitud en el matrimonio.

De acuerdo con lo que hemos expuesto cabe aplicar, con las modificaciones que después indicaremos, la teoría general de la nulidad a las distintas causas que regula la ley respecto a nulidades en el matrimonio.

De acuerdo con dicha teoría general distinguiremos nulidades absolutas y nulidades relativas.

En la teoría clásica de las nulidades se considera que la ilicitud en el acto jurídico se sanciona con la nulidad absoluta que se caracteriza como imprescriptible, inconfirmable y susceptible de intentarse por cualquier interesado.

En cuanto a la nulidad relativa se acepta que tiene como causas los vicios de la voluntad, la incapacidad y la inobservancia de la forma. Se le caracteriza en dicha doctrina clásica como prescriptible, confirmable y sólo se concede la acción a la parte perjudicada.

El Código Civil vigente, hace las distinciones siguientes:

La ilicitud en el objeto, en el motivo o en el fin del acto jurídico, puede producir la nulidad absoluta o relativa según lo prevenga la ley (artículo 1716). Es decir, ya no se acepta el criterio clásico de que siempre tal ilicitud originará la nulidad absoluta.

Por otra parte se caracteriza la mencionada nulidad como imprescriptible, inconfirmable y susceptible de invocarse por todo interesado, pero se estatuye en el artículo 1718 que fija dichas características, que por regla general aquélla no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad. Desde este punto de vista se adopta un criterio firme para considerar que en principio la nulidad absoluta debe ser declarada por el juez, produciendo entretanto, efectos provisionales, excepto cuando expresamente la ley declare que no producirá efecto legal alguno o sea, cuando se decreta una nulidad absoluta de pleno derecho a diferencia de la nulidad absoluta que por declaración judicial reconoce el artículo 1718 por regla general.

En cuanto a la nulidad relativa, se aceptan en el artículo 1718 las causas que ya hemos expresado vicios de la voluntad, incapacidad e inobservancia de la forma; pero se agrega en el artículo 1716 la posibilidad de que la ilicitud en el objeto, motivo o fin del acto, origine, en algunos casos, nulidad relativa. El artículo 1717 sí abandona tal criterio clásico para seguir las ideas de Bonnetcase en cuanto a que ya no es necesario que la citada nulidad relativa presente las características opuestas de la absoluta, bastando que exista una sola característica de nulidad relativa por ejemplo, que el acto sea ratificable o la acción prescriptible aun cuando todas las demás sean de nulidad absoluta, para que se clasifique la

citada nulidad como relativa. Además, siempre permitirá que el acto produzca provisionalmente sus efectos, como terminantemente lo declara la parte final del artículo 1717.

Con estas ideas generales podemos sostener que en el derecho mexicano sí es susceptible de aplicación al matrimonio lo expuesto de manera general para las nulidades en los distintos actos jurídicos. Es decir, serán nulidades absolutas en materia matrimonial, las que reúnan las tres características que enumera el artículo 1718, consistentes en la naturaleza imprescriptible de la acción de nulidad, en la imposibilidad de convalidar el acto que por ratificación expresa o tácita para que desaparezca la nulidad y en la posibilidad de que todo interesado puede hacer valer la acción. En cambio, serán nulidades relativas aquellas que no reúnan las tres características mencionadas, aun cuando se presenten dos de ellas, bastando por lo tanto que la acción sea prescriptible como ocurre en la mayoría de los casos de nulidad en el matrimonio, o bien, que el acto pueda convalidarse por ratificación expresa o tácita, según veremos para otros efectos o, finalmente, que la acción sólo se conceda al directamente perjudicado.

Por su parte, Planiol dice lo siguiente: "El principio y sus motivos. Según una opinión antigua, la teoría de las nulidades en materia de matrimonio está sometida a una regla excepcional que puede formularse en los siguientes términos: no existe nulidad del matrimonio sin un texto que la pronuncie expresamente.(1)

La jurisprudencia mexicana ha consagrado el siguiente principio: toda nulidad debe ser declarada por sentencia, excepto cuando la ley la establezca como nulidad de pleno derecho.

En cuanto a las causas que originan las nulidades absolutas del matrimonio, el mismo autor enumera las siguientes: "1. Falta de consentimiento; 2. Impubertad; 3. Incesto; 4. Bigamia. 5. Clandestinidad; 6. Incompetencia del oficial del estado civil."

Respecto a las causas de inexistencia del matrimonio, se refiere a las dos hipótesis consideradas como tales: la identidad de sexo y la falta de forma, pero considera que la

aplicación a estas causas de la teoría de los matrimonios inexistentes es una exageración que ha provocado justas críticas, pues también puede presentarse la nulidad.

4.2. NULIDAD ABSOLUTA EN EL MATRIMONIO.

La Nulidad Absoluta que de pleno derecho se declara es la bigamia y el incesto, los cuales no prescriben, inconfirmables y los puede intentar cualquier interesado que puede ser el Ministerio Público.

De acuerdo con lo que hemos expuesto, existen sólo dos causas de nulidad absoluta en el matrimonio, dadas las características que señala el Código Civil vigente. Dichas causas son: a) bigamia y b) incesto.

La bigamia se caracteriza como una causa de nulidad absoluta de acuerdo con el artículo 304 debido a que la acción puede deducirse por el cónyuge del primer matrimonio, por sus hijos o herederos, por los cónyuges que contrajeron el segundo matrimonio y de no ser intentada por ninguna de las citadas personas, la deducirá el Ministerio Público. No contiene el precepto un término de prescripción para demandar la nulidad. En consecuencia, la acción se concede a todo interesado e imperativamente determina la ley que será deducida por el Ministerio Público si las personas que enumera el artículo 304 no la hacen valer. Al no señalarse un término de prescripción para intentar la nulidad, se caracteriza en la ley como imprescriptible. Por último, es evidente que no cabe en el caso convalidación por ratificación expresa o tácita de alguna de las partes interesadas, ya que en ningún caso podría aceptarse la validez del segundo vínculo a pesar de que con conocimiento del primero se ratificara, pues por el contrario, se incurriría en un nuevo acto ilícito. En relación con esta causa de nulidad, debe advertirse que se determinan en los artículos 291 a 319, que regulan otras causas, características propias de la nulidad relativa al permitir la convalidación del acto, al admitir la prescripción de la acción o bien, al conceder ésta sólo a determinadas personas, pero no a todos los interesados. En consecuencia, si en el caso de bigamia la ley no consagra ninguna de las características de la nulidad relativa y sí en cambio otorga la acción a todo interesado sin fijar término de prescripción y sin que quepa la

convalidación del segundo matrimonio, por ratificación tácita o expresa, procede concluir fundadamente en el sentido de que es una causa de nulidad absoluta.(2)

Para el incesto estatuye el artículo 297 que el parentesco de consanguinidad no dispensado anula el matrimonio, por lo tanto, cuando se trate de un parentesco que no admita dispensa, como es el de la línea recta y el de la colateral hasta el segundo grado, así como cuando se trate de parentesco de afinidad en línea directa, procede considerar que existe una nulidad absoluta, pues el artículo 298 estatuye que la acción que nace de dicha causa y la que dimana del parentesco de afinidad, pueden ejercitarse por cualquiera de los cónyuges, por sus ascendientes o por el Ministerio Público, es decir, se concede a todo interesado, sin límite de tiempo y también, sin que quepa la convalidación por ratificación expresa o tácita. En consecuencia, cabe aplicar aquí las mismas consideraciones que para el caso de bigamia.

Tratándose de un parentesco de consanguinidad susceptible de dispensa, si se obtiene ésta después de celebrado el matrimonio, estatuye el artículo 297 que si ambos cónyuges, reconocida la nulidad, quisieran espontáneamente reiterar su consentimiento por medio de un acta ante el oficial del Registro Civil, quedará revalidado el matrimonio y surtirá todos sus efectos legales desde el día en que primeramente se contrajo. Claramente se consagra en dicho precepto una nulidad relativa, pues se permite la convalidación del matrimonio, pero se exige una ratificación expresa, dado que ambos cónyuges deben reiterar su consentimiento en una acta especial ante el oficial del Registro Civil.

4.3. NULIDAD RELATIVA EN EL MATRIMONIO.

La Nulidad Relativa que como ya sabemos se caracteriza por ser prescriptible, confirmable y solo la puede intentar el interesado, es decir sus características son contrarias a la nulidad Absoluta . Dentro del matrimonio se da esta nulidad relativa, que son las que enuncia el artículo 153 del Código Civil exceptuando únicamente la bigamia y el incesto los cuales producen nulidad Absoluta. Las demás fracciones del artículo antes mencionado se refieren a la capacidad, al consentimiento de los ascendientes, al error en la persona, a

enfermedades, al parentesco, a los vicios y a la falta de formalidad que exige la ley. Todas estas fracciones tienen un término para ejercitar la acción que corresponda, pero una vez precluido el término y no se ejerció se convalida el matrimonio, por ello se trata de nulidad relativa.

