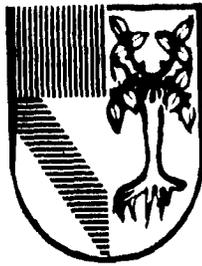


308909
34
24



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

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

CONSIDERACIONES JURIDICAS EN TORNO AL
CONSENTIMIENTO EN EL MATRIMONIO CIVIL

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

FRANCISCO DE ROSENZWEIG MENDIALDUA

DIRECTOR DE TESIS:
DR. ALBERTO PACHECO ESCOBEDO

MEXICO, D. F.

1996

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A mi Padre, mi mejor amigo y confidente, por llenar mi vida de satisfacciones, alegría y por el gran ejemplo a seguir. Tierno centinela que ha velado mi camino y guiado mis pasos para ser un hombre de bien.

A mi Madre, por su paciencia, amor y dedicación.

A mis hermanos y cuñados por su apoyo y cariño.

A mi futuro sobrino que viene en camino con mucho amor.

A Bibi, el tiempo lo dirá...

A la Universidad Panamericana, *Alma Mater* que
deja profunda huella en mi disciplina y educación.

Al Dr. Alberto Pacheco Escobedo, gracias por su
amistad e incondicional apoyo en estos años de
conocernos.

Al Dr. Roberto Ibañez Mariel, por su docencia,
capacitación y ayuda.

"CONSIDERACIONES JURÍDICAS EN TORNO AL CONSENTIMIENTO
EN EL MATRIMONIO CIVIL"

INDICE

INTRODUCCIÓN.....	3
CAPÍTULO I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.....	11
1.1. <i>Época Antigua</i>	11
1.2. <i>Evolución</i>	14
1.2.1. Promiscuidad Primitiva.....	15
1.2.2. Matrimonio por Grupo.....	15
1.2.3. Matrimonio por Rapto.....	16
1.2.4. Matrimonio por Compra.....	16
1.3. <i>Egipto</i>	17
1.4. <i>Hebreos</i>	19
1.5. <i>China</i>	20
1.6. <i>Grecia</i>	23
1.7. <i>Roma</i>	24
1.8. <i>Desarrollo Histórico del Matrimonio en México</i>	38
1.8.1. <i>Cultura Olmeca</i>	38
1.8.2. <i>Derecho Maya</i>	39
1.8.3. <i>Derecho Azteca</i>	42
1.9. <i>Antecedentes en el Derecho Civil Hispánico</i>	44
1.10. <i>Las Siete Partidas</i>	47
CAPÍTULO II. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS EN MÉXICO.....	51
2.1. <i>Derecho Hispánico</i>	51
2.2. <i>México Independiente</i>	53
2.3. <i>Códigos Civiles de 1870 y 1884</i>	59
2.4. <i>Leyes de Divorcio de 1914 y 1915</i>	64
2.5. <i>Ley sobre Relaciones Familiares</i>	65
CAPÍTULO III. EL MATRIMONIO.....	71
3.1. <i>Concepto y Generalidades</i>	71
3.2. <i>Naturaleza Jurídica</i>	72
3.2.1. <i>El matrimonio como "Institución"</i>	73

Consideraciones jurídicas en torno al consentimiento en el matrimonio civil

3.2.2. El matrimonio como "Contrato".....	75
3.2.3. El matrimonio como "Acto Jurídico".....	78
3.2.4. El matrimonio como "Estado Jurídico".	79
3.2.5. El matrimonio como "Acto de Poder Estatal".	80
3.2.4. El matrimonio como "Contrato de Adhesión".	80
3.2.5. El matrimonio como "Acto Administrativo".....	81
3.3. <i>El consentimiento como Elemento de Existencia.</i>	84
CAPÍTULO IV. EL CONSENTIMIENTO EN EL MATRIMONIO CIVIL	94
4.1. <i>Inexistencia y Nulidad en el Matrimonio Civil.</i>	94
4.2. <i>Vicios del Consentimiento</i>	95
4.2.1. Error.....	96
4.2.2. Error de Derecho.	96
4.2.3. Error de Hecho.....	98
4.2.4. Error sobre la Persona.....	98
4.3.5. Error en las cualidades de la Persona.	100
4.2.6. Error Obstativo.....	102
4.2.7. Dolo y Mala Fe.....	103
4.2.8. Violencia o Coacción Moral.	105
4.3. <i>De las Formalidades y de la Solemnidad en el</i> <i>Matrimonio en relación con el Consentimiento.</i>	107
4.4. <i>De las Modalidades en el Consentimiento.</i>	111
V. CONCLUSIONES.	115
VI. BIBLIOGRAFÍA.	119
VII. LEGISLACIÓN CONSULTADA.....	126

I N T R O D U C C I Ó N

Se ha estudiado constantemente el matrimonio y sus consecuencias. Se dedica una literatura jurídica sumamente amplia a tratar de temas como son los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio, de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, de la sociedad conyugal, de la separación de bienes, del divorcio y de otros aspectos que son materia del Derecho Familiar que son consecuencia natural del acto jurídico del matrimonio.

Sin embargo, pensamos que la manifestación volitiva que da origen al matrimonio, el consentimiento, no ha sido objeto de un estudio sistemático y de una presentación adecuada en relación a su importancia prioritaria en el matrimonio, ya que sin el consentimiento para asumir el vínculo conyugal, actualmente dentro de las sociedades modernas no puede legítimamente darse la figura jurídica del matrimonio. .

Correspondiendo a este enunciado el presente trabajo pretende presentar en que forma el consentimiento para el matrimonio, este concepto ha venido evolucionando desde las sociedades primitivas y antiguas, en el derecho romano,

hispanico, en nuestros textos legales hasta otorgársele la calidad de elemento sin el cual el matrimonio no puede existir.

La trascendencia histórica que tienen las instituciones jurídicas que rigen los pueblos se nos muestra como una situación dinámica que tiende a solucionar, en la mejor medida, todo tipo de controversias que nacen como consecuencia de la sociabilidad de los hombres.

El matrimonio como elemento social de suma importancia, debe vincularse con el proceso histórico al que nos hemos referido. El dinamismo con el que debe contar es sumamente relevante dentro de las sociedades modernas, sin él, cabría la posibilidad de entrar en un abismo sin fondo, en el que la sociedad sólo otorga legitimación a los hechos que le convienen por mera voluntad.

El matrimonio nace en todas partes, en virtud de la contraprestación de relaciones sexuales, que en términos generales podían considerarse permanentes o no.

Hemos de referirnos al desenvolvimiento del consentimiento en el matrimonio como institución desde la

remota antigüedad, en civilizaciones pretéritas y en nuestro Derecho, en razón de que sin el consentimiento no puede darse el matrimonio.

La palabra matrimonio, proviene del latín *matrimonium*, *matris*, que significa madre y *munus* que significa carga, o sea que su significado etimológico son las cargas de la madre.

Diversas definiciones del matrimonio que se consideran como clásicas han dado juristas renombrados y entre ellas citaremos la del doctrinario Joaquín Escriche, como: *“La sociedad legítima del hombre y de la mujer, que se unen con vínculo indisoluble, para perpetuar su especie, ayudarse a llevar el peso de la vida, y participar de una misma suerte. Tomó el nombre de las palabras matris munus, que significa, oficio de madre; y no se llama patrimonio, porque la madre contribuye más a la formación y crianza de los hijos en el tiempo de la preñez y lactancia.”*¹

De la definición anterior podemos observar las siguientes características:

¹ Cfr. Escriche, Joaquín. Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense, con citas del derecho, notas y

1) *"La sociedad legítima del hombre y de la mujer..."* Se considera al matrimonio como una sociedad en la que se unen dos personas de distinto sexo para formar una sola institución y que la sociedad acepta como válida si se siguen las formalidades establecidas previamente.

Sólo un hombre y una mujer pueden quedar unidos, porque sólo ellos podrán cumplir con las finalidades de dicha unión de acuerdo a la recta razón. Es por ello que consideramos que la celebración de los matrimonios en otras culturas, en las que dos hombres o dos mujeres se unen, no puede tener validez alguna por ser una unión contra-natura, en la que no se respetan los principios racionales que tiene la persona.

2) *"Que se unen con vínculo indisoluble..."* Dicho elemento tiene su fundamento en el Derecho Natural, que es una fuente muy importante que legitima al matrimonio a través de la Ceremonia Religiosa. En ese evento el Sacerdote pronuncia palabras sacramentales *"Todo lo que Dios une sólo puede ser separado por Él"* dando sustento a ese elemento de perpetuidad que sólo la muerte puede hacer que termine. En

adiciones por el Lic. Juan Rodríguez de San Miguel, México 1993, UNAM.

nuestros tiempos, este principio se ve alterado como consecuencia de la Institución jurídica conocida como Divorcio, que permite a los cónyuges romper el vínculo jurídico que los unía, pero para efectos del presente trabajo, no nos ocuparemos de él.

3) *"Ayudarse a llevar el peso de la vida, y participar de una misma suerte..."* Lo entendemos como el conjunto de actividades que deben llevar a cabo los cónyuges para alcanzar la finalidad que Dios les ha encargado como Cristianos, respetándose mutuamente y ayudándose en sus encomiendas diarias.

4) Ya hemos expuesto que la etimología de la palabra Matrimonio proviene del latín *Matris munus* cuyo significado es, *"oficio de la madre"* se considera como válida. La madre es el sustento de la familia debido a que recae en su persona todo el peso y la carga de la crianza y formación de los hijos. Con los vástagos, el matrimonio obtiene un elemento de felicidad y de ternura, a través de ellos, las obligaciones paternales se ven limpias de toda envidia y egoísmo, lo que contribuye a que el lazo que une a la mujer con el hombre sea más sólido.

El consentimiento, elemento indispensable para el nacimiento del matrimonio, ha ido evolucionando de acuerdo con las sociedades y las épocas. En tiempos pasados era posible que esta voluntad fuera exteriorizada por un agente ajeno a la relación conyugal; en efecto, los padres pactaban entre sí para relacionar a sus hijos desde muy temprana edad, y así, darle legitimación y validez a una voluntad inexistente e impositiva.

En lo que respecta al Consentimiento, materia de nuestro tema, citamos de nuevo al maestro Escriche que lo define como *"El concurso mutuo de la voluntad de las partes sobre un hecho que aprueban con pleno conocimiento."*²

El consentimiento es uno de los pilares que sustenta el matrimonio, el cual debe fundarse en la libertad que tenga la persona para expresarlo, sin ningún obstáculo o vicio, entendiéndose como un vicio que adolezca su manifestación por error, dolo o violencia.

La exteriorización de dicha voluntad no debe pensarse solamente en actos que efectúe una persona que quiera

² *Ibidem*, pág. 148.

vincularse con otra y que hagan de estos una mera presunción social. El consentimiento debe manifestarse verbalmente y asentarse por escrito para que tenga validez y pueda generar consecuencias de hecho y de Derecho. El que un hombre cohabite con una mujer sin haber llevado a cabo dicha formalidad, sólo hace que la ley y la sociedad aprecien esa unión con otra figura conocida, como concubinato y cuya definición encontramos en el Diccionario de la Real Academia Española, el cual refiere a la Concubina como "*manceba o mujer que vive y cohabita con un hombre como si éste fuera su marido.*"³

Por tanto, el concubinato es una situación de orden fáctico que no tiene el elemento de "*formalidad*", que hace de dicha unión un acontecimiento de hecho y que el Derecho acoge en animo de no desconocer o ignorar que ineludiblemente da origen a derechos y obligaciones.

Debemos advertirle al lector, que no se pretende con la presente obra demeritar al concubinato que produce efectos en ciertos aspectos dentro de nuestra sociedad.

³ Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. 19^a
Ed. Madrid. 1970 Vol. II. Pág. 339.

La finalidad de la presente tesis es demostrar la importancia que tiene el Consentimiento dentro de una institución tan importante como es el Matrimonio y los efectos que produce en el mismo. Así mismo, se quiere hacer resaltar al consentimiento como el elemento indispensable para contraer matrimonio, mismo que faculta a las personas para que de acuerdo a sus principios sociales y morales, establezcan un vínculo válido ante los ojos de la sociedad y del Derecho.

CAPÍTULO I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

1.1. ÉPOCA ANTIGUA.

La época antigua es un periodo histórico en que las civilizaciones comienzan a aparecer, de manera muy primitiva. En tales culturas no se puede hablar de instituciones sino de principios costumbristas de un sistema consuetudinario que facultaba al más fuerte a imponer su voluntad.

Diversos factores convergen produciendo la unión de unos clanes con otros, así podemos mencionar la satisfacción de las necesidades más imperiosas de subsistencia como son los granos, los animales para la caza, los pastos, la leña para cocinar y hacer más soportables las inclemencias del tiempo y en fin el intercambio mediante el trueque de todos aquellos satisfactores que permiten la vida humana.

No hay que entender el clan como una comunidad doméstica ampliada, o descentralizada o como una formación social que le estaría supraordinada abarcando en unidad muchas comunidades domésticas. Esto puede ocurrir, pero no es la regla, porque el hecho de que en un caso particular se abarque a toda comunidad doméstica o que se cruce a través de ella depende de su principio estructural que, en ocasiones,

puede resultar en adscribir padre e hijo a clanes distintos. La acción de esta comunidad o clan puede manifestarse en la prohibición de matrimonio entre sus miembros.

De igual forma, se pueden encontrar derechos muy sensibles de los miembros del clan frente a la autoridad doméstica. Lo que nos interesa son las facultades para decidir e intervenir en la venta de las hijas o nietas para el matrimonio y participar en el precio de la novia, o bien, ponerlas a disposición sexual de un huésped y explotarlas en este sentido, de un modo temporal o permanente, mediante una retribución.

De los ejemplos mencionados en el párrafo anterior, podemos observar claramente que la voluntad del sexo femenino tenía características crípticas, como consecuencia de la distribución de poderes dentro de un clan. El factor económico era primordial. Un hombre que tiene los medios económicos, puede comprar una o varias mujeres y llevarlas a su clan, considerándolas como de su propiedad.

Por el contrario, un hombre sin poder adquisitivo se veía obligado a entrar en la comunidad de la mujer y "*ganársela*" por medios laborales.

Conceptualmente no puede hablarse en general de un "matrimonio" en el sentido lato, sino de una mera combinación de comunidad sexual con una crianza, constituida por el padre, la madre y los hijos. La fidelidad en las parejas es un elemento de cohesión entre los miembros del clan. La mujer que pertenece al mismo, deberá guardar un respeto absoluto a su "jefe" comunitario, ya que de suceder lo contrario, los hijos nacidos exogámicamente, son rechazados por la comunidad.

La importancia de estas uniones muchas veces radica en la necesidad de tener una mayor cantidad de miembros en un clan. Eso se podía hacer si un hombre tenía en "propiedad" a muchas mujeres que podían darle hijos, y por consiguiente, su poder comunitario dentro de esa población, era mayor.

No se puede hablar de una institución matrimonial propiamente, por las razones aducidas anteriormente, además en lo que respecta al consentimiento este se encontraba limitado y viciado debido a que no nacía a través de una exteriorización de voluntad de las dos partes.

Bien es cierto que aparentemente había dos voluntades, pero éstas, en la mayoría de las ocasiones, era suplida por otras personas, por lo general el padre o el jefe comunitario y

de ahí nacen los "*pactos*" de matrimonio entre personas que no han expresado su voluntad para llevarlo a cabo.

Estos pactos se hacían, como ya lo mencionamos anteriormente, con fines económicos al principio y posteriormente se unieron a esto los intereses geográficos. La unión de dos clanes que eran dueños de grandes extensiones territoriales, a través del vínculo sexual de dos de sus miembros, acrecentarían sus espacios para las futuras generaciones.

Hablaremos de la evolución de estos principios en los siguientes temas que abarcan culturas importantes dentro del ámbito histórico. Notaremos ciertas diferencias que caracterizaron a cada una de ellas, discrepancias motivadas por la situación social imperante en esa época y la ideología religiosa.

1.2. EVOLUCIÓN.

En épocas arcaicas el enlace entre el hombre y la mujer provenía de:

1.2.1. PROMISCUIDAD PRIMITIVA.

En las comunidades primitivas existía en un principio, la promiscuidad, lo cual impedía determinar la paternidad; acarreando que la organización social de la familia se regulará siempre en relación con la madre, siguiendo los hijos la suerte de esta última. A esta etapa se suele identificar con la figura del matriarcado.⁴

1.2.2. MATRIMONIO POR GRUPO.

En esta etapa ya se presenta una promiscuidad relativa, en virtud de que los miembros de la tribu se consideraban hermanos, por lo que en un principio el matrimonio no se celebró en forma individual, sino que determinados hombres de un grupo o clan celebraban matrimonio con igual número de mujeres de un grupo o clan distinto; por consecuencia obvia, este tipo de matrimonio colectivo acarrea un desconocimiento de la paternidad, manteniéndose por lo tanto, una filiación por parte de la madre, es decir al igual que el matrimonio en el numeral anterior, un régimen matriarcal.

⁴ Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Tomo I. P. Ed. Porrúa. México. 1968. P. 277.

