

308409



UNIVERSIDAD LATINA, S. C.

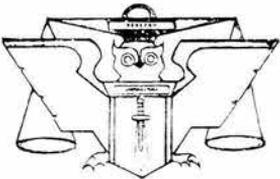
INCORPORADA A LA U.N.A.M.
FACULTAD DE DERECHO

EL MATRIMONIO A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL
PRIVADO: COMO BASE DE LA ESTRUCTURA SOCIAL EN
PROTECCION A LAS INSTITUCIONES FAMILIARES.

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADA EN DERECHO
P R E S E N T A :
MIRIAM PEREZ CASTILLO

ASESOR: LIC. ALINA GABRIELA DIAZ ABREGO



MEXICO, D. F.

2004.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



UNIVERSIDAD LATINA, S.C.
INCORPORADA A LA U.N.A.M.



Coyoacán México 05 de Julio de 2004

C. DIRECTOR GENERAL DE REVALIDACIÓN
INCORPORACIÓN Y DE ESTUDIOS, UNAM
P R E S E N T E:

La C. **PEREZ CASTILLO MIRIAM** ha elaborado la tesis profesional titulada **“El matrimonio a la luz del derecho internacional privado: como base de la estructura social en protección a las instituciones familiares”** bajo la dirección de la LIC. **ALINA GABRIELA DIAZ ABREGO** para obtener el Título de Licenciado en Derecho.

La alumna ha concluido la tesis de referencia, misma que llena a mi juicio los requisitos marcados en la Legislación Universitaria y en la normatividad escolar de la Universidad Latina para las tesis profesionales, por lo que otorgo la aprobación correspondiente para todos los efectos académicos correspondientes.

ATENTAMENTE
“LUX VIA SAPIENTIAS”


LIC. SANDRA LUZ HERNÁNDEZ ESTÉVEZ
DIRECTORA TÉCNICA DE LA
LICENCIATURA EN DERECHO.
CAMPUS SUR

En la ciudad de México D.F., a 11 de mayo del año 2004.

Lic. Sandra Luz Hernández Estevez
Directora Técnica de la Escuela de Derecho
en la Universidad Latina, S. C.
Campus Sur
P R E S E N T E.

Distinguida Maestra:

Me permito distraer su atención para hacer de su conocimiento que la alumna PÉREZ CASTILLO MIRIAM, ha concluido, bajo la asesoría de la suscrita la tesis denominada **EL MATRIMONIO A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: COMO BASE DE LA ESTRUCTURA SOCIAL EN PROTECCIÓN A LAS INSTITUCIONES FAMILIARES.**

Lo anterior se lo comunico para todos los efectos escolares y académicos a que haya lugar.

Reitero a usted las seguridades de mi elevada consideración.

ATENTAMENTE.



Lic. Alina Gabriela Díaz Abrego.

A Dios

Doy gracias a Dios por un logro más en mi vida que es el haber terminado mi primer trabajo profesional que es mi tesis.

Gracias por todo lo que me haz brindado y mil gracias por darme todo lo que tengo, que son a mis padres, a mi hermano y mi carrera.

A mis padres

Tengo mucho que agradecerles a ustedes, ya que sin su apoyo jamás lo hubiera logrado. Admiro la dedicación y la entrega con la que hacen las cosas, pero sobre todo la comprensión y el amor que siempre me brindaron sin recibir nada a cambio y eso con nada lo puedo pagar.

Ustedes son los principales protagonistas en esta historia llena de ilusiones y sueños que compartimos siempre juntos, mil gracias por todos y cada uno de sus sabios consejos que siempre me ayudaron y que se convirtieron en parte fundamental de mi formación como persona, porque a través de ellos me enseñaron e inculcaron tantas cosas que orgullosamente predicaron siempre con su ejemplo.

Gracias papá y mamá por su inmensurable bondad y generosidad que siempre han sabido compartir conmigo y a veces incluso sacrificarse así mismos. Pero sobre todo al gran amor incondicional que los caracteriza ya que a pesar de mis tropiezos siempre han estado ahí, enseñándome que también de los errores se aprende, pero sin juzgarme ni criticarme sino guiándome a través de las bases y principios elementales para enfrentarme a la vida.

Por fin llegó el día para el que siempre me impulsaron, apoyaron e incluso inspiraron, hoy termina una larga jornada de sacrificios y desvelos, hoy quiero que sepan que mi principal motivación a lo largo de este tiempo han sido ustedes papas que confiaron en mi y me alentaron a seguir adelante.

Infinitamente agradezco que siempre velaron por mí desde que era una niña y que me impulsaron a seguir siempre adelante, aún cuando hubo algunas dudas y tropiezos.

Muchas gracias por sus interminables días de trabajo y cansancio, por su sacrificio diario, gracias por amarme y vivir por mí y para mí, pero sobre todo por ser unos padres maravillosos.

Por lo que culmina una etapa más en mi vida la cual dedico a Ustedes para retribirles un poco de lo mucho que me han dado.

Con todo mi corazón para las personas que más amo y respeto que son mis padres la Sra. Ma. del Socorro Castillo Campos y el Sr. Esteban Pérez Rosas, de los cuales me siento muy orgullosa de ser su hija.

Una vez más mil gracias.

A mi hermano

José Esteban Pérez Castillo, por siempre tenerme presente y estar dispuesto siempre a apoyarme, que a pesar de los enojos, pleitos y discusiones siempre estas conmigo, pero sobre todo gracias por tu cariño y por creer siempre en mí.

Te Amo con toda mi alma.

A la Lic. Alina Gabriela Díaz Abrego

Como agradecerle por todo el apoyo que me brindo durante mi tesis, más que mi asesora ya es una amiga muy querida para mí.

Gracias por todos y cada uno de sus consejos que me han servido de mucho, no solo para mi vida profesional que esta empezando sino para la vida misma.

No solo admiro a la profesionista sino también admiro a la gran mujer que es Usted, que a pesar de las adversidades y de los tropiezos los enfrenta y sigue adelante.

Gracias por ser indispensable para este logro, además de ser una mujer ejemplar y admirable a nivel profesional, siempre dispuesta a impulsar y apoyar a sus alumnos a seguir adelante.

Gracias por creer en mí y darme la oportunidad de haber realizado mi tesis profesional a lado suyo, aprendiendo así de su vasta experiencia y amplios conocimientos profesionales.

Con todo mi cariño, respeto y admiración le dedicó esta mi Tesis Profesional.

Att. Lic. Miriam Pérez Castillo.

A la Lic. Leticia Flores Ayón

Antes que nada quiero agradecerle la confianza que deposito en mi y que con nada podré pagarle, más que con mi eterna gratitud.

De Usted Lic., aprendí lo que es la dedicación al trabajo, de ser siempre constante, de creer y luchar por lo que uno quiere y jamás darse por vencidos a pesar de cualquier adversidad que se presente en nuestro camino.

Le doy gracias a Dios y a la vida por haberla conocido, ya que no solo aprendí a conocer a la profesionista, sino también aprendí a conocer al maravilloso ser humano que es Usted.

Por lo que le dedico esta Tesis Profesional con todo mi respeto, cariño y admiración.

Mil gracias por todo.

Att. Lic. Miriam Pérez Castillo.

Al Lic. Víctor García Toledo

Muchas gracias por ser mi amigo, mi confidente, por estar conmigo en los buenos y malos momentos.

Gracias por el apoyo y la confianza que me ha brindado durante todo este tiempo, pero sobre todo agradecerle el haberme enseñado que las cosas se hacen bien, con entrega y dedicación, para obtener al final un resultado satisfactorio que estoy segura que me harán cada día una mejor profesionista.

Gracias por todas sus enseñanzas, esperando que se sienta muy orgulloso de mí.

Esta Tesis Profesional se dedico con todo mi respeto y admiración.

Mil gracias por todo.

Att. Lic. Miriam Pérez Castillo.

A Miguel Rojas Muñoz

Gracias por la confianza y el apoyo que me haz brindado amigo mío, por estar en todo momento pendiente de mí, pero sobre todo por creer en mí de lo cual me siento muy orgullo.

Quiero que sepas que eres un ejemplo a seguir, ya que de ti admiro la dedicación que tienes por tu trabajo, del excelente amigo que haz demostrado ser para mí y del maravilloso ser humano que eres Miguel.

Jamás cambies tu forma de ser, sigue siendo tan sencillo y humilde de corazón , que es lo que más admiro de ti, que te hace brillar y sobresalir de los demás.

Con todo el cariño, respeto y admiración te dedico esta Tesis Profesional.

Mil gracias por todo.

Att. Lic. Miriam Pérez Castillo.

Al Lic. Luis Tajonar Loyola

Quiero agradecerle por todo el apoyo que le brindo a mi padre el Sr. Esteban Pérez Rosas en su enfermedad, ya que la única forma de agradecerle es con nuestra infinita gratitud y respeto.

Aunque no lo conozco, quiero que sepa que lo respeto y admiro por sacar adelante a todos y cada uno de sus trabajadores apoyándolos, demostrándoles que se puede salir adelante a pesar de cualquier problema que se presente.

Con esto no me queda la menor duda que usted es un excelente ser humano, jamás cambie y que Dios lo bendiga siempre.

Con todo mi respeto dedico esta Tesis Profesional al Lic. Luis Tajonar Loyola y a la Gasolinera Servicio Tlalpan.

Mil gracias por todo.

Att. Lic. Miriam Pérez Castillo.

A mis Profesores

Porque sin ustedes y sus conocimientos compartidos no hubiera sido posible alcanzar esta meta, teniéndoles en mi mente y en mi corazón en cada logro conseguido en mi vida profesional esperándolos no defraudarlos.

Mil gracias.

A la Universidad Latina, S.C. Campus Sur

Por ser mi segunda casa y darme las herramientas, principios y bases necesarias en esta difícil, pero satisfactoria profesión.

Mil Gracias.

Pero en especial quiero agradecer a:

La Familia Pérez Rosas y a La Familia Castillo Campos, por toda la confianza y apoyo brindados, pero sobre todo por haber creído en mí.

Mil Gracias.

Í N D I C E

	Pág.
INTRODUCCIÓN	1
 CAPÍTULO I PANORAMA HISTÓRICO DEL MATRIMONIO 	
1.1. Antecedentes y Términos Jurídicos más empleados en relación al matrimonio	
1.1.1. El matrimonio en diversos países de la antigüedad	6
a) Matrimonio en Babilonia	6
b) Matrimonio en Asiria	10
c) Matrimonio en Persia	10
d) Matrimonio en China	11
e) Matrimonio en Egipto	13
f) Matrimonio en India	19
g) Matrimonio en Israel	23
h) El Libro de las Leyes de Manú	30
1.2. El Matrimonio en Grecia y Roma y sus costumbres	31
1.2.1. Algunas similitudes de las ceremonias griegas y romanas	42
1.3. El Matrimonio y sus costumbres después de los romanos	44
1.3.1. El Matrimonio en el cristianismo, los germanos y los musulmanes	44
1.3.1.1. En el cristianismo.	44
1.3.1.2. Los germanos	51
1.3.1.3. Los musulmanes	55
1.3.2. La Edad Media	57

1.4. El Matrimonio en el Derecho Canónico	60
1.4.1. El Derecho Canónico	60
1.4.2. Costumbres en la Celebración	62
1.4.3. Las Normas Canónicas	63
1.4.4. El Matrimonio en la Iglesia Ortodoxa	75
1.5. Términos Jurídicos más empleados en relación al matrimonio	76
A) Concepto del matrimonio	76
1. Definiciones Clásicas	76
2. Definiciones Medievales	76
3. Definiciones Modernas	77
B) El Matrimonio en la actualidad, enfoque doctrinario	81
1. Concepto	81
2. Naturaleza Jurídica	83

CAPÍTULO II

EL MATRIMONIO EN EL DERECHO COMPARADO

2.1. El Régimen del Matrimonio en el Derecho Internacional Privado	86
2.2. Celebración del Matrimonio	87
a) Consentimiento y capacidad	87
b) Formas de celebración	98
c) Reconocimientos de matrimonios celebrados en el extranjero	102

2.3. Estudio comparativo entre el estatuto personal en México respecto del estatuto personal en otros países de América Latina	107
2.3.1. Concepto de estatuto personal	109
2.3.2. La situación Sudamericana	121
a) El caso Brasil	127
b) El caso Argentina	127
c) El caso Venezuela	128

CAPÍTULO III

EL FRAUDE A LA LEY COMO FIGURA DE PROTECCIÓN PÚBLICA A LA SOBERANÍA NACIONAL MEXICANA

3.1. Concepto de fraude a la ley aplicado a casos que incumben al vínculo matrimonial entre extranjeros	141
3.2. Propuesta de los regímenes económicos que acepta nuestra legislación, como sistemas preventivos para la emisión de sentencias extraterritoriales futuras ...	149
a) Sociedad conyugal	169
b) Separación de bienes	175

CAPÍTULO IV

INTERPRETACIÓN A “CONTRARIO SENSU” Y “ESTRICTO SENSU” DE LA FIGURA: MATRIMONIO A LA LUZ DE LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

4.1. Similitudes de las Convenciones con la Legislación Interna	185
--	-----

CAPÍTULO V

EL DERECHO PROCESAL INTERNACIONAL EN AUXILIO DE SOLIDIFICAR EL CONCEPTO DE FAMILIA A TRAVÉS DEL MATRIMONIO

5.1. El concepto de familia tutelado en el ámbito internacional; en beneficio del factor social	209
5.2. Teoría de la Cooperación Procesal Internacional aplicada al matrimonio	216
5.3. Procedimiento de solicitud ante la Secretaría de Relaciones Exteriores Mexicana para obtener la nacionalidad con motivos de matrimonio	231
CONCLUSIONES	249
BIBLIOGRAFÍA	256
LEGISLACIÓN	260

INTRODUCCIÓN

El Derecho Internacional Privado regula, según la legislación de cada país, “las relaciones entre extranjeros, en razón de su propia persona, de los bienes que posean o de los actos que realicen dentro de su propio territorio”.

Es evidente que la complejidad creciente de la vida moderna, cada vez más nutrida de relaciones cosmopolitas, da ocasión a que sean cada vez más mayores, y también más complejas, las relaciones que puedan tener los individuos pertenecientes a cualquier Estado con las “manifestaciones jurídicas” de otro u otros Estados, relaciones mediante las cuales pueden crearse vínculos de muchas clases: de familia, comerciales, de propiedad, de matrimonio, etc., que se conocen con el nombre de “relaciones privadas entre extranjeros”.

Los sistemas jurídicos son diferentes según los Estados, tal situación ha provocado en todo tiempo situaciones embarazosas, por no saber con certeza qué norma debería más justamente aplicarse en casos concretos. Para dar solución a esas situaciones, podrá adoptarse un sistema, procurando que sea el más racional, con el fin de “armonizar las distintas legislaciones territoriales, con una adecuada elección de la ley, la costumbre o la jurisdicción que en cada caso debe aplicarse”.

Para llegar a adoptar esos principios generales, se acude, ante todo, a tratados o convenciones entre los diferentes Estados, por lo que los tratados o las convenciones internacionales son la fuente más importante del Derecho Internacional Privado.

Como no siempre existen tratados y convenciones que señalen la norma deseada se acude a otras fuentes que son: la costumbre internacional, las leyes nacionales, la jurisprudencia nacional y la doctrina de los jurisconsultos.

En el primer capítulo titulado Panorama Histórico del Matrimonio, se habla acerca de los antecedentes y términos jurídicos más empleados con relación al matrimonio, haciendo referencia de el matrimonio en diversos países de la antigüedad, con el propósito de tener un punto de referencia se analizan las principales costumbres y reglas que existieron de esta institución en civilizaciones muy antiguas.

Para comenzar se inicia con Babilonia, en la que destacan las normas impuestas por el *Código de Hammurabi* que tuvieron una decisiva influencia en las costumbres hebreas, y consecuentemente con las cristianas, para continuar con las civilizaciones de Asiria, Persia y China.

El caso de la civilización China es trascendente, pues no obstante su régimen patriarcal, es una de las civilizaciones más antiguas que en la actualidad sigue sorprendiendo al mundo con sus costumbres milenarias.

Finalmente, debido a la variedad y gran diferencia de normas y costumbres se consideró importante reseñar el matrimonio en Egipto, en India y sobre el Libro de las Leyes de Manú, con todas sus creencias religiosas y místicas, y en Israel, por su trascendental influencia en el mundo cristiano.

Se aborda sobre las costumbres matrimoniales en Grecia y en Roma. Se hace referencia a algunas similitudes de los ritos o ceremonias relativas al matrimonio en Grecia y Roma.

Por su singular importancia para nuestra cultura, se aborda esta institución dentro del cristianismo, se incluyen diversas referencias textuales extraídas directamente de la fuente, como es el Nuevo Testamento de la Biblia, con el fin de mostrar cómo esta religión ha servido para suavizar las relaciones en el matrimonio al instaurar al amor como principio rector de las relaciones matrimoniales. Asimismo, se describen las costumbres que caracterizaron al matrimonio con las tribus germanas.

Por su diferencia en costumbres también se incluye al matrimonio de los musulmanes y sus costumbres, tomadas de sus escrituras sagradas. De igual modo, se analiza la transformación que sufre dicha institución en la época medieval para apreciar las modificaciones que le infundieron las costumbres feudales y las ideas imperantes de esta época religiosa.

En razón de la trascendencia que ha tenido y tiene hasta estos días para culturas como la nuestra, se habla sobre el tema del Derecho Canónico, en donde se destaca al matrimonio como un sacramento que tiene como origen el acuerdo de voluntades y que es celebrado por el ministro de la iglesia.

En este importante tema se toma directamente de los cánones el concepto del matrimonio, sus efectos, los impedimentos que existen, la relevancia del consentimiento, las costumbres en la celebración, los matrimonios mixtos y de la separación de los cónyuges.

Con el propósito de abarcar lo más completo sobre el tema del Derecho Canónico, se analiza al matrimonio de acuerdo con las iglesias del rito cristiano bizantino en Oriente, mejor conocido como la Iglesia Ortodoxa.

Por último se establece un enfoque doctrinario del matrimonio en la actualidad, se analizan los diversos conceptos, tanto doctrinarios como las definiciones legales del matrimonio y su naturaleza jurídica.

El capítulo segundo, denominado el matrimonio en el Derecho Comparado comprende el régimen del matrimonio en el Derecho Internacional Privado.

Se hará referencia dentro de este mismo capítulo sobre la celebración del matrimonio que habla del consentimiento y capacidad del matrimonio, de las formas de celebración del mismo así como del reconocimiento de matrimonios celebrados en el extranjero.

Posteriormente se verá, el estudio comparativo entre el estatuto personal en México respecto del estatuto personal en otros países de América Latina, como fue en el caso de Brasil, Argentina y Venezuela con motivos de matrimonio.

En cuanto al capítulo tercero, comprende el fraude a la ley como figura de protección pública a la soberanía nacional mexicana, donde se dará un concepto de fraude a la ley aplicado a casos que incumben al vínculo matrimonial entre extranjeros.

También se hablará de los regímenes económicos que acepta nuestra legislación, como sistemas preventivos para la emisión de sentencias extraterritoriales futuras. Siendo estos regímenes la sociedad conyugal y la separación de bienes.

En el capítulo cuarto, se hará una interpretación a “contrario sensu” y “estricto sensu” de la figura matrimonio a la luz de la legislación internacional, en donde hago referencia de las similitudes de las convenciones con la legislación interna.

Por último, en el capítulo cinco, está destinado para conocer en que consiste el Derecho Procesal Internacional en auxilio de solidificar el concepto de familia a través del matrimonio, de la importancia que tiene el concepto de familia tutelado en el ámbito internacional en beneficio del factor social, así como de la teoría de la Cooperación Procesal Internacional aplicada al matrimonio y el Procedimiento de solicitud ante la Secretaría de Relaciones Exteriores para obtener la nacionalidad con motivos de matrimonio.

La metodología empleada en este trabajo de investigación consistió en la aplicación equilibrada de los métodos jurídicos tradicionales que son el método inductivo que se utilizará al plantear inicialmente los temas de carácter general, la historia, definiciones y conceptos comunes a ellos, hasta abordar los aspectos concretos y específicos de las figuras en estudio.

El método de análisis que integra elementos jurídicos en estudio, para descubrir su esencia y lograr un mejor entendimiento de los aspectos que la comprenden.

De igual manera, usamos el método histórico al elaborar un breve resumen del matrimonio en diversos países de la antigüedad.

Asimismo, utilizamos el método de síntesis, al final de nuestro trabajo, al sintetizar los conocimientos recabados y concretarlos en una serie de proposiciones específicas, las cuales constituyen los resultados obtenidos de nuestra investigación.

La técnica de investigación radica en el estudio bibliográfico y legislativo.

CAPÍTULO I

PANORAMA HISTÓRICO DEL MATRIMONIO

1.1. Antecedentes y Términos Jurídicos más empleados con relación al matrimonio.

1.1.1. El matrimonio en diversos países de la antigüedad.

a) Matrimonio en Babilonia.

En esta antigua sociedad el matrimonio se convenía entre los padres e iban acompañados de un intercambio de regalos. Dicho acto, en algunos casos, se convirtió en una compra lisa y llana: "el padre podía entregar a su hija por dinero y, en otros casos no matrimoniales, incluso podía vender a su mujer y a sus hijos".¹

El matrimonio era monógamo y en él se practicaba regularmente la fidelidad. De acuerdo con lo dispuesto por el Código de Hammurabi,² la mujer adúltera y su cómplice debía pagar su delito con su vida, a menos que el marido prefiriese al haberlos sorprendido arrojarlos desnudos a la calle.

¹ ASENCIO CHÁVEZ, Manuel E., *La Familia en el Derecho*, "Derecho de familia y relaciones jurídicas familiares", 5ª ed., Porrúa, México 1999, p. 26.

² Al Código de Hammurabi se le considera un monumento jurídico que en muchos aspectos se adelantó a su tiempo. Se supone que su origen se remonta a dos mil años antes de nuestra era. Fue dictado por el rey Hammurabi para dar a su país un fundamento estable y un gobierno justo. En la época de su promulgación, el código se reprodujo en muchas piezas de piedra de 2m de base por dos de altura, grabada majestuosamente, las cuales se erigían en el atrio de los templos del sol y cualquier súbdito podía pararse frente a ellas y descifrar sus descripciones para disipar sus dudas. Este compuesto por un total de 285 textos, que comprenden derechos personales, derechos reales, comercio, familia, indemnización de daños y perjuicios y legislación de trabajo, entre otros aspectos. Muchos de sus principios han trascendido hasta nuestros días a través de Derecho Romano y de algunas disposiciones dispersas asimiladas por el pueblo hebreo y después transmitidas a toda la humanidad ("Código de Hammurabi", en Enciclopedia jurídica Omeba, op. cit., t. XIII, pp. 632-634).

En Babilonia se consideraron perfectamente lícitas e incluso se consideraban bien vistas las uniones libres. Era una tradición para mostrar su condición especial que la mujer concubina llevara una insignia de olvido de piedra o de arcilla.³

En dicho código, la patria potestad otorgaba derechos de carácter absoluto, hasta el extremo de que el padre podía vender o arrojar del hogar a sus hijos.⁴

Las leyes sucesorias colocaban a los hijos en una posición de preeminencia con respecto a la esposa, pero a la misma debía restituírsele la dote y los presentes matrimoniales, y poseerlos hasta su muerte, siendo cabeza de la familia. No se conocía la institución del mayorazgo;⁵ los hijos heredaban por partes iguales, con la consiguiente parcelación de los grandes dominios, pero el padre podía manifestar predilección por alguno en especial, favoreciéndolo en la división sucesoria.

En el Código de Hammurabi los textos dedicados a legislar sobre la familia denotan los primeros esbozos del individualismo femenino. Éste se manifiesta fugazmente en algunas disposiciones aisladas, pero que no pueden ignorarse por su trascendencia con respecto al espíritu de la época. En este sentido, vemos que el adulterio se castigaba con la muerte de ambos culpables y no sólo con la de la mujer; cuando el marido acusaba sin pruebas bastaba el juramento en contrario de su esposa para obligarlo a desistir.

En dicha civilización coexistían, simultáneamente, el repudio y el divorcio. En ambos casos el marido debía restituir a su mujer la totalidad de su dote y, en muchas circunstancias, también se le otorgaba la tenencia y el derecho de educar a sus hijos.

³ ASECIO CHAVEZ, Manuel, op. cit., p.26.

⁴ Enciclopedia Jurídica Omeba, op. cit., t. XIII, p.633.

⁵ Se considera que el régimen especial al cual se sometía una masa patrimonial, que no podía ser enajenada ni gravada, pero sobre todo tenía que ser transmitida mortis causa, de acuerdo con las indicaciones del fundador del mayorazgo, generalmente al primogénito varón ("mayorazgo", en Diccionario Jurídico Mexicano. t. I-O, México, 1993, p.2088).

El hombre podía divorciarse devolviendo la dote a su mujer y diciéndole simplemente: "Tú ya no eres mi mujer". Las causas que justificaban esta actitud fueron: la esterilidad, el adulterio, la incompatibilidad de humor y la negligencia demostrada en la administración del hogar.

Cuando estas causales revestían una gravedad extrema, el hombre no sólo estaba autorizado a divorciarse sino además podía hacer caer a su mujer en la esclavitud o simplemente arrojarla fuera del hogar o al río.⁶

Las monarquías sumeria y babilónica, dominadoras sucesivas de Mesopotamia desde el siglo XXX a. C., adquirieron un grado de prosperidad muy alto: el comercio se desarrolla, la población se multiplica, se legisla unitariamente (hay una primera codificación hecha bajo Urukagina, rey de Lagash, hacia el 2600) con carácter mercantil y aunque el Derecho se hace más liberal e individualista no llega a alcanzar el estatuto monogámico de la familia egipcia, ni alienta la emancipación de la mujer, quizás por la influencia del materialismo de aquel pueblo, pragmático y ausente de preocupaciones éticas.

Sin embargo, la mujer ejerce las actividades que quiere y vive en libertad jurídica, con facultad de disponer de sus bienes, cualquiera que sea su estado. Con el desarrollo del Imperio, fue moderándose esa libertad.

Un nuevo código promulgado bajo el rey Shulgi, fue muy avanzado, es de carácter civil y mercantil; pero en la figura del matrimonio y la familia permanecían estáticos estancados en el nivel consuetudinario al igual que ocurre, ya destruida la monarquía sumeria, por los babilonios, bajo Hammurabí (2003-1916, antes de C.), cuyo famoso Código es un auténtico avance jurídico, pese a su carácter de recopilación de los progresos sociales sumerios. Aunque contiene, manifiestos avances sociales, no afecta a la vida familiar que se mantiene en la poligamia, al autorizar al marido de la mujer estéril a tomar esclava de la que puede procrear hijos

⁶ASENCIO CHAVEZ, Manuel, op. cit., p. 26.

(si un hombre ha tomado una esposa y ésta no le ha dado hijos y él dispone a tomar una concubina, puede tomarla e introducirla en su casa. Pero no elevará a la concubina a la categoría de esposa art. 145), a la que tan proclives son los pueblos semitas. Si se contiene disposiciones sobre la dote tendientes a proteger la situación financiera de la esposa y de los hijos; acaso influyan en las costumbres matrimoniales y familiares las tentativas, frustradas, de Hammurabí de fundar un sistema ético, quizá por influencia de la cultura egipcia.

La esposa estéril, puede dar al marido una concubina elegida entre sus esclavas de servicio (se cree que la finalidad estriba en retener al marido en el hogar, evitando que buscara complementos fuera de él), la cual, en caso de tener hijos, adquiriría la categoría de liberta pero puede ser devuelta a la esclavitud si pretende desplazar a la esposa.⁷

El marido era responsable de la deuda de la esposa. El adulterio de la esposa era castigado con su muerte y la del amante, aunque era frecuente la venta de la mujer como esclava. La fecundidad era muy alabada y se premiaba a las familias numerosas.

El repudio⁸ era fácil y no exigía justificación. La ausencia del marido del lugar durante cinco años equivalía al divorcio. A los nueve años solía comprometer el padre el matrimonio de su hija, pero no la entregaba al esposo hasta la pubertad.

El aborto era castigado duramente y el tener sólo descendencia femenina, era motivo de divorcio. La prostitución ritual se practicaba en Babilonia como imposición religiosa.

⁷ DELAPORTE, "*Mesopotamia*", pág. 83.

⁸ la palabra repudio implica tanto en el Código de Hammurabí como en la Biblia la separación del lecho, . Mesa y habitación como la disolución del vínculo.

b) Matrimonio en Asiría.

En Asiría la familia estaba organizada con base en un severo régimen patriarcal, sus objetivos más importantes eran la perpetuación y aumento de la especie debido a las constantes guerras con otros pueblos, por lo cual las leyes y la moral influían para incrementar el número de nacimientos. Al aborto se le consideró como un crimen y a las mujeres que lo cometían se les empalaba.

Los matrimonios se celebraban a través de un contrato y en ciertas ocasiones se limitaban a una compra pura y simple. La mujer se encontraba en una situación de inferioridad, ésta debía aparecer velada en público; obedecer ciegamente a su marido y serle estrictamente fiel. Los hombres, por el contrario, solían tener tantas concubinas como les permitían sus medios económicos, sin recibir por ello ninguna sanción moral o legal.

c) Matrimonio en Persia.

La legislación familiar contenida en el *Zen Avesta* o libro sagrado persa consideraba como una necesidad imperante aumentar continuamente la población debido a sus necesidades bélicas, por lo que se permitía la poligamia, aunque restringida.

Al igual que en otras civilizaciones, el predominio del hombre fue un rasgo característico de la familia entre los persas, y la mujer estuvo colocada en una situación de inferioridad absoluta.⁹

Fue costumbre que los padres convinieran el matrimonio de sus hijos cuando éstos llegaban a la etapa de la pubertad.

⁹ Enciclopedia Jurídica Omeba, op. cit., t. XIX, p. 148.

Al incesto se le consideró un pecado por lo que las uniones siempre se realizaban entre extraños.

En la legislación de Zoroastro se fomentaba el matrimonio y ordenada a todos los ciudadanos que conocieren a un hombre célibe que lo persuadieran para que abandonara dicho estado.¹⁰

Llama nuestra atención la costumbre persa, admitida por la legislación civil, del matrimonio a plazo, es decir, por tiempo determinado, vencido el cual los cónyuges podían renovarlo o no.

Antes del rey Darío, la mujer ocupaba un lugar de privilegio tanto en la familia como en la sociedad, circulaba libremente por la calle con el rostro descubierto; podía poseer bienes y disponer de los mismos y hasta intervenir en los asuntos de su marido. Después del advenimiento del gran rey su situación empeoró, especialmente para las mujeres adineradas.

El aborto se consideró como un delito grave, peor que el adulterio, pues este último se podía perdonar, pero aquél se castigaba con la pena de muerte.

d) Matrimonio en China.

A la familia en China se le consideró una forma de unión absoluta y plena, como en ningún otro Estado del mundo. Cada casa se consideraba como un pequeño Estado y al Estado como una casa vastísima, regulada por los mismos principios y obligaciones, que tenía un carácter esencialmente patriarcal.¹¹

El matrimonio al igual que en Grecia y Roma era un acto religioso que permitía perpetuar el culto del antepasado, a través de sus descendientes.

¹⁰ Idem.

