

301009
13
2y



UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO

ESCUELA DE DERECHO
CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

LA INSTITUCION DEL MATRIMONIO EN
EL DERECHO CIVIL MEXICANO Y ALGUNAS
CONSIDERACIONES JURIDICO - SOCIALES
DE LA MISMA

T E S I S

Que para obtener el Título de:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A:
REYNA MARIA DEL CONSUELO
DIAZ PUERTO

México D. F.

FALLA EN ORIGEN

1986



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

I N D I C E
 == == == == == ==

Pág.

P R O L O G O.....	1
CAPITULO I.- DESARROLLO HISTORICO DEL MATRIMONIO...	
1.1.- El Matrimonio en el Derecho Romano.....	4
1.2.- El Matrimonio en el Derecho Germánico.....	7
1.3.- El Matrimonio en el Derecho Canónico.....	8
1.4.- El Matrimonio Laico.....	9
 CAPITULO II.- DESARROLLO HISTORICO DEL MATRIMONIO	
EN MEXICO.....	11
2.1.- El Matrimonio entre los Aztecos.....	12
2.2.- El Matrimonio entre los Mayas.....	14
2.3.- En la Legislación vigente durante la Colonia.	16
2.4.- En los Códigos Civiles de 1859, 1870 y 1884..	19
2.5.- En la Ley de Relaciones Familiares de 1917...	27
2.6.- En el Código Civil de 1928 (vigente).....	30
2.7.- En las Reformas al Código Civil vigente.....	31
2.8.- Similitudes y Diferencias entre el Matrimonio y el Concubinato.....	31
2.9.- Sistemas Matrimoniales.....	40
 CAPITULO III.- NATURALEZA JURIDICA DEL MATRIMONIO..	
3.1.- El Matrimonio como Institución.....	44
3.2.- El Matrimonio como Acto Jurídico Condición...	57
3.3.- El Matrimonio como Acto Jurídico Mixto.....	59
3.4.- El Matrimonio como Contrato Ordinario.....	59
3.5.- El Matrimonio como Contrato de Adhesión.....	65
3.6.- El Matrimonio como estado Jurídico.....	66
3.7.- El Matrimonio como Acto del Poder Estatal....	68
3.8.- El Matrimonio como Acto-Unión.....	74

CAPITULO IV.- EL MATRIMONIO COMO INSTITUCION.....	76
4.1.- Concepto de Institución.....	77
4.2.- Teoría Institucional del Derecho.....	79
a) Posición de Mauricio Hauriou.....	80
b) Posición de Jorge Renard.....	83
c) Posición de Delos.....	85
d) Escuela Institucional Italiana: Santi Romano.	86
e) Crítica a la Posición de Santi Romano.....	90
f) Definición de Institución.....	92
4.3.- Resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto al Matrimonio.....	94
CONCLUSIONES.....	96
BIBLIOGRAFIA.....	99

P R O L O G O

Con el presente trabajo, se pretende enunciar y describir con fundamento en una lógica-jurídica, que el matrimonio, como institución, es la primera célula que da origen a la sociedad, y es base fundamental del Estado.

Si tomamos como base, el hecho de que el contrato, por definición, se ha considerado como un acuerdo de voluntades para producir o transferir derechos y obligaciones, sería interminable señalar los puntos de coincidencia entre el contrato estrictamente hablando y el matrimonio; pero como mi postura personal al respecto, es la de que, el matrimonio no debe clasificarse como contrato, ni reputarse como tal, pues basta apoyarse en los efectos de la resolución de los contratos, por cualquiera de sus causas, para demostrar que el matrimonio no es un contrato, ni aún sui generis como sostiene la doctrina; en atención a que si la resolución de los contratos tiene como característica esencial el regresar las cosas a su estado original, jamás podrá conseguirse que en un matrimonio consumado pudieran las cosas recobrar su estado original, sobre todo en el caso de haber habido hijos.

Todas las legislaciones vigentes en México han cuestionado el problema, y han adoptado la solución que han considerado más práctica para no tratar este escabroso y difícil tema y dar al matrimonio una definición legal que permita una clasificación que llene el marco legal y satisfaga a los exigentes puristas del derecho, ya que las propias normas que rigen el Derecho canónico tratan de ubicar el matrimonio, y lo hacen en el capítulo relativo a las cosas.

Durante el desarrollo del tema a estudio, lo expondré con la extensión que se requiera y desde luego daré mi punto de vista al respecto.

En el primer capítulo de esta tesis, se señala el desarrollo histórico del matrimonio, mencionando algunos conceptos que regían en legislaciones anteriores al Derecho Mexicano, y que han servido de antecedentes a nuestro Derecho de Familia.

En el segundo capítulo, se hace referencia al desarrollo histórico del matrimonio en México, desde su origen hasta su actual posición; tocando algunas de las legislaciones españolas que rigieron en dicha materia, hasta llegar a nuestra legislación vigente. En este mismo capítulo se analizará el concubinato como figura afín del matrimonio, señalándose las diferencias esenciales y las similitudes que existen entre ambas figuras jurídicas. Asimismo se hará mención de los sistemas matrimoniales que se conocen.

El tercer capítulo tratará lo relacionado a la naturaleza jurídica del matrimonio de acuerdo a la doctrina, y de la cual se hará mención señalando las tesis más importantes que sobre dicho tema se han escrito.

En el cuarto capítulo, se mencionarán algunos conceptos de institución, posiciones, críticas y teorías, así como la única resolución de la Suprema Corte respecto a la naturaleza del matrimonio, llegando a dar así mis conclusiones sobre el tema que nos ocupa.

C A P I T U L O I

DESARROLLO HISTORICO DEL MATRIMONIO:

- 1.1.- El Matrimonio en el Derecho Romano.
- 1.2.- El Matrimonio en el Derecho Germánico.
- 1.3.- El Matrimonio en el Derecho Canónico.
- 1.4.- El Matrimonio Laico.

1.1.- El Matrimonio en el Derecho Romano:

La función social del matrimonio romano era la procreación de los hijos, sobre los cuales se ejercía la patria potestad. El control que ejercía el padre sobre los hijos, provenía no del matrimonio como tal, sino del poder que ejercía él sobre la mujer en razón del matrimonio; a dicho poder se le llamó manus.

Se llamaba *justae nuptiae* o *justum matrimonium* al matrimonio legítimo, conforme a las reglas del Derecho Civil.

En la sociedad primitiva, el interés político y el interés religioso hacían necesaria la continuación de cada familia o gens por el bien de los hijos sometidos a la autoridad del jefe. De aquí la importancia del matrimonio, cuyo fin principal era la procreación de los hijos.

Por el sólo efecto del matrimonio, la mujer participaba del rango social del marido, así como de su culto privado, llegando a ser la unión entre los esposos aún más estrecha, si a las *justae nuptiae* acompañaba la manus. Por esta razón, la mujer entraba a formar parte de la familia civil del marido, que tenía autoridad sobre ella, como un padre sobre su hijo, y se nacía además propietario de sus bienes.

Estos caracteres de la asociación conyugal están trazados en la definición que da Modestino diciendo que: "es la unión del hombre y de la mujer implicando igualdad de condición y comunidad de derechos divinos y humanos".⁽¹⁾

(1) Eugene Petit. Tratado Elemental de Derecho Romano. Traducción de José Fernández a la 9ª edición. Edit. Edinal. México 1958. Pags. 103 a 105.

Sin embargo, bajo el Imperio, los lazos del matrimonio se relajaron bastante con las costumbres del tiempo; el culto privado perdió su importancia, así como la manus, que cada vez más cayó en desuso y acabó por desaparecer.

Cuatro condiciones eran necesarias para que el matrimonio fuera válido en el Derecho Romano:

a).- Pubertad.- Se consideraba como edad mínima para el matrimonio la de 14 años para el varón y de 12 años para la mujer; el criterio era entonces la aptitud para procrear hijos, puesto que ésta era la finalidad del matrimonio.

b).- Consentimiento de los Esposos.- Las personas que se casaban debían consentir libremente. Aunque durante mucho tiempo la autoridad paterna permitía al jefe de la familia violentar a sus hijos al matrimonio, pero posteriormente ya no les pertenecía éste derecho.

c).- Consentimiento del jefe de familia.- Los que se casaban siendo sui juris no necesitaban del consentimiento de nadie. Sin embargo, los hijos que estaban bajo autoridad, necesitaban del consentimiento del jefe de familia. Esta condición no estaba fundada en el interés y en la protección de los esposos, sino tan solo en la autoridad paterna y en los derechos de jefe de que estaba investido.

d).- Connubium.- Es la aptitud legal para contraer las *justae nuptiae*. Lo primero que se necesitaba para disfrutarla era ser ciudadano romano. Bajo Justiniano y conforme al derecho de ciudadanía, los únicos que no tenían *connubium* eran los esclavos y los bárbaros. Ocurría también que alguna persona, teniendo en absoluto el derecho de casarse, no lo podía hacer válidamente con otra persona determinada, pues el derecho romano, admitía ciertas causas de incapacidad, fundadas unas por causa de parentesco y alianza, otras sobre motivos de moral o de conveniencia, y otras, por razones de orden político.

1.2.- El Matrimonio en el Derecho Germánico:

El Derecho Germánico, en la fase del matrimonio por compra, dividió la conclusión del matrimonio en dos fases: el contrato de compra (esponsales) y la entrega de la novia (trauung). Originariamente se trataba de un contrato entre las sippen - pequeños grupos compuestos por todos los individuos unidos por los vínculos de la sangre -.

Las condiciones de la compra se pactaban con el muntwalt o representante de la novia y al que se le pagaba el precio de la misma. Después en el acto de la trauung entregaba el muntwalt a la novia. Con el tiempo pasaron los novios a primer plano: y es la propia novia la que se entregaba al novio, no era entregada por un tercero, los novios se desposaban ante la sippe: es decir, se entregaban mutuamente, y el novio pagaba el precio en previsión de la viudez.(2)

Una vez casada la mujer, todo cuando poseía de mueble e inmueble pasaba a poder del marido. La mujer que había llegado a ser esposa, podía ser cedida por el marido a otro para la procreación de la prole, en caso de que éste no pudiera satisfacer el débito conyugal. (3)

-
- (2) Henrich Lehmann. Derecho de Familia. Vol. II. Traducción de José Ma. Navas a la 2a. Edición. Edit. Revista de Derecho Privado. Madrid 1953 Pags.58 y 59.
- (3) José D'Aguanno. Génesis y Evolución del Derecho. Traducción de Pedro Dorado a la 1a. Edición. Edit. Impulso. Buenos Aires, Argentina 1943. Pags. 290 a 293.

1.3.- El Matrimonio en el Derecho Canónico:

"De acuerdo con el canon 1.012 del Código de Derecho Canónico, los canonistas y representantes de la Iglesia sostienen con fundadas razones, que el matrimonio no fue instituido por obra de los hombres, sino por obra divina; que no fue protegido, confirmado, ni elevado con leyes humanas, sino con leyes del mismo Dios. Autor de la naturaleza, y de Jesucristo; y que, por lo tanto, sus leyes no pueden estar sujetas al arbitrio de ningún hombre, ni siquiera al acuerdo contrario de los mismos cónyuges. Esta es la doctrina de la Sagrada Escritura; ésta es la constante tradición de la Iglesia universal, ésta es la definición solemne del Santo Concilio de Trento, el cual con las mismas palabras del texto sagrado expone y confirma que el perpetuo e indisoluble vínculo del matrimonio, su unidad y su estabilidad tienen por autor a Dios". (4)

"El matrimonio lo hace el consentimiento de las partes. El matrimonio es eminentemente un contrato. Por lo demás, una vez surgido el vínculo, las partes, no sólo no pueden ya disolverlo, sino que están sumamente restringidas, más que en el derecho estatal, en lo que atañe al ejercicio de los derechos y deberes que de él nacen. Una vez surgido el vínculo, la condición de la sociedad conyugal es la de la institución de derecho público, el régimen propio de los esposos es el de las funciones públicas, en las que el derecho objetivo exige que todo cometido se cum-

(4) Antonio de Ibarrola. Derecho de Familia.
Edición 12ª Edit. Porrúa. México 1978. Pag. 115.

pla, y no sólo admite renunciaciones a los que son derechos y al mismo tiempo deberes, sino que exige también su efectivo ejercicio. Sin embargo, no es fácil fijar qué tipo de contrato integra el matrimonio". (5)

1.4.- El Matrimonio Laico:

La reconquista del derecho matrimonial y de la jurisdicción en las causas del matrimonio por el poder del Estado deriva su justificación histórica de tres aspectos, a saber:

1.- Del Protestantismo.- Los reformadores, rechazan la naturaleza sacramental del matrimonio: principalmente Lutero calificaba el matrimonio como una "cosa externa mundana, como el vestido, la comida y la casa, sujeta a la autoridad secular". (6) Ahora bien, con referencia a la importancia moral y religiosa del matrimonio, exigía el protestantismo que el poder del Estado ordenara el matrimonio con espíritu evangélico. El derecho matrimonial, pese a todas las diversidades, se basaba en ideas unitarias que descansaban en la doctrina evangélica. La jurisdicción en las causas matrimoniales era atribuida a las autoridades territoriales, junto a las cuales se sentaban juristas eclesiásticos.

-
- (5) Arturo Carlo Jemolo. El Matrimonio. Traducción de Santiago Sentís Melendo-Marino Ayerra R. Edit. Ediciones Jurídicas Europa-América. Argentina 1954. Pags. 213 a 216.
- (6) Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp y Martin Wolff. Tratado de Derecho Civil Tomo IV. Derecho de Familia Vol. I. El Matrimonio Traducción de Pérez González-Castan Tobeñas a la 29ª Ed. Edit. Bosh, Barcelona 1941. Pags. 13 a 15.

2.- De la Iglesia Galicana.- En Francia, se difundió una teoría teológico-jurídica que separaba dentro del matrimonio el contrato sacramento, específicamente contrato civil de contrato natural; ya que la regulación del contrato era exclusiva competencia del Estado, pero era supuesto para recibir el sacramento del matrimonio.

3.- Del Derecho Natural.- Los teóricos del derecho natural negaban igual que Lutero, la naturaleza sacramental del matrimonio y tomaban del galicanismo la concepción del matrimonio como un contrato civil. Estos conceptos determinaron la atribución de las causas matrimoniales a tribunales puramente seculares, y dando así una notable facilidad para el divorcio, para lo cual se señaló su analogía con la disolución de una sociedad y, en parte, secularizaron la forma de celebración del matrimonio.

Es de hacerse notar que, estos principios de separación Iglesia-Estado han servido de base a la naturaleza jurídica del matrimonio en México.

CAPITULO II

DESARROLLO HISTORICO DEL MATRIMONIO EN MEXICO

- 2.1.- El Matrimonio entre los Aztecas
- 2.2.- El Matrimonio entre los Mayas
- 2.3.- En la Legislación vigente durante la Colonia
- 2.4.- En los Códigos Civiles de 1859, 1870 y 1884
- 2.5.- En la Ley de Relaciones Familiares de 1917
- 2.6.- En el Código Civil de 1928 (vigente)
- 2.7.- En las Reformas al Código Civil vigente
- 2.8.- Similitudes y Diferencias entre el Matrimonio y el Concubinato.
- 2.9.- Sistemas Matrimoniales

2.1.- El Matrimonio entre los Aztecas

A partir de la fecha en que el adolescente cumplía veinte años de edad, podía contraer matrimonio, y de hecho la mayor parte de los mexicanos se casaban entre los veinte y veintidós años. El casamiento estaba considerado ante todo como asunto que se resolvía entre las familias, y de ninguna manera entre los futuros cónyuges.

Para que el mancebo pasara del celibato al estado matrimonial, es decir, al estado de verdadero adulto, era necesario librarse del calmecac o del tepochcalli, y obtener la autorización de los maestros junto a los que había estado. Dicha autorización se hacía posible celebrando una reunión a la que asistían los maestros del joven y sus familiares; posteriormente se pronunciaba por parte del padre del mancebo el siguiente discurso: "Aquí estáis presentes señores y maestros de los mancebos; no recibáis pena porque nuestro hermano N, nuestro hijo, se quiere apartar de vuestra compañía, ya quiere tomar mujer; aquí está esta hacha que es señal de cómo se quiere apartar ya de vuestra compañía, según es la costumbre de los mexicanos, tomadla y dejar a vuestro hijo", a lo que uno de los maestros respondía: "Aquí hemos oído todos nosotros, yo y los mancebos con quienes se ha criado vuestro hijo algunos días, cómo habéis determinado casarle y de aquí en adelante se apartará de ellos para siempre, hágase como mandáis", (7) y tomando el hacha se retiraban ceremoniosamente.

