



Universidad Nacional Autónoma de México

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

"ACATLAN"

ESCUELA DE DERECHO

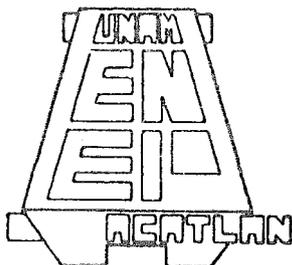
LOS ORIGENES DEL DOMICILIO CONYUGAL A TRAVES DEL DERECHO

TESIS PROFESIONAL

Que para obtener el Título de
LICENCIADO EN DERECHO

P r e s e n t a

SERGIO RENE CECENA ASCENCIO



STA. CRUZ ACATLAN, EDO. DE MEXICO 1984



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A MIS PADRES:

Sr. Angel Rogelio Ceceña Gastélum
Sra. Emma Ascencio de Ceceña

Que a través de los años me dieron todo su apoyo guiándome con sus sabios consejos por el camino del bien realizándose sus deseos de convertirme en profesionísta.

Con todo mi amor y cariño.

A MI ESPOSA:

Magdalena del C. Irabién de Ceceña

Que durante los años de vivir juntos me habrindado todo su apoyo y comprensión, impulsándome a este maravilloso momento.

Con todo mi amor y cariño.

A MIS HIJOS:

Sergio René Ceceña Irabién
Magdalena Ceceña Irabién

Estos pequeños que me dieron felicidad en el momento en que Dios me bendijo al dárme los como hijos, me han impulsado indirectamente a la culminación de este trabajo.

A MI ABUELITA:

Alicia Salazar Vda. de Ascencio

Para la gran señora -- que me apoyó en todos los momentos difíciles

Con todo mi cariño.

A MIS HERMANOS:

Juán
Rogelio
Emma Alicia
Daniel
Alma Guadalupe
Alfonso

A MIS SUEGROS:

Dr. en Derecho Alberto Irabién Revuelta
Sra. María Bello de Irabién

Por el apoyo que me --
brindaron.

Con sincero Agradeci-
miento.

A MIS CUÑADOS:

Irma Patricia
Lidia Adela
Elvira
Yazmin
Alfonso
Raúl Alberto
José Ricardo
Ramiro
Alberto

A MIS CONCUÑOS:

Graciela Guadalupe
María del Socorro
Clarita
Valentín

CON AGRADECIMIENTO

Vicky
Georgina

A MIS AMIGOS:

T.E.T. Victor Manuel Moreno Valencia
Lic. Salvador Castro Heredia
Felipe González Velasquez
Nicolás Pérez López
Carlos Cadena López
Roberto Hernández Flores
Roberto Muñoz Toledo
Antonio Barraza Núñez
María Luisa Jiménez Martínez.

CON ESPECIAL AGRADECIMIENTO:

Lic. Roberto Salvador Escobedo García
Lic. Lucio Nieto Parra
Ivonne Alejandra Vázquez Morfín

A LOS MAESTROS DE LA ESCUELA:

EN ESPECIAL A:

Lic. Manuel Fagoaga Ramírez

Lic. Antonio Solano Sánchez Gavito

Lic. Jorge Gutiérrez Castro

Lic. Oscar I. De Lasse Avellana

Lic. Aarón Hernández López

Lic. Sergio Hugo Chapital Gutiérrez

Lic. José Dibráy García Cabrera.

Lic. Elisa Costamagna Tartaglia.

A MIS COMPAÑEROS DE LA GENERACION 79-82

A LA E.N.E.P. ACÁTLAN U.N.A.M.

Mi entrañable escuela que me
dió el saber de tan noble -
profesión.

I N D I C E

LOS ORIGENES DEL DOMICILIO CONYUGAL A

TRAVES DEL DERECHO

	Página
INTRODUCCION:	I-II
CAPITULO PRIMERO	
1.- Origenes de la familia, el derecho materno, estadio inferior, medio y superior de la barbarie, aparicion de la familia patriarcal.-----	1-5
2.- GRECIA.- La gens griega, situacion que guardan la esposa y los hijos.-----	6-10
3.- ROMA.- La gens romana, situación que guardan la esposa y los hijos.-----	11-18
4.- Discusión filosófica sobre la potestad marital.-----	19-39
4.1.- Epoca Colonial -----	26
4.2.- Las Leyes de Reforma-----	28
4.3.- Código Civil de 1870 y 1884 -----	30
4.4.- Ley de Relaciones Familiares -----	33
4.5.- Código Civil de 1928 y reformas de 1953. -----	36

CAPITULO SEGUNDO

5.- Domicilio de las personas físicas.-----	40-54
5.1.- Generalidades -----	40
5.2.- Definiciones Doctrinales -----	41
5.3.- Elementos objetivo y subjetivo -----	44
5.4.- Clasificación -----	49
a). Voluntario -----	50
b). Legal -----	51
c). Convencional -----	53

CAPITULO TERCERO

6.- Domicilio Conyugal.-----	55-64
6.1.- Legislación Francesa -----	55
6.2.- Legislación Alemana -----	56
6.3.- Legislación Argentina -----	57
6.4.- Legislación Mexicana -----	59

CAPITULO CUARTO

7.- El matrimonio en el Derecho Positivo Mexicano	65-74
7.1.- Su Naturaleza Jurídica -----	65
7.2.- Derechos y obligaciones que nacen del matrimonio -----	71

CAPITULO QUINTO

8.- Analisis del criterio sustentado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación- sobre domicilio conyugal.-----	75-83
8.1.- Jurisprudencia. -----	75
8.2.- Ejecutorias. -----	76
8.3.- Interpretación y Críticas. -----	79
9.- Conclusiones. -----	84
10.- Bibliografía. -----	86

- I N T R O D U C C I O N -

Con el presente trabajo, sintetizo los conocimientos obtenidos durante los años de estudio de la carrera de Licenciado en Derecho, por lo cual me interesé en este breve estudio de los orígenes del domicilio conyugal a través del derecho.

Ya que en la evolución de la historia, a cada época le corresponden ideas religiosas propias, y este reflejo religioso en la mente de los individuos, determinaba el cambio en las relaciones familiares entre el hombre y la mujer.

El domicilio conyugal participa de la naturaleza de los domicilios reconocidos por nuestra legislación que son : Voluntario, Legal y Convencional.

Ahora bien, debido a que los cónyuges recién casados, en muchos de los casos se ven en la necesidad de recurrir a sus padres, parientes o amistades por no poder establecer un domicilio propio cuando la situación de los

cónyuges es precaria, pero el vivir con alguno de los ya-mencionados, no significa que éstos pierdan autoridad, de rechos u obligaciones, aunque es de aceptar que se tengan limitaciones.

Es necesario que la Suprema Corte de Justicia - de la Nación haga una revisión a su jurisprudencia para - que cambie su criterio, debido a los cambios en las con - ductas sociales y en el orden jurídico.

C A P I T U L O P R I M E R O

- 1.- ORIGENES DE LA FAMILIA, EL DERECHO MATERNO, ESTADIO IN
FERIOR, MEDIO Y SUPERIOR DE LA BARBARIE, APARICION DE
LA FAMILIA PATRIARCAL.

En el estudio de los orígenes de la familia, en la investigación de la causa o causas determinadas a este grupo social encontramos, "Que la autoridad paternal o maternal, lejos de haber sido una causa primera, ha sido un efecto, pues ha derivado de la religión y por ésta se ha establecido; no es, pues, el principio constitutivo de la familia, lo que une a los miembros de la familia antiguas algo más poderoso que el nacimiento, que el sentimiento, que la fuerza física; es la religión del hogar y de los antepasados. Por ella forma un cuerpo de asociación - en esta vida y en la otra. La familia es una asociación - natural". [1]

Joham J. Bachofen en su obra Derecho Materno, - expresaba que en la evolución de la Historia a cada época le corresponden unas ideas religiosas propias, y que este reflejo religioso en la mente de los individuos determinaba el cambio en las relaciones familiares entre el hombre y la mujer; así, pues, el paso de la poligamia y de la poliandria o la monogamia, como el matriarcado al patriarcado, no fueron sino meros efectos o consecuencias de los - cambios en las concepciones religiosas.

Aunque en forma general, Bachofen nos habla de-

[1] COULANGE, FUSTEL. La Ciudad Antigua, pag. 44 y 45

un estadio primitivo de la sociedad humana en la que los hombres practican el comercio sexual promiscuo, ya que, a los ojos de la divinidad religiosa de esa época era permisible que un hombre tuviera relaciones sexuales con otras mujeres, así como también que la mujer mantuviera relaciones sexuales con varios hombres.

En consecuencia, como tales relaciones sexuales hacían imposible conocer la filiación paterna de los hijos, las mujeres únicas progenitoras conocidas, gozaron de todo respeto y poder. Ha sido Bachofen el primero en estudiar y descubrir este primer momento de la sociedad humana en el que por el régimen familiar sólo era verdadera y reconocida la línea femenina, la descendencia materna, constituyendo así lo que el mismo llamó derecho materno.

El descubrimiento del derecho materno hecho por Joham J. Bachofen, sirve para explicar la situación de la mujer en la familia y en la sociedad; la línea materna es la única reconocida entre las tribus salvajes al igual -- que en los pueblos de los estadios inferior, medio y, en parte hasta superior de la barbarie. Los hijos sólo tenían deberes para con sus madres, y sus derechos se de-

ducían precisamente, del hecho de ser descendientes por -
línea materna, ya que, con arreglo al derecho materno, al
morir un miembro de la gens, los herederos eran sus pa --
rientes consanguíneos más cercanos por línea materna; --
los hijos no podían heredar a su padre por no pertenecer
a la gens de éste, en la cual debían quedar los bienes pa
ternos. Por todo lo anterior, a la mujer, se le tenía gran
reconocimiento y consideración, sus decisiones eran obede
cidas sin discusión. A las madres les correspondía concer
tar el matrimonio, de sus hijos el cual lo negociaban sin
el conocimiento de las partes contrayentes y sin requerir
seles su consentimiento previo. La mayoría de las veces -
el enlace se celebraba entre personas totalmente descono
cidas entre sí, simplemente se les comunicaba a los puros
esposos la fecha de la ceremonia nupcial y era un deber -
para ellos aceptar la contrata materna.

EN EL ESTADIO INFERIOR DE

LA BARBARIE

La producción estaba encaminada casi en forma -
exclusiva, a satisfacer las necesidades propias de la tri
bu, el cambio de los productos era aislado y ocasional; -
el trabajo se divide entre los dos sexos. El hombre procu

ra al hogar común los alimentos necesarios, se dedica a - la caza y pezca, elabora los utensilios necesarios para - tales actividades; mientras que la mujer ama y señora - del hogar prepara la comida. cuida de los hijos y fabrica en telares los vestidos. Tribus enteras viven bajo el mis- mo techo, la economía doméstica es común para varias gen- tes. En tal estado de cosas, el derecho materno regía las relaciones de la familia.

EN EL ESTADIO MEDIO DE
LA BARBARIE

Las tribus dejan de ser simples recolectores de alimentos, las mas avanzadas sobrepasan la producción in- dispensable para la satisfacción de sus necesidades, la - domesticación de los animales y la cría de ganado les a - bre otras fuentes de riqueza y consecuentemente, se crean relaciones sociales enteramente nuevas.

EN EL ESTADIO SUPERIOR DE
LA BARBARIE

Aparece la agricultura, todas estas tareas, ca- si en forma exclusiva eran desarrolladas por hombres. Por

tanto, al ver el hombre que el producto de su trabajo no sólo le permitía satisfacer las necesidades de la gens, sino que además había un excedente que acrecentaba su riqueza, la posición del hombre dentro de la tribu tuvo que cambiar; el trabajo doméstico de la mujer fué relegado a segundo plano así como ella misma. Y si bien es cierto que la riqueza acumulada por el hombre pertenecía en un principio a la gens, también es cierto, en virtud del derecho materno que el caudal hereditario del hombre no pasaba a sus hijos.