¹¹ ASENCIO CHAVEZ, Manuel, op. cit., p. 27.

En este pueblo, se admitía la poligamia, generalmente era practicada por los ricos. Aunque la poligamia estaba permitida a los grandes y a los mandarines, una sola mujer tenía la preeminencia de esposa, las demás estaban sometidas y no participaban en la administración doméstica. No obstante lo anterior, las leyes protegieron a las concubinas y a los hijos de éstas, quienes de acuerdo con ciertas leyes llegaron a tener el mismo derecho que las esposa legítima.

El matrimonio se realizaba por medio de un arreglo entre los padres de los contrayentes, pues ellos eran los que elegían a los cónyuges de sus hijos, mismos que no se conocían sino hasta el día de la boda.

Las leyes antiguas chinas dieron gran importancia al intercambio de regalos entre los consuegros. Estas donaciones se consideraron irrevocables. Se dice que la mujer se debía a su marido en todos los aspectos y a él se le autorizaba tener concubinas en caso de que no quedara satisfecho con su mujer.

Los hijos se consideraban propiedad de los padres, para que se pudieran casar requerían del consentimiento de ellos. En el rito de la boda se mezclaban ceremonias religiosas y civiles.

En la antigua civilización china existió la costumbre que permitía a algunos padres la posibilidad de examinar previamente a la joven para descubrir si tenía algún defecto y luego la compraban a sus padres pagándoles la dote. El día de la boda la conducían a la casa del marido acompañada de parientes, amigos y criados, con música, guirnaldas, hachones, perfumes y regalos.¹²

La esposa viajaba en un hermoso *palanquín* cerrado con llave, que abría el novio cuando llegaba y entonces veía por primera vez a la mujer con quien pasaría el resto de su vida. Tenía la opción de despedirla si no le gustaba, y si le agradaba, la

¹² Ibidem, p. 28.

introducía a la sala de la casa donde después de hacer algunas reverencias a los invitados y a los nuevos parientes, la dejaba con las señoras para que conviviera.

El chino recibía a las concubinas sin formalidad alguna, dando sólo a los padres la suma convenida y prometiéndoles no maltratarlas. Los hijos nacidos de esta relación eran considerados como si fuera de la mujer legítima, a quien únicamente daban el título de madre. El marido debía habitar con su mujer en la casa paterna, sin que disminuyera en nada su antigua sumisión a su padre.

Era costumbre que la mujer aprendía a ser subordinada desde que nacía. Por su parte, la mujer casada en la clase privilegiada, debía obediencia a su marido y ésta nunca debía dirigirse a él por su nombre.

El padre fue invariablemente reconocido como cabeza de familia, como en las culturas griega y romana. A través del matrimonio, la mujer salía de la autoridad de su propia familia y pasaba a la de la familia del esposo, a la cual también pasaban sus bienes, salvo los de uso personal.

En cuanto al divorcio, éste podía ser arreglado sin la intervención de las autoridades estatales. Eran causas de divorcio: la desobediencia habitual, la esterilidad, el adulterio, los celos o intolerancia a la otra mujer, las enfermedades contagiosas, el carácter de hablador y pendenciero, el hurto hecho al marido para enriquecer a la familia de la esposa y la antipatía del marido. La mujer repudiada podía acudir a la justicia para quejarse y obtener licencia para volverse a casar.¹³

e) Matrimonio en Egipto.

El matrimonio en Egipto se atribuyó a Manes, quien fue, según cuenta la leyenda, el fundador de la primera colonia que generó el comienzo de la civilización del país.

¹³ Ibidem, p. 29.

Era costumbre que los egipcios se casaran con las primas y cuñadas que quedaban viudas y sin hijos, como lo hicieron los hebreos y lo hacen aún hoy los *coptos*.

Más tarde, la dinastía macedónica introdujo los matrimonios entre hermanos, y si bien se practicó primitivamente la poligamia, poco a poco se fue evolucionando hacia el matrimonio monogámico.

La poligamia estuvo prohibida entre los sacerdotes, quienes tenían ideas más justas acerca de este sagrado título. Asimismo era costumbre en esta cultura que hubiera personas encargadas de proveer el harén del rey.

En Egipto el matrimonio siempre fue monógamo, salvo excepciones introducidas a favor del rey y de los príncipes dentro de las épocas feudales.

El hombre y la mujer gozaron de los mismos derechos ante la ley, la mujer podía enajenar su propiedad, ser parte de los contratos, entablar procedimientos, otorgar testamento y rendir testimonio, sin tener que estar asistida ni de su padre ni de su esposo. Aun los esclavos podían tener propiedad y disponer de ella según sus deseos.¹⁴

Las inscripciones que legó esta antigua civilización revelan que existió un deber filial muy rígido. El contrato matrimonial fue sumamente estricto. Según esto, el esposo-padre era quién debía mandar y la esposa e hijas obedecer.

Existió la propiedad conyugal donde el hombre disfrutaba de las dos terceras partes y la mujer del resto, cada parte podía tener propiedad exclusiva.

¹⁴ Ibidem, p. 30.

Los egipcios ¹⁵ conocieron tres formas de matrimonio:

1. El servil, en el que la mujer quedaba convertida en esclava del hombre a quien se unía.
2. El basado en la igualdad de derechos y una cierta comunidad en los bienes de los consortes.
3. El que estaba en una posición intermedia en relación con las anteriores y que se basaba en cierta dote que el marido hacía a la mujer.

Nada se sabe fundamentalmente sobre las costumbres matrimoniales en los Reinos Antiguo y Medio (3188-1700 a. C.) si bien J. Pirenne nos dice: "Cuando andaban trashumantes por las altas mesetas, hoy desiertas, los futuros habitantes de Egipto, procedentes de África, de Asia y de Europa (que formaron en el Valle del Nilo una extraordinaria amalgama de razas) tenían ideas religiosas como las que hallamos en todos los pueblos del antiguo Oriente; veneraban las fuerzas de la naturaleza, sometidas todas a una gran Diosa Madre, imagen de la fecundidad, en suma lo que los hombres adoraban en un principio fue, pura y simplemente, la Vida".¹⁶

Desde luego, de lo que hay constancia admisible es que la familia se desenvuelve en términos rigurosamente monogámicos sólo el rey, tiene varias esposas legítimas y descansa sobre el principio de igualdad de los cónyuges; no existen ni poder marital ni patria potestad y el sexo no hace diferencia a la hora de la herencia legal.

En el *Nuevo Reino* (1573-712 a. C.) la documentación legal aumenta y también es mayor el número de los textos llegados hasta nosotros. No sabemos cómo se contraían los matrimonios en ese tiempo, aunque tenemos la evidencia¹⁷ de que la

¹⁵ Enciclopedia Jurídica Omeba, op. cit., t. XIX, p. 148.

¹⁶ ENTRENA KLETT, Carlos M., *Matrimonio, Separación y Divorcio, (en la legislación actual y en la historia)*, 3ª ed., Civitas, España, 2001, pág. 96.

¹⁷ SEIDAL, Erwin, "*Derecho en el legado de Egipto*", obra conjunta de la Universidad de Oxford, Edit. Pegaso, Madrid, 1950, pág. 312,

costumbre era hacer arreglos matrimoniales predecesores de la boda, lo que se cree recibido del Código de Hammurabí.

El hombre que quería casarse por segunda vez, después de la muerte de la primera esposa, tenía que alcanzar previamente un acuerdo con los hijos de su cónyuge premuerto, por dicho convenio el padre conservaba un tercio de los bienes del primer matrimonio y el resto quedaba en poder de aquella progenie, fruto de la unión disuelta por la muerte.

Durante esta época las grandes familias refuerzan su poder y con ello el concepto "unión familiar", en todo el ámbito social del Imperio observamos como resultado de la imitación de la familia faraónica que alcanza la categoría de oligarquía dominante en el ambiente cortesano, así tenemos a los visires y religiosos, que fueron trasladándose, poco a poco al sistema familiar de las profesiones más destacadas, como la Judicatura ya profesional entonces y de ahí a la cobranza de impuestos, cargos que pasan a concebirse hereditarios dentro de la Quinta Dinastía.

La revolución religiosa, desenvuelta tras el hundimiento de los hicsos (año 1500), hizo penetrar las concepciones místicas sincretistas en las conciencias familiares, acentuándose las connotaciones morales en el comportamiento matrimonial y paterno filial; los principios de "no devolver mal por mal", "no producir dolor", "confiar en la misericordia divina" y "repudiar la violencia", fueron de alto impacto en la conducta individual tuvieron que producir un profundo eco en la conducta conyugal.

Bajo el aspecto de la economía familiar se produce, con los faraones Tutmosis I y II, la disolución del patrimonio familiar y, con ello, una quiebra en la solidez de la familia.

Desde Tutmosis IV se reiteraron los matrimonios políticos de la realeza; situación que permite que accedan al trono egipcio reinas mitanas, fenicias, babilónicas y

cilicias; la teoría del clero que supone la sangre divina de los reyes (que era transmitida por línea femenina)¹⁸ deja de tener importancia, y con ello el poder eclesial. La divinidad está, a partir de entonces, encarnada en la realeza por el sólo hecho de su poder: cuando concibe a su heredero, es el propio Amón quien da vida al futuro rey.

Más tarde, producida la revolución religiosa de Amenofis IV (Aton, dios supremo, creador, dispensador de la vida y la justicia, espíritu puro, esencialmente bueno y buena la vida por él creada), se origina una bella transformación: en la tierra la divinidad creadora está representada por la pareja; el amor conyugal es el símbolo del amor divino y el camino que a él conduce.

Durante toda esta larga estadía egipcia, a los fines que ahora nos interesan, el matrimonio no dejó de asentarse como institución monógama, el respeto a la mujer no cesó de crecer y la espiritualización generó una institución de progreso, pese a las invasiones y a los cambios sociales, políticos y religiosos que existieron en el país del Nilo, la mujer podía ejercer todas las funciones públicas y religiosas.

Período Egipto Posterior y Persa (712-332 a. C.) de este período se conocen dos tipos de arreglos matrimoniales: es decir, una situación fáctica que realiza el marido en beneficio de la mujer, y el acto realizado por la esposa en beneficio del marido. Si era el esposo quien hacía el contrato, transfería frecuentemente toda su propiedad presente y futura a su esposa e hijos. De ellos se deduce que el marido tenía el derecho de usufructo y administración sobre los bienes de la esposa durante la vida conyugal, derechos que se extinguían con la muerte de su cónyuge. Pero fundamentalmente el sistema familiar y matrimonial subsistió, sin grandes cambios, aún cuando la poligamia se había extendido entre las clases altas.

¹⁸ La transmisión de los derechos por línea femenina se ha producido en muchos pueblos arios en cierta etapa de su evolución; así se afirma del primitivo Lacio, encontrándose en ello la explicación de la existencia de nombres extranjeros en la lista de los reyes de Alba Longa; igual se predica de la antigua Grecia: dos de los más antiguos reyes de Atenas, Cécrope y Anfición, se habían casado con las hijas de sus predecesores. El benedictino Beda el Venerable (673-735), relata en su "Historia

Por el contrario, se regresa en esta época iniciada la dinastía saidita con Psamético I, que liberó Egipto del dominio asirio, a una monogamia rigurosa, sancionada por el divorcio, que la mujer puede obtener por las mismas razones que el marido.

El matrimonio mantenido en la órbita religiosa paso a ser una relación jurídica de carácter meramente civil: pues el matrimonio era contractual, no reglado por la ley.

La esposa era dueña de sus bienes. La dote se estipulaba minuciosamente y el adulterio se castigaba con la amputación de la nariz de la mujer y con la pena de azotes del amante.

Período Ptolomeico (332-30 a. C.) tras la conquista de Egipto por Alejandro Magno la influencia griega en el país de las pirámides cobra estado produciéndose profundas variaciones en el orden jurídico. La vida familiar y el sistema matrimonial no sufren alteraciones "... la moral alcanza un alto grado de humanismo: es esencialmente individualista, por el respeto que otorga a la persona humana; es universalista, por hecho mismo de considerar al hombre en sí: conocerse así mismo, dormirse, observar en todo la medida, practicar la caridad, la ayuda mutua, la cortesía. Es la moral egipcia la que Sócrates, inconscientemente sin duda, lleva a Grecia. Esta moral es religiosa. Desde hace 30 siglos la religión egipcia viene estando orientada hacia el más allá. Tiende hacia un panteísmo monoteísta. Pero, al mismo tiempo, la democracia ha desarrollado el misticismo tanto en la en la piedad individual como en las procesiones y ceremonias populares del culto. Los ritos locales, al dirigirse a los dioses, y a sus símbolos, constituyen manifestaciones de amor a cuantos aspectos cobra la divinidad.

eclesiástica *Gentis Anglorum*", siempre que aparecía una duda en la sucesión, los picnos escogían su rey de la línea femenina con preferencia a la masculina.

En realidad, el culto adopta allí las formas más variadas; incluso llega a no dirigirse únicamente a los dioses, sino también a los sabios que mejor supieron acercarse a la divinidad; éstos son los prolegómenos del culto a los santos”.

Período Romano y Bizantino (30 a. C. al 640 d. C.) el cambio, tras la conquista de Egipto por Augusto, de las costumbres, normas y ritos fue muy lento, de acuerdo con el criterio político seguido por Roma en los territorios conquistados: respeto al Derecho Indígena. Por el largo estadio dominador y la ascendencia de las costumbres y derecho romano, produjeron una progresiva alteración que sólo afectó muy ligeramente a la vida matrimonial y familiar egipcia, dada la altura moral conseguida por estas instituciones.

El Cristianismo y el maniqueísmo sí produjeron, en especial cambios sobre todo en el matrimonio.

f) Matrimonio en India.

De acuerdo con el *Código o Leyes de Manú*,¹⁹ la mujer gozaba de una posición poco halagadora, llegando hasta el extremo de ser considerada un ser impuro, que debía reverenciar a su marido como un dios.²⁰ Se consideraba que el hombre y la mujer formaban una sola persona; el hombre se componía de él mismo, de su mujer y de sus hijos.

El hombre no tenía al parecer más que una sola mujer, lo que confirma la fidelidad como supremo deber del derecho de sucesión reservado cuidadosamente al primogénito.

¹⁹ Debido a las circunstancias geográficas y ambientales de India, no resultaba factible que existiera un código o legislación única, en su lugar la ley era sustituida por los *dharmasastras* locales, que eran textos en los que se contemplaban los deberes y reglas de los aspectos de la vida de la comunidad hindú y sobre el cual se apoyó el sistema de castas, que favorecía a la casta superior o brahmanes. El más antiguo y trascendente de estos compendios legales es el que ha llegado a nuestros días con este nombre. Su difusión tuvo lugar alrededor de 650 años antes de la era cristiana (*Leyes de Manú*, en Enciclopedia Jurídica Omeba, op. cit., t. XIX, pp. 42-43).

²⁰ Enciclopedia Jurídica Omeba, op. cit., t. XIX, p. 147.

Al progenitor más anciano se le consideraba la cabeza de la familia, la cual conservaba a sus dioses particulares y siempre reconocía su lugar de origen.

La sociedad hindú se dividía en *varnas* o colores para diferenciar a los conquistadores arios de piel blanca, de los *drauidias* oscuros y dominados.

Las agrupaciones jerárquicas se basaron en la ocupación: los *brahmanes*, que eran los sacerdotes y estudiosos, su poder se fundaba en el monopolio de conocimientos; los *kashatriyas*, que eran los soldados y los gobernantes; los *vaishiyas*, que eran los agricultores y comerciantes, y los *soudras*, que eran los sirvientes, entre otros estratos sociales.

Entre los hindúes hubo principalmente ocho modos de contraer matrimonio por las cuatro clases citadas, en las cuales intervenía muy poco la voluntad o albedrío de los contrayentes. Algunos se catalogaban como buenos y otros como malos, y eran los siguientes:

- El del modo de Brama.
- El de los dioses o *devas*.
- El de los santos o *rishs*.
- El de las criaturas (*pradjapatis*).
- El de los malos genios, que eran los *asuras*.
- El de los músicos celestiales (*gandarbas*).
- El de los gigantes, que eran los *raksasas*.
- El de los vampiros o *pizachas*.²¹

Los legisladores consideraron los cuatro primeros convenientes a un *brahman*; los permitidos por la ley fueron el modo sexto y séptimo.

²¹ ASECIO CHÁVEZ, Manuel, op. cit., p. 31.

Faltan páginas

N° 21-22

En consecuencia, no se practicaba ningún control de nacimientos, el aborto era considerado un crimen tan grave como el asesinato de un brahmán. Lo cual con el tiempo ha conllevado a la superpoblación y miseria de India.

Tanto el divorcio como el segundo matrimonio de la mujer estaban prohibidos. La obligación de fidelidad era recíproca; la ley imponía explícitamente la mutua fidelidad hasta la muerte, hasta el extremo de no levantar nunca los ojos en presencia de un hombre, ni pronunciar jamás el nombre de otro varón.

Dicho deber sólo admitía como excepción permitir, al igual que en las costumbres hebreas, que si el muerto había sido estéril, su hermano podía engendrar un hijo con la viuda para que pudiera rendirle honores fúnebres y alimentar su cuerpo y espíritu durante muchos años.

Asimismo, el marido que no tenía hijos podía entregar su mujer a uno de sus hermanos para que la fecundase, este era un acto que realizaba con importante solemnidad y una vez cumplido el deber por el hermano, éste ya no debía volver a ver a la cuñada.

El matrimonio en las leyes hindúes estaba basado en el predominio absoluto del marido y conservaba muchas de las características de los pueblos bárbaros.

g) Matrimonio en Israel.

Una de las grandes obras que el pueblo hebreo nos legó es la Biblia,²³ considerado como libro sagrado para los creyentes, y con valor histórico para los no

²³ La Biblia deriva del latín y significa libros. Se trata de un extenso conjunto de libros escritos por diversos autores a través de un período de más de mil años. Dichos libros se dividen en dos grandes grupos: el Antiguo y el Nuevo Testamento. La palabra testamento, a su vez, deriva del latín *testamentum*, que equivale a "alianza" o "pacto". En el Antiguo Testamento el pacto se refiere especialmente a la alianza concertada entre Dios y los israelitas, a quienes él designa como su pueblo elegido. En el Nuevo Testamento se genera la nueva alianza en la que el hombre se sitúa, por medio de Jesucristo, en una relación efectiva con Dios. Todos los libros del Antiguo Testamento fueron escritos por el pueblo israelita en hebreo y arameo, se redactaron durante el período que transcurre a

creyentes debido a la riqueza de su contenido. En él se relatan hechos que comprenden a la familia y el ideal del matrimonio. La visión de las relaciones entre el hombre y la mujer están plasmadas en sus primeras páginas, las cuales fueron escritas en el siglo XIX a. C. por un pensador religioso llamado Yahaviasta.

En el Génesis se relata la unión monogámica, indisoluble, creada por Dios, que no podía romperse, pues se consideró que era como cortar en dos la misma carne viva. Se descubre la mutua ayuda. Se consideraba que el hombre y la mujer se complementan mutuamente y cada uno enriquece al otro con sus propias aportaciones.

También se relata cómo Dios se prepara para crear en el día sexto su obra maestra, en la que se manifiesta la incomparable dignidad de los dos sexos, así como su igualdad en cuanto que ambos son en la misma medida imagen de Dios, ello queda plasmado en el capítulo I, versículo 26 a 28, como sigue:

Dijo Dios: Hagamos un hombre a nuestra imagen, a nuestra semejanza, y tenga dominio sobre los peces del mar, las aves que pueblan el aire, el ganado, todo animal salvaje y todo reptil que se arrastra sobre la tierra. Y creó Dios al hombre a su imagen. Lo creó a imagen divina, macho y hembra creó.

Dios los bendijo diciéndoles: Sed fecundos, reproducios y llenad la tierra y subyugadla.²⁴

Se dice que el hombre y la mujer con su obra maestra, pues poseen su cuerpo, su corazón y, sobre todo, su vida de unión, manifestada por la oración. No obstante, la evolución y desarrollo del pueblo judío va tomando diversos caminos. Por ejemplo, la familia patriarcal tenía la obligación de contraer matrimonio dentro de su propio

partir del éxodo y bajo la autoridad de Moisés (hacia 1250 a. C.), hasta la época de los macabeos (63 a. C.). Se escribieron en forma de rollos, los libros sagrados al idioma entonces predominante, el griego (Biblia del nuevo milenio, ecuménica, Trillas, México, 2000. p. IX).

²⁴ AYALA SALAZAR, José Melchor y GONZÁLEZ TORRES, Martha Gabriela, *El Matrimonio y sus Costumbres*, Trillas, México, 2001.

clan; admitía el matrimonio entre hermanos, situación que persiste hasta la época del rey David.

Sabemos, por los textos sagrados, que la poligamia era practicada, ya que se consideró que lo primordial del matrimonio era la procreación, toda vez que la población debía multiplicarse para sobrevivir.

Entre los hebreos existió como tradición una obligación especial para los cuñados que, de acuerdo con lo establecido en el Deuteronomio, capítulo 25, versículos 5 y 6, consistía en que si varios hermanos vivían juntos y uno de ellos moría sin tener hijos, la esposa del muerto tenía la obligación de no casarse fuera de la familia, con un extraño, y su cuñado se casaría con ella, cumpliendo "su deber legal de cuñado". En este sentido "el primogénito que ella dé a luz mantendrá el nombre del hermano muerto, para que su nombre no perezca de Israel".²⁵

A la infecundidad se le consideró como un castigo de Dios y el celibato no era bien visto. No obstante, a los sacerdotes se les imponía. El matrimonio era obligatorio después de los 20 años. Consideraban inferior a la mujer estéril. El aborto, el infanticidio o cualquier otro medio destinado a controlar la natalidad se conceptuaban como abominaciones paganas.

El éxodo del pueblo judío de Egipto, alrededor del año 1250 a. C., corresponde a una etapa legislativa en la que el gran profeta Moisés inicia una dura labor para transformar a una multitud heterogénea en una comunidad organizada en torno a principios morales, capaz de observar una disciplina y acatar las altas leyes dictadas por Dios.

Este periodo legislativo corresponde a los diez mandamientos dictados por Dios en el Monte de Sinaí, que consisten en una serie de ordenanzas y reglamentos de orden social y religioso. El decálogo prohíbe el adulterio, antigua costumbre de los

²⁵ Biblia del nuevo milenio, "ecuménica", op. cit., p. 201.

pastores nómadas, considerándolo como atentado al bien del otro cónyuge, al establecer en el libro de Éxodo, capítulo 20, versículo 17, el siguiente deber: “No codiciarás la casa de tu prójimo, ni la mujer de tu prójimo, ni su sierva, ni su buey, ni su asno, ni nada que le pertenece”.

Moisés no reconoció el divorcio aunque se consideró lícito que el hombre repudiara y se separara de su lado a su mujer, en muchas ocasiones las causas del repudio se encontraban sujetas al capricho del marido.

El procedimiento que estableció Moisés para tal efecto era muy sencillo, consistía en entregar a la esposa el libelo de repudio y hacerlo saber a la familia de su cónyuge. Según algunos historiadores, estaba obligado a pagar al padre el precio de la esposa que, de esta manera, era tratada como un bien económico. El texto relativo es el contenido en el versículo 1 del capítulo 24 del Deuteronomio, que dice:

“Cuando alguno tomare mujer, y se casare con ella, si no le agradare por haber hallado en ella alguna cosa indecente, le escribirá carta de divorcio repudio, y se la entregará en su mano y la despedirá de su casa”.

Cabe destacar que se expidieron ciertas leyes interesantes en relación con el matrimonio, incluso se le dio en esta época mosaica un trato especial, en este sentido el Deuteronomio en su capítulo 24, versículo 5, señala textualmente lo siguiente: “Si un hombre está recién casado, no prestará servicio militar ni se le impondrá ninguna otra responsabilidad en relación con él. Un año estará exento en su casa, para hacer feliz a la mujer con quien se casó”.

En la época de instalación de Canaán, se da nuevamente la tendencia hacia la bigamia, en especial en la época de los reyes y jueces, en la que dentro de las familias de alto nivel, el señor de la casa tenía las concubinas que pudiera mantener.

Después de la mujer israelita gana respeto y libertad, como ejemplo tenemos los pasajes bíblicos en los que se menciona la vida de Noemí y de Ruth, en donde es vista como compañera y no como esclava. También ella podía pedir el divorcio, pero a consecuencia de que el marido le fuere infiel.

Posteriormente, se establecieron costumbres más severas. Se trató de restringir el divorcio, también se hicieron esfuerzos para estrechar más los lazos familiares. Asimismo disponía que es en la familia donde se debían inculcar las leyes.

Después del exilio del pueblo israelita de Babilonia, apareció una legislación que prohibía los matrimonios con los extranjeros. Es en tiempos del profeta Nehemías cuando se prohíben los matrimonios mixtos, esto es, con colonos extranjeros que tenían por culto dioses extranjeros. Además, los antiguos exiliados comprendían que así como Dios se había mostrado fiel con su pueblo, así debía ser el esposo con la esposa de su juventud.

Los esposos, bajo la figura de Yahvé, esposo fiel de Israel, descubren que también la unión matrimonial es una obligación a su compañera, aun juramento de fidelidad a ejemplo de la fidelidad divina. En este sentido el profeta Malaquías señala como concepto ideal y divino del matrimonio que “los dos serán una sola carne” (Génesis 2: 24).

Esto se debe a que por el año de 445 a. C., el pueblo judío tenía una situación difícil, se sentía defraudado por los profetas y sus promesas, en consecuencia, cae en incredulidad y la apatía, entregándose los sacerdotes a la molición y al fraude, en un ambiente donde todos parecen haber olvidado las normas establecidas por Yahvé. Es en este momento cuando el profeta Malaquías aprovecha para despertar las conciencias y exhorta al pueblo a conducirse conforme a sus leyes morales.²⁶

²⁶ El Antiguo Testamento tiene varias alabanzas muy hermosas situadas en el libro Cantar de los cantares en las que se exaltan las virtudes de los esposos, para mayor referencia véase el versículo 4.

Las condiciones económicas del pueblo, después de su regreso del exilio, fueron más favorables para la monogamia. Luego, Cristo vino a declarar que sólo la unión monogámica y estrictamente indisoluble respondía a los planes concebidos por Dios, desde la creación del hombre.²⁷

Con el paso del tiempo, el pueblo hebreo conoció varias formas de matrimonio, entre las que se distinguen las siguientes:

- a) Matrimonio polígamo, que fue el que se practicó primitivamente.
- b) Matrimonio por captura, llevado a cabo por la fuerza con mujeres cautivas tomadas en los botines de guerra
- c) Matrimonio sábito, en el cual los hijos eran criados en el clan de la madre.
- d) Matrimonio monogámico, que comenzó a practicarse cuando desapareció la poligamia, a fines del siglo IV de la era cristiana.²⁸

En la Biblia y en el Libro de las Leyes de Manú encontramos los dos más antiguos textos en los que desentrañar en forma auténtica las primeras normas y ritos matrimoniales.

El carácter de texto sagrado de la Biblia impregna todo su contenido, puramente religioso, sea lo expuesto de carácter histórico, consuetudinario, jurídico o literario.

En lo que a nuestro tema afecta, hay referencias al matrimonio y a la familia en el Antiguo Testamento, en casi todos los Libros que lo componen. El matrimonio, la familia y toda la normativa jurídica hebrea tradicional está impregnada de religiosidad y sentido de la divinidad.

Esta profunda sacralización de la institución que nos ocupa, principalmente, y el respeto por la tradición, accesoriamente, es lo que ha permitido que la familia hebrea se mantenga ejemplarmente sólida hasta nuestros días quizás sea en el

²⁷ Enciclopedia Jurídica Omeba, t. XIX, p. 44.

Israel de hoy donde se están produciendo las fisuras más importantes,²⁹ pese a los tremendos avatares sufridos por el pueblo judío.

Aun cuando la monogamia es el carácter inicial del matrimonio hebreo, ya muy pronto se reconoce la poligamia,³⁰ sí bien en una estirpe maldita, la de Caín. Es frecuente como en el Código de Hammurabí, la toma de segunda esposa en caso de esterilidad de la primera, fruto del presionativo deseo de tener descendencia; así lo vemos en Abraham, Jacob y Esau, entre otros mucho casos. Pero la fidelidad es siempre loada en la Biblia.

El matrimonio podía concertarlo el propio novio, pero más frecuente es el acuerdo entre los padres.

El novio debía abonar una cantidad (mohar) a los padres de la novia. Más que compra era compensación por los gastos habidos en cuidarla y alimentarla. Careciendo de bienes, esta compensación se podía pagar en servicios si así se convenía.

Como en todos los pueblos primitivos, el matrimonio se contraía a temprana edad, sobre los 18 años. Si bien estaba vedado matrimoniar entre próximos parientes en unos primeros tiempos es admitido. De otra parte también hay rigor en la prohibición de los matrimonios exogámicos cuando existe diferencia de raza.

El adulterio era objeto de máxima sanción y también el homosexualismo y el bestialismo, al igual que las relaciones pluripersonales con madre e hija.

²⁸ *Ibidem*, p. 148.

²⁹ En el actual Israel la igualdad absoluta de los sexos ha sido proclamada en ley de 1951, y el servicio militar es obligatorio para varones y hembras; en los primeros kibutzim, no había otra vida de familia que la sexual (V. ALBA, obra citada, pág. 264).

³⁰ "Una poligamia de formas limitadas parece ser la forma familiar en que se mantiene la continuidad del pueblo de Israel...". (E. D'ORS, op. cit., pág. 264).

El Deuteronomio es muy laxo en materia de repudio, así en 24, 1 se establece: “Si un hombre toma a una mujer y llega a ser su marido y ésta luego no le agrada porque ha notado en ella algo de torpe, le escribirá el libelo de repudio y poniéndoselo en la mano, la mandará a su casa”. De este precepto cabe deducir un criterio divorcista amplio. Se admite también el repudio en caso de apostasía. Exigía la intervención de un escriba que tenía como misión mediar pacíficamente y dar fe. La mujer repudiada podía, más tarde, contraer nuevas nupcias.

El repudio del marido, disolvía el matrimonio, pero el realizado por la esposa, no autorizaba a ella a nupciar nuevamente.

La virginidad es alabada y la imputación falsa de faltas en la esposa, sancionada con multa y prohibición de repudio.

h) El Libro de las Leyes de Manú.

De cronología dudosa contiene en su actual conocida redacción 5.370 versos (2.685 zlokas), y está distribuido en XII Libros, de los que el III trata del casamiento.

Una primera parte se dedica al novicio, en sentido religioso, su tiempo de estudio 36 años o la mitad o la cuarta parte; la purificación del baño; la mujer y la familia conveniente; las ocho clases de matrimonio según las castas y las leyes, entre ellas el raptó y cierta forma de violación matrimonial, los beneficios del matrimonio laudable y los inconvenientes del inferior; de la descendencia; de las ceremonias; de la concepción y los días hábiles; de las donaciones por razón de matrimonio; de las formas de honrar a las mujeres; del comportamiento de éstas; de los rezos y ofrendas; de los deberes de los amos; etc., hasta un total de 286 zlokas.