(7) Jacques Soustelle. La Vida Cotidiana de los Aztecas. Versión a la 1ª Ed. de Carlos Villegas. Editorial C.F.E. México 1956. Pags. 176-191.

La solicitud del matrimonio para la hija, revestía una ceremonia distinta a la del hijo, ya que las ancianas del lugar eran las encargadas de servir como intermediarias entre las familias, en virtud de que ninguna gestión debía hacerse directamente. Ellas se encargaban de pedir a la doncella, la cual era negada la primera vez por sus familiares, pero después de unos días la solicitud se repetía, accediendo entonces los padres a dicha petición; dicha decisión se ponía en conocimiento de los padres del joven y sólo quedaba por fijar el día de la fecha de la boda.

El rito del matrimonio se celebraba junto al hogar, sentados uno junto al otro sobre dos esteras, los desposados recibían ante todo regalos. La madre de la doncella ofrecía a su futuro yerno vestidos de hombre, y la madre obsequiaba a la novia una blusa y una falda. Después las ancianas o cihuantlaque hacían un nudo con la manta del novio y la blusa de la novia; a partir de ese momento eran marido y mujer, y su primer acto era compartir un plato de tamales, dándoselos el uno al otro con su propia mano.

Los esposos una vez en la cámara nupcial permanecían en ella cuatro días en oración sin consumir el matrimonio. Al cuarto día se les preparaba un lecho de esteras, entre las cuales se colocaban plumas y un trozo de jade - como símbolo de los futuros hijos -. En el quinto día se bañaban en el temazcalli y un sacerdote iba a bendecirlos arrojándoles un poco de agua bendita.

Así como el hombre desposaba a su mujer "principal", y sólo podía celebrarlo con una sola; pero además podía tener tantas esposas "secundarias" como le conviniese. Parece ser que el sistema matrimonial de los mexicanos era una especie de transacción entre la monogamia y la poligamia; sólo existía una esposa legítima, o sea aquella con la cual el hombre se había casado observando todas las solemnidades ya descritas, pero también había un número indefinido de concubinas oficiales que tenían su sitio en el hogar, y cuyo estatuto social no era objeto de burlas o desprecio.

2.2.- El matrimonio entre los Mayas

La edad que se consideraba adecuada para el matrimonio entre los mayas, era de 17 ó 18 años para el hombre y de 14 ó 15 años para la mujer.

Los padres se empeñaban en conseguir mujeres para sus hijos, de preferencia entre muchachas de la misma clase social y del mismo pueblo. Así era mal visto que el hombre se casara con una muchacha que tuviera el mismo apellido, y no podían casarse con la viuda del hermano, con su madrastra, con las hermanas de la mujer difunta o con sus tías; no obstante esto, el matrimonio no estaba prohibido entre primos hermanos.

Se criticaba también el hecho de que el hombre buscara esposa para él o para sus hijos sin solicitar los servicios de algún casamentero. Una vez escogidos éste, se trataba todo lo relacionado a la ceremonia, así como el monto de las "arras", las cuales se componían de ciertos artículos de poco valor y, eran pagadas por el padre del novio al padre de la novia.

Llegado el día de la ceremonia, se reunían en la casa del padre de la novia, tanto familiares como invitados. Al entrar el sacerdote, los padres de los contrayentes le presentaban a los novios, y el sacerdote daba un discurso exponiendo los pormenores del "convenio matrimonial"; posteriormente quemaban incienso para purificar la casa, decía sus oraciones y bendecía a la pareja, dando así por terminada la ceremonia del matrimonio. Desde ese momento se le permitía a la pareja vivir juntos.

Aunque los mayas eran monógamos, el divorcio entre ellos era cosa fácil, apenas algo más que el simple repudio, esto ocurría frecuentemente, según versión de un antiguo testigo español: "No hacía vida más de con una mujer, pero por livianas causas la dejaban y se casan con otra, y había hombres que se casaban diez y doce veces, más y menos, y la misma libertad tenían las mujeres para dejar a sus maridos y tomar otros; pero la primera vez que se casaban era por mano del sacerdote". (8)

(8) Sylvanus G. Morley. La Civilización Maya.
Versión a la 1ª Ed. de Adrián Recinos.
Edit. C.F.E. México 1947. Pag. 184.

2.3.- En la Legislación vigente durante la Colonia

El derecho aplicable durante la dominación española, es decir, en la época de la Colonia, fué naturalmente el Derecho Ibérico, salvo los principios que por las circunstancias de la dominación fueron preciso modificar. A este respecto, es necesario mencionar lo referente al bautismo, para aceptar la fé católica, y el matrimonio como fundamento de la familia. Aquí no se trataba de una declaración verbal, sino de hechos que revelaban el verdadero estado mental y la sinceridad de la creencia, porque los indios, según se dice, practicaban "la poligamia"; su noción de matrimonio era confusa y aún hay lugar a sospechar que toda la noción fué sobrepuesta por lo españoles que apreciaban los hechos según su criterio.

Ante la exigencia de los misioneros, los indios dejaban a sus mujeres, y sólo conservaban a una con tal facilidad que, aquéllos la consideraban milagrosa, pero a veces se oponían a abandonar la poligamia, siendo esto el obstáculo para aceptar la fé católica.

El concepto de poligamia era más complejo de lo que se creía, pues el indio veía en sus mujeres no solamente un medio de satisfacer sus necesidades carnales, sino un número de servidoras obligadas a cumplir con los trabajos que se les imponían, y renunciar a ellas, era perder las venta-

jas económicas de sus servicios. Por otro lado, dada la poca diferencia que existía para los indios entre mujer legítima y concubina, el hecho de aceptar a una sola con aquel carácter, no parecía un obstáculo para continuar sus relaciones con otras. Además, también se presentaba el problema para saber cuál era la esposa legítima, y si debía dejarse que el indio escogiera la que le pareciera más conveniente entre las que poseía, o si debía obligársele a tomar por esposa canónica a aquella con quien primero hubiera contraído matrimonio. En este último caso surgía la duda de cuáles eran los ritos que convertían a una mujer en esposa, y en tal virtud la Iglesia reconoció un matrimonio natural con fuerza de vínculo legítimo, con tal de que reuniera los siguientes requisitos: a) el consentimiento mutuo y, b) la intención de unirse para toda la vida; pero el problema subsistía para saber si esos dos requisitos concurrían en personas que tenían un concepto tan especial de las relaciones sexuales. En tal virtud, se formaron dos opiniones distintas: las de los religiosos que opinaban que sí existía el matrimonio natural entre los indios, y la de los clérigos y canonistas que decían que no existía tal.

Por medio de la bula *Altitudo divini consilii*, dictada por el papa Paulo III en el año de 1537, se mandó que "ouando un indio hubiera tenido en su gentilidad muchas mujeres, se quedase con la primera que tomó y si no recordaba cuál había sido la primera, eligiese la que quisiera". (9)

(9) Obregón Esquivel. *Historia del Derecho Mexicano*.
Tomo II. Nueva España. Editorial Polis. Pag. 583

Algunas veces, también se hacía comparecer al indio y a sus mujeres para que éstas alegaran y probaran sus pretensiones, con el único fin de determinar cuál de ellas debía ser considerada como esposa legítima. Situación que nunca tuvo solución.

En la época de la Independencia el derecho civil mexicano, estaba contenido en los códigos especiales llamados Fuero Juzgo, Leyes del Estilo, Ordenamientos de Alcalá. Siete Partidas, Leyes de Toro, Nueva y Novísima Recopilación; de estas leyes, es la "Cuarta Partida" la que se encarga de todo lo relacionado a la familia, al matrimonio; de los esclavos o siervos, de los parentescos de consanguinidad, de afinidad y religiosos, de los impedimentos; de los divorcios; de las dotes y donaciones nupciales; de la bigamia; de la legitimidad; de los hijos bastardos; de los expósitos, de las barraganas, de los hijos adoptivos; de la patria potestad; de los criados, de los esclavos o siervos y de su emancipación o manumisión; de los nacidos y por nacer; del vasallaje; de los feudos y de la amistad.

"Desde la promulgación de las leyes de 12 de julio de 1859 y 4 de diciembre de 1860, quedó establecida la separación de la Iglesia y del Estado y despojadas de todo carácter y funciones oficiales las iglesias o asociaciones religiosas. Los principios de esas leyes fueron elevados al rango de "principios constitucionales" (reforma 25-IX-1873 y 14-XII-1874)". (10) En virtud de éstos principios de derecho público, el derecho canónico carecía absolutamente de carácter legal entre nosotros, pero ese derecho, durante los tres siglos que estuvimos bajo el imperio de las leyes

(10) Jacinto Pallares. Curso Completo de Derecho Mexicano. Editorial Imprenta Litográfica y Encuadernación de I. Paz. México 1901. Pag. 345.

españolas, fué legislación positiva, legislación obligatoria, legislación político-religiosa, y sus principios se infiltraron en nuestra legislación civil, sobre todo en materia de matrimonio, divorcio, filiación, procedimiento judicial, delitos religiosos y fuero eclesiástico.

Durante ese período de denominación el clero, presidió todo lo relativo al nacimiento, al matrimonio, a la defunción; y bajo pretexto de "conexidad" absorbió el conocimiento de todas las cuestiones judiciales que tuviesen relación con esas tres grandes fases del estado civil de las personas.

Durante el gobierno del presidente Benito Juárez, y como consecuencia de los movimientos armados suscitados a fines del año de 1857, y que apoyados por el clero habían puesto en peligro el bienestar social y la seguridad pública y del país, se decidió poner fin a dicho movimiento, y evitar así que el clero siguiera abusando de los beneficios y prerrogativas que había heredado del sistema colonial, así como de las riquezas hasta entonces obtenidas; por lo que el gobierno adoptó las siguientes medidas: declaró la independencia entre los negocios del Estado y los puramente eclesiásticos; suprimió todas las corporaciones regulares del sexo masculino, extinguiendo igualmente las cofradías, archicofradías, hermandades y todas las corporaciones que existían de esa clase; cerró también los noviciados en los conventos de monjas; declaró que han sido y son propiedad de la nación todos los bienes que administraba el clero secular y regular.

Asimismo, se dictaron algunas leyes y decretos que suprimieron el poder de la iglesia. Sólo mencionaré, por la importancia que tiene para éste tema, la Ley de Matrimonio Civil de 29 de julio de 1859.

2.4.- En los Códigos Civiles de 1859, 1870 y 1884

Ley del Matrimonio Civil de 1859:

Artículo 1.- "El matrimonio es un contrato civil que se contrae lícita y válidamente ante la autoridad civil. Para su validez bastará que los contrayentes, previas las formalidades que establece la ley, se presenten ante aquélla y expresen libremente la voluntad que tienen de unirse en matrimonio".

Artículo 3.- "El matrimonio civil no puede celebrarse más que por un sólo hombre con una sola mujer. La bigamia y la poligamia continúan prohibidas".

Artículo 4.- "El matrimonio civil es indisoluble; por consiguiente, sólo la muerte de los cónyuges es el medio natural de disolverlo, pero podrán los casados separarse "temporalmente"; esta separación legal no los deja libres para casarse con otra persona".

Artículo 5.- "Ni el hombre antes de 14 años, ni la mujer antes de los 12, pueden contraer matrimonio. En casos muy graves y cuando el desarrollo de la naturaleza se anticipa a ésta edad, podrán los gobernadores de los Estados y el del Distrito, en su caso, permitir el matrimonio entre estas personas".

Artículo 6.- "Se necesita para contraer matrimonio, la licencia de los padres, tutores o curadores, siempre que el hombre sea menor de 21 años, y la mujer menor de 20. Por padres para este efecto, se entenderá también los abuelos paternos. A falta de padres, tutores o curadores, se ocurrirá a los hermanos mayores. Cuando los hijos sean mayores de 21 años pueden casarse sin la licencia de las personas ya mencionadas".

Artículo 9.- "Las personas que pretendan contraer matrimonio, se presentarán a manifestar su voluntad al "encargado" del registro civil del lugar de su residencia. Este funcionario levantará un acta en que conste el nombre de los pretendientes, su edad y domicilio, el nombre de sus padres y abuelos de ambas líneas, haciendo constar que los interesados tienen deseo de contraer matrimonio. De esta acta, que se asentará en un libro, se sacarán copias que se fijarán en los parajes públicos. Por 15 días continuos permanecerá fijada el acta en los lugares públicos, a fin de que llegando la noticia al mayor número posible de personas, cualquiera pueda denunciar los impedimentos que sepa tienen los que pretenden el matrimonio. Cuando se trate de personas que no tienen domicilio fijo, el acta permanecerá en los lugares públicos por dos meses".

Artículo 10.- "Pasados dichos términos, y no habiéndose objetado impedimento alguno a los pretendientes, el "oficial" del registro civil lo hará constar así, y a petición de las partes se señalará el lugar, día y hora en que debe celebrarse el matrimonio".

Artículo 15.- "El día designado para celebrar el matrimonio ocurrirán los interesados al "encargado" del registro civil, y éste, asociado del alcalde del lugar y dos testigos más por parte de los contrayentes, preguntará a cada uno de ellos, expresándolo por su nombre, si es su voluntad unirse en matrimonio con el otro. Contestando ambos por la afirmativa, les leerá los artículos 1, 3 y 4 de ésta Ley y haciéndoles presente que formalizado ya la franca expresión del consentimiento y hecha la mutua tradición de las personas, queda perfecto y concluido el matrimonio, les manifestará: Que éste es el único medio de fundar la familia, de conservar la especie y de suplir las imperfecciones del individuo que no puede bastarse a sí mismo para llegar

a la perfección del género humano. Que los casados deben ser y serán sagrados el uno para el otro, aún más de lo que es cada uno para sí. Que el hombre cuyas dotes "sexuales" son principalmente el valor y la fuerza, debe dar y dará a la mujer, protección, alimento y dirección, tratándola siempre como a la parte más delicada, sensible y fina de sí mismo, y con la mangamidad y benevolencia generosa que el fuerte debe al débil, esencialmente cuando éste se entrega a él, y cuando para la sociedad se le ha confiado. Que la mujer, cuyas principales dotes son la abnegación, la belleza, la comprensión, la perspicacia y la ternura, debe dar y dará al marido obediencia, agrado, asistencia, consuelo y consejo, tratándolo siempre con la veneración que se debe dar a la persona que nos apoya y defiende, y con la delicadeza de quien no quiere exasperar la parte brusca, irritable y dura de sí mismo. Que el uno y el otro se deben y tendrán respeto, deferencia y fidelidad, confianza y ternura, y ambos procurarán que lo que el uno se esperaba del otro al unirse con él, no vaya a desmentirse con la unión. Que ambos deben prudenciar y atenuar sus faltas. Que nunca se dirán injurias, porque las injurias entre los casados deshonoran al que las vierte, y prueban su alta de tino o de cordura en la elección, ni mucho menos se maltraten de obra, porque es villano y cobarde abusar de la fuerza. Que ambos deben prepararse con el estudio y amistosa y mutua corrección de sus defectos, a la suprema magistratura de padres de familia, para que cuando lleguen a saberlo, sus hijos encuentren en ello buen ejemplo y una conducta digna de servirles de modelo. Que la doctrina que inspiren a estos tiernos y amados lazos de su afecto, hará su suerte próspera o adversa; y la felicidad o desventura de los hijos será la recompensa o el castigo, la ventura o la desdicha de los padres. Que la sociedad bendice, considera y alaba a los buenos padres, por el gran bien que le hacen dándoles buenos y cumplidos ciudadanos; y la misma censura y desprecia

debidamente a los que, por abandono, por mal entendido cariño, o por su mal ejemplo, corrompen el depósito sagrado que la naturaleza les confió, concediéndoles tales hijos. Y por último, que cuando la sociedad ve que tales personas no merecían ser elevadas ala dignidad de padres, sino que solo debían haber vivido sujetas a tutela, como incapaces de conducirse dignamente, se duele de haber consagrado con su autoridad la unión de un hombre y una mujer que no han sabido ser libres y dirigirse por sí mismos hacia el bien".

Los artículos 2, 7 y 8 no se comentan.

Se definió al matrimonio como un contrato civil y se establecieron como características del mismo la indisolubilidad y la monogamia.

Sólo se permitió la separación de cuerpos y el matrimonio entre un solo hombre con una sola mujer.