De acuerdo con las características que se determinan en los artículos 291 a 319, la nulidad del matrimonio será relativa cuando ocurren los impedimentos que enumera el artículo 153, exceptuando la bigamia y el incesto, o cuando se incurre en error en los términos del artículo 291 fracción I, o finalmente si no se observan las formalidades del acto. Al efecto, analizaremos cada una de dichas causas para comprobar que presenta alguna o algunas de las características de la nulidad relativa y, por lo tanto, en vista de esa circunstancia, tendrá que concluirse que conforme al artículo 1717 se tratará de una nulidad de esa naturaleza.(3)

a) El error acerca de la persona con quien se contrae el matrimonio, cuando entendiendo un cónyuge celebrarlo con persona determinada, lo contrae con otra, es causa de nulidad relativa, porque de acuerdo con el artículo 292, dicha acción sólo puede deducirse por el cónyuge engañado y deberá intentarla en forma inmediata, pues si no denuncia el error inmediatamente que lo advierta, se tendrá por ratificado el consentimiento y quedará subsistente el matrimonio. Es decir, tenemos en el caso las tres características propias de la nulidad relativa, pues la acción sólo se concede al cónyuge engañado, debe hacerse valer inmediatamente, es decir, prescribe si no se intenta y, además, la ley admite una convalidación tácita por el solo hecho de que no se deduzca la acción. Desde el punto de vista estrictamente teórico, el error sobre la identidad de la persona debería motivar la inexistencia del matrimonio, pues impide que el consentimiento se forme, dado que éste no se otorgó para celebrar el acto con la persona con quien realmente se celebró, sino que dicha voluntad se expresó bajo un supuesto totalmente distinto, es decir, para contraer matrimonio con otra persona. Por lo tanto, faltó el consentimiento, y cabría aplicar el artículo 1517 para considerar inexistente el matrimonio, pero ante la disposición expresa del artículo 236 debe concluirse que en nuestro derecho se trata de una nulidad relativa.

b) La menor edad de dieciséis años en el hombre y catorce en la mujer, se caracteriza por el artículo 293 como la nulidad relativa, por cuanto que el matrimonio queda convalidado si hay hijos o bien, aunque no los haya habido si el cónyuge menor hubiere

llegado a los veintiún años, y ni él ni el otro cónyuge, hubieren intentado la nulidad. Se admite, por lo tanto, la prescripción de la acción de nulidad y con este dato es suficiente para caracterizarla como relativa.

c) La nulidad por falta de consentimiento de los ascendientes, también es relativa dado que conforme al artículo 294, sólo podrá alegarse por aquel o aquellos a quienes tocaba prestar dicho consentimiento, dentro de treinta días contados desde que tengan conocimiento del matrimonio. Además, el artículo 295 admite claramente la prescripción de la acción por el solo transcurso de los treinta días y permite la convalidación del acto si dentro de ese término hay una ratificación expresa o tácita. Para esta última acepta como tal la donación que hiciera el ascendiente a los hijos en consideración al matrimonio, el hecho de recibir a los cónyuges en su casa o de presentar a la prole como legítima al Registro Civil. Además, se admiten otros actos que a juicio del juez sean tan conducentes al efecto como los expresados.

d) La nulidad por falta de consentimiento del tutor o del juez también es relativa, porque deberá pedirse dentro del término de treinta días por cualesquiera de los cónyuges o por el tutor, cesando si antes de presentarse la demanda se obtiene la ratificación de éste o la autorización judicial. Es decir, existen dos características de nulidad relativa, consistentes respectivamente en que sólo se otorga la acción a determinadas personas y prescribe en el término de treinta días.

e) La nulidad en el caso de que exista parentesco consanguíneo dispensado, es relativa de acuerdo con el artículo 297 por las razones ya antes expuestas.

f) La nulidad en el caso de adulterio habido entre las personas que pretendan contraer matrimonio, se otorga sólo al cónyuge ofendido y al Ministerio Público en el caso de disolución del matrimonio anterior por causa de divorcio, y sólo a éste último funcionario, si el matrimonio se disolvió por muerte del cónyuge ofendido. En uno y en otro caso la acción debe intentarse dentro de los seis meses siguientes a la celebración del matrimonio de los adúlteros. En consecuencia, claramente se caracteriza a través de estos dos atributos como una nulidad relativa.

g) La nulidad proveniente del atentado contra la vida de alguno de los cónyuges para casarse con el que quede libre puede ser deducida por los hijos del cónyuge víctima o por el Ministerio Público, dentro del término de seis meses contados desde que se celebró el nuevo

matrimonio. Por lo tanto, dada la prescripción de la acción, la nulidad será relativa de acuerdo con el artículo 1717.

h) La nulidad por miedo o violencia que llene los requisitos del artículo 301, sólo puede deducirse por el cónyuge agraviado dentro del término de sesenta días desde la fecha en que cesó la violencia o intimidación. En consecuencia, por ambas características debe considerársele como relativa.

i) La nulidad que se funde en las enfermedades o vicios que enumera la fracción VIII del artículo 153, sólo podrá ser pedida por los cónyuges y dentro del término de sesenta días contados desde que se celebró el matrimonio. En consecuencia tiene dos características de nulidad relativa.

j) La nulidad por idiotismo o imbecilidad, conforme al artículo 303 sólo puede pedirse por el otro cónyuge o por el tutor del incapacitado. No se admite aquí prescripción, pero considerando que la acción sólo se otorga al otro cónyuge o al tutor, bastará este solo hecho para clasificarla como nulidad relativa.

k) Por último, la nulidad que se funda en la falta de simples formalidades necesarias para la validez del matrimonio, puede alegarse conforme al artículo 305 por los cónyuges o por cualquiera que tenga interés en probar que no hay matrimonio. También podrán deducirse por el Ministerio Público. Cuando se haya otorgado el acta matrimonial, no se admitirá la demanda de nulidad por inobservancia de formalidades, cuando exista la posición de estado matrimonial. De acuerdo con lo expuesto, cabe distinguir, según ya hemos explicado, dos causas: 1.- Inexistencia cuando se trate de formalidades esenciales, pues cualquiera podrá presentar demanda para demostrar que no hay matrimonio, incluyendo al Ministerio Público y 2.- Nulidad relativa cuando exista el acta con las formalidades esenciales y se una a la posesión de estado matrimonial.

En relación con las distintas causas de nulidad relativa, el artículo 307 aclara la tesis que hemos venido sosteniendo al disponer: "El derecho para demandar la nulidad del matrimonio corresponde a quienes la ley lo concede expresamente, y no es transmisible por herencia ni de cualquiera otra manera. Sin embargo, los herederos podrán continuar la demanda de nulidad entabada por aquel a quien heredan. "En consecuencia, de manera expresa la ley sólo concede acción de nulidad a las personas que en cada caso determina taxativamente. Con apoyo en este precepto cabe sostener que la enumeración que hace la ley en las distintas hipótesis que hemos considerado de nulidad relativa, no permitirá que la

acción sea deducida por persona distinta y así de manera terminante lo estatuye el artículo 307.(4)

4.4. MATRIMONIOS ILICITOS VALIDOS.

Los matrimonios ilícitos pero no nulos, se trata cuando los contrayentes celebran el matrimonio y alguno de ellos, es divorciado y no espera el término de un año, dos años o trescientos días en el caso de las mujeres, y dentro de estos términos la ley les prohíbe celebrar nuevas nupcias y estos lo celebran haciendo caso omiso. Pero una vez transcurrido los términos, se convalida el matrimonio.

Conforme al artículo 320 existen ciertos matrimonios ilícitos pero no nulos. Dice así el mencionado precepto: "Es ilícito, pero no nulo el matrimonio I.- Cuando se ha contraído estando pendiente la decisión de un impedimento que sea susceptible de dispensa. II.- Cuando no se ha otorgado la previa dispensa que requiere el artículo 156, y cuando se celebre sin que hayan transcurrido los términos fijados en los artículos 155 y 343."(5)

Es criticable la terminología que emplea el Código Civil al decir que el matrimonio puede ser ilícito pero no nulo, pues de acuerdo con las reglas generales, los actos ilícitos son aquellos que se ejecutan en contra de las leyes prohibitivas o de las buenas costumbres, sancionándose expresamente en los artículos 7° y 1716 con la nulidad. Es verdad que el artículo 7° dice: "Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario." Es decir, se admite una excepción expresa cuando la ley ordene lo contrario. En el caso a que se refiere el artículo 321, la ley expresamente estatuye que a pesar de la ilicitud, el matrimonio es válido, imponiéndose en el artículo 321 las penas que señale el Código de la materia. Es frecuente en México el matrimonio de un cónyuge divorciado que no espera el plazo que establece el artículo 343 de dos años, cuando se le haya declarado cónyuge culpable, o de un año tratándose de divorcio voluntario, o el caso de la mujer que no espera el término de trescientos días que impone el artículo 155 una vez disuelto su matrimonio bien sea por divorcio, por muerte del marido o por nulidad. Puede darse la hipótesis de que se oculte al

oficial del Registro Civil la verdadera condición del cónyuge que pretenda contraer matrimonio, haciéndose pasar simplemente como soltero, en lugar de declarar que se trata de un cónyuge viudo, divorciado o bien, que su matrimonio quedó disuelto por virtud de una sentencia de nulidad. El artículo 102 fracción V exige que a la solicitud del matrimonio se acompañe copia del acta de defunción del cónyuge fallecido si alguno de los contrayentes es viudo, o de la parte resolutive de la sentencia de divorcio o de nulidad del matrimonio, en caso de que alguno de los pretendientes hubiere sido casado anteriormente. Por lo tanto, habrá un falso informe a la autoridad y se incurrirá en la pena correspondiente si se oculta la verdadera condición jurídica del o de los contrayentes, haciéndose pasar por solteros y no declarando su verdadero estado civil. Existe la posibilidad de que no obstante que se declare ese estado, el oficial del Registro Civil celebre el matrimonio. El artículo 113 sanciona también a dicho funcionario por autorizar el acto.

4.5. EFECTOS DE LA NULIDAD DEL MATRIMONIO CON RELACION A LOS CONYUGES.

La nulidad afecta a los cónyuges, en principio todos los matrimonios se consideran contraídos de buena fe. A menos que se logre determinar que hubo mala fe de ambos cónyuges o de uno de ellos. La nulidad una vez decretada retrotrae sus efectos al momento de la celebración del acto jurídico.

Los artículos 315 y 319 del Código Civil determinan los efectos de la nulidad del matrimonio con relación a los cónyuges. Al efecto, se distingue en los citados preceptos si el matrimonio fue contraído de buena o de mala fe para atribuir distintas consecuencias en uno y otro caso. Además, se toma en cuenta el hecho de que ambos cónyuges procedan de buena o mala fe o sólo uno de ellos.

De acuerdo con la regla general consagrada por el artículo 309, todo matrimonio tiene a su favor la presunción de ser válido y, conforme al artículo 313, de haberse contraído de buena fe. Para destruir esta presunción se requiere prueba plena. Por consiguiente, entretanto no se demuestre la mala fe por parte de uno o de ambos cónyuges, la ley

presume que se contrajo de buena fe y, por lo tanto, deberán atribuírsele todos los efectos inherentes a la misma que se señala el artículo 311.

El matrimonio contraído de buena fe, cuando es declarado nulo, se denomina matrimonio putativo y con relación al mismo, Planiol hace un estudio especial consagrándole un capítulo entero. Al efecto, distingue las condiciones requeridas para la eficacia del matrimonio putativo y analiza: a) La buena fe; b) El justo motivo de error, y c) La condición de publicidad. Después se refiere a los vicios cubiertos por la buena fe, para tratar finalmente de los efectos del matrimonio putativo.