Se admite la poligamia: “12.- Está ordenado que los dvijas en su primer matrimonio se casen con mujer de su misma casta; pero cuando el amor les obliga a

contraer segundas nupcias, deben preferir a la mujer según el orden natural de las castas” (III, 12); “No hay mención alguna en antiguas historias de que un brahmán o un *kxastriya*, aun en caso de necesidad, haya tomado en su *primer casamiento* una *zudra* por esposa” (III, 14); “el casado con mujer de clase servil en primeras nupcias...” (III, 15).

En el Libro IX, 85, se nos dice: “Si una *dvija* tiene varias mujeres que sean de distintas castas, la preeminencia entre ellas, el honor y las caricias, han de regularse según el orden de las castas”. Se trata de un matrimonio *cum manu*, así el versículo 3 del Libro XIII, nos enseña: “El padre cuida de la mujer en la infancia, el marido en la juventud y los hijos en la vejez”; la mujer nunca debe proceder con independencia; acusa a las mujeres de versatilidad y de sexualidad; el adulterio es prohibido tanto para el varón como para la esposa, en tanto que la fidelidad conyugal es ensalzada.

Todas las normas matrimoniales contenidas en los libros de las Leyes de Manú están impregnadas de religiosidad.

La civilización India ha aportado al hombre mucho más que un folklore, que el sistema de castas y que una profunda espiritualización: “De muchas de las normas íntimas preformadas en el interior de los hogares índicos, se nutre todavía la Humanidad; así han podido resultar tan cercanas a nosotros, con un sabor tan singularmente *moderno* ciertos sentimientos y juegos de valores expresados, por ejemplo, en la poesía del *Ramayana* o del más antiguo teatro de la India”.

1.2. El Matrimonio en Grecia y Roma y sus costumbres.

En Grecia.

Aquella tremenda explosión, desenvuelta en períodos sucesivos, de ignoradas causas, habida en el corazón de Asia, que hizo emigrar a los pueblos arios, arrojó a

los Vedas sobre la India, a los Hititas contra el Oriente Medio y lanzó a los Aqueos a dominar Grecia. Pueblos dotados de dos nuevas armas: el hierro y el caballo.

Se desconoce si esos pueblos arios invadían a, o huían de, lo más probable es que la realidad descansa en esta segunda posibilidad. Lo que sí ha llegado hasta nosotros es que ocuparon terrenos, se establecieron en países y crearon nuevas culturas, costumbres e imperios en los lugares que alcanzaron. Casi dos mil años tenían que transcurrir antes de que naciera Cristo.

Son varios los autores que nos hablan de un período matriarcal previo en las islas del Egeo, fundados en un texto de Plutarco que asegura que en dichas islas la palabra patria, se decía matria. El Peloponeso estaba ya colonizado por la cultura y el poder cretense.

Poco se sabe de las costumbres familiares de la época aunque se afirma la existencia de una comunidad familiar económica en el seno de la cual sé hacia una distribución de tareas y beneficios. Al estar poco dividido el trabajo en la colectividad política, la familia tenía que ser autosuficiente para todas sus necesidades.³¹ La estructura familiar es patriarcal, pero la mujer ocupa un puesto muy destacado en su seno.

El matrimonio es monogámico y parece que indisoluble en esta fase histórica y de carácter religioso. El acuerdo matrimonial se conviene entre los padres.

El himeneo es muy celebrado. La castidad y la fidelidad son loadas. El padre de la novia recibe, como entre otros muchos pueblos, una compensación económica que es objeto de previo convenio.

³¹ Cabe afirmar que la familia menguante-el intermedio entre la gran familia primitiva (3, 4 generaciones) que, cuando prolifera y se extiende 5, 10 generaciones- se convierte en tribu, es fruto de la división del trabajo. Este si que es un factor económico trascendental para la Historia: la familia reduce su ámbito en medida inversa al desarrollo de la especialización laboral y del comercio.

En esta época aún no ha surgido la polis; la organización política es tribal: grupos de familias que reconocen que descienden de un antepasado común y, en caso de emergencia, se someten a un señor, que más tarde es calificado como rey.

Las creencias griegas con su gran número de dioses, reciben su influjo de Egipto y las ideas morales se implantan, con la convicción de la inmortalidad del alma, lo cual lleva, como consecuencia indirecta, a la mejora de la condición de la mujer.³²

Hacia el 550 a. C., se produce en Esparta la reacción de Quilón. Las severas leyes, consecuencias de los criterios establecidos, trajeron, en lo que ahora nos afecta, la obligación de matrimoniar para asegurar la continuidad estatal³³ y la destrucción de los recién nacidos deformes para impedir la existencia ulterior de ciudadanos inútiles.

Había libertad para escoger esposa, pero si la electa no era apta para la reproducción se pagaba una multa. El marido estaba obligado a tolerar la infidelidad de su cónyuge siempre que ésta adulterara con hombre más fuerte y desarrollado que él.

La edad para matrimoniar era la de 30 años para el varón y 20 para la mujer. Los casamientos prematuros estaban prohibidos. Los aspirantes al matrimonio debían reunir adecuadas condiciones de belleza, salud y fortaleza; la estatura era don apreciable. Las jóvenes, aun cuando hubieran lidiado en público desvestidas totalmente, no aportaban al matrimonio otra dote que el honor y la virtud.

El matrimonio tenía lugar sin ceremonial ni fiesta alguna; por la noche el esposo intentaba furtivamente llevarse a la novia de la casa de sus padres, incluso simulando fuerza; si lo conseguía, se la llevaba a su domicilio y se reunía con sus camaradas en el gimnasio donde celebraba su éxito; al terminar eludía, escapaba y se reunía con su cónyuge fuera de toda indiscreción, evitando que se supiera de la

³² Pitágoras, en su Academia tanto admitía varones como hembras.

consumación del matrimonio; se afirma que esta cohabitación secreta duraba, a veces, años.

Progresistas en el parlamento, los atenienses eran conservadores en la familia.

Los privilegios del varón sobre la hembra eran manifiestos. La posibilidad de exposición, si el recién nacido es deforme o hembra, eran grandes. El infanticidio del tarado se toleraba. El aborto, sin embargo, es recusado en el texto médico de Hipócrates.

La elección de cónyuge se hace por los padres sobre bases económicas. La dote esta regulada y queda siempre de la propiedad de la esposa lo que retrae los divorcios. Las edades de los novios están bastante distanciadas, de 15 a 17 años para las novias y de 25 a 35 para los varones.

La boda laica, pues ningún clérigo interviene en ella, obedece sin embargo a ritos religiosos, simula en su última fase un raptó y mientras los invitados cantan epitalamios a la puerta de la cámara nupcial, los novios consuman su unión, anunciándolo después el marido.

Fustel de Coulanges describe así al matrimonio griego: "La ceremonia del casamiento se componía, por decirlo así, de tres actos: el primero transcurría ante el hogar del padre; el tercero, en el hogar del marido y el segundo, era el tránsito del uno al otro".

En el primer momento, ofrece un sacrificio y declara sacramentalmente que da su hija al novio; esta declaración es totalmente necesaria, pues la novia no podía adorar el hogar del esposo si su padre no la hubiera desligado previamente del hogar paterno. Luego se traslada a la joven a su nuevo hogar, normalmente en un carro, cubierto el rostro con un velo y llevando una corona en la cabeza; su vestido era

³³ El celibato era delito castigado con la constante desnudez, hasta en el invierno.

blanco; iba precedida de la antorcha nupcial; en el trayecto se cantaba un himno religioso llamado himeneo, denominación que más tarde calificó a toda la ceremonia. Al llegar al nuevo hogar, el marido la tomaba en brazos, simulando un rapto, la esposa daba algunos gritos semitemerosos y las mujeres acompañantes apretaban su defensa; tras una lucha simulada el esposo la hacía, en brazos, franquear la puerta. En el último acto el esposo ponía la novia en presencia de la divinidad doméstica, la rociaba con el agua lustral y tocaba el fuego sagrado; recitaban oraciones y finalmente compartían los nuevos consortes una torta, un pan y algunas frutas.

Precediendo a toda la ceremonia se había hecho en el templo una consulta augural a los dioses; como colofón de la ceremonia tenía lugar un gran festín en el que dos coros de jóvenes, de ambos sexos, cantaban epitalamios;³⁴ finalmente el corifeo apagaba su antorcha y con ello la ceremonia había terminado. Los individuos desalojaban el nuevo hogar.

El adulterio de la esposa puede llevarla al divorcio e, incluso, a ser víctima de uxoricidio, que la ley condenaba, si bien no era frecuente llegar a estas trágicas medidas pues el marido engañado repudiaba a su cónyuge y se quedaba toda o parte de la dote en compensación a su honor mancillado. Sin embargo el esposo si puede tener concubina, es más, Demóstenes lo recomendó.³⁵

La posición de la mujer casada en la Grecia avanzada es regresiva en comparación a la que ostentaba en la época homérica.

³⁴ Término que significa "cantos del lecho" o, como dice el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, "composición poética de género lírico, en celebración de una boda", aunque pensamos con la experiencia de la sal gruesa que pone el pueblo en estas ocasiones, no serían tan líricas las composiciones.

En Roma.

Como en Egipto, como en Grecia, intentar hacer un apunte de la familia y el matrimonio romanos, es intentar un diseño de la vida íntima social humana durante mil años; un milenio trascendente y trascendido sobre toda la Humanidad; un milenio clave.

El pragmatismo y el rigor lógico romanos crearon un sistema jurídico completo con capacidad, obteniendo deducciones de sus principios en segunda generación, para regular por sí mismos en forma total la vida de cualquier pueblo evolucionado. Sólo por esto merece Roma nuestro respeto y admiración; por haber conseguido el ideal de perennidad que toda norma debe llevar en sí.³⁶

La fundación de Roma, en la forma que le concede la tradición, representa una verdad simplificada y esquematizada... a la luz de la Historia, la fundación de la Ciudad... se efectúa en tres etapas: las primeras aldeas romanas, la liga septimonia, la Roma etrusca unificada.³⁷

El paso de ciudad a Estado, a raíz de la anexión del Lacio y de la concesión del derecho romano de ciudadanía a sus habitantes creando con ello un estilo original y generoso de asimilación de los pueblos dominados transforma la óptica colectiva romana frente al mundo y predestina a aquel pueblo para su hegemonía mediterránea, al tiempo que predispone al mundo mediterráneo para su entrega a Roma, por llevar consigo, sin pérdida de sus costumbres autóctonas, la posibilidad de alcanzar la igualdad jurídica con el dominador y desarrollar su comercio local o nacional al entrar, con garantías jurídicas, en el gran mercado mundial de la época.

³⁵ "Tenemos una cortesana para nuestros placeres, una concubina para recibir de ella los cuidados que exige nuestra salud, tomamos una esposa para tener hijos legítimos y una fiel guardiana de todo lo que contiene nuestra casa". (Defensa de Teomnesto y Apolodoro contra Neera).

³⁶ Toda ley que se desee perfecta debe tener aspiración de permanencia . (Así lo hemos sostenido en nuestra obra "*La Equidad y el Arte de Juzgar*", Edit. Aranzadi, Pamplona, 1979, pág. 16).

³⁷ L.HOMO, "*Nueva historia de Roma*", Edit. Iberia, Barcelona, 1949, pág., 16.

A falta de una religión moralista, el romano primitivo adquirió sus virtudes en el seno del hogar: la *gravitas*, la *pietas* y la *simplicitas*. La primera venía constituida por el sentido de la responsabilidad, la segunda era la sumisión a las instituciones establecidas y la *simplicitas* podemos equipararla al realismo pragmático.

El hogar donde se inculcaban esas virtudes era su santuario privado y la sede del pater familias, el jefe de un núcleo compuesto por él mismo, su esposa, hijos, nueras y descendientes, sobre todos los cuales tenía un poder legal y efectivo: la patria potestad.

Un poder del que realmente se usaba pero no se abusaba, pues de haberlo hecho la institución no hubiera subsistido; el padre tenía una posición más parecida a la de un juez que a la de un tirano.

El padre era el titular de todos los bienes familiares, inclusive la dote. La emancipación del hijo era mucho más difícil que la del esclavo, pues la paternidad no es un derecho abdicable; para conseguirla el hijo tenía primero que convertirse en esclavo del padre y luego ser emancipado.

En los ritos nupciales subsisten, pero con carácter de tradición, perdido ya el simbolismo, la velación de la cabeza de la desposada y su conducción solemne hasta la casa del marido.

Las mujeres, en cuanto a sus derechos, son iguales a los hombres salvo en lo relativo al *ius comertium*.

En el 444 a. C. (309 de la fundación de Roma), por la presión plebeya se dictó la Ley Canuleya, que autorizó las *justas nupcias* entre patricios y plebeyos, siguiendo los hijos la condición que tuviere el padre.

Las grandes familias romanas ³⁰ en su origen, según la tradición albanas unas, troyanas otras, descendientes de reyes unas terceras, pero todas con linajes fabulosos adquiridos muy a posteriori, según nos dice Mommsen, habían sufrido, por unas u otras causas, una disminución tal en su número a la llegada de la república, que fue necesario introducir en el Senado 164 segundones y plebeyos para completar el número ritual de 300 senadores.

Los cultos a Cibeles y a Baco entraron en Roma en el 550 y en el 568 (ambos de la fundación), con su corte de sacerdotes eunucos, sus banquetes, sus orgías; la peligrosa úlcera se había extendido rápidamente por Roma y por el resto de Italia, sembrando por todas partes, en las familias, la ruina y los más odiosos crímenes.

La austeridad de vida romana inicia su quiebra; los lazos de familia y las costumbres se relajan; ³⁸ el lujo se desbordaba; el divorcio era cosa ordinaria ³⁹ y frecuente y los varones se retraen de ir al matrimonio.

En esta época se generalizó también el uso de emancipar a las mujeres. Otras logran liberarse de la tutela viril a través de matrimonios aparentes, de convivencia, tomando a su cargo la administración de su fortuna.

El matrimonio era precedido del noviazgo concertado por los padres, con frecuencia sin consulta a los interesados. Se procuraban con él arreglo económico.

³⁸ "Los lazos de familia se relajan con pavorosa rapidez. Los hábitos de embriaguez y de otros vicios repugnantes, en compañía de mujeres mundanas y de jovencillos se extendían como una lepra...". (T. MOMMSEN, op. cit., pág. 994).

³⁹ "El primer divorcio que conocemos ocurrió dos siglos y medio después de la fundación de Roma, si bien una regla de honor lo hacía obligatorio en caso de adulterio de la mujer". (I. MONTANELLI, op. cit., pág. 113). Aulo Gelio nos dice (IV, 3) que: "Calvilio Ruga, hombre de ilustre familia, se separó de su mujer, mediante divorcio, porque no podía tener hijos de ella. La amaba con ternura y se felicitaba por su conducta, pero sacrificó su amor a la religión del juramento, pues había jurado (mediante la fórmula del matrimonio) que la tomaba por esposa para tener hijos". Más tarde, Cicerón se divorció de Terencia, ilustre y respetada dama, con la que vivió una larga unión crecientemente tempestuosa. En seguida se casó con Publilia, joven, y bella pupila suya, de la que se divorció muy pronto. Su hija Turia, casó con Dolabella, siendo muy desdichado este matrimonio.

La unión matrimonial confería normalmente al marido la *manus* sobre la esposa; un poder amplio similar a la patria potestad ⁴⁰ y que teóricamente, al menos, le facultaba incluso para dar muerte a la esposa. El poder pasaba del padre al marido en el matrimonio *cum manu* y era retenido en él *sine manu*, menos frecuente y de carácter laico; los hijos en esta última forma matrimonial pertenecían a la familia de la mujer.

El matrimonio *cum manu* se dividía en tres formas: la *confarreatio*, la *coemptio* y el matrimonio *per usus*.

La *confarreatio* era la forma más solemne y antigua. Al igual que la *coemptio*, se trataba de una mera fórmula: el matrimonio en todos los casos se fundaba en la voluntad de los cónyuges. Celebrábase la *confarreatio* ante el *pontifex maximus*, escoltado por el *flamen dialis*, otros sacerdotes y diez testigos y consistía en un sacrificio a Júpiter de una torta de harina pronunciando los contrayentes una fórmula solemne y sentándose en un doble escabel cubierto por la piel de un animal recién sacrificado, el *pontifex* les daba entonces a consumir la torta nupcial.⁴¹

Esta forma matrimonial era la usada por la Roma patricia y decayó con los tiempos quedando bajo Tiberio como la forma nupcial sacerdotal.⁴²

La *coemptio* era, también una tradicional fórmula, herencia ancestral y pseudo-compra, similar en todos los pueblos europeos. Su propio nombre así lo da a entender. Se contraía en presencia del *libripens* y cinco testigos. El esposo golpeaba

⁴⁰ "La manus, relación análoga a la patria potestad, es un poder eventual que el marido tiene sobre la mujer, y se dice poder eventual porque no todas las mujeres estaban sujetas al mismo, pues la manus no era necesaria para la existencia del matrimonio, el cual podía perfectamente ser sine manu, sin perder su esencia". (F. SERAFÍN, "Instituciones de Derecho Romano", Espasa Calpe, 1927, Tomo I, pág. 200).

⁴¹ "Rompiéndose de esta manera el tabú, que, en otro caso, hubiere sido violado con su unión". (H. LAST, op. cit. pág. 295).

⁴² Fustel de Coulanges nos relata en esta forma el matrimonio tradicional romano (op. cit., pág. 154): "El casamiento romano se parecía mucho al griego", y comprendía, como éste, tres actos: *traditio*, *deductio in domum* y *confarreatio*.

una balanza con una moneda de cobre;⁴³ el marido preguntaba: “¿Tú, mujer, quiere ser madre de familia?” ; la novia respondía: “Quiero” ; entonces la esposa preguntaba: “¿Tú hombre, quieres ser padre de familia?” y, a su vez, el esposo daba su aquiescencia.

En todo caso, a la ceremonia seguía una procesión encabezada por los novios, que, con los familiares e invitados, se dirigían al nuevo hogar y en brazos era introducida la novia en la casa.

El matrimonio *per usus* es una forma legal de convivencia original que desemboca en genuino matrimonio. Exige como toda unión conyugal, la madurez de sexo, el connubio y el consentimiento o sea *maritalis affectio*.

La cohabitación por un año continuo, transformaba el hecho en la situación jurídica matrimonial (realmente es una forma de matrimonio por prescripción; según la conocida definición: “la prescripción es la transformación de una situación de hecho en una situación de derecho por el transcurso del tiempo”).

Aunque más moderna que las dos formas anteriores, se reconoce en las XII Tablas,⁴⁴ por ello era una fórmula admisible a patricios y plebeyos puesto que la Ley citada era de aplicación a ambos órdenes.

⁴³ Según Ulpiano el objeto de la ceremonia era significar que la esposa no era una esclava. (Esta interpretación del jurista clásico no la vemos convincente).

⁴⁴ “La Ley de las XII Tablas fue la primera, al par que la última, codificación verdadera y propiamente tal en Roma y tuvo inmensa importancia, no sólo porque puso fin a la incertidumbre del Derecho, sino también porque merced a ella patricios y plebeyos tuvieron conciencia de la unidad del Estado, hallando en la misma la mejor garantía de las comunes franquicias. Por ello llegó, paso a paso, a ser considerada como el estatuto fundamental, como el Arca Santa del Derecho Romano, a la cual se vincularon todos los progresos y evaluaciones de aquel Derecho”. (SERAFÍN, op. cit., pág. 17).

Mommsen añade: “La importancia política de las XII Tablas reside, pues, menos en las innovaciones de su texto que en la obligación expresamente impuesta a los cónsules de seguir en el porvenir todas las formalidades y reglas de un Derecho escrito. Por lo demás, este código, colocado al público en el *Forum*, va a someter la administración de justicia a la comprobación de una publicidad eficaz y el magistrado se verá obligado a aplicar a todos una ley igual y común”. (op. cit., pág. 311).

El matrimonio se podía disolver por la *usurpatio trinoctii*, la ausencia durante tres noches, voluntaria, de la esposa (en la equiparación que antes hemos hecho, una ruptura del plazo de prescripción).

No se piense de todo lo dicho con relación al matrimonio *cum manu* que la esposa era un elemento secundario o sometido en el hogar romano. La posición de la mujer en Roma no es cosa del todo fácil de comprender; porque en esto, como en otras muchas instituciones romanas, la teoría y la práctica no marchan de acuerdo.

La esposa era la auténtica *mater* y señora; a su cuidado estaba el hogar; desde que se casó lleva las ofrendas a los dioses lares de su nuevo hogar, a sus nuevos antepasados, los de su familia natural quedaron atrás; ahora es la hija de su marido; los hijos hasta que tenían edad de acompañar a su padre, los esclavos, su propia fortuna, en su caso, estaban bajo su cuidado.

El peso específico de la matrona romana en la sociedad, la política y las artes,⁴⁵ fue muy grande y aumentó paulatinamente, a lo largo de la historia de aquel gran pueblo; los muchos nombres femeninos de monumentos, palacios y calzadas, acreditan el respeto que sentía el romano por la mujer.

Ya hemos afirmado que el matrimonio romano era indisoluble y el divorcio casi imposible. La disolución del matrimonio religioso, era muy difícil: para tal ruptura se necesitaba otra ceremonia sagrada, pues sólo la religión podía separar lo que la religión había unido. El efecto de la *confarreatio* sólo podía destruirlo la *diffarreatio*.

Los esposos que deseaban separarse comparecían ante el hogar común, un sacerdote y varios testigos asistían a la ceremonia; se les presentaba una torta de

⁴⁵ Teófila, la amiga de Marcial deslumbraba a la sociedad romana con su saber en los órdenes científicos, artísticos y políticos. Séptimo Severo (187-211), nombró a la emperatriz "madre del senado". La madre de Caracalla, creó un "pequeño Senado" compuesto sólo por mujeres que llegó a ejercitar un fuerte poder de hecho.

flor de harina, pero la rechazaban, en vez de compartirla; luego en vez de las oraciones, pronunciaban fórmulas de recíproca repulsión al consorte y, por parte de la mujer, a los dioses lares del esposo; desde entonces la unión religiosa quedaba trunca.

El matrimonio por *coemptio* y el *per usus* era de más fácil disolución.

Naturalmente, el hedonismo de la Roma epicúrea degradó todas las virtudes familiares, sociales y políticas. Aunque Aulo Gelio (siglo II) afirma que el marido es el juez de su esposa y puede matarla si la sorprende en adulterio.

El divorcio nunca demasiado difícil se convierte entonces en excesivamente fácil. La natalidad disminuye.⁴⁶ La sangre autóctona y noble se mezcla con las aportaciones provinciales.

1.2.1 Algunas similitudes de las ceremonias griegas y romanas.

En Roma, al igual que en Grecia, la ceremonia del matrimonio se componía de tres actos.

Primer acto: ambos jóvenes se encuentran en la casa del padre, quien entrega a su hija, ésta a su vez entra a la religión del esposo, por lo cual queda exenta de todo lazo que la uniera con su primera religión. En Roma, a este acto se le llamó *traditio*.

Segundo acto: se conduce a la joven a la casa del esposo velada con una corona y antorchas. El cortejo se detenía frente a la casa del marido, para que la joven entrara y se simulaba una especie de raptó. El esposo debía levantar a la joven

⁴⁶ Zimmermann afirma comentando las civilizaciones antiguas griegas y romana que cuando la familia pierde poder su estructura se desplaza de la familia extensa a la nuclear, la tasa de divorcio aumenta y la natalidad disminuye, sólo la plebe tiene hijos; la palabra "proletario" viene de prole.

en brazos y transportarla sobre el umbral sin que los pies de ella lo tocaran. En Roma este acto se le llamó *deductio in domum*.

Tercer acto: los pretendientes conducían a la esposa ante el lugar donde se encontraban los dioses domésticos. Ambos esposos ofrecían un sacrificio, pronunciaban algunas oraciones y juntos comían una torta de flor de harina. A este acto los romanos le llamaban *confarreatio*, que consistía en un ritual al dios Júpiter. Sé hacia entrar a la mujer al mismo tiempo bajo la *manus mariti*. No era difícil limitar la nulidad que en esos matrimonios pudiera producir un defecto cualquiera; el estado real del matrimonio, persisten durante un año, tenía eficacia convalidatoria, por el *usus*. La misma idea que inspiró la usucapión.

Los inmuebles se usucapinan a los dos años, para los demás casos, incluso para la mujer, eran de un año sin necesidad de haberla obtenido por una compra legal ni por el rito de la *confarreatio*. Si la mujer se sustraía al poder del marido durante la usucapión se interrumpía también la *usus*.

Al matrimonio se le daba plena y legítima unión y convivencia de hombre y mujer. El factor esencial del Derecho Romano es que se daban poderes maritales absolutos sobre la persona de la mujer, por virtud de los cuales ésta pasaba a formar parte de la casa del marido, a cuyo imperio quedaba sometida.

En ambas culturas se consideraba una compra de la novia, mediante la cual el pater familias daba a sus hijas en casamiento.

1.3. El Matrimonio y sus costumbres después de los romanos.

1.3.1. El Matrimonio en el cristianismo, los germanos y los mahometanos.

1.3.1.1. En el cristianismo.

En el 313, Constantino dictó el Edicto de Milán, en el que se proclamaba el respeto del Estado a todas las religiones y devolvía a los cristianos los bienes que les habían sido arrebatados en las últimas persecuciones.

Los cristianos, que ya llevaban años manifestándose o re trayéndose, según los signos de los tiempos, salieron claramente a la luz y resultaron ser, si no mayoría en el Imperio, sí número suficiente para que todo gobernante prudente estuviere atento a sus criterios.

El Episcopado había tomado ya fuerza tal que en el año 390, San Ambrosio, Obispo de Milán, excomulgaba al Emperador Teodosio y escribe: "el Emperador está en la Iglesia, no por cima de la Iglesia". Lo divino se colocó decididamente fuera de la naturaleza visible y por encima de ella. Mientras que antaño cada hombre se había forjado un dios y hubo tantos dioses como familiares y ciudades, Dios apareció entonces como un ser único, universal, que por sí solo anima a los mundos y debe satisfacer la necesidad de adoración que radica en el hombre.

Pero si hasta entonces el hecho de poner a Cristo por encima del Emperador había provocado fuertes represiones, también la alta moralidad de los cristianos, la elevación de la mujer, la decencia de sus conductas y la pureza de sus costumbres, en contraste profundo con la disolución ambiental, había excitado la admiración de muchos y fue la mejor propaganda de su doctrina.⁴⁷

⁴⁷ "La feliz influencia de la nueva idea se reconoce bien la Historia del Derecho romano. Durante los varios siglos que precedieron al triunfo del cristianismo, el Derecho romano aspiró ya a redimirse de la religión y aproximarse a la equidad y a la naturaleza; pero sólo procedió por rodeos y sutilezas que enervaban y debilitaban su autoridad moral... A medida que el cristianismo se difundía en la sociedad, pudo verse a los códigos romanos admitir reglas nuevas, no por medio de subterfugios, si no

En Roma, a la muerte de Cristo, la influencia de los hebreos era grande y la religión cristiana no fue, en sus primeros momentos, más que una secta judía, ya perseguida en Palestina. Su penetración se hacía en las propias sinagogas. Y así ocurrió en Roma, antes y después de la llegada de San Pedro a la capital del universo entonces conocido.

En cuanto a las costumbres familiares y los ritos matrimoniales nada cambió en aquella primitiva fase⁴⁸ y se respetaban los seguidos en los países de origen.

La publicación de los Evangelios de San Mateo y San Marcos en el año 70, y poco después el de San Lucas, así como en el 100 el de San Juan, unificó lo que hasta entonces había sido una tradición oral y antepuso las normas que se deducían de sus relatos a las regulaciones de origen en todo lo afectante a la conducta familiar y privada. El cristianismo fue la primera religión que empleó la palabra amor en un contexto no sensual.⁴⁹

La indisolubilidad matrimonial es principio que va cobrando estado en la órbita moral, sin reflejo en su variante legal. La recusación de todo exceso ético es

abiertamente y sin vacilación. Derribados los penates domésticos y extintos los hogares, la antigua constitución de la familia desapareció para siempre y con ella las reglas que de ella derivaban. El padre perdió la autoridad absoluta que antaño le confiriera el sacerdocio y sólo conservó la que la propia naturaleza otorga para atender a las necesidades de sus hijos. La mujer, que el antiguo culto colocaba en posición inferior a la del marido, se hizo moralmente su igual. El derecho de propiedad se transformó en su esencia; los términos sagrados de los campos desaparecieron; la propiedad ya no se derivó de la religión, sino del trabajo; su adquisición fue más fácil y las formalidades del antiguo Derecho, fueron definitivamente eliminadas.

Así, del mismo modo que al perder la familia a su religión doméstica se transformaron su constitución y su derecho, al perder el Estado su religión oficial, cambiaron para siempre las reglas de gobierno entre los hombres" (DE COULANGES, Fustel, op. cit., pág. 495).

⁴⁸ "...solamente hacia el siglo IV es constatable la existencia de una liturgia eclesiástica del matrimonio y la de que tal aparato litúrgico (que toma carta de naturaleza definitiva a partir del siglo XI), aparecerá siempre desprovisto de cualquier intencionalidad jurídica". (NAVARRO VALLS. R. "Estudios de Derecho Matrimonial", Edit. Montecorvo, Madrid, 1977, pág. 30).

⁴⁹ Los padres de la Iglesia están en estos puntos: igualdad moral de los sexos; igualdad de deberes familiares; ambos esposos deben llegar vírgenes al matrimonio; el adulterio es igualmente recusable en el marido y en la esposa. Hasta el siglo V, las mujeres pueden acceder al diaconado. En la Instituta de Justiniano se puede leer, "hay que acabar con la tutela de la mujer" y también se le reconoce el derecho a ser tutora de sus hijas y nietas. En el año 340 se prohibió que los hombres casados tuvieran concubinas. En el mismo siglo IV, se vetó que la esposa se separara del marido, a menos que éste cometiera homicidio, violación de tumbas o practicara la magia. El esposo sólo podía divorciarse por adulterio o brujería de la mujer. Se terminó con la exposición de niños.

manifiesta; por ende, cualquier forma de concubinato o desviación sexual es reprobada, la honradez en la vida mercantil, el cumplimiento de los deberes laborales, la sencillez de las costumbres, la ayuda mutua, la procreación sin trabas en el seno del matrimonio y la atención a los hijos, son principios que se acatan sin dudas, pues así se impone directa o indirectamente de los textos evangélicos, y como su desarrollo práctico, en las Epístolas de San Pablo y demás Apóstoles.

La libertad de consentimiento matrimonial se hace patente en el Edicto del Papa Calixto I, dado sobre el año 220, en el que declaran válidos los matrimonios de las patricias con los manumitidos o con los esclavos.

En una época inicial el matrimonio, en todo el Imperio, seguía revistiendo las dos formas rituales precristianas (también el matrimonio *per usus* se mantiene con los matices a los que antes hemos hecho referencia), pero se constituye el pontifex y el libripens por el presbítero u obispo, quienes bendicen la unión⁵⁰ y verifican la velación y el intercambio de anillos.

En una fase ulterior, ya desaparecido el Imperio, la bendición tiene lugar dentro de la liturgia eucarística. Varían los ritos menores: la unión de las manos la hacen bien los padres, bien el sacerdote,⁵¹ se bendicen y se colocan los anillos. Se pide comunitariamente por la fecundidad del matrimonio y por la felicidad de los cónyuges. El matrimonio cristiano iba precedido de los esponsales.⁵²

No olvidemos que hasta el Concilio de Trento no existieron imposiciones canónicas sobre los ritos matrimoniales. Para que el matrimonio fuere válido era necesario que se celebrará *in facie ecclesiae* y con la bendición del sacerdote.