Asimismo, se recomendó la celebración del matrimonio civil a los jueces del estado civil.

El Licenciado Esteban Calva en su obra institucional de Derecho Civil, página 75, sin editorial, nos dice: "El matrimonio es sin duda alguna, el contrato más antiguo que existe entre los hombres y siendo la base de la familia es a su vez el fundamento de la sociedad, sin el cual sería imposible concebir su formación, y puesto que la sociedad conyugal se considera como el principio necesario de ella, es indudable que el matrimonio es la más respetable de las instituciones humanas. Ella es el elemento más poderoso del orden en el Estado, porque es la que conserva unidos a los hombres con los lazos más duraderos; foco de las aspiraciones del individuo, constituye un centro de acción y vida para el desarrollo de lo que mira el bienestar humano, y

cultivando en su seno cuanto se relaciona con la felicidad de sus miembros, constituye poderosamente el sostenimiento de las sociedades".

La importancia del matrimonio ha existido siempre en diversos pueblos, y en razón de tal se añadía a su celebración diversos ritos, que les daban a los ojos de los contrayentes, gran importancia; posteriormente fue la religión católica, la que hizo santa la unión del varón y la mujer; y elevó al matrimonio a la categoría de sacramento.

De acuerdo a lo establecido en las Leyes de Reforma, el matrimonio se celebraba según las doctrinas de la Iglesia, quien juzgaba por medio de sus tribunales eclesiásticos todo lo relacionado con dicho contrato. El contrato así celebrado, surtía todos los efectos civiles por expresa determinación de esas leyes, las cuales estaban ajustadas en todo a los cánones y constituciones eclesiásticas. Una vez declarada la independencia de la Iglesia y del Estado, como consecuencia necesaria debía separarse el contrato civil del sacramento del matrimonio y así lo declaró la Ley del 23 de julio de 1859. Las disposiciones de esta ley estuvieron vigentes en el Distrito Federal y Territorio de Baja California, hasta el 12 de mayo de 1871 en que se promulgó el Código Civil.

Código Civil de 20 de diciembre de 1870:

La redacción de este Código estuvo encargada a un comisión especial formada por los señores Licenciados D. Mariano Yáñez, D. José Ma. Lafragua, D. Isidro Montiel y Duarte y D. Rafael Dondé, siendo aprobado el proyecto el 20 de diciembre de 1870 y que entró en vigor el 12 de mayo de 1871; en su parte conducente expresa:

Artículo 159.- "El matrimonio es la sociedad legítima de un solo hombre como una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida".

Artículo 161.- "El matrimonio debe celebrarse ante los funcionarios que establece la ley y con todas las formalidades que ella exige".

Artículo 162.- "Cualquier condición contraria a los fines esenciales del matrimonio, se tendrá por no puesta".

Artículo 165.- "Los hijos de ambos sexos que no hayan cumplido 21 años, no pueden contraer matrimonio sin el consentimiento del padre, o en defecto de éste, sin el de la madre, aún cuando esta haya pasado a segundas nupcias".

Artículo 166.- "A falta de padres, se necesita el consentimiento del abuelo paterno; a falta de éste, el del materno; a falta de ambos, el de la abuela paterna, y a falta de ésta, el de la materna".

Artículo 167.- "Faltando padres y abuelos, se necesita el consentimiento de los tutores".

Artículo 168.- "A falta de tutores, el juez de primera instancia del lugar suplirá el consentimiento".

El Código Civil definió el matrimonio como la sociedad legítima de un solo hombre con una sola mujer.

A diferencia de los demás contratos en los que no se hace necesaria la intervención de ningún funcionario, en el matrimonio dicha intervención es necesaria, para que de una manera solemne conste la celebración del mismo y se legitime en nombre de la sociedad.

Uno de los fines del matrimonio es la procreación de la especie y por consiguiente, cualquier pacto en contra del mismo se tendrá por no puesto y el matrimonio se declarará válido.

"Realizada la sociedad conyugal en virtud de haberse celebrado el contrato de matrimonio conforme a las leyes, los esposos se unen para llevar una vida común y ayudarse mutuamente en todas las penas y peligros; de aquí nacen necesariamente relaciones entre los cónyuges, que colocándolos en situaciones determinadas respecto de la familia, exigen de cada uno el cumplimiento de los deberes que la naturaleza y la ley han sancionado; más como la idea del deber trae consigo la del derecho, por ser correlativas, ambos esposos tienen derechos que disfrutar y obligaciones que cumplir; derechos y obligaciones que la ley ha querido consignar, atendiendo a la diversidad del sexo y el lugar que por ella corresponde a cada uno de los esposos". (11)

Artículo 198.- "Los cónyuges están obligados a guardarse fidelidad, a contribuir cada uno por su parte a los objetivos del matrimonio y a socorrerse mutuamente".

Artículo 199.- "La mujer debe vivir con el marido".

Artículo 200.- "El marido debe dar alimentos a la mujer, aunque ésta no haya llevado bienes al matrimonio".

Artículo 201.- "El marido debe proteger a la mujer, ésa debe obedecer a aquél, así en lo doméstico como en la educación de los hijos y en la administración de los bienes".

(11) Esteban Calva. Ob. Cit. Págs. 93 y 94.

Artículo 202.- "La mujer que tiene bienes propios, debe dar alimentos al marido, cuando éste carece de aquéllos y está impedido para trabajar".

Artículo 204.- "La mujer está obligada a seguir a su marido si éste lo exige, donde quiera que establezca su residencia, salvo pacto en contrario celebrado en las capitulaciones matrimoniales. Aunque no haya ese pacto, podrán los tribunales con conocimiento de causa, eximir a la mujer de esta obligación, cuando el marido traslade su residencia a país extranjero".

Artículo 205.- "El marido es el administrador legítimo de todos los bienes del matrimonio, pero si fuere menor de edad, necesitará la autorización del que la emancipó, y a falta de éste, de la del juz para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces o de un tutor para los negocios judiciales (art. 692, II y III)".

Artículo 206.- "El marido es el representante legítimo de su mujer. Esta no puede sin su licencia, dad por escrito comparecer en juicio por si o por procurador, ni aún para la prosecución de los pleitos comenzados antes del matrimonio y pendientes en cualquier instancia al contraerse éste; más la autorización dada, sirve para todas las instancias, a menos que sea especial para una sola, lo que no se presume, si no se expresa".

Artículo 207.- "Tampoco puede la mujer, sin licencia o poder de su marido adquirir por título oneroso o lucrativo; enajenar sus bienes u obligarse".

De todo lo anterior, se desprende que el Código Civil de 1870, estableció la obligación para ambos cónyuges de guardarse fidelidad, contribuir con los objetos

del matrimonio y socorrerse mutuamente, no obstante esto, no precisó que debía entenderse por fidelidad y estableció una obligación no definida.

Estableció también, en sus artículos 199, 201, 204 a 207, la potestad marital concedida al marido.

Código Civil de 1884:

El Código Civil de 1884 que sustituyó al Código Civil de 1870, introdujo como única variable el principio de la libre testamentifacción, que abolió la herencia forzosa y suprimió el régimen de las "legítimas" en perjuicio principalmente de los hijos de matrimonio.

2.5.- En la Ley de Relaciones Familiares de 1917:

Esta ley cambió todos los conceptos hasta entonces habidos en el matrimonio, ya que estableció entre otras cosas, lo siguiente:

Artículo 13.- "El matrimonio es un contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo disoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida".

Artículo 18.- "Sólo pueden contraer matrimonio, el hombre que ha cumplido 16 años y la mujer que ha cumplido 14. El Gobernador del Distrito Federal o de un Territorio puede conceder dispensa de edad en casos excepcionales por causas graves y justificadas, siempre que el hombre tenga 12 años cumplidos".

Artículo 41.- "La mujer debe vivir con su marido, pero no estará obligada a hacerlo cuando éste se ausentare de la República, o se estableciere en lugar insalubre, o en lugar no adecuado a la posición social de aquélla".

Artículo 42.- "El marido debe dar alimentos a la mujer y hacer todos los gastos necesarios para el sostenimiento del hogar; pero si la mujer tuviere bienes propios, o desempeñare algún trabajo o ejerciere alguna profesión, o tuviere algún comercio, deberá también contribuir para los gastos de la familia, siempre que la parte que le corresponda no exceda de la mitad de dichos gastos, a menos que el marido estuviere imposibilitado para trabajar o no tuviere bienes propios, pues entonces todos los gastos serán por cuenta de la mujer y se cubrirán con los bienes de ésta".

Artículo 43.- "El marido y la mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales; por lo mismo, de común acuerdo arreglarán todo lo relativo a la educación y establecimiento de los hijos, y la administración de bienes que a éstos pertenezcan.

En el caso de que el marido y la mujer no estuvieren de acuerdo sobre alguno de los puntos indicados, el Juez de Primera Instancia del lugar, sin forma ni solemnidad alguna procurará ponerlos de acuerdo, y en caso de que no lo lograre, resolverá lo que fuere más conveniente al interés de los hijos".

Artículo 44.- "La mujer tiene por obligación de atender a todos los asuntos domésticos; por lo que ella será la especialmente encargada de la dirección y cuidado de los hijos y del gobierno y dirección del servicio del hogar".

Artículo 45.- "El marido y la mujer tendrán plena capacidad, siendo mayores de edad para administrar sus bienes propios, disponer de ellos y ejercer todas las acciones que competan, sin que al efecto necesite el esposo del consentimiento de la esposa ni ésta de la autorización o licencia de aquél".

Artículo 46.- "La mujer, siendo mayor de edad, podrá, sin licencia del marido, comparecer en juicio para ejercitar todas las acciones que le correspondan, o para defenderse de las que se intenten en contra de ella". -

Artículo 47.- "La mujer puede, igualmente, sin la necesidad de la licencia marital, celebrar toda clase de contratos con relación a sus bienes". -

Artículo 48.- "La mujer no podrá, en ningún caso, contratar con el marido para transmitirle o adquirir de él bienes raíces, derechos reales o de cualquiera otra clase. Tampoco podrá ser fiador del marido ni obligarse solidariamente con él en asuntos que a éste correspondan".

Artículo 49.- "La mujer casada, mayor de edad, puede dar poder a su marido para que administre los bienes que le pertenezcan, o los bienes que poseyere en común; pero podrá revocar dicho poder cuando así le convinieren. En este caso, la mujer podrá exigir cuentas al marido en cualquier tiempo, exactamente lo mismo que si se tratase de un mandatario extraño".

Artículo 50.- "El marido y la mujer, durante el tiempo del matrimonio, podrán ejercitar aquél contra ésta y ésta contra aquél todas las acciones que les correspondan con anterioridad al matrimonio o que adquieran durante éste

a título de herencia. No obstante esta disposición, la prescripción entre los consortes no correrá durante el tiempo del matrimonio".

De la transcripción de tales artículos, se deduce que la Ley de Relaciones Familiares de 1917, formuló el mismo concepto de matrimonio del Código Civil de 1870, substituyéndose el adjetivo de indisoluble por el de disoluble; introduciendo el divorcio vincular en la legislación civil.

Se aumentó la edad requerida para contraer matrimonio tomando en consideración el desarrollo fisiológico y moral para cumplir con las funciones encomendadas en el matrimonio.

Se suprimió la potestad marital y se confirió la patria potestad a ambos cónyuges, estableciéndose la igualdad entre el hombre y la mujer dentro del matrimonio.

Por lo que toca a los demás deberes recíprocos de los cónyuges se repitieron los artículos de los Códigos Civiles de 1870 y 1884.

2.6.- En el Código Civil de 1928 (vigente).

El Código Civil de 1928 siguió los mismos lineamientos de la Ley de Relaciones Familiares, pero agregó como variante: que los futuros cónyuges anexaran a la solicitud de matrimonio el certificado prenupcial.

Y lo más sobresaliente, para nuestra posición, suprimió la definición que de matrimonio se habían dado en los anteriores códigos civiles, a decir: el de 1859, 1870 y 1884.

2.7.- En las Reformas al Código Civil Vigente.

Podemos sintetizar, diciendo que de las siete reformas que se le han hecho al Código Civil de 1928, durante los años de 1954, 1969, 1971, 1973, 1974, 1975 y 1983, no se han introducido cambios de fondo en los preceptos relativos a los requisitos para celebrar el matrimonio, ni en los que establecen los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio. Sólo se han derogado algunos artículos, o se ha cambiado la expresión o la terminología de los mismos, como lo señalaré en el siguiente punto.

2.8.- Similitudes y Diferencias entre el Matrimonio y el Concubinato.

El objeto principal del derecho de familia es la familia de derecho y las diferentes relaciones que la estructuran.

En tal virtud, se pueden distinguir dos especies de familia:

- a).- La familia natural, que se funda en la unión - de hecho de un hombre y una mujer, de carácter inestable y que da origen a relaciones jurídicas sólo con respecto a los hijos nacidos de dicha unión.
- b).- La familia legítima, que se funda en la unión natural y legal de un hombre y una mujer, de - carácter estable y crea siempre relaciones jurídicas con respecto a los hijos nacidos de -- esa unión.

Nuestros Códigos Civiles de 1870 y 1884, no establecieron disposición alguna sobre el concubinato. No obstante esto, encontramos que el derecho romano reglamentó el concubinato, reconociéndole a esta situación jurídica, la producción de ciertos efectos.

La cohabitación por tiempo prolongado, como marido y mujer - en el caso de que ambos fueran célibes y púberes - fue suficiente para que en roma se aceptara una figura similar al matrimonio - el matrimonio por usus -, a través del cual podían regularizarse ante el derecho, las relaciones entre quienes vivían en esa situación; adquiriendo así aquel estado de hecho, con las consecuencias propias del matrimonio.

En el Código Civil de 1928, actualmente en vigor, se ha reconocido efectos de derecho producidos por el concubinato, atribuyendo ciertos derechos de carácter económico a la concubina y algunos otros, en relación con la investigación de la paternidad, respecto de los hijos de los concubenarios.

La cohabitación entre un hombre y una mujer, la vida en común más o menos prolongada y permanente, es un hecho lícito que produce efectos jurídicos, pero requiere, para que el concubinato sea reconocido como tal, que los concubinos sean célibes, ya que, la unión sexual que exista entre un hombre y una mujer, cuando alguno de ellos o ambos son casados, constituye el delito de adulterio.

Ahora bien, existen diferencias entre el matrimonio y el concubinato, de las cuales señalaré las siguientes: el matrimonio produce plenitud de efectos jurídicos, derechos y obligaciones, facultades y deberes, tanto, entre los cón-

yuges y con relación a los hijos, que da lugar al parentesco por afinidad y se proyecta sobre los bienes de ambos consortes, en cambio los efectos producidos en razón del concubinato son limitados. El matrimonio es un acto y un estado que el derecho sanciona y protege plenamente.

La disolución del vínculo matrimonio, es reconocida en nuestro derecho por medio del divorcio, pero éste ha de ser pronunciado por un órgano del poder público; mientras que el concubinato puede ser disuelto, en cualquier momento por voluntad de alguno de los concubinos, sin que el derecho intervenga para procurar el mantenimiento de esa situación de hecho, cuya solidez y permanencia es jurídicamente indiferente y queda abandonada a la sola voluntad de los concubinos.

El concubinato o unión libre como situación de hecho, no está reglamentado por el derecho. Dicho ordenamiento jurídico sólo se ocupa de algunas de las consecuencias que derivan de ese tipo de uniones irregulares, en protección de los intereses particulares de la concubina y de los hijos habidos durante esa unión.

A pesar de que se ha dicho mucho sobre la igualdad de derechos de los hijos legítimos y de los hijos ilegítimos o naturales, como son el derecho al apellido del padre o madre, según lo reconozcan ante el Juez del Registro Civil; a los alimentos y a la herencia; es necesario considerar que hay un derecho que por principio general sólo corresponde a los hijos legítimos para vivir en el hogar común de sus dos padres y recibir de ellos ahí una educación integrada y coherente, derecho que, en cambio no tienen los hijos naturales, tanto porque no existe vínculo recíproco alguno entre los dos progenitores que los obligue a vivir

juntos, como porque la relación jurídica de los hijos con sus padres, no sólo depende del reconocimiento de éstos o en su caso del resultado de la investigación de la paternidad, sino que además ni el reconocimiento, impondrá el deber de llevar a sus hijos naturales a hacer vida en común. (Artículo 360 C.C.)