1.2.3. MATRIMONIO POR RAPTO.

La mujer es considerada como parte del botín de guerra y, por lo tanto, los vencedores adquieren en propiedad los bienes y animales, como así también las mujeres que logren arrebatarse al enemigo.⁵

1.2.4. MATRIMONIO POR COMPRA.

En el matrimonio por compra se consolida la monogamia, adquiriendo el marido un derecho de propiedad sobre la mujer, quien se encuentra sometida a la voluntad del primero, en virtud de pertenecerle. La familia se organiza jurídicamente reconociendo la paternidad, siguiendo un sistema similar al del derecho romano, es decir la figura del *Pater familias*.⁶

Sin embargo, es necesario anotar que las afirmaciones anteriores por referirse a épocas prehistóricas son solamente extrapolaciones posibles de situaciones anteriores, y como tales conservan grandes márgenes de error sobre las costumbres de aquellos pueblos.

⁵ Idem.

⁶ Debemos recordar que el *Pater familias*, tenía un poder absoluto e ilimitado sobre los miembros que integraban su grupo familiar.

1.3. EGIPTO.

La civilización egipcia es conocida por sus monumentales construcciones que se localizan a orillas del Río Nilo. Los grandes templos, las pirámides y las esfinges, caracterizaron esa cultura por sus rasgos místicos. El matrimonio no se sustrae a toda la cantidad de ritos fantásticos que tienen su origen en los dioses existentes, pero como se podrá ver a continuación éstos no marcaron la pauta para darle origen y legitimidad al matrimonio.

La institución matrimonial tenía rasgos eminentemente matriarcales, y no, como muchos historiadores han establecido, de acuerdo a teorías teogámicas, a la existencia de dioses que legitimaban un nacimiento en la casta real.

La legitimidad de un heredero al trono se basaba en que la madre fuera de origen real, es decir, de sangre real. Dicha consanguinidad, daba origen a la "*raza del sol*", que gobernaba al pueblo egipcio, pero con esta característica no pretendemos decir que la madre transmitía derechos fundamentales, atribuidos principalmente a cuestiones oraculares y divinas.

Es esta la razón por la que la unión de una mujer que pertenecía a la casta real, con un hombre inferior a ella, no legitimaba al hijo nacido a tener acceso al trono.

El matrimonio de un hombre considerado como posible sucesor del poder real, debía de realizarse con una princesa, que ya unida en matrimonio era considerada como madre real, de esta forma se legitimaba al hijo de estos a acceder al poder.

La forma en la que se otorgaba el consentimiento se basaba en los intereses que persiguiera un hombre y no la familia de éste. De esta manera la individualización de la voluntad se comenzaba a dar en uno de los consortes. Decimos esto porque la voluntad de la mujer se regía por principios proféticos, esto es, la mujer que pretendía casarse con un heredero al trono, debía de aparecer en los oráculos antiguos como esposa del vástago real.

En consecuencia, dentro de la clase dominante del pueblo egipcio no se puede hablar propiamente de una libre expresión de voluntad entre los contrayentes, ya que se determinaba en base a aspectos religiosos y rituales así como en intereses de casta o de pertenencia a familias vinculadas a la estirpe reinante.

1.4. HEBREOS.

El pueblo hebreo, mejor conocido como judío, tiene como base de sus tradiciones culturales históricas, las Sagradas Escrituras. A través de las mismas, muchas instituciones se vieron legitimadas en cuanto a su esencia siendo el matrimonio una de ellas.

Para los judíos, el matrimonio era una fase por la que debían pasar los hombres para cumplir con la voluntad de Dios. La ritualidad en la creación del vínculo conyugal es característico de esta civilización.

La forma en que un hombre expresaba su interés hacía una mujer era discreto. El interesado comunicaba al padre sus intenciones de contraer matrimonio con una de sus hijas para obtener el consentimiento de ella, a través de su progenitor, y en el caso de que dicha voluntad fuera afirmativa, se fijaba un día para la celebración de la ceremonia religiosa. Los tratos directos entre los pretendientes, muy pocas veces se daban entre los judíos.

También podía ocurrir que el padre, al tener algún interés en un varón específico, le hiciera una "*presentación*" de

sus hijas en una cena, en la que las mismas danzaban y coqueteaban muy discretamente con el hombre interesado.

Posteriormente, el varón le informaba personalmente a la afortunada de sus intenciones de contraer nupcias con ella, y si esta aceptaba, la ceremonia religiosa se realizaba, por regla general, esa misma noche.

Al observar las formalidades aludidas en los párrafos anteriores, vemos claramente como el consentimiento para contraer matrimonio requería de la tutela paternal, pero con la salvedad, de que la voluntad de la mujer era un poco más explícita en comparación con otras civilizaciones.

1.5. CHINA

En la cultura china, se observan algunas diferencias en lo que concierne al matrimonio con relación a las civilizaciones occidentales. La filosofía de Confucio, es una fuente muy importante que nos permite conocer de la estructura social que el pueblo chino tenía en los tiempos en los que las dinastías reinaban.

Confucio establece cinco relaciones básicas como fundamento de la sociedad china, según el canón confuciano, tres están directamente relacionadas con la familia.⁷

El matrimonio, la manera universalmente aceptada para formar una familia, tuvo desde siempre un lugar destacado en la sociedad china. La concertación y arreglo se conjuga como elemento clave de la sociedad estable.

“Es por eso que su concertación y arreglo era una tarea que correspondía a los jefes de familia, sin tomar en consideración la inclinación de los contrayentes.

Por tanto, podemos pensar que durante la época Imperial China en la que predominaron los principios confucianos el matrimonio no requería la voluntad de los contrayentes sino que esta era expresada en forma positiva o negativa por los jefes de las familias interesadas. A pesar de ciertos intentos liberalizadores de la revolución de 1911, se puede decir que

⁷ Estas relaciones son las de súbdito a soberano, la de amigo a amigo y la de esposa a esposo, hijo a padre y hermano mayor a hermano menor.

*hasta en el movimiento popular de 1949, la gran mayoría de los chinos se casaban sin conocerse hasta el día de su boda.*²⁸

Esto sin embargo, no excluye el consentimiento de los contrayentes, los cuales aceptaban los tratos hechos por sus familias.

La nueva ley de 1950 otorga libertad a las personas para contraer matrimonio conforme a sus derechos como ciudadanos individualizados, relegando a delito, los pactos contrarios al libre albedrío.

Podemos concluir que actualmente dentro de la República China, el consentimiento personal es un elemento para el matrimonio.

El problema que enfrenta el Estado chino en la actualidad, es el impedir casamientos a temprana edad, por considerarlos como relaciones que pueden generar muchos hijos.

²⁸ Botton Beja, Flora y Cornejo Bustamante, Romero. Estudios de Asia y África. Corazones Solitarios: los anuncios matrimoniales y la elección de la pareja en China. Colegio de México. México. 1990.

1.6. GRECIA.

El pueblo helénico es cuna de la democracia moderna de los pueblos occidentales, el individuo se relaciona con la ciudad a la que pertenece, adquiriendo derechos políticos y derechos civiles, y de esta forma, aparece por primera vez la ciudadanía, o vínculo político y social con la ciudad de origen.

Los matrimonios en Atenas tenían la característica primordial de ser celebrados por personas del mismo nivel social, en otras palabras, por ciudadanos. Los esclavos, no tenían derecho subjetivo, aunque la ciudad si reconocía las uniones celebradas entre ellos.

La expresión de la voluntad por los pretendientes se realizaba de manera pública y con una serie de formalidades relacionadas con las creencias religiosas que imperaban en esa época. De esta forma los habitantes de una comunidad, otorgaban la legitimación a dicho acto, que se realizaba bajo el patrocinio de algún dios, que por lo general era Afrodita, diosa del amor. Como exponemos, la expresión de voluntad por los futuros contrayentes en un acto público, tenía forzosamente como fundamento el consentimiento libre y llano de los mismos.

Los romanos importan a su cultura algunas de las solemnidades seguidas por los helénicos. Algunas de ellas se estudiarán en el siguiente punto, que consideramos muy importante en razón de que es en Roma donde se comienza a codificar el derecho que es fuente de muchas legislaciones modernas.

1.7. ROMA.

El derecho romano, es el primer sistema jurídico en el que se codifican en una forma metódica y científica las reglas del matrimonio, es por ello que a partir de esta recopilación, muchas legislaciones modernas sustentan sus principios en lo que en Roma era conocido como *Ius*.

En materia civil, el derecho privado romano es un vasto universo de conocimientos acumulados por siglos de estudio de los habitantes de Roma, encargados de reflexionar sobre las cuestiones prácticas, que por su sabiduría y prudencia relativas al *Ius*, lograron formar una serie de disposiciones encaminadas a resolver las controversias surgidas entre los habitantes del Imperio Romano.

Por cuestiones prácticas de estudio, nos abocaremos a hacer la distinción entre las distintas calidades que tenían los habitantes de Roma, en cuanto a sus derechos en la época clásica.

Se consideraban libres a todas aquellas personas que no eran esclavos; subdividiéndose en ciudadanos y no ciudadanos (latinos y peregrinos); y en libertos e ingenuos.

- a. CIUDADANOS. Estos gozaban de todas las prerrogativas y derechos que establece el derecho de ciudadanía, tanto en el orden público como en el privado.

- b. NO CIUDADANOS. Como su nombre lo indica carecen del derecho de ciudadanía, su rango en el orden jurídico-social, no es uniforme. Por lo que se pueden distinguir dos categorías:
 - i) LOS LATINOS. Constituyen un estrato social intermedio entre los ciudadanos y los peregrinos. A estos se les concede el ejercicio de algunas prerrogativas del derecho de ciudadanía;

pudiendo adquirir el derecho de ciudadanía con mayor facilidad que los propios peregrinos.⁹

ii) LOS PEREGRINOS. Son aquellos habitantes de países que han pactado alianzas con Roma o que, habiendo sido vencidos por ésta, se le incorporaron en calidad de provincias, carecían de los derechos civiles, salvo los que les hayan sido concedidos, todos o algunos de ellos, por favor especial; regían sus relaciones por el *Ius Gentium* (derecho de gentes o de las naciones) y el derecho propio de la provincia en que habitan.

c. INGENUOS. Son aquellas personas que nunca han estado sometidos a una esclavitud reconocida por el derecho, adquiriendo esta calidad exclusivamente por nacimiento. Es importante destacar que dentro del matrimonio, el hijo sigue la condición del padre, y fuera de él, sigue la condición de la madre. Asimismo, si la madre llegará a obtener la libertad en cualquier momento de la gestación el producto de ésta será libre.

⁹ Oderigo, Mario N. Sinopsis de Derecho Romano. Quinta Edición. Ediciones Depalma. Buenos Aires, Argentina. 1973. p. 67.

d. LIBERTOS. Eran los esclavos que habían recuperado su libertad.¹⁰

CIUDADANOS ROMANOS. En desarrollo a los principios romanos, el ilustre jurista español Juan Iglesias establece que: *"sujeto de Derecho es aquel en quien sobre la humana condición, concurren otras tres: la de ser libre, ciudadano y sui iuris (persona capaz civilmente, dueña de sí misma y de sus derechos)."*¹¹

Las tres condiciones que se mencionan anteriormente, otorgaban la facultad a la persona que las tuviera, para ser titular de derechos y obligaciones. De esta manera, el derecho romano, contemplaba una especie de capacidad. *"Sin embargo,"* advierte el jurista español *"falta en Roma un nombre para ser sujeto -potencial o actual- de relaciones jurídicas, para tener derechos y contraer obligaciones."*¹²

La capacidad a la que hemos venido aludiendo, recae en la persona del que se consideraba la cabeza de la familia, cuyo

¹⁰ Idem, 69

¹¹ Iglesias, Juan. Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado. Editorial Ariel S. A. 7ª Edición. Barcelona, España, 1982. Pág. 117.

¹² *Ibidem*.

nombre técnico jurídico era el de *Pater familias*, hombre libre, *sui iuris* y ciudadano, que tenía a su cargo el cuidado de las demás personas que habitaban en su casa, siendo esto último una generalidad, mas no una regla universal. Así nos lo explica, Alvaro D'Ors, al establecer lo siguiente: "*La palabra familia tiene varias acepciones, pero entendemos aquí por familia el conjunto de personas que integran una casa y que se hallan bajo la patria Potestad de un cabeza de familia (Pater familias); la misma palabra de Pater se refiere al poder más que al hecho biológico de haber engendrado, y por eso un niño huérfano es Pater familias: no tiene hijos, pero tampoco tiene un padre a quien esta sometido.*"

El sometimiento al cual se refiere el maestro español, tiene su fundamento en el hecho de que las personas bajo la patria potestad del *Pater familias*, tenían una calidad jurídica conocida con el nombre de *alieni iuris*, por no tener un patrimonio heredable.¹³

La afirmación que se menciona en el párrafo anterior, la reitera el erudito profesor de la Facultad de Derecho de París, M. Ortolan, al establecer: "*Entre los que eran alieni*

¹³ *Ibidem.*

iuris, unos se hallaban ligados al jefe sólo por vínculos de propiedad, como los esclavos y los hombres libres adquiridos por mancipación; los demás se unían a él y entre sí por vínculos de parentesco civil, como la mujer, sus hijos sometidos al jefe de familia le pertenecían y eran propiedad suya; todos entre sí, en ellos comprendido el jefe, eran agnados.¹⁴ De acuerdo al Diccionario del maestro Escriche, el agnado es "el pariente por parte de padre, que es de la misma familia y apellido, ó el pariente por consanguinidad respecto de otro, cuando ambos descienden por varón de un padre común, en que se incluye también la hembra, pero no sus hijos, porque en ella se acaba la agnación respectiva a su descendencia".¹⁵

Omitimos la figura de la esclavitud en razón a que las personas consideradas como esclavos, no tenían los derechos civiles propios del ciudadano romano.

Una vez hecha la distinción entre las personas conocidas como *sui iuris* y *alieni iuris*, pasaremos a explicar que derechos tenían cada una de ellas con relación a la capacidad

¹⁴ Ortolan, M. Explicación Histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano Tomo I. Ed. Librería de D. Leocaldo López. Madrid 1877. p. 86.

¹⁵ Escriche, Joaquín Diccionario razonado. op. cit. nota. p. 24.

o facultad para contraer matrimonio, siendo la primera de ellas, el consentimiento y las otras dos condiciones pubertad y *connubium* que serán explicadas en la presente obra.

El matrimonio era un hecho o acontecimiento, que daba origen a una serie de derechos y obligaciones entre los contrayentes, que de acuerdo a su situación jurídica, podía cambiar.

La unión de dos personas (de distinto sexo) en la que se pretendiera llevar una vida con intereses afines, y que la convivencia física no fuera un factor esencial en dicha relación, daba origen a la figura jurídica conocida como matrimonio (*matrimonium*), que es muy similar al acto que se conoce con el nombre de nupcias (*nuptiae*), pero que no tiene la estructura ontológica que da nacimiento al matrimonio.

Las nupcias y el matrimonio son comúnmente palabras genéricas, que indican la unión de un hombre con una mujer en sociedad indisoluble, y que podía aplicarse a todos los matrimonios romanos, y aún a los de los extranjeros.

Pero los jurisconsultos, cuando quieren especialmente designar el matrimonio según el derecho de los romanos, tienen mucho cuidado de decir *iustae nuptiae* y *iustum matrimonium*.

Sólo de las justas nupcias procedía la patria potestad, el parentesco civil (*agnatio*), y los derechos de familia; en una palabra, ellas formaban el único matrimonio civil: la mujer tomaba el nombre de *uxor*, y el marido de *vir*.

El matrimonio, como uno de los actos más importantes de la vida humana, fue naturalmente colocado bajo una protección superior, y acompañado de invocación a la divinidad.

Así entre los romanos intervenían los dioses del paganismo en su celebración, acontecimiento que es importado del pueblo ateniense, pero que no es esencial en el acto mismo, por razones que explicaremos más adelante.

Posterior a la aparición del matrimonio como institución dentro de la esfera social, pero de índole civil, en la que el Estado solo intervenía con fundamento en las leyes seculares

imperantes dentro del Estado Romano, aparece dentro del Imperio, el cristianismo, que a través de la iglesia, elevó el acto marital a sacramento, santificándolo en las ceremonias correspondientes.

El matrimonio fue considerado como un contrato civil, en el que su celebración no requería de solemnidades. Aunque los romanos no habían dejado completamente este contrato dentro de la clase de los actos privados. La opinión generalmente aceptada es que el matrimonio entre ellos se hacía por el sólo consentimiento.

Algunos autores como Ortolan, consideran que no sólo bastaba el consentimiento para perfeccionar el matrimonio, se necesitaba el elemento de entrega o *traditio* romano,¹⁶ o dicho en otras palabras, la mujer debía de quedar a disposición de su marido en forma directa. Esta afirmación tiene su fundamento en virtud de que los contratos puramente consensuales podían hacerse entre ausentes, por carta o mensajero, lo mismo que entre presentes. Por el contrario, se halla formalmente declarado en el derecho romano que la mujer ausente no puede casarse ni por carta ni por

¹⁶ Inst. 3. 22 Digesto 8.1.

mensajero.¹⁷ Distinta situación de la que acontece en el hombre, que según la legislación, le facultaba para otorgar su consentimiento por misiva o informante, siempre y cuando se llenara el requisito de que la mujer estuviere en su domicilio el día de la celebración de dicho acto, verificándose así, la *traditio*.¹⁸

En lo que respecta a los *fili familiae*, estos no podían otorgar el consentimiento libremente,¹⁹ en razón de que necesitaban la autorización de su *Pater familias*.²⁰ El consentimiento también podía darse en forma tácita,²¹ dicha situación tenía su fundamento en la máxima Romana que decía *qui tacet consentire videtur* (el que calla otorga).