⁵⁰ Esta bendición se impartía, en una primera época, en el tránsito solemne de la novia desde casa de sus padres al nuevo hogar.

⁵¹ Equivale a una simbólica entrega de la novia al esposo.

⁵² Como demostración tenemos que el Concilio de Iliberis privó de la comunión por tres años a los padres que quebrantaron la promesa de matrimonio de sus hijos.

El cristianismo ha tenido influencia fundamental en la transformación de la familia en las culturas que han profesado esta religión, infundiendo valores eminentemente éticos en las costumbres familiares. Elevó al matrimonio a la dignidad de sacramento; proclamó los principios de la igualdad y dignidad de los esposos y la indisolubilidad del vínculo matrimonial, y contribuyó a mitigar a la antigua rudeza de la patria potestad.

En esta religión la familia y, en general, el matrimonio se ha regido durante muchos siglos por el Derecho Canónico, sobre la base de que el matrimonio entre cristianos es un sacramento y debe estar sujeto a la legislación y jurisdicción eclesiástica, excepto las relaciones patrimoniales entre los cónyuges.

Para las civilizaciones paganas el matrimonio fue una relación de propiedad, en el que no había dos personas que se enlazaban, sino una persona que adquiría el poder y otra se sometía.

El cristianismo fundó al matrimonio sobre la base de la igualdad; hizo de él una sociedad, una unión de lazos en donde los cónyuges fundían sus vidas en una unidad superior. El imperativo ético del cristianismo consistió en que no había más que una sola persona y una sola indivisible voluntad.

El matrimonio para los antiguos había sido un medio de perpetuar el culto de los antepasados, cuando no, se convertía en una satisfacción sexual o en una innoble especulación, con el cristianismo se convirtió en una institución de amor sagrado como el que Cristo profesó a la humanidad.

Originalmente, el matrimonio cristiano se fundó indisolublemente por el recíproco consentimiento para que tuviera validez el matrimonio entre cristianos, sin necesidad de realizar ceremonia alguna. La concepción cristiana del matrimonio se aproxima más a la germánica que a la romana.

El matrimonio, con el cristianismo se convierte en un acto sublime, el signo sacramental se convierte en la unión de los consentimientos y de los cuerpos, en la aceptación de los esposos, en la promesa mutua.

De los versículos 18 al 25 del capítulo 2 del libro del Génesis se ha inferido que el matrimonio es una unión indisoluble, porque al formar los cónyuges una sola carne no podrán separarse sin romper esa unidad:

Después Yahvé se dijo: No es bueno que el hombre esté solo. Le haré una ayuda adecuada.

Entonces Yahvé Dios formó de la tierra a todos los animales salvajes y a todas las aves que pueblan el aire, y los trajo ante el hombre para ver qué nombres les pondrían y que sus nombres fuesen los que él les diera.

Puso pues el hombre nombre a todo el ganado, a todas las aves que pueblan el aire y a todos los animales salvajes. Pero no encontró ayuda adecuada para el hombre.

Yahvé Dios hizo caer entonces un pesado sueño sobre el hombre, y éste se quedó dormido. Luego Yahvé tomó una de sus costillas, y tras cerrar la carne en el lugar de ella, transformó en una mujer la costilla que había sacado del hombre, y se la trajo a éste. El hombre exclamó entonces:

Por fin está es huesos de mis huesos.

Y carne de mi carne.

Se le llamará mujer

Porque del hombre fue creada.

Por eso el hombre deja a su padre y a su madre y se une a su mujer, y los ~~dos~~ se convierten en una sola carne.

El matrimonio deja de ser la fórmula jurídica por la que se contraen obligaciones, no radica tampoco en la liturgia nupcial, sino en la voluntad de pertenecerse mutuamente en el amor, en la fidelidad, libremente consentida por ambos consortes hasta la muerte. El matrimonio se asemeja, de este modo, a una imagen del matrimonio de Dios con la humanidad o de Cristo con la Iglesia.

En el Nuevo Testamento, Jesucristo ordenó el divorcio, según se desprende de los evangelios de San Mateo, San Lucas y San Marcos. En efecto, San Marcos, capítulo 10, versículos 2 al 11, se lee:

Algunos fariseos se acercaron y le preguntaron, para ponerle a prueba, si era lícito que el hombre se divorciase de su esposa.

Él les respondió: ¿Qué os manda Moisés? Ellos dijeron: Moisés permitió extender el certificado de divorcios y repudiarla.

Replicó Jesús: Por vuestra dureza de corazón escribió Moisés para vosotros ese precepto, pero desde el principio de la creación "Dios los hizo varón y hembra". "Por eso dejará el hombre a su padre y a su madre y los dos serán una sola carne", Así que ya no son dos, sino uno solo.

Por tanto, lo que Dios unió, no lo separé el hombre.

Ya en casa, le preguntaban otra vez los discípulos sobre este asunto. Y él les dijo: Cualquiera que repudie a su mujer y se case con otra, comete adulterio. Y si ella deja a su marido y se casa con otro, comete adulterio.

En el Evangelio de San Lucas, se lee: "Todo el que repudia a su mujer, y se casa con otra, adultera, y el que se casa con la repudiada del marido, adultera."

A su vez, el Apóstol San Pablo confirma la indisolubilidad del matrimonio, de igual forma nos habla de la abstinencia, del débito conyugal y de los matrimonios mixtos, en la primera Epístola a los Corintios, capítulo 7, versículos 1 al 16, que señala:

Y ahora, con respecto a los puntos sobre los cuales me habéis escrito.

El hombre hace bien en abstenerse de mujer. Sin embargo, a fin de evitar la impureza, cada hombre tenga a su mujer y cada mujer su marido. El marido cumpla a la esposa del débito conyugal y del mismo modo la mujer al marido.

La mujer no dispone de su propio cuerpo, sino el marido. Y tampoco el marido es dueño de su propio cuerpo, sino la mujer. No os privéis el uno del otro, a no ser de mutuo acuerdo y por determinado tiempo, a fin de entregaros tranquilamente a la oración, pero después volved a estar juntos, no sea que por vuestra falta de dominio propio os tiente Satanás.

Pero esto lo digo como una concesión, no como mandato. Por supuesto, yo quisiera que todos fuesen como yo mismo. Pero cada uno tiene su propio don recibido de Dios, uno de un modo, otro de otro.

Ahora bien, a los solteros y a las viudas digo esto: Es bueno que se queden igual que yo. Pero si carecen de dominio propio, cásense. Es mejor casarse que abrasarse. Pero a los casados ordeno no yo, sino el Señor que la esposa no se separe del esposo ni el esposo se divorcie de la esposa.

En caso de que ella se haya separado, quédense sin casar y reconciliense con su esposo.

A los demás digo yo, no el Señor: Si hay algún hermano cuya esposa no es creyente, pero consiente en seguir viviendo con él, no se divorcie de ella.

Y la mujer cuyo esposo no es creyente, pero insiste en seguir viviendo con ella, no se divorcie de su esposo. Porque el esposo que no es creyente ha sido consagrado a Dios en el hermano en la fe. De otra manera vuestros hijos no estarían consagrados a Dios, cuando en realidad si lo están. Pero si el cónyuge no creyente se separará, sepárense. En estos casos el hermano en la fe, queda en libertad.

Para vivir en paz os llamó Dios. Pues, ¿qué sabes tú, esposa, si salvarás a tu marido? O, ¿qué sabes tú, esposo, si salvarás a tu mujer?

A partir de las enseñanzas de estas sabias escrituras, es como se desarrollo la moral dentro del matrimonio en el mundo católico occidental, posteriormente es a través del derecho canónico como se ha reglamentado el sacramento del matrimonio, como la ceremonia religiosa.

1.3.1.2. Los germanos.

Sobre el año 400, el Imperio romano, desintegrado interiormente, conoce la gran marcha germana. Alarico, al mando de los visigodos, ocupa Italia; vándalos, alanos, suevos y burgundios, se lanzan sobre la Galia, España y África. Antes al hablar de las invasiones arias, dijimos que no se sabe si venían a o huían de. Ahora, sí cabe contestar al interrogante: estos pueblos huían de los hunos.⁵³ Debemos tener en cuenta que las invasiones no fueron producto de una explosión, sino el resultado de una constante presión producida, fundamentalmente, a lo largo de los siglos IV y V.⁵⁴

⁵³ "Al Este de los germanos, en la antigua Sarmacia la Rusia de hoy vivían dos grupos de pueblos: los esclavos-vendes, en el litoral del Báltico, al Oeste del Vístula; roxolanos y alanos, a lo largo del Mar Negro; en el litoral del Báltico, al Este del Vístula, Rusia Oriental y hasta el corazón de Asia, principalmente, los hunos, cuyo empuje hacia el Oeste, a fines del siglo IV, de la señal de las grandes invasiones". (L. HOMO, op. cit., pág. 415).

⁵⁴ "Desde el siglo I entraron a España tribus germánicas, pero las grandes invasiones germánicas datan de principio de siglo V". (C. RODRÍGUEZ EGUIA, en voz "Visigodos", de la Enciclopedia de la Cultura Española , Editora Nacional, Madrid, 1963). En el año 264 nuevos grupos germanos alcanzan Ampurias, Tarragona y Denia, destrozándolas, no abandonando los territorios hasta doce años después, vencidos por Póstumo.

Ya hablamos antes de la *Sippe* como el equivalente germano de la gens itálica y, en general, de la tribu: ese conjunto de familias que se reconocen descendientes de un tronco común. Pero entre los miembros de la *Sippe* hay una mayor cohesión e interdependencia que entre las otras modalidades del clan. El individuo sólo actúa en la vida económica y jurídica en su concepto de miembro de la *Sippe*.

Si bien entre la nobleza germana se admitía la poligamia,⁵⁵ el sistema matrimonial de aquel pueblo era monogámico.

El matrimonio era un concepto religioso que originaba una comunidad de vida completa y permanente. Al igual que en Roma creaba, a favor del marido, normalmente, la *manus*, entre los germanos daba lugar al Munt, poder sobre la mujer observándose la raíz arcaica común de ambas palabras, así como de la voz mando (de mandar, del latín, *mandare*: ordenar el superior al súbdito que ejecute una cosa; imponer un precepto); pero en este pueblo no se concebía un matrimonio con ausencia del Munt, como ocurría en Roma respecto a la *manus*.

Entre los germanos sólo tenía derechos el que era capaz de defenderse, de defender a los suyos y a sus pueblos con las armas. Pese a ello los germanos respetaban y veneraban a la mujer como objeto de la mayor estimación.

Si bien el varón tenía el Munt, si embargo se inclinaba ante el consejo de la mujer y la protegía tiernamente; Tácito realza el respeto y estimación de la mujer entre los germanos, "es la compañera del marido y en los peligros ha de sufrir, tanto en la paz como en la guerra, lo mismo que el marido".

⁵⁵ A. THIERRY ("Relato de los Tiempos Merovingios", Espasa Calpe, S. A., Buenos Aires, 1946, pág. 33) nos dice: "El matrimonio de Sigiberto, su fausto y, sobre todo, el prestigio que sobre él hacía fluir la posición social de su esposa, hicieron viva impresión, según las crónicas del tiempo, sobre el espíritu del rey Chirperico. En medio de sus concubinas y de las mujeres con quienes se había casado a la manera de los antiguos jefes germanos, sin muchas ceremonias, parecióle, que llevaba una vida menos noble, menos regia que la de su hermano menor. Resolvió tomar como él, esposa de noble cuna, y para imitarle en todo, hizo partir una embajada con la misión de ir a pedir al rey de los visigodos la mano de Galsuinda, su hija primogénita".

Nos dice poco más tarde el mismo autor: “ Los matrimonios son castos y sus costumbres no merecen más que elogios, apenas se ven adulterios, el castigo de este delito es inmediato y el marido se encarga de aplicarlo, expulsando a latigazos a la esposa de su casa”.

Sólo era concebible el adulterio para la mujer; el hombre era completamente libre para tener concubina.⁵⁶

Para la mujer no había posibilidad de elección, el matrimonio lo determinaba el padre aunque le pedía opinión a la hija. El varón era libre, sin embargo, desde la mayoría de edad alcanzada cuando podía manejar útilmente las armas para contraer nupcias.

El matrimonio iba precedido de la petición y de los esponsales, cruzándose regalos con este motivo, los cuales fortalecían las relaciones con las *Sippen*. El matrimonio era válido si se contraía públicamente y se hacía la entrega de la novia por quien ostentaba sobre ella el Munt.

El rapto, con la anuencia de la joven, era una forma no contractual del matrimonio y se utilizaba en el caso de oposición de la *Sippe* a la que pertenecía la novia. En la fase carolingia el matrimonio por rapto fue condenado por el Estado y por la Iglesia, pero aun así se mantuvo mucho tiempo como realidad jurídica y como práctica normal.

La “donación de la mañana”, era el regalo que el marido hacía a la esposa, como razón o como premio por la pérdida de la virginidad, en la mañana siguiente al himeneo. Esta costumbre perduró bastante tiempo, hasta muy avanzada la

⁵⁶ Según THIERRY (op. cit., pág. 27): “... Los hijos de Clotario I, a excepción del más joven Sigiberto, tenían todos en sumo grado el vicio de la incontinencia, y casi nunca se conformaban con una mujer sola, abandonando, sin el menor escrúpulo a un reciente esposo y reanudando su intimidad con ella luego, a merced de antojos de momento. El piadoso Gontrau, cambió de cónyuge tantas veces, poco más o menos, como sus dos hermanos y, al igual que ellos, tuvo concubinas, una de las cuales,

Reconquista en España. Cuando el matrimonio se contraía con viuda, se le hacía una “donación de la tarde”, pero esta parece haber sido una institución muy posterior y de complacencia o galantería, sin que hubiera alcanzado un genuino arraigo ni obligatoriedad.

La *pretium virginitatis*, consistía en tiempos de Tácito en diez siervos y otras tantas siervas, así como un número igual de mulos y las armas; más tardes se añadieron ganados, territorios y riquezas; aún más tarde aquellos obsequios pasaron a ser más generosos y finalmente fueron objetos de pacto familiar.

Junto a este tipo de donación encontramos el llamado *pretium nuptiale*, costumbre visigótica y burgúndica así como sajona y lombarda, consistente en un regalo hecho por el novio a los padres de la novia como muestra de gratitud por el agrado con que era recibido.

Para Lefebre no quiere decir esta institución que hubiera una verdadera venta de la mujer, como algunos han opinado, pues ni el marido entendía que compraba una esclava, ni jamás la esposa pudo ser vendida.

La mujer aportaba al matrimonio un ajuar, que no constituía una dote propiamente dicha, pues limitaba a sus vestidos, ropas de casa y algunos muebles. Recibía esta aportación diversos nombres: *corredo*, *faderfio*, *serpa* u *ornamenta*. Entre tales entregas incluía, a veces, inmuebles.

La teoría de la responsabilidad expansiva traía consigo que el padre respondiera por los delitos de los hijos, la mujer por los del marido, los habitantes de la localidad por los que en ella se cometieron y todos los miembros de la *Sippe* quedaban obligados a la venganza de la sangre. Costumbres reiteradamente prohibidas, pero no por ello menos arraigadas y que subsistieron mucho tiempo en la Europa

llamada Veneranda, era hija de un galo afecto al fisco. El rey Cariberto, tomó a un mismo tiempo por amantes a dos hermanas de gran belleza que figuraban en el séquito de su mujer Ingoberga”.

Occidental y en España, incluso, tras la invasión árabe, dado el respeto de esta raza por las costumbres de los pueblos que ocupaban y dominaban.

El divorcio era admitido por *mutuo disenso* y concebible cuando la mala conducta de uno de los cónyuges o la imposibilidad de vida en común por las discordias internas, hacían intervenir a las familias, acordándose la separación.

Se admitía el repudio en el caso de la mala conducta de la mujer o de negarse a seguir al marido. La Ley de los Burgundios consideraba como causas lícitas el crimen de maleficio y la violación de sepulcros. Entre los lombardos y los francos se admitió como causa de repudio maquinar contra la vida del marido y entre aquellos, la mujer podía repudiar al marido en el mismo y recíproco caso.

La Iglesia luchó por mantener el principio de la indisolubilidad matrimonial. El Papa Esteban II, en el año 754, mantiene que aún tratándose de disoluciones lícitas del vínculo, no cabe contraer nuevo matrimonio. La mujer culpable de adulterio no puede llegar a nuevas nupcias ni aún después que falleciere su marido, según se prescribe en el Concilio Friulano del año 796.

1.3.1.3. Los musulmanes.

El libro sagrado de los musulmanes, *El Corán*,⁵⁷ contiene los principios que han dado fundamento a los pueblos que profesan la religión mahometana.

Mahoma fue caudillo y profeta de los árabes (570-632) fundador de la religión islámica, luchó por acabar con el politeísmo de los árabes e imponer la idea de un

⁵⁷ Se dice que 20 años después de la muerte del profeta Mahoma, su predicación fue recopilada, para aparecer en forma de prosa rimada conforme a los textos sagrados que hoy conocemos como El Corán. Reza la tradición que dicho libro santo fue dictado por el arcángel San Gabriel. Las normas que contiene El Corán han sido la principal fuente de la religión y costumbres musulmanas. Contiene 114 azoras o capítulos en los que se plasman normas de conducta de diversos temas, los cuales se dividen en aleyas (El Corán, Ateneo, 1975, p. 5).

Dios único. Su doctrina encontró fácil apoyo en Medina, pero no en La Meca, de donde tuvo que huir en el año 622. Entonces proclamó la *guerra santa* y entró en el año 630, después de algunos triunfos y reveses en La Meca, donde fue reconocido como soberano temporal y espiritual del mundo árabe.

Por lo que hace al matrimonio, cabe señalar que la *azora* cuarta, en su *aleyas* tercera dedicada a las mujeres, autoriza la poligamia al disponer: "...casaos con lo que os agrade de las mujeres, dos o tres o cuatro..." mientras que la siguiente *azora*, la complementa al decir: "...alimentadlas con vuestros bienes y vestidlas y decidles dicho afable".

Encontramos impedimentos matrimoniales en las *aleyas* 26 y 27, en las que se prohíbe contraer nupcias con las esposas del padre, expresando además:

Os están vedadas vuestras madres y vuestras hijas y vuestras hermanas y vuestros tíos y las hijas del hermano y las hijas de la hermana y vuestras madres que os amamantaron y vuestras hermanas de leche y las madres de vuestras mujeres y las doncellas que viven en los aposentos de vuestras mujeres... y las mujeres de vuestros hijos que son de vuestra médula...

En los pasajes de este libro sagrado, se muestra que el matrimonio estaba asentado sobre la potestad marital.

Al igual que en muchas culturas de la antigüedad, las mujeres eran consideradas seres inferiores. Los hijos varones siempre tuvieron preeminencia sobre las hijas para heredar, de acuerdo con la *aleyas* 12 de la citada *azora* cuarta, las hijas debían recibir la mitad de lo que le correspondiera al hijo varón.

En esta cultura musulmana existía el derecho a la repudiación, debiendo el hombre pensionar a la cónyuge repudiada. En estos textos sagrados, el divorcio fue aceptado de acuerdo con la *azora* tercera, *aleyas* 226, 232 y 234, una vez divorciada

la pareja, repudiada la mujer y/o habiendo fallecido ésta, se establecía como plazo cuatro meses para contraer nuevas nupcias.

Primitivamente, a la mujer se le castigaba, en caso de adulterio, con la muerte mediante el emparedamiento. Al respecto, la *aleyá* 19 de la *azora* cuarta señala lo siguiente: "Y las que cometieron torpeza de vuestras mujeres tomad como testigos contra ellas a cuatro de vosotros y si atestiguan, encerradlas en los aposentos, hasta que las haga morir la muerte..." Posteriormente, esta pena se conmutó con 100 azotes o destierro.

En los países musulmanes modernos se ha optado porque sean los clérigos quienes apliquen la separación del matrimonio por causas de repudio y, así, los esposos dejen de tener dicho poder o, en su caso, que pueda ser la propia autoridad religiosa quien libere a las esposas de un matrimonio insostenible.

1.3.2. La Edad Media.

Durante esta época, la familia fue un organismo económico que tenía como fin primordial bastarse a sí misma. Sembraba, cosechaba y producía sus propios alimentos, fabricaba sus utensilios domésticos y cuidaba y explotaba de su ganado. Así, la familia medieval aparece a la vez como un organismo de ética elevada y como uno de los núcleos sociales fuertemente constituidos.

La autoridad sobre la mujer era una especie de poder de tutela, que proporcionaba al marido una situación predominante, especialmente en los aspectos patrimoniales, pero sin anular la personalidad de la esposa.

La patria potestad, por su parte, se transformó en un poder de proyección que correspondía al padre, pero del cual la madre no estaba excluida.

La propiedad se calificaba desde el punto de vista familiar y no individual. La familia era la dueña de la tierra, su explotación debía hacerse colectivamente y se prohibía a los herederos enajenar las tierras.

En la Edad Media, al igual que en otras épocas, la necesidad de aumentar la población influyó para que se concedieran privilegios a los casados, por los que se establecieron diferentes penas contra los solteros.

Con el nombre de *mañería* se conoció la incapacidad de los casados sin hijos para disponer por testamento de sus bienes. Éstos no podían desempeñar cargos públicos ni disfrutar los honores y privilegios otorgados por el fuero. El matrimonio se celebraba de acuerdo con las costumbres locales.

En el año 1100, en Francia del Norte, aparecieron los primeros rituales litúrgicos del matrimonio; se da el inicio de la iglesia en la vida familiar; se verificaban los consentimientos de ambos esposos y se prohibía las relaciones de consanguinidad para impedir la unión legítima.

En la Italia, a partir del siglo XIV los hogares resultaban escasamente superiores a cuatro personas. Normalmente todos estos hogares sólo agrupaban a parientes por vía masculina. Sólo entre la gente acomodada habitaban en el mismo hogar familias numerosas, entre las cuales podía haber criados, sirvientas y doncellas.

En España, de acuerdo con las siete partidas del sabio rey Alfonso, la familia se integraba por el señor de la casa, su mujer, hijos y criados.

Se llamaba padre de familia al que era señor de su casa aunque no tuvieran hijos, y madre de familia a la que vivía honestamente en su casa y era de buenas costumbres.

En este país, al matrimonio se le consideraba como la unión del marido y mujer con la intención de vivir siempre en uno y guardar lealtad cada uno de ellos al otro, para evitar ahuyentar al marido con otra mujer, y a ella con otro varón.

Se necesitaba del consentimiento de la voluntad para casarse y dichas partidas reglamentaron todo lo relativo a los impedimentos y condiciones para los casamientos.

También reglamentaron el casamiento de los siervos. Se decía que: "la servidumbre es la cosa más vil y despreciable que hay entre los hombres, porque ésta que es libre se sujeta por ella al poder de otro".

Se consideró válido y, por tanto, se permitió que se casaran los siervos entre sí; también era válido el casamiento que hiciera el siervo, o sierva, con mujer u hombre libre y asimismo, se disponía que si iban a ser objetos de comercio, no se debía mandar uno a una tierra y el otra a otra, sino de modo que pudiesen vivir juntos.

Se reglamentó el concubinato o *barraganía*. La Iglesia prohibió a todo cristiano tener *barraganas*, pero los sabios antiguos las consintieron a algunos privilegiados, sin establecer pena, siempre que la que tuviese no fuera menor de 12 años, viuda que viviera honestamente, ni virgen.

En relación con los hijos, éstos se calificaban en legítimos e ilegítimos. Los primeros eran los que nacían del matrimonio y eran considerados más nobles; se encontraban en aptitud de recibir dignidad, órdenes sagradas u otras honras seculares y, además, podían heredar de padres, abuelos y parientes.

Los hijos ilegítimos eran los que no nacían del casamiento, así como los que nacían con *barraganas*, los nacidos del adulterio y otros. Éstos no podían heredar; no se obligaba a los padres, ni a sus parientes otorgarles alimento, pero tampoco se les prohibía darles por piedad.

Durante la Edad Media prevaleció el concepto canónico en virtud del cual el matrimonio se considera una sociedad creada por mandato divino y, por tanto, fue celebrado por un rito solemne y elevado a la categoría de sacramento, es en los concilios de Trento y Letrán en donde se legisló.

1.4. El Matrimonio en el Derecho Canónico.⁵⁸

1.4.1. El Derecho Canónico.

La situación prevaleciente en el mundo antiguo fue cambiada de manera profunda con el cristianismo, el cual contribuyó en gran medida a dignificar la institución del matrimonio.

Bastará recordar que fue debido a su obra que se logró el perfeccionamiento del régimen monogámico, cambiando con la convivencia mutua y a través del principio de la fidelidad. Bajo su influencia se trataron de evitar los matrimonios de convivencia acordados por los padres en contra de la voluntad de sus hijos.

La Iglesia Católica ha sostenido la indisolubilidad del vínculo conyugal. A la doctrina religiosa se le dio especial dignificación al combinarse con el carácter sacramental a través de los estudios de San Agustín del siglo IV.

Desde los primeros tiempos de la Iglesia existió la costumbre de reunir los sagrados cánones para hacer más fácil su conocimiento y observancia.

⁵⁸ En sentido objetivo se le define como "el sentido de normas jurídicas que regulan las relaciones internas y externas de la Iglesia y que aseguran las condiciones de la comunidad de vida cristiana para cumplir con los fines de la institución", mientras que en sentido subjetivo se entiende "las facultades atribuidas por el derecho objetivo a los miembros de la Iglesia, clérigos y legos" (Enciclopedia Jurídica Omeba, op. cit., t. VI, p. 975).

De hecho, en el curso de los 10 primeros siglos de esta era, fueron apareciendo constantemente compendios de leyes eclesiásticas, en los que se contenían las normas emitidas por los concilios y los pontífices.

A mediados del siglo XII, una suma de este tipo de colecciones fue redactada a iniciativa del monje Graciano, en forma de una *concordia* de leyes y colecciones, llamada después Decreto de *Graciano*.

Este decreto constituyó el primer *Cuerpo de Derecho Canónico*, con la ayuda de los expertos glosadores, se le fueron adicionando a este cuerpo normas anteriores y posteriores, las cuales fueron apareciendo paulatinamente. El Derecho de la Iglesia que se recopiló en este *cuerpo* constituye el Derecho clásico de la Iglesia Católica y así suele llamarse.

En el Concilio de Trento (1545-1563) se ratificó el carácter sacramental del matrimonio y se dispuso anatematizar a quien negase su indisolubilidad, principios éstos que se han mantenido a través del *Código de Derecho Canónico* de 1917.

Sin embargo, las leyes posteriores, dadas en los tiempos de la reforma católica, desde el Concilio de Trento, nunca fueron reunidas en una colección y estas normas llegaron a constituir un enorme cúmulo que no cumplía con sus propósitos. Por lo cual, en el Concilio del Vaticano I, muchos de los obispos solicitaron que se publicara una nueva y única colección de leyes, que facilitara la *cura pastoral*.

La obra en la que se aglutinaron y ordenaron todas las normas dispersas se llevó por espacio de 12 años. Dicha colección universal, exclusiva y auténtica, fue promulgada por el papa Benedicto XV, el 27 de mayo de 1917.

Bajo este tenor, la Iglesia Católica ha ido reformando las leyes de la sagrada disciplina con el fin de adecuarlas a la cambiante realidad. El 25 de enero de 1983, el papa Juan Pablo II promulgó la versión vigente del *Código de Derecho Canónico*. Al

ser objeto, la versión del Código promulgado en el año de 1917, de una reversión colegial.

El propósito de este código fue crear un orden tal en la sociedad eclesiástica que asignara prioridad a la fe, a la gracia y a los carismas, e hiciera más fácil el desarrollo orgánico de este tipo de vida.

Dicho ordenamiento ha sido considerado como instrumento indispensable para asegurar el orden, tanto en la vida individual y social, como en la actividad misma de la Iglesia Católica; en él se norman la estructura jerárquica y orgánica de la misma, el ejercicio de sus funciones y la administración de los sacramentos, como el del matrimonio.

1.4.2. Costumbres en la Celebración.

La regulación del matrimonio durante la Edad Media se encontraba regida por las propias autoridades eclesiásticas. No existía la normatividad que precisara los requisitos formales para su celebración.

Posteriormente la Iglesia ordenó que este importante acto religioso no se llevara a cabo sin la bendición eclesiástica. A partir de entonces se acostumbró que la pareja que planeaba casarse, antes de iniciar su vida en común se reuniera con el sacerdote en la parte de afuera de su iglesia, es decir, en las puertas de la parroquia *in facie ecclesiae*, para que éste diera la bendición de dicha unión.

La conclusión del matrimonio permanecía siendo un encuentro entre la pareja, consistente en un intercambio de expresiones en las que se definía la intención de convertirse en marido y esposa, *sponsalia per verba de praesenti*.

Cuando este intercambio de expresiones, o *consensus maritalis*, era seguido por la consumación carnal, se convertía el matrimonio en un sacramento y por tanto se hacía indisoluble.

Con el tiempo, esta costumbre de obtener la bendición del sacerdote en las puertas de la parroquia se convirtió en una obligación religiosa. No obstante, si no se cumplía con esta costumbre no se invalidaba el matrimonio, únicamente era motivo de una amonestación.

En 1563, con el Concilio de Trento, este tipo de costumbres cambiaron. A partir de entonces se requirió que la celebración del matrimonio se hiciera ante sacerdote local y con la presencia de por lo menos dos testigos para que fuere válido.

Lo anterior tuvo entre otros fines, evitar la celebración de matrimonios clandestinos, en los que no se cumplía con los requisitos, como podría ser el de parentesco.

Sin embargo, estas nuevas normas canónicas no siempre pudieron concretarse, pues solo se aplicaron en los países que permanecieron fieles a la Iglesia Romana. Hasta en los territorios católicos hubo que hacer excepciones como en el caso de las colonias en América y África, en las que por la dificultad de las comunicaciones y lo exuberante de las regiones, no siempre fue posible encontrar una iglesia cerca para que el sacerdote celebrara la ceremonia.

1.4.3. Las Normas Canónicas.

Concepto de Matrimonio.

El *Código Canónico* contiene un título especial para el matrimonio, en el canon 1055 se establece lo que se debe entender por este sacramento y es: “la alianza

matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole...”

Asimismo señala que los principios esenciales del matrimonio son la unidad e indisolubilidad, producidos por el consentimiento de las partes.

En una norma establecida que antes de la celebración del matrimonio, la pareja debe recibir el sacramento de la confirmación, si es que para ello no hubiere dificultad grave. Asimismo, la iglesia recomienda que los contrayentes antes de contraer nupcias acudan a confesarse y comulguen.

Antes de que se celebre el matrimonio el párroco debe preguntar si no existe impedimento para llevar a cabo válidamente la unión conyugal.

En el caso extremo de que haya peligro de muerte, bastara la declaración de los contrayentes, de que están bautizados y libres de todo impedimento.

El matrimonio se debe contraer, una vez recibido el bautismo y la confirmación, observando también, de ser el caso, las prescripciones sobre los matrimonios mixtos y las demás disposiciones del derecho civil.