No obstante que el concubinato es una situación de hecho, nuestro Código Civil vigente establece en alguno de su preceptos, derechos para los concubinos y para sus hijos naturales: dichos derechos se encuentran señalados en los siguientes artículos:

382.- "La investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio está permitida:

III.- Cuando el hijo haya sido concebido durante el tiempo en que la madre habitaba bajo el mismo techo con el pretendido padre, viviendo maritalmente..."

Asimismo el artículo 383 establece: "Que 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 en común entre el concubinario y la concubina.

Por otra parte el artículo 389 estatuye: "El hijo reconocido por el padre, por la madre o por ambos tiene derecho:

I.- A llevar el apellido paterno de sus progenitores, o ambos apellidos del que lo reconozca.

II.- A ser alimentado por las personas que lo reconozcan.

III.- A percibir la porción hereditaria y los alimentos que fije la Ley".

Para que el concubinato produzca efectos es necesario:

a).- Que los concubinos, durante todo el tiempo que vivieron juntos hayan permanecido libres de matrimonio.

b).- El concubino y la concubina tienen derecho a pedir alimentos en la sucesión testamentaria de la persona con quien el testador vivió en concubinato durante los últimos cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o con quien tuvo hijos si el acreedor alimentario está impedido para trabajar y no tenga bienes suficientes y no contraiga nupcias, y observe buena conducta (Artículo 1368 fracción V, C.C.)

A su vez el Artículo 1635 del ordenamiento legal dispone que la concubina tendrá derecho a heredar siempre y cuando haya vivido con el autor de la herencia como marido y mujer durante los últimos cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o con quien tuvo hijos, siempre que hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato.

Por otra parte la nueva Ley Federal del Trabajo establece en su artículo 501 lo siguiente: "Tendrá derecho a recibir la indemnización en los casos de muerte:

III.- A falta de cónyuge supérstite, concurrirá la persona con quien el trabajador vivió como si fuera su cónyuge durante los últimos cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte, o con la que tuvo hijos, siempre que ambos hubieran permanecido libres de matrimonio durante el concubinato".

Asimismo la Ley del Seguro Social vigente establece en sus artículos 72 y 152 lo siguiente: "En los casos de pensión por riesgo de trabajo, sólo a falta de esposa tendrá derecho a recibir la pensión la mujer con quien el asegurado 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 hubieran permanecido libres de matrimonio durante el concubinato. Si al morir el asegurado tenía varias concubinas, ninguna de ellas gozará de pensión.

Tendrá derecho a la pensión de viudez la que fue esposa del asegurado o del pensionado.

A falta de esposa, tendrá derecho a recibir la pensión, la mujer con quien el asegurado o pensionado vivió como si fuera su marido, durante los cinco años que precedieron inmediatamente a la muerte de aquél o con la que hubiera tenido hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres del matrimonio durante el concubinato. Si al morir el asegurado o pensionado tenía varias concubinas, ninguna de ellas tendrá derecho a recibir la pensión".

La Ley de la Reforma Agraria Vigente señala en su artículo 81, la facultad que tiene el ejidatario de designar a quien deba sucederle en sus derechos sobre la unidad de dotación y en los demás inherentes a su calidad de eji-

datario, de entre su cónyuge e hijos, y en defecto de ellos, a la persona con la que haga vida marital, siempre que dependan económicamente de él. Deberá formular una lista de sucesión, en la que consten los nombres de las personas y el orden de preferencia conforme al cual deba hacerse la adjudicación de derechos a su fallecimiento.

La misma Ley establece en su artículo 82 que en caso de que el ejidatario no haya hecho designación de sucesores, o cuando ninguno de los señalados pueda heredar por imposibilidad material o legal, los derechos agrarios se transmitirán de acuerdo con el siguiente orden de preferencia:

- a).- El cónyuge que sobreviva;
- b).- A la persona con la que hubiera hecho vida marital y procreado hijos;
- c).- A uno de los hijos del ejidatario;
- d).- A la persona con la que hubiera hecho vida marital durante los dos últimos años; y
- e).- A cualquiera otra persona de las que dependan económicamente de él.

En relación al concubinato el Mtro. Rafael Rojina Villegas nos dice lo siguiente: "Parece inmoral y escandaloso sostener que el concubinato con determinadas condiciones, surta efectos semejantes al matrimonio, al darle derecho a la concubina para heredar y para exigir alimentos. Pero si meditamos que exigiendo el legislador un conjunto de requisitos, tales como el estado de hecho que debe caracterizar a todo estado civil, el nombre y trato que se dan los concubinos en familia y en sociedad para reputarse marido y mujer; una estabilidad, una permanencia, una cierta publicidad, para que no sea un hecho clandestino, ocul-

to, manteniendo esa relación marital en la sombra; una condición de fidelidad de la concubina, esencial, para presumir que los hijos de ella son hijos del concubinario; el requisito de la singularidad para que sólo exista una concubina, y el fundamento de la capacidad, para que no medien los impedimentos que originan la nulidad del matrimonio o bien, que impiden la celebración del mismo; y, finalmente una condición de moralidad, que toda ley en ensayo de equiparación debe exigir; si tomamos en cuenta todos los requisitos no nos parece que se desconozca, ni la santidad del matrimonio para quienes tienen la idea del matrimonio como sacramento, ni tampoco el rango mismo que en el derecho civil debe tener la unión matrimonial sobre las uniones no matrimoniales. Y en cambio, logramos una solución que nos parece justa, para poder garantizar a la mujer que ha formado una familia, que ha sido fiel, que le ha dado hijos al concubinario, que tiene el requisito de capacidad para unirse en matrimonio, la misma condición jurídica de la esposa en cuanto a los derechos que puede exigir frente al marido y con relación a los hijos. Nótese que sólo hay una diferencia formal entonces entre el concubinato y el matrimonio: El matrimonio simplemente difiere de esta unión en que, la voluntad se ha manifestado ante el Juez del Registro Civil y se ha firmado un acta, es decir, es una cuestión simplemente de solemnidad. En la unión de hecho, la voluntad se ha manifestado día a día, con esta ventaja sobre el matrimonio: que siendo al principio una unión que en cualquier momento puede disolverse, ha logrado permanencia, ha logrado estabilidad, es decir: hay sinceridad, hay espontaneidad en la unión. Y si esa unión tiene socialmente la importancia de ser base de una familia, si ha habido hijos, si la concubina se mantiene en una conducta igual a la de la esposa, no vemos la razón por la cual no venga la ley en auxilio de ella, a reconocer determinados derechos. Por

ejemplo, el derecho a alimentos, para que no pueda ser abandonada en cualquier momento y cuando quiera el concubino. Existe ya una familia formada y el legislador no puede permanecer indiferente ante este hecho". (12)

En mi opinión, se han establecido alguna ventajas a este tipo de uniones y las cuales redundan en perjuicios para el matrimonio; basta mencionar como ejemplo, el hecho de que en el concubinato, los concubenarios no requieren de autorización judicial para contratar entre sí, derecho del cual carecen los cónyuges (artículos 173 y 174 C.C.). Por otro lado las donaciones otorgadas entre concubenarios se mantienen firmes e irrevocables: más sin embargo, en el matrimonio dichas donaciones pueden ser revocadas por el cónyuge donante (artículos 232 y 233 C.C.). También en los casos de disolución de la relación, se nota clara diferencia; en el concubinato basta la simple voluntad de alguno de los concubinos para quedar en absoluta libertad para unirse a otra persona; separación que en el matrimonio no procede, si no es por medio de una resolución que declare disuelto el vínculo matrimonial. Mediante sentencia dictada por un Juez del Registro Civil o de Primera Instancia.

No estoy de acuerdo en estas ventajas, dada la superioridad del matrimonio sobre cualquier otro tipo de unión, y sobre todo si consideramos que el matrimonio es el único medio de fundar la familia legítima.

(12) Rojina Villegas Rafael. Ob. cit. Pag. 380-381.

2.9.- Sistemas Matrimoniales.

Los diferentes criterios que los diversos ordenamientos jurídicos muestran, en orden a la determinación de las clases y formas matrimoniales, configurados, principalmente, en orden a la circunstancia de que se exija o no la forma solemne y al carácter religioso o secular de la forma. A continuación se expone una clasificación atendiendo a la distinción entre clases y formas y, dentro de éstas a las diversas modalidades de expresión del consentimiento y recepción del mismo.

José Pere Raluy, en su obra Derecho del Registro Civil Tomo II de la Editorial Aguilar, Madrid 1963, página 655, nos da una clasificación de los diferentes sistemas matrimoniales:

"I.- Sistemas que no admiten más que una clase de matrimonio: Son los más generalizados. Se caracterizan por que el matrimonio se encuentra sometido, en cuanto al fondo, a un régimen unitario establecido por la Ley Civil directamente, la que determina los presupuestos y requisitos del matrimonio, así como el régimen de disolución y separación del mismo, la jurisdicción competente, etc. Ofrece este sistema, variantes por razón de la forma:

- a).- Con forma única.- La mayoría de las legislaciones matrimoniales, no reconocen otra forma matrimonial que la civil, negando todo valor al matrimonio religioso, cualquiera que sea la confesión en que se contraiga; el sacramento de muchos países llega, incluso, a prohibir la celebración del matrimonio religioso antes del civil (éste es el sistema que predomina en Europa).

b).- Con pluralidad de formas.- Es un sistema típicamente anglosajón y su más claro exponente se halla constituido por el Acta Matrimonial Inglesa de 1949, en la que se establece una amplísima gama de formas, una civil, las demás religiosas, para la celebración del matrimonio, siendo facultativo, para los contrayentes, la elección de una u otra. Por ejemplo, en algunos estados de los E.E.U.U. admite incluso la validez del matrimonio meramente consensual, es decir: el perfeccionado por el mero consentimiento de los contrayentes sin necesidad de que dicho consentimiento se solemnice con formalidades especiales.

II.- Sistemas que reconocen una pluralidad de clases de matrimonio. Se divide en dos grupos:

a).- Sistemas en que se reconocen a los contrayentes plena libertad de elección.- Es el sistema vigente en la mayor parte de los países con Concordato en la Santa Sede, en que se ha reconocido la eficacia del matrimonio canónico (Portugal, Italia, República Dominicana). Con arreglo a las legislaciones de este grupo, los contrayentes pueden decir, libremente, entre contraer el matrimonio civil, sometido íntegramente a la legislación secular, y el matrimonio eclesiástico y cumulativamente a ciertas reglas de derecho secular; claro es que el matrimonio civil puede ser contraído en dichos Estados por cualquier persona, católica o no, en tanto que el canónico, se halla reservado por el Código de Derecho Canónico a los súbditos de la iglesia.

- b).- Sistemas en que se halla legalmente predeterminada la clase de matrimonio aplicable en cada caso. Es el sistema propio del derecho canónico, que si bien reconoce, junto al matrimonio confesional, un matrimonio legítimo, para quienes no se encuentren obligados a observar en su enlace las prescripciones del derecho canónico, establece rígidamente la línea de separación entre el campo de aplicabilidad de una y otra clase de matrimonio". (13)

Una vez analizado los diversos sistemas matrimoniales que existen; se concluye de lo anterior, que México ha optado por el sistema civil obligatorio, es decir: toda unión matrimonial deberá sujetarse a las formalidades de la ley sustantiva, tanto en su forma como en su fondo, de lo contrario, será nula dicha unión.

(13) José Pere Raluy. Ob. cit. Pag. 656.

C A P I T U L O I I I

NATURALEZA JURIDICA DEL MATRIMONIO

- 3.1.- El Matrimonio como Institución
- 3.2.- El Matrimonio como Acto Jurídico Condición
- 3.3.- El Matrimonio como Acto Jurídico Mixto
- 3.4.- El Matrimonio como Contrato Ordinario
- 3.5.- El Matrimonio como Contrato de Adhesión
- 3.6.- El Matrimonio como estado Jurídico
- 3.7.- El Matrimonio como Acto del Poder Estatal
- 3.8.- El Matrimonio como Acto-Unión

NATURALEZA JURIDICA DEL MATRIMONIO

Concluída la fugaz visión histórica que he expuesto, y analizado el tema de requisitos, fines, derechos y obligaciones del matrimonio, entraré ahora, al examen de la naturaleza jurídica del matrimonio, no sin antes mencionar que sobre éste interesante tema, se ha controvertido en grado superlativo las opiniones, y que, tal vez la divergencia provenga del distinto ángulo con que se contemple el asunto.

El matrimonio desde el punto de vista exclusivamente jurídico ha sido considerado, según las distintas posiciones doctrinarias, en las siguientes concepciones:

3.1.- El Matrimonio como Institución.

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". (14)

Von 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". (15)

(14) Rojina Villegas. Derecho Civil Mexicano. Tomo II. Derecho de Familia. Ed. 5ª. Edit. Porrúa. México 1980. Pag. 210

(15) Von Ihering, citado por Rojina Villegas Ob. cit. Pag. 211.

Para el citado autor, el enlace de las normas es de carácter teleológico, es decir, en razón de sus finalidades. El sostiene el punto de vista de que 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. 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.

También puede entenderse el matrimonio como una "institución" de acuerdo con las ideas de Hauriou, quien nos dice que 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". (16)

"El matrimonio como idea de obra, o sea como institución, que significa la común finalidad que persiguen los consortes para constituir de esta forma la familia y por ende realizar un estado de vida permanente, entre los mis-

(16) Hauriou, citado por Rojina Villegas.
Ob. cit. Pag. 211

mos. Y en cuanto a ese Poder que otorga el Estado para mantener la unidad y dirección dentro del grupo, podrá estar representado por ambos cónyuges, asumiendo igual autoridad como ocurre en el sistema mexicano o, en su defecto, podrá quedar depositada toda la autoridad exclusivamente en el marido". (17)

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.

(17) *Rojina Villegas. Ob. Cit. Pag. 211*

Para Roberto de Ruggiero, "el matrimonio es institución fundamental del derecho de familia, porque el concepto de familia reposa en el de matrimonio como supuesto y base necesarias. De él derivan todas las relaciones, derechos y potestades, y cuando no hay matrimonio, sólo pueden surgir tales relaciones, derechos y potestades por benigna concesión y aún así, son estos de un orden inferior o meramente asimilados a los que el matrimonio genera. La unión del hombre y de la mujer sin matrimonio es reprobada por el derecho y degradada al concubinato cuando no lo estima adulterio o incesto; el hijo nacido de unión extramatrimonial es ilegítimo y el poder del padre sobre el hijo natural no es patria potestad, ya que fuera del matrimonio no hay parentesco, ni afinidad, ni sucesión hereditaria, salvo entre padre e hijo. Esta importancia y preeminencia de la institución que hace del matrimonio el eje de todo el sistema jurídico familiar, se revela en todo el derecho de familia y repercute más allá del ámbito de éste. Como la familia es la raíz del Estado y el matrimonio es el origen de aquélla, es indudable que de la sólida estructuración de éste último, dependerá la consistencia y robustez del organismo social, base y condición de la convivencia civil; sin el matrimonio no es concebible una organización duradera de la sociedad. El matrimonio no solamente es institución jurídica, lo es también ética, política y socialmente; y tal es su importancia, que la estructura del organismo social depende de cierto modo de la regulación del matrimonio. Y no sólo influye el derecho de esta estructuración o disciplina del matrimonio, sino también la costumbre y la religión; las tres especies de normas - religiosas, consuetudinarias y jurídicas - se han disputado el dominio de su aplicación y, una de las características más salientes de la historia de la institución fue la lucha mantenida entre la Iglesia y el Estado, afirmando su derecho exclusivo a

regularlo". (18)

El matrimonio no es un contrato, porque no basta que se de en él 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 solo limitan, sino que aniquilan toda autonomía de voluntad, demuestran la radical diferencia que media entre el contrato y el matrimonio.

Contra lo que sucede en los contratos, el matrimonio está sustraído a la libre voluntad de las partes; 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 aún en tal caso está muy limitada. Opuesta a la idea de contrato e inconciliable con ella es la absoluta inaplicabilidad del matrimonio del mutuo disenso; en cambio, no hay contrato que no pueda resolverse si las partes no quieren que el vínculo subsista.

(18) Roberto de Ruggiero. Instituciones de Derecho Civil. Vol. II. Traducción de la 4ª Ed. por Ramón Serrano Suñer. Edit. Reus. Madrid 1931. Pag. 712.