En cuanto al consentimiento del jefe de familia, es preciso observar que sí se exigía, sólo era a causa del imperio de la patria potestad, y como consecuencia de sus derechos de

¹⁷ Pauli Sententiae 9. 19. Digesto. 23. 2. 5.

¹⁸ Digesto 25. 2. 5

¹⁹ Digesto 23. 2. 2 Desde Antonino Pio se prohíbe que el padre de una mujer que desea continuar en el matrimonio pueda separarla de su marido, y desde fines del siglo III d. C. el marido tiene una acción cognitoria para reclamar a su mujer.

²⁰ Digesto 25. 2. 5

²¹ C. 5. 4. 18 y 20.

propiedad sobre los individuos que a él se hallaban sometidos, o sea, de los *alieni iuris*.

El hijo emancipado, *sui iuris*, no necesitaba del consentimiento del *Pater familias*, por razones obvias a su situación jurídica, pero por disposición de Honorio y Teodosio, se exigió que la hija menor de 25 años emancipada, tomase el consentimiento de su padre, y en el caso de que este hubiere muerto, de la madre o sus parientes más allegados.²²

Ahora bien, el hijo *alieni iuris* que quisiera casarse, en el caso de que habitara con su padre y su abuelo, debía obtener el consentimiento de ambos²³ en razón a que el abuelo podía, por su propia voluntad, separar de su familia a sus nietos, sin el consentimiento de su hijo, padre de aquellos, y de esta manera disminuir la familia, que este último debía tener algún día bajo su poder; pero no podía, sin el consentimiento del hijo, introducir entre los hijos de este último nuevas personas, y aumentar así su familia futura, por temor de darle, contra su voluntad nuevos herederos.²⁴

²² *Ibidem*.

²³ D. 23. 2. 16.

²⁴ Inst. 1. 11. 7.

Mas el abuelo, casando por su voluntad a su nieto, habría expuesto al padre de este último a tener algún día bajo su poder a los hijos nacidos de este matrimonio; lo que no tenía lugar respecto de la nieta, porque los hijos no seguían nunca la familia de su madre.

Es una cuestión controvertida el saber si el matrimonio contraído sin el consentimiento del jefe de familia podía ser ratificado posteriormente. Sin duda el jefe podía dar su consentimiento y el matrimonio, desde ese momento era válido, haciendo la aclaración que en ningún momento tenía efectos retroactivos al otorgamiento de esa voluntad, en otras palabras, el matrimonio era validado desde el momento que se otorga el consentimiento y en lo futuro, nunca en el pasado.²⁵

Hallándose loco o furioso, el jefe de la familia, no podía dar su consentimiento en forma directa, pero a través de un curador y en presencia de familiares que lo representaran en el acto, se podía suplir dicha voluntad.²⁶

²⁵ D. 25. 2.4.

²⁶ C. 5 4. 25.

De la misma manera, cuando el padre había sido aprehendido por el enemigo, o había desaparecido sin que se volviese a saber de él, podían los hijos, después de tres años de desaparición, cautividad o de ausencia, casarse, aunque la patria potestad no se hallase destruida, y el jefe debiese a su vuelta recobrarla.²⁷

Podemos considerar que la definición que hace Modestino del matrimonio debe tomarse como clásica "*nupticiae sunt coniunctio maris et feminae consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*".²⁸

Concordante con Modestino el maestro Iglesias establece que el matrimonio entre los romanos "*es una situación jurídica fundada en la convivencia conyugal y en la affectio maritalis...*" con la salvedad, de que: "*No es necesaria, por lo demás una convivencia efectiva: el matrimonio existe aunque los cónyuges no habiten en la misma casa y siempre y cuando uno y otro se guarden la consideración y respeto debidos honor matrimonii.*"²⁹

²⁷ D. 25. 2. 9 y 10

²⁸ D.23.3.1.

²⁹ Iglesias, Juan. Op. cit. Pag. 566.

Concluyendo según Ruggiero; el concepto romano del matrimonio se integra por dos elementos esenciales: el físico y el espiritual, el primero es la conjunción del hombre con la mujer, desde el punto de vista de vida en común, que se manifiesta exteriormente con la *deductio* de la esposa in *domun mariti*. Con la *deductio* inicia la cohabitación y fija el momento en el que el matrimonio comienza.³⁰ El segundo elemento es el espiritual; o el *affectio maritalis*, o sea la intención de quererse ambos, de vivir en común, de perseguir los fines del matrimonio.

Por tanto, para los fines de este estudio, podemos afirmar sin lugar a dudas que es dentro del derecho romano donde aparece el elemento de consensualidad en el matrimonio, ya que para establecerse el vínculo era indispensable el consentimiento de cada uno de los futuros cónyuges.

³⁰ A partir de este momento la manus queda a disposición del marido, es decir, se encuentra sujeta y comparte la misma situación del marido.

1.8. DESARROLLO HISTÓRICO DEL MATRIMONIO EN MÉXICO.

Hemos presentado la evolución del matrimonio en diversas culturas, siendo estas las más afines o que tienen mayor influencia en el desarrollo del pensamiento occidental, la hebrea y la romana, pero consideramos indispensable hacerlo también por lo que hace a cual era su concepción dentro de las razas o tribus que poblaban el suelo mexicano antes de la llegada de los españoles, para posteriormente hacer una relación de los diversos cuerpos de leyes, que han regido en nuestra patria hasta el México Independiente y cual fue en ellas la reglamentación del matrimonio.

1.8.1. CULTURA OLMECA.

La cultura Olmeca tuvo su asentamiento en la zona costera del Golfo de México entre los siglos IX y I a. C. Su principal aportación fue la influencia que ejerció sobre otras culturas, tales como la maya, la teotihuacana, la zapoteca y la totonaca.³¹

³¹ El derecho Pre-hispánico I. Caso. Alfonso Métodos y resultados de la política indigenista en México. *Memorias del Instituto Nacional Indigenista VI*, México 1954, pag 15-27

Consideraciones jurídicas en torno al consentimiento en el matrimonio civil

En cuestiones jurídicas, son pocas las fuentes de las cuales tenemos conocimientos directos y sólo es posible indagar en relación a las mismas, partiendo de supuestos en su organización social.

La escasez de la figura femenina, en sus estatuillas, sugirió una sociedad en la que la mujer no gozaba de un STATUS importante; una sociedad, por lo tanto, sin ecos del matriarcado. Esta situación fáctica hace suponer que la voluntad de la mujer, en el matrimonio, se subordinaba al consentimiento que pudiera ejercer sobre ella la figura del padre, del hermano o del abuelo. Y por tanto, no podemos hablar de que hubiera o no expresión de consentimiento por parte de los contrayentes.

1.8.2. DERECHO MAYA.

La segunda cultura con mayor importancia en la Historia Prehispánica de México se ubica en los mayas. La civilización maya se asentó en la parte norte de América central y en las regiones peninsulares de Yucatán llegando a abarcar una gran extensión territorial que comprendía las zonas de lo que ahora

Consideraciones jurídicas en torno al consentimiento en el matrimonio civil

se conoce como Tabasco, Chiapas, Campeche, Yucatán, Quintana Roo, Guatemala, Honduras y Belice.

Las fuentes de información que nos fueron transmitidas con relación al sistema jurídico, político, social y económico son variadas, pero se puede decir que los glifos tallados en piedra y las pinturas rupestres, son los más importantes.

El derecho de familia, es una institución jurídica, que al igual que en muchos otros sistemas similares, abarca distintos estratos sociales.

Es bien sabido que el matrimonio entre los nobles se realizaba entre los miembros de la misma familia, obedeciendo ello al deseo de conservar el poder dentro de una casta, y a que el estrato gobernante siempre se mostró celoso de otorgar autoridad a miembros que no pertenecieran a su consanguinidad. Actualmente esta costumbre subsiste en algunas partes de Yucatán.³²

³² Redfield, Robert. Chan Kom, a Mayan Village. Washington. D.C. 1933

Consideraciones jurídicas en torno al consentimiento en el matrimonio civil

En lo que toca a las clases gobernadas, los ritos de pubertad son característicos de las familias mayas, los jóvenes, estaban obligados a vivir en casas comunales hasta que cumplieran los 18 años, o bien hasta la celebración de su matrimonio.

El matrimonio era monogámico siendo obligatoria la fidelidad tanto para el hombre como para la mujer. En el caso de adulterio de la mujer existía una especie de repudio.³³ Es de hacerse notar que a diferencia de las clases sociales altas, las bajas no estaban legitimadas para contraer matrimonio con familiares que tuvieran el mismo apellido.

Para obtener el consentimiento de la futura esposa, el novio entregaba a la familia de ésta ciertos regalos, por lo tanto, en lugar de la dote, los mayas tenían el sistema del "precio de la novia", figura simétricamente opuesta a la dote y que todavía en lugares remotos de la región maya se manifiesta en la costumbre llamada *HAAB-CAB* de que el novio trabaje algún tiempo para su futuro suegro.³⁴ También existía la figura auxiliar de los *atanzahob*, llamados así, por

³³ Whitlock, Raymond. Everyday Life of the Maya. London/New York. 1976 p. 78

³⁴ Von Hagen, Víctor. World of the Maya. New York. 1960 p. 47 y ss.

ser intermediarios para obtener el consentimiento del padre de la novia en el enlace con el pretense.³⁵

Se puede concluir que el consentimiento entre los mayas dependía del interés e importancia de los regalos que el futuro consorte hacía al padre de la novia.

1.8.3. DERECHO AZTECA

La civilización azteca es una fuente muy importante de conocimientos en diversas materias, entre las que figura su Derecho. La geografía en la que se asentó esta civilización, tuvo una gran influencia en todos los aspectos jurídicos y fácticos, y esto se debe a la constante amenaza que representaba sobre los pueblos vecinos, que por su poderío, no se sometían a las reglas ni políticas del pueblo azteca.

El derecho Azteca en lo que se refiere a las instituciones familiares, se regía por las costumbres y tradiciones, más que por la arbitrariedad de las élites gobernantes.

³⁵ Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil. Editorial Porrúa. México. 1991. P. 105.

El matrimonio fue potencialmente poligámico, pero una esposa tenía la preferencia sobre las demás, y tal preeminencia también se manifestaba en la situación privilegiada que tenían sus hijos, en caso de repartición de la herencia del padre.

Los aztecas tuvieron una figura análoga al levirato hebreo, o sea, la celebración de nupcias con la viuda del hermano muerto.

La celebración del matrimonio era un acto formal, desde luego con infiltraciones religiosas; en algunas partes se celebró dicho acto mediante actos ilícitos tales como el rapto, o la venta o compra de mujeres. En ocasiones, la celebración de las nupcias quedaba supeditada a una condición resolutoria, que se perfeccionaba con el nacimiento del primogénito, en cuyo momento, la mujer podía optar por la transformación del matrimonio en una relación por tiempo indefinido, sin embargo, el futuro esposo tenía el derecho en último término de rehusar contraer el vínculo formal y en caso de ser negativa su actitud, quedaba desde ese momento concluido el posible matrimonio.

La subordinación de la mujer estaba legitimada dentro del sistema jurídico azteca; de hecho, toda mujer recibía una

educación relacionada con las labores domésticas desde muy temprana edad, cuyo único fin era la sujeción incondicional al hombre que la pretendiera como esposa. Al alcanzar la pubertad, toda mujer se encontraba en la posibilidad de ser escogida por un varón que tuviera la misma situación social, o bien que se encontrara por encima de ella en razón de su ubicación dentro de los estratos sociales.

Por tanto, en el derecho azteca o en reglas ancestrales del pueblo no se puede hablar de consentimiento, ya que en todo caso por parte de la mujer no existía este al encontrarse sujeta a las costumbres que establecía el predominio del hombre sobre ella.

1.9. ANTECEDENTES EN EL DERECHO CIVIL HISPÁNICO.

La primera obra jurídica importante que se conoció en la península hispánica fue el Código de Eúrico (año 465-485), cuerpo de leyes en que predominan las disposiciones del derecho bárbaro.

Un siglo después, se percibe la influencia del derecho romano, en un segundo cuerpo de leyes que se conoce como

Código de Leovigildo (568-586 d.C.). Esta influencia romanística se manifestó más claramente en el Código de Alarico o Breviario de Aniano (506).

En el Fuero Juzgo (554) de clara tendencia romanista, se percibe también la influencia del Derecho Canónico, particularmente en lo que atañe a los impedimentos para el matrimonio, a la institución de los esponsales, a la dote, por el padre y la madre.

A virtud de la aparición del cristianismo, se presenta el matrimonio canónico, en el cual el vínculo es creado por la voluntad de los esposos, en virtud del consentimiento que genera la relación matrimonial, siendo un sacramento en el cual los ministros son los mismos esposos, ante un testigo autorizado por la Iglesia Católica que otorga a esta unión el carácter de solemne y en principio indisoluble. Es innecesario señalar que el vínculo se establece a través de una libre expresión del consentimiento en el matrimonio.

Posteriormente, la dominación árabe, impuso oficialmente el derecho musulmán; pero las costumbres jurídicas arraigadas en el pueblo español, no desaparecieron del todo. Después de la dominación árabe, se desarrollaron

vigorosamente los Fueros Municipales, entre los que destaca el Fuero de los Fijosdalgo (1138), que quedó refundido en el Ordenamiento de Alcalá y el Fuero Viejo de Castilla (1212) que publicó el rey don Pedro en las Cortes de Valladolid. Se conoció más tarde, el Fuero de Burgos o Libre de las Fezañas, Albedríos y Costumbres de España. Antes, en el año de 1264 el rey Alfonso X el Sabio, publicó el Septenario, el Fuero Real o Fuero de las Leyes que se denominó Libro de los Consejos de Castilla, el Especulo y las Siete Partidas.

La unificación del derecho estatutario de los reinos de Castilla y León se realiza con la expedición de las Siete Partidas, elaboradas bajo el gobierno del rey don Alfonso X llamado con justicia el Sabio por el gran acervo cultural que poseía. Puede afirmarse, sin hipérbole, que dicho monumental ordenamiento constituye una de las obras más geniales que el pensamiento humano haya producido en pleno medioevo por lo que respecta al derecho positivo, habiéndose no sólo codificado en él bajo un sistema normativo unitario múltiples disposiciones contenidas en cuerpos legales anteriores, incluyendo a las de los diversos fueros municipales, sino adoptando principios prevalentes de la filosofía de la época y del derecho romano que parecía haberse olvidado en legislaciones precedentes.

1.10. LAS SIETE PARTIDAS.

Esta compilación fue redactada probablemente entre 1246 y 1263. Se admite comúnmente que en la redacción de las Siete Partidas intervinieron el maestro Jacobo Ruiz, Fernando Martínez y el maestro Roldán. Las Siete Partidas contienen preceptos de Derecho Romano, capítulos de Derecho Canónico y algunas disposiciones tomadas de los Fueros particulares de cada región. Su comentarista, es el célebre Gregorio López.

Las Siete Partidas menciona, que debemos entender por matrimonio el *"ayuntamiento de marido, e de muger, fecho con tal entención de venir siempre en uno, e de non se departir; guardando lealtad cada uno de ellos al otro, e non se ayuntando el varon a otra muger, nin ella a otro varon, bibiendo ambos a dos"*.³⁶

La cuarta Partida establece los principios relativos al matrimonio y por considerarlo de importancia transcribimos íntegramente los fragmentos que son de interés para el presente estudio a pie de página.³⁷

³⁶ Partida IV, Tit. II, Ley I.

³⁷ Ley X. Que los padres non pueden desposar sus hijas, non estando ellas delante o non lo otorgando (a).

El consentimiento de las hijas al que hace mención la ley X, se refiere a la promesa unilateral que presta el padre en nombre de su hija para facultar al pretendiente a tomarla como futura esposa.³⁸

La ley XI se refiere a las promesas que realiza el padre con respecto de sus hijas para entregarlas en un futuro a su pretendiente, mas si éste último renunciara a obtener la

Prometiendo, o jurando un ome a otro, que resibira una de sus hijas por muger; por tales palabras como estas, non se fazen las despojadas, porque ninguna de las hijas non estan delante, ni sienten en el senaladamente como en marido, ni el en ella. E esto es, porque bien assi como el matrimonio non se puede fazer por uno solo, otrosi nin las despojadas. Ca el matrimonio a menester, que sean presentes aquellos que lo quieren fazer, e que consienta el uno en el otro; o que sean otros dos que lo fagan por su mandato; e si el padre jurasse, o prometiesse a aquel, a quien avia jurado su padre; por tal razon non las puede el apremiar, que lo fagan de todo en todo, como quiera que les pueda dezir palabras de castigo, que lo otorguen. Pero si aquel, con quien el padre quiere casar alguna dellas, fuese atal, que conouiniesse, e que seria assaz bien casada con el; maguer que la non puede apremiar que cumpla lo que el avia prometido, puedela deserdar; porque non agradeesse a su padre el bien quel fizo; e fazele pesar, non le obedesciendo. E esto se entiende, si despues desto se casare ella con otro con voluntad de su padre, o fiziessa maldad de su cuerpo.

³⁸ LEY XI En cuya escogencia deve ser, de dar, o de tomar alguna de las hijas, que desposassen sus padres.