Por lo que hace a los matrimonios mixtos, son los considerados entre un cónyuge bautizado en la fe de la Iglesia Católica y otro que no lo está, para lo cual se requiere licencia expresa de la autoridad competente de acuerdo con lo que expresa el canon 1125 que señala los siguientes requisitos:

1. Que la parte católica declare que está dispuesta a evitar cualquier peligro de apartarse de la fe, y prometa sinceramente que hará cuanto le sea posible para que toda la prole se bautice y se eduque en la iglesia católica;

2. Que se informe en su momento al otro contrayente sobre las promesas que debe hacer la parte católica, de modo que conste que es verdaderamente consciente de las promesas y obligaciones de la parte católica;

3. Que ambas partes sean instruidas sobre los fines y propiedades esenciales del matrimonio, que no pueden ser excluidos por ninguno de los dos.

Estas promesas son siempre necesarias y la Conferencia Episcopal determinará el modo como deberán hacerse estas promesas.

Los Impedimentos Matrimoniales.

El derecho a contraer matrimonio es una facultad natural, insita al hombre, reconocida por las Constituciones,⁵⁹ por la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948,⁶⁰ por el *Código Civil* español,⁶¹ por el *Código de Derecho Canónico* (C. I. C.) en su canon 1058 (pueden contraer matrimonio todos aquellos a quienes el Derecho no lo prohíbe) y por las Declaraciones del Concilio Vaticano II.⁶²

Pero como los derechos subjetivos, en su ejercicio vienen condicionados y supeditados a imperativos naturales, sociales o éticos, se presentan obstáculos o impedimentos a su virtualidad que, en la materia matrimonial, pueden suponer óbices para contraer válidamente las nupcias, distintamente matizados en cada ordenamiento, pero fundamentalmente similares en todo.

⁵⁹ El art. 32/1 de la Constitución dispone: "El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica".

⁶⁰ Su art. 16/1, establece: "Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutaran de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio".

⁶¹ Su art. 44 sienta: "El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código".

⁶² La "*Gaudium et Spes*", en su núm. 87 dice: "...conforme al inalienable derecho del hombre al matrimonio...".

Atendiendo al tema el Matrimonio Canónico, el principio es la capacidad general para contraerlo (canon 1058), y la excepción que no se permita la contracción de las nupcias por la existencia de una prohibición legal (canon 1073). De ello que:

1. Estas prohibiciones tengan que interpretarse restrictivamente por aplicación de los principios generales del Derecho.

2. Que sólo el Papa o el Concilio Ecuménico puedan declarar auténticamente los supuestos que dirimen o impiden el matrimonio (canon 1075, párrafo 1º).

3. Que sólo dichas máximas Autoridades pueden establecer otros impedimentos impeditivos o dirimentes, bien como norma general, bien particular (canon 1075, párrafo 2º).

4. Que los Ordinarios pueden prohibir determinados matrimonios haciéndolos ilícitos, pero válidos, siempre bajo las siguientes condiciones: que afecten a personas súbditas suyas o que moren en su territorio; que se refieran a un caso particular; que sean temporales; que tengan una grave causa y que permanezcan mientras que está perdure (canon 1077, párrafo 1º.) y que sólo la Autoridad suprema de la Iglesia puede añadir una cláusula dirimente (canon 1077, párrafo 2º.).

5. Por costumbre no puede introducirse nuevos impedimentos (canon 1076).

Por lo que hace a los impedimentos dirimentes en general, inhabilitan a la persona para contraer matrimonio válidamente y compete en forma exclusiva a la autoridad suprema de la Iglesia declarar cuándo se debe prohibir o dirimir un matrimonio.

Entre otros, es un impedimento dirimente la consanguinidad en línea recta o en segundo grado colateral, del cual nunca se concede dispensa.

Respecto a los impedimentos en particular, se señala que no pueden contraer matrimonio válido el varón antes de los 16 años, ni la mujer antes de los 14. También se consideran impedimentos la impotencia antecedente y perpetua, la cual hace nulo el matrimonio. A la esterilidad no se le considera como causa de nulidad.

También se considera nulo el matrimonio entre dos personas, cuando una de ellas no ha sido bautizada en la Iglesia Católica y no se solicita la licencia correspondiente.

Vemos que se prohíbe el matrimonio para las personas que han recibido órdenes sagradas, y también para cuando la mujer ha sido raptada, e invalida el contraído por medio de la violencia o por medio grave.

El matrimonio entre todos los ascendientes y descendientes, tanto legítimos como naturales, es nulo. En línea colateral es nulo hasta el cuarto grado inclusive. Además, de acuerdo con el canon 1091, párrafo cuarto que dice: "Nunca debe permitirse el matrimonio cuando subsiste alguna duda sobre si las partes son consanguíneas en algún grado de línea recta o en segundo grado de línea colateral."

También, la afinidad en línea recta en cualquier grado dirime el matrimonio. Tampoco pueden contraer matrimonio válido quienes están unidos por parentesco legal proveniente de la adopción, en línea recta o en segundo grado colateral.

El consentimiento matrimonial.

Por lo que hace al consentimiento, ambos cónyuges deben otorgar su pleno consentimiento, deben estar presentes en el acto, tener suficiente uso de la razón para que sea válido y es necesario que los contrayentes no ignoren "al menos que el matrimonio es un consorcio permanente entre un varón y una mujer, ordenado a la procreación de la prole mediante una cierta cooperación sexual" (canon 1096).

Respecto a la forma de celebrar el matrimonio, es necesario para su validez que éste se contraiga ante un párroco, sacerdote o diácono de la Iglesia y frente a dos testigos.

En caso de que no haya sacerdote ni diáconos, el obispo diocesano, previo voto favorable de la conferencia episcopal y obtenida licencia de la Santa Sede, puede delegar a laicos para que asistan a los matrimonios.

Se debe elegir a un laico idóneo, capaz de instruir a los contrayentes y apto para celebrar debidamente la liturgia matrimonial. Quien asiste al matrimonio actúa ilícitamente si no le consta el estado de libertad de los contrayentes a tenor del derecho y si, cada vez que asiste en virtud de una delegación general, no pide licencia al párroco, cuando es posible.

El matrimonio entre una parte católica y otra bautizada no católica debe celebrarse en una iglesia parroquial con licencia del párroco del lugar o en otro lugar conveniente.

Después de celebrarse el matrimonio, el párroco deberá anotar en el registro matrimonial los nombres de los cónyuges, de los testigos, el lugar y la fecha de la celebración y también los registros del bautismo de los cónyuges.

El matrimonio descansa sobre dos columnas imprescindibles: la voluntad manifestada de los contrayentes y su ayuntamiento carnal.

Pero estos caracteres se relacionan con el matrimonio natural e ideal; se refieren a esa concepción elemental en la que germina la familia, la sociedad y el derecho.

El matrimonio lo produce el consentimiento de las partes legítimamente manifestado entre personas jurídicamente hábiles, consentimiento que ningún poder humano puede suplir (canon 1057, párrafo 1º.), y ese consentimiento "es el acto de

voluntad por el cual el varón y la mujer se entregan y aceptan mutuamente en alianza irrevocable para constituir el matrimonio" (canon 1057, párrafo 2º .).

Tradicionalmente ha sido absoluto el valor del consentimiento matrimonial como elemento constitutivo o causa eficiente del matrimonio. Como el matrimonio es *esencialmente* un contrato, no puede tener otra causa de coexistencia que el consentimiento de las partes.

El consentimiento es el acto jurídico creador del matrimonio y los restantes elementos que concurren en su validez, actúan como requisitos personales o formales previos o como condiciones, personales o formales también, para que el consentimiento pueda desplegar su natural eficacia. De este modo no es posible hablar de situación matrimonial alguna que no haya sido precedida del consentimiento.

La esencia del matrimonio, llámese acto o negocio jurídico, convención o contrato, está constituido por el consentimiento de ambos contrayentes.

El consentimiento de los esposos es el elemento preponderante, el que da vida a la relación conyugal, es el producto del vínculo.

La médula del consentimiento en su actual concepción canónica se ha identificado a la realidad social de las normativas civiles: hoy (relacionando el canon 1057, párrafo segundo con el canon 1055, párrafo primero)⁶³ supone un acto por el cual un varón y una mujer se entregan recíprocamente en alianza irrevocable para constituir un consorcio vital.

⁶³ Canon 1057. 2. El consentimiento matrimonial es el acto de la voluntad por el cual el varón y la mujer se entregan y aceptan mutuamente en la alianza irrevocable para constituir el matrimonio.

Canon 1055. 1. La alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole, natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, fue elevada por Cristo Nuestro Señor a la dignidad de sacramento entre bautizados.

Efectos del matrimonio.

Dichos efectos son los comunes a la institución matrimonial, sea cual fuere la modalidad legislativa de que se trate, porque la institución conyugal es única, connatural al hombre, coexistente con el mismo en su aventura y progreso históricos, manteniendo su subsistencia pese a las distintas variantes accidentales que pueden haberlo matizado por razón de costumbre, religión, coyuntura económica o arbitrio legislativo, pero siempre han permanecido y permanecerá como la unión permanente de un hombre y de una mujer para formar una familia, si bien el matrimonio canónico, o sea el regulado para los católicos por su normativa específica, conlleva a determinadas consecuencias que el propio Codex especifica.

1. Efectos generales

Vienen determinados por el canon 1134 y son:

1. Nacimiento de un vínculo perpetuo, por cuanto el matrimonio rato y consumado no puede ser disuelto por ningún poder humano (canon 1141).

2. Nacimiento de un vínculo exclusivo, quiere decir que el círculo conyugal, que autoriza la relación física y crea el consorcio vital, no permite, ni lícita ni válidamente, que un tercero penetre en él, ni salgan de él sus intérpretes. Este adjetivo exclusivo excluye toda concepción plurimembre del matrimonio, sé la misma legal, consuetudinaria, accidental o, incluso, consensual.

3. Producción de unos efectos espirituales derivados de su carácter sacramental, puesto que los sacramentos son signos y medios por los que se fortalece la fe y se santifican los hombres (canon 840). De ello que el sacramento del matrimonio, aporte a los cónyuges una gracia especial para el cumplimiento consciente y sereno de sus obligaciones conyugales y paterno-filiales.

4. Producen los efectos civiles derivados del matrimonio regulado por el Estado, en los casos en que así es admitido, como ocurre en España tanto por razón del vigente Concordato como en consecuencia de lo dispuesto en el artículo 60 del *Código Civil* párrafo primero que dice: “El padre y la madre están obligados a reconocer a sus hijos.”

Cuando no estén casados, el reconocimiento se hará concurriendo los dos personalmente o a través de sus representantes, ante el Registro Civil.

La investigación tanto de la maternidad como de la paternidad, podrá hacerse ante los tribunales de acuerdo a las disposiciones relativas a este Código.

2. Efectos específicos:

a) Conyugales:

1. Igualdad: En el canon 1135 del Codex de 1983 determina: “Ambos cónyuges tienen igualdad de obligación y derecho respecto a todo aquello que pertenece al consorcio de la vida conyugal”. Como vemos sienta el principio de igualdad intraconyugal en todas las esferas del consorcio vital que constituye el matrimonio; hay que entender, por tanto, que se da entre ambos esposos una posición de cooperación y equivalencia, cooperación para el mejor desenvolvimiento de la vida familiar, equivalencia en cuanto a las facultades recíprocas y familiares que le corresponden para el adecuado deslizarse de la vida conyugal y familiar.

El derogado Código canónico establecía en su canon 1111: “Uno y otro cónyuge, desde el momento de la celebración del matrimonio, tienen los mismos derechos y obligaciones en lo que se refiere a los actos propios de la vida conyugal” ; y especificaba en el 1112: “La mujer participa del estado de su marido” ; con lo que daba igualdad a ambos en lo respectivo a su vida íntima sexual, pero daba a la

esposa un status subordinado en lo restante que ascendía a lo equivalente en cuanto a estado, dignidad, honores y privilegios.

2. Convivenciales: El canon 1151 establece: “Los cónyuges tienen el deber y el derecho de mantener la convivencia conyugal a no ser que les excuse una causa legítima”.

La convivencia es el fin del matrimonio como se induce de las ideas alianza y consorcio vital que proclaman los cánones 1055, 1056 y 1096.⁶⁴

La convivencia implica la habitación común, el auxilio recíproco material y espiritual, la unidad de hábitos y actuaciones, el programa común de futuro y la sincronización de actuaciones en pro de los hijos.

b) Paterno-filiales: El canon 1136, dispone: “Los padres tienen la obligación gravísima y el derecho primario de cuidar en la medida de sus fuerzas de la educación de la prole, tanto física, social y cultural como moral y religiosa”.

El precepto es tajante y realza:

1. La obligación gravísima de cuidar a los hijos en todas las parcelas de su desenvolvimiento: físico, social, cultural, moral y religioso.

⁶⁴ Canon 1055. 1. La alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole, natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, fue elevada por Cristo Nuestro Señor a la dignidad de sacramento entre bautizados.

2. Por tanto, entre bautizados, no puede haber contrato matrimonial válido que no sea por eso mismo sacramento.

Canon 1056. Las propiedades esenciales del matrimonio son la unidad y la indisolubilidad, que en el matrimonio cristiano alcanzan una particular firmeza por razón del sacramento.

Canon 1096. 1. Para que pueda haber consentimiento matrimonial, es necesario que los contrayentes no ignoren al menos que el matrimonio es un consorcio permanente entre un varón y una mujer, ordenado a la procreación de la prole mediante una cierta cooperación sexual.

2. Esta ignorancia no se presume después de la pubertad.

2. El derecho primario de cuidar a los hijos en todas las facetas antes especificadas. El adjetivo primario con que se califica este derecho, implica que está antepuesto a cualquier otro poder, sea político, sea social, sea administrativo o sea religioso.

En resumen, que es un derecho de los padres, que no puede ser, contra su voluntad, propuesto por otro. Por tanto en el criterio canónico que vemos conforme a la Declaración de los Derechos Humanos no pueden las Leyes civiles, por medios directos o indirectos, forzar la voluntad de los padres en materia de formación integral de los hijos.

De la separación de los cónyuges.

Como ya es sabido, y que ha causado mucha polémica durante años, es la mención expresa de dicho código que señala que el matrimonio *rato*⁶⁵ y el consumado no pueden ser disueltos por ningún poder humano, ni por ninguna causa, excepto la muerte (canon 1141).

Conviene hacer hincapié que este código dispone que el matrimonio ha sido consumado cuando los consortes han realizado actos conyugales tendientes a generar prole.

Conviene destacar que en el Derecho Canónico, en el canon 1142,⁶⁶ permite disolver el matrimonio cuando éste no ha sido consumado, siempre que medie autorización por causa justa del Romano Pontífice, lo que les da derecho a los consortes para volver a contraer nuevas nupcias ante la Iglesia.

⁶⁵ Matrimonio rato, es aquel celebrado legítima y solemne que no se ha llegado aún a consumar.

⁶⁶ Canon 1142. El matrimonio no consumado entre bautizados, o entre parte bautizada y parte no bautizada, puede ser disuelto con causa justa por el Romano Pontífice, a petición de ambas partes o de una de ellas, aunque la otra se oponga.

Los cónyuges tienen el deber y el derecho de mantener la convivencia conyugal, a no ser que haya una causa legítima, como sería el adulterio por parte de uno de ellos. En estos casos la Iglesia recomienda que la parte ofendida, considerando el bien de la familia, no niegue el perdón a la otra parte, ni interrumpa la vida conyugal, y en caso de que mediase perdón, permite la separación de cuerpos permaneciendo el vínculo matrimonial. Asimismo, se establece que realizada la separación de los cónyuges, se debe proveer siempre de modo oportuno la debida sustentación y educación de los hijos.

Por último, el canon 1155 dispone textualmente que: “el cónyuge inocente puede admitir de nuevo al otro a la vida conyugal, y es de alabar que así lo haga; y, en ese caso, renuncia al derecho de separarse”.

En el aspecto de la infidelidad, tal vez sería importante reflexionar hasta qué punto la realidad de la vida corresponde al dogma de la Iglesia o a las normas civiles legales, para poder evaluar su eficacia, pues como sabemos desde tiempos inmemorables, ha existido la indulgencia hacia la infidelidad del varón, como la tolerancia de la prostitución, y en ese sentido el Derecho Canónico sólo promueve que la parte ofendida otorgue el perdón para que continúe con los lazos matrimoniales.

Puede presentarse una crisis interna conyugal que rompa la unidad espiritual *él affectio maritalis*, pero que no se exteriorice; los cónyuges conviven, mantienen una apariencia de normalidad, incluso descansan en el mismo lecho, pero la comunidad anímica de viada se ha roto. No se plantea problema jurídico en este caso, sólo moral.⁶⁷

El problema jurídico surge cuando han inducido las dos rupturas: la física y la anímica. No hay convivencia ni hay amor.

⁶⁷ En tal situación puede surgir una chispa que haga renacer el amor o brotar el drama. Status arriesgado que sólo lo pueden afrontar seres muy equilibrados, que antepongan el deber para con los hijos o el concepto de su propio respeto a cualquier otra consideración.

1.4.4. El Matrimonio en la Iglesia Ortodoxa.

La Iglesia Ortodoxa se conforma por el conjunto de iglesias de rito cristiano bizantino, separadas de la de Roma en el cisma de Oriente. Conciben el catolicismo como colegialidad, y no como una universalidad, mantiene un orden de procedencia honorífico, gobernándose a través de los sínodos.⁶⁸ Sólo admiten los siete primeros concilios de la Iglesia Católica Apostólica Romana.

El Código Canónico de la Iglesia Cristiana Ortodoxa fue creado, por una parte, con las normas de los concilios encontrados en cuerpo del Derecho Canónico y, por la otra, por la legislación religiosa desarrollada en los imperios bizantinos. Asimismo, para su creación fueron tomados en consideración los principales decretos de los sínodos de la época bizantina.

En esta tradición se considera también al matrimonio como un sacramento y la bendición del sacerdote es necesaria para su validez.

Las nupcias se realizan a través de una ceremonia religiosa que genera las obligaciones derivadas del matrimonio.

El impedimento entre los consortes de parentesco por consanguinidad y afinidad se extiende en principio hasta el séptimo grado, pudiéndose obtener dispensa hasta para el quinto grado.

La Iglesia Ortodoxa permite el divorcio y, por tanto, de acuerdo con el canon 50 de San Basil establece que: "una misma persona puede casarse hasta tres veces".

A los sacerdotes parroquiales les es permitido tener esposas, lo cual no se aplica a los obispos. Finalmente, cabe señalar que en Grecia no se acostumbra el matrimonio civil para las personas que practican esta religión.

1.5. Términos Jurídicos más empleados con relación al matrimonio.

A) Concepto del matrimonio.

1. **Definiciones clásicas.**- Al ser el matrimonio un hecho unido al ser humano, por ser connatural a él, es lógico que los juristas se han planteado el problema de sintetizar su esencia en una breve explicación.

Ya dijimos que el matrimonio, como término, tanto se refiere a la solemnidad inicial como al estado conyugal.

Lógicamente, el problema definir implica una avanzada estructura mental y, en consecuencia, son relativamente muy modernas las definiciones más antiguas del matrimonio.

Para **Modestino** “las nupcias son la unión del varón y la mujer y su consorcio vital, de acuerdo con las normas divinas y humanas”.

Para **Ulpiano** “el matrimonio es la unión del hombre y la mujer que supone su coexistencia vital e indivisible”.

2. **Definiciones medievales.**- **El Decreto de Graciano** aclara que: “la cópula carnal es la que da al matrimonio su naturaleza sacramental e indisoluble”. Las Decrétales IX siguen también a Ulpiano en su concepto de matrimonio. Los autores medievales tendieron a poner de relieve tres extremos:

⁶⁶ Asamblea de sacerdotes para tratar temas pastorales de la diócesis bajo la presidencia del obispo

- a) En primer lugar, la indisolubilidad.
- b) En segundo lugar, el fin de la generación, que llevó a introducir el término *no maritalis*.
- c) La distinción clara entre matrimonio y concubinato.⁶⁹

Para **P. Lombardo y Hugo da San Víctor**, el matrimonio es: “una comunión espiritual de vida fundada en el *consortium charitatis*, manifestado al emitir su consentimiento los esposos” ; para estos autores, puede o no coexistir la unión sexual, como normalmente ocurre o como pasó en el seno de la Sagrada Familia.

Recordemos que el hecho de la virginidad de María y de la plena castidad de su matrimonio, ha venido la aportación al Derecho moderno del consentimiento como base específica del matrimonio, pues si se hubiere fijado esa base en la unión carnal, el matrimonio de José y María no hubiere sido genuino matrimonio.

Este razonamiento teológico de indiscutible valor religioso, es el que origina, en última instancia, la secesión entre el matrimonio natural y el matrimonio religioso o jurídico.

3. Definiciones modernas.-⁷⁰ Para **Kant**, en su fría lógica, sólo es: “la unión de un hombre y una mujer para la satisfacción de sus cualidades sexuales, consagradas por la Ley”.

Para **los filósofos de Koenisberg** son elementos esenciales: “unión física, bisexualidad, bimetrismo y legalización”.

Al referirse a una unión física implica tanto lo sexual como la íntima convivencia; a la bisexualidad, la unión de dos personas de distinto sexo varón y hembra: sexo

titular. Reunión de obispos, sin carácter de concilio ecuménico.

⁶⁹ J. HERVADA, “Reflexiones en torno al matrimonio a la luz del Derecho Natural”. (Revista “Persona y Derecho”, Universidad de Navarra, núm. 1, 1974, Pág. 37).

⁷⁰ ENTRENA KLETT, Carlos M., op. cit, p. 39.

masculino y sexo femenino; al bimetrisismo que sólo puede ser contraído por un hombre y una mujer, por último la legalización en la que nuestra normativa se ha inclinado por la autoridad y representación de la familia depositada en el padre, pero se decide por el sistema de igualdad conyugal y representación expresa de la familia.

J. G. Heineccio, una de las más lucidas mentes del siglo XVIII estima que: “el matrimonio es una sociedad simple, compuesta de personas de sexo diferente, formada para procrear y educar a la prole”. Como consecuencia de esta definición y con total rigor racionalista, rechaza la posibilidad de matrimonio entre ancianos o de un anciano y un joven, así como entre las personas estériles.

Westermarck lo estima: “la relación más o menos duradera entre un hombre y una mujer, que se prolonga más allá del acto de la reproducción hasta después del nacimiento de la primogenitura”.

Esta definición me resulta poco acertada e incluso poco atractiva por centrar las nupcias en la nota de reproducción y dándoles un aire de transitoriedad a la que se piensa en sentido ideal que debe ser una institución vital y la eliminación que hace Westermarck de los elementos permanencia, comunidad física y espiritual, educación de la prole y legalidad dejando así poco atractiva su concepción del matrimonio.

Ahrens nos remite a un concepto filosófico del matrimonio, afirmando que es: “la unión formada entre dos personas de sexo diferente, con el propósito de crear una comunidad perfecta de toda su vida moral, espiritual y física y de todas las relaciones que son su consecuencia”.

Portalis sigue la misma línea; para él es: “una sociedad del hombre y la mujer que se unen para perpetuar su especie, para ayudarse, socorrerse mutuamente, para llevar el peso de la vida y compartir su común destino”.

Ni ésta ni la anterior definición tienen la concisión exigida por la lógica, ésta aporta el carácter perpetuación y en ambas muy reiteradamente la última se pone el fin del matrimonio en el elemento mutuo auxilio.

Ennecerus lo estima: “la unión de un hombre y una mujer dirigida al establecimiento de una plena comunidad de vida”.

Dernburg sostiene que: “el matrimonio es la completa comunidad de vida entre un hombre y una mujer, jurídicamente reconocida”.

El derogado canon 1082 del Codex Iuris Canonici, definía el matrimonio-estado en los siguientes términos: “Es una sociedad permanente entre el varón y la mujer para engendrar hijos”.

Muy sintética, más con el inconveniente de dar un único fin a esa comunidad que debe abarcar no sólo el señalado, sino el conjunto de objetivos a los que debe tender una sociedad vital y la más perfecta de las humanas.

F. Puig Peña lo considera: “la unión espiritual y corporal de un hombre y una mujer para alcanzar el fin supremo de la procreación de la especie”.

Para **E. Rubio**, el matrimonio es: “la unión legal de un hombre y una mujer, para la plena y perpetua comunidad de existencia; al añadir la nota cristiano, suma a la definición la expresión elevada por Cristo a la dignidad de sacramento; y refiriéndose a su aspecto de acto, lo estima el acto solemne por medio del cual el hombre y la mujer constituyen entre sí una unión legal para la plena y perpetua comunidad de existencia”.

Los sociólogos modernos afirman que el matrimonio es: “un acto contractual regulador de la vida en común de los cónyuges”.

Los antropólogos lo estiman: “una unión entre un hombre y una mujer tal que los hijos nacidos a la mujer son reconocidos como prole legítima de ambos progenitores”.⁷¹

M. E. Spiro lo estima: “Cualquier relación socialmente autorizada entre adultos del sexo opuesto, que no tengan parentesco de sangre y que cohabiten, que satisfagan necesidades sentidas: mutuas, simétricas o complementarias”.

G. P. Murdock no define al matrimonio pero sí a la familia, aunque de su concepto de ésta cabe deducir su idea del matrimonio y nos dice: “Es un grupo social caracterizado por su residencia en común, por cooperación económica y por reproducción. Incluye adultos de ambos sexos, por lo menos dos de los cuales mantienen una relación sexual socialmente aprobada, y uno o más hijos / as de los adultos, propios o adoptados, que cohabitan sexualmente”.

Para el **Concilio Vaticano II**⁷² es: “un acto, humano por el cual los esposos dan y reciben mutuamente y del que nace ante la sociedad una institución confirmada por la Ley Divina”.⁷³

Estimamos que el matrimonio, como acto, es: “la manifestación formulada por un hombre y una mujer, pública y solemnemente, de querer formar una familia permanente, manifestación confirmada con su unión física.”

En cuanto al matrimonio-sociedad pensamos que es: “la unión completa, permanente y familiar de un hombre y una mujer previamente solemnizada”.

⁷¹ MAIR, Lucy, “*Introducción a la Antropología Social*”, Alianza Edit., 1970, pág. 112.

⁷² “*Constitución sobre la Iglesia en el mundo actual*”, P. II, C. I., 48.

⁷³ “La íntima comunidad conyugal de vida y amor está establecida sobre la alianza de los cónyuges, es decir, sobre su consentimiento personal e irrevocable”.

B) El Matrimonio en la actualidad, enfoque doctrinario.

1. Concepto.

El matrimonio se considera desde tres acepciones, como:

1. Celebración de un acto jurídico
2. Un conjunto de normas
3. Estado matrimonial

Como acto jurídico, el matrimonio es la celebración de un acto solemne entre un hombre y una mujer con el propósito de crear una unidad de vida entre ellos. Es un acto voluntario efectuado en un lugar y tiempo determinados ante el funcionario que el Estado designe para celebrarlo.⁷⁴

Así también, el matrimonio se refiere al conjunto de normas jurídicas que regulan dicha unión.

Mientras que como estado permanente de vida de los cónyuges o matrimonial, se compone de un conjunto de deberes y facultades, derechos y obligaciones para la protección de los intereses superiores de la familia, como son la procreación, educación y protección de los hijos, y la mutua colaboración y ayuda de los cónyuges.⁷⁵

De ahí que se entienda por matrimonio como una institución o conjunto de normas que reglamentan las relaciones de los cónyuges creando un estado de vida permanente derivado de un acto jurídico solemne.

⁷⁴ E. BAQUEIRO ROJAS, "Derecho de familia y sucesiones", Harta, México 1997, p. 39.

⁷⁵ GALINDO, Ignacio, "Derecho Civil". Primer curso, parte general, personas, familiar, Porrúa, México, 1989, p. 473.

Finalmente, vemos que en el *Código Civil* federal no define lo que es debe entender por matrimonio, sólo se señalan entre otras normas las relativas a la promesa de matrimonio; los requisitos para contraerlo; los derechos y obligaciones que nacen de él; el régimen de capitulaciones matrimoniales; las donaciones antenuptiales.

Conviene señalar que ahora el *Código Civil para el Distrito Federal* define al matrimonio en su artículo 146 como:

“La unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos procuran respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de crear hijos de manera libre, responsable e informada. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que esta Ley exige.”

El matrimonio es una institución fundamental del derecho familiar, porque el concepto de familia reposa en el matrimonio como supuesto y base necesarios. De él derivan todas las relaciones, derechos y potestades, y cuando no hay matrimonio, sólo pueden surgir de tales relaciones, derechos y potestades por benigna concesión y aún así son éstos de un orden inferior o meramente asimilados, a los que el matrimonio genera.

El matrimonio es la base sobre la cual descansa la sociedad. Nada hay en esta unión que sea aislado y esté circunscrito a las personas de los cónyuges; todo en él es trascendente a otros seres y a la sociedad, que se forma de las familias reunidas bajo la sombra del derecho. Por esto el matrimonio ha sido desde los tiempos antiguos, considerado como una institución altísima.

El matrimonio puede considerarse desde el punto de vista religioso y desde el punto de vista civil.

La Iglesia Católica estima que es un sacramento; civilmente el matrimonio es un: “contrato bilateral solemne por el que se unen dos personas de sexo diferente, para perpetuar la especie y ayudarse mutuamente”.

Es un contrato, porque hay acuerdo de voluntades para casarse: es **bilateral** porque lo celebran un solo hombre y una sola mujer, teniendo ambos derechos y obligaciones; es **solemne**, porque se lleva a cabo ante el Juez del Registro Civil y con los requisitos que marcan las leyes.⁷⁶

2. Naturaleza Jurídica.

Como se recordará, para el Derecho Canónico el matrimonio es un sacramento. Independientemente de la naturaleza sacramental del matrimonio canónico, para el derecho de la Iglesia es un contrato de naturaleza indisoluble que celebran entre sí los consortes, por su libre y espontánea voluntad.

Mientras que los doctrinarios del Derecho Civil discuten sobre la naturaleza jurídica del mismo, en diversas legislaciones a lo largo de la historia de nuestro país se refieren al matrimonio señalando que es un contrato, es decir, un acuerdo de voluntades que produce derechos y obligaciones entre los consortes y sus hijos.

Sin embargo, esta posición doctrinaria es criticada señalándose que el contrato de matrimonio carece de objeto desde el punto de vista jurídico. El propósito de los contratos es una cosa o un derecho que se encuentra en el comercio. Por tanto, si se juzga dicho acto como contrato, la entrega recíproca de los cónyuges no puede ser objeto de un contrato.

Asimismo, en los contratos la voluntad de las partes es la que fija derechos y obligaciones de cada una de ellas. Si bien en el matrimonio existe un acuerdo de

⁷⁶ FLORESGÓMEZ GONZÁLEZ, Fernando y CARVAJAL MORENO, Gustavo, *Nociones de Derecho Positivo Mexicano*, 31ª ed., Porrúa, México, 1992, p. 279.

voluntades los derechos y obligaciones están establecidos en la ley, y los consortes sólo son libres para establecer el régimen matrimonial respecto de sus bienes.

Se ha dicho que el matrimonio es un contrato de adhesión. Pero se olvida que en este tipo de contratos una de las partes impone a la otra el conjunto de derechos y obligaciones derivadas del mismo contrato.