Aquí aparece otra transformación en el seno de la familia. El hombre, valiéndose de esta preponderancia en el terreno económico modifica el orden de la herencia establecido.

Es suprimida la filiación según el derecho materno y en su lugar aparece la familia patriarcal.

Se habrá operado un gran cambio en la condición social y familiar de la mujer. Entonces el hombre empieza a considerarse como rey y señor y van surgiendo poco a poco las líneas fundamentales de su supremacía jurídica.

2.- GRECIA:

LA GENS GRIEGA, SITUACION QUE GUARDAN LA ESPOSA Y LOS
HIJOS.

En el estadio superior de la barbarie y ya en tránsito a la civilización, la gens era la unidad orgánica de los pueblos griegos ; al paso que se multiplicaban las gens, un determinado número de éstas formaban una patria, junto con la gens madre de donde provenían, asimismo, la reunión de varias patrias emparentadas que a menudo descendían de un antepasado común formaron la tribu. - El cambio del derecho materno al derecho paterno había - modificado profundamente las relaciones familiares de sus miembros.

La gens griega realizaba dentro de su seno festividades religiosas. El culto de los muertos era una de las principales solemnidades, consideraban a los muertos como seres sagrados; en sus tumbas se les tributaba ofrendas y sacrificios, se les ofrecía la comida fúnebre, requisitos indispensables para lograr la felicidad y reposo de estos dioses subterráneos y evitar su cólera. Igualmente, en la gens existía la costumbre de conservar permanente - mente encendido el fuego sagrado pues se le consideraba - como algo divino, rindiéndole un culto verdadero que se ofrendaba con flores, frutas e incienso divino. Se tenía - la creencia de que mientras brillara el fuego sagrado el dios del hogar protegería a los miembros de la gens.

Derrocado el derecho materno en la gens, la descendencia sólo se contaba por línea paterna, la actividad del padre era absoluta y estricta; la propiedad comunista había caído en desuso, el hombre propietario de sus rebaños y sus tierras era el único detentador de esas riquezas, ni la mujer ni los hijos poseían nada propio.

"El hijo estaba en las mismas condiciones que la mujer, no poseía nada. Ninguna donación hecha por él tenía valor, por la sencilla razón de que nada era suyo. Nada podía adquirir; los frutos de su trabajo, los beneficios de su comercio eran para el padre. Si un extraño prestaba testamento en su favor, era su padre y no él quien recibía el legado" [2] El poder absoluto del paterfamilias llegaba a tal grado que podía vender a su hijo; por su parte la mujer estaba también sometida a la autoridad del hombre, de su padre si era soltera o de sus hermanos y agnados, si aquel hubiera muerto; al contraer nupcias cae bajo la autoridad del marido, si queda en viudez sus propios hijos ejercen potestad sobre ella y a falta de éstos los gentiles más próximos a su marido.

La mujer era considerada como una eterna menor.

[2] COULANGE, FUSTEL, La Ciudad Antigua pág 108.

En virtud del reconocimiento exclusivo de la línea paterna, el sistema del parentesco era de tal manera que los hijos sólo pertenecían a la familia del padre y no conservaban ningún vínculo con la familia de su madre - así pues, dos hermanos consanguíneos eran parientes agnados porque descendían de un mismo tronco paterno, en cambio dos uterinos, sólo por parte de madre no eran agnados.

Al mismo tiempo no sólo la ascendencia con sanguínea paterna confería la calidad de agnados, los hijos adoptados por el paterfamilias entraban a la gens con la misma calidad que los naturales.

En esta forma quedó plenamente asegurado el derecho hereditario paterno.

El hombre tuvo la certeza de que a su muerte -- las riquezas acumuladas por él pasarían, heredadas, a sus hijos y no saldrían de su propia gens.

Existía en la gens griega la prohibición de contraer matrimonio entre sus miembros, aunque este principio exógamo se veía exceptuado respecto a los herederos. -- "Si el padre sólo tenía una hija, podía adoptar a un hijo

y darlo a la hija por esposo. También podía instituir por testamento un heredero que se casase con su hija. Si el padre de una hija única moría sin haber adoptado o testado, el antiguo derecho quería que el más próximo pariente fuese su heredero; pero este heredero tenía la obligación de casarse con su hija" [3]

Disposiciones tendientes a perpetuar la línea paterna y consiguientemente evitar que la propiedad del padre pasara a otra gens, ya que así el esposo asignado a la heredera ni esta misma eran en realidad herederos. Cuando un padre había casado a su hija de la manera que hemos dicho, el heredero no era la hija ni el yerno, sino el hijo de la hija.

Cuando éste había llegado a la mayoría de edad, tomaba posesión del patrimonio de su abuelo materno, aunque su padre y su madre estuviesen vivos. [4]

La familia, en el concepto moderno, no tuvo pleno desarrollo bajo el imperio de la gens; no obstante haberse abolido el derecho materno, por el derecho paterno, el principio de la exogamia que imperaba hacía necesario que el hombre buscara esposa fuera de su propia gens;

[3] CULANGE FUSTEL. ob.cit. pág. 90

[4] PETIT, EUGENE. Tratado Elemental de Derecho Romano. - pág. 28 y 29

así formado el matrimonio, el marido perteneciente a una-gens y la esposa a otra distinta, daba como resultado una-unión endeble y consecuentemente, la familia, como unidad orgánica no tuvo existencia independiente en la gens.

3.-ROMA:

LA GENS ROMANA, SITUACION QUE GUARDAN LA ESPOSA Y LOS-
HIJOS, EL MATRIMONIO EN ROMA.

La gens Romana. Según la leyenda de la fundación de Roma "Tres poblaciones concurren a su formación; una de raza latina, Los Ramneses, que tenían como jefe a Rómulo; otra la raza sabina, Los Titienses, bajo el gobierno de Tito Tacio; y por último, la raza etrusca, Los Luceres, cuyo jefe lleva el título de Lucuvio. La reunión de estos tres pueblos, agrupados en tres tribus distintas y establecidas sobre las colinas que bordean la ribera izquierda del Tiber, bajo la autoridad de un Rey, - Constituyó la Ciudad Romana".[5]. Asimismo, cada tribu es formada de diez patrias o curias, las que a su vez se componían de cien gens; el conjunto de las tribus constituía el populus Romano, el pueblo Romano.

En los primeros tiempos del nacimiento de la Ciudad de Roma la gens romana al igual que la griega, conservaba los mismos caracteres de constitución.

Cada gens se formaba por el conjunto de personas que descendían por línea masculina de un tronco común, si moría el fundador de la gens sus hijos formaban a su vez distintas familias son ramas de un autor común, y conservaban una señal distinta de su origen, el nomen gentilitium, que era llevado solamente por los miembros que for-

maban parte de una misma gens; en el seno de cada una de ellas se celebraban las solemnidades religiosas y se tenía sepultura común gentilicia; se practicaba la adopción, en virtud de la cual, miembros extraños entraban a formar parte de la gens.

El derecho hereditario era recíproco entre los miembros de la gens, según el cual heredaban, en principio, los descendientes masculinos por parte paterna y los adoptivos; de su haber hijos, heredaban los parientes gentiles más cercanos, también que descendían por línea paterna. Respecto a la esposa, al contraer nupcias pasaba a formar parte de la gens de su marido, era adoptada por ésta; si llegaba a morir su marido, como ella no tenía ningún vínculo consanguíneo con los miembros de la gens por pertenecer a otra distinta, contraía segundas nupcias con un pariente gentil de su primer esposo.

En cualquiera de estas formas los bienes no salían de la gens.

La familia estaba organizada bajo el régimen patriarcal, la única autoridad dentro de la familia la ejerce el padre en forma absoluta, llegando al extremo el-

poder disciplinario del paterfamilias, que en determinados casos puede dar muerte a los hijos y a su esposa.

El parentesco civil sólo se transmitía por la línea de los varones, la filiación materna quedaba excluida del parentesco agnaticio; al lado de este sistema existía otra clase de parentesco llamado cognación, del cual la madre era la representante genuina; las características esenciales de la cognación es la comunidad de sangre y los vínculos naturales que existen entre sus miembros, lo que la distingue de la agnación en virtud de que aquella no puede crearse ni extinguirse por artificios jurídicos como lo era el parentesco civil por agnación. Dentro de este sistema de parentesco, "compónese la familia de ascendientes y descendientes, y colaterales, los primeros se llaman parientes en línea recta, con lo que quiere significarse que descienden unos de otros, los colaterales hállanse emparentados en línea transversal, descendiendo de otro pariente común" [6]

El matrimonio en Roma tuvo tres etapas sucesivas. En el antiguo derecho iba siempre acompañado por la manus mariti, poder marital absoluto sobre la mujer en virtud de la cual ésta pasa a formar parte de su antigua familia, para entrar en la de su marido, en la que ocupa-

[6] SOHN, RODOLFO. Instituciones de Derecho Privado Romano

ba el lugar de una hija; la manus era una potestad identi
ca a la patria potestad". [7]

Este matrimonio cun manus se celebraba en tres-
formas distintas, la primera, la Confarreatio, era una ce
remonia en que se hacían ofrendas a jupiter y se pronun -
ciaban ciertas palabras solemnes, consistia en tres actos:
Traditio, Deductio in Domun y Confarreatio, pasos sucesi-
vos en los que en primer término el paterfamilias la des
ligaba del hogar paterno; a continuación la novia era --
conducida a la casa de su futuro marido y dejada en la --
puerta, el marido la tomaba en sus brazos y la transporta
ba dentro del hogar, y finalmente, "Se conduce a la espo-
sa ante el hogar, donde todos los dioses domésticos y las
imágenes de los antepasados están dispuestos alrededor --
del fuego sagradi. Ambos esposos, como en Grecia ofrecen-
un sacrificio, hacen la livación, pronuncian algunas ora-
ciones y comén juntos una torta de flor de harina" [8]

De esta manera, la mujer entra a formar parte -
de la familia de su esposo en calidad de hija filial, y -
es sólomente de esta forma como la madre llega a ser pa -
riente agnaticia de sus propios hijos ya que, la simple -
maternidad no es suficiente para que exista agnación. Así

[7] FOIGRET; RENE. Manual elemental de Derecho Romano --
pág 49

[8] COULANGE, FUSTEL. ob.cit. 51

pues, sólo en matrimonio cum manus la comunidad del poder paterno une jurídicamente a la mujer con sus propios hijos, entre quienes tiene la categoría de hermana.

La coemptio era la segunda manera de celebrar el matrimonio cum manus. "Forma del matrimonio plebeyo. Era una venta ficticia de la mujer a su marido en presencia de cinco ciudadanos Romanos púberes de un libre pens, porta balanza, y los esposos, valiéndose de las palabras Sacramentales [9]

Por último la tercera forma de celebración de las nupcias en las que el marido adquiría la manus sobre su esposa por el usus.

Sin medir formalidad ni ceremonia alguna el matrimonio era legítimo a la ley del Derecho Civil por el simple transcurso de un año ininterrumpido de vida marital entre los cónyuges. " La misma idea que inspiró la usucapión como modo de adquirir la propiedad, determina esta nueva modalidad de matrimonio. Contribuye a ello la opinion que ve en la hija un objeto patrimonial perteneciente al padre.

[9] FOIGRET, RENE. ob cit, 51

Era natural que hubiese inconveniente alguno en sancionar la usucapión de la novia considerada ya un objeto de venta." [10]

En la segunda etapa del desenvolvimiento de la institución del matrimonio, junto al matrimonio cum manus apareció otra forma de matrimonio sine manu o matrimonio libre y que era perfectamente válida para el Derecho Civil.