La nulidad del matrimonio produce efectos para el futuro.- No para el pasado.- Dentro del sistema clásico la nulidad producía sus efectos no sólo para el futuro sino también para el pasado. Se elaboró un estatuto de las nulidades absoluto y uniforme; no importaba que se tratase de nulidades absolutas o relativas, de las nulidades de los contratos que versan sobre las cosas o de la nulidad del único contrato de personas o sea el matrimonio. Se predicó como un dogma inflexible que el efecto de toda nulidad se remontaba a la época de la celebración del contrato anulado; se daba como motivo el que la nulidad era producida por un vicio concomitante a la celebración del respectivo contrato, luego hasta allá debían remontarse los efectos.

El acto del matrimonio se consideraba destruido desde la época de su celebración y no del día en que pronunciaba la nulidad.

La fundamentación de esta regla la encontraron nuestros juristas en el artículo 1717 del Código, que dice: "La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, sin perjuicio de lo prevenido sobre objeto o causa ilícitos...". A este artículo se le dio un doble alcance: 1° Se le consideró como una traducción fiel de la regla romana *quod nullum est nullum effectum producit*; 2° Se le dio una aplicación general tanto para los contratos que versan sobre cosas, como para el contrato de matrimonio.(6)

4.6. FALTA DE FORMALIDADES.

Si no se cumplen las formalidades que la ley exige para la celebración del matrimonio, esta estará afectado de nulidad relativa, siendo esto susceptible de convalidar la falta de formalidades. Que como se sabe debe celebrarse el matrimonio ante el oficial del Registro Civil y manifestar su consentimiento los contrayentes.

La fracción III del artículo 291 del Código Civil establece que el matrimonio es nulo si se ha celebrado, omitiendo algunas de las formalidades que establece la ley para el acto de celebración.

Excluyendo las causas de nulidad por error acerca de la persona y porque concurra un impedimento dirimente, el matrimonio es nulo si no se cumple al celebrarlo, con los requisitos formales que mencionan los artículos 101, 102, 103, 105 y 106 del Código Civil.(7)

Esta causa de invalidez la falta de formalidades presenta la particularidad de que el acto de celebración del matrimonio que se llevó al cabo en forma irregular, puede tener validez si exige el acta matrimonial, levantada en los registros del estado civil, cuando contenga los datos necesarios para probar que se celebró el matrimonio y que las partes prestaron su consentimiento ante el Oficial del Registro Civil que autorizó esa celebración.

El artículo 106 del Código Civil, nos permite concluir que el acta de matrimonio, en cuanto llena la función probatoria de su celebración, por que consta en los registros y por medio de ella se puede identificar a las personas que han contraído matrimonio, es elemento indispensable para dar validez al matrimonio; aunque dicha acta y el acto mismo de la celebración, adolezcan de vicios de forma.(8)

4.7. LA POSESION DE ESTADO.

La posesión de estado marital se entiende que es cuando los consortes, ante la sociedad se ostentan como esposos y el grupo social en el cual se desarrollan así los

considera y les da esa categoría. Por eso no se puede alegar la falta de formalidades y solemnidades en el acta de matrimonio, si ya se encuentran los contrayentes en estado de matrimonio. Entendiéndose que la posesión de estado de matrimonio convalida y subsana los errores en la redacción del acta de matrimonio.

Cuando a la existencia del acta se una la posesión de estado de matrimonio, entre ambos consortes, quedan subsanados no sólo los vicios o defectos de las actas, si que también las irregularidades no sustanciales sino formales en que el Oficial del Registro Civil haya incurrido en el acto de la celebración incompetencia del funcionario que autorizó el matrimonio, falta de lectura del acta y de las constancias correspondientes, omisión de los testigos, etc.

La posesión de estado consiste en la conducta conyugal que guardan los consortes entre sí; en que ambos se ostenten en la sociedad como esposos y en que a su vez el grupo social los haya tenido y considerado con tal categoría.

Esta pública consuetudo es un dato objetivo que manifiesta y reitera bien a las claras, cuál es la voluntad de los contrayentes, expresada en el momento de la celebración del matrimonio y que por lo demás consta en el acta. Pone en clara la intención de cada uno de los esposos de estimar que ha nacido entre ambos, no una situación de hecho más o menos prolongada, sino la convicción de que existe un vínculo jurídico que los une entre sí.

Son categóricos los términos en que se encuentra redactado el artículo 306 del Código Civil: "No se admitirá demanda de nulidad por falta de solemnidades en el acta de matrimonio celebrado ante el oficial del Registro Civil, cuando a la existencia del acto se una la posesión de estado matrimonial."

Aunque dicho precepto se refiere a la falta de "solemnidades" debemos entender que alude a las simples formalidades, porque las solemnidades, en el acta de matrimonio, son: a) su redacción en los Registros del Estado Civil. Toda acta que se levantara fuera de esos registros, no es acta de matrimonio; b) los nombres y firmas de los contrayentes, y c) las declaraciones de voluntad de éstos y la declaración y firma del oficial del Registro Civil.(9)

4.8. PROVIDENCIAS CAUTELARES.

El juez al radicar la entrada de una demanda de nulidad de matrimonio, debe tomar medidas cautelares o preventivas como lo es la separación de cuerpos es decir de los cónyuges, fijar la cantidad de dinero que por alimentos el padre debe de otorgar a los hijos, cerciorarse del estado en que se encuentra la esposa, si se encuentra en estado de gravidez o no, y algo muy importante, la protección a los hijos y a los bienes de ambos cónyuges.

Todas estas medidas las debe tomar y ordenar el juez que se realicen para no crear un conflicto más grave que afecte a la pareja la cual no pudo realizar vida común.

La sentencia que declara la nulidad, hace cesar los efectos del matrimonio. La sola presentación de la demanda, indica que cuando menos el cónyuge demandante, no desea que subsistan los deberes matrimoniales. Pero antes de que se pronuncie resolución definitiva, la moral y las buenas costumbres, ante la amenaza de una posible invalidez del matrimonio, exigen que durante la tramitación del juicio, se suspendan provisionalmente algunos de los efectos de ese estado que ha existido entre los cónyuges particularmente, la vida en común. Y aún en interés de los cónyuges y en el de los hijos, el juez debe tomar de inmediato algunas providencias cautelares, de una manera provisional, hasta en tanto se resuelve en definitiva sobre la nulidad que se invoca.

El artículo 314 del Código Civil, autoriza al juez para tomar inmediatamente ciertas medidas provisionales, tan pronto como se presente ante él una demanda de nulidad de matrimonio. El artículo 336 del Código Civil señala concretamente cuáles son esas medidas provisionales:

1° Deberá relevar a los cónyuges del deber de cohabitación, ordenando su separación, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos.

2° Fijará la cantidad que por concepto de alimentos debe cubrir el deudor alimentista al cónyuge y a los hijos y dictará las medidas para asegurar el pago de esta obligación (artículo 336, fracción III, del Código Civil).

3° En el mismo acto, tomará las medidas convenientes, para que los cónyuges no se puedan causar perjuicios en sus bienes o en los de la sociedad conyugal en su caso (artículo 336 del Código Civil, fracción IV).

4° Si la mujer está en cinta, el Juez de lo Civil dictará las providencias convenientes para evitar la suposición de parto, la sustitución de infante o que se haga pasar por viable, la criatura que no lo es (fracción V). Para el efecto, al aproximarse la época del parto, el juez designará a un médico o a una partera, que se cercioren de la realidad del alumbramiento.

5° Tomará las medidas prudentes en protección de la persona de los hijos (fracción VI). Para el efecto los pondrá al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges. El juez resolverá, conforme a su criterio, lo que considere benéfico para los menores.(10)

4.9. LA SENTENCIA DE NULIDAD.

El principal efecto de la sentencia de nulidad es el de retrotraer los efectos al momento de la celebración del matrimonio. También afecta el carácter patrimonial ya que los bienes tendrán que repartirse, siempre tomando en cuenta bajo que régimen los contrayentes celebraron el matrimonio, además de tomar en cuenta la buena o mala fe de los esposos.

Si se contrajo el matrimonio bajo el régimen de separación de bienes, los esposos recobraron lo que aportaron.

Si fue bajo sociedad conyugal y ambos esposos actuaron de buena fe cada quien recobrará lo que aportó a la sociedad. Si alguno de los esposos actúa de mala fe, sus productos o ganancias de los bienes aportados se le darán al otro cónyuge que actuó de buena fe, si ambos esposos actuaron de mala fe, los productos se les darán a los hijos si existen estos.

La sentencia pronunciada en el juicio de nulidad del matrimonio, tiene efectos declarativos. Es decir, el juez, si encuentra que se ha probado la existencia de una causa de nulidad, pronuncia en forma declarativa, la invalidez.

En principio, los efectos de la sentencia de nulidad, se retrotraen a la fecha de la celebración del matrimonio. La sentencia que declare la invalidez del matrimonio, produce efecto, no sólo entre los cónyuges, sino aún en contra de los terceros.

Veamos cuáles son los efectos de la sentencia de nulidad del matrimonio respecto de la persona de los cónyuges; en cuanto a la situación de los hijos y en lo que atañe a los bienes de los consortes.

Por lo que se refiere a los cónyuges, la sentencia de nulidad en principio, destruye desde su origen las relaciones jurídicas a que dio lugar la celebración del matrimonio nulo. Y esto en virtud de la regla "lo que es nulo no puede producir efecto alguno". ¿Los pretendidos cónyuges no son ni han sido marido y mujer? ¿Las consecuencias que la vida en común ha producido, serán consecuencias de hecho y no de derecho?

Pero esta regla que puede hallar estricta aplicación en el derecho patrimonial, sufre graves alteraciones si uno de los cónyuges o ambos han creído, fundadamente, contraer un matrimonio válido. Más adelante veremos al ocuparnos del matrimonio putativo, cuáles son los efectos de la buena fe, sobre la declaración de la sentencia de nulidad del matrimonio, sobre los cónyuges y sobre los hijos de ambos.

Por lo que toca a los bienes, el artículo 318 del Código Civil establece las reglas aplicables a las donaciones antenuptiales:

- a) Las hechas por un tercero, pueden ser revocadas.
- b) Las que realizó el cónyuge inocente en favor del cónyuge culpable, quedarán sin efecto; éste deberá devolver a aquél lo que haya recibido como donación, con todos sus productos.
- c) El cónyuge inocente, podrá retener las cosas que recibió del cónyuge culpable, como donación antes del matrimonio.

d) Si ambos cónyuges procedieron de mala fe, las donaciones ante-nupciales, quedarán en favor de los hijos de ambos. Si no ha habido hijos y ambos cónyuges han procedido de mala fe, quedarán subsistentes las donaciones antenuptiales que se hicieron recíprocamente.(11)

CITAS BIBLIOGRAFICAS

CAPITULO IV

(1) ROJINA VILLEGAS Rafael. Derecho Civil Mexicano, Volumen II, Derecho de Familia 6a. de., De. Porrúa, México 1985, p.p. 269.