También se dice que el matrimonio es un contrato condición, pues se producen cuando se han reunido todos los elementos que la ley establece. Sin embargo, esto no es cierto en todos los casos, pues en el matrimonio putativo, que es el celebrado de buena fe por ambos consortes, se producen todos los efectos del mismo a favor de los hijos y del cónyuge de buena fe, como si se hubieran reunido todos los requisitos establecidos por la ley para la validez del acto.

Según Antonio Cicu, se dice que el matrimonio es un acto de poder estatal, que se da en el momento que en el que el juez del Registro Civil declara unidos a los consortes en nombre de la sociedad y de la ley. No obstante, se olvida que se requiere también de la voluntad de los consortes debido a que el Estado no les puede imponer derechos y obligaciones por un acto unilateral soberano.

También se le ha considerado como un acto mixto y complejo en el que concurre la voluntad de los consortes y la del Estado. Algunos autores han pretendido explicar el carácter jurídico del matrimonio. Sin embargo, lo único que hacen es definir la naturaleza del acto de celebración del mismo.

De acuerdo con Planiol, el matrimonio es: “un contrato y, como género de vida, es un estado.”

Mientras que Haoriou y Bonnacase sostienen que el matrimonio es: “una institución jurídica que no sólo explica la celebración del mismo, sino también tiene todos los efectos jurídicos que nacen del Estado y del acto propiamente dicho.”

De acuerdo con Bonnacase el matrimonio es un conjunto de reglas esencialmente interactivas cuyo fin es dar a la unión de los sexos una organización social y moral.

En síntesis, los diversos autores distinguen en el matrimonio las características siguientes:

- Es un acto solemne.
- Es un acto complejo porque requiere de la concurrencia de la voluntad de las partes y de la intervención del Estado.
- Es un acto que para su celebración requiere de la declaración del juez del Registro Civil.
- En él, la voluntad de las partes no pueden modificar los efectos previamente establecidos por el Derecho, pues sólo se limita a aceptar el estado de casado con todas sus implicaciones.
- Sus efectos se extienden más allá de las partes y afectan a sus respectivas familias y a los futuros descendientes.
- Su disolución requiere de sentencia judicial o administrativa.

CAPÍTULO II

EL MATRIMONIO EN EL DERECHO COMPARADO

2.1. El Régimen del Matrimonio en el Derecho Internacional Privado.

El matrimonio constituye un acto de estado civil que genera obligaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges. Además, es una prerrogativa fundamental que exige la plena igualdad jurídica entre el hombre y la mujer.

La regulación del matrimonio en el Derecho Internacional Privado refleja la propia complejidad de la institución. Por una parte, el matrimonio considerado *in feri suscita* pone en duda la cuestión de la validez o existencia propia del matrimonio, incluyendo sin dejar de añadir el problema de su reconocimiento extraterritorial. Bajo la rúbrica de celebración del matrimonio, se analizan las cuestiones de Derecho aplicable que se refieren a los requisitos personales y formales de validez del matrimonio: consentimiento, capacidad y forma.

Aspectos relativos al consentimiento o a la capacidad, y cuestiones de forma exigen una pluralidad de leyes que introducen una indudable complejidad.

Por otra parte, la intervención de una autoridad pública o equivalente a la celebración del matrimonio no suele ser abordada como una cuestión de competencia de autoridades, aunque no falta esta perspectiva, sino que se integra como una exigencia de forma o validez formal, resulta en clave de Derecho aplicable.

El reconocimiento de la validez de estos matrimonios exige, a su vez, un tratamiento de las cuestiones relativas a la prueba y a su acceso al Registro Civil.

El matrimonio como estado civil o *in facto esse* genera a su vez un contenido específico de obligaciones personales o patrimoniales (efectos del matrimonio) que

quiere tener en cuenta, nuevamente, leyes muy diversas, según el régimen económico del matrimonio que se establezca *ex lege* o por voluntad de las partes. En este sector sí tienen relevancia las normas de competencia judicial internacional.

2.2. Celebración del Matrimonio.

a) Consentimiento y capacidad.

El consentimiento existe en el acto jurídico familiar. Es la voluntad del, o de los que realizan, de asumir los deberes que se generan, y cumplir las obligaciones que nazcan, aun cuando sus efectos estén previstos en la ley y sean inexorables. Se siguen los principios generales sobre la necesidad de la libertad en el consentimiento; se requiere que éste sea real, serio y preciso, y que se exteriorice en las formas o con las solemnidades previstas en la norma.⁷⁷

En algunos lugares el consentimiento no lo dan los contrayentes, sino sus padres o el jefe de la tribu. Este tipo de matrimonio ha sido repudiado por Las Naciones Unidas.⁷⁸ En México, este contrato es personalmente consensual; la aprobación proviene de los contrayentes y no de otras personas. Si a cierta autoridad mexicana se le presenta un matrimonio pactado por personas que no fueran los propios cónyuges, tiene que resolver si éste debe ser reconocido.

En este caso, no es en atención al convenio de la ONU como habrá de resolverse el problema, sino tomando en cuenta que ese tipo de matrimonio afectan el orden público mexicano. Es decir, aunque la norma de conflicto mexicana estaría aparentemente en condiciones de reconocer el matrimonio extranjero sobre la base

⁷⁷ PEREZNIETO CASTRO, Leonel y SILVA SILVA, Jorge Alberto, *Derecho Internacional Privado, parte especial*, Oxford University Press, México, 1998, p. 89.

⁷⁸ Art. 1° de la Convención sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la Edad Mínima para Contraer Matrimonio y el Registro de los Matrimonios.

del principio de *lex loci actus*,⁷⁹ tal matrimonio deberá ser rechazado en virtud de que su aceptación constituye una ofensa al orden público nacional, aquí ya no se trata de una cuestión de forma, sino de fondo; porque reconocer un contrato matrimonial en el que no haya intervenido la voluntad de los cónyuges significaría aceptar que se ataquen los principios consagrados en la Constitución mexicana, en donde se garantiza el derecho de cada individuo a expresar su voluntad en los diferentes aspectos de su vida (art. 15, frac. II, CCDF que dice: “Cuando las disposiciones del derecho extranjero o el resultado de su aplicación sean contrarios a principios o instituciones fundamentales del orden público mexicano”).

Sexo (unisexual o bisexual).

A finales del siglo XX se reconocieron en algunos países las uniones de personas del mismo sexo (hombre con hombre, mujer con mujer) “con muchos puntos en común con el matrimonio tradicional”.⁸⁰ Aunque no todos los Estados han calificado estas uniones como matrimonios, sí se han preocupado por sus consecuencias jurídicas.

¿Hasta que punto los tribunales mexicanos reconocerán los efectos jurídicos de un matrimonio unisexual (homosexual)?

A estas uniones se les acepta como verdaderos matrimonios, por ejemplo, en Dinamarca, Islandia, Noruega, Suecia y Hungría. La principal restricción consiste en que la pareja no puede adoptar a un menor de edad. No obstante, se han reconocido efectos de importancia como el hecho de que el seguro social ha concedido al compañero que sobrevive ciertos derechos, equivalentes a los de la viuda o viudo, con el fin de compensarlo.

⁷⁹ Lex loci actus. Ley del lugar de celebración del acto. Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo III, p. 1961.

⁸⁰ FÉRNANDEZ ARROYO, Diego P., “Nuevos elementos del derecho internacional privado de la familia en Europa”, en Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado, abril de 1997, p. 105.

Generalmente, en esos países se autorizan matrimonios de dicha naturaleza cuando ambos contrayentes, o tan sólo uno, tienen su residencia o nacionalidad en cualquiera de esos países.

En materia de calificaciones y frente a la posibilidad de que en México un juez reconozca una unión homosexual, habría que considerar dos situaciones. Primero, la unión de dos personas del mismo sexo no se encuentra estipulada en la ley mexicana; por ello, el juez podría anteponer el concepto del orden público para evitar su reconocimiento. En cambio, lo que sí podría admitir son las consecuencias jurídicas de esa unión homosexual legalmente reconocida por la legislación extranjera, y admitir que la parte supérstite⁸¹ pudiese recibir una pensión o los derechos de sucesión previstos para el cónyuge supérstite por el derecho mexicano.

Nos encontramos aquí en lo que la doctrina conoce como *efecto reflejo* del orden público o como *efecto atenuado* del orden público; es decir, no se reconoce a la institución por ser contraria a los valores y la cultura locales (es el caso, por ejemplo, de la poligamia), pero en un sentido de justicia se aceptan sus efectos, como el derecho a los alimentos.

De acuerdo con la ley sustantiva de los países americanos, excepto Hawai, en Estados Unidos de América y Canadá el matrimonio sólo puede ser contraído entre un hombre y una mujer. Se trata de sistemas jurídicos que no toleran matrimonios homosexuales y que sólo propician uniones bisexuales. Además, los principios que sustentan cada uno de estos sistemas jurídicos juzgan que el núcleo central de la familia es el matrimonio, el cual, según ellos, tiene como finalidad procrear y preservar la especie humana, lo que no se logra en las uniones unisexuales.⁸²

⁸¹ DE PINA, Rafael y DE PINA VARA, Rafael, "Diccionario de Derecho", Porrúa, México, 1997, p. 446.

⁸² Aunque BAQUEIRO Edgar y BUENROSTRO Rosalía agregan que la capacidad para procrear no es indispensable, y ponen por ejemplo el caso de parejas de edad avanzada. "*Derecho de familia y sucesiones*", Ed. Harla, México, 1989, p. 57.

Además, en estas legislaciones interviene la cultura cristiana occidental del matrimonio monogámico y sexual, por lo que, en el estado actual del derecho mexicano, las uniones homosexuales pueden considerarse contrarias al orden jurídico mexicano y, por tanto, no ser reconocidas.

Ejemplos

• Dos personas del mismo sexo, ambas residentes en Inglaterra, contraen ahí matrimonio. Según la ley inglesa, el matrimonio es válido; según la ley mexicana, no. Sin embargo, la norma de conflicto mexicana sostiene la validez de los actos conforme a la ley del lugar donde se realizó. Esto haría posible pensar en la hipótesis de que en México se reconozca ese matrimonio. No obstante, la autoridad mexicana rechazará su reconocimiento, con el argumento de que hacerlo afecta el orden público nacional.

• Una pareja de lesbianas contrajo matrimonio en Noruega; tiempo después, sin disolverlo, una de ellas emigra a México, donde conoce a un varón con el cual acuerda casarse. En este caso, al encargado del Registro Civil se le presenta el problema de saber si reconoce o rechaza el primer matrimonio de ella; si lo rechaza, debe considerarla soltera y apta para el segundo matrimonio.

Cabe señalar que, para la ley mexicana, el factor del sexo (unisexual o bisexual) para contraer matrimonio es una cuestión de capacidad, por lo cual la regla de conflicto mexicana nos remite a la ley del domicilio.

Soltería o viudez.

La norma sustantiva mexicana señala como impedimento para contraer matrimonio el hecho de que subsista un matrimonio con persona distinta,⁸³ de manera que es necesario ser soltero o viudo para poder contraer matrimonio.

No existe una norma específica de conexión que determine el derecho aplicable a la soltería o viudez, por lo que debe recurrirse a la regla general de DIPr. Como la condición de soltero o casado es una cuestión de capacidad civil, está se rige por la ley del domicilio de las personas.

Aquí interviene una cuestión de capacidad, ya que el no ser soltero o viudo torna incapaz a la persona para contraer matrimonio. Se es capaz cuando se tiene la aptitud para realizar un acto jurídico, luego si es soltero o viudo, se es capaz para contraer matrimonio.

En México no existe la viudez, porque las capacidades de goce y de ejercicio de las personas se extinguen con la muerte; entonces de antemano basta con demostrar con copia del acta de defunción que la persona sobreviviente de la relación matrimonial, tiene nuevamente el estado civil de soltero.

Ejemplos

• Se trata de una pareja domiciliada en el extranjero, uno de cuyos miembros ya se encuentra casado. En el lugar donde están domiciliados la ley admite la poligamia, como ocurre en Irán, Irak y Gabón, entre otros países.

Si consideramos que la ley aplicable a la capacidad es la del domicilio, entonces podría resultar que el oficial del registro Civil mexicano autorizara

y celebrara un nuevo matrimonio. El problema consiste en saber si la autoridad mexicana (el juez o el encargado del Registro Civil) deberá autorizar o reconocer un matrimonio poligámico. En realidad nos estamos refiriendo a dos dificultades distintas: autorizar un matrimonio poligámico o reconocer el matrimonio poligámico.

Por lo pronto, tratándose de la autorización, podemos adelantar que si se pretender contraer matrimonio en México la autorización será rechazada; porque si se aceptará significaría permitir una unión matrimonial contraria a la concepción cultural mexicana, según la cual el matrimonio debe ser monogámico. Así, lo que estuviera en contra de esa concepción significaría vulnerar el orden público mexicano. Si el matrimonio se hubiera contraído ya en el extranjero para escapar a la ley mexicana, ello implicaría un fraude a esta ley.

• Puesto que nos hemos referido a la soltería y la viudez como condición para contraer matrimonio, es pertinente retomar un ejemplo singular al que se refirió en su tiempo Roberto ESTEVEZ RUIZ. Supongamos, decía, que de un harén se fugó una de las mujeres de un polígamo. La mujer se trasladó a Italia, donde se enamoró de otra persona e intentó casarse. Paralelamente, el país donde se escapó pidió su extradición, pues escaparse de harén es un delito. Aquí el problema es: ¿podrá considerársele casada a esa mujer y, por tanto, carente de capacidad para contraer nupcias?. En opinión de ESTEVEZ RUIZ, se le debe de catalogar como soltera, ya que tanto en Italia como en México el matrimonio es monogámico y se rechaza el extraño por afectar el orden público.⁸⁴

⁸³ Art. 156, frac. X, CCDF dice: Padecer alguno de los estados de incapacidad a que se refiere la fracción II del artículo 450;

⁸⁴ ESTEVEZ RUIZ, Roberto, "Derecho Internacional Privado" (apuntes de clase), UNAM, México, 1937, p. 218.

Si alguien contrajo matrimonio poligámico y éste no se reconoce, a la persona seguirá considerándosele casada, por la razón siguiente: lo que no se reconoce del matrimonio poligámico es que un hombre pueda estar casado con varias mujeres, aunque el hecho del matrimonio sí es susceptible de ser reconocido.

Una viuda podría tener derechos sobre la sucesión que se abra en México si acredita haber celebrado nupcias con el *de cuius* y sin someter a discusión de qué matrimonio se trata. Los hijos podrían ejercer su derecho a reclamar alimentos.

Capacidad para contraer matrimonio.

En nuestro *Código Civil* al tratar de las personas, en los artículos 22, 23 y 24,⁸⁵ trata de la capacidad.

En nuestro Derecho “ la capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte” (Art. 22, CCDF). Ciertamente es, que la capacidad de ejercicio está reservada a la mayoría de edad y también a la emancipación con ciertas limitaciones, pero desde un principio se tiene la capacidad de goce que es aquella que nos reconoce nuestro sistema jurídico mexicano porque se desprende nuestra naturaleza humana o Derecho Natural, es decir, son derechos inherentes al hombre desde la concepción o fecundación, a los que se agrega la capacidad de ejercicio a partir de los 18 años o ser emancipado.

Ahora bien, todo hombre tiene capacidad jurídica, independientemente de la situación en que se encuentra en el grupo social o en la familia, y reciben un calificativo diverso según la situación que guarde dentro de ese grupo o familia, lo

⁸⁵ Art. 22 del CCDF. La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere con el nacimiento y se pierde con la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código.

Art. 23 del CCDF. La minoría de edad, el estado de interdicción y demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la capacidad de ejercicio que no significan menoscabo a la dignidad de la persona ni a la integridad de la familia; los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes.

que hace que los derechos, obligaciones y deberes sean distintos y correspondan al estado familiar que ostente.

Dentro del artículo 22 CCDF se previene que: "la capacidad jurídica de las personas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte", agregando que "desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le entiende por nacido para los efectos declarados en el presente Código". Esto significa que el concebido tiene personalidad jurídica (sólo para ser señalado como posible heredero).

Esto significa una excepción al principio generalmente aceptado de que la persona física adquiere su capacidad jurídica por el nacimiento.

Prácticamente en todos los sistemas jurídicos se plantean requisitos para contraer matrimonio; seguramente el principal consiste en la capacidad.

La ley sustantiva mexicana enumera los casos en que a una persona se le considerará incapaz para casarse. En general se les conoce simplemente como *requisitos para contraer matrimonio y como incapacidades*.

En ciertos países se establece una remisión específica a la ley aplicable que rige los requisitos para contraer matrimonio. Por ejemplo, en Albania ⁸⁶ se dispone que los requisitos se rigen por la ley personal de ambos contrayentes; en Grecia, ⁸⁷ de la ley nacional de cada cónyuge; lo mismo indican las leyes polacas ⁸⁸ y alemanas; ⁸⁹ en Austria ⁹⁰ se elige al estatuto personal de cada cónyuge, etc. En otros lugares se prefiere hablar de la capacidad para contraer matrimonio. En Uruguay, por ejemplo,

Art. 24 del CCDF. El mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establezca la ley.

⁸⁶ Art. 5 de la Ley del 21 de noviembre de 1964.

⁸⁷ Art. 413.

⁸⁸ Art. 13 del Código Civil.

⁸⁹ Art. 14 de la Ley sobre Derecho Internacional Privado.

⁹⁰ Art. 13 de la Ley de introducción al Código Civil.

la ley aplicable respecto de los requisitos es la del lugar de celebración del matrimonio;⁹¹ en cambio, en Venezuela se recurre a la del domicilio.⁹²

En el derecho de España se estipula que el encargado del Registro Civil puede expedir un “certificado de capacidad matrimonial” a un cónyuge español. Aparentemente este documento le facilita a la autoridad extranjera la celebración del matrimonio. “En ese país se requiere dicho certificado para registrar dentro de su territorio el casamiento realizado en el extranjero”.⁹³ El documento de alguna manera facilita la labor de la autoridad mexicana, siempre que el derecho aplicable mexicano tenga una conexión con el derecho español.

En México no existen disposiciones especiales de DIPr que especifiquen el orden jurídico aplicable a la capacidad para contraer nupcias y los requisitos para hacerlo. En el mejor de los casos lo que existe es una regla general.

Antes de examinar esas condiciones no debe perderse de vista la diferencia entre el matrimonio (una cuestión propiamente del estado civil) y la capacidad o requerimientos personales para contraerlo (que no necesariamente se rigen por las mismas leyes que rigen al estado civil). O sea que una cosa es la relación o relaciones matrimoniales y otra la capacidad para constituir las.

Al hablar de capacidad también aludimos a los requisitos vinculados a ella que permitan contraer nupcias. Por ejemplo la ley venezolana establece que: “la capacidad para contraer matrimonio y los requisitos de fondo del matrimonio se rigen, para cada uno de los contrayentes, por el derecho de su respectivo domicilio”.⁹⁴

⁹¹ Secc. 3, párr. 17, de la Ley sobre Derecho Internacional Privado.

⁹² Art. 2395 del Código Civil.

⁹³ GONZÁLEZ CAMPOS, Julio, “*Derecho Internacional Privado*”, Parte Especial, pp. 428 y 429.

⁹⁴ Art. 21 de la Ley de Derecho Internacional Privado.

Edad.

Comencemos por la edad de los contrayentes. Según la regla general de la ley mexicana anterior, para poder casarse el varón debe tener una edad mínima de 16 años, y la mujer, de 14 años (art. 148 del CCDF).

En México no tenemos una regla de conflicto especial que indique cuál debe ser el orden jurídico aplicable a la edad de los contrayentes, de manera que es necesario recurrir a las reglas o normas generales del DIPr.

Al llegar a este punto nos encontramos con un problema de calificaciones. ¿La edad necesaria para contraer matrimonio será un problema de capacidad o de estado civil?

Aunque al amparo de la ley mexicana tanto la capacidad como el estado civil se rigen conforme a la ley del domicilio, podría ocurrir que en razón de la norma de conflicto del lugar del domicilio se representara un reenvío que permitiera aplicar una ley a la capacidad y otra al estado civil.

En nuestra opinión, la edad como requisito para contraer matrimonio es una cuestión de capacidad y no de estado civil.

Ejemplos

• Supongamos que un nicaragüense pretende casarse en México, el tiene 20 años de edad, según la ley mexicana cuenta con la capacidad para contraer matrimonio libremente, lo que no ocurre en la ley de su país (art. 100, CC), que exige que debe de tener 21 años para hacerlo; también señala que si el matrimonio se realiza en el extranjero en contravención de este requisito, tal contrato no será reconocido en el foro nicaragüense. En este

caso, la autoridad mexicana, al consultar su regla de conflicto (art. 13, frac. II, CCDF), advertirá que la ley aplicable es la del domicilio.

Si ese nicaragüense tiene su domicilio en México, su matrimonio será autorizado, en cambio si su domicilio estuviera en Nicaragua, el matrimonio no sería factible, salvo que los padres del novio lo consintieran, como lo ordena la ley nicaragüense.

• Un argentino de 17 años con domicilio en su país de origen pretende casarse en México; pero resulta que la ley argentina (art. 166.5, CC) establece como 18 años como edad mínima para el varón. Así pues, la autoridad mexicana no podrá autorizar ese matrimonio, a pesar de que la ley mexicana lo permita a varones con 16 años o más.

Por otro lado, cabe recordar que México es signatario de la Convención sobre el Consentimiento para el Matrimonio, Edad Mínima para Contraerlo y su Registro.

Dicho tratado fija una norma de conflicto según la cual la ley que deberá regir la edad mínima para casarse es la interna de cada Estado, es decir, el tratado no establece una norma sustantiva uniforme, sino una norma de conflicto. Sólo sobre la base de esa ley las personas podrán contraer matrimonio, y no será factible la autorización de un matrimonio cuando no se hubiese alcanzado la edad establecida en la legislación interna.

No obstante, esta Convención de la ONU admite que la autoridad competente para realizar el matrimonio dispense ese requisito de edad, siempre que la dispensa se apoye en una causa justificada y atienda al interés de los contrayentes.

Respecto a esta Convención de la ONU, lo que se pretende es que intervenga una autoridad que verifique la edad de esas personas, pues de otro modo no tendría sentido obligar a que se registre el matrimonio.

La propia Convención le otorga competencia a la autoridad ante la cual se celebrará el matrimonio; igualmente, en lo que se refiere a la elección de la ley interna aplicable para determinar la edad mínima. Por ello, si esta ley interna establece dispensas para esa edad, la autoridad competente ante la cual podrá realizarse el matrimonio tendrá también facultad para ejercitar dicha dispensa.

El comentario general respecto de la aplicación de esta Convención de la ONU es que, más allá de los casos en los que deba aplicarse el sistema referido (aceptación de la ley del lugar para efectos de requisitos de forma y ley personal, domicilio o nacionalidad, para la capacidad), la Convención pretende establecer bases mínimas para los países en donde no se toma en cuenta la libre voluntad de los contrayentes o no se respeta la edad a partir de la cual dos personas pueden contraer matrimonio de manera voluntaria.

En la Convención se fijan ciertos requisitos previstos por la ley interna del lugar en donde habrá de celebrarse ese matrimonio, y se cuida de no dejarlos al arbitrio de costumbres o rituales que vayan en contra de los derechos de las personas para exponer su voluntad de casarse en condiciones que permitan al matrimonio alcanzar sus fines.

b) Formas de celebración.

Deben diferenciarse la forma y el fondo del matrimonio. La primera tiene que ver con los elementos externos de un acto y sus solemnidades (en caso de ser requeridos), así como con los datos que le dan autenticidad para concederse y autorizarse. El segundo, con la capacidad de las personas para contraer matrimonio.

Como no existe una regla especial de DIPr que determine la ley aplicable a la forma del matrimonio, es necesario recurrir a la regla general aplicable. Ésta se localiza en el artículo 13, frac. IV, del CCDF, que fija la conexión con la ley de celebración del lugar del acto (*locus regit actum*).

Respecto a la forma del matrimonio, en principio nos encontramos con un aparente problema de calificación. Si consideramos que el matrimonio es un acto de estado civil, la ley aplicable será la del domicilio de cada persona (art. 13, frac. II, CCDF); en cambio, si ubicamos al matrimonio como otro tipo de acto jurídico (art. 13, frac. IV, CCDF), la ley aplicable será la del lugar donde se realizó el matrimonio (art. 51, CCDF). Esto es, el conflicto de calificaciones se presenta entre la *lex domicilii* (ley del domicilio. Alude a la ley del lugar del domicilio de una persona) y la *lex celebrationis* (ley del lugar donde se celebró un acto jurídico).⁹⁵

Sin embargo, ese aparente conflicto de calificaciones se resuelve de la siguiente manera; el matrimonio en México es un acto solemne que requiere el cumplimiento de determinados requisitos y el art. 97 del CCDF establece que: “las personas que pretendan contraer matrimonio presentarán al juez del Registro Civil del domicilio de ellas” los requisitos que la propia legislación expresa; es decir, una solicitud en la que se anoten el nombre, edad, ocupación y domicilio “tanto de los pretendientes como de sus padres”, “que no tienen impedimento legal para casarse” y “que es su voluntad unirse en matrimonio”.

Además, el escrito en el que se haga esta solicitud deberá ser firmado por los solicitantes. En estas condiciones, se habrán cumplido los requisitos, sin éstos, la solemnidad que requiere este contrato no tendrá validez. Dentro de ellos es necesario también que la ley del domicilio les otorgue a los contrayentes la capacidad para celebrar el acto, dicho en otros términos, por sí misma la forma del matrimonio conforme a la ley mexicana no es una cuestión del estado civil.

La forma, en todo caso, son los requerimientos que deben cubrirse y de acuerdo con los cuales puede constituirse el acto formal del matrimonio, pero no es el matrimonio mismo. Es decir, la forma es un requisito para celebrar válidamente determinados actos jurídicos que pueden dar lugar al surgimiento de derechos y obligaciones; estos últimos, que se generan con la celebración del matrimonio y que

⁹⁵ Diccionario de Derecho, p. 354.

propriadamente lo constituyen, son los que deben diferenciarse de los requisitos de forma de acuerdo con los que se constituyó dicho contrato.

Por lo tanto la forma, como un conjunto de requisitos que deben cumplirse para considerar válido el acto jurídico, se regula conforme a la ley del lugar donde se constituyó el matrimonio. Para esto debe tomarse en consideración lo establecido en el art. 51 del CCDF que dice: " Para establecer el estado civil adquirido por los habitantes del Distrito Federal fuera de la República, serán bastantes las constancias que los interesados presenten de los actos relativos, sujetándose a lo previsto en el Código de Procedimientos Civiles, y siempre que se registren en la oficina del Distrito Federal que corresponda".

Los propios tribunales de amparo han sostenido esta idea en diversas tesis, e incluso durante la época de gran territorialismo.⁹⁶ Al parecer ésta es la que ha aceptado la mayor parte de los Estados de la comunidad internacional, incluso en los casos en que ciertos funcionarios consulares están autorizados para celebrar el matrimonio. A esta última situación se alude en el principio *auctor regit formam actus* (la forma del acto se rige por el autor, esto es, por la ley que rige al funcionario que autoriza esa forma).

Un casamiento de este tipo surte efectos jurídicos plenos, como si se hubiera realizado en el propio país del cónsul. En esta clase de matrimonios, el o los contrayentes deberán cumplir las formas establecidas en la ley del Estado que representa el cónsul.

El matrimonio celebrado ante un cónsul tendrán todos los efectos legales correspondientes, no sólo en el país que representa el cónsul sino también en el país donde se realice.

Ejemplo

• **Un casamiento ante el cónsul italiano o francés acreditado en México se realizará según la ley italiana o francesa, y un matrimonio celebrado ante el cónsul mexicano acreditado en Italia o en Francia se practicará el principio *auctor regit actum*.**

Un dato curioso que nos sirve para ilustrar lo anterior es lo que ocurre en Albania: la forma de celebrar el matrimonio en este país puede llegar a regirse por la ley del lugar de realización del matrimonio, por la ley del representante diplomático albanés cuando éste lo presida, o por la ley albanesa cuando dos albaneses lo celebren en el extranjero (*lex fori* que es la ley del Foro).⁹⁷

Las leyes de otros Estados sólo reconocen el matrimonio de sus nacionales siempre que lo contraigan conforme a sus leyes internas. El problema que en situaciones como ésta se le puede plantear a una autoridad mexicana consistente en saber si otorga o no reconocimiento al matrimonio no realizado conforme a su ley nacional.

Supongamos que dos albaneses celebraron el matrimonio en un tercer país, siguiendo una forma distinta de la ley albanesa; el problema consistirá en saber: ¿México reconocerá o desconocerá ese matrimonio? A nuestro parecer, ese matrimonio sí podría ser reconocido, siempre que la ley del lugar donde el matrimonio se constituyó reconozca esa forma. Y es que en México la conexión se establece con la ley de ese lugar, no con la ley personal, que en este caso es la nacionalidad.

⁹⁶ SJF, Tercera Sala, Sexta Época, vol. CXXVIII, p. 39, AD 5649 / 67, GARI PALLARES, Juan y coag., 14 de febrero de 1968, cinco votos, ponente AZUELA Mariano.

⁹⁷ Art. 6 de la Ley del 21 de noviembre de 1964.

c) Reconocimientos de matrimonios celebrados en el extranjero.

El reconocimiento del matrimonio contraído en el extranjero ha sido objeto de regulación específica en otros países. Por ejemplo, en Gabón,⁹⁸ lugar donde se acepta la poligamia, se aplica la ley nacional del marido; pero los extranjeros naturalizados no pueden tomar una segunda mujer si la poligamia no se admite en su patria. En la República Dominicana,⁹⁹ su ley reconoce el matrimonio celebrado entre un dominicano y otra persona en el extranjero conforme a la ley del lugar de celebración, siempre que al matrimonio le hubieran precedido los edictos fijados en la ley dominicana.

No obstante, falta precisar algunas cuestiones sobre el reconocimiento del matrimonio contraído en el extranjero, aquí nos preguntamos si éste debe reconocerse en tanto esté reconocido en México o sobre la base del reconocimiento realizado en el extranjero.

Antes de referirnos a la ley aplicable, conviene mencionar el órgano competente. Debe tenerse presente que la ley mexicana exige a los encargados del Registro Civil que, para autorizar un matrimonio, cada contrayente debe presentar diversos documentos. Entre éstos se encuentra, si es el caso, la sentencia que previamente disolvió el matrimonio, lo que ayudaría a demostrar la capacidad para contraer matrimonio.

La autoridad con facultades para reconocer un acto extranjero será una administrativa y no necesariamente una judicial. Además, el oficial del Registro Civil no puede exigir que esa sentencia haya tenido que pasar por un procedimiento de *exequatur* (es el procedimiento judicial por medio del cual el tribunal competente de un determinado Estado, ordena la ejecución sobre su territorio nacional de una sentencia o laudo arbitral emitidos en el extranjero)¹⁰⁰, pues no se trata aquí de una

⁹⁸ Art. 34 del Código Civil.

⁹⁹ Art. 170 del Código Civil.

¹⁰⁰ Diccionario Jurídico Mexicano, t. II, p. 1385.

sentencia que implique ejecución coactiva. Es simplemente un acto probatorio que podrá ser realizado conforme a la autenticación de documentos.