La ley de las doce tablas sanciona estas clases de matrimonio y considera el realizado sine manu, *justummatrimonium*, como matrimonio legítimo. La idea de estas uniones consensuales se deriva del *usus* como forma de adquirir la manus marital, ya que siendo necesaria la cohabitación continuada del hombre y de la mujer por el esposo de un año para que la mujer cayera bajo la potestad marital consumándose en esta forma la usucapión, la ley de las doce tablas establece que si la mujer permanece alejada de la casa conyugal durante tres noches consecutivas, *trinoctium*, es suficiente para que ésta no caiga bajo la manus del marido; esta interrupción, *ususruptio*, debía hacerse cada año, si la mujer no quería caer bajo la potestad del marido y no consiste sino en un mero simbolismo para interrumpir la comunidad conyugal, una simple

apariencia con la única finalidad de impedir que se produjera la manus marital, fácilmente disoluble por el divorcio solicitado por ambos cónyuges, por mutuo consentimiento, o por la voluntad de uno de ellos. "La autoridad pública, en fin, no interviene en el matrimonio, los esposos se casan y se divorcian sin que tengan que hacer ninguna manifestación." [11]

La situación de la mujer en la casa del marido era distinta a la que tenía cuando contraía matrimonio -- cum manus. "En los matrimonios sine manus la mujer no entraba bajo el poder, ni, por tanto en la familia agnaticia de su marido, sino que permanecía en la suya originaria, sin salir de la patria potestad de su padre, o en su caso, de la tutela de sus familiares agnaticios, no la unía pues, ningún parentesco civil de agnación, los hijos que diese a su marido: a sus hijos pertenecían a la familia agnaticia de éste, pero ella seguía unida a la de su padre." [12]

En la última etapa del D. Romano el matrimonio-cum manus cayó en desuso quedando sólo en vigor el matri

[11] FOIGRET, RENE. ob cit. pag. 50

[12] SOHN, RODOLFO. ob cit, pag.28

monio sine manu celebrado sin ceremonia ni solemnidad alguna."Esta solución admira en una legislación tan formalista como la legislación Romana. Se ha aplicado tal anomalía diciendo que el matrimonio no era un acto jurídico-- para los romanos, sino un estado de hecho, al cual concedía la costumbre consecuencias jurídicas. Ahora bien, un estado de hecho existe aún en ausencia de toda forma.[13]

[13].FOIGRET,RENE.ob cit, pag.51

4. DISCUSION FILOSOFICA SOBRE LA POTESTAD MARITAL.

El dogma de la autoridad marital. Contenido como inconvencible a través de los siglos con las solas alteraciones que la lenta, pero poderosa acción del progreso, ha impuesto, alentado por las doctrinas cristianas, se ha sometido a revisión en los modernos tiempos.

Desde que se inició el problema, los autores -- discuten el pro y el contra de la autoridad del marido, y se sostienen diversos puntos de vista alegando razones de sabido alcance e interés.

Fundamentos de la autoridad marital. Los partidarios de mantener la doctrina tradicional alegan como razones fundamentales de la misma las siguientes:

a) Argumentos de orden psicofisiológico. Este -- primer argumento que ha sido el más esgrimido a través de los siglos, establece que la diferente constitución física del hombre y la mujer es un dato que la misma naturaleza proporciona para derivar la supremacía del marido. -- Pues si físicamente el hombre es más fuerte que la mujer, y tiene más perfecta constitución intelectual, lógico, es decir, que sea a él a quien corresponda la dirección del matrimonio.

A este respecto se han hecho estudios interesantes sobre la fuerza corporal y el cerebro de ambos, y la posición intelectual del hombre y la mujer en las ciencias las artes y las letras.

Por otra parte en exámen particular de las cualidades psicológicas y sentimentales ha hecho ver que en el hombre predominan la razón y la constancia de la voluntad, y en cambio en la mujer la sensibilidad y los afectos, cualidades estas últimas que resultan muy pocas aptas para una función de dirección.

b) Argumentos del orden social. La misma vida íntima del organismo matrimonial conduce a privar a la mujer de su posición directiva. La gestación, el parto y el cuidado de los hijos son tres cometidos en que la mujer emplea el mayor tiempo de su vida y le hace por consiguiente, inhábil para la labor de dirección y sobre todo de representación de una área extrema al círculo de la familia.

c) Argumentos del orden histórico. Si dirigimos nuestra mirada fundamentalmente a través del decurso de los siglos, es necesario ver la supremacía del marido de todos los tiempos y las circunstancias.

Las costumbres no se producen por azar y cuando los pueblos unánimemente han asignado el poderío conyugal al varón es por que late en el seno de todas las circunstancias colectivas la necesidad del poder marital.

Los anteriores argumentos no parecen incontados, al contrario los impugnadores de la autoridad del marido dicen respecto de ella que en los más modernos -- tiempos la posición de una mayor fuerza no es base justa para fundamentar mayores derechos. Pues esta relación de derecho - fuerza pertenece a estadios ya pasados de nuestra civilización, tampoco sirve de fundamento el predominio en el hombre, de la razón, y en la mujer de los sentimientos, pues aparte de que no es cierto en muchísimos casos, ello es perfectamente compatible con las funciones directivas.

Se han dado, en efecto, numerosos ejemplos de perfecta dirección en los grupos sociales. Ha habido magnificas reinas, y la dinámica industrial de los más modernos tiempos nos presentan numerosos casos de mujeres al frente de consejos de administración en las empresas, lo que prueba su capacidad extraordinaria para la función directiva.

Por lo que respecta en la menor obra intelectual de la mujer a través de los años, ello se justifica para la menor instrucción en que el hombre le ha tenido, quien le ha cerrado las puertas a las profesiones y la ha privado de toda clase de estímulos.

Los argumentos de orden social también criticados por las feministas, quienes dicen que es la mujer a quien compete la dirección del matrimonio o por lo menos, la paridad con el hombre. Si su función es tan fundamental como la gestación, la crianza y la educación de los hijos lógicamente deberá darsele todo el predominio que la calidad e importancia de estos cometidos.

Por último, los argumentos históricos no la prueban, pues si a la historia nos remitimos, alegan los impugnadores, es necesario ver al matriarcado como régimen general de la humanidad primitiva, y si luego se substituyó este régimen por el del poder del mando fue debido a la imposición física de éste.

Con la apreciación de estas objeciones y la estimación otros argumentos de matiz positivo ha tomado gran relieve la corriente feminista que tiende a destruir

la preponderancia del marido en el matrimonio.

La teoría feminista o contrarias a la supremacía del marido, aunque moderadamente, han tomado gran predicamento, puede en realidad decirse que su origen se remonta a los tiempos del iluminismo.

Esta corriente, sin embargo, no es uniforme; -- presenta diversas modalidades, siendo las principales:

a) La doctrina ginecocrástica. Esta tendencia, -- que es la más radical, requiere cambiar por completo al actual estado de cosas, colocando la titularidad del grupo marital en la mujer. Lógicamente son tratadistas de ese sexo los que sostienen y pueden decirse que no tiene -- gran número de partidarios. Apenas si han tomado predicamento científico y sólo se le respeta con una cierta elegancia como "capricho de los demás", según dijo irónicamente Montesquieu.

b) La tesis de la oligarquía. Esta tendencia -- que ha sido más favorecida tiene una doble variante"

1. La tesis de autoridad indivisa, propuesta --

por Plauch, con arreglo a la cual la soberanía del grupo familiar corresponde a ambos cónyuges, pero sin limitación de esferas, puesto que todo corresponde a ambos.

De esta forma dice, la resistencia de uno de ellos paralizará la resistencia divergente del otro. Obligándose así a entenderse.

Esta doctrina conducirá en la práctica al triunfo de la opinión del más fuerte, aunque no tuviera de su parte la razón.

2. La doctrina de separación de esferas. Sostiene que la autoridad, del matrimonio corresponde a ambos cónyuges, pero teniendo cada uno sus sectores distintos de actuación. El marido comprendiendo mejor el mundo externo, representa a la familia en las relaciones de fuera mientras que la mujer debe dirigir plenamente la vida interior del hogar. Ahora bien, para estos casos en que ambas esferas se junten o coincidan, los partidarios de esta doctrina solucionan el caso acudiendo a un organismo imparcial. Los demás piden que se acuda a la autoridad judicial; pero no faltan autores singularmente alemanes que creen mejor el sistema de los tribunales de tutelas.

Asimismo hay quienes presentan un jurado compuesto de simples particulares que resolvería con plena indulgencia las situaciones de conflicto. No faltan tampoco quienes crean oportuno el establecimiento de un tribunal familiar a manera del Concilium Domesticum de los romanos.

c) La doctrina de la autoridad designada de común acuerdo. Esta teoría sostiene que debe ejercer la autoridad dentro del matrimonio, aquel cónyuge que ambos designen de común acuerdo en el contrato matrimonial. Fue defendida por Stuart Mill, y hoy en día por algún contratista moderno. No tiene gran validez y se le critica ya que asimila el matrimonio a una simple sociedad de comercio.

d) La teoría de la unidad de dirección. De todas las modalidades que la corriente feminista presenta, ésta es sin duda la más aceptable y eficaz. Con arreglos a esta doctrina la sociedad conyugal es una sociedad poliarquica en la que ambos conyuges están situados en un pie de igualdad entra marido y mujer, deben pues, gozar de iguales derechos ante la ley.

Ahora bien, esta igualdad de derechos no se opone sino que por el contrario, la suscita a una preminencia -- del marido con el fin único y exclusivamente de dotar el --

organismo de la unidad de dirección siempre necesaria en cualquier complejo social. Pero esta preminencia del marido no debe suponer nunca un conjunto de derechos situados en su persona, sino un complejo de derechos y obligaciones para la mejor armonía de la sociedad. Desde luego, esta última tesis es la más certera. [14]

4.1 EPOCA COLONIAL

Cuando el feudalismo histórico había sido superado en el viejo continente, España lo importa a sus colonias conforme a dicho sistema social. En tales condiciones, la familia de la época colonial se configuran de acuerdo con el tipo feudal con todo su rigorismo característico. Le reconoce exclusivamente la pareja monógama unida por el matrimonio eclesiástico, como único vínculo obligatorio.

Desaparece el matrimonio por compra, pero se sigue la costumbre de que la mujer lleve al casamiento un dote a favor del marido; asimismo, para la celebración del enlace se atiende menos a las causas amorosas que a las económicas y de clase social.

A la mujer se le exige castidad absoluta y un pa

pel de esposa fiel y sumisa a los designios del marido; se le excluye de la vida pública y de cualquier profesión; -- queda relegada al hogar y sirve sólomente para atender a -- las labores domésticas, así como el cuidado de los hijos -- y de los varones solamente, hasta cierta edad, toda vez -- que, estos últimos a temprana edad pasan a la vigilancia -- de menores designados por el padre o directamente bajo su -- dirección.

En el seno del hogar las desiciones del marido -- son ordenes acatadas sin discusión, su voluntad es ley. Su vida transcurre entre la atención de sus propios negocios, sin descuidar la satisfacción de sus placeres. Si a la esposa se le exige la castidad y fidelidad absolutas, sancionándose severamente las infracciones, incluso con la muerte, para el marido la costumbre es más flexible en este -- sentido y la misma sociedad ve con disimulo y hasta entiende y justifica el adulterio del esposo.