Roberto de Ruggiero continua diciendo: "Ajena también al contrato es la materia sobre que recae el acuerdo matrimonial, ya que no pueden ser objeto de convención contractual relaciones personales y familiares, que son precisamente la materia o el objeto de aquél. Todas las normas de los contratos son inaplicables al matrimonio, y las que parecen aplicables son las relativas al negocio jurídico, del cual constituye una especie al matrimonio. Lo que patentiza sobre todo lo inexactitud de la doctrina contractualista, es la impotencia de los esposos para crear por sí solos el vínculo conyugal; el consentimiento de los esposos es absolutamente ineficaz si no interviene la declaración solemne del Oficial del estado civil; y su función es constitutiva pues una vez, recibiendo la declaración de los contrayentes, los declara cónyuges ante la ley, constituyendo entre ellos la relación matrimonial. Antes de esta declaración del oficial, la de los esposos carece de eficacia, ya que no crea el vínculo matrimonial ni produce ninguna otra relación. Quizás peca de exagerada la opinión de algún autor que atribuye a la voluntad de los esposos al valor de simple supuesto, aunque esencial, privando de toda importancia a la voluntad de los contrayentes; pero, con todo, es indiscutible la preeminencia de la voluntad del Estado, como perfeccionadora de la relación.

Si abandonamos la concepción contractualista, tendremos que considerar al matrimonio como un negocio jurídico complejo, formado mediante el concurso de la voluntad de los particulares y la del Estado. Que no es un acto meramente privado, resulta de la ineficacia del simple acuerdo de los esposos; que no es un puro acto administrativo o un acto público, lo prueba la necesidad de que concurra el acuerdo de los esposos con la declaración del funcionario público representante del Estado.

Así se explica fácilmente porque, siendo suficiente el consentimiento inicial, no basta, en cambio, la simple voluntad de los esposos para disolver el vínculo. La irrevocabilidad e inmutabilidad del matrimonio deriva de que concurriendo como concurre la voluntad de los esposos con la del Estado, no puede después la primera actuar eficazmente por sí sola.

La indisolubilidad del vínculo que pasó del derecho canónico al nuestro, ha cambiado de fundamento, porque ya no se basa en el carácter sacramental del matrimonio; tal indisolubilidad es consecuencia de que constituida la relación y estimando necesario, en consideración a un elevado interés, atribuirle el carácter de perpetuidad, la sustrae a la libre disposición de los esposos como sustrae otros vínculos y poderes familiares". (19)

Julien Bonnetcase hace un análisis de las dos concepciones que son susceptibles de dominar la reglamentación del matrimonio: la concepción del matrimonio-contrato y la del matrimonio-institución.

De la primera dice lo siguiente: "De los trabajos preparatorios del código civil, resulta con evidencia, que los redactores del mismo, a pesar de todos sus esfuerzos no lograron sustraerse a la acción de la idea del matrimonio-contrato. Precisaron que el matrimonio difiere de los otros contratos, pero lo consideraron como un contrato. Empero la idea del matrimonio-contrato es de tal manera contraria a la naturaleza de las cosas, que en realidad, el legislador

(19) Roberto de Ruggiero. Ob. Cit. Pag. 722-725.

de 1804 no la aplicó. La prueba de esto es inicial. Afirma que el Código de Napoleón, considerando en sus reglas positivas, no considera al matrimonio como un contrato. Es cierto, añade, que los representantes de la escuela de la exégesis consagraron en el siglo XIX, la opinión contraria, partiendo de la intención del legislador. Pero hay algo superior a ésta intención: se estima que los textos expresan bajo el golpe de la potencia invisible e irresistible de las cosas. El legislador puede ir inconcientemente sobrepasando asimismo, contra su personal concepción, si ésta es artificial, tal es la victoria de lo real sobre lo ficticio. La reglamentación del matrimonio ofrece de esto uno de los más notables ejemplos, siendo fácil su demostración: basta partir de la idea de contrato tal como ha sido comprendido por el código civil y compararla con el matrimonio tal como también ha sido concebido éste". (20)

"El contrato es reglamentado por el código civil, con motivo del derecho del patrimonio. Por lo tanto, el contrato ha sido considerado por el legislador como esencialmente relativo a la vida social vista desde su aspecto económico. Por otra parte, la reglamentación del contrato está absolutamente dominada por la regla de la autonomía de la voluntad. La voluntad es soberana en la formación, efectos y disolución del contrato. Ahora bien, en los contratos, aún solemnes, el consentimiento constituye su esencia. El Oficial del Registro Civil hace constar el consentimiento en forma apropiada y nada más. Su papel es el de un registrador. La noción de contrato y la del matrimonio

(20) Julien Bonnacase. Elementos de Derecho Civil.
T. I. Edit. José Ma. Cajica.
Puebla, México 1945. Pag. 537

no se avienen; son absolutamente incompatibles. Que la tesis es fundada, resulta, en primer lugar, de las diferencias esenciales presentadas por la formación del matrimonio y la de un contrato ordinario. El matrimonio, se dice, es un contrato solemne. Ahora bien la misión del oficial del Registro Civil no es, de ninguna manera, simplemente la de hacer constar y registrar, en su carácter de funcionario el consentimiento de los esposos. Por el contrario desempeña un papel activo. Recibe, en una declaración unilateral, bajo la forma de una respuesta a una pregunta - por él formulada -, la expresión del consentimiento de cada esposo pronunciando a continuación a nombre de la ley, que están unidos en matrimonio. Empero no es todo. En oposición al contrato en general, el matrimonio no puede celebrarse en cualquier lugar, sino en aquel donde, por lo menos, es conocido uno de los esposos. Continuando con el examen de las condiciones de formación del matrimonio en el Código Civil, comprobamos que las medidas de protección del consentimiento, son menores, que en los contratos. Prueba de ello es la edad matrimonial. Por último, para terminar con el rasgo característico de la formación del matrimonio en oposición a la del contrato, notemos que la representación jurídica está excluida del dominio matrimonial, en tanto que desempeña una función plena en el dominio contractual. De esta manera llegamos a los efectos del matrimonio; si fuera posible la oposición entre el matrimonio y el contrato se revelaría en forma absoluta. Se ha suprimido totalmente la regla de la autonomía de la voluntad, como se demuestra con el artículo 1386 del Código Napoleónico con objeto de que los esposos, no traten bajo la apariencia del contrato de matrimonio, de eludir las prescripciones del legislador, quien estableció que: no pueden los cónyuges derogar, ni los derechos que resultan de la autoridad conyugal en la persona de la mujer y de los hijos, o que correspondan al

marido como jefe, ni los derechos que al cónyuge superviviente concedan los títulos de la patria potestad; de la menor edad, de la tutela y de la emancipación, ni de las disposiciones prohibitivas del presente código. Por demás está insistir sobre la disolución del matrimonio comparada con la de los contratos. Las causas de disolución del matrimonio están rigurosamente reglamentadas por la ley, y entre éstas no se encuentra al consentimiento mutuo. Ni cuando estaba el divorcio por consentimiento mutuo era exacto, en principio, decir que el matrimonio podía disolverse por el sólo consentimiento de los esposos, dada la reglamentación de éste género de divorcio. De acuerdo con la mente del legislador, el matrimonio únicamente podía disolverse por causas precisas y en condiciones, rigurosamente determinadas". (21)

Por lo que respecta a la postura del matrimonio-institución, Bonnacase nos dice: "Si no se ha sabido deducir la tesis matrimonio-institución, el error se debe al culto profesado por el acto jurídico, o si se prefiere el espejismo del contrato. Juristas y filósofos han tenido en mucho al acto jurídico, particularmente al contrato, considerándolo como el supremo motor de la vida social. Por otra parte, la tesis del matrimonio-contrato se basa, en el fondo y en primer lugar, en una confusión debida en parte al término técnico: matrimonio. Obstinadamente se atribuye a este término una significación única y exclusiva, que se advierte en el acto jurídico por el cual se traduce, prácticamente el matrimonio, y así se afirma que quien dice matrimonio, se refiere al contrato. Al hacer esto no sólo se ha perdido de vista lo principal. El matrimonio, es ante

(21) Julien Bonnacase. Ob. cit. Pag. 539.

todo una institución jurídica, en el sentido verdadero del término. Únicamente que ésta institución como tantas otras es puesta en movimiento, por medio de un acto jurídico. Por tanto como he dicho, definir el matrimonio, como un acto jurídico es considerar uno de sus aspectos. En realidad en el matrimonio interviene un acto jurídico, pero este acto no es sino la doble manifestación de voluntad individual que se produce en condiciones determinadas y por medio de la cual dos personas de sexo diferentes se colocan bajo el imperio de la institución del matrimonio. La terminología usada en esta materia es claramente defectuosa. Era necesario distinguir, con tres términos diferentes, tres cosas distintas:

- 1.- El matrimonio, es decir la institución del matrimonio;
- 2.- El acto de matrimonio, es decir, el acto jurídico, que pone en movimiento la institución con respecto a los interesados;
- 3.- El contrato de matrimonio, o convención relativa al patrimonio de los esposos". (22)

Esta triple concepción terminológica se halla consagrada en el Código Civil Vigente para el Distrito Federal. En primer lugar, en el Título V Capítulo II, trata lo relativo a la reglamentación del matrimonio, se refiere esencialmente a éste, considerandolo como Institución. Por el contrario el Capítulo VII intitulado: de las Actas del Matrimonio, se refiere al acto jurídico considerando en cuanto a su forma y fondo. Por último, el contrato de matrimonio es reglamentado por el Capítulo IV Título V.

(22) Julien Bonnecase. Ob. cit. Pag. 540.

Julien Bonnecase continúa diciendo: "Es indiscutible que el matrimonio está destinado al desarrollo individual, moral y social de ese organismo de orden natural, que es la familia, así como a la unión de sexos que constituyen su base. En efecto, la familia es un organismo social, de orden natural basado en la diferencia de sexos, y en la correlativa diferenciación de las funciones, cuya misión suprema es asegurar no sólo la perpetuidad de la especie humana, sino también la única forma de existencia que conviene humana, sino también la única forma de existencia que conviene a sus aspiraciones y específicos caracteres. Ahora bien, considerado en su objeto el matrimonio está constituido por un conjunto de reglas destinadas a coordinar a las aspiraciones biológicas del hombre desde el punto de vista de la perpetuidad y de la vida de la especie, para dar a la familia un estatuto que facilite su desarrollo, bajo los auspicios de la noción de derecho, impidiendo el equilibrio se rompa, que el individuo, valor en sí, se sacrifique en extremo al grupo, lo que por otra parte sería contrario al punto de vista experimental, ya que la naturaleza ha creado, en cierta forma una especie de armonía pre-construída. En otros términos: El matrimonio es una institución constituída por un conjunto de reglas de derecho esencialmente imperativas, cuyo objeto es dar a la unión de los sexos y, por tanto, a la familia, una organización social y moral que corresponda a las aspiraciones del momento y a la naturaleza permanente del hombre, como también a las directrices que en todo momento irradian de la noción de derecho. Tal es, indudablemente, la institución jurídica del matrimonio, en la forma antes definida. Derivada de la naturaleza misma de las cosas, es esencialmente imperativa en todas sus partes, imponiéndose a los intereses exteriormente, exigiendo, para aplicarse, a los mismos su adhesión en la forma de su acto jurídico, sin ninguna discusión o

modificación, únicamente exige una declaración de los interesados lo cual es, inoperante si el oficial del Estado Civil no declara su unión". (23)

En mi opinión, el matrimonio ha sido estructurado por medio de una adaptación a una forma preestablecida, ya sea religiosa o gubernamental, o por costumbres.

De haberse originado por medio de un contrato, su evolución familiar hubiese sido de otra manera, y las cláusulas del "Contrato Matrimonial", habrían sido fijadas por voluntad de las partes y atendiendo a los intereses de cada uno de los cónyuges.

Considero que entre el concepto de contrato e institución hay una clara diferencia. La institución es una idea que otros aceptan y se someten a ella sin que haya posibilidad de cambiar sus partes esenciales y que se establece en forma bien determinada y, que recibe únicamente partidarios. Por otra parte, en el contrato las cláusulas se establecen en el momento en el que el contrato se celebra.

El matrimonio es una institución porque las partes sólo se adaptan a la forma e idea establecida, sin crear modificación o cambio alguno y sin siquiera poder variar la finalidad del matrimonio después de haberlo contraído. La característica de esta institución, consiste en que sólo recibe adhesión en forma individual de la pajera humana.

(23) Julien Bonnecase. Ob. cit. Pag. 542.

3.2.- El Matrimonio como Acto Jurídico Condición.

Para Gastón Jéze el acto-condición consiste: "en colocar un caso individual dentro de una situación jurídica general ya creada de antemano por la ley", como ejemplo de estos casos puede citarse el matrimonio, que consiste en colocar a los contrayentes dentro de la situación jurídica general de cónyuges, ya establecido por el Código Civil. El matrimonio no crea la situación jurídica de que va a ser investido el individuo; ésta situación ya existe y han sido las leyes la que la han creado y reconocido, y el matrimonio no hace otra cosa que investir a un individuo determinado, de los poderes y deberes generales reconocidos por las leyes. Ahora bien, los jueces del Registro Civil no tiene funciones semejantes a las de los notarios, sino - que son los funcionarios investidos por la ley, del poder necesario para colocar, por medio del Acto-Condición del matrimonio los casos individuales de los pretendientes, dentro de la situación jurídica general, ya creada por la ley. (24)

Si una persona, fundándose en que el artículo 130 de la Constitución Federal vigente, dice que el matrimonio es un contrato civil; redacta un contrato matrimonial en que los contrayentes, fijan de acuerdo con su voluntad, sus derechos y obligaciones y hasta la manera de dar por terminado ese contrato, y establecen que su duración será indefinida, pero voluntaria en cuanto a que cualquiera de los contratantes podrá darlo por rescindido en todo tiempo, sin expresión de más causa que la de su voluntad y quedando en

(24) Prontuario de Ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Tomo XLVIII. Lic. Salvador Sánchez Hayhoe. México 1936. Pag. 3296.

aptitud de contraer nuevo matrimonio con distinta persona, para lo cual gestionará en el Registro Civil, la expedición del acta correspondiente con la anotación del caso en la del matrimonio, notificando de ello inmediatamente al otro cónyuge, esto es como si se tratara de un contrato privado, e intenta que el Juez del Registro Civil celebre el matrimonio de acuerdo con dicho contrato, las autoridades de aquél tienen razón fundada para negarse a celebrar dicho matrimonio de acuerdo con dicho contrato, puesto que éste es un acto-condición y el acto-condición no crea la situación jurídica de que va a ser investido el individuo, sino que tal situación existe ya y son las leyes que la han creado y reconocido, y de celebrarse el matrimonio sobre esas bases, se obligaría al Director del Registro Civil, a crear una legislación especial para los contrayentes en esas condiciones, ya que a eso equivaldría la autorización de tal matrimonio, pues únicamente es la ley la que puede reglamentar los derechos y obligaciones de éste, y no la voluntad de las partes.

En mi opinión, el matrimonio no puede ser un acto jurídico condición, ya que la condición como modalidad del acto jurídico es un acontecimiento futuro de realización siempre incierta del cual depende el nacimiento o resolución de los efectos de un acto jurídico. Y el matrimonio no está sujeto para que exista al momento de su celebración a ninguna condición jurídica futura.

3.3.- El Matrimonio como Acto Jurídico Mixto.

Se distinguen en la Doctrina Jurídica, 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 respectivos manifestaciones de voluntad.

Rojina Villegas dice: "el matrimonio es un acto mixto debido a que se constituye no sólo por el consentimiento de los consortes, sino también por la intervención que tiene el Juez 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". (25)

En virtud de que esta teoría es sencilla, no hay necesidad de hacerle comentario alguno.

3.4.- El Matrimonio como Contrato Ordinario.

Esta ha sido la tesis tradicional desde que se separó el matrimonio civil del religioso, pues tanto en el

(25) Rojina Villegas. Ob. cit. Pag. 213.

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.