Podemos decir que en México priva el principio denominado *favor matrimonii* (a favor del matrimonio). No debe olvidarse que los matrimonios contraídos en el extranjero tendrán que ser reconocidos sobre la base de los actos extranjeros (art. 51, CCDF que dice: " Para establecer el estado civil adquirido por los habitantes del Distrito Federal fuera de la República, serán bastantes las constancias que los interesados presenten de los actos relativos, sujetándose a lo previsto en el Código de Procedimientos Civiles, y siempre que se registren en la Oficina del Distrito Federal que corresponda").

También comentamos que cualquier otra disposición o interpretación que no tome en cuenta la naturaleza del acto celebrado en el extranjero y su necesario reconocimiento si no median cuestiones de orden público será una disposición territorialista.

Aunque en México ya se había introducido el divorcio en el siglo XIX, esta ley fue derogada, de manera que todavía al entrar el siglo XX el divorcio era desconocido. Así, se pensaba que una persona divorciada en el extranjero no podía contraer matrimonio en México, pues se consideraba que con ello se burlaba el orden público mexicano, el cual sólo permitía contraer matrimonio a solteros y a los viudos.

No obstante, en 1896 se presentó un caso. Un alemán divorciado pretendía casarse en Yucatán con una mexicana, aunque de entrada no se negó el matrimonio, se consultó al ministro de Relaciones tras la consulta, el casamiento fue autorizado.¹⁰¹

¹⁰¹ PÉREZ VERDIA, Luis, "*Tratado elemental de derecho internacional privado*", Escuela de Artes y Oficios del Estado, Guadalajara, 1908, p. 123.

La duda que en seguida trataremos de aclarar tienen que ver con matrimonios que carecen de un equivalente específico en la regulación mexicana: los religiosos y los poligámicos.

Matrimonio religioso contraído en el extranjero. Comencemos por recordar que la ley sustantiva mexicana no admite el matrimonio religioso, sino únicamente el que se realiza ante un oficial del gobierno, como es el encargado del Registro Civil.

Pero el problema por resolver se concentra en los matrimonios contraídos en el extranjero. No puede decirse que la regulación de éstos sea la misma que la aplicable a las relaciones de tráfico jurídico interno. En todo caso, la respuesta debe encontrarse en la regulación de las relaciones de tráfico jurídico internacional. Si la ley mexicana para estos casos remite a la del lugar del acto (*lex loci actus*), resulta entonces que un matrimonio religioso debe ser reconocido en México, siempre que sea monogámico y entre personas de sexos opuestos.

No obstante, cabe recordar que los matrimonios católicos o de cualquier otra religión son reconocidos porque de acuerdo con la ley del lugar donde se contraen (en Nicaragua o España, por ejemplo) se les acepta con todos los efectos legales. De la misma manera deberá tratarse a los matrimonios de toda religión que no vulnere el orden público mexicano.

Aunque la formalidad, el ritual y la autoridad ante la que se contrae el matrimonio religioso no son igual a las de un matrimonio civil, los tribunales mexicanos han llegado a reconocer matrimonios católicos realizados en España. Y para ello se toma en consideración que según la ley española los matrimonios confesionales son reconocidos por el Estado, en tanto que los tribunales mexicanos han considerado que se trata de una unión entre hombre y mujer con el fin de preservar la especie y con el objeto de prestarse ayuda mutua; es decir, la misma finalidad que persigue la ley mexicana.

Matrimonio poligámico. Este tipo de matrimonio ha sido objeto de estudio por parte de tribunales de otros países. En uno de California fue abordado el tema como cuestión previa para decidir acerca de una sucesión a favor de las viudas, y terminó por reconocer ese matrimonio.¹⁰²

Un tribunal inglés (1981) también hizo lo propio como cuestión previa con un matrimonio poligámico, de manera que reconoció la calidad de herederos de los hijos (caso Shemshadfard vs. Shemshadfard); en otro caso (1978) también lo hizo, con el fin de reconocer el derecho de la viudas a suceder (caso Sehota).¹⁰³ Esto es lo que el jurista francés PILLET denominó *efecto reflejo* del orden público, es decir, no se reconoce al matrimonio poligámico por sí mismo, sino sólo se reconocen sus efectos.

Salvo en esos casos en los que los efectos del matrimonio polígamo se han reconocidos, es decir, cuando el matrimonio ha sido abordado como cuestión previa, la regla general nos indica que, por sí mismas, las uniones polígamas no son reconocidas .

No debemos olvidar, en suma, que el derecho de una persona a continuar con el estatus de polígamo no será reconocido, de manera que no se podrá autorizar un ulterior matrimonio. Por el contrario, podrán reconocerse los derechos adquiridos generados por dicho matrimonio (art. 13, frac. I, CCDF que dice: "En el Distrito Federal serán reconocidas las situaciones jurídicas válidamente creadas en otras entidades de la República"), como en el caso de los hijos de los herederos, que no existían cuando todavía no se habían contraído las nupcias.

Incapacidad de orden público. PÉREZ VERDÍA recuerda el caso de un descendiente del rey Jorge II de Inglaterra que casó en Roma, incumpliendo las prescripciones inglesas. Según éstas, para que un miembro de la familia real pudiera casarse necesitaba cumplir ciertas formalidades, que no fueron acatadas en el caso

¹⁰² SILVA, José Alberto, "Derecho internacional sobre el proceso, Procesos civil y comercial", p. 223.

¹⁰³ TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, José Antonio, "Derecho internacional privado", parte general, vol. II, p. 382.

aludido. Mientras que en la Gran Bretaña el matrimonio fue declarado nulo, en Roma fue aceptado.¹⁰⁴

Si en México se presentará un problema similar, consideramos que ese matrimonio debería ser reconocido. Para reconocer como válido un matrimonio en México no sólo es necesario que se haya celebrado conforme a las leyes del lugar de su celebración, también debe considerarse si al realizarlo no se violaron cuestiones de fondo, como el hecho de que los contrayentes fueran incapaces para contraerlo.

En el caso del descendiente del rey Jorge II de Inglaterra, sin embargo, la incapacidad derivaba de una cuestión que México no reconoce: la existencia de la nobleza y de sus efectos jurídicos, limitaciones personales que van en contra del derecho de las personas y que en México son inaceptables.

Fraude a la ley. Aunque aparentemente es fácil reconocer un matrimonio contraído en el extranjero, también es posible que sus efectos sean desconocidos por fraude a la ley foral. Supongamos que una persona atentó contra la vida del cónyuge de su amante; el agresor fue sancionado penalmente, pero luego que su amasia se divorció, persiste en casarse con ella.

Como la ley mexicana impide este matrimonio ("atentando contra la vida de uno de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre"), la autoridad lo impedirá. No obstante, estas personas (el delincuente y la amante ahora divorciada) se trasladan a otro foro; cambian el punto de conexión (el domicilio, por ejemplo) y se casan, más tarde regresan a México.

El juez mexicano deberá desconocer los efectos de un matrimonio en estas condiciones, puesto que al contraerlo hubo fraude a la ley (art. 15, frac. I, CCDF que dice: "Cuando artificioosamente se hayan evadido principios fundamentales del

¹⁰⁴ PÉREZ VERDÍA, Luis, op cit., p. 124.

derecho mexicano, debiendo el Juez determinar la intención fraudulenta de tal evasión”).

En el caso supuesto los consortes modificaron voluntariamente los puntos de conexión con la finalidad de lograr un resultado que les hubiera sido imposible alcanzar en condiciones normales.

En este sentido, José Luis SIQUEIROS expuso: el matrimonio celebrado por mexicanos fuera de su país con el propósito de evadir un impedimento no dispensable de acuerdo con la ley mexicana, estaría afectado de un vicio de nulidad tal como si se hubiese verificado en la República.¹⁰⁵

En realidad no se trataría de una nulidad, porque el matrimonio pudo ser celebrado válidamente en el extranjero; en todo caso, se rechazarán sus efectos en México.

2.3. Estudio comparativo entre el estatuto personal en México respecto del estatuto personal en otros países de América Latina.

Las relaciones privadas internacionales se desarrollan espacialmente, es decir, los actos o actividades de cada persona se realizan en un espacio territorial. Conforme al sistema conflictual tradicional, tales actos se llevan a cabo en un ámbito geográfico determinado y suelen tener efectos en un espacio distinto. Esto plantea a la ciencia del derecho la necesidad de saber qué ley u orden jurídico norma las relaciones jurídicas existentes en un espacio determinado.

Para elegir el derecho u orden jurídico aplicable, se requiere de un método. Por ejemplo, necesita ubicar las relaciones jurídicas mediante puntos de conexión o de contacto con un derecho u orden jurídico específico.

En el caso de la persona, el punto de conexión puede ser la nacionalidad de ésta o su domicilio.

En Europa regularmente se atiende a su *nacionalidad*. En cambio, en América se atiende al *domicilio*.

Entonces el estatuto personal y la capacidad de las personas se regulan conforme a las leyes vinculadas a su nacionalidad o a su domicilio, según el método que se aplique.

Hechos como el nacimiento de la persona, su mayoría de edad y su muerte tienen consecuencias jurídicas en el marco de las relaciones jurídicas internacionales.

Se trata de los hechos y actos que le son atribuidos a la persona en forma directa e inmediata y que conforman el *estatuto personal*, en la primera parte del capítulo haré algunas consideraciones generales en torno del concepto con una breve semblanza histórica que permita su mejor comprensión.

Se demuestra, con un estudio extensivo de derecho comparado, particularmente latinoamericano, los recursos y la utilidad de las nociones del domicilio y de residencia habitual como factores de relación con el estatuto personal (arts. 12 y 13 del CCDF).

En el ámbito del derecho comparado, en relación a las convenciones de Montevideo destaca que la cercanía es particularmente notoria en la sumisión del matrimonio a la ley del lugar de su celebración, sin distinguir entre condiciones de fondo y de forma.

¹⁰⁵ SIQUEIROS, José Luis, "*Síntesis de derecho internacional privado*". *Panorama del Derecho*

2.3.1. Concepto de estatuto personal.

Es el conjunto de actos o hechos que de forma directa o indirecta se adscriben al individuo desde su nacimiento hasta su muerte para poder determinar el régimen jurídico al que se encuentra sujeto.¹⁰⁶

Desde que nace, a toda persona se le individualiza y se le identifica con un nombre, que junto con los apellidos de sus padres, le van a servir para que se le considere persona única y específica desde el punto de vista legal.

A partir del momento en que recibe un nombre, también adquiere un derecho que le permite defenderlo a lo largo de su vida, reivindicarlo e, incluso, modificarlo.

El nombre es parte de su personalidad, y la ley aplicable en función de su nacionalidad o domicilio les otorga derechos y le impone obligaciones.

Cuando la persona llega a cierta edad, ese hecho tiene consecuencias jurídicas de exigir y defender intereses y pretensiones en la vida social. El hecho de adquirir obligaciones vincula jurídicamente a esa persona al mundo social en que vive.

Tanto el ejercicio de sus derechos como la adquisición y cumplimiento de obligaciones pueden realizarse conforme a uno o varios sistemas jurídicos. El DIPr plantea diferentes métodos tendientes a determinar el derecho aplicable a esa persona, el método elegido nos permitirá encontrar la ley que defina la capacidad de esa persona, lo cual también nos indicará si ésta es capaz de contraer dichas obligaciones.

El derecho que rige al estatuto personal, por otro lado, establece las consecuencias jurídicas de la celebración de los actos personales.

Mexicano, UNAM, 1965, p. 64.

Lo mismo sucede cuando una persona fallece. Este hecho implica consecuencias jurídicas, entre ellas la posibilidad de que sus bienes sean distribuidos a sus herederos en cumplimiento de su última voluntad. Aquí, nuevamente, la ley de un sistema jurídico específico será aplicable para determinar la forma de distribución de los bienes, para saber quienes pueden considerarse herederos, para conocer el orden y prelación de éstos y los porcentajes en que debe heredarse, así como las demás características y circunstancias que haya determinado en su última voluntad el *de cuius* .

Cuando nos referimos a hechos que tienen consecuencias jurídicas como los que acabamos de mencionar, y éstos afectan directamente la personalidad del individuo, estamos dentro del tema del estatuto personal.

Para el DIPr en su método conflictual tradicional, lo importante es localizar el derecho u orden jurídico con el que habrán de vincularse los hechos y consecuencias jurídicas. Por tanto, el DIPr determina la ley u orden jurídico aplicable a ese estatuto personal.

De la misma manera en que los hechos puedan generar consecuencias jurídicas que afectan el estatuto personal, también existen actos jurídicos que se relacionan con éste. Se trata de los actos que las personas ejercen a lo largo de su vida y con los que se vinculan en forma directa e inmediata.

En el DIPr, cuando hacemos alusión al *estatuto personal* o al *estatuto real* nos referimos a las leyes o normas jurídicas que regulan la condición jurídica de la persona o de los bienes. Sin embargo, cabe precisar que la referencia al estatuto personal o al estatuto real hace alusión también a una institución por la complejidad de leyes o normas que comparte y por el número de relaciones que las primeras regulan.

¹⁰⁶ PEREZNIETO CASTRO, Leonel y SILVA SILVA, José Alberto, op. cit., p. 44.

Así, la simple expresión estatuto personal incluye hoy en día las leyes que regulan el nombre de la persona, las relaciones entre cónyuges y entre padres e hijos, las leyes relativas al matrimonio, al divorcio, o a la adopción, etc.; es decir, a que todo ese complejo de relaciones jurídicas reguladas por la normatividad que expresamos como condición jurídica de la persona.

En este esfuerzo de delimitación del concepto de estatuto personal también cabe diferenciar éste del de ley personal. El primero es la causa y el segundo el efecto, es decir, cuando aludimos al estatuto personal, nos referimos a una institución. En cambio, cuando hablamos de ley personal nos estamos refiriendo a la ley aplicable a tal o cual cuestión contenida dentro del estatuto personal: por ejemplo, la legislación aplicable a la defensa o cambio del nombre de la persona, la relacionada con la capacidad para contraer matrimonio, la que permite regular las relaciones patrimoniales de los esposos, la que rige la capacidad para adoptar o ser adoptado.

En el caso mexicano que de 1928 a 1988 vivimos en un sistema territorialista excesivo que fomentó muchas incongruencias en el terreno jurídico por ello se reformaron en la materia civil las condiciones para especificar que elementos son parte del *estatuto personal* también denominado *Estado Civil* por el legislador mexicano.

Hasta 1988, en el Distrito Federal existió confusión entre estatuto personal y ley aplicable debido a la permanencia de un sistema territorialista excesivo. En aquella época se establecía que la capacidad y estatuto personal de los individuos se regía por la ley del D.F., sin importar que la persona estuviera domiciliada en la Ciudad de México o fuera simple transeúnte. Dicho en otras palabras, lo que se pretendía era aplicar la ley mencionada en forma invariable y absoluta.

Así, a un ciudadano que hubiera contraído matrimonio válidamente conforme a su ley personal, por el sólo hecho de ingresar en el territorio del D.F. se le aplica la ley de éste, que disponía que esa persona quedaba sujeta a leyes distintas por pasar

un límite territorial; entonces podría no considerársele casada porque la ley del D.F. así lo disponía.

Por ejemplo, en el caso de un ciudadano casado conforme a su estatuto personal en España o en Colombia, en donde tiene validez legal el matrimonio religioso, éste conforme a una rígida interpretación literal de la ley no se le tenía por reconocido en México porque la ley del D.F. sólo prevé el matrimonio laico.

En la práctica, si esa persona decidía domiciliarse en dicho lugar se le recomendaba volver a contraer matrimonio conforme a las leyes locales, hecho por demás absurdo en las relaciones jurídicas internacionales, en las cuales debe tomarse en cuenta en cada momento la continuidad, la seguridad y la precisión de las relaciones jurídicas, sin importar el sistema jurídico al que se sometan.

No existe en México ninguna disposición que nos diga o aclare qué materias forman parte del estatuto personal, el problema se agrava porque en nuestra tradición (a partir del Código de 1928) prácticamente todo se regulaba por la *lex fori* y no había necesidad de caracterizar el estatuto personal.

En otros países es normal encontrar disposiciones que indiquen que el estatuto personal se le aplicará una ley específica. La tradición, la doctrina y la jurisprudencia se han encargado en diversos países de definir qué cuestiones o relaciones de la persona deben considerarse dentro de ese estatuto.

El artículo 13 del CCDF se refiere a la capacidad de los individuos en el ámbito jurídico, así como a su estado civil y su principal definición se encuentra en el vigésimo cuarto numeral del Código de Procedimiento Civiles para el Distrito Federal, donde se consideran elementos de dicho estatuto: "El poseer nombre, registrar el nacimiento, la defunción, el matrimonio, la nulidad del matrimonio, el divorcio, la emancipación, la capacidad de adoptar".

Hasta antes de que fueran publicadas estas reformas (7de enero de 1988), sucedía que no se representaba a los elementos de sujeción en otras entidades federativas, tampoco los de otras naciones.

En los años setenta se dieron *divorcios al vapor* porque los interesados en destruir su vínculo matrimonial venían al D.F., porque sabían que aquí imperaba el *Principio Territorialista*.

Para los estudiosos del DIPr es sumamente importante encontrar el *elemento de sujeción* o *punto de conexión* que une al individuo con un sistema jurídico determinado, dicho elemento es parte del estatuto personal y en muchas ocasiones se trata de la nacionalidad del territorio o del domicilio, actualmente en el Derecho Positivo Mexicano se considera como punto de conexión al *domicilio* de acuerdo a lo que expresa el artículo 13 fr. II del CCDF.

ARTÍCULO 13. La determinación del derecho aplicable en el Distrito Federal se hará conforme a las siguiente regla:

II. *El estado y la capacidad de las personas se rige por las leyes aplicables en el Distrito Federal;*

Esta disposición establece como punto de conexión el lugar del domicilio de las personas físicas, para de ahí determinar el derecho aplicable que rige el estado civil y capacidad de aquéllas. En otras palabras: el derecho aplicable para regir el estado civil de una persona (nacimiento, filiación, matrimonio, divorcio, etc.) y su capacidad (mayoría de edad, incapacidades generales o espaciales, etc.) será el del lugar de su domicilio, sin importar que la persona se encuentre en un lugar distinto.

Esta disposición rige en materia común para el Distrito Federal, y en materia federal para toda la República, lo cual implica, entre otras cosas, que la referencia que un juez extranjero hiciese del derecho mexicano será en realidad la del *Código*

Civil para el Distrito Federal y no , por lo menos en este punto, la de cualquier otro código de las diversas entidades federativas.

Veamos un ejemplo de lo dicho en el párrafo anterior. Si una persona domiciliada en Honduras desea otorgar su testamento ante un notario público en la Ciudad de México, esté deberá consultar la ley hondureña (*Código Civil*) para saber si es capaz jurídicamente de realizar dicho acto. La ley hondureña será, en este caso, la ley personal, la que determina si la persona tiene la capacidad jurídica. Lo mismo sucederá con las cuestiones relacionadas con el estado civil de las personas, en donde también la ley personal es aplicable.

El ARTÍCULO 12 del CCDF dispone que: “Las leyes para el Distrito Federal, se aplicarán a todas las personas que se encuentren en el territorio del mismo , sean nacionales o extranjeros”.

El derecho internacional privado mexicano es una materia sumamente descuidada por la doctrina y la jurisprudencia nacionales. Entre los diversos factores que han influido para ello, uno, y no el menos importante, ha sido el carácter marcadamente territorialista con que se ha intentado revestir al sistema jurídico mexicano y que encuentra su manifestación principal en el artículo 12 del *Código Civil para el Distrito Federal*.

Es cierto que el texto en cuestión plantea un problema fundamental al preceptuar aplicables las leyes de la República a todos los que en ella habitan, comprendiendo lo relativa al Estado y capacidad de las personas, sin distinguir entre nacionales y extranjeros, entre personas domiciliadas en su territorio o que se encuentran en él temporalmente.

Esta disposición plantea todo el problema que conforme a la tradición se conoce como la territorialidad de las leyes.

Se destaca que el art. 12 del CCDF, es ineficaz en relación a aquellas personas que están simplemente de paso en territorio mexicano, aunque sea únicamente por la ausencia de una jurisdicción competente.

Se demuestra, con un estudio extensivo de derecho comparado, particularmente latinoamericano, los recursos y la utilidad de las nociones del domicilio y de residencia habitual como factores de relación con el estatuto personal.

El art. 12 del CCDF, a pesar de su apariencia radical, no excluye en forma alguna toda aplicación de leyes extranjeras.

Por lo que el reconocimiento de sistemas extranjeros, resulta la verdadera vía para el desarrollo del derecho internacional privado, sin desconocer, con ello, por otra parte, que los sistemas nacionales tienen sus propios imperativos.

El sistema del DIPr para determinar el derecho aplicable al estado civil y capacidad de las personas, en el Distrito Federal, en materia común y para toda la República en materia federal, se rige por el *domicilio*; de esta manera, dicho concepto cobra una importancia fundamental.

Antes de comenzar las disposiciones correspondientes, se hará breve referencia al concepto del *domicilio* en sus concepciones interna e internacional, y en esta última se ubicará al domicilio en materia del DIPr.

Concepto de domicilio.

En el nivel interno, cada derecho establece de manera distinta una serie de regulaciones que deben cumplirse para obtener el domicilio; en cambio, en el ámbito

internacional es suficiente cierta integración del individuo en el país en donde se encuentre establecido.¹⁰⁷

Internacionalmente, se puede considerar que una persona reside habitualmente en cierto país sin que haya cumplido con los requisitos internos para adquirir el domicilio correspondiente.

A nivel internacional el concepto de domicilio es concebido de una manera diferente, o al menos con una óptica más amplia que el concepto de domicilio en derecho interno; para aquél es suficiente una cierta integración del individuo en el país donde se encuentre establecido.

Veamos ahora las disposiciones correspondientes en el *Código Civil para el Distrito Federal*.

Domicilio en el CCDF.

Debido a que la regla de conflicto en el CCDF se basa en el principio del domicilio, conviene revisar brevemente lo que este *Código* entiende por este concepto.

Por ello, los artículos 29 y 30 del *Código Civil para el Distrito Federal* determinan lo que debe entenderse por domicilio de las personas físicas conforme al derecho positivo, así como los criterios judiciales sobre el domicilio de las personas físicas y de la Convención Interamericana sobre domicilio de las personas físicas en el Derecho Internacional Privado, con el fin de tener una idea más definida al respecto.

¹⁰⁷ PEREZNIETO CASTRO, Leonel, *Derecho Internacional Privado*, parte general, 7ª ed., Oxford

Art. 29 *El domicilio de las personas físicas es el lugar donde residen habitualmente, y a falta de éste, el lugar del centro principal de sus negocios; en ausencia de éstos, el lugar donde simplemente residen y, en su defecto, el lugar donde se encuentren.*

Se presume que una persona reside habitualmente en un lugar, cuando permanezca en él por más de seis meses.

En dicha disposición se recogen los elementos esenciales de la residencia habitual: las simple constatación de su residencia y la presunción *temporal* de su intención de residir habitualmente en un lugar. Así, el elemento de hecho tiene preponderancia sobre cualquier otra consideración de carácter subjetivo, pues, si todavía no puede determinarse el elemento temporal, se recurriría en segunda instancia directamente a otro criterio del todo fáctico: "lugar del centro principal de sus negocios", y si no es posible determinar éste, quedarán otros dos aún más fácilmente constatables: lugar de simple residencia o lugar donde se encuentre.

Esta concepción, totalmente realista, se complementa como establecido en el art. 32 del CCDF, el cual establece: "*Cuando una persona tenga dos o más domicilios, se le considerará domiciliada en el lugar en que simplemente resida, y si viviere en varios, aquél en que se encontrare.*"

En el derecho positivo mexicano el concepto del domicilio de las personas físicas atiende a la voluntad, al deseo del individuo de asentarse en un lugar determinado, en el cual decide instalar su hogar o sus negocios. Por este motivo, el art. 29 del CCDF determina que: "el domicilio de una persona física es el lugar donde reside con el propósito de establecerse en él".

Como puede apreciarse en la disposición transcrita, este concepto incluye, además de un elemento volitivo, un elemento de hecho: el "lugar donde reside". Este

último criterio es por demás importante en el DIPr, porque al aludir a un punto geográfico convierte a éste en un punto de contacto o punto de conexión, y al remitir a un lugar pueden hacerse referencias en cuanto a la ley aplicable, factor de internacionalidad de un contrato, juez competente, etc.

Respecto al elemento volativo, consistente en la voluntad de residir en un lugar determinado y que ley menciona como “propósito” de establecerse en ese lugar, el art. 30 del CCDF señala: “Se presume el propósito de establecerse en un lugar cuando se reside por más de seis meses en él”.

De esta forma, por el hecho de que una persona viva en cierto lugar durante más de seis meses, la ley considera la presunción legal en el sentido de que la voluntad de ese individuo fue la de fincar ahí su domicilio.

El art. 29 del CCCDF señala que: a falta del domicilio, se tendrá en cuenta “el lugar en que se tiene el principal asiento de los negocios” es decir, se refiere aun contacto geográfico y objetivo que, por lo mismo, no es difícil de determinar.

Criterios Judiciales sobre el Domicilio de las Personas Físicas .

Respecto del domicilio de las personas físicas, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) sentenció que: “los diferentes ordenamientos referentes a los derechos y obligaciones de los extranjeros que se encuentran en territorio de la República, han exigido y exigen, para que aquéllos obtengan el derecho de radicarse definitivamente en el país, la permanencia personal, física, de los mismos...”¹⁰⁸

En esta tesis se aprecia que la permanencia es la que se toma en cuenta, en última instancia, para suplir la intención.

¹⁰⁸ Semanario Judicial de la Federación, Cuarta Época, LXIV, p. 930.

Después de referirse al art. 30 del *Código Civil*, antes citado, la SCJN, se pronunció en el sentido siguiente:¹⁰⁹ “no hay razón alguna para destacar el elemento residencia, que es el que constituye, en primer lugar, el domicilio de una persona, ya que sólo subsidiariamente y a falta de residencia conocida o fija, se atiende al lugar en que se tiene el principal asiento de sus negocios”.

En una sentencia más reciente, del 9 de septiembre de 1964,¹¹⁰ el Pleno de la Corte manifestó:

Para determinarlo, (al domicilio) mejor que atender a la presencia más o menos larga, en un lugar determinado, de una persona física, debe mirarse de preferencia al elemento más importante, que sin duda es el de la voluntad de la persona, o sea al elemento intencional, que se caracteriza por su propósito o por su decisión de establecerse en un cierto lugar, que constituya el centro de sus relaciones vitales...

Aunque, como puede observarse, la importancia se desplaza hacia el elemento “intención”, más que a la “presencia más o menos larga en un lugar determinado”, es indudable que se sigue atendiendo a un aspecto objetivo, que es el de constituir “el centro de sus relaciones vitales”, es decir, el lugar donde la persona desarrolla sus relaciones.

El elemento objetivo, no el subjetivo, es primordial para determinar el domicilio, aunque, como señala un autor sudamericano, “la regla de la residencia aplicada por estas dos legislaciones (las de México y Estados Unidos de América) no difiere mucho de lo que para nosotros (para el resto de las legislaciones de América Latina) representa el concepto mismo de la ley del domicilio”.¹¹¹

¹⁰⁹ SJF, Quinta Época, t. LI, p. 1609.

¹¹⁰ SFJ, Competencia 17/64, pleno, Sexta Época.

¹¹¹ GALLARDO, Ricardo, “La ley del Domicilio: punto de conexión admirable en el Derecho Internacional Privado”, *Revista Jurídica Interamericana*, vol. A, 1960, p. 19. En el mismo sentido y del mismo autor, *La Solution des Conflicts de Lois Dans Les Pays de l'Amérique Latine*, LGD, Paris, 1956, pp. 44 y siguientes.

**Convención Interamericana sobre domicilio de las personas físicas en el
Derecho Internacional Privado.**

Los Gobiernos de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos, deseosos de concretar una convención sobre domicilio de las personas físicas en el Derecho Internacional Privado, han acordado lo siguiente:

Artículo 2

El domicilio de una persona física será determinado, en su orden, por las siguientes circunstancias:

- 1. El lugar de la residencia habitual;***
- 2. El lugar del centro principal de sus negocios;***
- 3. En ausencia de estas circunstancias, se reputará como domicilio el lugar de la simple residencia;***
- 4. En su defecto, si no hay simple residencia, el lugar donde se encontrare.***

Analizando este artículo 2º., se refiere al *domicilio en general*, ya que en este tratado internacional se elimina el elemento volitivo (*animus*) del sujeto y considera criterios objetivos, establece una prelación de hipótesis para que una persona se considere domiciliada en un lugar determinado, y que a saber son: primeramente, el lugar de su residencia habitual; en su ausencia, el de lugar del centro principal de sus negocios, en su defecto, el lugar de simple residencia, y a falta de los anteriores, el lugar donde se encuentre.¹¹²

Debido a que nuestro país suscribió el tratado y con la finalidad de adecuar la legislación interna a lo preceptuado en este compromiso internacional, por decreto publicado en el DOF enero 1988, el Congreso de la Unión reformó, entre otras disposiciones relacionadas con el derecho internacional privado, el art., 29 del

Código Civil para el Distrito Federal en Materia de Común, y para toda la República en Materia Federal, para señalar textualmente, en su parte relativa, lo siguiente:

Art. 29 *El domicilio de las personas físicas es el lugar donde residen habitualmente, y a falta de éste, el lugar del centro principal de sus negocios; en ausencia de éstos, el lugar donde simplemente residan y, en su defecto, el lugar donde se encuentren.*

Respecto al domicilio legal establecido por el CCDF establece:

Art. 30 *El domicilio legal de una persona física es el lugar donde la ley fije su residencia para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones, aunque de hecho no esté allí presente.*

2. 3. 2. La Situación Sudamericana.

Antes de hablar del siguiente tema, haré mención de una breve semblanza histórica a fin de obtener una idea de los principales sistemas que determinan al estatuto personal y capacidad en función del domicilio.

1.- *El Sistema Francés.*

En la concepción antigua, el estatuto personal *ius civile* era considerado como el conjunto de leyes que el individuo llevaba consigo adonde quiera que fuese. En su concepción moderna, el estatuto personal se inicia con la disposición contenida en el artículo 3º. del *Código Civil* francés de 1804, que aún hoy establece: "El estatuto personal y la capacidad de los franceses se rige por la ley francesa aunque aquellos residan en país extranjero."

¹¹² CONTRERAS VACA, Francisco José, *Derecho Internacional Privado*, parte especial, Oxford

Esta disposición es una regla de conflicto unilateral, puesto que regula la ley aplicable en un solo sentido; así, toma como punto de conexión la nacionalidad para elegir la ley personal de los franceses, pero no menciona como deben regularse los extranjeros en Francia.

Desde el siglo XIX, sin embargo, la jurisprudencia francesa se encargó de *bilateralizar* la regla, al aceptar que el estatuto de los extranjeros en aquel país se rigiera por la ley de la nacionalidad de la persona.¹¹³ Es decir, esta disposición jurisprudencial establece que si bien la ley u orden jurídico que regula al estatuto personal de los franceses es la ley francesa, la que rija la capacidad y estatuto personal de los extranjeros deberá ser la ley nacional de éstos.