(2) CARDENAS Orlando Editor S.A. de C.V. Código Civil para el Estado de Guanajuato 1a. ed. Ed. Cardenas, México, 1997 p.p. 105-117.

(3) ROJINA VILLEGAS Rafael. Derecho Civil Mexicano. Volumen II. Derecho de Familia 6a. ed., Ed. Porrúa, México 1985, p.p. 291.

(4) ROJINA VILLEGAS Rafael. Derecho Civil Mexicano. Volumen II. Derecho de Familia 6a. ed. Ed. Porrúa, México 1985, p.p. 287-294.

(5) CARDENAS Orlando Editor S.A. de C.V. Código Civil para el Estado de Guanajuato 1a. ed. Ed. Cardenas, México, 1997 p.p. 78-79 y 132-133.

(6) PLANIOL Marcel. Tratado Elemental de Derecho Civil, Introducción Familia y Matrimonio, 1a. ed., Ed. Cajica, México 1983, p.p. 501-510.

(7) GALINDO GARFIAS Ignacio. Derecho Civil, Primer curso, 12a. ed., De. Porrúa, México, 1993 p.p. 534-535.

(8) CARDENAS Orlando Editor S.A. de C.V. Código Civil para el Estado de Guanajuato. 1a. ed. Ed. Cardenas, México, 1997 p.p. 46-53,72-118 y 769-793.

(9) GALINDO GARFIAS Ignacio. Derecho Civil, Primer curso, 12a. ed., Ed. Porrúa, México 1993, p.p. 526-538.

(10) CHAVEZ ASENCIO Manuel, La Familia en el Derecho. Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas familiares. 2a. ed., Ed. Porrúa, México 1990 p.p. 350-378.

(11) GUITRON FUENTEVILLA Julian. ¿Qué es el Derecho Familiar? Vol. II, 1a. ed., Ed. Promoción Jurídica Cultural, México 1992, p.p. 38-39.

CAPITULO V

LA REPRESENTACION

5.1. CONCEPTO.

La representación es una figura jurídica muy útil, ya que mediante esta una persona en un solo momento puede realizar más de un acto jurídico. Es decir que una persona llamada representado le otorga un mandato a otra llamada representante para que actúe en nombre y por cuenta de él, los actos jurídicos que el representante haga afectarán al patrimonio y a la persona del representado.

También es muy utilizada la representación en el caso de menores de edad o de personas que carecen de capacidad de ejercicio es decir estas personas necesitan un representante para que actúe en nombre y por cuenta de ellos. De lo contrario, si no existiera la representación se dejaría a esas personas incapaces, en un estado en el cual no podrían ejercitar sus derechos y cumplir con sus obligaciones.

Este tema está relacionado con la capacidad como elemento de validez del contrato. Conviene al efecto reflexionar en que la representación legal en el derecho privado, es una institución jurídica auxiliar de la incapacidad de ejercicio. Toda incapacidad de ejercicio origina la necesidad de una representación legal, porque si se admite la capacidad de goce, pero se niega la de ejercicio y no se busca un medio legal para que se ejerciten los derechos que el titular no puede hacer valer directamente, se negará prácticamente también la capacidad de goce. ¿De qué serviría al menor o al enajenado ser titular de derechos si no pudiera ejercitarlos o hacerlos valer por conducto de otra persona? Traería esto como consecuencia práctica un desconocimiento de sus derechos. Es por esta razón por la que vamos a tratar acerca de la representación legal, como auxiliar de la incapacidad de ejercicio.

"La declaración de voluntad de ordinario es obra del sujeto interesado se dice, en tal caso, que la declaración se hace "en persona propia" o "en nombre propio" y produce efectos en el círculo jurídico de él. En tal caso, sujeto de la declaración de voluntad y sujeto del interés por el cual la declaración es emitida, coinciden. Pero éste no es un dato

constante: cuando la voluntad sea declarada por un sujeto, no para sí, sino para otro sujeto, esto es, para servir el interés de otro sujeto, falta la coincidencia antes observada; y los efectos de la declaración no se producen en el círculo jurídico del declarante. Es ésta la hipótesis de la declaración de voluntad emitida por el sujeto por medio de representante.

"La no-coincidencia entre el autor de la declaración de voluntad y el interesado a quien sirve la declaración, se da, no solamente en la figura de la representación directa, sino también en algunas figuras afines pero que, sin embargo, se diferencian de ella.

"En rigor absoluto, la representación no es elemento constitutivo del negocio, pudiendo la declaración de voluntad provenir del mismo interesado. Se habla de ella en este lugar, porque el tema constituye el natural apéndice de la exposición que antecede.

"La representación es un caso particular de la colaboración o cooperación jurídica de una persona en los negocios de otra. Como tal, la representación es un hecho, aun cuando sea un hecho que penetra en el mecanismo del negocio y lo influencia.

"La indicada colaboración se realiza de diversos modos, que se diferencian de las representaciones ."

Bonnecase estima que las dos directrices fundamentales en las que se basa la organización de las incapacidades, son respectivamente la representación y la asistencia. Es decir, en algunos casos el incapaz tiene que actuar necesariamente por conducto de su representante. En otros, se permite que el incapaz manifieste su voluntad en el acto jurídico, pero debe concurrir también su representante legal dando su conformidad para la validez del mismo. En nuestro derecho, encontramos algunos actos del estado civil, como son el matrimonio, la adopción, el reconocimiento de hijo, etc., en los que se permite al menor que ha llegado a determinada edad, generalmente catorce o deiciséis años, intervenir en el acto jurídico; pero será necesaria además la conformidad de su representante legal para que dicho acto tenga validez. En los actos jurídicos de carácter patrimonial contratos o convenios, exceptuando el testamento, el incapaz no puede intervenir en el acto, debiendo ser su representante el que lo sustituya en una forma integral.

Aun cuando aceptamos la distinción que formula Bonnacase, respecto al diverso papel que desempeñan respectivamente la representación y la asistencia, no es aplicable a nuestro derecho la enumeración que hace dicho autor, al considerar que en la idea de representación se fundan respectivamente la patria potestad, la tutela y la administración de los bienes del demente aun no declarado como tal en forma judicial; y en la idea de asistencia se basan la curatela, la asesoría judicial y la autoridad marital. Según nuestro sistema, existe representación en los casos que enumera Bonnacase, pero no podemos hablar de asistencia en los demás que el mismo jurista señala. Simplemente cabe observar que para los incapacitados interviene siempre la idea de representación, pero en algunos actos, como los que ya mencionamos, se mezcla con la idea de asistencia, pues el menor participa directamente en la celebración de los mismos, sin que su voluntad sea totalmente eficaz.(1)

Existe la representación, cuando una persona celebra un contrato o un acto jurídico en nombre y por cuenta de otra, de tal manera que los efectos se referirán al patrimonio y a la persona de aquel que no ha intervenido en el acto jurídico, denominado representado, y no afectarán al patrimonio del representante, que sí intervino en dicho acto. Desde luego se nota que la representación es una institución muy peculiar en el derecho, y tan peculiar que podría trastornar todo el orden jurídico si se admitiera como norma general, es decir, si se reconociera que los actos de una persona siempre y en todo caso pudieran obligar a otra. Por esto la representación es una institución especial en el derecho, que permite que los actos de una persona obliguen a otra que no ha intervenido en el acto jurídico, que no ha dado generalmente su voluntad, como ocurre en la representación legal, para que se afecte su patrimonio.

La representación supone dos condiciones: 1ª Que el acto jurídico se ejecute por el representante, en nombre del representado. 2ª Que ese acto jurídico se realice por cuenta del representado.

El primer elemento implica al segundo, pero éste no incluye al primero; es decir, el acto jurídico que se ejecuta en nombre del representado, siempre es por su cuenta, pero el que se celebra por cuenta del representado no siempre es en su nombre.

5.2. TIPOS DE REPRESENTACION.

La representación en nuestro sistema jurídico se clasifica en dos la legal y la voluntaria. La representación legal se da o tiene origen en la ley, es decir cuando en forma expresa la ley estatuye los casos en los cuales se necesita nombrar un representante, los casos más importantes son, la representación de menores o incapaces, los albaceas en la herencia y los representantes en casos de ausencia.(2)

La representación voluntaria, es cuando una persona llamada mandante otorga un mandato general o especial a otra persona llamada mandatario, para que realice actos jurídicos en nombre y por cuenta del mandante, que afectará su persona o patrimonio, este mandato lo puede otorgar ante notario público o en escrito privado firmado por dos testigos.

A nosotros nos importa principalmente la representación legal, que es en donde se suscitan los principales problemas para explicar jurídicamente esta institución. Además, nos interesa la representación legal, como una institución auxiliar de la incapacidad de ejercicio.

Los casos de representación legal son los siguientes: a) Representación de los incapacitados. b) Representación de los intereses sujetos a concurso o quiebra. c) Representación de los bienes, derechos y obligaciones en una herencia. d) Representación en el caso de ausencia. Existen situaciones de menor importancia en la representación legal, que más bien implican una representación provisional, cuando el juez en ciertos casos nombra un tutor para la representación del menor, o del pupilo, por existir intereses encontrados entre representantes y representado, o cuando el representante advierte que hay conflicto de intereses entre sus representados. Por ejemplo, cuando el tutor encuentra que los intereses de sus pupilos están en pugna, entonces debe designarse un tutor especial a cada uno de los incapacitados.

Los casos de representación voluntaria se presentan fundamentalmente en el mandato en sus diversas formas: general y especial; pero también en los órganos representativos de las personas morales, especialmente de las sociedades civiles o

mercantiles, en las que el conjunto de personas físicas que constituyen la persona moral designan a un órgano de representación, que puede ser simple o colegiado.

De esta suerte tenemos como representantes legales: 1º Los que ejercen la patria potestad y los tutores, es decir, representación de los incapacitados. 2º Los síndicos, como representantes de los intereses concursados o sujetos a quiebra. 3º Los albaceas, como representantes de los bienes, derechos y obligaciones de una herencia. 4º Los representantes del ausente.

En la representación voluntaria tenemos principalmente al mandatario y al representante de sociedades, y personas morales, que pueden ser una persona física o un órgano colegiado, como el consejo de administración, o la misma asamblea de socios constituida como órgano supremo.