Marcel Planiol y Georges Ripert, se expresan de la tesis tradicional de la siguiente manera: "Carácter contractual del Matrimonio.- La idea de que el matrimonio es un contrato, es rechazada por numerosas personas. Por lo general, se debe a una preocupación religiosa, porque en la doctrina canónica, la institución del sacramento del matrimonio ha absorbido al contrato. Pero la ley, que estatuye para un pueblo que practica religiones diferentes, y que comprende, al mismo tiempo, a personas que no practican ninguna, no puede hacer suya ninguna concepción religiosa. En otros autores, el error, se debe a una noción inexacta de la naturaleza de los contratos, para quien los contratos son actos esencialmente arbitrarios en todas sus partes, no habiendo ninguno respecto al que algunos de sus elementos, condiciones o efectos sean impuestos por la naturaleza o por la ley". (26)

Aún cuando Planiol y Ripert defienden la tesis contractual del matrimonio, reconocen que éste tiene una naturaleza mixta. Se expresan de la siguiente manera:

"Durante cerca de un siglo, la cuestión de la naturaleza del matrimonio no se planteó, porque la respuesta era casi unánime o indisputada; ya que se consideraba al matrimonio civil como un contrato. Pero desde principios

(26) Marcel Planiol y Georges Ripert.
Tratado Elemental de Derecho Civil. Matrimonio y Familia. Traducción de la 12a Ed. por José Ma. Cajica.
México 1946. Pag. 329.

del siglo XX se ha criticado muy severamente esa concepción y muchos autores han renunciado a ella para sustituirla por otras ideas, la más extendida la cual consiste en considerar al matrimonio como una institución. Se quiere expresar con ello que constituye un conjunto de reglas impuesto por el Estado, que forma un todo y al cual las partes no tienen más que adherirse; una vez dada la adhesión, su voluntad es ya impotente y los efectos de la institución se producen automáticamente. Esta nueva doctrina tiene la ventaja de arrojar una luz viva sobre las condiciones, los efectos y las causas de nulidad del matrimonio. Pero no hay que exagerar la parte de verdad que contenga, ya que si bien es cierto el matrimonio es algo más que un contrato, no hay que olvidar que tiene también naturaleza de contrato".

"El matrimonio es una institución natural y de orden público, y por eso se explica que sea obra del representante del Estado; el oficial del Estado Civil no se conforma con autenticar el acuerdo de voluntad de los esposos, sino que celebra el matrimonio por medio de una fórmula solemne. Por eso se explica también que los esposos no puedan en modo alguno modificar los efectos del matrimonio, ni poner fin a él por el mutuus dissensus y que la teoría de las nulidades del matrimonio, se aparte de las nulidades contractuales en el derecho común. Por eso se justifica finalmente, la aplicación inmediata en materia matrimonial de las leyes nuevas a matrimonios ya celebrados, mientras que los efectos de los contratos celebrados antes de regir determinada ley son respetados en principio por ésta. Pero el matrimonio no deja de ser un contrato al mismo tiempo que una institución. Si la doctrina del siglo XIX no ha puesto suficientemente en claro su carácter de institución, no hay que caer en una reacción exagerada olvidando su carácter contractual. La única concepción que responde a la realidad

de las cosas, es la concepción mixta: el matrimonio es un acto complejo, a la vez contrato e institución del mismo modo que en nuestro derecho antiguo, era considerado por nuestros antiguos autores como un contrato y un sacramento a la vez". (27)

Por su parte Colin y Capitant en su obra Curso Elemental de Derecho Civil. Traducción de José Castán Tobeñas a la 3ª Edición, Madrid 1952 pág. 285, nos dice: "El matrimonio es el contrato civil y solemne por el cual el hombre y la mujer se unen para vivir en común y prestarse mutua asistencia y socorrerse bajo la dirección del marido, y jefe de la familia y del hogar".

Se notará en seguida que esta definición, al determinar los fines del matrimonio, no se refiere más que a aquéllos que presentan un carácter esencial. Pues bien los que celebran un contrato matrimonial pueden perseguir otros fines.

Una definición jurídica, no puede tener en cuenta las intenciones y las situaciones particulares. Esto explica que no se haga entrar en la definición del matrimonio el deseo de perpetuar la especie, es cierto que la procreación de hijos, su educación, su iniciación en la vida en las condiciones más favorables, constituyan a los ojos del moralista y del sociólogo, la más importante función de la institución del matrimonio.

(27) Marcel Planiol y Georges Ripert
Tratado Práctico de Derecho Civil Francés
Traducción Española de Mario Díaz Cruz
Tomo II. Familia. Edit. Cultural, S.A.
Habana, Cuba. 1946. Pags. 57 y 58.

Pero, ¿puede el jurista considerar alguno de estos fines esenciales de la unión conyugal? Creemos que no. En efecto, se observará que nuestra ley, no prohíbe el matrimonio entre personas de edad avanzada; permite también las uniones en artículo mortis, a las cuales el antiguo derecho, por razones muy complejas se mostraba hostil.

Por la misma razón consideraríamos puramente sentimental y literaria una definición que hiciera del amor mutuo una de las obligaciones fundamentales de los esposos, uno de los fines esenciales del matrimonio.

¡Singular tentativa la de aprisionar el amor en una fórmula jurídica! Sin duda, una atracción mutua se adecua a la realización de un gran número de matrimonios. Pero hay muchos otros en que desempeña un papel secundario. Hay quien se casa por amor; pero también hay quien se casa por interés, porque la razón se lo dicta, por ambición, por reconocimiento, por deber. Estas uniones tienen un valor jurídico, y a veces llegan a adquirir una dignidad moral igual a la de los matrimonios por amor.

Sí decimos que el matrimonio es un contrato. Es porque, de una parte, es el resultado de una concordia de voluntades, por otra parte produce obligaciones, ¿no es esto, precisamente la concepción clásica del contrato? Sin embargo, se ha negado la noción tradicional del matrimonio contrato, afirmando que el matrimonio constituye un estado reglamentado por la ley. Si se quiere decir con esto, que el matrimonio no es un contrato como los demás, que la voluntad autónoma de las partes no puede regular libremente sus efectos, ni decidir la disolución, introducir en él modalidades, como puede hacerse en los contratos referentes al patrimonio, no tenemos inconveniente en suscribir estas

afirmaciones de evidencia absoluta. No puede negarse que el matrimonio presenta una importancia infinitamente mayor que la de los contratos corrientes de la vida jurídica como un arrendamiento, una sociedad, un mandato, etcétera. Pero en ello no hay nada exclusivo de la idea de contrato. En toda operación jurídica, la actuación de la voluntad humana tiene por límite el interés general, el orden público. Las partes no siempre pueden hacer que se produzca los efectos que ellas quieren, su libertad, en este respecto está sometida a restricciones aún en ciertos contratos de orden exclusivamente patrimonial, como los relativos a la propiedad inmueble. Con más razón debe estarlo en un contrato como el matrimonio, que interesa a las personas más que a los bienes, y cuyo alcance excede de los intereses de los esposos y se extiende a toda la sociedad, la cual ha podido decirse es siempre parte en todos los matrimonios, aunque se celebren por simples particulares. El matrimonio, además, presenta la particularidad de que crea un estado, como también la adopción. Por consiguiente, hay que seguir considerando el matrimonio como un contrato.

En nuestros textos legales a saber: Constitución de 1917, Ley de Relaciones Familiares y Código Civil de 1928 han venido insistiendo en la naturaleza contractual del matrimonio.

El artículo 130 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos nos dice: "El matrimonio es un contrato civil. Este y los demás actos del estado civil de las personas son de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil, en los términos prevenidos por las leyes, y tendrán la fuerza y validez que las mismas les atribuyen".

Por otra parte, la Ley de Relaciones Familiares, en su artículo 13 establecía lo siguiente: "El

matrimonio es un contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo disoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida".

Ya nuestro Código Civil vigente no contiene una definición del matrimonio, de tal manera que no se le considera expresamente como un contrato, no obstante algunos preceptos aluden al mismo dándole la categoría de contrato.

En mi opinión, el matrimonio no es un contrato, no es suficiente el acuerdo de voluntades para afirmar sin más, que éste sea un contrato, pues a diferencia de lo que sucede en los contratos, el matrimonio está sustraído a la libre voluntad de las partes, las cuales no pueden disciplinar la relación conyugal de modo contrario al establecido en la ley, sólo son libres para establecer, también dentro de ciertos límites, el régimen patrimonial respecto de sus bienes. Por otra parte, el mutuo disenso como principio rector de los contratos es inaplicable al matrimonio. Por estas razones, el concepto de contrato no explica la naturaleza del acto.

3.5.- El Matrimonio como Contrato de Adhesión.

Como una modalidad de 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 aquéllos 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 ele-

mentos 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. 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 sólo su voluntad para el efecto de ponerlo en movimiento y aplicarlo. En cuanto a los contratos de adhesión se ha sostenido que en realidad prevalece la voluntad de una de 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, pero respecto al matrimonio, no se puede sostener que prevalezca la voluntad de una parte sobre la de la otra, sino que es la voluntad del Estado expresada en la ley la que se impone, de tal manera que ambos consortes simplemente se adhieren a la misma para aceptar en sus términos la regulación legal.

De lo anterior se concluye que no es posible aceptar que el matrimonio sea un contrato de adhesión, ya que en los contratos de adhesión, una de las partes impone a la otra el conjunto de derechos y obligaciones que derivan del mismo, en tanto que, en el matrimonio ninguna parte, puede imponer a la otra el conjunto de deberes y derechos propios del estado civil.

3.6.- El Matrimonio como estado Jurídico.

"Por estado de una persona se entiende el conjunto de elementos que determinan su situación en la familia, estado civil, o su condición frente a la sociedad o frente al

Estado". (28)

Ahora bien, en este caso 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 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 estados de hecho. La ley puede reglamentar estados permanentes, tomando en cuenta ciertas situaciones naturales, 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 se pueden distinguir los estados de hecho que nacen de hechos jurídicos y los estados de derecho que nacen de actos jurídicos.

(28) Víctor M. de la Paz y F. Teoría y Práctica del Juicio de Divorcio. Edit. Fernando Leguizamo. México 1981. Pag. 13.

Refiriéndonos 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 normativa, aún cuando sí produce determinadas consecuencias jurídicas. Y en virtud de dichas consecuencias se puede considerar como un estado jurídico de hecho. Si careciere de tales efectos se tendría que reconocer que se trataría de un estado ajurídico.

Considerando lo anteriormente expuesto, resulta evidente que el matrimonio no sólo es un acto jurídico, es decir; no se agota en el sólo acto de la celebración, pues sería un matrimonio incompleto. La plenitud de sus consecuencias jurídicas, la realización de su fin y, sobre todo, el cumplimiento de la obligaciones entre marido y mujer y en la relación con los hijos, dependen fundamentalmente del estado matrimonial. Además tales derechos y obligaciones sólo podrán cumplirse satisfactoriamente a través de la vida en común. De ahí el interés doctrinario y legal, para distinguir entre el acto que inicia el estado matrimonial y ese estado propiamente dicho.

3.7.- El Matrimonio como Acto del Poder Estatal.

Es también conocida como Tesis de Antonio Cicu, dicho autor dice lo siguiente: "El matrimonio no es formal-

mente contrato, pero de una manera más radical nosotros creemos poder atacar la concepción contractual del matrimonio, negando también la forma del contrato".(29)

Es indudable que en nuestro derecho no se tiene matrimonio sin la intervención del oficial de estado Civil, indudable es también que tal intervención no tiene exclusivamente finalidad de declaración pública de la relación. Se podrá considerar después de eso 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 podrá 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 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, aún cuando sean nulos en modo absoluto; todavía más, no podrá verdaderamente aceptarse para el matrimonio, como para el contrario se admite para el derecho patrimonial, que, no excepcionada 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 al acto que falta.

(29) Antonio Cicu citado por Rojina Villegas.

Ob. cit. Pags. 226-228.

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

Con esto no queda todavía excluído 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 que sea un contrato el concluído 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, 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 aún sin la intervención y es solamente anulable, aquí se tiene inexis-

mente contrato, pero de una manera más radical nosotros creemos poder atacar la concepción contractual del matrimonio, negando también la forma del contrato".(29)

Es indudable que en nuestro derecho no se tiene matrimonio sin la intervención del oficial de estado Civil, indudable es también que tal intervención no tiene exclusivamente finalidad de declaración pública de la relación. Se podrá considerar después de eso 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 podrá 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 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, aún cuando sean nulos 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 al acto que falta.

(29) Antonio Cicu citado por Rojina Villegas.
Ob. cit. Pags. 226-228.

d).- Connubium.- Es la aptitud legal para contraer las justae nuptiae. Lo primero que se necesitaba para disfrutarla era ser ciudadano romano. Bajo Justiniano y conforme al derecho de ciudadanía, los únicos que no tenían connubium eran los esclavos y los bárbaros. Ocurría también que alguna persona, teniendo en absoluto el derecho de casarse, no lo podía hacer válidamente con otra persona determinada, pues el derecho romano, admitía ciertas causas de incapacidad, fundadas unas por causa de parentesco y alianza, otras sobre motivos de moral o de conveniencia, y otras, por razones de orden político.

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

Con esto no queda todavía excluído 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 que sea un contrato el concluído 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, 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 aún sin la intervención y es solamente anulable, aquí se tiene inexis-

tencia. Si se objetase qué hecho 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 puede 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 aquélla, 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 hablar de efecto retroactivo.

El matrimonio es acto de poder estatal, las anteriores consideraciones ponen de manifiesto la especial importancia que tiene el hecho de que la declaración de voluntad de los esposo deba ser dada por el 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 tiene ningún valor jurídico. Se deduce 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 jus-

tificada por la premisa contenida en la primera parte; y una vez admitido que el interés en la constitución de relaciones familiares sea también interés del 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 privadística carece de base. Que el Estado no intervenga como extraño en tutela de un interés propio, frente a la natural libertad individual, resulta 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 porqué en casos en los que el consentimiento es pleno, y el propósito es precisamente aquel que sustancialmente se atribuye al matrimonio (p.e., 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 contrante 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, un interés familiar, elevado a un interés estatal. Si después de esto se quiere todavía hablar de negocio jurídico familiar, nosotros no tenemos dificultad de estar de acuerdo; con tal que el negocio no se haga consentir en el contrato entre los esposos, y en todo caso, se deje de lado la concepción privatística.

El comentario que se le puede hacer a esta teoría es de que en nuestro derecho esta tesis se puede apoyar en las distintas posiciones legales relativas al matrimonio y de las cuales resulta que tal celebración la hace el Juez del Registro Civil. El artículo 102 del Código Civil dispone que dicho Juez interrogará a los pretendientes "...si es su voluntad unirse en matrimonio y si están conformes los declarará unidos en nombre de la Ley y de la sociedad".

Poder estatal, ya que de acuerdo con nuestro Código Civil el matrimonio es evidentemente un acto jurídico solemne. Pero en los preceptos que regulan los elementos de los contratos no se menciona la solemnidad, de donde puede inferirse que para nuestro legislador de 1928, el matrimonio sí es un acto jurídico solemne; pero no es un contrato. De lo que se desprende que una cosa es el matrimonio como acto y otra como institución. Como acto en el momento de su celebración, y de acuerdo con su celebración funciona la institución jurídica en cuanto a la esencia del mismo.

3.8.- El Matrimonio como Acto-Unión.

Gabino Fraga es el que nos habla del acto unión, hace una clasificación de actos plurilaterales y unilaterales, éstos los divide a su vez en contractuales, colectivos o complejos y los actos-unión. Los contractuales son aquellos en los que concurren varias voluntades a su formación, pero persiguiendo finalidades distintas, los segundos son aquellos, en los que, concurriendo varias voluntades y persiguiendo el mismo fin, éstas se encuentran en situaciones jurídicas diferentes; y, los últimos, los actos-unión, los define diciendo que: "son aquellos en los que acude la intervención de varias voluntades pero en las cuales ni su finalidad es idéntica, como en los actos colectivos; ni su efecto es el de dar nacimiento a una situación jurídica individual, como en los contratos". (30)

En el acto-unión sólo las voluntades concurrentes no son independientes como el acto colectivo, sino que están ligadas entre sí de manera de dar lugar a una convención; pero sin que llegue ésta a formar un contrato puesto que el efecto jurídico que se produce y que es otro elemento el que viene a caracterizar no es el de crear una situación jurídica individual.

Por ejemplo, el acto de matrimonio implica la conciencia de dos voluntades que se convencionan, si no fuera porque estas dos voluntades no son las que determinan la situación jurídica de los cónyuges; pues ésta se encuentra determinada por la ley.

(30) Gabino Fraga. Derecho Administrativo.

20ª Ed. Edit. Porrúa. México 1980. Pags. 229-242.

Considero que la condición jurídica de los cónyuges no es determinada por su voluntad, pues ésta está perfectamente determinada por la ley, pero no es suficiente para considerar al matrimonio como un acto-uniión.

C A P I T U L O I V

EL MATRIMONIO COMO INSTITUCION

4.1.- Concepto de Institución.