Se tiene el mismo concepto de propiedad privada -- romana que hace necesario que el hombre asegure la trasmisión de sus bienes que él ha adquirido en igual manera, a sus hijos varones, que son los que perpetúan su nombre. In

cluso, se sigue la costumbre del mayorazgo, en virtud de la cual el varón primogénito es el heredero del nombre y fortuna de la familia, con el se perpetuará la tradición de la casa. En tales condiciones, predominando la descendencia por línea paterna y atribuyéndole preferencia a los hijos varones, en especial al primogénito, la situación de las mujeres dentro del hogar era más secundaria; a las hijas se les constituía un dote para llegado el caso de contraer matrimonio pudieran cumplir con dicho requisito, y en el caso de que éstas no encontraran el candidato aprobado por la autoridad paterna, el único camino que podían seguir era la reclusión en un convento, igualmente aportando la dote.

Por tanto, el hombre único propietario de las tierras. los cargos públicos, comerciante, etc., era igualmente el único y señor del hogar.

4.2 LEYES DE REFORMA

El México independiente trató de elaborar su propio sistema legal y, desde luego, se dispuso a crear su derecho civil. Sin embargo ante la imposibilidad de todo un cuerpo de derecho privado, mantuvo provisionalmente ---

el de la colonia. Pues si bien es cierto que en el año de 1822 hubo un intento de redactar un código civil, la verdadera etapa codificadora la podemos considerar a partir del proyecto que redactó Don Justo Sierra en 1861, inspirado en el Código Napoleónico; no obstante, debido a las circunstancias sociales y políticas por las que atravezaba el país, este proyecto nunca salio a la luz pública.

No fue hasta el año de 1862 en el que una comisión, bajo la presidencia del Ministro de Justicia, Don Jesús Terán, se constituyó para revisar el proyecto realizado por Don Justo Sierra y formular otro código civil, otra Comisión continuó con las tareas de la anterior hasta cristalizarse en el Código Civil de 1870.

Anteriormente en el año de 1859, se expidieron en Veracruz sus leyes de suma importancia, que iban a variar considerablemente las condiciones sociales y legales de la familia mexicana, en una se declaraba que el matrimonio es un contrato civil, bastando ésto para su validéz; en otra se crearon los Jueces del Estado Civil, encargados de llevar el registro de los nacimientos y de las defunciones, y de celebrar el matrimonio laico.

De esta manera, el Estado Mexicano recobra su legítima jurisdicción en una materia tan importante como es el matrimonio; bajo su competencia; la iglesia consideraba al matrimonio como un vínculo meramente espiritual, como un sacramento o al menos, le daba mayor importancia a este aspecto. Con tanto que el Estado lo consideraba como un contrato, como un hecho positivo generador de derechos y obligaciones que debe vigilar por su cumplimiento. El matrimonio, como institución jurídica laica, quedó fuera de control de las autoridades eclesíasticas.

4.3 CODIGOS DE 1870 Y 1884

Código Civil de 1870, consideró al matrimonio, como la sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudándose a llevar el peso de la vida.

Dispuso derechos y obligaciones que nacen del matrimonio.

En primer término estableció que ambos cónyuges se debían guardar fidelidad y que cada uno por su parte deberían contribuir a los objetos del matrimonio y a soco --

rrerse mutuamente, y en virtud de que en esa época se consideraba al hombre físicamente más fuerte que la mujer y con más perfecta constitución intelectual, lógico era deducir que era a él a quien correspondía la dirección del matrimonio, el deber de protegerla y darle alimentos, aunque ésta no haya llevado bienes al matrimonio; asimismo el marido adquiere la administración de los bienes de la sociedad conyugal, la representación de su cónyuge dentro y fuera del hogar conyugal y, en general es sobre de él en donde recae la jefatura familiar.

Respecto a la mujer, dispuso que ésta debe obedecer a su marido, así en lo doméstico, como en la educación de los hijos y en la administración de los bienes y excepcionalmente, debe dar alimentos al marido si cuenta con bienes propios y este careciere de ellos y estuviese impedido para trabajar, este deber subsiste aún cuando el marido no administre los bienes del matrimonio.

La mujer está obligada a seguir a su marido, si éste lo exigía a donde quisiera establecer su residencia, salvo pacto en contrario celebrado en las capitulaciones matrimoniales. Aunque no haya habido ese pacto, podían los Tribunales con conocimiento de causa, eximir a la mujer de

esta obligación cuando el marido trasladara su residencia a país extranjero. Se reputaba como domicilio legal de la mujer el de su marido, salvo que se encontrara legalmente separada de él.

En cuanto al divorcio dispuso que éste no disolvía el vínculo del matrimonio, sino que suspendía solamente algunas obligaciones civiles.

En el Código Civil de 1884, vemos la situación jurídica y social que guardaba la familia, no sufre ninguna alteración sustancial ya que, en términos generales conserva las mismas disposiciones del Código derogado, respecto a la condición que guardaba la mujer casada.

Ahora bien, tanto en el Código Civil de 1870 como en el de 1884, la mujer casada estaba considerada como un ser incapáz sujeto a la voluntad de su marido, consecuencia natural, del estado de incultura e impreparación en que se le tenía, y en relación a la potestad que se ejercía sobre los hijos, se disponía que ésta correspondía en principio y solamente a falta de éste, la podía ejercer la madre.

4.4 LEY DE RELACIONES FAMILIARES

Que los derechos y obligaciones personales de los consortes deben establecerse sobre una base de igualdad en tre éstos y no en el imperio que, como resto de la Manus Romana, se ha otorgado al marido, y deben, además consiguarse en los preceptos legales las prácticas que emanan de la costumbre, a fin de hacer que la ley sea suficientemente respetable y debidamente respetada; por todo lo cual se ha creído conveniente determinar de un modo expreso que am bos cónyuges tienen derecho a consideraciones iguales en el seno del hogar; que la mujer está dispensada de vivir con su marido, cuando éste establezca su residencia en un lugar insalubre o inadecuado a la posición social de la mu jer; que el marido está obligado a sostener el hogar sin perjuicio de que la mujer coadyuve, si tiene bienes o trabaja; que la falta de cumplimiento de las obligaciones, por parte del marido, constituye un delito; que el cuidado directo del hogar y de la prole corresponde a la mujer y como consecuencia de esto último, que ella no puede obligarse a prestar servicios personales a extraños, sin el previo consentimiento del marido.

Dispuso derechos y obligaciones que nacen del ma-

rimonio, estableciendo en primer término que los cónyuges están obligados a guardar fidelidad, a contribuir cada uno por su parte a los objetos del matrimonio y a socorrerse mutuamente.

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

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 a la administración de los bienes que a éstos pertenézcan. En consecuencia, la patria potestad la ejercen el padre y la madre.

En caso de que el marido y la mujer no estuvieran de acuerdo sobre algunos puntos indicados, el Jué^z de Primera Instancia del lugar, sin forma ni solemnidad alguna procurará ponerles de acuerdo, y en caso de que no lo logre, resolverá lo que fuere más conveniente al interés de los hijos.

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

En consecuencia la mujer sólo podrá, con licencia del marido obligarse a prestar servicios personales a favor de personas extrañas, o de servir en empleo o ejercer una profesión o establecer un comercio.

El marido al otorgar la licencia, deberá fijar el tiempo preciso a ella; pues de lo contrario se entenderá consentida por tiempo indefinido, y el marido para terminarla deberá hacerlo saber por escrito con dos meses de anticipación.

La mujer no necesitará autorización del marido para prestar servicios personales a favor de persona extraña para servir un empleo o atender un comercio o ejercer una profesión, cuando el marido hubiese abandonado el hogar o cuando sin haberlo abandonado, no tuviese bienes propios y estuviere imposibilitado de trabajar.

4.5 CODIGO CIVIL DE 1928 Y REFORMAS DE
1953.

Se equiparó la capacidad jurídica del hombre y la mujer estableciéndose que ésta no quedaba sometida por razón de su sexo a restricciones legales en la adquisición y ejercicio de sus derechos.

Como consecuencia de esta equiparación se dió a la mujer domicilio propio; se dispuso que tuviera en el matrimonio autoridad y consideraciones legales iguales al marido y que por lo mismo, de común acuerdo arreglaron todo lo relativo a la educación y establecimiento de los hijos y la administración de los bienes de éstos.

Se estableció que la mujer pudiera, sin necesidad de autorización marital servir en empleo, ejercer una profesión o industria o dedicarse al comercio con tal de que no descuidara la dirección y los trabajos del hogar.

La mujer casada mayor de edad puede administrar libremente sus bienes propios y disponer de ellos. También puede administrar los bienes pertenecientes a la sociedad-

conyugal si así lo hubiese convenido su esposo.

La mujer casada tiene derecho de pedir que se de-
por concluida la Sociedad Conyugal cuando teniéndolo el marido
la administración de los bienes comunes, se revele un ad
ministrador torpe o negligente.

Se hizo desaparecer la incapacidad para que la mujer
pudiera ser testigo, fiadora, testigo en testamento, -
albacea y para que ejerciera el mandato.

La equiparación legal del hombre y la mujer se -
hacía necesaria en vista de la fuerza arrolladora que ha
adquirido el movimiento feminista.

Actualmente la mujer ha dejado de estar ligada ex
clusivamente al hogar; se le han abierto las puertas para-
que se dedique a todas las actividades sociales, y en mu -
chos países toma parte activa en la vida política.

En tales condiciones era un contrasentido la re -
ducción de su capacidad jurídica en materia civil sustentada
por el código anterior.

Se obligó a que, al contraer matrimonio, forzosamente pactaran los cónyuges acerca de si establecían comunidad o separación de bienes, procurándose por este medio-garantizar debidamente los intereses de la esposa en el momento más propicio, cuando el hombre desea hacerla la compañera de su vida.

De esta manera, se combaten prejuicios muy arraigados que impiden por falsa vergüenza o mal entendido, dignidad, tratar de asuntos pecuniarios cuando se funda la familia que imperiosamente exige muchos y continuos gastos.

Por reforma de los artículos 34 y 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial del día 17 de octubre de 1953, se concedió a la mujer el pleno disfrute de los derechos políticos.

Por lo que se hizo necesario establecer en los demás ordenamientos jurídicos, reglas que estuvieran en consonancia con dicha reforma política.

Por decreto presidencial de fecha 31 de diciembre de 1953, publicado en el Diario Oficial del día 9 de enero

de 1954, se reformó el artículo 163 del código civil de 1928, que disponía que era obligación de la mujer vivir al lado de su marido, quedando dicho artículo a partir de la reforma citada, en la forma siguiente: "Los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal. Los Tribunales, con conocimiento de causa, podrán eximir de esta obligación a alguno de ellos, cuando el otro traslade su domicilio a país extranjero, a no ser que lo haga en servicio público o social o se establezca en lugar insalubre o indecoroso".

De la lectura del artículo 163 vigente, se deduce que el deber ya no es exclusivo de la mujer de vivir al lado de su marido, sino que ambos contraen ese deber, es decir, la mujer debe vivir al lado de su marido y éste con su mujer.

Por todo lo anterior, es posible afirmar que la potestad marital ha dejado de tener vigencia en nuestro derecho.

C A P I T U L O S E G U N D O

5.- DOMICILIO DE LAS PERSONAS FISICAS.

5.1 GENERALIDADES

De la coincidencia del hombre con las personas físicas, se desprende que la misma reúne en sí atributos; --- que son los elementos por los cuales se distingue una persona de otra, así como se permite afectarla jurídicamente --- cuando es necesario. Estos atributos son a saber: el nombre, domicilio, patrimonio y estado; que son necesarios y --- constantes de la persona física y humana, aún cuando los --- mismos se encuentren en la misma persona moral o colectiva. Estas características o atributos son reglamentados por la ley, sin que quede al arbitrio de la voluntad del sujeto, --- crearlos, modificarlos o extinguirlos; aún cuando en el patrimonio y en el domicilio se reconocen ciertos efectos a --- la voluntad.