5.3. UTILIDAD DE LA REPRESENTACION.

La representación es muy útil, en virtud de que por medio de esta figura jurídica se le otorga la posibilidad de ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones, las personas incapacitadas o menores de edad al igual que se le otorga la capacidad de actuar dentro del campo del derecho a las personas jurídicas morales, que carecen de existencia física y biológica.

La utilidad de la representación se muestra desde luego en dos aspectos: 1º Como una institución jurídica necesaria en la representación legal. 2º Como una institución jurídica práctica en la representación voluntaria.

En la representación legal es una institución necesaria, porque no podrían los incapacitados ejercer sus derechos sin ella, y esto traería como consecuencia que de hecho se les privara de la capacidad de goce. En la representación de los concursos, quiebras y sucesiones, también hay una necesidad, al privársele de capacidad jurídica al concursado o quedabrado, o al extinguirse la capacidad jurídica por la muerte del autor de la herencia, por

lo que es preciso que se designe un representante de los intereses hereditarios. También en los casos de ausencia hay una representación legal necesaria, para resolver el problema jurídico que origina la hipótesis de ausencia ya declarada, primero en la representación provisional, antes de que se haga la declaración de presunción de muerte del ausente, y después, en la representación definitiva, una vez que se hace esa declaración.

En la representación voluntaria existe simplemente una utilidad práctica en el mandato, para suplir cierta deficiencia de conocimientos, por ejemplo en el mandato judicial, para suplir dificultades de tiempo, lugar o multiplicidad de ocupaciones en las demás formas de mandato. En la representación voluntaria de las personas morales existe a la vez que una utilidad, una necesidad jurídica, porque como la persona moral no puede tener voluntad como ente física y biológicamente considerado, y su voluntad es simplemente jurídica, tiene que exteriorizarse a través de un órgano, y éste será el que la represente.

En la persona física, la representación voluntaria no es necesaria, sino útil, porque la persona física, siendo capaz, emite su voluntad y no necesita de un órgano a través del cual la exteriorice. En la persona moral, como no hay posibilidad de emitir una voluntad desde el punto de vista psicológico, el órgano representativo es absolutamente necesario para la manifestación de esa voluntad.(3)

5.4. LA REPRESENTACION EN EL MATRIMONIO.

El matrimonio como se ha comentado es una institución jurídica de derecho público, que protege y salvaguarda el estado, es decir es supra-individual.

La representación en el matrimonio, se da y tiene origen únicamente para contraerlo, por lo dispuesto en el artículo 52 del Código Civil del Estado, que permite la celebración del matrimonio mediante un representante cuando se le otorgue mandato especial para la celebración del acto.

Por ello vemos como dentro del derecho de familia si se permite utilizar figuras jurídicas que son usuales en actos jurídicos de carácter patrimonial-económico. Pero ese mandato no se puede otorgar para cumplir con obligaciones derivadas del matrimonio o la patria potestad de los hijos.

Cicu en primer término y Ruggiero después, sostuvieron que la representación no se daba en el Derecho de familia, precisamente por la intervención estatal y el interés público que hacen que el fin de la familia sea supra-individual y no haya la posibilidad de la representación.(4)

Sin embargo, en algunas legislaciones se señala la posibilidad de la representación en algunos casos. Dentro de ellas encontramos nuestro propio Derecho, que señala varios casos de excepción al principio general señalado por los autores citados, de donde podemos concluir que la representación se encuentra en las relaciones jurídicas familiares, pero limitada. Es decir, no es la representación amplia y libre que se encuentra en el Derecho general y sobre todo en el patrimonial.

Debemos partir que para el cumplimiento de los deberes familiares no existe representación posible; no puede otorgarse mandato para que un tercero cumpla la responsabilidad derivada del matrimonio, de la patria potestad o de la tutela. Es constante opinión de que para el cumplimiento de tales deberes no puede nombrarse un representante, en el sentido de que se le considere investido de esas facultades, sin que esto impida que el padre o tutor puedan conferir mandatos específicos para casos concretos, en los que pudiere actuar un representante, sin la participación del padre o tutor. De esto se deriva que para el ejercicio de los deberes jurídicos conyugales o familiares no hay representación posible, porque estaría fuera de la naturaleza propia de estos deberes y de la norma jurídica, pero sí puede haber mandato para actos jurídicos concretos que sean de naturaleza patrimonial-económica.

Conviene recordar que en materia familiar existen, además de obligaciones y derechos de contenido patrimonial económico, también deberes personales y familiares que son responsabilidad de los cónyuges o de los parientes dentro de la relación jurídica familiar.

Los deberes son estrictamente personales y la responsabilidad en cumplirlos no puede hacerse por un representante. Los actos jurídicos de donde derivan de los deberes conyugales o familiares son estrictamente personales y por ellos la ley exige que la intervención sea personal, de donde excluye automáticamente la posibilidad de mandato (Artículo 2058 Código Civil).

Sin embargo, nuestra legislación permite que algunos de los actos jurídicos que responden a situaciones personales e íntimas, como son el contraer matrimonio, el reconocimiento de hijos y la adopción, se constituyan u originen mediante mandato.

En relación a los actos jurídicos familiares de carácter patrimonial-económico, es posible, en términos generales, pensar en un mandato.

5.5. MANDATO PARA CELEBRAR MATRIMONIO.

El mandato que otorga uno de los contrayentes a otra persona para la celebración del matrimonio, lo debe otorgar en escritura pública, firmado ante 2 testigos, con el carácter de especial, fijando en forma expresa y específica con quien van a contraer matrimonio, además de manifestar que una vez cumplido el objetivo del mandato, este se dará por terminado, además de que el mandatario únicamente reproducirá la voluntad del contrayente representado.

Entre los mandatos que se pueden celebrar en el Derecho familiar, encontramos los siguientes:

a) Matrimonio. Para la celebración del matrimonio, acto fundamental del Derecho de familia, se puede designar mandatario que requiere la formalidad de escritura pública o bien expedido en escrito privado y firmado por el otorgante y dos testigos quienes deben ratificar las firmas ante el Notario Público, Juez de lo Civil ó Menor (Artículo 52 Código Civil). El día del matrimonio estarán presentes los contrayentes o su representante en caso de mandato (Artículo 105 Código Civil).(5)

Los mandatos que se otorguen para realizar actos del Derecho de familia deben ser siempre especialísimos, toda vez que en él debe precisarse claramente el acto jurídico que se va a realizar y designar individualmente a la persona con quien se va a realizar tal acto, en este caso concreto, con quien se va a contraer matrimonio. Los actos de Derecho familiar nunca pueden ser materia de mandatos generales.

También el menor puede otorgar un mandato con el consentimiento de sus representantes legales.

b) **Cónyuges.** En relación a los cónyuges recordemos que antiguamente la contratación entre ellos estaba limitada. Sólo se podía celebrar, con la autorización judicial, contratos de mandato para pleitos y cobranzas y actos de administración o también cuando alguno de ellos requería otorgar caución para que el otro obtenga su libertad. En todos los otros casos se requería autorización judicial que se obtenía siempre que no resultaran perjudicados los intereses de la familia o de uno de los cónyuges.

Si el régimen matrimonial de bienes es de sociedad conyugal, debe designarse a uno de ellos como administrador y expresar con claridad las facultades que se le conceden (Artículo 186, Fracción V, Código Civil). Si la designación se hace ante el Oficial del Registro Civil y ahí se fijan con claridad las facultades que se otorgan, basta con ese documento para que tenga efectos legales y no tenga que recurrir a otra formalidad, pues el Oficial del Registro Civil tiene las facultades suficientes para dar fe de quién es el administrador y facultades que tiene. Pero si no se hubieren otorgado las facultades y sólo se hubiera designado al administrador, se requiere que con posterioridad se otorgue un mandato con la formalidad legal que deberá ser ante notario. (6)

5.6. VICIOS DE LA VOLUNTAD.

Los vicios del consentimiento, también se presenta en la celebración del matrimonio, como lo es el error, dolo, violencia y mala fe, pero dentro del derecho familiar al dolo y a la mala fe se le consideran como error y le dan el nombre genérico de error sobre la persona, es bien sabido que el error es la falsa creencia de la realidad, el dolo es la conducta dirigida a

encaminar a una persona a permanecer en el error y la mala fe es disimular el error. Entonces podemos decir que los vicios del consentimiento son el error acerca de la persona y la violencia, el primero de estos debe invocarse inmediatamente cuando se da cuenta de este error, en caso contrario, se convalida tácitamente el matrimonio, mientras tanto la violencia se presenta en el rapto, la persona raptada no puede manifestar su consentimiento, mientras tanto no este en lugar seguro, donde lo manifieste libre y espontáneamente.

El artículo 1300, Código Civil, nos dice que el consentimiento no es válido si ha dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo.

El error es una creencia no conforme a la verdad; un estado subjetivo que ésta en desacuerdo con la realidad. Además del error, la ignorancia que consiste en la carencia de conocimientos respecto de alguna materia, se toma en cuenta en el Derecho para atribuirle los mismos efectos que el error. Hay diversas especies de error. El error aritmético o de cálculo que sólo da lugar a su rectificación (Artículo 1302 Código Civil); el error de hecho que recae sobre hechos materiales; el error de derecho que recae sobre una regla de Derecho.

El error se clasifica en grados. El error obstáculo que según la doctrina existe en dos hipótesis: cuando hay un error sobre la naturaleza del contrato, ejemplo: una cosa se entrega en la inteligencia de que se está prestando y la otra lo recibe como donación; y la segunda es cuando el error recae sobre la identidad del objeto, por ejemplo, una persona dueña de dos cosas semejantes cree estar vendiendo una de ellas y el comprador cree estar comprando la otra. Este error produce la inexistencia. Aplicado al Derecho de familia se debería suponer que el error acerca de la persona con quien se contrae el matrimonio "cuando entendiéndose que un cónyuge celebra matrimonio con persona determinada lo contrae con otra" (artículo 291, Fracción I, Código Civil), sería error obstáculo, al tratarse de un caso típico de error en la voluntad en un aspecto tan fundamental como es equivocarse de la persona que será el cónyuge para toda la vida. Sin embargo el artículo 291, Código Civil lo estima causa de nulidad relativa porque la "acción que nace del error, sólo puede deducirse por el cónyuge engañado; pero si éste no denuncia el error inmediatamente que lo advierte, se tiene por ratificado el consentimiento y queda subsistente el matrimonio" (Artículo 292 Código Civil).(7)

Estimo que esto se debe a la necesidad de salvaguardar el matrimonio y a los que lo constituyen, poque si realizados los actos propios del matrimonio con persona diversa pudiera luego declararse su inexistencia se causaria daño a alguna de las partes y a la institución.