4.2.- Teoría Institucional del Derecho:

- a) Posición de Mauricio Hauriou
- b) Posición de Jorge Renard
- c) Posición de Delos
- d) Escuela Institucional Italiana: Santi Romano
- e) Crítica a la Posición de Santi Romano
- f) Definición de Institución.

4.3.- Resolución de la Suprema Corte de Justicia
de la Nación respecto al Matrimonio.

4.1.- Concepto de Institución.

"La voz INSTITUCION proviene del latín Institutio, de instituo, formado del prefijo In y de Statuo, pasivo de Sto, estar fijo, permanecer en pie; significa etimológicamente fundamento o cimiento de algo, establecimiento primordial de alguna cosa, y por traslación, núcleo o centro fundamental de la vida, de enseñanza o de doctrina". (31)

En el organismo total del Derecho objetivo, son las instituciones como grandes unidades (formadas por un conjunto de normas que regulan relaciones jurídicas de la misma clase, y que tienen unidad de objeto y de fin) fundamentales, en que se distribuye el sistema jurídico, vgr., el matrimonio, la propiedad, la pena; pero en la literatura jurídica se entiende por instituciones un núcleo de enseñanza o de doctrina que es como el primer grado de ella, y por esto se aplica tal nombre a los trabajos u obras destinados a iniciar los estudios en la ciencia del derecho o en una rama de ella.

Este concepto surgió en Roma en los últimos tiempos de la República y primeros del Imperio, en cuya época se dió el nombre de INSTITUTIO al grado elemental de la enseñanza jurídica y de INSTITUTIONES a los libros escritos para darlo. Oficialmente quedó consagrado este concepto con la publicación de las Instituciones de Justiniano, pasando del derecho romano al canónico, pues así como en el primero se distinguieron los institucionistas de los pandectistas, así en el segundo se diferenciaron los institucionistas de los decretalistas.

(31) Enciclopedia Universal Ilustrada. Europeo-Americana Tomo XXVII. 1ª Parte Edit. Hijos de J. Espasa. Barcelona España 1925. Pag. 1724.

"La institución jurídica es un compuesto de reglas de derecho, que constituye un todo orgánico y que comprende una serie indefinida de relaciones derivadas todas de un hecho único fundamental, considerado como punto de partida y base". (32)

Por una parte sabemos que el matrimonio considerado desde el punto de vista jurídico, traduce un hecho natural: la unión de los sexos y la familia que se deriva de él. Por otra parte, se ha establecido que la institución jurídica es un conjunto de reglas de derecho, que se penetran unas a otras hasta el punto de constituir un todo orgánico, que comprende una serie indefinida de relaciones transformadas en relaciones de derechos, y derivadas todas de un hecho único y fundamental, de orden físico, biológico, económico, moral o meramente social, cuando no se reúnen en él todos esos diversos aspectos; este hecho, origen y base de la institución, la domina necesariamente, ordenando su estructura y desarrollo.

Por tanto, qué es el matrimonio sino una institución formada de un conjunto de reglas de derecho, esencialmente imperativas, cuyo objeto es dar a la unión de los sexos, y por lo mismo a la familia, una organización social y moral, que a la vez corresponda a las aspiraciones del momento y a la naturaleza permanente del hombre, como también a la directrices que en todos los dominios proporciona la noción de derecho.

(32) Ihering citado por Julien Bonnetcase. Filosofía del Código Napoleónico aplicada al Derecho de Familia. Traducción del Lic. José M. Cajica Jr. Edit. Cajica Jr. Puebla, México 1945. Pag. 219.

En consecuencia se comprende que de una institución jurídica tan compleja, se derive una situación jurídica no menos compleja: el estado de esposos, y no solamente simples relaciones de derechos más o menos coordinadas entre sí.

4.2.- Teoría Institucional del Derecho.

Esta teoría es elaborada por Mauricio Hauriou constituyendo una reacción contra la posición contractualista. Adopta también una actitud sociológica, pero trata de buscar un equilibrio entre lo individual y lo social. Más a diferencia de Leon Duguit, considera que es necesaria una base metafísica para fundamentar el principio de justicia.

La Sociología resulta así, ciencia auxiliar del Derecho, pues sólo cuando los hechos se han producido se valoran y clasifican, se puede construir sólidamente basándose en el principio de justicia, sin que estas construcciones se debatan en el aire. Ahora bien, la teoría institucional del derecho, se mueve dentro de la dirección sociológica, aún cuando sobre la base metafísica, viene a tratar de buscar un equilibrio entre lo individual y lo social. Por lo tanto se trata de superar la definición que de derecho nos da Ihering como interés jurídico protegido. El derecho pues, no tiene por objeto tan solo la definición de lo mío y de lo tuyo, sino el discernimiento de lo nuestro. Se parte de que los hombres llevamos una vida social y que, por la tendencia que tenemos a la solidaridad, nos vemos compelidos de una manera consciente o necesaria a agruparnos y constituir entes colectivos, que se llaman Instituciones.

Indiquemos, sin embargo, que a ésta no las preside el principio de igualdad, como acaece en la relación contractual sino que, por el contrario, se estructuran jerárquicamente, puesto que cada uno de nosotros en esas organizaciones sociales cumplimos distintas funciones con arreglo a nuestras aptitudes y vocaciones. Estamos ante la figura jurídica de Institución. No es que con ésta se trate de desplazar la noción del contrato del campo del derecho; no, lo que aspira es a regalarle a la posición que le corresponde dentro del mismo, por cuanto que su papel se había desorbitado en la vida jurídica, hasta el extremo de fundamentar en él tanto la organización privada, como la pública. Por eso, se ha dicho que la institución viene a realizar cuatro categorías de objetos:

- 1.- Es, como se ha dicho ya, producto de una reacción contra las teorías voluntarias y subjetivistas que fundan todo el derecho en el contrato, como acuerdo de voluntad;
- 2.- La misma teoría constituye también una reacción contra la teoría de la personalidad ficticia o moral;
- 3.- Ella se manifiesta igualmente como reacción - contra una concepción del derecho excesivamente estática, y
- 4.- Ella señala un esfuerzo para presentar sobre nuevas bases ciertas concepciones de la Filosofía del Derecho.

a).- Posición de Mauricio Hauriou.

Para este autor, la institución supone la agrupación de un conjunto de individuos en torno de una idea directriz que los aglutina.

Hauriou la define como "una idea de obra o de empresa que se realiza y dura jurídicamente en un medio social". Su forma consiste en un sistema de equilibrios, de poderes y de consentimientos contruidos en torno a la idea. Es, ante todo, una compleja realidad que pretende resolver ontológicamente el problema sociológico actual, mediante la integración de lo individual y lo social. Por eso, en toda personalidad jurídica descubre adyacente una personalidad sociológica; esto quiere decir, que si el Estado concede su reconocimiento lo está haciendo por la fuerza social propia que va implícita en toda Institución. Independientemente de que en algunos casos la sanción estatal tiende más que a proteger realidades sociales a garantizar intereses; vgr. Sociedad Anónima. (33)

Distingue en lo institucional dos grados: uno pleno, que es la institución-persona, donde al adherirse las voluntades humanas a la idea directriz, originan un nuevo ser con personalidad jurídica; y otro menos pleno, llamado Institución-cosa, caracterizado solo por ser un principio de orientación limitación que no engendra comunidad propia; vgr; una regla de derecho. Por tanto, en rigor sociológico, no es institución, constituye una extensión abusiva del término, porque es imposible reconocer en ella una subjetividad jurídica cualquiera. Luego la concepción institucional, es una teoría de la institución-persona.

Los individuos desde el momento que se agrupan en torno a una idea directriz, ocupan una posición jurídica independiente de la individual que ellos poseen con ante-

(33) Enciclopedia Jurídica. Tomo XVI OMEBA. Ed. Bibliográfica. Argentina, B. Aires. 1962 Pags. 110-113.

rioridad. Esta nueva cualidad jurídica que reciben se llama Status jurídico-objetivo, que depende de su enmarcamiento en el sistema de derecho, sobre una base real sociológica.

Más para llegar a este estado institucional, en que surge la personalidad jurídica, dentro del grado de la institución persona, es menester que tenga lugar un triple movimiento: de incorporación, interiorización y personificación. La idea directriz la captan los individuos desde su posición subjetiva, por su carácter de objetividad; por ejemplo, los futuros cónyuges se ven compelidos a la realización del matrimonio atraídos por la "idea del hogar"; es decir, se requiere que dicha idea pase del plano objetivo al subjetivo de los presuntos esposos por la conmoción que opera en las conciencias individuales a su contacto.

Como es natural, esa traslación de la idea objetiva al estado de subjetividad, provoca en todos y cada uno de los miembros de la comunidad una tendencia a la acción, que en ejemplo citado impulsa a la realización del matrimonio. La incorporación prodúcese cuando el elemento poder obra para el bien común en el cuadro de la idea directriz juntamente con las manifestaciones de comunión de los miembros del grupo. En la institución, cuando los individuos se agrupan en torno de la idea directriz, tienen que posponer su egoísmo individual en pro de ese bien común que representa la idea objetiva a la cual se adhieren, y encorparla, por así decirlo, movidos por la acción dentro de la subordinación al poder que exige toda organización institucional.

Esto es, una institución necesita de una organización, que la forja el elemento poder. El elemento de interiorización es resultado de la acción de los miembros en

ese sentido de asegurar el elemento poder, para que la idea directriz perdure, se adapte y viva de una manera objetiva.

Finalmente, el movimiento de Personificación tiende a ajustar la continuidad subjetiva, imprimiendo a la institución relevancia como unidad jurídica, con lo cual obtiene un triple beneficio la institución-persona; poder expresarse, poder obligarse y poder ser responsable.

b).- Posición de Jorge Renard.

Este autor fundamenta el concepto de institución sobre los principios del derecho natural. Por eso afirma que esta teoría "no es más que la última valoración jurídica de la noción tomista del bien común".

Establece la distinción del derecho subjetivo y del estatuto, compendiando en éste, los derechos y deberes jurídicos que dimanar de una situación jurídica de Status. Esta distinción dice, no es más que un nuevo aspecto del dualismo fundamental sobre el cual se basa la esencia del derecho y que resuena en todos los ámbitos de la economía jurídica; la persona individual y la institución. Sin embargo, nos indica que estos dos sujetos de derecho, no son iguales, ni de la misma naturaleza. Al contrario de la que sostiene el individualismo jurídico, quien niega beligerancia en el campo del derecho a la persona colectiva, los institucionalistas, percatándose del divorcio entre las realidades jurídica y social, tratan de reajustarlas, considerando que para ello se hacía necesario revestir a los grupos sociales de trascendencia jurídica.

Ahora bien, como se acaba de indicar, estos dos sujetos no son iguales, ni de la misma naturaleza, pues el

hombre sobrepasa a la institución en toda la altura que se separa una "fuente de ideas" la razón humana de la simple idea independizada, en derredor de la cual se agrupan las voluntades humanas, con el objeto de constituir el organismo jurídico de la institución.

La importancia de esta concepción institucional del derecho radica, entre otras cosas, en que sabe conjugar en su contenido, el respeto a los derechos de la persona humana, y al mismo tiempo, reconocer los derechos que competen al grupo social.

Luego la institución, que es ("el yo social"); pluralidad de personas individuales, agrupadas en torno a una idea objetiva, es el fruto desprendido de la personalidad humana, mediante un acto jurídico que se llama Fundación, que es el acto generador institucional que tiene su origen en la persona, más sobrepasándola en duración, continuidad, y permanencia. Los hombres mueren, como las generaciones se suceden, pero la familia y la nación permanecen con su patrimonio, sus tradiciones y su destino.

Considera también, que el contrato, como el testamento y otras manifestaciones de voluntad, pueden hacer más que sentar reglas jurídicas, esto es, pueden a la vez transformarse en "actos de creación". Cuando esto último sucede, engendran un nuevo sujeto de derecho que no es más que una idea separada, emancipada del que la dió - o le dieron - vida al concebirla, rodeándola de medios suficientes para procurar su desarrollo y realización, y precisamente, la institución es la comunión entre los hombres en una idea.

La idea forma entre los miembros de una institución un ligamen interior, que es lo que verdaderamente hace un ser jurídico distinto a ellos, aunque sea sostenida por sus personalidades. Esta idea es, para Jorge Renard, su bien común. Así tenemos idea del contrato, idea de la ley, de la fundación, que es principio director y, al mismo tiempo principio limitador.

c).- Posición de Delos.

También se mueve en el ámbito de ésta escuela; Delos, para quien lo jurídico no es sino lo social que ha recibido una forma por la intervención de la autoridad.

La entiende ésta en la forma técnica que la concibe Francisco Gény, que envuelve circunstancias, inmateriales por su naturaleza, tales como los actos de voluntad o los hechos de la vida social, de donde provienen las situaciones jurídicas.

Por consiguiente, el elemento técnico, gracias al cual lo social deviene jurídico, es esencialmente debido a la intervención de cuerpos organizados, es decir, de la autoridad. De aquí su carácter artificial, por ser debido a la industriosa intervención de los hombres, es una obra de arte. Esta invasión progresiva del campo jurídico debe continuar hasta que sea ganado todo el campo del derecho, o sea hasta que se haya reconocido la verdadera contextura de toda la realidad jurídica, son un hecho que responde a las tendencias esenciales de la naturaleza humana, manifestando sus necesidades fundamentales.

Asistimos, pues, dentro de la ciencia jurídica, al desquite de la realidad sobre lo conceptual del objeto (el

hombre, sus necesidades, sus fines) sobre el sujeto pensante encerrado en sus objetos de conocimiento y sus concepciones de concepto. Fruto de este desquite, es la adopción del método de observación, el florecimiento de la sociología. La teoría de la institución, es también un efecto de este retorno a lo real. Así Delos nos dice: "La doctrina institucional no es un sistema, sino una interpretación flexible de la realidad".

d).- Escuela Institucional Italiana.

En Italia, tenemos a Santi Romano, quien se aparta de la dirección de Mauricio Hauriou y Jorge Renard - el primero de ellos moviéndose dentro de la concepción idealista del derecho, mientras que el segundo adopta la posición tomista, - inspirándose más bien en la teoría orgánica de Gierte, respondiendo a un normativismo jurídico.

En contraposición a lo que sostenía Hauriou, para quien la institución es fuente de derechos, Santi Romano considera una perfecta identidad entre la institución y el ordenamiento jurídico, tratando así de superar la doctrina tradicional que concibe el derecho como una norma o complejo de normas. De esta guisa, el derecho no es ya sólo la norma, que impone sino la entidad misma que la impone. Y la objetividad de la norma es un mero reflejo del ordenamiento jurídico, que es el máximo grado en que la norma afirma su existencia y estructura.

Los elementos esenciales del derecho son los siguientes:

Primera.- El concepto sociedad, pues lo que no supera la vida del particular como tal no es derecho ubi ius ibi societates; y además no hay sociedad en su sentido es-

tricto, sin que en la misma se manifieste el fenómeno jurídico ubi ius ibi societas. Por consiguiente, implica una unidad concreta distinta de los individuos que en la misma se integran.

Segunda.- La idea del orden social, por lo que se ha de excluir todo elemento que conduzca al puro arbitrio o a la fuerza material. De este modo, toda manifestación social, por el solo hecho de ser social, es ordenada por lo menos respecto a los coasociados.

Tercera.- Por existir el derecho antes de ser norma o conjunto de relaciones sociales, requiere la existencia de un nuevo elemento; el de organización. De donde, que el término exacto del derecho como ordenamiento jurídico, es el de Institución.

En su consecuencia, el derecho en sentido objetivo, puede comprender un doble significado:

a).- Un ordenamiento en su conjunto y unidad, esto es, institución.

b).- Un precepto o conjunto de preceptos (sean normas o disposiciones particulares), que llamaremos institucionales por la relación que tienen con el ordenamiento, por ser este quien les atribuye su carácter jurídico.

Resulta de lo expuesto, que es vano proponerse una diferenciación tajante del fenómeno jurídico respecto de los demás ingredientes que pueden darse en todo precepto de derecho, sean morales, económicos o sociológicos; puesto que han de integrar el mundo jurídico y formar su contenido, toda vez que dichas materias entran en la órbita de una institución. El derecho representa, pues, no sólo una aportación moral, sino también económica consuetudinaria, técnica.

He aquí pues, como la concepción institucional supera la Kelsiana, para lo cual todo lo que no es técnica jurídica, cae fuera del derecho. Ya se ha dicho, que la teoría institucional, es eminentemente sociológica; por ende, no podrá adoptar otra actitud frente a las materias que Kelsen denomina meta-jurídicas.