Jurando, o prometiendo un ome a otro que rescibira una de sus hijas por muger, segun dize en la ley ante desta, si ellas otorgassen, e consentieren en lo que su padre fizo, en escogencia es del padre, de darle qual el tuviere por bien, e non la que el otro demandare. E si despues de la promission, el padre señalasse una de sus hijas, nombrandola por su nome, por dargela, el otro dixere, que non quiere aquella, mas alguna de las otras, qulto es el padre de la promission que fizo, e non le dara la otra, si non quisiere...

mano de la hija que el padre le asignó, no le podrá otorgar otra en mano, salvo que ésta consienta afirmativamente.³⁹

³⁹ TITULUS II. DE LOS CASAMIENTOS.

LEY I Que cosa es matrimonio.

Matrimonio es ayuntamiento de marido, e de muger, fecho con tal entencion de bevir siempre en uno, e de non se departir, guardando lealtad cada uno dellos al otro, e non se ayuntando el varon a otra muger, nin ella a otro varon, bivienda ambos dos...

LEY II. Onde tomo este nome Matrimonio: e por que razon llaman assi al Casamiento, e non Patrimonio.

Matris, et munium, son palabras de Latín, de que tomo nome Matrimonio, que quier dezir tanto en romance, como officio de madre. e la razon porque llaman Matrimonio al Casamiento, e non Patrimonio es esta. Porque la madre sufre mayores trabajos con los fijos, que el padre. Ca como quier que el padre los egendra, la madre sufre muy grandes dolores, quando han de nascer; e despues que son nacidos, ha muy grand trabajo en criar a ellos mismos por si. E demas desto, porque los fijos, mientras son pequeños, mayor menester ha de la ayuda de la madre, que del padre. E por todas estas razones sobredichas, que caben a la madre de fazer, e non al padre, porende es llamado Matrimonio, e non Patrimonio.

LEY V. En que manera se deve dar el Casamiento.

Consentimiento solo, con la voluntad de casar, faze matrimonio entre el varon, e la muger. E esto es por esta razon, porque maguer sean dichas las palabras, segun deven, para el casamiento, si la voluntad de aquellos que la dizen non consiente con las palabras, non vale el matrimonio, quanto para ser verdadero: como quier que la Iglesia judgarla que valiesse, si fuessen las palabras provadas, por razon, que fueran dichas, en la manera que se faze el casamiento por ellas: non se provando, que las palabras fueran dichas de otra manera, que por voluntad de casar, assi como si fuessen dichas por juego, o por mostrar por que las palabras se puede fazer el casamiento. Pero razon y a, en que se podria fazer el matrimonio, sin palabras, tan solamente por el consentimiento. Esto seria como si alguno casasse, que fuesse mudo: ca maguer que por las palabras no pudiesse fazer el casamiento, poderlo y a fazer por señales, e por consentimiento. Ca tanto fazen las señales, que demuestran el consentimiento entre los mudos, como las palabras, entre aquellos que pueden hablar. Esso mismo seria en los sordos, que non oyen ninguna cosa. E maguer que de suzo dezia en esta ley, que el matrimonio se faze tan solamente por el consentimiento; si aquellos que lo fazen pueden hablar conviene que lo fagan por palabras, porque se puede provar, si menester fuere. E puede fazer el matrimonio, por aquellos mismos que casan, o por sus parientes, o por mensajeros de sus casas, o por otros estraños, que lo fagan con mandado dellos. E devesse fazer manifiestamente, porque se puede provar, e non encubierto.

De lo anterior deducimos, que el consentimiento era indispensable para el matrimonio y que este debe otorgarse en forma clara y objetiva sin que exista ninguna duda al respecto, aunque debe decirse que el consentimiento era manifestado por la mujer a través de su padre.

En consecuencia, empieza a perfilarse el concepto moderno del matrimonio, que se presenta como una manifestación libre de voluntades entre hombre y mujer que se unen para constituir un estado de vida permanente, haciendo vida en común, ayuda mutua y perpetuar la especie.

La ley VI define a las personas facultadas para contraer matrimonio, estableciendo los requisitos para otorgar un libre consentimiento además de tener el conocimiento objetivo del acto a realizar.⁴⁰

Como se puede observar, las Siete Partidas presentan casos prácticos específicos conforme a los cuales se establecen principios jurídicos objetivos.

⁴⁰ LEY VI. Quales pueden casar en uno, e queles non. Casar pueden todos aquellos, que han entendimiento sano, para consentir el casamiento, e que sean tales, que non ayan embargo, que les tuelga de yazer con las mugeres; fueras aquellos, a quien defiende el Derecho señaladamente, que non puedan casar...

CAPÍTULO II. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS EN MÉXICO.

2.1. DERECHO HISPÁNICO.

Desde el comienzo del siglo XVI se funden en México dos grandes culturas en el aspecto social, económico y cultural. La primera es la civilización indígena, en su aspecto jurídico de carácter predominantemente azteca. La segunda, la civilización hispánica, que fusionó a su Derecho restos de postulados romanos, germánicos, normas canónicas, derivado de una gran reglamentación monárquica .

En el capítulo pasado hicimos mención a diversas fuentes hispánicas de las cuales, la más importante por su forma y contenido, son las Siete Partidas de Alfonso X, el Sabio, mismas que se aplicaban con carácter supletorio en el territorio de la Nueva España.

El orden de prelación de las fuentes del derecho castellano, aplicable subsidiariamente a los territorios de ultramar, se encuentra primeramente en las Leyes del Toro (1505). Estas leyes a su vez, se basan en el Ordenamiento de Alcalá, Fueros Municipales, Fuero Real y finalmente las Siete Partidas. Por ordenes del rey Felipe II, durante la Colonia, se

pusieron en vigor dos actos legislativos en los territorios de ultramar, la Recopilación de las Leyes de Indias de 1570, cuyo contenido primordial se limitaba a compendiar las disposiciones dictadas por la Monarquía para sus dominios en América, y la Real Ordenanza de Intendentes, sancionada en el año de 1786, bajo el reinado de Carlos II.

Sin embargo, en el caso de surgimiento de controversias, las autoridades dirigían su atención a la Nueva Recopilación (1567), y posteriormente entre 1805 y 1821 a la Novísima Recopilación.

Importante antecedente dentro del desenvolvimiento del Derecho Civil en el México Independiente, es el Código Civil Francés de 1804, que influyó en la Legislación Civil Española del siglo pasado, a través del proyecto del Código Civil de 1851, comentado por don Florencio García Goyena y aunque dicha legislación nunca llegó a tener vigencia, debido a que se pretendía dejar a un lado los derechos forales de las diversas provincias españolas, tuvo gran influencia en nuestras Leyes.

La Legislación Española tuvo aplicación en México, aun después de la Independencia, hasta la promulgación de los primeros Códigos Civiles.

2.2. MÉXICO INDEPENDIENTE.

La culminación de la lucha independentista en México llegó a su fin, con la Declaración de Independencia del 27 de septiembre de 1821. A partir de entonces, la pugna por el poder se vería sumergida entre corrientes centralistas y federalistas, a través de sus máximos exponentes: José María Luis Mora que ostentaba la bandera liberal y por la otra cara de la moneda, Lucas Aláman, el conservador.

Con motivo de esta lucha, pasaron muchos años antes de que las aguas tomaran su cauce y la nación mexicana se consolidara como un Estado con una sola corriente: la liberal.

El primer Código Civil del que se tiene referencia es el promulgado en Oaxaca en 1828, cuya vida no excedió de los ocho años. Paralelamente, el Estado de Zacatecas el mismo año llevó a cabo un proyecto de Código Civil, que nunca entró en vigor.

Posteriormente, en 1829, el Estado de Jalisco intentó codificar parte de la legislación hispana que tenía vigencia, y

por desgracia, dicha sistematización nunca se pudo materializar.

En íntima relación con nuestro tema se encuentra la Ley de 1859, que por necesidades sociales y políticas, el Poder Ejecutivo, cuyo titular en ese entonces era Don Benito Juárez, expide la Ley del Matrimonio Civil del 23 de Julio del año mencionado. En dicho ordenamiento el matrimonio fue considerado por primera vez como un contrato civil.

El artículo 1º de la ley citada decía a la letra:

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

Es así que por primera vez dentro de nuestro Derecho se define el concepto moderno que se tiene del matrimonio, que se presenta como una manifestación libre de voluntades entre hombre y mujer que se unen para constituir un estado permanente de vida, haciendo vida en común, ayuda mutua y perpetuar la especie.

De antemano, podemos afirmar que la voluntad que expresa el legislador en el precepto aludido, tiene las características ius-positivistas que pretenden incorporar a la legislación estatal, la mayoría de las instituciones que, por tradición histórica pertenecían a la Iglesia.

Independientemente del comentario anterior, por primera vez, la voluntad o consentimiento se considera dentro de nuestras leyes como causal para contraer matrimonio.

La mencionada ley establecía en su texto, dentro de los artículos 5º , 6º, 8º y 30, las causales de nulidad e impedimentos para contraer matrimonio, y que a saber, decían:

“Artículo 5º. Ni el hombre antes de 14 años, ni la mujer antes de los doce, pueden contraer matrimonio.”

“En causas muy graves y cuando el desarrollo de la naturaleza se anticipe a esta edad, podrán los gobernadores de los Estados y del Distrito Federal, en su caso, permitir el matrimonio entre estas personas.”

“Artículo 6º. Se necesita para contraer matrimonio la licencia de los padres, tutores o curadores, siempre que el hombre sea menor de veintiún años y la mujer menor de veinte...” “...Cuando los hijos sean mayores de veintiún años pueden casarse sin la licencia de las personas mencionadas.”

El artículo octavo de esta misma ley dispone: “Artículo 8º. Son impedimentos para celebrar el contrato civil del matrimonio, los siguientes:”

“...”

“Fracción IV. La violencia o la fuerza con tal que sea tan grave y notoria que baste para quitar la libertad del consentimiento.”

La voluntad o el consentimiento vuelve a ser materia fundamental para contraer matrimonio válido de acuerdo a lo expresado en los artículos anteriormente transcritos.

En efecto, por lo que hace al primero de estos artículos citados, debe entenderse que en caso de que los presuntos contrayentes sean de edad inferior, el hombre de catorce años y la mujer de doce años, la autorización paterna deberá suplirse por los gobernadores de los Estados o del D.F., para permitir el matrimonio entre estas personas; y en relación al

segundo artículo, en la Fracción IV que se ha transcrito, entre los impedimentos para contraer matrimonio se encuentra la violencia o la fuerza grave que impidan la libertad del consentimiento.

Por tanto, debemos concluir que el consentimiento para contraer matrimonio de acuerdo a los preceptos de la citada ley es indispensable para contraer matrimonio.

Es pertinente hacer notar que en el mismo artículo que se comenta, los esponsales dejan de constituir simples promesas y se elevan a la categoría de compromisos contractuales al requisitarlos mediante escritura pública. Sin embargo debemos considerar que esta fracción V del artículo octavo es un tanto arbitraria con relación a otros ordenamientos legales, debido a que los esponsales son contemplados por la doctrina y otros códigos como "*promesas*" hechas entre los futuros consortes. Cabe aducir la definición que de los esponsales hace el maestro Exeriche que los define como "*la promesa de casarse que se hacen mutuamente el varón y la muger con recíproca aceptación.*"⁴¹

⁴¹ Joaquin Exeriche Op. Cit. pag 241.

Por último, en el artículo 30 de la misma ley se dice, *“que ningún matrimonio celebrado sin las formalidades que prescribe esta ley, será reconocido como verdadero legítimo para los efectos civiles; pero los casados conforme a ellas, podrán, si lo quieren, recibir las bendiciones de los ministros de culto”*.

La facultad que otorga la ley a los cónyuges que hubieren celebrado su matrimonio conforme a las leyes seculares, para también contraerlo de acuerdo a sus principios confesionales, podemos considerarlo como un acto gracioso del Estado, el cual solo concede y otorga validez al matrimonio civil pero a su vez, no quiere ignorar las creencias del pueblo mexicano.

Fue hasta 1869, en el Estado de Veracruz, que se promulgaron los Códigos Civil y Penal, con sus respectivos ordenamientos adjetivos conocidos como los *“Códigos Corona”*, en honor a su autor, el ilustre jurista veracruzano don Juan Fernando de Jesús Corona, pero en virtud del estado de guerra en el que se encontraba México con Francia, los Ordenamientos no entraron en vigor.

2.3. CÓDIGOS CIVILES DE 1870 Y 1884.

El movimiento codificador en nuestro País comenzó a aparecer como consecuencia de los procesos legislativos en otros países, principalmente Francia, con su Código de Napoleón, que para muchos, es considerada como una obra maestra en razón a la estupenda combinación que realizaron sus creadores Tronchet, Portalis, Bigot-Premeneau y Malleville del derecho consuetudinario francés, derecho romano y del derecho revolucionario.

En México, en 1859 por encargo presidencial, el jurista don Justo Sierra se aboca a la realización de un proyecto de Código Civil conocido como "*Proyecto Sierra*". El Doctor Sierra concluyó este ordenamiento dos años después, pero no pudo entrar en vigor por la razón ya mencionada: la guerra. Es de vital importancia señalar que el proyecto legislativo que tenía encomendado el ilustre jurista mexicano, no se debe de confundir con la Ley del Matrimonio Civil del mismo año.

El proyecto de Don Justo Sierra, tuvo su parte inspiradora en los Códigos francés, austriaco, portugués y holandés, así como en las concordancias de Proyecto del Código Civil Español de 1851, redactadas por Florencio García Goyena, a quien nos hemos referido anteriormente.

Estos son los antecedentes del Código Civil de 1870 formado por los señores Mariano Yañez, José María Lafragua, Isidro Montiel y Rafael Dondé y la Comisión revisora de dicho ordenamiento legislativo, estuvo integrada por los abogados Eduardo Ruiz, Pedro Collantes y Buenrostro y Miguel Macedo. Este proyecto fue denominado "*Proyecto Lacunta*".

El Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales, de 13 de diciembre de 1870, fue sustituido por el Código Civil de 1884.

En este Código, su artículo 133 "*de las actas de matrimonio*",⁴² establece que el Juez recibirá la formal

⁴² DE LAS ACTAS DE MATRIMONIO.

Artículo 114. Las personas que pretendan contraer matrimonio, se presentarán al juez del Estado Civil á quien esté sujeto el domicilio de los pretendientes. El juez tomará en el registro nota de esta pretensión, levantando de ella acta en que consten:

I) Los nombre, apellidos, profesiones y domicilio, así de los contrayentes como de sus padres, si estos fueren conocidos;

II) Los de dos testigos, que presentará cada contrayente, para hacer constar su aptitud para contraer matrimonio conforme á la ley;

III) La licencia de las personas cuyo consentimiento se necesite para contraer el matrimonio ó la constancia de no ser aquel necesario;

IV) El certificado de viudedad, si alguno de los pretendientes hubiere sido casado otra vez;

V) La dispensa de impedimentos, si los hubiere.

Artículo 132.- *El matrimonio se celebrará en público y en día, hora y lugar señalados al efecto. Los contrayentes comparecerán ante el juez, personalmente ó por apoderado especial, y acompañados de tres testigos por lo menos, parientes o extraños.*

Artículo 133.- El Juez recibirá la formal declaración que hagan las partes, de ser su voluntad unirse en matrimonio.

declaración que hagan las partes, de ser su voluntad unirse en matrimonio y posteriormente en los artículos 166, 167 y 168, se dice que a falta de padres el consentimiento deberá ser expresado por el abuelo paterno; a falta de este, el del materno; a falta de ambos el de la abuela paterna; a falta de este el de la materna o en su caso consentimiento de los tutores o del Juez de Primera Instancia.

Es así, en forma inequívoca en la citada Ley, el consentimiento en cualquiera de las formas de expresión presupuestadas en este Ordenamiento es indispensable para contraer matrimonio, por lo que consideramos que con los

Artículo 134.- Concluido este acto, se extenderá inmediatamente en el libro una acta en que consten:

I) Los nombres, apellidos, edad, profesiones, domicilios y lugar de nacimiento de los contrayentes;

II) Si estos son mayores o menores de edad;

III) Los nombres, apellidos, profesiones y domicilios de los padres;

IV) *El consentimiento de los padres, abuelos o tutores, o la habilitación de edad;*

V) Que no hubo impedimento o que se dispensó;

VI) *La declaración de los esposos de ser su voluntad unirse en matrimonio, tomándose y entregándose mutuamente por marido y mujer; y la que de haber quedado unidos, hará el juez en nombre de la sociedad;*

VII) Los nombres, apellidos, edad, estado, profesiones y domicilios de los testigos, su declaración sobre si son o no parientes de los contrayentes, y si lo son, en que grado y de que línea.

TITULO QUINTO

Del Matrimonio

Capitulo I

De los requisitos necesarios para contraer matrimonio.

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

antecedentes legislativos que hemos señalado no puede haber duda de su necesaria libre y espontánea expresión para establecer el vínculo conyugal.

Por lo que toca al Código Civil de 1884, podemos mencionar que fue expedido en uso de facultades extraordinarias, que por Decreto del 14 de diciembre de 1883, concedió el Congreso de la Unión al titular del Ejecutivo Federal, al entonces Presidente de la República, Manuel González.

En esencia, el Código de 1884, no tuvo en su haber una diferencia fundamental con respecto al Código de 1870; de hecho, muchos de los artículos que reglamentaban ciertas instituciones, entre ellas el matrimonio, se legislaron en forma idéntica.

Al igual que el Código Civil de 1870, el Código de 1884 no proporciona una definición o concepto satisfactorio del matrimonio.

Al respecto el artículo 15 de este Código, el cual es copia fiel del artículo 159 del Código de 1870, dice: *"El matrimonio*

es la sociedad legítima de un sólo hombre y una sola mujer, que se unen con un vínculo indisoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida."