El error de nulidad vicia la voluntad y motiva la nulidad relativa; este error puede ser sobre las cualidades sustanciales de la cosa, que puede darse sólo en lo relativo a derechos y obligaciones patrimoniales, pero también se habla de error sobre la persona, que sí tiene aplicación directa, cuando el acto jurídico se celebra "intuitu-personae", es decir, en consideración a la persona, como puede ser la donación que se hace a una persona o creyendo que es su sobrino y en realidad no lo es.

En relación al dolo, se ha sostenido su exclusión "como vicio consensual en el derecho de familia sobre la base de su exclusión legal respecto al matrimonio". Refiriéndose al error y al dolo, Borja Soriano señala que el error "al que algunos autores llaman fortuito, es puramente casual, derivado de equivocación de la propia víctima ... Pero el vicio del consentimiento puede provenir exclusivamente de actos o actitudes del otro contratante o de un tercero".

El artículo 1303, Código Civil, entiende por dolo "en los contratos cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener a él a alguno de los contratantes". El mismo artículo entiende por mala fe, "la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido".

Lo anterior permite afirmar a Borja Soriano que "el dolo y la mala fe no son vicios del consentimiento, sino que la ley los considera como causa del error, que sí es uno de los vicios. El dolo no es reprimido por el Derecho sino en razón del error que engendra en el espíritu de su víctima; cuando se frustra y el artificio es descubierto falta su efecto y el derecho civil no tiene que preocuparse por él".(8)

Ahora bien, parece como si el dolo estuviera excluido como vicio del consentimiento en el matrimonio. Los novios se presentan como mejor pueden, ocultando sus defectos y es hasta el matrimonio que se conocen verdaderamente.

Se dice que de las causas de nulidad que señala el artículo 291, Código Civil, está excluido el dolo y sólo se trata el error acerca de la persona. Se estima que de los impedimentos también está excluido el dolo.

Sin embargo, estimo que el dolo si se presenta como vicio del consentimiento en el matrimonio y que inclusive está presente en las normas relativas al Derecho Familiar. ¿Cómo estudiar los impedimentos a que se refiere la fracción VIII del artículo 153 Código Civil si no se tiene en cuenta el dolo? El pretendiente que oculta una enfermedad, crónica e incurable que sea además contagiosa, ¿no actúa con dolo?

En relación a la violencia, el artículo 1307 Código Civil, nos dice que la hay, "cuando se emplea fuerza física o amenazas que importan 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". Dentro de la definición contenida en la norma, ya se ve la relación con el Derecho de familia.

La violencia se presenta como impedimento para contraer matrimonio a través de la fuerza o miedo graves (Artículo 153, Fracción VII, Código Civil); también se presenta este vicio de la voluntad en caso de raptó, que hace subsistir "el impedimento entre el raptor y la raptada, mientras ésta no sea restituida a lugar seguro, donde libremente puede manifestar su voluntad". El miedo y la violencia serán causas de nulidad del matrimonio si concurren las circunstancias que marca el artículo 301 Código Civil que son: "I.- Que uno u otro imparten 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 la tienen bajo su patria potestad o tutela al celebrarse el matrimonio; III.- Que uno o otro hayan subsistido al tiempo de celebrarse el matrimonio." Esta acción tiene un

plazo breve para el ejercicio de sesenta días desde la fecha que cesó la violencia o intimidación.(9)

5.7. MATRIMONIO ENTRE AUSENTES.

Nuestro Código Civil en el Estado permite en su artículo 52 en relación al 105, donde se estatuye que se puede celebrar validamente el matrimonio con el representante legalmente constituido del contrayente ausente.

Es posible que el consentimiento matrimonial se exprese sin que uno de los cónyuges, o ambos estuvieren presentes frente al Oficial del Registro Civil en el momento de la celebración. Se trata del matrimonio que se celebra por medio de un mandato.

5.7.1. ANTECEDENTES HISTORICOS.

"Puesto que en el Derecho Romano el consentimiento matrimonial no se requería sólo en el acto inicial sino ante todo el curso de la unión, parecería imposible aceptar que pudiera haberse expresado por medio de madatario. Sin embargo, se admitía que la cohabitación elemento objetivo del matrimonio, que lo integraba junto al elemento subjetivo, consesus o affectio maritalis se iniciase sin la presencia del marido, con tal que la mujer fuese introducida en su casa, en tal situación, la expresión de voluntad del hombre podría hacerse por carta, o bien por intermedio de un mensajero o nuncio."

En el Derecho canónico se autoriza la celebración del matrimonio mediante mandato. El consentimiento puede ser expresado por el procurador, al decir, que "para que el matrimonio sea válido es indispensable que ambos contrayentes estén presentes al mismo tiempo, sea en presencia física o por medio de procurador ". El canon siguiente señala que para que pueda celebrarse válidamente el matrimonio por procurador se requiere poder especial para contraer con una persona determinada, firmado por el mandante y además por el párroco u ordinario del lugar en donde se otorga el poder, o por un sacerdote autorizado por uno de ellos, o al menos por los testigos. Este canon, en el número 4, continúa

expresado que si antes de que el procurador haya contraído matrimonio en nombre de su apoderante, revoca éste el poder o cae en amencia, es inválido el matrimonio, aunque el procurador o la otra parte ignoren esto. Además el canon citado establece que es necesario que el procurador desempeñe personalmente su encargo.

5.7.2. NUESTRO DERECHO.

En el estado de Guanajuato se permite la celebración del matrimonio mediante representante legal, al igual como lo permite el Código Civil Federal en sus artículos 44 y 102.

En nuestro Derecho es posible la representación , y los artículos 52 y 105 del Código Civil, determinan los requisitos del poder. El primero de los artículos señala: "En caso de matrimonio o de reconocimiento de hijos se necesita poder otorgado en escritura pública o mandato extendido por escrito privado firmado por el otorgante, y dos testigos y ratificadas las firmas ante notario público, juez de lo civil o menor." Es decir, se constituye un verdadero apoderado y no un simple mensajero que transmite la voluntad de uno de los contrayentes.

5.7.3. REQUISITOS.

El mandato debe otorgarse en forma especial para la celebración del matrimonio, el cual debe constar en escritura pública, firmado ante dos testigos, ante la fe de un notario público, cabe hacer mención que debe indicarse que una vez cumplido el objeto del mandato este se dará por terminado.

En cuanto los requisitos, el mismo artículo 52 Código Civil los señala. Debe ser escrito, con determinada forma por expedirse para celebrar un acto jurídico importantísimo, por lo que se previene se otorgue en escritura, o bien en escrito privado ratificar las firmas ante notario público, juez de lo civil o menor.

5.7.4. NATURALEZA.

Es de naturaleza especial (artículo 2064 Código Civil), porque se refiere a un acto jurídico determinado, y en el debe expresarse la persona con quien el poderdante ha de contraer matrimonio, es decir, indentificar a la persona con quien el mandante desea contraer matrimonio (Artículo 52 Código Civil). El hecho de que sea un poder especial, no excluye que dentro del mismo instrumento pudieren otorgarse un poder general al mandatario para actos diversos. Lo que se desea es que haya una especial mención, que haya un mandanto especial para la celebración del matrimonio.(10)

5.7.5. DURACION.

Nuestro régimen jurídico en el Estado no indica el tiempo de vigencia de los mandatos, pero esto no impide que se pueda limitar o que se extinga una vez celebrado el matrimonio.

En cuanto a la duración la ley no establece limitación alguna a la vigencia del mandato, de tal forma que el Oficial del Registro Civil no puede negar la representación que alguien ostente mediante un mandato que tuviere bastante tiempo de haberse otorgado.

Sin embargo, tomando en cuenta que para contraer matrimonio se necesita un certificado suscrito por un médico titulado que asegure la salud de los contrayentes (Artículo 102 Fracción IV Código Civil), y que este certificado para tener validez debe ser reciente, lógico es pensar que el mandato conviene también que sea reciente.

5.7.6 CAPACIDAD DEL MANDANTE.

Es bien claro que a la persona que se le otorgue el mandato debe tener capacidad de goce y ejercicio, es decir que sea capaz de contratar, cabe hacer la mención que se puede otorgar a las personas que tengan los mínimos de edad que señala la ley para celebrar el matrimonio los hombres un mínimo de 16 y las mujeres de 14 años.

La capacidad del mandante, es la misma que se requiere para la celebración del matrimonio; es decir, de catorce años para la mujer y dieciséis para el hombre, pero en estos casos y hasta la mayoría de edad, se requiere también la presencia de sus representantes que deben dar su consentimiento para el matrimonio en los términos de los artículo 145, 152 Código Civil.(11)

5.7.7. REVOCACION DEL PODER.

El mandato se puede revocar, pero esta revocación debe hacerse saber de inmediato al otro contrayente, para no ser sorprendido por el representante al cual se le revocó el mandato. También se entiende que se revoca el mandato cuando se otorga un nuevo mandato después de haberse otorgado otro con anterioridad, por lo tanto el que tiene vigencia es el de fecha más reciente pero también es indispensable dar aviso al otro contrayente.

La posesión de estado matrimonial del representado convalida tácitamente los defectos o carencias que pudieran presentarse en el mandato especial con el cual se ostenta el representante.

La revocación antes de la celebración del matrimonio, extingue el mandato de tal forma que no se puede celebrar, y el matrimonio que se celebrara en esa forma sería inexistente por falta de consentimiento.

Ahora bien, si el otro contrayente no conoce la revocación surge el problema para determinar si la revocación surte o no efectos, atento a lo que previene el artículo 2111 Código Civil que dice: "Cuando se ha dado un mandato para tratar con determinada persona, el mandante debe notificar a ésta la revocación del mandato, so pena de quedar obligado por los actos del mandatario ejecutados después de la revocación, siempre que haya habido buena fe de parte de esa persona." Este artículo previene que la revocación debe ser expresa, y surge el problema consiguiente cuando, después de celebrado el acto no se inicia la vida en común, porque de iniciarse la vida en común, y no haberse hecho

conocer al otro contrayente de manera fehaciente la revocación, el matrimonio surte efectos atento a lo dispuesto por el artículo señalado.