La palabra domicilio, vien del latín "DOMICILIUM", quw a su vez se deriva de domus, casa. Esta etimología de --- termina una aceptación del domicilio equivalente a habitación, casa, lugar en que se habita. Pero ésto no es propiamente domicilio, ésto podrá ser simple residencia, una si --- tuación de mero hecho; pero el domicilio es un concepto jurídico".

Cualquiera que fuere la concepción del domicilio de una persona, existe criterio unánime en la doctrina de que el domicilio es "El lugar donde uno se haya establecido y vecinado con su mujer, hijos y familia y la mayor parte de sus bienes muebles; según la definición de Escriche. Pero dentro de tal definición, de carácter general, varían las nociones que los diversos autores pretenden darnos, y con ello aparecen las varias tendencias o escuelas, que -- han ido diversificando el concepto.

5.2 DEFINICIONES DOCTRINALES

Los tratadistas pretendiendo dar una noción precisa del domicilio, lo han oscurecido, sobre todo los autores franceses al interpretar los preceptos de su derecho.

SAVIGNY dijo que el domicilio es un lugar que una persona ha elegido para su residencia permanente.

MAKELDAY dice que es el lugar en que ha establecido su residencia fija.

COLIN Y CAPITANT, entre los franceses, señalan que todo hombre se halla unido a un lugar determinado por sus afecciones de familia, por su trabajo, por sus intere-

ses, por el hábito; y en ese lugar reside ordinariamente. Esta estabilidad es muy favorable a las relaciones jurídicas, las cuales tendrían una vida precaria si el hombre cambiara incesantemente de lugar pudiera así escapar a todas las investigaciones y pesquisas. El Derecho, prosiguen, teniendo en cuenta este hecho, deduce de él una noción jurídica, la del domicilio.

Fija un lugar para cada persona, que tiene en él su asiento legal y en el cual se le supone siempre presente, bien lo ocupe corporalmente, o bien no se halle en él. En otros términos, el domicilio es la residencia que se considera tiene la persona a los ojos de la ley para el ejercicio de ciertos derechos o para la realización de ciertos actos. [17]

Pugliatti, sintetizando la doctrina italiana, anota que sobre el modo de ejercicio de los derechos y sobre la valoración de los efectos de las relaciones jurídicas, influye, bajo ciertos aspectos, "La relación entre la persona y el lugar en que vive y opera": de esto es fácil deducir la importancia que adquiere la investigación acerca de la sede de la persona. La relación, dice, entre el sujeto jurídico y su sede se especifica en los concep-

tos de domicilio, residencia y estancia, definiendo al --
primero "como la sede jurídica de la persona", y al mismo
tiempo "como el lugar en que la persona tiene su sede jurí
dica". Entendido en el primer sentido, el domicilio es --
una relación de derecho. Tiene como presupuesto normal --
una relación material, una relación de hecho entre las -
personas y el lugar; pero, justamente porque es un quid -
iuris, prevalece el elemento formal, es decir, el carác -
ter jurídico, de modo que en definitiva, se reputa exis -
tente la relación de hecho, aunque materialmente no exis -
ta, o más bien se prescinde de ella, considerándose igual
mente existente la relación [18] Admitido que siempre se
trata de una relación jurídica, unida a un hecho material,
no se satisfizo la doctrina, ni las legislaciones, con la
presencia de uno y otro elemento, sino que ha entrado en
la determinación de los que se entiende por la relación -
jurídica, interpelando un elemento intencional, subjetivo-
aunque sometido a pruebas materiales, para calificar el -
domicilio. Algunos códigos, por ejemplo, consideran al do
micilio no sólo como la residencia (morada personal o fa
miliar), sino además como el lugar donde se tiene inten -
ción de construir dicho domicilio en carácter de permanen
cia y estabilidad. Otros a su vez requieren que dicha se
de goce de los atributos de centro de la actividad econó-

[18] PUGLIATTI, S Introducción al Estudio de Derecho Civil
pag. 391

mica y jurídica de una persona. Así los códigos de Italia y Argentina definen el domicilio, como un lugar donde una persona tiene establecido el asiento principal de sus negocios y de su residencia; el código alemán, como el lugar en que una persona se encuentra con la intención de permanecer establemente en él.

Enneccerus señala que el domicilio no es un concepto de mero hecho, sino que tiene naturaleza jurídica, pero casi siempre coincide la residencia permanente de hecho con el lugar en que se habita; pero no es necesario que así sea. [19]

Es ésta, precisamente, la orientación del Código Civil Alemán, probablemente uno de los más amplios y precisos en la materia.

Como se advierte, la diversidad de acepciones en la doctrina y en la legislación, no puede ser más notoria, aunque en general puede hablarse de dos tendencias o corrientes: la de los que siguen a la Ley Francesa y los que se encausan con la fórmula Alemana.

5.3 ELEMENTOS OBJETIVO

Y SUBJETIVO

Tradicionalmente se ha considerado que son dos elementos los componentes del domicilio, un objetivo, o sea el hecho mismo de encontrarse una persona en un lugar determinado y otro subjetivo que consiste en el propósito de radicar, o permanecer en cierto lugar.

El domicilio tiene pues, como base fundamental la residencia; pero ésta resulta insuficiente para constituirlo, ya que es preciso que se sume la intención de permanecer en él para su fijación. Sin embargo, hay veces que el domicilio existe sin la residencia, siendo éstas excepciones a la regla. Al respecto el maestro Benjamin Flores Barroeta, nos dice: El domicilio es un concepto jurídico derivado de un hecho. Este hecho consiste en que una persona se encuentra en determinado lugar en preferencia a cualquier otro; o respecto de tal lugar la persona ha fincado sus principales intereses; o la persona a partido del propio lugar, que es el de origen. Pero este hecho se transforma en el concepto jurídico de domicilio en cuanto al derecho lo considera como el sitio en donde reputa presentarse a la persona para las consecuencias jurídicas relativas. De esta suerte, no importa el sitio donde de hecho se halle la persona, siempre tiene un domicilio en derecho, un lugar donde para los efectos jurídicos

está presente.

Es común que las personas se separen de su domicilio temporalmente con la intención de volver a él, en estos casos, la idea del domicilio subsiste aún cuando las personas adquieran residencia en otro lugar.

Ahora bien, hemos visto, que la residencia es un estado de hecho, mientras que el domicilio es un concepto jurídico generalmente derivado de un hecho. La residencia, como se ve, no es tan importante como el domicilio, ya que excepcionalmente la ley le atribuye ciertos efectos jurídicos. Sin embargo, a este respecto el autor francés Louis Josserand nos dice: Que la noción del domicilio se halla en franco retroceso, en tanto que la simple residencia crece en importancia. Opina que, en principio, la residencia carece de valor jurídico, es una noción de un hecho más bien que de derecho; sin embargo este dogma tiende a perder su valor absoluto, pues cada vez más la residencia noción concreta, tiende a desarrollarse y a veces en detrimento del domicilio, noción abstracta y ficticia; en el desarrollo de los medios de comunicación, la ficción, que está en el fondo del concepto de domicilio, se opone más crudamente a la realidad; el hombre ha deja-

do de ser sedentario para convertirse, si no en nómada, -- por lo menos en viajero; los lazos que les unen al lugar de su principal establecimiento se aflojan y la noción de domicilio retrocede ante la de residencia que remplaza al domicilio cuando éste es desconocido. [21]

El artículo 29 dispone: "El domicilio de una -- persona física es el lugar donde reside con el propósito de establecerse en él; a falta de éste, el lugar en que -- tiene el principal asiento de sus negocios y a falta de -- uno y otro el lugar en que se halle".

Del artículo transitorio, se deduce que no basta la simple residencia en un lugar para constituir el -- domicilio, sino que debe haber intención de establecerse en él. Así mismo admite la posibilidad de que la persona física resida en un lugar distinto de su domicilio, al -- disponer que a falta de aquel, su domicilio será el lugar en que tenga el principal asiento de sus negocios, (por -- asiento principal de sus negocios debe entenderse que es "el centro de la actividad jurídica de la persona". no es de la esencia de la sede o asiento jurídico de la persona que la ley le imponga). Al respecto el autor italiano Fran cesco Messineo, nos dice: El domicilio de la persona es --

el lugar donde ella tiene establecida la sede principal - de sus propios negocios e intereses.

El domicilio es elegido libremente por el sujeto, y es el resultado de su determinación y voluntad. Al establecer la sede principal de sus negocios e intereses es algo ordinario, resulta de hechos materiales y no necesariamente de declaraciones; y hasta debe decirse que, si el establecimiento de la sede no es efectivo, no hay constitución de domicilio [22]

Y en cuanto a la hipótesis a que se refiere en su última parte, presupone que a falta de domicilio constituido conforme a las reglas señala, será su domicilio - el lugar donde se halle, es decir, que de conformidad con el artículo que se comenta, no cabe la posibilidad en -- nuestro derecho de que persona alguna carezca temporal o definitivamente de domicilio.

Ahora bien, el artículo 30 del ordenamiento jurídico, dispone: Se presume el propósito de establecerse en un lugar, cuando se reside por más de seis meses en el. Transcurrido el mencionado tiempo, el que no quiera que -- nazca la presunción, declarará, dentro del término de -- quince días, ante la autoridad municipal de su nueva --

residencia, que no desee perder su antiguo domicilio y adquirir uno nuevo. La declaración no producirá efectos si se hace en perjuicio de terceros.

Al respecto el maestro Rojina Villegas, nos dice: La residencia habitual, o sea, el dato objetivo es susceptible de prueba directa, el propósito de establecerse en determinado lugar, o sea el dato subjetivo que no siempre se puede apreciar mediante pruebas directas pero si es posible comprobar a través de interferencias y de presunciones [23]

5.4 CLASIFICACION

a) VOLUNTARIO b) LEGAL c) CONVENCIONAL

Hemos visto que el domicilio constituye un atributo de la persona tanto física como moral o colectiva, -- por lo que se desprende una primera clasificación del domicilio en dos grupos, a saber:

Domicilio de las personas físicas y domicilio de las personas morales o colectivas. Pero para los efectos de este trabajo, sólo hacemos referencia al domicilio de las personas físicas.

[23] ROJINA VILLEGAS RAFAEL, Compendio de Derecho Civil - Tomo I pág. 187

Nuestro Código Civil para el Distrito Federal, reconoce tres formas de domicilio: Voluntario, Legal y Convencional.

a) DOMICILIO VOLUNTARIO.- Se reconoce como regla de principio que los individuos tienen la facultad de obrar libremente para constituir, suprimir o cambiar su domicilio

La regla en el Derecho Alemán es la constitución del domicilio en forma voluntaria (Domicilium Voluntarium) salvo que se trate del domicilio que determina la ley, es decir el domicilio legal o necesario (Domicilium Necessarium); el artículo 7 del Código Civil Alemán se refiere al primero, éste se constituye por la voluntad de establecerse permanentemente en un lugar y por el establecimiento efectivo en ese lugar.

En nuestro Derecho Positivo, la constitución del domicilio es por excelencia en forma voluntaria, así se desprende de la lectura del artículo 29 del Código Civil vigente, que a la letra dice:

El domicilio de una persona física es el lugar donde reside con el propósito de establecerse en él; a falta de éste, el lugar en que tiene el principal asiento de-

sus negocios; y a falta de uno y otro, el lugar en que se halle.

Para Planiol, la mayoría de los franceses no tienen libertad para elegir su domicilio; la ley les impone por domicilio, o el de otra persona de la cual les hace depender, o el lugar en que supone que habita. [24]

b) DOMICILIO LEGAL .- Es el domicilio necesario u obligatorio que la ley establece para aquellas personas que se encuentran en relación de dependencia respecto de otras, y también para aquellas personas que por razón de su profesión u ocupación la ley encuentra necesario establecer su domicilio, aún en contra de la voluntad del individuo; este domicilio tiene la finalidad de crear la seguridad de un lugar de residencia para los efectos establecidos por la misma ley, en virtud de un interés superior que predomina por sobre la voluntad particular. [25]

Nuestro Código Civil vigente, lo define en su artículo 31 así:

"El domicilio legal de una persona es el lugar donde la ley le fija su residencia para el ejercicio de

[24] PLANIOL, MARCEL y RIPERT J. Tratado Práctico de Derecho Civil Frances Tomo I pág.149

[25] BUSSO, E.B. Código Civil Anotado Tomo I pág.554

sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones, aunque de hecho no esté allí presente".