De otra parte, al compararse los conceptos de ordenamiento jurídico e institución tenemos que habrá una pluralidad de ordenamientos lo mismo que hay de instituciones. Esto no es óbice, para que algunas aparezcan conexas de modo que sus ordenamientos, distintos en ciertos aspectos, constituyen desde otros puntos de vista, partes de un más amplio ordenamiento, esto es, de una institución de la que son elementos integrantes, gozando, sin embargo, de independencia y autonomía.

Afirmando la pluralidad de ordenamientos jurídicos, se rebate la tesis de aquellos autores que tratan de reducir toda la vida jurídica a la del derecho del Estado. Los que siguen esta posición, califican de antijurídicos todas aquellas normas que dimanen de organismos que no son el estatal. Por el contrario, la teoría institucional nos afirma que se puede dar el derecho perfectamente sin necesidad del estatal, puesto que no es posible definir el Estado, sin recurrir al concepto de derecho. El Estado no es una unión material de hombres, un simple agregado de hecho, sino una comunidad organizada, es decir, un ente jurídico, uno de los varios ordenamientos que la realidad social nos presenta.

Insistiendo en esta misma línea de pensamiento nos encontramos también a Cesarini Sforza, quien sostiene que el derecho de los particulares no coincide con la expresión

derecho privado; pues este último supone un conjunto de normas estatales dirigidas a regular las relaciones entre personas privadas, mientras aquél; por el contrario, aunque ordena también relaciones entre los individuos, dichos preceptos, no obstante, no emanan ni inmediata ni mediatamente del ordenamiento estatal.

De aquí, que nos diga que es menester distinguir los entes voluntarios: a) De los obligatorios o personas públicas, que se forman por orden del Estado y cuyo ordenamiento y funciones son, en la mayor parte, regulados por la ley; por ejemplo, los consorcios administrativos; y b) De las personas jurídicas privadas pero de utilidad pública; ejemplo, las cajas de ahorro, las cuales no siendo obligatoria su creación, quedan sometidas casi totalmente al ordenamiento legal. O sea, que los cuerpos sociales voluntarios, no sólo son creados por la voluntad social, sino también organizados por ella.

Cesarini Sforza nos da la siguiente definición de institución: "Como la etiqueta o ceremonia consiste en un complejo de prácticas cumplidas consuetudinariamente por todos los componentes de los grupos sociales. Institución es la propiedad, concebida como complejo de comportamientos uniformes de los hombres a cosas que tienen un valor económico. Institución es la familia, en cuanto la vida familiar, basada sobre vínculos de sangre y teniendo fines comunes todos sus componentes, da lugar a comportamientos uniformes de parte de éstos". (34)

El hecho pues, de que los institucionalistas consideren el derecho independientemente del Estado, no signifi-

(34) Enciclopedia Jurídica. Tomo XVI. OMEBA. Pag. 114.

ca destruir la construcción jurídica sobre el concepto estatal, sino que, por el contrario, vienen a ampliar la base de la realidad del derecho, al reconocer que viven también relaciones que no traen su existencia jurídica de la voluntad del Estado, es decir, en los cuerpos organizados que tienen el carácter de institución. Equivale a admitir que hay una misma sustancia espiritual, tanto en el ordenamiento jurídico, cuyo supremo principio se identifica con la voluntad normativa estatal, cuanto en aquellos otros ordenamientos que se conectan a voluntades normativas no estatales.

e).- Crítica a la Posición de Santi Romano.

El profesor Felipe Battaglia, se ha ocupado de esta actitud institucionalista y no ha podido por menos señalarle un mérito singularísimo, puesto que esta teoría, según él, por primera vez ha puesto en claro de un modo rotundo la insuficiencia de la concepción antigua del derecho, fuese de matiz individualista o socialista. Porque el derecho no es solamente la norma que atañe al individuo o a las relaciones que éste puede tener con otros semejantes, sino más bien el ordenamiento unitario de contenidos en la más amplia extensión social. Tal exigencia ordenadora se expresa en la institución, que consiste cabalmente en la postura unitaria de conexiones en torno de una idea que agrupa a los individuos que encarnan un grupo social, y que, de otra suerte, aparecerían fragmentariamente recortados en sus elementos y en sus mismas relaciones.

Y se pregunta ¿en dónde alcanza la institución a lo jurídico? Para Saint Romano, por el mero hecho de existir. Toda fuerza que sea efectivamente social y, por tanto, organizadora se transforma sin más en derecho. El Derecho es

la propia fuerza social, la misma sociedad organizada; pero en este extremo discrepa de la posición institucionalista italiana. Para Battaglia, el derecho no es la sociedad, ni la organización o el ordenamiento de la sociedad, sino el principio según el cual deben tener lugar la organización y el ordenamiento. No es el derecho la institución en cuanto tal, sino su preordenamiento normativo y deontológico. Por eso considera que la teoría institucional italiana yerra, cuando sin más identifica el derecho con la sociedad, puesto que la sociedad consiste en un conjunto de instituciones diversas.

Lo que sucede a Santi Romano, es que se le escapa el carácter normativo del derecho. El derecho era norma según las antiguas concepciones individualistas, que tan acertadamente han venido a superar la teoría institucional; pero derecho del futuro también ha de continuar siendo normativo a pesar de su carácter socializador. Por consiguiente, el derecho de nuestros días seguirá siendo norma, aún cuando su contenido no corresponderá a las conexiones sociales; pero sea institución o sea sociedad, siempre continúa como norma. El derecho no es él mismo, el ente social o la sociedad, sino la norma con arreglo a la cual debe constituirse el ente social o la sociedad. No es lo jurídico el ente que socialmente exista, sino la norma que promueve y ordena aquella existencia; no es el ser institucional, sino el deber ser institucional. Pudiera decirse, que la norma sirve de condición insoslayable de lo jurídico. De esta suerte, al paso que se amplía el ámbito de lo jurídico, con las aportaciones, entre otros, de la escuela institucional, se confirma al mismo tiempo la significación normativa que tuvieron con anterioridad las corrientes individualistas del derecho.

f).- Definición de la Institución.

Habida cuenta de lo expuesto, se tiene que la institución es necesaria al individuo para el cumplimiento de sus fines jurídicos en un ambiente comunitario, advirtiendo que no todas las instituciones protegerán sus actividades con idéntica intensidad, por ejemplo: la familia, la universidad, el municipio, pero a lo que sí tiene que responder todos estos cuerpos sociales es a exigencias del bien común; por tanto, han de rechazarse de esta categoría, aquellos organismos jurídicos que no vengan a satisfacer estos fines superiores.

Luego, se concluye que si Hauriou tuvo el acierto de vislumbrar un mundo jurídico objetivo en conexión con el subjetivo, levantando poderes sociales frente al del Estado, y Santi Romano, proclamar el pluralismo jurídico demostrando la existencia de ordenamientos jurídicos fuera de la órbita del derecho positivo, es de notar, sin embargo, que ha sido Renard quien especulando con principios filosóficos ha proporcionado base firme a la teoría institucional. Estamos tan solo ante el concepto jurídico, cuando la idea directriz de Hauriou o el ordenamiento jurídico de Santi Romano sirvan vitalmente al principio del bien común.

Por ello, nos encontramos en condiciones de definir el concepto de institución, apoyándonos en sus notas esenciales. Es pues, institución: "aquel cuerpo social, con personalidad jurídica o no, integrado por una pluralidad de individuos, cuyo fin responde a las exigencias de la comunidad y del que derivan, para sus miembros situaciones jurídicas objetivas - o status -, que los invisten de deberes

y derechos estatutarios". (35)

Todo individuo, en mayor o menor grado, permanece enmarcado durante su vida en una serie de grupos sociales, que siempre responden a una realidad social que ha de tomar en consideración el derecho, aún cuando a veces, por circunstancias especiales, no se les invista de personalidad jurídica.

Así, pertenece a una nación, a un Estado, a una iglesia, a instituciones públicas, a una familia (o bien, en las formas primitivas de vida social, a una tribu, o a un clan, a una gens), a una clase social, a una categoría profesional, a un partido político, a una o más asociaciones de fines económicos o culturales.

Algunos de estos grupos son formados voluntariamente por los individuos que los integran (como es el caso de varias asociaciones) y duran limitadamente; otras, por el contrario, son de constitución necesaria, porque se forman independiente de la voluntad de sus miembros, perpetuándose en el tiempo (como en el caso de la nación y, en cierto sentido, del Estado y de la familia).

4.3.- Resolución de la Suprema Corte de Justicia respecto al Matrimonio.

"MATRIMONIO, A LA NULIDAD DEL, NO SON DEL TODO APLICABLES LAS REGLAS GENERALES DE ANULABILIDAD DE LOS CONTRATOS.

Aunque el matrimonio es un contrato, regula no solamente cuestiones económicas sino que constituye también la base la familia y es fuente de derechos y deberes morales. Por lo tanto estando la sociedad interesada en la estabilidad y solidez del vínculo matrimonial, las reglas generales de anulabilidad de los contratos no son aplicables enteramente a él, y solamente constituyen causas de nulidad del matrimonio aquéllos que taxativamente estén señaladas en el artículo 235 del Código Civil. Ahora bien, el artículo 235 dice: "Son causas de nulidad de un matrimonio: I.- El error acerca de la persona con quien se contrae, cuando entendiendo un cónyuge celebrar matrimonio con persona determinada lo contrae con otra; II.- Que el matrimonio, se haya celebrado concurriendo alguno de los impedimentos enumerados en el artículo 156; III.- Que se haya celebrado en contravención a lo dispuesto en los artículos 97, 98, 100 y 103". Por lo que si la quejosa se refiere a la fracción I, del artículo transcrito, relativa al error sobre la persona con quien se contrae el matrimonio, el problema de la interpretación de esta fracción legal surge porque a pesar de que literalmente su significado se refiere al error en la identidad física de la persona, se sustenta también la tesis de que ese error puede referirse a la identidad "civil" de la persona, o sea, sobre la filiación y su origen, como cuando una persona lleva un nombre falso; o también se sustenta que incluye el error sobre una cualidad moral subs-

tancial de la persona. Sin embargo, en nuestro derecho las causas de nulidad del matrimonio, deben entenderse en la forma limitativa. Por eso debe interpretarse el artículo 235-I del Código Civil, como aludiendo exclusivamente al error en la entidad física de la persona, no incluyendo el error en cuanto a las cualidades morales o intelectuales a ella. Este se deriva del texto mismo de dicha fracción legal. Aceptar el error sobre las cualidades morales o intelectuales conduciría a establecer matices muy imprecisos, que debilitarían seguramente la estabilidad del matrimonio. Por tal motivo si la demanda de nulidad se basó en un juicio sobre las cualidades morales del cónyuge demandado, la demanda fue correctamente declarada improcedente". (36)

(36) Ejecutorias Tercera Sala: Página 158 A.D. 5055/57
Antonia Minutti Merto.- Unanimidad 4 votos. Manuel
Rivera Silva.

CONCLUSIONES

- 1.- Se propone la reforma al artículo 148 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal, en materia común y para toda la República en materia federal, toda vez que la edad mínima para contraer matrimonio, no es ni la edad mínima para contratar, que es de 18 años, situación que no se adecua a la institución matrimonial, en virtud de que la edad requerida para celebrar matrimonio es la de 16 años para el hombre y 14 para la mujer, y que en mi opinión debe ser de 21 años para el hombre y 18 años para la mujer.

- 2.- Dada la igualdad jurídica que existe entre el hombre y la mujer en todos los derechos y obligaciones que nacen con motivo de la celebración del matrimonio, y considerando la conclusión anterior, ya no se justifica el hecho de exigir que para celebrar cualquier contrato entre sí, los cónyuges tengan que obtener autorización judicial, salvo que estén casados bajo el régimen de Sociedad Conyugal.

- 3.- Se hace necesario señalar con claridad los fines del matrimonio a que aluden los artículos 147 y 182 del Ordenamiento Legal invocado y que desde luego uno de ellos no es la perpetuación de la especie, ni la ayuda mutua, como lo han

señalado algunos autores, en mi opinión considero es la legalización de la unión, evitando con ello que, el Estado favorezca uniones como el concubinato.

4.- Por lo que se refiere al concubinato, opino que tanto en la Ley de la Reforma Agraria como en la Ley Federal del Trabajo, en la Ley del Seguro Social, así como en el Código Civil Vigente para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, se deben establecer lineamientos que conduzcan a los concubinos en forma obligatoria y no potestativa a contraer matrimonio, legitimando así a los hijos habidos durante el mismo.

5.- Propongo se suprima el término "contrato" de matrimonio que todavía subsiste en el artículo 130 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como en los artículos 156 y 178 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, pues considero no se adecua a la naturaleza jurídica del matrimonio, según lo manifestado en el contenido de esta tesis y que en substitución de él sería más adecuado según las causas expuestas el de institución jurídica.

6.- Puedo concluir, sin que me quede lugar a dudas que el matrimonio por su origen, por sus características y por sus objetivos es típicamente una institución, y me adhiero a la posición de Jorge Renard, haciendo míos los argumentos esgrimidos por él, y que son: la pluralidad de individuos agrupados a una idea objetiva que se desprende de la personalidad humana mediante un acto jurídico que dá origen a la institución y que sobrepasa a la persona en duración, continuidad y permanencia.

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

=====

- Bonnacase Julien. Elementos de Derecho Civil. Tomo I
José Ma. Cajica Editores. Puebla, México 1945.
- Bonnacase Julien. La Filosofía del Código Napoleónico
Aplicada al Derecho de Familia. Cajica Editores
Puebla, México 1945.
- Calva Esteban. Instituciones de Derecho Civil
México 1874. Sin Editorial y sin Edición.
- Carlo Jemolo Arturo. El Matrimonio.
Ediciones Jurídicas Europa-América. Argentina 1954.
- D'Aguanno José. Génesis y Evolución del Derecho.
Editorial Impulso. Argentina 1943.
- Enneccerus Ludwing. Theodor Kipp y Martin Wolff.
Tratado de Derecho Civil. Tomo IV. Derecho de Familia.
Editorial Bosh. Barcelona 1941.
- Fraga Gabino. Derecho Administrativo.
Editorial Porrúa. México 1980.
- Galindo Garfias Ignacio. Derecho Civil Parte General.
Editorial Porrúa. México 1983.
- Ibarrola Antonio de. Derecho de Familia.
Editorial Porrúa. México 1978.
- J. Hayhoe. Prontuario de Ejecutorias de la Suprema Corte
de Justicia de la Nación. Tomo XLVIII. México 1936.

- Lehmann Henrich. Derecho de Familia. Volumen II
Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1953.
- Morley Sylvanus G. La Civilización Maya.
Editorial C.F.E. México 1947.
- Obregón Esquivel. Historia del Derecho Mexicano.,
Tomo II. Nueva España. Editorial Polis.
México 1938.
- Pallares Jacinto. Curso Completo de Derecho Mexicano.
Editorial Imprenta Litográfica y Encuadernación de I. Paz
México 1901.
- Paz y F. Víctor Ma. Teoría y Práctica del Juicio de
Divorcio. Editorial Fernando Leguizamo. México 1981.
- Petit Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano.
Editorial Edinal. México 1958.
- Planiol Marcel y Georges Ripert. Tratado Elemental de
Derecho Civil. Matrimonio y Familia. José Cajica
Editores. Puebla, México 1946.
- Planiol Marcel y Georges Ripert. Tratado Práctico de
Derecho Civil Francés. Tomo II. Familia. Editorial
Cultural, S.A. Cuba 1946.
- Rojina Villegas Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo II
Derecho de Familia. Editorial Porrúa. México 1980.
- Ruggiero Roberto de. Instituciones de Derecho Civil.
Volumen II Editorial Reus. Madrid 1931.
- Soustelle Jacques. La Vida Cotidiana de los Aztecas.
Editorial C.F.E. México 1956.

LEGISLACION CONSULTADA

- Código Civil de 1859.
- Código Civil de 1870.
- Código Civil de 1884.
- Código Civil de 1928 Vigente.
- Ley Federal del Trabajo Vigente.
- Ley del Instituto Mexicano del Seguro Social Vigente.
- Ley de Relaciones Familiares de 1917.
- Ley de la Reforma Agraria Vigente.

ENCICLOPEDIAS CONSULTADAS

- Enciclopedia Jurídica OMEBA. Tomo XVI.
Editorial Bibliográfica Argentina
Argentina 1962.
- Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana
Tomo XXVIII 1ª Parte. Editorial Hijos de J. Espasa
España 1925.