Pero si no ha vida en común, estimo que no debe ser aplicable el principio general aludido, porque se trata de una institución especialísima que adquiere todo su significado con la vida en común; es decir, revocado el mandato sin haberse notificado al otro contrayente y sin haber vida en común, debe declararse inexistente el matrimonio celebrado.

5.7.8 MUERTE DEL MANDANTE.

Se caracteriza por ser inexistente el matrimonio, si se celebra este por parte del representante, cuando ha fallecido el representado, en virtud de que el representado no puede manifestar su consentimiento ya que se encuentra fallecido, es decir nunca habrá consentimiento.

La muerte del mandante extingue el mandato (Artículo 2108 Fracción III Código Civil), por lo tanto, el matrimonio que se celebrara ignorando la muerte del mandante, hace inexistente éste por falta de consentimiento, toda vez que no puede existir por parte de quien ha fallecido.(12)

CITAS BIBLIOGRAFICAS

CAPITULO V

- (1) ROJINA VILLEGAS Rafael. Derecho Civil Mexicano. Volumen V. Obligaciones. 5a. ed., Ed. Porrúa, México 1981, p.p. 388-389.
- (2) PEREZ FERNANDEZ del Castillo Bernardo, Derecho Notarial, 5a. ed., Ed. Porrúa, México 1991, p.p. 246-252.
- (3) ROJINA VILLEGAS Rafael. Derecho Civil Mexicano. Volumen V. Obligaciones. 5a. ed., Ed. Porrúa, México 1981, p.p. 387-394.
- (4) ROJINA VILLEGAS Rafael. Derecho Civil Mexicano. Volumen II. Derecho de Familia, 6a. ed., Ed. Porrúa, México 1985, p.p. 374.
- (5) CARDENAS Orlando Editor S.A. de C.V. Código Civil para el Estado de Guanajuato. 1a. ed. Ed. Cardenas, México, 1997 p.p. 25-26 y 52-53.
- (6) CHAVEZ ASENCIO Manuel, La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídico Conyugales. 2a. ed., Ed. Porrúa, México 1990 p.p. 299-307.
- (7) CARDENAS Orlando Editor S.A. de C.V. Código Civil para el Estado de Guanajuato. 1a. ed. Ed. Cardenas, México, 1997 p.p. 514-516.
- (8) ROJINA VILLEGAS Rafael. Derecho Civil Mexicano. Volumen V. Obligaciones. 5a. ed., Ed. Porrúa, México 1981, p.p. 312.

(9) PLANIOL Marcel. Tratado Elemental de Derecho Civil, Introducción Familia y Matrimonio, 1a. ed., Ed. Cajica, México 1983, p.p. 424-437.

(10) CARDENAS Orlando Editor S.A. de C.V. Código Civil para el Estado de Guanajuato. 1a. de. Ed. Cardenas, México, 1997 p.p. 771-772.

(11) CARDENAS Orlando Editor S.A. de C.V. Código Civil para el Estado de Guanajuato. 1a. de. Ed. Cardenas, México, 1997 p.p. 46-53, 72-118 y 769-793.

(12) CHAVEZ ASENCIO Manuel, La Familia en el Derecho. Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas familiares. 2a ed., Ed. Porua, México 1990 p.p. 92-94.

CAPITULO VI

ESTUDIO JURIDICO DE LA REPRESENTACION MATRIMONIAL

El matrimonio, es la unión de un hombre y una mujer, celebrada ante el Oficial del Registro Civil, en su calidad de representante del estado, ante el cual los contrayentes manifiestan su voluntad de unirse en vida marital y teniendo como fines la ayuda mutua y la perpetuación de la especie.

El Estado Mexicano, salvaguarda y protege como una de sus atribuciones el cuidado del estado Civil de las personas. Por ello se considera al matrimonio como institución jurídica de derecho público por la intervención del oficial del registro civil, ya que de no intervenir este y hacer la declaración de unir a los contrayentes en matrimonio, este no existiría a la vida jurídica.

Es demasiado la importancia del matrimonio, en virtud de que a partir de él nace la familia base fundamental de la sociedad o como los sociólogos le llaman "Célula Social". Es por ello que como comentamos su unión de los contrayentes requiere de un acto solemne y formal como lo es el celebrar el matrimonio, ante el Oficial del Registro Civil. Por lo mismo de su importancia se requiere de una sentencia ejecutoriada de divorcio dictada por un juez de lo Civil donde se declare que se ha disuelto el vínculo matrimonial entre los cónyuges, como se aprecia vuelve a intervenir el estado mediante un juez, para poder determinar el estado civil de las personas. No es como en los actos jurídicos de derecho privado donde la voluntad de las partes sujetándose a las leyes vigentes determinan la duración y cambios de ese acto jurídico celebrado entre ellos.

Para algunos tratadistas el matrimonio se encuentra dentro de el Derecho Familiar, por lo tanto podemos decir que en los actos de el derecho familiar y en los del estado civil de las personas se caracterizan por ser personalísimos, salvo disposición en contrario de la ley. Esto se reafirma si interpretamos el artículo 2058 del Código Civil vigente en el Estado, que a

la letra dice "Puede ser objeto de mandato todos los actos lícitos para los que la ley no exige la intervención personal del interesado."

Dentro de las excepciones que encontramos a esta regla general de que en los actos jurídicos de derecho familiar son personalísimos, nuestro Código Civil nos permite en su artículo 52 en relación al 105, la posibilidad de contraer matrimonio mediante mandato especial para el acto cuyo nombramiento conste por lo menos de un instrumento privado otorgado ante dos testigos, cuyas firmas o huellas digitales, en su caso deberán ratificarse ante notario público, dado el caso de la trascendencia del acto se prefiere que dicho mandato sea otorgado en escritura pública, ante fedatario público.

En su texto el artículo 105 del Código Civil vigente confirma esa posibilidad que otorga el Estado de contraer matrimonio mediante un mandato, en virtud de que estatuye: "En el lugar día y hora designados para la celebración del matrimonio deberán estar presentes, ante el Oficial del Registro Civil, los pretendientes o su apoderado especial..."

Como se logra apreciar, nuestra legislación civil vigente, permite la utilización de figuras jurídicas de derecho privado de naturaleza económica en actos de derecho público que afectan el estado civil de las personas, como lo es el de poder contraer matrimonio mediante mandato especial legalmente constituido.

Esta figura jurídica de la representación para contraer matrimonio que nuestro Código civil consagra tiene sus antecedentes en el Derecho Romano, en virtud de que en esa época se podía celebrar matrimonio mediante carta, mensajero o nuncio, con la obligación de introducir a la mujer al domicilio del marido para confirmar el matrimonio.

Para nuestro régimen jurídico esto es también un legado de España, de la época de la Colonia, en virtud de que se estatuyó esta posibilidad jurídica de contraer matrimonio mediante representante, ya que facilitaba las uniones maritales de los Españoles Peninsulares con los habitantes de la Nueva España, es aquí donde surge y permanece hasta nuestros días esta posibilidad jurídica de celebrar matrimonio mediante un representante legalmente constituido.

¿Que debemos entender por legalmente constituido?

Que el mandato sea otorgado en escritura pública, ante fedatario, o conste por lo menos en instrumento privado otorgado ante dos testigos, cuyas firmas o huellas, deberán ratificarse ante notario público.

Dicho mandato debe ser especialísimo, no se puede otorgar el mandato general con cláusula especial. En el cual debe indicarse en forma precisa el nombre con quien se va a contraer el matrimonio, quien otorga el mandato. Algo muy importante es determinar la duración del mandato, en el estado de Guanajuato el mandato es indeterminado nuestro código civil no precisa el tiempo de duración, es por ello que es bueno determinar que el mandato solo será vigente hasta la celebración del matrimonio.

El mandato lo debe otorgar una persona capaz, que no se encuentre impedido para contraer matrimonio, que haya cumplido con las formalidades y solemnidades del acto. Al igual que la persona que reciba el mandato debe ser persona capaz.

Este mandato se puede revocar, con la obligación del mandante de dar aviso a la otra parte con quien va a celebrar el matrimonio el mandatario. Lo mismo sucede al darse el caso de la muerte del mandante antes de celebrar el matrimonio el mandatario.

Como logramos dilucidar, es la aplicación de una figura jurídica patrimonial-económico de derecho privado en el ámbito de derecho público. Esta Representación para contraer matrimonio en la actualidad se encuentra fuera de uso, a virtud de los avances tecnológicos y científicos, ya que el tiempo y las distancias se han acortado, por lo tanto los contrayentes pueden planear la celebración de su unión marital.

Además de no usarse esta facilidad y posibilidad jurídica que el Código Civil otorga para contraer matrimonio, mediante emisario, puede traer consigo varios vicios del consentimiento, que afectan la celebración matrimonial.

Dentro de esos vicios del consentimiento encontramos uno muy importante que es el **ERROR ACERCA DE LA PERSONA**, con quien se va a contraer matrimonio, en virtud de que el matrimonio es de *intuitae personae*, no es posible que mientras el mandante, se encuentre en la falsa creencia de la realidad de que va a contraer matrimonio con persona determinada, el mandatario, lo celebre con persona distinta. Llevando consigo la obligación de invocar la presencia de ese error, ya que de no ser así, se convalida el matrimonio, es decir se ratifica tácitamente. La razón por la cual se convalida tácitamente es de que se causaría daño a alguna de las partes y a la institución, si llegase a darse el caso de realizar actos propios del matrimonio y hasta después invocar ese error de persona.

Así como, se presenta el error, existe la violencia, la cual se puede dar física ó moralmente, en virtud de que bajo este vicio de la voluntad, se puede obtener el mandato especial que exige el código civil para contraer matrimonio, de darse el caso de estar ejerciendo violencia moral sobre alguno de los familiares de la persona con quien se va ha contraer matrimonio. La violencia física se ejerce mediante el raptó, el peligro de perder la vida o integridad física de la persona de quien debe otorgar el mandato para contraer matrimonio. Por lo tanto no existe la voluntad libre y espontanea de quien otorga el mandato de contraer matrimonio sino que se le arrebató ese consentimiento y se lleva a cabo el acto de celebración del matrimonio, utilizando la representación opción que el artículo 52 del Código Civil del Estado de Guanajuato estatuye y permite.

Como nuestro Código civil, consagra será válido el consentimiento de la persona raptada, hasta que se encuentre en lugar seguro donde manifestara su voluntad libre y espontanea, por lo tanto esa misma regla se sigue en el caso de violencia física o moral, es decir el notario público debe interrogar a la persona que va ha otorgar el mandato, si es su voluntad el contraer matrimonio con la persona determinada en ese instrumento público.