Consideramos defectuosa esta definición del matrimonio en este ordenamiento legal, en virtud de que conforme a antecedentes legislativos debería establecer la naturaleza del matrimonio como un contrato civil y manifestar en forma relevante la necesidad del consentimiento de ambas partes para contraerlo.

El relativo a la falta del consentimiento de los contrayentes o bien de las personas que tengan un interés jurídico en los que pretendan contraerlo, como impedimento del matrimonio, se contempla en el artículo 159 del Código Civil de 1884 en la forma siguiente :

"Artículo 159.- Fracción II. La falta de consentimiento del que conforme a la Ley, tiene la patria potestad, del tutor, o del juez en sus respectivos casos."

De lo anterior, se observa objetivamente que las legislaciones anteriormente citadas contemplan al

consentimiento, como algo esencial, sin el cual, no podía existir el matrimonio, siendo erróneo que se haga referencia a él en el Capítulo de las Actas del Registro Civil así como en el de su suplencia por los padres o tutores.

2.4. LEYES DE DIVORCIO DE 1914 Y 1915.

A fin de tener hasta donde es posible, una mejor exposición sobre nuestro tema, consideramos indispensable referirnos a las leyes que se señalan en el subtítulo.

Venustiano Carranza, Jefe del Ejército Constitucionalista, encargado del Poder Ejecutivo, expidió las Leyes de Divorcio de 28 de diciembre de 1914 y de 29 de enero de 1915, al igual que la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917 publicada en el Diario Oficial de la Federación los días 14 de abril al 11 de mayo del mismo año.

El matrimonio en los nuevos Decretos es considerado, de acuerdo al artículo 155, como: "*...un contrato civil entre un sólo hombre y una sola mujer que se unen en sociedad legítima para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida.*" Observamos claramente que al matrimonio se le

considera como un contrato en el que se establecen obligaciones recíprocas. La definición también muestra en forma objetiva sus fines la perpetuación de la especie y la ayuda mutua.

Es necesario señalar que ya no se menciona como vínculo indisoluble y que por tanto cambia toda la esencia de la institución jurídica anterior. El matrimonio de Carranza, no es el matrimonio de Juárez.

2.5. LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES.⁴³

Esta ley la expide Venustiano Carranza el 9 de abril de 1917 y que ya hemos citado las fechas en que fue promulgada. Para muchos, estuvo viciada desde su origen, tomando en cuenta que Carranza no se encontraba facultado para expedir leyes, en razón al rango que ostentaba: Encargado del Poder Ejecutivo.

Dicha ley como su nombre lo expresa esta dedicada únicamente a regular las relaciones familiares, siendo

interesantes para este trabajo los capítulos I) y II) de las formalidades para celebrar el contrato de matrimonio y del matrimonio y de los requisitos necesarios para contraerlo.

La diferencia principal que existe entre los códigos de 1870 y 1884 con la Ley sobre las Relaciones Familiares, es que en los códigos anteriores el matrimonio es un vínculo indisoluble y en la Ley de 1917, es un vínculo disoluble. Aparece además una igualdad objetiva entre el hombre y la mujer dentro del matrimonio; y la sustitución del régimen legal de gananciales, o separación de bienes a elección de los contrayentes, por el obligatorio de separación de bienes.

La Ley dio la definición del matrimonio en forma casi idéntica a la que aparece en el Código Civil de 1870, pero a diferencia de este, se sustituyó la palabra "indisoluble" por "disoluble" quedando de la siguiente forma: "*El matrimonio es un contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo disoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida*"; y nuevamente esta redacción adolece del defecto de no mencionar el consentimiento.

⁴⁾ Pallares Eduardo. La ley sobre Relaciones Familiares, Comentada y Concordada con el Código Civil Vigente, y Leyes Extranjeras. 2a Edición. Librería Bouret, París México, 1923.

Se igualó al hombre y a la mujer, suprimiendo la potestad marital y confiriendo a ambos consortes la patria potestad y distribuyó las cargas del matrimonio, obligando al marido a dar alimentos a la mujer y hacer todos los gastos necesarios para el sostenimiento del hogar y a la mujer la de atender todos los asuntos domésticos, siendo la especialmente encargada de la dirección y cuidado de los hijos y del gobierno y dirección del servicio del hogar (artículos 42 y 44 respectivamente). No obstante, esta igualdad no satisfizo a los movimientos feministas posteriores, los cuales consideraban aun discriminatorio para la mujer que ésta tuviera que ocuparse de las tareas del hogar y no del mando.

Se conservó el deber de fidelidad, de socorro mutuo y de contribución de uno a otro en los objetos del matrimonio y el deber de la mujer de vivir con su marido, como lo contemplaba el Código Civil de 1884.

Respecto a las relaciones patrimoniales de los cónyuges, sustituyó el régimen legal de gananciales, por el régimen obligatorio de separación de bienes, como hemos dicho anteriormente.

Independientemente a cualquiera objeción que pueda hacerse a esta Ley desde los puntos de vista confesionales, de técnica jurídica o defectos prácticos, para los efectos de nuestro tema debemos hacer resaltar que por primera vez en la historia del matrimonio en México aparecen determinados requisitos cuyo cumplimiento permite una expresión del consentimiento en forma clara, a fin de que su manifestación no adolezca de vicios que lo dañen.

En su artículo primero establece que las personas que pretendan contraer matrimonio se presentarán personalmente, o por medio de apoderado legítimamente constituido ante el Juez del Estado Civil, y manifestarán su voluntad de unirse en matrimonio legítimo.

A continuación en el artículo tercero se establece la obligación a cargo del Juez del Estado Civil de interrogar a cada uno de los pretendientes si es su voluntad unirse en matrimonio y si cada uno de ellos respondiere afirmativamente, los declararán unidos en nombre de la ley y de la sociedad.

A mayor abundamiento en el artículo quinto, fracción VI hace referencia a la declaración de los pretendientes de ser su

voluntad unirse en matrimonio, tomándose y entregándose mutuamente por marido y mujer.

Todas estas formalidades tienen la virtud de proteger la expresión del consentimiento, liberándolo de aquellos vicios que pueden invalidarlo, ya que la presencia de los contrayentes y la interrogación de estos por el juez del estado civil, implica forzosamente una voluntad en la asunción del vínculo, libre y espontánea.

Con estas leyes, Venustiano Carranza introdujo en México el divorcio como medio de disolver el matrimonio, dando así un cambio radical al concepto de unión indisoluble, que si bien es cierto, anterior a estos Decretos, el Código Civil de 1884 legitimaba a los cónyuges a "romper" con el vínculo matrimonial, de manera que la mujer tuviera la facultad de vivir en forma separada de su marido, sin embargo, esto nunca se consideró como divorcio, sino más bien como la figura que se conoce como separación de cuerpos, pues subsistía el vínculo matrimonial.

Esta Ley es el antecedente histórico de nuestro actual artículo 267 del Código Civil, que por las mayores facilidades que otorga para divorciarse al divorcio en sus dieciocho

causales, permiten un *"divorcio a la carta"* como opina el afamado jurista mexicano Don Ramón Sánchez Medal.

CAPÍTULO III. EL MATRIMONIO.

3.1. CONCEPTO Y GENERALIDADES.

Es natural que después de habernos referido, al consentimiento que es el acto que da origen al matrimonio, hagamos una presentación desde el punto de vista doctrinario y de acuerdo a los textos legales del concepto del matrimonio.

El matrimonio es la Institución más importante del derecho familiar puesto que constituye el acto principal de esta. El progreso de la humanidad exige el respeto a las leyes de la naturaleza y el matrimonio constituye dentro de las uniones que se dan en el género humano la que mejor refleja estas leyes. Las sociedades que no respetan el matrimonio, llevan en sí mismas un principio de destrucción ya que el matrimonio es la célula y el núcleo del cual se derivan los pueblos y las naciones, dándoles la solidez indispensable para cumplir sus fines.

Es así, que el matrimonio está inspirado no sólo en preceptos jurídicos, sino también morales y sociales y de orden natural.

Como se ha expuesto el acto que da origen al vínculo es un acuerdo de voluntades entre dos personas hombre y mujer, y sus efectos jurídicos deben de ser reglamentados por la ley, pues forman parte del bien común que debe tutelar el Estado.

Siguiendo un orden lógico debemos referirnos en primer lugar a su definición dentro de diversas corrientes doctrinarias, para posteriormente hacerlo respecto a su forma actual dentro de nuestro Código Civil en vigor, ya que lo consideramos importante a virtud de que el consentimiento como manifestación primaria para llevarlo a cabo, dentro de la unión legal, religiosa o de cualquier otro modo que se le quiera calificar, tiene consecuencias en los ordenes familiares y patrimoniales.

3.2. NATURALEZA JURÍDICA.

Para dar una definición del Matrimonio, desde un punto de vista doctrinario necesitamos tratar de comprender su esencia, la cual varía según la postura que se asuma.

3.2.1. EL MATRIMONIO COMO "INSTITUCIÓN".

Esta concepción tiene su origen en Francia y surge como oposición a la definición del matrimonio como contrato.

De acuerdo a la corriente francesa, el matrimonio es una verdadera institución por cuanto a que los diferentes preceptos que regulan tanto el acto de su celebración, al establecer elementos esenciales y de validez, como los que fijan los derechos y obligaciones de los consortes, persiguen la misma finalidad al crear un estado permanente de vida que será la fuente de una gran variedad de relaciones jurídicas. Desde este punto de vista se estudia el matrimonio tomando en cuenta sólo su aspecto de sistema normativo y se prescinde del acto jurídico que le da origen, así como del estado que crea entre los consortes. Solamente se atiende al aspecto normativo externo que organiza el derecho objetivo en razón de las finalidades del matrimonio. Es decir, se toma en cuenta sólo la estructura legal que en forma destacada viene a determinar el conjunto de derechos y obligaciones que caracterizan el estado matrimonial. También debe entenderse el matrimonio como una institución de acuerdo con las ideas de Hauriou. Sabido es que el citado jurista francés ha desarrollado toda una teoría sobre la personalidad jurídica fundada en la idea de institución.

En consecuencia, el matrimonio es una idea de obra que se realiza y tiene permanencia jurídica dentro de un medio social determinado y por virtud del matrimonio se organiza un poder que requiere órganos, que son los consortes o uno de ellos, según se estableció en la regulación romana del *Pater familias*. Los miembros de la institución matrimonial persiguen finalidades comunes, para cuyo efecto se establecen actividades recíprocas. Tanto la idea de obra como la organización, su finalidad y las relaciones entre los consortes, se encuentran reguladas por un procedimiento determinado.

Se suma a la corriente francesa el Maestro Chávez Asencio, que define a la Institución como un conjunto orgánico de normas jurídicas, orientadas al mismo fin, que reglamentan funciones y actividades sociales y sus relaciones jurídicas, que por su importancia, está sujeto a la tutela del Estado. Referido al matrimonio ese conjunto de leyes tiene como fin el reglamentar la comunidad conyugal.⁴⁴

Es cierto que el matrimonio posee varios elementos que lo conforman como una institución, como ser un conjunto de normas jurídicas que persiguen una finalidad y que son de

⁴⁴ Chávez Asencio, Manuel. Convenios Conyugales y Familiares. Ed. Porrúa México 1991. p. 281.

interés público, sin embargo no se define aquí totalmente su esencia, pues no describe una relación jurídica entre iguales, ya que en la Institución se marca una jerarquía entre sus miembros, cosa que nunca debe existir en un matrimonio, dado que éste debe formarse por dos seres iguales que hoy en día deben compartir autoridad y libertades iguales.

3.2.2. EL MATRIMONIO COMO "CONTRATO".

Tiene también su origen en Francia, en la Constitución Francesa de 1791, que declara al matrimonio como un contrato civil.⁴⁵

⁴⁵ RUBRO: MATRIMONIO, NULIDAD DEL. NO LE SON DEL TODO APLICABLES LAS REGLAS GENERALES DE ANULABILIDAD DE LOS CONTRATOS. ERROR EN LA IDENTIDAD DE LA PERSONA. TEXTO: Aunque el matrimonio es un contrato, regula no solamente cuestiones económicas, sino que constituye también la base de la familia y es fuente de derechos y de deberes morales. Por lo tanto, estando la sociedad interesada en la estabilidad y solidez del vínculo matrimonial, las reglas generales de anulabilidad de los contratos no son aplicables enteramente a él y solamente constituyen causas de nulidad del matrimonio aquellas que taxativamente están señaladas en el artículo 235 del Código Civil. Ahora bien, el artículo 235 dice: son causas de nulidad de un matrimonio: "I.- El error acerca de la persona con quien se contrae, cuando entendiendo un cónyuge celebrar matrimonio con persona determinada, lo contrae con otra. II.- Que el matrimonio se haya celebrado concurriendo alguno de los impedimentos enumerados en el artículo 256. III. Que se haya celebrado en contravención a lo dispuesto en los artículos 97, 98, 100 y 103". Por lo que si la demandante se refiere a la fracción I del artículo transcrito, relativa al error sobre la persona con quien se contrae el matrimonio, el problema de la interpretación de esta fracción legal surge porque a pesar de que literalmente su significado se refiere al error en la identidad física de la persona, se sustenta también la tesis de que ese

Posteriormente, en el siglo XIX, se vuelve a la vieja distinción entre los contratos relativos a cosas y los que se refieren a personas.

En líneas precedentes hemos establecido la influencia que han tenido en nuestra legislación las ideas francesas y en especial el Código de Napoleón por lo que acorde con ellas, nuestra Ley Suprema, disponía anteriormente a las diversas reformas realizadas, en su artículo 130, que el matrimonio es un contrato civil, que se celebra mediante el acuerdo de voluntades de los consortes, pero a pesar de ello, estos tienen que someterse a algunas reglas impuestas por el Estado.

error puede referirse a la identidad "civil" de la persona, o sea, sobre la filiación y su origen, como cuando una persona lleva un nombre falso; o también se sustenta que incluye el error sobre una cualidad moral substancial de la persona. Sin embargo, en nuestro derecho las causas de nulidad del matrimonio deben entenderse en la forma limitativa o restrictiva. Por eso debe interpretarse el artículo 235 del Código Civil, fracción I, como aludiendo exclusivamente al error en la identidad física de la persona, no incluyendo el error en cuanto a las cualidades morales o intelectuales de ella. Esto se deriva del texto mismo de dicha fracción legal. Aceptar el error sobre las cualidades morales o intelectuales conduciría a establecer matices muy imprecisos, que debilitarían seguramente la estabilidad del matrimonio. Por tal virtud, si la demanda de nulidad se basó en un juicio sobre las cualidades morales del cónyuge demandado, la demanda fue correctamente declarada improcedente. PRECEDENTES: Amparo directo 4816/70. Armando Pérez Mancera. 20 de septiembre de 1971. 5 votos. Ponente: Ernesto Solís López.

Al respecto el Maestro Magallón Ibarra expresa que *"la idea moderna de contrato implica una sumisión de las partes a un conjunto de reglas legales obligatorias, en las que la autonomía de la voluntad se encuentra limitada y en muchas ocasiones la declaración de voluntad es ya sólo necesaria para reconocer la sumisión de una de las partes a la situación impuesta por la ley"*.⁴⁶

En contra de la doctrina contractualista, destaca la expuesta por Julien Bonnecase, que sostiene que el matrimonio se refiere a valores familiares y conyugales y no a reglamentaciones relativas al derecho patrimonial, ya que en el derecho civil la supremacía de la voluntad es la regla y en cambio en la celebración del matrimonio existen varias restricciones, también la formalidad que se observa es distinta, pues los contratos civiles dependen de los requisitos de forma que señala el Código Civil y el matrimonio debe ceñirse a la solemnidad, sin la cual éste sería inexistente.

La denominación del matrimonio como contrato civil, no encaja perfectamente con el esquema propio que reglamenta a éste, sino que corresponde más bien, a otro tipo de acto

⁴⁶ Magallón Ibarra, Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil. Derecho de Familia. Tomo III, Porrúa, p. 24.

jurídico sobre el cual nuestra legislación no ha dado hasta hoy una definición apropiada.

3.2.3. EL MATRIMONIO COMO "ACTO JURÍDICO".

Dentro de este esquema debe considerarse lo expuesto por algunos tratadistas que atribuyen al matrimonio la calidad de "*acto jurídico*" en tanto que procede de la voluntad de los esposos, pudiendo considerarse, de naturaleza mixta ya que en él intervienen actos públicos y privados, pues concurren en él sujetos particulares (cónyuges) y públicos (Organos Estatales).

Los autores que sostienen que el matrimonio es un acto jurídico, debaten sobre si este es un acto simple bilateral o si por la intervención del Oficial del Registro Civil se convierte en un acto complejo.

De acuerdo a las ideas expuestas el matrimonio es un acto bilateral de carácter civil en el que convergen dos voluntades y con una solemnidad que consiste precisamente en

la presencia para su realización de un Oficial del Registro Civil.

Puede rescatarse de ésta concepción, la igualdad que presentan las partes ante la ley lo cual apunta a no hacer distinción alguna entre el marido y la mujer, es así que el matrimonio se celebra bajo el arbitrio de ambos contrayentes y no de sólo uno de ellos.

3.2.4. EL MATRIMONIO COMO "ESTADO JURÍDICO".

El matrimonio como Estado Jurídico, crea para sus contrayentes una relación mutua de derechos y obligaciones. Desde luego es pertinente distinguir entre los estados de hecho y los estados de derecho, los primeros no se encuentran sujetos a ningún status jurídico, los segundos si lo están, lo que produce derechos y obligaciones.