Este domicilio reviste el carácter de forzoso, - en virtud de que su determinación no depende del consentimiento de los particulares, sino que se halla determinado por la ley, además, es ficticio cuando la persona no se encuentra de hecho en el lugar, ya que la misma disposición establece la presunción de que allí se encuentra.

El Código Civil vigente, en su artículo 32 anuncia taxativamente, los casos de domicilio legal, en el orden siguiente:

1.- Del menor de edad no emancipado, el de la -- persona a cuya patria potestad está sujeto;

2.- Del menor que no esté bajo la patria potes - tad y del mayor incapacitado el de su tutor;

3.- De los militares en servicio activo, el lu-- gar en que están destinados.

4.- De los empleados públicos, el lugar donde de sempeñen sus funciones por más de seis meses. Los que por-

tiempo menor desempeñen alguna comisión no adquirieron do
micilio en el lugar donde la cumplen sino que conservarán
su domicilio anterior, y

5.- De los sentenciados a sufrir una pena priva
tiva de la libertad por más de seis meses, la población -
en que la extingan, por lo que toca a las relaciones jurí
dicas posteriores a la condena; en cuanto a las relacio -
nes anteriores, los sentenciados conservarán el último do
micilio que hayan tenido.

c) DOMICILIO CONVENCIONAL.- Este tipo de domici
lio, si bien se caracteriza por constituir la expresión -
de la voluntad de los intervinientes en un negocio jurídi
co, prescinde de la efectiva residencia, sin embargo el -
efecto jurídico es el propio de todo domicilio.

Generalmente, en un contrato las partes intere
sadas suelen elegir un domicilio para el cumplimiento de
las obligaciones derivadas de ese contrato, en virtud, de
que los interesados procuran evitarse los inconvenientes
que puedan surgir por el cambio de domicilio o el tener -
que acudir a una jurisdicción judicial lejana.

En nuestro derecho positivo las personas pueden
constituir tantos domicilios de esta clase, como contratos

C A P I T U L O T E R C E R O

6.- DOMICILIO CONYUGAL

6.1 LEGISLACION FRANCESA

El Código Civil Frances, en el párrafo I del artículo 108 establece: "La mujer casada no tiene otro domicilio que el de su marido".

Es éste un efecto del matrimonio que se produce de pleno derecho, instantaneamente, fuera de todo elemento de hecho, de toda residencia; efecto que interesa al orden público y que ninguna convención puede descartar. Entra en la categoría de los domicilios legales por razón de la dependencia en que la mujer se encuentra con relación al marido[26]

En el caso de interdicción del marido, si la mujer ha sido nombrada tutora, constituye la excepción a la regla ya que en este caso, es ella quien impone su domicilio al marido.

El artículo 215, establece : "Por una parte, impone a la mujer la obligación de habitar con el marido, y por otra parte, ordenará al marido que reciba a su esposa en el domicilio conyugal" . Constituye de orden público - contra la cual ninguna convención o renuncia se podrá prevalecer. [27]

[26] JOSSERAND, LOUIS. ob. cit. T. I pág. 212 y213

[27] JOSSERAND, LOUIS. ob. cit. pág. 886 y881

a) El marido tiene la elección de la residencia de la familia en su calidad de jefe.

b) La mujer dispone de la garantía de una intervención judicial. No es necesario que haya intención de perjudicar por parte del marido, basta que la residencia que ha elegido presente para la familia peligros de orden físico o de orden moral."

6.2 LEGISLACION ALEMANA

El artículo 10 del Código Civil Alemán, "Fija el domicilio legal de la mujer casada con el del marido".

Según los antiguos derechos alemanes, la pareja conyugal aparece en varias direcciones como una asociación de personas, exteriorizándose como una unidad, en la cual el marido da su potestad, sobre la mujer, ostenta la dirección y la representación regular, pero también la mujer - por sus facultades de gestión doméstica (potestad de la llave) tiene ciertos derechos de representación. [28]

En todos los asuntos de la vida conyugal común, el marido tiene "el derecho de decisión" y la mujer "el deber de seguirle". Así el marido determina el domicilio y -

[28] ENNECCERUS, KIPP Y WOLF. Derecho Civil T.IV-1 pág.185 y sig.

y la vivienda, el género de vida que ha de llevar el matrimonio, la instanci6n de la casa, el presupuesto dom6stico, las horas de las comidas, los viajes de recreo, 6sto es "Derecho Forzoso" [29]

De que el marido "determina la vivienda" se deduce a veces err6neamente que el tiene el se1orfo sobre la vivienda. Pero esta facultad en las legislaciones modernas y de modo especial en el Derecho Alemán, no implica una verdadera potestad ni una prerrogativa del sexo, sino mäs bién una funci6n encomendada al marido que se traduce para él en graves deberes y responsabilidades.[30]

6.3 LEGISLACION ARGENTINA

La ley argentina de matrimonio civil establece que "El marido est6 obligado a vivir en una misma casa con su mujer"(artículo 51). y su artículo 53 dice: "La mujer est6 obligada a habitar con su marido donde quiera que 6ste fije su residencia". Si faltase a esta obligaci6n, el marido puede pedir las medidas judiciales necesarias y tendr6 derecho a negarle alimentos.

Los tribunales con conocimiento de causa, pueden eximir a la mujer de esta obligaci6n cuando de su ejecu --

[29] ENNECCERUS, KIPP Y WOLF.ob.cit. pág 185 y sig.

[30] ENNECCERUS, KIPP Y WOLF. ob.cit. pag 185 y sig

ción resulte peligro para su vida ".

La atribución del marido para fijar la residencia conyugal es la solución invariable en todas las legislaciones. Pero no existe unanimidad para establecer cual es el principio determinante de tal solución. Busso plantea el interrogante; ¿La fijación del domicilio comprende al marido en virtud de su potestad marital y la correlativa obligación femenina de obediencia, o deriva más bien de un derecho de decisión que se le ha otorgado ante la necesidad de fijar y dar una dirección única al hogar?. El silencio de la ley al respecto, permite al intérprete admitir el fundamento dado por los códigos modernos, o sea el que excluye la potestad marital de fijar la residencia conyugal y consagra el sólo derecho de decisión. [31]

La aplicación Práctica de tal doctrina se traduce en una atenuación del rigor de la disposición legal al ser interpretada por los jueces.

En caso de divorcio, la ley provee la fijación del domicilio, cuando, en su artículo 72 dice: "Separados por sentencia de divorcio, cada uno de los cónyuges puede fijar su domicilio o residencia en donde crea conveniente aunque sea en el extranjero; pero si tuviere hijos a su --

[31] BUSSO, E.B. ob. cit. pág 166.

cargo no podrá transportarlos fuera del país sin licencia del Juez de domicilio".

La facultad del marido de elegir el domicilio -- conyugal no es absoluta, por lo que la mujer puede negarse a seguirlo cuando el fijado por aquel la coloca en una situación de violencia moral que impartiría una subestimación permanente de su condición.[32]

La obligación de la mujer de seguir a su marido debe adecuarse a la evolución de las costumbres, teniendo en cuenta los estudios, trabajo o profesión de la misma.-- [33]

6.4 LEGISLACION MEXICANA

El artículo 32 del Código Civil vigente del Distrito Federal de 1884 disponía: "El domicilio de la mujer casada, si no está legalmente separada de su marido, es el de éste". En concordancia con los artículos siguientes: "La mujer debe vivir con su marido" (artículo 190); "El marido debe dar alimentos a la mujer, aunque ésta no haya llevado bienes al matrimonio".(artículo 191); "El marido debe proteger a la mujer; ésta debe obedecer a aquel, así en lo doméstico como en la educación de los hijos y en la adminis-

[32] JURISPRUDENCIA ARGENTINA T.52 pág. 546

[33] JURISPRUDENCIA ARGENTINA T.35 pág.311

tración de los bienes" (artículo 192) "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 o aunque no haya este pacto, podrán los tribunales, con conocimiento de - causa eximir a la mujer de esta obligación cuando traslade su residencia a país extranjero" (artículo 195). Por lo anterior, vemos que el domicilio de la mujer casada, entraba en la categoría de los domicilios legales por razón de la dependencia en que aquella se encontraba con relación al - marido.

Ahora bien, vemos que el Código Civil vigente, - ya no dispone textualmente que el domicilio legal de la mujer casada es el del marido. Sin embargo, en su texto original disponía: "La mujer casada debe vivir al lado de su marido" (artículo 163), de ello se deduce que el domicilio legal de la mujer casada seguía siendo el del marido. Pero a partir de la reforma del 31 de diciembre de 1953, publicada en el Diario Oficial del día 9 de enero de 1954, el - artículo del que se ha hecho mérito, quedó como sigue; --- "Los Cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal. Los tribunales con conocimiento de causa, podrán eximir de o - bligación a algunos de ellos, cuando el otro traslade su domicio a país extranjero, a no ser que lo haga en servi -

cio público o social, o se establezca en lugar insalubre o indecoroso". Surge de esta disposición el derecho a la vida en común, con el deber correlativo a la cohabitación, es indiscutiblemente el principal de los deberes y derechos que nacen del matrimonio, ya que sólo a través de su observancia puese existir la posibilidad de cumplir con los fines del matrimonio.

En principio el domicilio conyugal debe fijarse de común acuerdo entre los cónyuges a propuesta del cónyuge que lleve la dirección dentro del matrimonio.

El artículo 164 del Código Civil Vigente establece; "Los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de éstos en los términos que la ley establece, sin perjuicio de distribuirse la carga en la forma y proporción que acuerden para este efecto, según sus posibilidades. A lo anterior no está obligado el que se encuentre imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios en cuyo caso, el otro atenderá integralmente a esos gastos".

De la lectura del artículo Transcrito, se deduce

que en principio corresponde a ambos cónyuges determinar-- el género de vida que ha de llevar el matrimonio, la instalación del hogar conyugal, y el presupuesto doméstico - -- etc., en proporción a sus posibilidades económicas y a las necesidades familiares.

Esto último en concordancia con los artículos - siguientes: " Los alimentos han de ser proporcionados a la posibilidad del que debe darlos y a la necesidad del que - debe recibirlos" artículo 311.

Como se ve, esta facultad no implica una potes - tad ni una prerrogativa del sexo, sino que implica un de - ber impuesto por la ley, corresponde a ambos cónyuges con - tribuir para solventar los gastos de la familia, y recae, - en ambos la facultad de determinar en términos generales - el presupuesto familiar.

A ambos cónyuges les corresponde decidir sobre - el presupuesto familiar, cuando alguno de ellos estuviese - imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios es al otro al que le corresponde la obligación de decidir - sobre el presupuesto familiar.

En caso de diferencias al respecto se estara-
por analogía a lo previsto por los artículos 163 y 168-
del Código Civil vigente.

" Los cónyuges vivirán juntos en el domi-
lio conyugal". Se considera domicilio conyugal a el lu-
gar establecido de común acuerdo por los cónyuges en -
el cual ambos disfrutarán de autoridad propia y consi-
deraciones iguales.