La muerte hecho jurídico que también afecta al matrimonio celebrado mediante emisario, se presenta cuando el mandatario celebra el matrimonio desconociendo que ha fallecido el mandante, afectando a ese matrimonio de inexistencia, en virtud de que no existe para ese momento el consentimiento del mandante contrayente elemento esencial de todo acto jurídico, para que surta efectos dentro del campo del derecho.

Otro acto jurídico que afecta al matrimonio mediante representación se da con la Revocación del mandato, sin dar aviso al otro contrayente de inmediato que se revoca dicho mandato o se otorga otro con posterioridad para el mismo acto dejando sin efectos al primer mandato.

La sanción que trae consigo la falta de comunicación referente al nuevo mandato ó revocación del mandato es de que si el mandatario revocado o dejado sin efectos, celebra válidamente el matrimonio con la persona indicada, este será de acuerdo a nuestras leyes válido jurídicamente. En virtud de que el Estado Mexicano Salvaguarda y protege al Matrimonio, es decir se causaría un daño tanto a la persona que no se le comunico la revocación ó el otorgamiento de un nuevo mandato como a la institución del matrimonio, por la falta de pericia del mandante-contrayente.

Por lo antes expuesto, aunque nuestro código civil en su artículo 52 en relación al 105, estatuyen la representación para contraer matrimonio determinando que será mediante mandato legalmente constituido. En realidad no se usa esa facultad de contraer matrimonio mediante emisario, en la actualidad y como se dejo ver pueden existir, vicios del consentimiento, actos y hechos jurídicos, que afecta a ese mandato legalmente constituido y como consecuencia afecta directamente a los contrayentes y a la institución misma del matrimonio.

En este trabajo propongo como solución Derogar el artículo 52 del Código Civil de Guanajuato y reformar en lo conducente al artículo 105, para que ya no se permita celebrar el matrimonio mediante representante legalmente constituido. Debiendo quedar este artículo de la siguiente forma: " En el lugar, día y hora designados para la celebración del matrimonio deberán estar presentes, ante el Oficial del Registro Civil, los pretendientes y dos testigos por cada uno de ellos, que acredite su identidad.

Acto continuo, el Oficial del Registro Civil leera en voz alta la solicitud de matrimonio, los documentos que con ella se hayan presentado y las diligencias practicadas e interrogara a los testigos acerca de si los pretendientes son las mismas personas a que se refiere la

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El matrimonio es un acto jurídico regulado y protegido por el estado mexicano mediante la intervención del Oficial del Registro Civil, ya que sin la intervención del mismo no nace a la vida jurídica esa unión marital. El estado protege al matrimonio, porque afecta al estado civil de las personas, además de otorgar derechos y obligaciones mutuas entre los cónyuges y de estos con los hijos.

SEGUNDA.- En la celebración de la unión de los contrayentes no debe haber presencia de dolo, error, violencia o mala fe. El objeto lícito del matrimonio debe entenderse que son la ayuda mutua y la perpetuación de la especie traducidos estos en los fines del matrimonio.

TERCERA.- La celebración del matrimonio se encuentra revestido de formalidades y solemnidades esenciales para que se formalice el matrimonio y cree entre los contrayentes fuerzas vinculatorias.

CUARTA.- La Ley reconoce la legalidad de los matrimonios celebrados en el extranjero siempre y cuando estos se hayan llevado a cabo como lo establece la ley del país donde se celebren. Además que dentro de los tres meses siguientes a la llegada a territorio nacional se hagan las anotaciones respectivas y la traducción de las actas de matrimonio por parte del Oficial del Registro Civil para que surtan efectos desde el día de la celebración del matrimonio.

QUINTA.- Nuestro régimen jurídico nos indica que los extranjeros para poder contraer nupcias con mexicanos, se requiere autorización de la Secretaría de Gobernación. Una vez celebrado el matrimonio debe informarse a la Secretaría de Gobernación.

SEXTA.- En el matrimonio se presenta la nulidad absoluta en el caso de bigamia e incesto, mientras tanto la nulidad relativa se presenta en los casos como la falta de formalidades, esto es la falta de autorización de un Juez o de los ascendientes de los

contrayentes, la falta de edad, el parentesco, la presencia de error, vicios del consentimiento, enfermedad ó idiotismo.

SEPTIMA.- La representación es una figura jurídica que se usa demasiado en los actos jurídicos patrimonial-económico, pero también es utilizado en el derecho familiar, ya que mediante la representación se puede contraer matrimonio en caso de encontrarse ausente alguno de los contrayentes.

OCTAVA.- Nuestra legislación civil en el estado en su artículo 52 en relación al 105 regulan la representación para contraer matrimonio. Es indispensable que dicha representación se otorgue en mandato especial que conste en escritura pública, indicando el objeto del mandato, el nombre específico con quien se va a contraer el matrimonio la duración del mandato y firmado por dos testigos ante la fe del notario público, estos son los requisitos que debe contener el mandato en virtud de que no se puede otorgar esta facultad en un mandato general, ya que se va a realizar un acto jurídico de derecho público que salvaguarda el estado.

NOVENA.- El estado se encarga de salvaguardar y proteger los actos relacionados con el estado civil de las personas, que van estrechamente ligados al matrimonio. En el uso del mandato para contraer matrimonio debe realizarse cuidadosamente, en virtud de que se pueden presentar vicios en el consentimiento como lo es el error sobre la persona y la violencia, que afecta la manifestación de la voluntad de los contrayentes.

DECIMA.- En caso de revocarse el mandato debe avisarse de inmediato al otro contrayente para que este se de por enterado y no manifieste su voluntad con el representante revocado. También en el caso de fallecimiento del representado antes de celebrar el matrimonio debe avisársele al representante y al otro contrayente, en virtud de que no habrá consentimiento porque ha fallecido el interesado, en caso de celebrarse el matrimonio, este será inexistente.

DECIMA PRIMERA. - Con la finalidad de impedir hacer un uso inadecuado de la posibilidad jurídica, de utilizar un representante para contraer matrimonio, evitando que se

presenten vicios de la voluntad, error acerca de la persona, así como otorgar nuevo mandato o revocando el ya otorgado sin dar aviso al otro contrayente en la celebración del matrimonio y además de que ha caído en desuso esta facultad que la ley establece es conveniente:

Derogar el artículo 52 del Código Civil del Estado, para que ya no se permita celebrar el matrimonio mediante representante.

Reformar el artículo 105 del Código Civil del Estado en lo conducente en donde se establece la posibilidad de contraer matrimonio mediante emisario debiendo quedar redactado de la siguiente forma :

" En el lugar, día y hora designados para la celebración del matrimonio deberán estar presentes, ante el Oficial del Registro Civil, los pretendientes y dos testigos por cada uno de ellos, que acredite su identidad.

Acto continuo, el Oficial del Registro Civil leera en voz alta la solicitud de matrimonio, los documentos que con ella se hayan presentado y las diligencias practicadas e interrogara a los testigos acerca de si los pretendientes son las mismas personas a que se refiere la solicitud. En caso afirmativo preguntara a cada uno de los pretendientes, si es su voluntad unirse en matrimonio y si estan conformes, los declarará en nombre de la ley y la sociedad. "

BIBLIOGRAFIA

CHAVEZ ASENCIO Manuel, La Familia en el Derecho. Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas familiares. 2a. ed., Ed. Porrúa, México 1990.

CHAVEZ ASCENCIO Manuel. La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Cónyugales, 2a. ed. Ed. Porrúa, México 1990.

DE PINA Vara Rafael, Derecho Civil Mexicano, Tomo I, 1ra. ed. Ed. Porrúa, México 1992.

GALINDO GARFIAS Ignacio, Derecho Civil, Primer Curso 12a. Ed. Porrúa, México 1993.

GUITRON FUENTEVILLA Julian, ¿Qué es el Derecho Familiar? Volumen II, 1a. ed., Ed., Promoción Jurídico Cultural, México 1992.

GUITRON FUENTEVILLA Julian, ¿Qué es el Derecho Familiar? Volumen I, 1a. Ed., ed. Promociones Jurídicas y Culturales S.C. México, 1985.

LA CRUZ Berdejo José Luis y Francisco de Asis Sancho Rebullida. Derecho de Familia Tomo I, librería Boch, Barcelona 1974.

MAGALLON Ibarra Jorge Mario, Instituciones de Derecho Civil, Tomo III, Derecho de Familia 1ra. ed. Ed. Porrúa México 1988.

MESSINEO Francesco, Manual de Derecho Civil, Tomo III, Traducción Santiago Mentis Melendo Buenos Aires.

MOTO Salazar Efrain, Elementos de Derecho 36ava Edición, Editorial Porrúa S.A. México D.F.

PLANIOL Marcel, Tratado Elemental de Derecho Civil, Introducción, familia y Matrimonio, 1a. Ed. Cajica, México 1983.

PEREZ Fernández del Castillo Bernardo, Derecho Notarial, 5a. ed. Ed. Porrúa, México 1991.

ROJINA VILLEGAS Rafael. Derecho Civil Mexicano. Volumen II. Derecho de Familia. 6a. ed., Ed. Porrúa, México 1985.

ROJINA VILLEGAS Rafael. Derecho Civil Mexicano, Volumen V, Obligaciones, 5a. ed., Ed., Porrúa México 1981.

LEGISLACION

CARDENAS Orlando Editor S.A. de C.V. Código Civil para el Estado de Guanajuato. 1a. ed. Ed. Cardenas, México, 1997.

LEYES Y CODIGOS DE MEXICO. Código Civil Para el Estado de Guanajuato. 4a ed. Ed. Porrúa. México 1992.

LEYES Y CODIGOS DE MEXICO, Constitución Política de los estados Unidos Mexicanos. 117a. ed. Ed. Porrúa. México 1997.

OTRAS FUENTES

CUADERNOS de Derecho Compilación y Actualización Legislativa, Código Civil Federal Edición Especial, Año 2, Volumen XVII. ABZ Ed. México 1995.

ENCICLOPEDIA Jurídica Omeba. Bibliográfica Omeba. Industrias Gráficas del Libro S.R.L.
Buenos Aires 1980.

INSTITUTO de Investigaciones Jurídicas, El Derecho en México una visión de conjunto,
Tomo I, 1a. ed. Ed. UNAM, México 1991.

LOZANO Antonio de J. Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia Mexicanos,
1a. ed. Orlando Cardenas Editor S.A. de C.V. Irapuato, Gto. 1992.