De esta tesis se desprende que el matrimonio es un estado de derecho a diferencia del concubinato, el cual es una simple situación de hecho, aún en aquellas legislaciones que le atribuyen efectos jurídicos.

3.2.5. EL MATRIMONIO COMO "ACTO DE PODER ESTATAL".

El matrimonio como "*acto de poder estatal*", se presenta en la tesis del jurista italiano Antonio Cicu, el cual niega que el matrimonio sea formalmente un contrato, pues aquel, no puede existir sin la intervención de un Oficial del Estado Civil, cuya presencia tiene un efecto constitutivo del acto.

Esta postura es muy débil, ya que no toma en cuenta la importancia de la voluntad de los consortes, pues la considera como una simple condición.

Dicha teoría sacraliza al Estado oponiéndolo a la concepción de que la voluntad y la libertad de los contratantes son los elementos básicos para contraer matrimonio.

3.2.4. EL MATRIMONIO COMO "CONTRATO DE ADHESIÓN".

El matrimonio como "*contrato de adhesión*" ha sido defendido por quienes sustentan que los consortes que contraen dicho vínculo no son libres para estipular derechos y obligaciones más allá de los que expresamente determina la ley.

Pese a lo anterior, en mi opinión, el matrimonio no pertenece a esta categoría de acto, ya que es de orden público y es por ello que el Estado determina un régimen legal del mismo con el objeto de proteger el vínculo que por consentimiento de los consortes se ha formado.

Independientemente de coincidir en que el matrimonio en cualquiera de sus definiciones es de orden público y de que el Estado determina un régimen obligatorio para el mismo, pensamos que esta tesis olvida el elemento sustancial del matrimonio que es el consentimiento y en un contrato de adhesión no puede decirse que su expresión sea libre sino que debe conformarse a principios o leyes establecidas de antemano.

3.2.5. EL MATRIMONIO COMO "ACTO ADMINISTRATIVO".

Por su parte, Zannoni señala que el matrimonio es un "*Acto Administrativo*", ya que el Oficial que interviene en dicho acto es un mero controlador de legalidad, y que la voluntad de los contrayentes es del orden administrativo, aunque puedan considerarse separadamente el consentimiento

(acto bilateral) y la intervención del funcionario público (acto administrativo).

Concluyendo de todas doctrinas expuestas, el sustentante estima que no se puede desprender que la figura del matrimonio encuadre perfectamente en alguna de ellas, pero que sin embargo en todas se encuentran elementos de este, por lo que tiene una naturaleza jurídica múltiple de carácter *sui generis*.

Conforme con la exposición anterior, debe resaltarse el hecho de que en todos los contratos civiles, existe la posibilidad plena de exigir su cumplimiento por aquella parte que hubiere sido omisa en observar las cláusulas del mismo y de suponer que el matrimonio es un contrato, este carece de fuerza coercitiva, ya que una parte no puede obligar a la otra a contraer un matrimonio, sin su voluntad o consentimiento para hacerlo.⁴⁷ No hay posibilidad de obligarse, con eficacia

⁴⁷ RUBRO. MATRIMONIO. A LA NULIDAD DEL, NO SON DEL TODO APLICABILIDAD DE LOS CONTRATOS. TEXTO: Aunque el matrimonio es un contrato, regula no solamente cuestiones económicas sino que constituye también la base de la familia y su fuente de derechos y de deberes morales. Por lo tanto, estando la sociedad interesada en la estabilidad y solidez del vínculo matrimonial, las reglas generales de anulabilidad de los contratos no son aplicables enteramente a él y solamente constituyen causas de nulidad del matrimonio aquéllas que taxativamente están señaladas en el artículo 235 del Código Civil. Ahora bien, el artículo 235 dice: Son causas de

coercitiva, a contraer un matrimonio futuro: siempre se requiere la voluntad libre de los contrayentes expresada en el acto mismo del matrimonio.

Aún en el caso de los "esponsales", y suponiendo que la promesa de matrimonio se hubiera hecho por escrito y aceptada, el incumplimiento en la promesa de matrimonio, no faculta a ninguno de los dos comprometidos a exigir del otro la celebración del acto, sino únicamente y en ciertos casos al

nulidad de un matrimonio. "El error acerca de la persona con quien se contrae, cuando entendiéndose un cónyuge celebrar matrimonio con persona determinada, lo contrae con otra; II. Que el matrimonio se haya celebrado concurriendo algunos de los impedimentos enumerados en el artículo 156; III. Que se haya celebrado en contravención a lo dispuesto en los artículos 97, 98, 100 y 103". Por lo que si la quejosa se refiere a la fracción I, del artículo transcrito, relativa al error sobre la persona con quien se contrae el matrimonio, el problema de la interpretación de esta fracción legal surge porque a pesar de que literalmente su significado se refiere al error en la identidad física de la persona, se sustenta también la tesis de que ese error puede referirse a la identidad "civil" de la persona, o sea, sobre la filiación y su origen, como cuando una persona lleva un nombre falso; o también se sustentaba que incluye el error sobre una cualidad moral substancial de la persona. Sin embargo, en nuestro derecho las causas de nulidad del matrimonio deben entenderse en la forma limitativa o restrictiva. Por eso debe interpretarse el artículo 235 del Código Civil, fracción I, como aludiendo exclusivamente al error en la entidad física de la persona, no incluyendo el error en cuanto a las cualidades morales o intelectuales de ella. Este se deriva del texto mismo de dicha fracción legal. Aceptar el error sobre las cualidades morales o intelectuales conduciría a establecer matices muy imprecisos, que debilitarían seguramente la estabilidad del matrimonio. Por tal virtud, si la demanda de nulidad se basó en un juicio sobre las cualidades morales del cónyuge demandado, la demanda fue correctamente declarada.

pago de una indemnización del que se niegue a contraer el vínculo en favor de aquel que lo hubiere aceptado.

Los apuntes anteriores estimo que establecen sin lugar a duda que no se puede asimilar el matrimonio a un contrato y que aunque participa de alguno de sus elementos, la figura más afín a la que podría asimilarse es, a la de institución.

Pero es indudable que en cualquiera de estos conceptos la importancia que se da al consentimiento lo presenta como el elemento indispensable para el matrimonio.

3.3. EL CONSENTIMIENTO COMO ELEMENTO DE EXISTENCIA.

A fin de continuar con nuestra exposición debemos ahora referirnos al concepto sobre el matrimonio en el Código Civil en vigor a partir del día 1° de octubre de 1932, aplicable en esa época en materia común para el Distrito Federal y Territorios Federales y actualmente solamente en vigor para el Distrito Federal y en materia Federal para toda la República y por consiguiente establecer los elementos de existencia y validez del matrimonio de acuerdo a este Código.

Este código, en su parte relativa no da una definición del matrimonio y deja al arbitrio del lego o del jurista el establecer su concepto.

En el Capítulo Segundo del Título Quinto, se establecen los requisitos para contraer matrimonio, así como los impedimentos. Consideramos como grave falta de técnica jurídica no establecer en primer término en el artículo 156, como impedimento para contraer matrimonio la falta de consentimiento de los contrayentes y esta circunstancia nos lleva precisamente a los requisitos de existencia y validez del matrimonio.

Para determinar los elementos esenciales del matrimonio, gran parte de la doctrina induce a extender al matrimonio la teoría del negocio jurídico, por la convicción de que los principios de derecho privado que se encuentran establecidos acerca de la voluntad son de aplicación general al matrimonio, entendiéndose como cualidad intrínseca e indispensable para el matrimonio el consentimiento, como requisito de existencia del contrato, de acuerdo a lo establecido en los artículos 1794 y 2224 del Código Civil. Por lo que como todo contrato, el matrimonio se compone de elementos de existencia, es decir aquéllos que dan nacimiento

al contrato jurídico del matrimonio, y sin los cuales no podría existir ni darse este último. Por otra parte, se compone de elementos de validez, los cuales son necesarios para la existencia del negocio jurídico, y cuya inobservancia de estos acarrea la nulidad absoluta o relativa según lo estipule la ley.⁴⁸

El Código Civil para el Distrito Federal, señala como elemento esencial para la existencia del contrato de matrimonio el consentimiento. Entendiendo este, como el acuerdo de voluntades de los contrayentes para celebrarlo, siendo esta manifestación de voluntad un elemento sin el cual no podrá existir y que deberá expresarse ante el C. Juez del Registro Civil, según se desprende del artículo 102 de este Ordenamiento Legal. Pensamos que esta formalidad se refiere precisamente a que se ha cuidado escrupulosamente que la manifestación de voluntad sea libre y espontánea.

Aunque en el curso de este trabajo se han presentado diversas posturas sobre el concepto del matrimonio, el sustentante sin adherirse a ninguna de ellas, estima que para los efectos de este estudio debemos considerarlo como un contrato de acuerdo a nuestros textos legales.

⁴⁸ Rojina Villegas, Rafael. Op. Cit. P.291.

Siguiendo esta temática debemos remitirnos al texto del artículo 1794 del Código Civil, que establece que para la existencia del Contrato se requiere el consentimiento y el objeto que pueda ser materia del contrato.

En páginas anteriores ya hemos expuesto, que el consentimiento es indispensable en el matrimonio para que este vínculo nazca a la vida jurídica.

Ahora bien, en el caso del matrimonio en virtud de ser un contrato formal y solemne, el consentimiento deberá manifestarse en forma expresa y así lo obligan los artículos 146 que dice que este debe celebrarse ante los funcionarios que establece la ley y con las formalidades que ella exige y a su vez, el artículo 102 del Ordenamiento Legal a que nos hemos venido refiriendo, entre las formalidades requeridas para el acto mismo de la celebración del matrimonio se encuentra la de que el Juez del Registro Civil preguntará a cada uno de los pretendientes si es su voluntad unirse en matrimonio y si están conformes los declarará unidos en nombre de la ley y de la sociedad.

No es el caso de que tenga aplicación el artículo 1803 del Código Civil para el Distrito Federal, en el que se expone que

el consentimiento puede ser expreso o tácito, ya que la manifestación de voluntad no puede resultar de actos o signos inequívocos sino de su expresa exposición libre y espontánea.

Sobre el particular debe tenerse en consideración lo presupuestado en el artículo 1833 que dice que cuando la ley exija determinada forma para un contrato mientras este no revista esa forma no será válido, por lo que debemos concluir que el contrato del matrimonio deberá revestir las formas y solemnidades obligatorias a que se refiere el Capítulo Séptimo del Título Cuarto y Capítulo Primero del Título Séptimo del Código Civil para el Distrito Federal.

Por lo tanto, aunque cualquiera de los dos o los dos presuntos contrayentes, hayan manifestado su voluntad o consentimiento en celebrar el matrimonio, con hechos o signos inequívocos o expresiones de carácter verbal, estas no constituirán una expresión de voluntad suficiente para establecer el vínculo, y que pueda establecer un derecho de una parte sobre la otra para exigirle la celebración del matrimonio dentro de las formalidades requeridas por la ley, ya que teniendo en consideración que por su naturaleza especial el matrimonio es un contrato con características distintas a los demás contratos civiles, no puede pensarse que

con apoyo en estas situaciones de hecho o de carácter verbal, pudiera siquiera originarse un derecho recíproco o singular para la celebración del matrimonio entre los pretendientes.

Así también, se marca entre el matrimonio considerado como contrato y otros de su misma clase una diferencia radical ya que en los contratos civiles, precisamente con base a situaciones de hecho o de expresiones verbales una parte puede exigirle a la otra la celebración del contrato respectivo, dado los antecedentes y tratos de las partes sobre el negocio jurídico en cuestión como ya se ha dicho anteriormente.

El consentimiento no surge espontáneamente, sino que es precedido de una serie de tratos o conversaciones las cuales propician un acercamiento de los novios encaminándolos poco a poco a conocerse con el fin de posiblemente convertirse en los futuros contrayentes.

De aceptar que el consentimiento en el matrimonio puede manifestarse en forma tácita, estaríamos estableciendo el derecho de uno de los concubinos para reclamarle al otro la celebración de un matrimonio, derecho que no existe en nuestra legislación ni en ninguna otra de comparación.

En consecuencia, solamente con la expresión del consentimiento en forma solemne ante un oficial del Registro Civil puede concluirse que el contrato de matrimonio tiene existencia.

Por lo anterior, el matrimonio requiere una expresión de voluntad expresa.

Cabe señalar, que aún en el caso de que los padres o tutores de los menores de edad, deban otorgar autorización para que el matrimonio sea legal sin embargo, la voluntad en la celebración de este acto, proviene en forma irrefutable de los futuros contrayentes, que aún en abierta violación a los preceptos legales que les prohíben contraerlo sin la concesión del consentimiento por quien debe de hacerlo,⁴⁹ deciden

⁴⁹ RUBRO: MATRIMONIO DE MENORES. NULIDAD DEL. (LEGISLACION DEL ESTADO DE GUERRERO). TEXTO: Para que se integre debidamente la relación jurídico procesal, en los juicios sobre nulidad de matrimonio entre menores, nuestro más Alto Tribunal en el país, en la tesis de Jurisprudencia con el rubro "REGISTRO CIVIL. NULIDAD DE LAS CONSTANCIAS ASENTADAS EN LOS LIBROS DEL. LITIS CONSORCIO NECESARIO PASIVO", ha sostenido que la nulidad de las constancias del Registro Civil, debe enderezarse en contra de quienes aparezcan relacionados fundamentalmente con el atestado de que se trate; por lo que, si la parte actora, ostentándose representante de su menor hijo, demanda a la cónyuge de éste, quien al igual que su descendiente es menor de edad y al Oficial del Registro Civil en donde éstos contrajeron matrimonio, es indiscutible que aquella relación no se integró debidamente, al no estar representado legalmente el menor contrayente, por medio de un tutor dativo para asuntos judiciales, y porque además, no se le llamó a juicio como reo, sin que pueda

primariamente en establecer este vínculo y que el hecho de contraer matrimonio sin tener las edades requeridas por la ley para ello, no produce la nulidad del matrimonio y por el contrario la emancipación de hecho y de derecho de los menores que contraen matrimonio de acuerdo al artículo 641, con las consecuencias que se derivan respecto de la situación patrimonial de los contrayentes.

Siguiendo sobre el tema del consentimiento para la existencia del contrato de matrimonio, debemos referirnos a los casos en que por disposición legal existe suplencia de este consentimiento por los padres, abuelos, tutores, jueces familiares, o Jefe del Departamento del Distrito Federal, en los casos de menores de edad. Empleamos la palabra suplencia como acertadamente se usa en el artículo 150 del Código Civil, ya que no existe por parte de los padres, abuelos, tutores, jueces familiares, o Jefe del Departamento del Distrito

considerarse jurídico que en ejercicio de la patria potestad, sea la madre quien comparezca a juicio a litigar en nombre de su menor hijo casado, pues la patria potestad se acaba con la emancipación derivada del matrimonio, tan es así que el artículo 641 del Código Civil del Estado recientemente abrogado (36 del Código sustantivo civil en vigor), determinaba que aun cuando el matrimonio se disuelva, el cónyuge emancipado que sea menor de edad no recaerá bajo la patria potestad de sus padres. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGESIMO PRIMER CIRCUITO. PRECEDENTES: Amparo directo 238/93. Antonia Medel Herrera. 5 de noviembre de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: René Silva de los Santos. Secretario: Isael Bello Cuevas.

Federal una emisión de voluntad o consentimiento sino simplemente, una dispensa del impedimento legal para contraer matrimonio antes de los 18 años, estas personas o autoridades dispensan con un consentimiento, el impedimento de minoría de edad y no puede decirse que exista por parte de los padres o abuelos maternos o paternos propiamente un consentimiento como se establece en el artículo 149 del citado Código.

Muy diferente es la suplicia del consentimiento en los casos de repudio de la herencia, de aceptación de ella, y de adquisición por prescripción positiva por parte de los menores.

Otro aspecto con relación a los menores que pretenden contraer matrimonio y del que podemos aseverar con énfasis lo expuesto en el párrafo anterior respecto al consentimiento se deriva de que el tutor no representa al menor en su matrimonio, solamente lo autoriza a celebrarlo. De acuerdo al artículo 98 del Código Civil, la solicitud de matrimonio deben presentarla los prometidos al Juez del Registro Civil acompañada de la autorización y estos menores y solamente ellos, expresan su voluntad o consentimiento de unirse en matrimonio ante esta Autoridad.

Como derivado del contrato de matrimonio y en íntima relación con este existe otra dispensa del impedimento que es de trascendental importancia en las relaciones entre los cónyuges. Aunque no puede decir que constituya precisamente una suplencia del consentimiento, sí puede afirmarse que en alguna forma existe por parte de la autoridad judicial una convalidación del mismo matrimonio aunque éste revista la forma de una autorización. Nos estamos refiriendo al caso en que los cónyuges deseen contratar entre ellos, misma manifestación de voluntad recíproca que requiere según el artículo 174 del Código Civil, la autorización judicial.

El segundo supuesto necesario para la existencia del contrato según el artículo 1794 es el objeto, considerando este como lícito y en el matrimonio es el objeto que debe de ser lícito y en el matrimonio lo es la cohabitación, la ayuda mutua y la perpetuación de la especie.

Siendo los fines del matrimonio lícitos sin lugar a duda y del conocimiento universal es innecesario hacer una mayor exposición del objeto.