" Los tribunales con conocimiento de causa,-
podrán eximir de esta obligación a alguno de ellos, -
cuando el otro traslade su domicilio a país extranje -
ro, a no ser que lo haga en servicio público o social,
o se establezca en lugar insalubre e indecoroso"

" El marido y la mujer tendraán en el hogar-
autoridad y consideraciones iguales; por lo tanto, re-
solverán de común acuerdo todo lo conducente al mane -
jo del hogar, a la formación y educación de los hijos-
y a la administración de los bienes que a estos perte-
nezcan.

En caso de que el marido y la mujer no estu-

vieren conformes sobre alguno se los puntos indicados, el juez de lo familiar correspondiente, procurará avenirlos y si no lo lograrse, resolverá sin forma de juicio, lo que fuere más conveniente a los hijos.

C A P I T U L O C U A R T O

7.- EL MATRIMONIO EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO.

7.1 SU NATURALEZA JURIDICA

Sobre el estudio de la naturaleza jurídica del matrimonio, existen en la doctrina diversas concepciones.

Una de las teorías más relevantes y atacadas, - consideran al matrimonio como un contrato solemne que celebran un hombre y una mujer para los fines de ayuda mutua , y de perpetuación de la especie.

Ahora bien Bonnacase, en el matrimonio no existe el principio de la autonomía de la voluntad, como en la generalidad de los contratos, por lo que se refiere a sus efectos y disolución, toda vez que los consortes no puedan variar el régimen matrimonial, ni estipular derechos y obligaciones diferentes a los que imperativamente establece la ley. Así mismo, agrega el mismo autor, en lo tocante a la disolución del vínculo, el matrimonio también se separa de la generalidad de los contratos, ya que no depende de la sola voluntad de los cónyuges el disolverlo, en cambio, todo contrato formado por el libre consentimiento termina por el mutuo disenso. Esta segunda objeción es también valedera a la luz del Derecho Positivo Mexicano, toda vez que la ley permite la disolución del vínculo matrimonial por ciertas causas que expresamente enu-

mera, o por mutuo consentimiento, pero en ambos casos, la sola voluntad de las partes es inoperante para disolverlo, toda vez que es requisito necesario e indispensable la intervención del juez de primera instancia o del oficial -- del Registro Civil, este último para el caso de que no hu**u**biese hijos, ni se hubieran aportado bienes, sólo despues de la sentencia que dicte el primero o de la declaración- que haga el segundo, se tendrá por disuelto el matrimonio.

[34]

Una segunda corriente al matrimonio como una -- institución jurídica. Así, Housion, la define como "una - idea de obra que se realiza y durajurídicamente en un me- dio 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 rea- lización de esta idea, se producen manifestaciones comu - nes, dirigidos por los órganos del poder y regidos por - procedimientos. Es decir, el matrimonio significa la co - mún finalidad que ambos contrayentes persiguen formar una familia y un estado vida permanente entre ellos; y para - el logro de tales fines es necesario organizar un poder - de mando que lleve la dirección dentro del grupo"

Y así, puede residir toda la autoridad en el marido, o bien ambos cónyuges pueden convertirse en los órganos de dirección, en igual autonomía y poderes, como sucede en nuestro derecho. "Considerando que el matrimonio desde el punto de vista jurídico traduce un hecho natural (La union de los sexos y la familia se deriva de él) y teniendo en cuenta el concepto de institución (el formulado por Hausion), de acuerdo con Bonnecase, el matrimonio no puede ser otra cosa que una institución formada por un conjunto de reglas de derecho, esencialmente imperativos, 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 corresponde a las aspiraciones del momento y a la naturaleza del hombre, como también a las directrices que en todos los dominios proporciona la nación de derecho. - [35]

Una tercera corriente considera al matrimonio como un acto jurídico mixto.

La teoría del derecho define a los actos jurídicos privados como aquellos que realizan los particulares con la concurrencia de funcionarios públicos. Así en la celebración del matrimonio intervienen tanto los consortes como el oficial del Registro Civil, para que el matri

monio se tenga como legalmente realizado.

"El matrimonio debe celebrarse ante los funcionarios que establece la ley y en las formalidades que ella exige".

En tal virtud, el papel que desempeña ese órgano estatal no es simplemente declarativo sino constitutivo del acto mismo, pues en el caso de que en el acta levantada se omitiese la declaración de dicho funcionario, en el sentido de tener unidos en matrimonio legítimo a los contrayentes, el enlace no existiría desde el punto de vista jurídico, en nuestro derecho positivo se ha venido aceptando la tesis contractualista para definir al matrimonio.[36]

El artículo 155 del Código Civil de 1884, expresamente establecía: "El matrimonio es la sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer, que se unen con un vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida". Definición que era transcripción exacta del artículo 159 del Código Civil de 1870.

En la ley de relaciones familiares se establecía en su artículo 13: "El matrimonio es un contrato ci

[36] ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. Ob.Cit. TomoI pag.282

vil. Este y los demás actos del estado civil de las personas son de exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil, en los términos prevenidos por las leyes, y tendrán la fuerza y validéz que las mismas les atribuyen".

Por lo que respecta al Código Civil vigente éste no contiene una definición expresa del matrimonio, aunque en diferentes preceptos se alude al carácter contractual del mismo.

En relación con la posición del legislador mexicano frente a este tema, escribe Rojina Villegas: "Aún cuando es indudable que nuestros textos legales desde 1917 tanto en la Constitución como en la Ley de Relaciones Familiares, y después en el Código Civil Vigente han venido insistiendo en la naturaleza contractual del matrimonio, también no es menos cierto que tal punto de vista sólo tuvo por objeto separar de manera radical el matrimonio civil del religioso, es decir, negar el principio consagrado por derecho canónico que dió carácter de sacramento al matrimonio.

No debe considerarse que el legislador mexicano al afirmar que el matrimonio es un contrato, haya querido

equipararlo en su efectos y disolución al régimen general de los contratos.

Así se explica el artículo 147 del Código Civil vigente prohíba toda estipulación contraria a los fines - del matrimonio, es decir, a la perpetuación de la especie y a la ayuda recíproca, que se impone a los consortes.

Por la misma razón, el artículo 182 aclara: "Son nulos los pactos que los esposos hicieren contra las leyes o los naturales fines del matrimonio." De estos preceptos se desprende que no puede aplicarse a la regulación en cuanto a los derechos y obligaciones, que origina el sistema contractual.

Es decir, no solo no se pueden alterar las obligaciones y facultades que imperativamente establece la ley, sino que tampoco pueden los consortes pactar términos, condiciones o modalidades que afecten a este régimen que se considera de interés público.

En este sentido es de aplicación estricta el artículo 6 del Código Civil, conforme al cual la voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarlos o modificarla.

El mismo precepto permite que se renuncien los derechos privados que no afecten directamente al interés público, y es indiscutible que una renuncia en cuanto a los derechos que se derivan del matrimonio si afectará gravemente al interés público. [37]

7.2.- DERECHOS Y OBLIGACIONES QUE NACEN DEL MATRIMONIO

Sobre los efectos que produce el matrimonio, -- existen diversas clases. Pero para los fines de este trabajo sólo trataremos a los siguientes: 1.- El derecho a la vida en común, con la obligación correlativa de la cohabitación. 2.- El derecho a la relación sexual, con el débito carnal correspondiente. 3.- El derecho a la fidelidad, con la obligación correlativa impuesta a cada uno de los esposos. 4.- El derecho y obligación de alimentos, con la facultad de exigir asistencia y ayuda mutua. [38]

1.- El derecho a la vida en común, con la obligación de habitar bajo un mismo techo, es indiscutiblemente el principal de todos los enumerados, dado que sólo a través de él puede existir la posibilidad física y espiritual de cumplir los fines del matrimonio

[37] ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. Ob.Cit. TomoI págs. 285y 286

[38] ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. Ob.Cit. TomoI pág.319 y sig.

Podemos decir que constituye la relación jurídica fundante de la cual depende un conjunto de relaciones jurídicas que podemos denominar fundadas o derivadas.

La vida en común implica la relación jurídica fundante, porque si no se realiza no podrán cumplirse las relaciones jurídicas fundadas.

2.- Otro derecho interesante en el matrimonio es el relativo a exigir el cumplimiento del débito carnal. Se trata de una forma sui generis que sólo puede existir, como es evidente, en este tipo de relaciones intersubjetivas, ya que cada uno de los sujetos está facultado para interferir en la persona y conducta del otro, pero en la forma íntima que impone la relación sexual no sólo se trata aquí de dar satisfacción a una función biológica, sino que existe una regulación jurídica dado que cabe determinar en que términos y condiciones deberá cumplirse con la obligación respectiva y ejercitarse esta facultad.

Evidentemente que como en todos los problemas del derecho familiar, debe prevalecer el interés siempre superior de la familia, de tal suerte que en el caso se trata no sólo de una función biológica, sino también de una función jurídica para dar cumplimiento a los fines del matrimonio, de acuerdo con el imperativo general im-

puesto por el artículo 162, para que cada cónyuge contribuya por su parte a tales fines.

En alguna definición, tanto de la doctrina como de la ley, se señala la perpetuación de la especie como fin principal del matrimonio y en esa virtud debe entenderse que para ese efecto, fundamentalmente, cada cónyuge está facultado para exigir el débito carnal.

Desde el punto de vista jurídico el deber de relación sexual se encuentra sancionado jurídicamente, por la negativa injustificada y sistemática de un cónyuge para cumplir con esa obligación, implica una injuria grave que es causa de divorcio.

3.- El derecho de exigir fidelidad y la obligación correlativa implican fundamentalmente la facultad reconocida en la ley para exigir y obtener del otro cónyuge una conducta decorosa y por lo tanto excluye la posibilidad de que existan relaciones de intimidad con otra persona de otro sexo, que sin llegar al adulterio no implican un ataque a la honra y honor del otro cónyuge.

4.- Otro de los deberes que impone el matrimonio, y por consiguiente, de los derechos que nacen del es

tado civil, es el socorro y ayuda mutua, se trata, como en los casos anteriores, de verdaderos derechos deberes o estados funcionales que como explica Cicu, descansan siempre en la solidaridad familiar y tienen por objeto realizar los fines superiores de la misma, una de las principales manifestaciones del derecho - obligación es la relativa a la prestación de alimentos que la ley impone a los cónyuges; pero fundamentalmente no se concreta exclusivamente a ese aspecto patrimonial' El deber de socorro también comprende la existencia recíproca en los casos de enfermedad, y sobre todo, el auxilio espiritual que mutuamente deben dispensarse los cónyuges.

De esta suerte tenemos un contenido patrimonial en la obligación de alimentos y un contenido en el auxilio y ayuda de carácter espiritual que en nuestro derecho se reconoce expresamente por el artículo 147. así como -- por el 162, bajo los términos de "ayuda mutua", "socorro-mutuo" [39]

C A P I T U L O Q U I N T O

8.- ANALISIS DEL CRITERIO SUSTENTADA POR LA SUPREMA CORTE
DE JUSTICIA DE LA NACION SOBRE DOMICILIO CONYUGAL.

8.1 JURISPRUDENCIA

En nuestra sociedad, el grupo marital general -
mente establecen su domicilio de manera independiente. -
Pero la conducta real puede ser afectada por circunstan -
cias particulares como el status económico de los cóny -
ges, ya que durante una depresión económica las parejas -
principalmente de recién casados tienden a vivir con los -
padres de cualquiera de ellos debido a los problemas que -
acarrea el establecimiento de un hogar propio (escasez de -
de vivienda, venta elevada etc.)

Lo verdaderamente ideal en el orden sería que -
la ley pudiera regular no sólo todas las materias sino -
también todos los matices infinitos e imprevisibles con -
que cada materia puede presentarse en la realidad, no es -
así.

En muchos casos, el texto de la ley es insufi -
ciente para que los jueces y tribunales puedan fundar so -
bre su letra una resolución jurídica.

En tales casos, se ven precisados a suplir por
su interpretación del derecho la insuficiencia de la ley.