CAPÍTULO IV. EL CONSENTIMIENTO EN EL MATRIMONIO CIVIL.

4.1. INEXISTENCIA Y NULIDAD EN EL MATRIMONIO CIVIL.

La libertad es indispensable para que con un recto criterio pueda hacerse una expresión de voluntad de acuerdo a los sentimientos y convivencias de los contrayentes.

Existen diversas cualidades necesarias que debe tener el consentimiento como son capacidad, bilateralidad y voluntad contractual, es decir, entendiendo por voluntad contractual, el consentimiento puro, simple y expreso para el establecimiento del vínculo conyugal.

Ahora bien, debemos distinguir entre aquellas situaciones que originan la inexistencia del contrato y aquellos en que este tiene una existencia precaria en relación con el consentimiento.

Ello nos lleva de nuevo a mencionar el artículo 1794 del Código Civil, que requiere para la existencia del contrato el consentimiento y a concluir de conformidad con este precepto y

la recta razón que sin el consentimiento no hay matrimonio, estamos hablando de la nada jurídica.

Por otra parte, aun en el caso de que esta voluntad tuviera las cualidades de libertad, capacidad y bilateralidad, si su expresión no es asentada en un Acta de Registro Civil debidamente firmada y confirmada por el Juez del Registro Civil mediante su declaración de unirlos en matrimonio estamos también en presencia de la inexistencia del matrimonio, por tratarse de un acto solemne en el que la forma legal no es *ad probationem*, sino que se requiere *ad validetatem*.

Pero puede suceder que aunque haya una aparente expresión de voluntad esta sea imperfecta en su manifestación, en virtud de que sobre ella influyen los vicios del consentimiento, que a continuación señalaremos.

4.2. VICIOS DEL CONSENTIMIENTO.

El consentimiento para ser libre, debe encontrarse exento de cualquier vicio para que no produzca la nulidad absoluta o relativa del matrimonio, según sea el caso y para

los efectos del presente trabajo, sólo analizaremos los diferentes tipos de error, el dolo o mala fe, y por último la coacción moral.

4.2.1. ERROR.

El error es la falta de conocimiento de la realidad o un defectuoso conocimiento de esta, y que interviene en la formación de la voluntad, en un sentido diferente al que se hubiera formado, sin la existencia de esa circunstancia.⁵⁰ Existen diferentes tipos de error de que puede ser susceptible el consentimiento en el matrimonio, que a continuación señalaremos.

4.2.2. ERROR DE DERECHO.

Este tipo de error hace referencia a un falso conocimiento o ignorancia de la norma, tal es el caso del cónyuge que pretende invocar que desconocía o de hecho ignora la legislación que rige su matrimonio. Claro esta que este tipo de error no acarrea ningún tipo de invalidez o

⁵⁰ Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil. Primer Curso. Parte General. Personas, Familia. México 1985, pag. 229.

nulidad en virtud de no tener relevancia porque no atenta contra cualquier principio, elemento o fin del matrimonio y por otra parte la demostración del mismo es completamente ilusoria.⁵¹

Ahora bien, sobre el particular habría que relacionarse a lo dispuesto por el artículo 21 del Código Civil, que establece que la ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento y en el presente caso dado que el artículo 102 entre las formalidades rituales del matrimonio se encuentra la expresión de voluntad ante el Oficial del Registro Civil en forma libre y espontánea, habría que concluir que el error de derecho es totalmente intranscendente en la formación de la voluntad para establecer el vínculo ya que esta expresión depende en forma absolutamente primaria de los sentimientos de los pretendientes; y durante su presencia ante el oficial del Registro Civil son informados así sólo sea superficialmente, de los derechos y obligaciones recíprocas.

⁵¹ Pacheco Escobedo, Alberto. p.106.

4.2.3. ERROR DE HECHO.

Puede presentarse este tipo de error en el supuesto de que alguno de los pretendientes desconociera los principios básicos del matrimonio como los son, la cohabitación y sus consecuencias sexuales, la procreación y la ayuda mutua.

Este tipo de error en la práctica es muy difícil de encontrarlo, ya que el desconocimiento de los deberes señalados haría pensar que su ignorancia provendría de idiotez o imbecilidad, independientemente del comentario del inciso anterior referente a la información de que son objeto durante su presencia ante el Juez del Registro Civil.

4.2.4. ERROR SOBRE LA PERSONA.

El error sobre la persona origina la nulidad del matrimonio y recae precisamente sobre la identidad de la persona con quién se contrae, es decir, efectuar el matrimonio con persona distinta de aquella con quién se desea hacerlo. Es comprensible que el error sobre la persona traiga consigo la nulidad del matrimonio, siendo esta nulidad convalidable con la sola expresión del que se encuentra en el error sobre la identidad de la persona con quién se pretende contraer

nupcias, siempre y cuando la otra parte, no hubiera revocado expresamente su voluntad de continuar con el matrimonio.

Este tipo de error,⁵² pensamos que únicamente puede darse en el caso de que los interesados no pudieran concurrir

⁵² RUBRO: MATRIMONIO, ERROR EN LA PERSONA COMO CAUSA DE NULIDAD DE. TEXTO: El artículo 221, fracción I, del Código Civil del Estado de México, cuyo texto es idéntico al 235, fracción I, del Código Civil para el Distrito Federal, preve como causa de nulidad del matrimonio el error en la persona. Esta causa de nulidad tiene como antecedente remoto el artículo 180, segundo párrafo, del Código Civil Francés, que originalmente decía: "180. Cuando haya habido error en la persona, el matrimonio no puede ser impugnado más que por aquel de los dos esposos que haya sido inducido a "error". Como este último precepto no precisaba en qué consistía el "error en la persona", la doctrina francesa dio tres distintas explicaciones: a) "error sobre la identidad física", que supone una sustitución de personas y que se ilustra en el ejemplo dado por Pothier en los siguientes términos: "...proponiéndome casar con María y creyendo contratar con María y casarme con María, prometo fe de matrimonio a Juana, que se hace pasar por María..."; b) "error en la identidad civil", llamado también "error sobre la familia", error que no recae sobre la persona física, sino sobre su identidad jurídica o identidad civil, es decir, uno de los esposos sí ha querido contraer matrimonio con su cónyuge, pero su consentimiento obedeció a que le creía otra identidad, y c) "error sobre una cualidad sustancial" de la persona, que implica que uno de los esposos se había engañado sobre una cualidad importante de su cónyuge (nacionalidad, religión, etcétera), de tal manera que de no ser ese error no hubiera consentido el matrimonio. Hasta la ley 75-617, de once de julio de mil novecientos setenta y cinco, el artículo 180, segundo párrafo, del Código Civil Francés fue reformado y a las palabras error en la persona fueron agregadas "...o sobre sus cualidades esenciales...". La dificultad que existió en el derecho francés hasta antes de la reforma mencionada no se produjo en el nuestro, porque el artículo 235, fracción I, del Código Civil para el Distrito Federal (221, fracción I, del Código Civil del Estado de México), al igual que el artículo 286 del Código Civil de mil novecientos setenta, reproducido en el 263 del código de mil ochocientos ochenta y cuatro y en el 114 de la Ley de Relaciones Familiares, al hacer referencia al error en la persona, adoptó la primera de las explicaciones dadas por la doctrina francesa, es decir, identificó el error en la persona como el error sobre la "identidad física", al aclarar de manera expresa,

personalmente a la celebración y que hubieren designado mandatario especial para este acto, pues el error del mandatario podría tener justificación y no así el de cualquiera de los contrayentes, pues el deseo voluntad y consentimiento precisamente dependen del conocimiento que tienen respectivamente los pretendientes de cada uno de ellos. El artículo 236 prevé la posibilidad de invocar el error, aunque se extingue este derecho, si el cónyuge que se encuentra frustrado, no hace valer inmediatamente esta acción, por lo que se deberá tomar las medidas conducentes para ejercer la acción de nulidad tan pronto como se haya conocido el error.

4.3.5. ERROR EN LAS CUALIDADES DE LA PERSONA.

Si bien el error en relación a la identidad de la persona con la cual se contrae matrimonio de ninguna manera puede dar nacimiento al mismo, no le es así aplicable en relación al

que el error acerca de la persona acontece "...cuando entendiendo un cónyuge celebrar matrimonio con persona determinada, lo contrae con otra". En esta virtud de la única causa de nulidad del matrimonio sustentada en el error que reconoce la ley es la que se refiere al error sobre la persona, entendiéndose exclusivamente como tal, el que versa sobre la identidad física; de ahí que la acción de nulidad del matrimonio, aunque se diga sustentada en el error en la persona, si se refiere en realidad a la identidad civil de uno de los cónyuges o a una cualidad o atributo de la persona, debe ser desestimada. CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. PRECEDENTES: Amparo directo 1214/88. Eliana Cazanave Tapié Isoard. 18 de agosto de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Mauro Miguel Reyes Zapata. Secretaria: Marcela Hernández Ruz.

error en las cualidades de la persona, ya que el matrimonio como institución debidamente estructurada, no puede verse afectado por la simple voluntad de las partes, es decir, no se puede cambiar su naturaleza, por ende, tampoco puede sujetarse a ninguna condición el consentimiento para llevar a cabo el mismo, ya que no hay que olvidar que el objeto del consentimiento matrimonial son las personas de los contrayentes, no sus cualidades. Como acertadamente señala el Dr. Alberto Pacheco, el negocio matrimonial sigue la regla general de los negocios jurídicos, pues es sabido que las "*razones individuales*" que tuvieron las partes para celebrar el acto, son irrelevantes en relación con la validez del mismo. Por lo que todo error es un acto de inteligencia, "*no priva por completo de objeto sustancial al consentimiento o acto de voluntad*".⁵³

Luego entonces, al contraer matrimonio dos personas por el simple consentimiento de ambos, produce efectos jurídicos, y resultaría imposible pretender la invalidación del consentimiento matrimonial en virtud de que no se encontraron determinadas cualidades accidentales en la persona con la que se contrajo matrimonio, no obstante que las mismas hayan manifestado expresamente reunir tales o cuales cualidades, con el fin de contraer matrimonio, ya que si bien

⁵³ Viladrich, Pedro Juan. Comentarios. EUNSA. Pamplona. Pág. 665. C. 1095

estas manifestaciones se establecieran al llevar a cabo tal acto, se tendrían por no puestas, aplicando lo establecido por artículo 182 del Código Civil, argumento que ha sostenido la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuando establece que el simple error en las cualidades de la persona no invalida el matrimonio.

4.2.6. ERROR OBSTATIVO.

El error obstáculo es aquel en el que ciertamente no hay vicio del consentimiento, sino que la voluntad de uno de los contrayentes es diferente a la voluntad del otro en realidad es una ausencia de consentimiento.

Este tipo de error difícilmente se da en la práctica, pues dentro de las reglas primarias del sentido común, no se concibe una libre y espontánea expresión del consentimiento por ambas partes ante el Juez del Registro Civil, cuando la voluntad de uno de ellos difiere de la del otro en el establecimiento de relaciones que son trascendentales.

4.2.7. DOLO Y MALA FE.

El artículo 1815 del Código Civil para el Distrito Federal señala que debemos entender por dolo en los contratos cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a error, o mantener en él a alguno de los contratantes, una vez conocido.

El dolo o mala fe puede incidir sobre el desconocimiento de alguno de los impedimentos para celebrar el matrimonio como son la falta de edad requerida por la ley; la falta del consentimiento del que o los que ejerzan la patria potestad o de quién deban sufrirlo; el parentesco dentro de los grados que inhabilitan, el adulterio, el atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio con el que queda libre; la fuerza o miedos graves; el rapto dentro de las circunstancias que establece la ley; la impotencia incurable para la copula y las enfermedades crónicas o incurables; la incapacidad y por último el error en la persona, al que nos hemos referido en el apartado correspondiente.⁵⁴

⁵⁴ Cabe indicar, que si ambos contratantes proceden con dolo o mala fe, ninguno de ellos podrá alegar la nulidad (relativa) del contrato de matrimonio o en su caso reclamar una indemnización, por dicho proceder.

Es de advertirse con toda claridad que la falta de cumplimiento o violación de aquellas disposiciones legales que establecen la estructura del matrimonio, algunas de ellas pueden convalidarse pero la que origina no una nulidad absoluta o relativa sino su inexistencia del matrimonio es la ausencia del consentimiento.⁵⁵

55- RUBRO: MATRIMONIO, NULIDAD DEL, POR FALTA DE CONSENTIMIENTO PARA CELEBRARLO. LEGITIMACIÓN.

TEXTO: El artículo 235 del Código Civil para el Distrito Federal, previene que son causa de nulidad de un matrimonio: "...II. Que el matrimonio se haya celebrado concurriendo alguno de los impedimentos numerados en el artículo 156" y "III. Que se haya celebrado en contravención a lo dispuesto en los artículos 97, 98, 100, 102, 103". Del contenido de las fracciones transcritas del referido artículo 235, se desprende que mientras la fracción II establece la nulidad del matrimonio por haberse celebrado con la concurrencia de algunos de los impedimentos señalados en el artículo 156 del propio Código Civil, artículo este último que precepta como impedimento, entre otros, "La falta de consentimiento del que, o los que, ejerzan la patria potestad, el tutor o el juez en sus respectivos casos", la fracción III establece la nulidad del matrimonio, si este no se celebró con las formalidades que se señalan en los artículos 97, 98, 100, 102 y 103 del propio Código. El artículo 238 del mismo Código Civil previene que: "La nulidad por falta de consentimiento de los ascendientes sólo podría alegarse por aquéllos a quienes tocaba prestar dicho consentimiento, y dentro de los treinta días contados desde que tengan conocimiento del matrimonio". En los términos del artículo anterior, el ejercicio de la acción de nulidad de matrimonio corresponde exclusivamente a la persona o personas a quienes tocaba prestar el consentimiento para celebrarlo, por lo que si la acción la ejercitó uno de los cónyuges, ésta resulta improcedente por falta de legitimación en la causa. **PRECEDENTES:** Amparo directo 565/78. Patricia Guadalupe Romero Rodríguez. 29 de noviembre de 1979. 5 votos. Ponente: Gloria León Orantes.

4.2.8. VIOLENCIA O COACCIÓN MORAL.

En el inciso anterior nos hemos referido a la violencia y al miedo grave como uno de los impedimentos para contraer matrimonio. Debemos expresar que el concepto violencia se entiende como la realización de actos encaminados a obtener de otro, determinado tipo de conducta que sea contra la voluntad de este último. Cabe señalar que el temor provocado sobre el ánimo de la persona que esta siendo violentada, por medio de las amenazas graves y serias debe de ser suficiente para perturbar u obligar a observar una conducta distinta de la que se desea por parte de la persona que esta siendo víctima de estos hechos y así obligarlo a celebrar un matrimonio en contra de su voluntad.

En consecuencia volvemos a considerar el tema central de esta tesis que es precisamente el consentimiento y el que como se ha dicho en páginas anteriores constituye el requisito indispensable e insustituible de una expresión de voluntad, libre de errores en cualquiera de sus consideraciones, emanada de un ego que tenga un conocimiento claro y una situación volitiva transparente que se manifiesta en la espontaneidad en la expresión de voluntad.

No es el caso de referirnos en términos generales a la inexistencia, nulidad absoluta o relativa, en razón de que sólo debemos referirnos a estas figuras jurídicas en relación al consentimiento.⁵⁶

Hemos hecho una relación de las circunstancias que pueden influir en la expresión del consentimiento impidiendo su manifestación en términos de conocimiento y libertad.

Podemos afirmar que estos defectos o vicios en el consentimiento en mayor o menor grado son materia de convalidación y concluir que la falta del consentimiento en términos de solemnidad, hacen ineficaz el matrimonio produciendo su inexistencia.

⁵⁶ RUBRO: MATRIMONIO, NULIDAD DE. LAS CAUSALES SON DE ESTRICTO DERECHO. TEXTO: Tratándose de nulidad de matrimonio, las causales señaladas por la ley son de estricto derecho y la relación de ellas formulada por el legislador no es simplemente enunciativa, sino limitativa, de tal manera que solamente puede declararse la nulidad de un matrimonio por uno de los motivos expresamente previstos por el ordenamiento jurídico, sin que puedan presumirse ni aplicarse por analogía. Por tanto, no podría considerarse excepcionalmente como causal de nulidad de un matrimonio el incumplimiento a un precepto legal, en el que no se estableciera, en forma destacada, tal consecuencia jurídica, pues si las causas de nulidad sólo pueden aplicarse a los casos de excepción expresamente establecidos por el legislador, resultaría aberrante sacar una excepción de otra excepción. PRECEDENTES: Amparo directo 5159/83. Armando Magaña Hernández. 17 de marzo de 1984. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón.

4.3. DE LAS FORMALIDADES Y DE LA SOLEMNIDAD EN EL MATRIMONIO EN RELACIÓN CON EL CONSENTIMIENTO.

Las solemnidades son esenciales para la existencia del matrimonio, en tanto que las formalidades solo se requieren para su validez. Es decir, si faltan las solemnidades el matrimonio será inexistente; en cambio, si no se observan las formalidades exigidas por la ley, el matrimonio será existente pero con graves defectos que pueden perjudicar su futuro.⁵⁷

Siendo el consentimiento el elemento esencial para la existencia del contrato de matrimonio, el Código Civil en sus

⁵⁷ RUBRO: MATRIMONIO, NULIDAD DEL, CUANDO EL ACTA RELATIVA NO CONTIENE TODOS LOS REQUISITOS SUBSTANCIALES QUE DEBE CONTENER. (LEGISLACION DEL ESTADO DE PUEBLA). TEXTO: Si el matrimonio fue celebrado con deficiencias formales respecto a requisitos fundamentales para su validez, según lo establecen los artículos 48 y 52 del Código Civil para el Estado de Puebla, al decir que en las actas del Registro Civil deben constar los nombres y demás generales de los contrayentes, así como la firma de todos los que intervengan en el acto; y como de acuerdo con el artículo 61 "Los vicios o defectos que haya en las actas, sujetan al juez del Registro a las penas establecidas, pero cuando no son substanciales no producen la nulidad del acto, a menos de que judicialmente se pruebe la falsedad de éste", debe decirse que de acuerdo con el precepto anteriormente aludido, e interpretado a contrario sensu, cuando existen defectos substanciales en las actas, entonces el matrimonio será nulo. Y si existe el grave defecto de que el acta no fue firmada por uno de los contrayentes al momento de celebrarse el matrimonio, por lo cual la expresión de voluntad no fue emitida en la forma y términos que establece la ley en el mencionado artículo 52 del Código Civil, por consiguiente el matrimonio es nulo. PRECEDENTES: Amparo directo 3827/73. Francisco Damián Romero. 21 de julio de 1975. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Enrique Martínez Ulloa. Secretario: Miguel Peralta Valdés.*

artículos 97 a 101 del Capítulo Séptimo, en tutela precisamente del matrimonio y de una expresión de voluntad libre y espontánea señala prolijamente los requisitos que deberán cumplir los contrayentes para poder celebrar el matrimonio como son actas de nacimiento de los pretendientes, constancia de que prestan su consentimiento las personas idóneas para hacerlo, declaración de testigos que conozcan a los pretendientes, certificado médico y convenio de orden patrimonial, estando dentro de la satisfacción de estos requisitos como principales, los documentos que deberán exhibir, en cumplimiento de las formalidades, y también establecen los mencionados preceptos la solemnidad de que deberá ser revestido el matrimonio.

Así, por tanto, las personas que pretenden contraer matrimonio presentarán un escrito al Juez del Registro Civil que exprese nombres, apellidos, ocupación y domicilio debidamente firmado, escrito o solicitud que contiene, se puede estimar, previamente la voluntad de los pretendientes en contraer matrimonio.

Advertimos desde luego que en los propósitos del legislador al instituir las citadas reglas de formalidad y de solemnidad, se encuentra el ánimo de proteger especialmente

el consentimiento, ya que exige como requisito previo a la celebración del matrimonio la solicitud suscrita por los pretendientes.

No es el caso de referirnos a los documentos que deberán acompañar a la solicitud pues los mismos acreditan únicamente su aptitud para la celebración del acto.

A mayor abundamiento, en el artículo 100 del Código Civil para el Distrito Federal, se establece a cargo del juez del registro Civil, la obligación de que los pretendientes reconozcan ante él, las firmas que calzan la solicitud. Todos estos requisitos no sólo están destinados a cubrir las formalidades del matrimonio sino también a la protección en la expresión libre del consentimiento.

En su artículo 102 del Código civil para el Distrito Federal, se pone aún un mayor énfasis en la tutela del consentimiento a través de la solemnidad que se confiere al acto.

En efecto igualmente a cargo del juez del registro Civil, se impone el deber de preguntar a cada uno de los futuros consortes si es su voluntad unirse en matrimonio.

Pretendemos haber hecho, un estudio del elemento esencial del matrimonio que es el consentimiento, habiéndonos referido a su concepción, desenvolvimiento, y desarrollo en las civilizaciones primitivas, así como en aquellas culturas mas representativas de la humanidad y en las que nos son mas afines, de su transformación y emisión en las legislaciones que influyen en nuestro Derecho, para finalmente referirnos al consentimiento de acuerdo a su consideración en nuestro actual Código Civil y en el que su figura queda establecida en forma prístina e insustituible en el matrimonio.

Como culminación de este proceso histórico y concordante con nuestros textos constitucionales y legislativos el C. Lic. Alfonso de Rosenzweig Díaz, Subsecretario de Relaciones Exteriores, certificó con fecha 23 de marzo de 1983, el Instrumento de adhesión de México, a la Convención sobre el Consentimiento para el matrimonio, en el cual se señala la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios suscrita en New York con fecha 10 de diciembre de 1962, Convención que en su parte relativa establece "Artículo 1. 1) No podrá contraerse legalmente matrimonio sin el pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes, expresado por éstos en persona, después de la debida publicidad, ante la autoridad competente para formalizar el matrimonio y testigos, de acuerdo con la ley.

4.4. DE LAS MODALIDADES EN EL CONSENTIMIENTO.

Ahora bien, en los capítulos precedentes nos hemos referido al consentimiento especificando las cualidades que debe reunir para ser aceptable dentro de los presupuestos de libertad al emitirlo, de su formación, de los requisitos de solemnidad, de su suplencia, de las situaciones de hecho y de derecho que lo dañan, produciendo su inexistencia o invalidez, pero también es indispensable establecer que el consentimiento independientemente de ser libre y espontáneo puede estar sujeto a modalidades por parte de los contrayentes.

El tratadista de Derecho Familiar, Maestro Chávez Asencio, al referirse al consentimiento establece en forma tajante que este no puede ser objeto de modalidades, manifestando que en la Ley existe la prohibición de hacerlas, pero esta prohibición pensamos que solamente debe relacionarse a lo establecido en el artículo 147 del Código Civil para el Distrito Federal, que previene que cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben prestar los cónyuges se tendrá por no puesta.

La prohibición a que se refiere el párrafo anterior, la encontramos perfectamente justa puesto que imponer

condiciones que contraríen los fines del matrimonio atenta contra la naturaleza de este.

Sin embargo, discrepamos del tratadista, en su aspecto de modalidad por lo que respecta a los efectos patrimoniales, y es la de que el matrimonio puede celebrarse bajo el régimen de sociedad conyugal o separación de bienes. Es innegable que esta situación es congruente con una modalidad en el matrimonio. Aunque no se trata exactamente de una condición, si es una alternativa en que los contrayentes deben escoger libremente.

En efecto, el artículo 184 del Código Civil, establece en forma imperativa que la sociedad conyugal nace en el momento de celebrarse en matrimonio, pero puede suceder que los futuros consortes no deseen que la sociedad conyugal determine su situación patrimonial, no sólo respecto de los bienes de que sean dueños al formarlo sino también de los bienes futuros que adquieran.

Estamos precisamente en frente de las situaciones de orden patrimonial que afectan la emisión de voluntad en un sentido o en otro, los futuros cónyuges al declarar su voluntad

pueden acogerse al régimen de sociedad conyugal o a la separación de bienes, expresando su deseo sobre el particular.

La facultad de decidir sobre este aspecto patrimonial de los futuros cónyuges aparece en los códigos civiles de 1870 y 1884, en los cuales se tenía la facultad de escoger el régimen de sociedad conyugal o de separación de bienes, y por primera vez, en nuestra legislación, en la Ley de Relaciones Familiares de 1917, que en su artículo 270, establece que el hombre y la mujer al celebrar el contrato de matrimonio conservarán la propiedad y administración de los bienes que respectivamente les pertenecen, señalando luego entonces, que no se podía pactar régimen diverso al de separación de bienes.

Es innegable que se presenta una modalidad en la voluntad, puesto que esta modalidad, puede ser condicionante de la emisión de voluntad para contraerlo, ya que los pretendidos, antes de celebrar el matrimonio pueden convenir ciertas salvedades en el orden patrimonial y ellas pueden ser determinantes para la asunción del vínculo.

Acorde con esta Ley, el artículo 178 de nuestro actual Código Civil, establece que el matrimonio debe celebrarse bajo el Régimen de Sociedad Conyugal o bajo Separación de Bienes.

Este artículo establece el libre albedrío de los pretendientes para decidir sobre una cuestión de trascendental importancia, ya que se permite que la voluntad en este aspecto se presente como una condición de uno o de los dos cónyuges para establecer el vínculo, siendo ello una modalidad en la formulación del consentimiento.

Tan es cierto lo anterior, que los futuros esposos previamente a la celebración del matrimonio, artículo 180 del Código Civil para el Distrito Federal, pueden otorgarse capitulaciones matrimoniales y pueden comprender no solamente los bienes de que son dueños los esposos en el momento de hacer el pacto, sino también aquellos que adquieran después, o bien de conformidad con el artículo 207 del mismo Código, pactar la separación de bienes en virtud de capitulaciones anteriores al matrimonio.

Concluimos por tanto, que sobre este particular, si existe una modalidad en el consentimiento para el matrimonio.

V. CONCLUSIONES.

PRIMERO. Dentro de las civilizaciones primitivas no se percibe con claridad si existía el consentimiento como elemento necesario para contraer matrimonio o en su caso, para establecer una relación permanente o no entre hombre y mujer.

SEGUNDO. El consentimiento para establecer el vínculo aparece claramente por primera vez en las culturas judía y griega, y en el Derecho Romano, a través del *ius* donde se encuentra su estructuración existiendo desde esta época el Matrimonio Consensual.

TERCERO. En el Derecho Canónico y en Derecho Hispánico y especialmente en las Siete Partidas se presenta el consentimiento como necesario para contraer matrimonio, con la salvedad de que éste era en la mayoría de los casos expresado por el padre de la novia, pero siempre sin contradecir a ésta. No podía haber matrimonio si los contrayentes se ponían a lo acordado por los padres.

CUARTO. En México, en la Ley del Matrimonio Civil de fecha 23 de julio de 1859, en su artículo primero se define el matrimonio como un contrato y para su validez, previas formalidades de Ley, los futuros esposos deberán expresar libremente la voluntad que tienen de unirse en matrimonio.

Dentro de la postura que otorga al matrimonio la naturaleza de contrato consideramos acertada esta definición y sobre todo, para los efectos de esta tesis, absolutamente apropiada a la técnica jurídica la mención, en este artículo del consentimiento.

Los Códigos de 1870 y 1884, no presentan una definición satisfactoria del matrimonio y al hacerlo no establecen como la Ley de 1859, la necesidad del consentimiento para contraer el vínculo y solamente se refieren al consentimiento dentro de que la ausencia de este es un impedimento.

QUINTO. La Ley sobre Relaciones familiares al igual que los códigos anteriores no da una definición sobre el concepto del matrimonio y también su referencia se hace través de los impedimentos, señalando entre ellos, la falta de consentimiento.

SEXTO. Siguiendo la misma trayectoria Legislativa de leyes y códigos anteriores, el Código Civil de 1928, actualmente en vigor, no establece la naturaleza jurídica del matrimonio y con relación al consentimiento este aparece dentro de las formalidades y solemnidad creadora del acto creador del vínculo conyugal, en la parte relativa "*De las Actas de Matrimonio en sus Artículos 100 y 102 de este ordenamiento legal*".

SEPTIMO. Para la exposición del tema materia de esta tesis, el sustentante se adhiere a la postura que define al matrimonio como un contrato de acuerdo a los antecedentes constitucionales y leyes relativas, aunque en lo personal piensa que este debe considerarse mas bien como una institución.

OCTAVO. El consentimiento como elemento esencial para contraer matrimonio, adquiere carta de ciudadanía universal a través de la Convención de las Naciones Unidas de fecha 10 de diciembre de 1962, que en su Artículo 1° dice: "*Que no podrá legalmente contraerse matrimonio sin el pleno y libre consentimiento de los contrayentes*". Y a la que México se adhirió con fecha 23 de marzo de 1983.

NOVENO. La expresión del consentimiento debe de estar revestida de solemnidad, hacerla precisamente ante el Juez del Registro Civil, mediante solicitudes firmadas, expresión verbal de ella ante la Autoridad citada y asentada en un acta que deberá ser firmada por lo contrayentes.

Ante la falta de solemnidad por ausencia o defecto en las formalidades mencionadas el matrimonio no será nulo sino inexistente.

DECIMO. Los vicios del consentimiento en sus diversas formas lo dañan, afectándolo según la gravedad de estos vicios de nulidad relativa en la mayoría de los casos.

DECIMO PRIMERO. El consentimiento no admite condiciones pero sí modalidades, como es la aceptación en establecer el vínculo sobre situaciones de orden patrimonial.

VI. BIBLIOGRAFÍA.

1. Aguilar Gutiérrez, Antonio. Panorama del Derecho Mexicano. Síntesis del Derecho Civil. UNAM. México. 1990.
2. Arrellano García, Carlos. Derecho Internacional Privado. Editorial Porrúa. México, 1995, página 208.
3. Arjona Colomo, Miguel Derecho Internacional Privado. Bosch, Barcelona, 1954.
4. Botton Beja Flora y Cornejo Bustamante Romero. Estudios de Asia y Africa. Corazones Solitarios: los anuncios matrimoniales y la elección de la pareja en China. Colegio de México. México 1990.
5. Castán Tobeñas en el Derecho Civil Español Común y Foral. Tomo V, Derecho de Familia, Volumen 1, pags. 200.

6. Cicu, Antonio El Derecho de Familia. Traducción de Santiago Sentís Melendo Ediar, S. A. Editores, Buenos Aires 1947.
7. Chávez Asencio, Manuel. Convenios Conyugales y Familiares. Ed. Porrúa México 1991.
8. Chávez Asencio, Manuel. La familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Conyugales. 2a. Edición, Ed. Porrúa, México 1990.
9. De Pina, Rafael. Elementos de derecho civil mexicano. 6a. Ed. Porrúa. México., 1983.
10. De Pina, Rafael. Elementos del Derecho Civil Mexicano. Introducción Personas Familia. Volumen primero, Segunda Edición Porrúa. México 1960.
11. Del Castillo Alonso, Gonzalo. Ciudadanía. en la Enciclopedia Jurídica Española de Seix. Vol. Barcelona , España.

12. Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. 19ª Ed. Madrid. 1970 Vol. II.
13. El derecho Prehispánico 1. Caso, Alfonso Métodos y Resultados de la política indigenista en México. Memorias del Instituto Nacional Indigenista VI, México 1954.
14. Escriche, Joaquín Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense, con citas del derecho, notas y adiciones por el Lic. Juan Rodríguez de San Miguel. UNAM México 1993.
15. Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil Primer Curso Parte General Personas Familia. Décima Edición, Ed. Porrúa. México, 1990.
16. García Maynes, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Ed. Porrúa. Cuadragésima Edición. México 1989.
17. Garibay, Angel María. Mitología Griega, dioses y héroes. Ed. Sepan Cuantos No. 31., México 1989.

18. Iglesias, Juan Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado. Editorial Ariel S. A. 7ª Edición. Barcelona, España. 1982.
19. Niboyet. Principios de Derecho Internacional Privado. Ed. Nacional, S. A. México, 1951, pag. 77.
20. Leclerq, Jaques. La familia. Biblioteca Herder, Barcelona, España. 1961.
21. León-Portilla, León. Los Antiguos mexicanos a través de sus crónicas y cantares. Fondo de Cultura Económica, México. 1983.
22. Magallón Ibarra, Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil. Derecho de Familia. Tomo III, Porrúa. México.
23. Margadant, Guillermo Floris. Introducción a la Historia del Derecho Mexicano. Editorial Esfinge, S. A. de C. V. 10a. segunda Edición, México 1995.

24. Mateos Alarcón, Manuel. Estudios sobre el Código Civil del D. F. Tomo I Tratado de Personas. México.
25. Montero Duhalt, Sara. Derecho de Familia. Editorial Porrúa. México. 1990.
26. Oderigo, Mario N. Sinopsis de Derecho Romano. Quinta Edición. Ediciones Depalma. Buenos Aires, Argentina. 1973.
27. Ortolan, M. Explicación Histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano. Tomo I Libros I y II de la Instituta, Librería de D. Leocaldo López, Madrid 1877.
28. Pacheco Ecobedo, Alberto. La familia en el Derecho Civil mexicano. 2a. Ed. Editorial Panorama. México 1991.
29. Pallares Eduardo. La ley sobre Relaciones Familiares, Comentada y Concordada con el Código Civil Vigente, y Leyes Extranjeras. 2a Edición. Librería Bouret, París México, 1923.

30. Redfield, Robert Chan Kom, a Mayan Village, Washington, D. C., 1933.
31. Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo II, Derecho de Familia Ed. Porrúa, Séptima Edición México 1897.
32. Rojina Villegas, Rafael. Tratado de Derecho Civil, Tomo 1. Porrúa. México. 1985.
33. Rojina Villegas. Compendio de Derecho Civil. Tomo 1. Porrúa. México. 1985.
34. Sánchez Medal, Ramón. De los contratos civiles. De. Porrúa. 14a. Edición. México. 1995.
35. Tena Ramírez, Felipe. Leyes fundamentales de México. Editorial Porrúa. México. 1989.
36. Thompson, Erik S. Historia y Religión de los mayas. Siglo XXI Editores, México 1975.

37. Von Hagen, Victor World of the Maya, New York, 1960.
38. Weber, Max. Economía y Sociedad. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires 1992.
39. Whitlock, Raymond. Everyday Life of the Maya. London/New York, 1976.

VII. LEGISLACIÓN CONSULTADA.

1. Código civil concordado. Ediciones Andrade. México. 1990.
2. Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870.
3. Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1884.
4. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. México 1995.
5. Ley sobre relaciones familiares. Ediciones Andrade. México. 1990.
6. Leyes de Divorcio de 1914 y 1915. Archivo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.