La doctrina que van sentando estas normas interpretativas del derecho en casos semejantes a que tienen íntimo parentesco, en lo que constituye la jurisprudencia, complemento necesario de la ley.

Ahora bien en virtud de que nuestra legislación es insuficiente para fundar sobre su letra una resolución jurídica respecto del domicilio conyugal, La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha tratado de suplir por su interpretación del derecho, a dicha insuficiencia.

Para lejos de llenar el vacío que forma la falta de definición de domicilio conyugal, nos viene a crear más confusión al respecto al señalar que el domicilio conyugal no existe cuando los esposos viven en calidad de arrendados en el domicilio de los padres, de otros parientes o de terceras personas, en donde los cónyuges carecen de autoridad propia y libre disposición en el hogar, porque viven en casa ajena y carecen de hogar propio. (Jurisprudencia definida de La Suprema Corte de Justicia de la Nación)

8.2 EJECUTORIAS

Hagamos pues un análisis crítico, de las ejecu-

torias procedentes de la jurisprudencia transcrita par -
cialmente en la última parte del parrafo anterior:

Cuando la mujer se encuentra prácticamente en -
una casa ajena, sujeta a las disposiciones que en ella -
dicten los padres del marido y obligada, inclusive, a aca
tar sus ordenes de desalojar la casa por ser ellos los je
fes de la misma, tal casa no puede estimarse propiamente-
como hogar conyugal, en el que los cónyuges deben tener -
derechos propios de gobierno y permanencia.

No puede darse el nombre de domicilio conyugal-
al hogar de la suegra, o de terceras personas en general,
a donde algunos maridos suelen llevar a sus esposas en --
condición de arrimados, y cuando no hay domicilio conyu -
gal, no puede haber abandono del mismo. (amparo directo -
6798/57 Juan Francisco Ruiz).

En los juicios de divorcio no pueden admitirse-
que exista domicilio conyugal, cuando los cónyuges no vi-
ven en uno propio, sino en el de los padres del marido o-
de los padres del marido o de la esposa. (amparo directo-
3478/58, Amparo Coutiño de Sánchez).

Domicilio conyugal, Naturaleza del.- Cuando el-

marido, al absolver posiciones, confiesa que es cierto -- que despues de celebrar su matrimonio llevó a vivir a su esposa a la casa de la madre de él, la señora no podía abandonar un hogar conyugal que no existía; porque la Suprema Corte de Justicia ha sustentado el criterio de que el hogar o casa de los padres de uno de los cónyuges no puede reputarse como el hogar conyugal. (Amparo directo - 4141/58.- Pedro Millan González).

Divorcio, abandono del domicilio Conyugal. No puede hablarse de abandono del domicilio conyugal cuando no existe en realidad domicilio conyugal alguno, ni el marido ha llevado a vivir a la esposa no a una casa establecida por él sino a la de su padre (amparo directo 26360/60 Angeles Perales Rodriguez).

Divorcio, abandono del domicilio conyugal (Legislación del Estado de Jalisco).- Para los efectos de considerar la existencia de la causal señalada an la fracción-IX del artículo 267 del código civil es indispensable haber establecido el hogar conyugal propio y exclusivo de los consortes, y el cónyuge demandado no lo tuvo, si siempre vivió en el domicilio de sus padres. (amparo directo- 572/60 .- Jesús Raygosa Cornejo).

8.3 INTERPRETACION Y CRITICAS

De la lectura de los expedientes de los juicios de amparo directo citados, se deduce que basta la simple confesión del marido respecto del hecho mismo de haber llevado a vivir a su esposa a la casa de los padres de él para que quede acreditado que el domicilio conyugal no existe.

Ahora bien, por lo que respecta a las causales de divorcio previstas por las fracciones VIII y IX del artículo 267 del código civil para el Distrito Federal, que a la letra dice: "La separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada, y la separación del hogar conyugal originada por una causa que sea bastante para pedir el divorcio, si se prolonga por más de un año sin que el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio", como se ve, ambos causales tienen como elemento común la separación del hogar conyugal. Pero para que procedan dichas causales es necesario que exista el hogar conyugal.

Sin embargo, las ejecutorias a que se hace referencia, admiten la posibilidad de que los cónyuges establezcan su domicilio en la casa de los padres del marido-

o de terceras personas en general, siempre y cuando no se coloque a la mujer en una situación de violencia moral - que importe una subestimación permanente de su condición.

En consecuencia, "El marido tendrá a su cargo - la prueba que acredite que al establecer el domicilio conyugal en la casa de los padres de él, la pareja conyugal no cae bajo ninguna actitud o potestad paterna, conservando la plenitud de sus derechos propios, así como, demostrar que la calidad de arrimados no encuadrea con la condición real que ostente la pareja conyugal, además deberá probar el hecho mismo de la separación".

Al respecto es importante hacer notar que la - condición de que los cónyuges vivan en su domicilio conyugal propio, no debe determinarse por el hecho mismo de - que los cónyuges vivan solos o compartan el hogar con o - tras personas, ya sean parientes o no, sino que se debe a tender a la relación que existe entre aquellos y éstos, - es decir, que aún cuando los cónyuges vivan con los pa - dres de algunos de ellos o de otros parientes, o de ter - ceras personas, habitarán su propio hogar siempre y cuan - do ostenten autoridad propia y libre disposición en el ho - gar

Sin embargo, considero que el criterio sustentado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, respecto de los conceptos anteriormente expuestos sobre domicilio conyugal, debe ser objeto de una revisión, a fin de constiutir una relación más estrecha entre lo jurídico y lo social, toda vez como ya lo hemos expuesto, los cónyuges muchas veces por falta de medios económicos o por escasez de viviendas o por cualquier otra circunstancia, se ven obligados a vivir al lado de parientes, o de terceras personas en calidad de arrimados.

"EL CRITERIO DE LA CORTE NO SE ENCUENTRA DEBIDAMENTE ACTUALIZADO A LA PROBLEMATICA SOCIAL ACTUAL".

Tradicionalmente, el domicilio se ha considerado como el lugar en donde vive una persona, y en este aspecto se han establecido diferentes clases de domicilios, como ha sido el domicilio en sí, el convencional, el legal, y el contractual, y dentro de esta clasificación encontramos el domicilio conyugal, el cual se puede definir concretamente como el lugar en donde habitan los cónyuges. En la época presente es de sentido común público que, dada la inflación, la carestía y el desempleo, son muchísimos los matrimonios que no tienen un domicilio propio para cumplir con las obligaciones inherentes al matrimonio-

y que se ven constreñidos para subsistir al tener que vivir con parientes o amistades ante la imposibilidad económica de poderse establecer por si mismos; pero el hecho de que vivan con otras personas no significa que pierdan autoridad, derechos u obligaciones en su función referente al matrimonio, aunque si es de reconocerse que se tienen limitaciones por la misma conviabilidad con los parientes, pero en cuanto a la esencia del matrimonio no se perjudica a la misma, por otra parte, es de aceptarse que la situación de vivir con gente extraña o parientes, es forzada por la necesidad económica, y por lo tanto la Suprema Corte debe cambiar su criterio en un sentido más amplio y aplicando el concepto general de domicilios, por lo que en consecuencia deberá entenderse como domicilio conyugal el lugar donde viven los cónyuges solos o con otras personas, ya que es aberrante que nos topemos con que cuando una pareja o matrimonio viva con los parientes o amistades no existe el domicilio conyugal, y por lo tanto se les priva de distintos derechos, uno de ellos el de ser citados a juicio para su defensa por carecer de domicilio conyugal, así como muchos más; y debe cambiarse dicho criterio de la Corte en virtud de los cambios tan exagerados que hemos tenido con motivo de la crisis económica que padecemos y que acarrea cambios en las conductas sociales,-

y consecuentemente en el orden jurídico.

CONCLUSIONES

C O N C L U S I O N E S

PRIMERA.- La equiparación legal del hombre y la mujer, dispuesta por nuestra legislación, trae aparejada la abolición total de la potestad marital.

SEGUNDA.- El domicilio conyugal si participa de la naturaleza de los domicilios reconocidos por nuestra legislación, que son: Voluntario, Legal y Convencional.

TERCERA.- En un principio el domicilio conyugal debe fijarse de común acuerdo entre los cónyuges a propuesta del cónyuge que lleve la dirección dentro del matrimonio.

CUARTA.- En el supuesto caso que surjan diferencias entre los conyuges sobre la constitución del domicilio conyugal, se estará por analogía a lo previsto por los artículos 163 y 168 del Código Civil.

QUINTA.- Sugiero que los Magistrados de la Suprema Corte se aboquen a darle una minuciosa revi-

sión a la jurisprudencia en materia de hogar conyugal, ya que en la actualidad, con los cambios tan exagerados que hemos tenido respecto a la crisis económica, a las parejas o matrimonios se les dificulta establecer un hogar para cumplir con las obligaciones inherentes al matrimonio y se ven constreñidos para sufragar gastos.

SEXTA.- Resulta suficiente la simple confesión hecha por el cónyuge respecto del hecho mismo de haber llevado a vivir al otro a la casa de los padres de él, de otros parientes, o de terceras personas, para que se quede acreditado que el domicilio conyugal no existe. Toda vez que la condición de que los cónyuges vivan en un domicilio conyugal propio no debe determinarse por el hecho mismo de que vivan solos o compartan el hogar con otras personas, sean parientes o no, sino que se debe atender a la relación que exista entre aquellos y éstos.

SEPTIMA.- Los cónyuges que establezcan el domicilio conyugal en la casa de los padres de ambos, de otros parientes, o de terceras personas, no pierden autoridad, obligaciones, ni derechos.

BIBLIOGRAFIA

GENERAL

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

- 1.- Busso, Eduardo B. Código Civil Anotado
Buenos Aires 1945
- 2.- Coulange, Fustel. La Ciudad Antigua
Editorial Porrúa S.A.
México, 1983
- 3.- Colin, A y Capitant, H. Curso Elemental de
Derecho Civil
Editorial Reus, S.A.
Madrid, 1922-1928
- 4.- Código Civil para el D.F. Editorial Porrúa S.A.
México, 1982
- 5.- Constitución Política Editorial Porrúa, S.A.
de los Estados Unidos México, 1982.
Mexicanos.
- 6.- Enneccerus-Kipp-Wolf Derecho Civil
Librería Bosh,
Barcelona, España
- 7.- Foigret, René Manual Elemental
de Derecho Romano
Editorial José M. Cajica,
Puebla, 1956.

- 8.- Jossierand, Louis. Derecho Civil
Librairie Dalloz, 1928
- 9.- Jurisprudencia Argentina
Buenos Aires.
- 10.- Nessineo, Francesco Manual de Derecho Civil
y Comercial
Ediciones Juridicas
Europa America
Buenos Aires, 1954-1956
- 11.- Petit, Eugene Tratado Elemental de
Derecho Romano
Editorial Saturnino Calleja
Madrid.
- 12.- Pina Rafaél de Derecho Civil Mexicano
Editorial Porrúa, S.A.
México, 1966
- 13.-Planiol, Marcel y Tratado Práctico de Dere
cho Civil Frances.
Ripert, J. Lib. Generale de Droit de
Jurisprudence, París.
1930- 1934
- 14.- Puig Peña Federico Tratado de Derecho Civil
Español.
Editada por revista de
Derecho Privado, Madrid,
1957-1965

15.- Pugliatti, Salvatore

Introducción al Estudio
de Derecho Civil

Editorial Porrúa Hnos.
México, 1943

16.- Rojina Villegas, Rafael

Compendio de Derecho Civil

Editorial Porrúa S.A.
México 1976

17.-Shon, Rodolfo

Instituciones de Derecho
Gráfica Panamericana,
S. de R.L. México.

U-0028432