En este sentido, el criterio jurisprudencial consideró que se trata de una *regla que determina la ley personal de cada persona*. Esta idea fue la base de la cual partió el sistema de la ley personal vigente en Europa, así como ocurrió en México hasta la entrada en vigor, en 1932, del *Código Civil para el Distrito Federal*.

2.- El Sistema Italiano.

Durante el siglo XIX la consolidación en Europa del Estado nacional se dio con las reunificaciones de Italia y Alemania, y en América con los procesos de independencia. Por esta razón la definición de la nacionalidad se convirtió en un elemento de sujeción de primera importancia para los italianos respecto de su sistema jurídico.

En el caso de Europa, la expansión bonapartista dio origen a una expresión de la naturaleza propia de la disposición del *Código Civil* francés citada, en donde quedó claro que muchos franceses se encontraban residiendo en algún Estado Extranjero. En otros países de Europa se buscó la unificación nacional; por ello, el nacionalismo constituyó una fórmula recurrente, en donde Italia es un ejemplo de ello.

University Press, México, 1998, ps. 90 y 91.

La unificación italiana se realizó a mediados del siglo XIX, en dicho movimiento, el nacionalismo fue un elemento de primera importancia. Un jurista de la época, Pascual Estanislao MANCINI, expuso los principios de la unificación en su famoso curso ¹¹⁴ de la Universidad de Turín (1851) deja en claro lo siguiente: “El legislador italiano elabora la ley pensando en las costumbres italianas razón por la cual cualquier nacional debe ser juzgado en acuerdo con las leyes italianas y jueces italianos”.

No es comprensible que aun italiano que salga de las fronteras de su país se aplique una ley distinta de la que el legislador italiano elaboró con base en la cultura italiana, que es en la que ese italiano se crió.

Este principio tuvo éxito porque en el siglo XIX se iniciaron las grandes emigraciones europeas, sobre todo hacia América; así que la idea de conservar la ley personal nacional unida a la persona permitía según MANCINI establecer un vínculo entre los europeos emigrantes y sus países de origen.

3.- Evolución en el caso mexicano.

En México, en los códigos civiles de 1870 y 1884 se atendió al principio de la nacionalidad, esto se debió a que el *Código Civil* de 1870 siguió muy de cerca al Proyecto “García Goyena” de 1851, que en este punto era una transcripción literal del citado *Código Civil* francés de 1804.

Otras de las razones por las cuales se adoptó el principio de la nacionalidad como punto de conexión para regular el estatuto personal y capacidad de las personas fue que en México, a diferencia de la mayor parte de los países latinoamericanos, no había grandes inmigraciones.

¹¹³ Tribunal de Gran Instancia de París. Sentencia del 23 de marzo de 1888.

¹¹⁴ MANCINI, Pascual Estanislao, *“Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti”*. Sobre esta conferencia consular BATIFFOL Y LAGARDE, *“Droit International Prive”*, 7ª ed., LGDJ, París, 1976, pp. 239 y siguientes.

Los asentamientos de extranjeros en territorio mexicano fueron vistos con recelo luego del despojo de Texas y de la mitad del territorio nacional por parte de los Estados Unidos de América.

Sólo se permitieron en México inmigraciones y asentamientos en condiciones limitadas y definidas. Por ello, la aplicación que escogió la ley nacional no causó gran problema ya que los jueces mexicanos aplicaban la ley extranjera sólo en casos excepcionales. Sin embargo en otros países latinoamericanos la situación fue distinta.

El criterio original de la nacionalidad como punto de conexión para determinar el estatuto personal y la capacidad de las personas en México cambió en el *Código Civil* de 1928 (que entró en vigor en 1932) por un sistema territorialista, y posteriormente (en 1988) se modificó para incluir un sistema basado en la ley de domicilio.

El art. 13, párr. II, del CCDF, establece: "El estado y capacidad de las personas se rige por las leyes aplicables en el Distrito Federal".

4.- El Sistema Latinoamericano.

Cuando países como Uruguay, Chile, Argentina y Brasil comienzan a resentir la constante inmigración de europeos, se ven obligados a determinar como punto de conexión entre sus habitantes con su sistema jurídico el *domicilio*.

Mientras que en Europa, como lo acabamos de ver, el estatuto y la capacidad de las personas se vincularon a su nacionalidad, en los países sudamericanos uno y otra se vincularon a su domicilio.

La solución de la ley del domicilio fue a favor de la aplicación de la ley doméstica, esto es, la del foro, que eran en donde residían los inmigrados. Dicho de

otra manera, con el criterio europeo, fundado en el principio de la nacionalidad, era imaginable que con tanta inmigración de tan diversos países, en Brasil, Argentina, Chile y Uruguay entre mediados del siglo XIX y principios del XX, los jueces no pudieran aplicar la ley local sino por excepción. Por ello, al decidirse por la ley del domicilio, normalmente aplicaron su propia ley sustantiva y raramente la extranjera.¹¹⁵

5.- El Sistema “Domicilio de Origen” en Estados Unidos de América e Inglaterra.

La ley del domicilio para hacer regir la capacidad y el estatuto personal de las personas también fue el principio aceptado por Estados Unidos de América y Canadá, debido a la influencia directa del derecho inglés.

Conforme al antiguo concepto inglés de *domicilie of origini*, a las personas se les vinculaba con el derecho del lugar en donde habían nacido, o bien en donde habían desarrollado su vida, lo cual se expresaba en el concepto del domicilio.

Se trataba de un punto de conexión de profundidad que no se perdería cuando la persona decidiera emigrar, siempre que guardara la esperanza de regresar.

Ejemplo

• Un señor nacido en Inglaterra, súbdito inglés, emigró a Suiza, donde vivió toda su vida. Antes de morir le envió a su hermana, que vivía en Inglaterra, una carta con dinero para que comprara una tumba, pues era deseo que sus restos quedaran sepultados en la Gran Bretaña. Los jueces ingleses consideraron que esta voluntad del de cujus mostró que deseaba conservar su

¹¹⁵ Sobre el desarrollo del territorialismo de leyes en Sudamérica y en México, véase PREZNIETO CASTRO, Leonel, “La tradition territorialiste en Droit International privé dans les pays d’Amérique Latine”, en *Recueil des cours de La Academie de Droit International*, de la Haya, Nitjoff, Holanda, 1985, pp. 275 y siguientes.

domicilio de origen y, por tanto, su sucesión debía regularse mediante la ley inglesa. Aquí el concepto de domicilio de origen que se adoptó fue más cercano al de nacionalidad.

La concepción inglesa del domicilio de origen evolucionó y pasó al derecho estadounidense en la forma en la que hoy conocemos; es decir, menos permanente que hacía hincapié en el elemento de la voluntad de la persona expresado en la residencia de ésta en un lugar determinado y, que al cabo del tiempo, constituyó el domicilio.

El Domicilio de los Sistemas Jurídicos y Tratados Latinoamericanos.

Aunque la mayoría de países en América Latina adoptaron en sus códigos civiles al francés de 1804, pueden observarse ciertas diferencias debido a la influencia que sufrieron de otros códigos europeos.

En cuanto al concepto de *domicilio* estas diferencias pueden ser observadas como se verá más adelante. Asimismo, los diversos tratados celebrados en materia de derecho internacional privado en Latinoamérica, han contribuido a la evolución del concepto del domicilio.

De manera resumida, en la medida que las legislaciones y los tratados en cada caso lo permitan, nos referiremos al concepto del domicilio y su constitución; sus diferentes clases y su reglamentación en materia de conflicto de leyes, en algunos países de América Latina así como en los principales tratados celebrados en el subcontinente.¹¹⁶

El Concepto de Domicilio.

A) El caso Brasil.

El artículo 31 del *Código Civil* brasileño determina que el domicilio de una persona natural es el lugar donde la misma establece su "residencia con ánimo definitivo". La intención o "ánimo definitivo", según el artículo 34, segundo párrafo del mismo código, se prueba por la declaración que con ese efecto realice la persona a las autoridades municipales del lugar donde pretenda establecerse.

B) El caso Argentina.

El artículo 89 del *Código Civil* argentino establece: "El domicilio real de las personas, es el lugar donde tiene establecido el principal asiento de su residencia y de sus negocios. El domicilio de origen, es el lugar del domicilio del padre, en el día del nacimiento de los hijos".

Respecto al primero, son dos elementos los que lo forman: asiento principal de su residencia y asiento principal de los negocios. El primero de estos elementos ha sido descrito de la manera siguiente: "Lugar donde una persona tiene su residencia habitual, el lugar en donde ella resida ordinariamente, ya sea sola, si se trata de una persona que carece de familia, ya en compañía de ésta si la tiene".¹¹⁷

En cuanto al segundo elemento, resulta ser más amplio, indica "el centro de los negocios, de cualquier clase y naturaleza que sean, cualquiera que sea la importancia del capital".

¹¹⁶ PEREZNIETO CASTRO, Leonel, *Derecho Internacional Privado, Notas sobre el principio territorialista y el sistema de conflicto en el derecho mexicano*, 2ª ed., México, 1998, p. 121.

¹¹⁷ SALVAT, Raymundo, *Tratado de derecho civil argentino*, Buenos Aires, Ed. Jesús Menéndez, 1940, t. I, parte general, p.433

Cabe señalar asimismo que los artículos 93 y 94 ¹¹⁸ equiparán “principal establecimiento” a “asiento principal de los negocios”, observándose incluso que el domicilio se encuentra ahí donde está el establecimiento de la familia que será el determinante para conceptuar el domicilio.

Es interesante, asimismo, constatar que esta concepción no tiene en cuenta al factor subjetivo del *animus*, por lo que en base a su elemento objetivo, su determinación es más sencilla.

Por lo que toca al domicilio de origen, éste será fácilmente determinable en la medida que se conozca el dato del domicilio del padre, en el momento del nacimiento de los hijos, a pesar de que el nacimiento de éstos se haya efectuado en lugar distinto. Este domicilio, “el primer domicilio de la persona desde el día de su nacimiento (por su carácter obligatorio)... demuestra que el domicilio de origen es un verdadero domicilio legal”. ¹¹⁹

C) El caso Venezuela.

El artículo 27 del *Código Civil* venezolano señala: “El domicilio de una persona se halla en el lugar donde tiene el asiento principal de sus negocios e intereses”. Al igual que los códigos de Brasil, Colombia y Perú, para el cambio de domicilio, se requiere declaración ante autoridades de la localidad, según el artículo 29, del mismo ordenamiento: pero además agrega que a “falta de declaración expresa, la prueba deberá resultar de hechos o circunstancia que demuestren tal cambio”.

¹¹⁸ “Art. 93. En el caso de habitación alternativa en diferentes lugares, el domicilio es el lugar donde se tenga la familia, o el principal establecimiento”.

Art. 94. Si una persona tiene establecida su familia en un lugar, y sus negocios en otro, el primero es el lugar de su domicilio.

¹¹⁹ SALVAT, Raymundo, op. cit., p. 412.

Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo (1889).

En el título II de este tratado, en su artículo 5º, se establece que “La ley del lugar en el cual reside la persona, determina las condiciones requeridas para que la residencia constituya domicilio” y el artículo 9º determina que “Las personas que no tuvieran domicilio conocido lo tienen en el lugar de su residencia”.

A este respecto cabe señalar que “La justificación del establecimiento de una norma de carácter formal de remisión hacia las leyes particulares del lugar de residencia”, al expresar:

“No obstante la influencia que el domicilio tiene sobre las diversas ramas del derecho internacional privado, la mayoría de la Comisión no ha creído del caso, reglarlo en el tratado de derecho civil, ha preferido dejarlo bajo la legislación interna de cada país y se ha pensado por lo mismo, a prevenir todo conflicto entre las leyes de dos o más tratados, declarando que en caso de contradicción, debe prevalecer la del lugar de la residencia, para la determinación de las condiciones constitutivas del domicilio.”

Convención sobre el Derecho Internacional Privado (Código de Bustamante 1928).

En el artículo 22, capítulo II, del Libro Primero de esta Convención se establece, casi en los mismos términos que en el Tratado de Montevideo antes citado, la determinación del domicilio: “El concepto, adquisición, pérdida y recuperación del domicilio general y espacial de las personas naturales y jurídicas se regirán por la ley territorial”.

Asimismo, el artículo 26 determina: “Para las personas que no tengan domicilio se entenderá como tal, el de su residencia, o en donde se encuentran”.

Como puede observarse, estas disposiciones, a diferencia de lo establecido por el referido Tratado de Montevideo, pretenden contemplar un mayor número de hipótesis, específicamente en cuanto a la pérdida y recuperación del domicilio. La mención “domicilio general” o “especial”, es en virtud de las diferentes clases de domicilio que contemplan las diversas legislaciones latinoamericanas.

Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional, 1939-1940.

A diferencia del tratado de 1889 y del Código Bustamante antes citados, en donde se establecían las reglas conflictuales, en el tratado que nos ocupa se opta por disposiciones, así en el título II, artículo 5, se establece:

“Art. 5. En aquellos casos que no se encuentren especialmente previstos en el presente Tratado, el domicilio civil de una persona física, en lo que atañe a las relaciones jurídicas internacionales, será determinado, en su orden, por las circunstancias que a continuación se enumeran:

1º) La residencia habitual en un lugar con ánimo de permanecer en él;

2º) A falta de tal elemento, la residencia habitual en un mismo lugar del grupo familiar, integrado por el cónyuge con quien haga vida común; o, a falta de cónyuge, la de los hijos menores o incapaces con quienes conviva;

3º) El lugar del centro principal de sus negocios;

4º) En ausencia de todas estas circunstancias se reputará como domicilio la simple residencia.”

Disposición donde se conserva el criterio clásico, pero supliéndose al ánimo con una serie de elementos objetivos de fácil constatación. En cuanto a lo dispuesto en el inciso 4º, acerca de la “simple residencia”, como lo señala Manuel A. Viera, fue motivo de controversia:

El delegado uruguayo Varela propuso sustituirlo por el criterio adoptado por el sistema inglés de tomar en cuenta el último domicilio o el de origen. (El delegado) Vargas, se opuso a este temperamento, considerando que el último domicilio no podía ser tomado en consideración, porque la persona no formaba más, parte de esa sociedad, desapareciendo el principio de la afectación de las soberanías, criterio regulador de la solución de los conflictos legislativos y jurisdiccionales.

Finalmente el artículo 11 del mismo Tratado establece: “En caso de cambio de domicilio, el ánimo resultará, salvo prueba en contrario, de la declaración que el residente haga ante la autoridad local del lugar a donde llega; y en su defecto, de las circunstancias del cambio”. En donde, como puede apreciarse, se recoge lo establecido al respecto principalmente por los códigos civiles de Brasil, Colombia, Perú y Venezuela.

Diferentes Clases de Domicilio.

A) El caso Brasil.

A diferencia de los códigos civiles citados el brasileño establece en su artículo 32: “La persona natural, puede tener diversas residencias en donde alternativamente viva o varios centros de ocupación habituales, pudiendo considerarse domiciliada en cualquiera de dichas partes”. Y completado por el artículo 33 queda como sigue: “Se entenderá por domicilio de la persona natural que no tenga residencia habitual (artículo 32) o viaje constantemente sin punto central de negocios, el lugar donde se encuentre”.

Por lo cual el domicilio puede ser sumamente variable; sin embargo, se distingue éste como el domicilio ordinario, existiendo en contrapartida domicilio legal, domicilio especial y domicilio judicial. El primero es el que la ley determina, el segundo el que

se tiene respecto de ciertos negocios y el último, el que el juez establece: todos los cuales con independencia del ordinario.¹²⁰

B) El caso Argentina.

El *Código Civil* argentino establece distintas clases de domicilios. Desde una perspectiva general existen, según dicho código, dos clases: el general y el especial.

En cuanto al primero, es aquel que la persona tiene respecto de los asuntos en general ; mientras que el segundo, sólo para ciertos asuntos.

El general a su vez, puede subdividirse en el domicilio de origen (artículo 89, 2ª parte), el domicilio legal (artículo 90 y 92) y el domicilio real o voluntario (artículos 89, 1ª parte, y el 92 al 99).

En cuanto al domicilio especial, se distinguen 3 casos: el domicilio de elección (artículos 101 y 102); el domicilio "constituido", que consiste en aquel que la persona está obligada a constituir cuando interviene en un juicio (artículo 10 del *Código de Procedimientos Civiles*), y el domicilio convencional de la mujer casada (artículos 55 y 56).¹²¹

C) El caso Venezuela.

A parte del domicilio ordinario establecido por el artículo 27 del *Código Civil* venezolano, este mismo ordenamiento establece otros especiales; como es el caso del funcionario público, que conservará aquel que tenía antes de la designación (artículo 30); el de elección (artículo 32); el de la mujer casada, hijos e incapacitados (artículo 33) y el de dependientes y sirvientes (artículo 34).

¹²⁰ VOLD, Arnold, "*Direito Civil Brasileiro*", Río de Janeiro, Ed. Lux, 1962, t. I, pp.153 y ss.

¹²¹ Acerca de estas clasificaciones, conceptos y efectos de dichos domicilios, ver: SALVAT, Raymundo, op. cit., pp.410 y ss.

Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo (1889).

Este tratado determina, además del domicilio ordinario, establecido por los artículos 5 y 9, que: “Los padres, tutores y curadores tienen su domicilio en el territorio del estado por cuyas leyes se rigen las funciones que desempeñan”, lo cual le otorga a esta función un grado amplio de certeza si se piensa que el padre, tutor o curador pudiesen estar domiciliados de hecho en un país diferente.

En cuanto a los incapaces, será el domicilio de sus representantes legales (artículo 7). El de los cónyuges, “el constituido por el matrimonio y en defecto de éste, se reputa por tal el del marido. La mujer casada separada judicialmente conserva el domicilio del marido mientras no constituya otro” (artículo 8). En donde puede apreciarse una combinación de reglas uniformes y conflictos de acuerdo al artículo 5 antes citado.

Convención sobre el Derecho Internacional Privado (Código de Bustamante 1928).

Al igual que el *Código Civil* peruano, en el Código de Bustamante se establece que respecto a funcionarios diplomáticos como para aquellas personas que estén realizando estudios científicos o artísticos en el extranjero, se les considerará domiciliadas en el “último domicilio que haya tenido en su territorio nacional” (artículo 23), caso en el que se le da una importancia preponderante al domicilio de origen, pero que definitivamente no parece ser fórmula más adecuada, toda vez que una persona no necesariamente puede encontrarse domiciliada en “su territorio nacional”; por otro lado, con esta ficción legal se podrá llegar al extremo de aplicar una ley al estado civil o capacidad de la persona que en realidad no tenga contacto alguno con la misma; es decir, como puede suceder con el sistema de ley nacional que una persona se encuentre asimilada a una sociedad distinta a la del país del cual es nacional y, sin embargo, se le siga aplicando la ley de este último Estado.

Por otro lado, el artículo 24 del Código de Bustamante establece: “El domicilio legal del jefe de la familia se extiende a la mujer y a los hijos no emancipados, y el del tutor o curador, a lo menores incapacitados bajo su guarda, sino dispone lo contrario la legislación personal de aquellos a quienes se atribuye el domicilio del otro”.

En esta disposición el término “legislación personal” implica tanto sistema de ley de domicilio como sistema de Ley nacional; pero el de “domicilio legal del jefe de familia” podría llegar a ser impreciso en tanto que, como se ha visto en las disposiciones de los diferentes códigos nacionales, “domicilio legal” en oposición a “domicilio voluntario” tiene una cierta connotación uniforme, a saber: el domicilio determinado por la ley, de lo que se deduce que se tratará de la determinación que al efecto haga el Estado interesado, de conformidad a lo que, según sus leyes internas, debe entenderse por “domicilio legal”, o bien el concepto “domicilio legal” de tipo convencional, que por no encontrarse definido en el Código de Bustamante, nos deje sin saber en qué consiste.

Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional, 1939-1940.

Además de establecer lo que debe entenderse por domicilio civil de una persona física en lo que atañe a sus relaciones jurídicas internacionales (artículo 5), precisa más respecto a lo que debe considerarse el domicilio de los incapaces en su artículo 7: “El domicilio de las personas incapaces sujetas a patria potestad, a tutela o a curatela, es el de sus representantes legales; y el de éstos, el lugar de su representación”. Esta última fórmula es apropiada, toda vez que haya un lugar preciso y una ley aplicable, cierta, a la institución de la patria potestad, tutela o curatela, no obstante que el “representante” pudiese eventualmente vivir en un país distinto al de su representación.

El artículo 8 del mismo tratado, creemos, soluciona muchos problemas al establecer que: “el domicilio de los cónyuges existe en el lugar en donde viven de consumo”.

En su defecto, se reputa por tal el del marido”. Es decir, por “lugar en donde viven de consumo”, podrá ser un lugar perfectamente determinado (localidad, calle, número, etc.) o bien, en lugares diferentes dentro de un mismo país, siendo en ambos casos aplicable a la ley del país en cuestión.

En el caso de domicilios separados, en un Estado federal o en países diversos, se aplicará la ley del lugar del domicilio del marido.

El Domicilio y su Reglamentación en Materia de Conflicto de Leyes.

A) El caso Brasil.

La Ley de Introducción al *Código Civil*, vigente desde 1942,¹²² establece a partir del artículo 7°, un sistema de resolución de conflicto de leyes, basado en la ley del domicilio y con algunas disposiciones de aplicación territorial. Sistema que, a diferencia del argentino al cual nos acabamos de referir, es bastante completo. Así, el artículo 7° en su primer párrafo dispone: “Las leyes del país donde esté domiciliada la persona determinen las reglas sobre el comienzo y fin de la personalidad, nombre, capacidad y los derechos de familia”.

En un segundo párrafo, este mismo artículo determina que los matrimonios celebrados en Brasil serán regidos por la ley brasileña en cuanto a los impedimentos relacionados con dicho matrimonio, así como a sus formalidades.

¹²² VALLADAO, Haroldo, “*Direito internacional Privado*” (material de clase), 4ª ed., 1969, Río de Janeiro, Ed. Freitas Bastos, pp. 73 y ss.

En el párrafo tercero se establece que en el caso de esposos con domicilios diferentes, será la ley del primer domicilio conyugal la que determine la nulidad del matrimonio, misma ley que regirá el régimen de bienes dentro del matrimonio.

En el artículo 10, de la misma ley, se establecen las reglas conflictuales respecto a las sucesiones, siendo la ley del domicilio del difunto la que rija a éstas. La ley del heredero o legatario regirá la capacidad de éstos. La vocación para suceder, respecto al cónyuge o hijos brasileños será regida por la ley brasileña, siempre que la ley del domicilio de éstos no sea más favorable.¹²³

B) El caso Argentina.

En este país el domicilio cumple la función de ser punto de contacto; aunque debe señalar que en materia de capacidad se ha afirmado que sigue en parte las ideas del jurista brasileño Augusto Teixeira de Freitas, quien sostiene que la capacidad de derecho y la capacidad jurídica deben ser recogidos por la ley territorial, en tanto que la capacidad de hecho deberá ser sometida a la ley del domicilio.¹²⁴

Los artículos 6 y 7 del *Código Civil* argentino disponen: "La capacidad o incapacidad de las personas domiciliadas en el territorio de la República, sean nacionales o extranjeros, será juzgadas por las leyes de este Código, aun cuando se trate de actos ejecutados o bien existentes en la República".¹²⁵

En cuanto al estado civil de las personas, el código argentino no es muy explícito, tan sólo se limita a someter, en artículos aislados, diferentes actos relativos a este estado al principio de la ley del domicilio; así, el último domicilio del difunto

¹²³ Para una mayor información acerca del sistema conflictual brasileño, consultar: VALLADAO, Haroldo, "*Le Droit International Privé des Etats Américains*", *Recueil des Cours*, 1952, t. II, pp. 63 y ss. y el tratado del mismo del mismo autor *Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro, Ed. Freitas Bastos, 1968, pp. 178 y ss., y 338 y ss.

¹²⁴ LAZCANO, Carlos A., "*Derecho Internacional privado*", La Plata, Ed. Platense, 1965, pp. 188 y 189.

para regir el derecho de sucesión (artículo 3283), lo mismo respecto a la jurisdicción sobre la sucesión (artículo 3284). También respecto a la validez o invalidez legal del contenido del testamento (artículo 3612). Por lo que se refiere a los modos de legitimación, rige el “el domicilio de origen” establecido por el artículo 89 (artículos 312 y siguientes).¹²⁵

C) El caso Venezuela.

En el *Código Civil* venezolano, a diferencia de los códigos citados, se establece el sistema de ley nacional. En efecto, el artículo 9° dispone: “Las leyes concernientes al estado y la capacidad de las personas, obliga a los venezolanos, aunque residan o tengan su domicilio en país extranjero”.

Aunque cabe señalar que, al formar parte este país del Código de Bustamante,¹²⁷ en su relación con los demás miembros del mismo, rige el principio de la ley del domicilio.

Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo (1889).

En el título I de este tratado, en su artículo 1° establece: “La capacidad (de las personas) se rige por las leyes del domicilio”. Y en su artículo 2° se dice: “El cambio de domicilio no altera la capacidad adquirida por la emancipación, mayoría de edad o habilitación judicial”.

En cuanto al matrimonio, tanto la capacidad, la forma del acto y la existencia y validez del mismo, se rigen por la ley del lugar de su celebración (artículo 11),

¹²⁵ El artículo 948 del mismo código, en relación a los actos jurídicos, sigue en el mismo principio del domicilio.

¹²⁶ Acerca del domicilio y el derecho internacional privado en Argentina, entre otros ver: ALACORTE, Amancio, “Curso de derecho internacional privado”, Buenos Aires, Fac. de Derecho y Ciencias Sociales, 1972, t. II, pp. 5 y ss.; HERRERA, Luis Fernando, “La aplicación del derecho extranjero”, en el volumen *Del Actual Pensamiento Jurídico Argentino*, Buenos Aires, 1955, pp. 297 y ss.

estableciéndose en el mismo artículo una serie de excepciones, en base a las cuales los Estados miembros pueden desconocer el matrimonio celebrado en el territorio de algunos de ellos, y son: no haber un mínimo de edad 14 años para el varón y 12 para la mujer haber parentesco en línea recta por consanguinidad o afinidad, sea legítimo o ilegítimo; haber parentesco entre hermanos, sea legítimo o ilegítimo; haber dado muerte a uno de los cónyuges, tanto como principal autor o como cómplice, para casarse con el cónyuge superviviente, y haber matrimonio anterior no disuelto legalmente.

Para el caso de divorcio, separación conyugal o disolubilidad del matrimonio, regirá la ley del domicilio matrimonial (artículo 13). Para los derechos y obligaciones derivados de la patria potestad, será la ley del lugar en que se ejercita, la competencia (artículo 14). En el caso de filiación, la ley que rige la celebración del matrimonio será tomada como aplicable (artículo 16). La tutela y la curatela, por la ley del domicilio de los incapaces (artículo 19). En cuanto a los actos jurídicos, la capacidad y todas las demás cuestiones relativas a los mismos, tanto de fondo como de forma, serán regidos por la ley del lugar donde los contratos deben cumplirse (artículo 32) y las sucesiones son regidas, en lo referente a la capacidad del testador, por la ley del lugar de la situación de los bienes hereditarios, al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate (artículo 44 y 45).

Convención sobre el Derecho Internacional Privado (Código de Bustamante 1928).

De conformidad al artículo 27 de ese tratado la capacidad de la persona se rige por su ley personal; es decir, ley de domicilio o ley nacional (artículos 3° y 7°).

En materia de matrimonio también será la ley personal la que rija la capacidad, aunque en cuatro excepciones prevalecerá la ley local: cuando exista un matrimonio

¹²⁷ Para un estudio completo acerca de la aplicación del Código de Bustamante en Venezuela cf., SAMTLEBEN, Jürgen, "De anwendung des Código Bustamante in Venezuela", *Rebels Zeitschrift, Tübingen*, 1975, vol. 39, núm. 3, pp.478 y ss.

anterior no disuelto; por haber parentesco de consanguinidad o afinidad, siempre que no sea dispensable; que haya prohibición de casarse para los culpables de adulterio, siempre y cuando este acto haya provocado la disolución del matrimonio; y, tratándose de una prohibición semejante a causa de ser responsable de atentado contra la persona de uno de los cónyuges, para casarse con el sobreviviente (artículos 36 y 40).

La separación de cuerpos y el divorcio serán regidos por la ley del domicilio conyugal (artículo 52), la nulidad del matrimonio por la misma ley a que esté sometida la condición intrínseca o extrínseca que la motive (artículo 47). En el caso de paternidad, filiación y patria potestad, ley personal del hijo (artículo 57 y 69). Alimentos entre parientes, ley personal del alimentado (artículo 67). Tutela, ley personal del menor o incapacitado (artículo 84). Adopción, ley personal de cada uno de los interesados (artículo 73).

Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional, 1939-1940.

En este tratado se siguen exactamente los mismos lineamientos en materia de personas que en el tratado de 1889 antes citado. Los únicos cambios importantes son los siguientes: en cuanto a las personas, la ley del domicilio no sólo regirá su capacidad, sino el estado civil de las mismas (artículo 1º). Respecto a la disolubilidad del matrimonio se agregó que "su reconocimiento no será obligatorio para el Estado donde el matrimonio se celebró, si la causal de disolución invocada fue el divorcio y las leyes locales no la admiten como tal" (Artículo 15, inciso b).

En materia de patria potestad se estableció que "en lo referente a los derechos y a los deberes personales, se rige por la ley del domicilio de quien la ejercita" (artículo 18), dándole de esta manera mayor seguridad a la ley aplicable y sobre todo considerando que los menores tienen su domicilio en el mismo lugar de quien la

ejerce ¹²⁸ y respecto de los actos jurídicos, sólo cambia la ley aplicable a la forma de los mismos, la del lugar de su celebración (artículo 36). ¹²⁹

Convenciones de Montevideo 1979.

En el mes de mayo de 1979 fueron aprobados en la ciudad de Montevideo 8 convenciones durante la segunda Conferencia Especializada Americana sobre Derecho Internacional Privado sobre diversos temas. Una de esas convenciones se refiere específicamente al domicilio de las personas físicas en el derecho internacional privado. En este instrumento se establece, en su artículo 2° que: “El domicilio de una persona física será determinado, en su orden, por las siguientes circunstancias: 1. El lugar de su residencia habitual; 2. El lugar del centro principal de sus negocios; 3. En ausencias de estas circunstancias, se reputara como domicilio el lugar de la simple residencia y 4. En su defecto, si no hay simple residencia, el lugar donde se encontrare”.

En el artículo subsiguiente se establecen las diversas modalidades domiciliarias: para personas incapaces será el de sus representantes legales (artículo 3°), para funcionarios diplomáticos lo será el último que hayan tenido en el territorio del Estado que los designó (artículo 4°), para el caso de personas con dos domicilios, será aquel en donde tenga la simple residencia y si la tuviere en ambos, será en el lugar donde se encontrare (artículo 6°).

¹²⁸ Sobre las consideraciones a este respecto, por parte del relator del tratado en el congreso, por: CAICEDO CASTILLA, op. cit., p. 400.

¹²⁹ Para algunos comentarios acerca del Código de Bustamante y este Tratado de Montevideo de 1940, en relación al estatuto personal, ver: SOMERVILLE SENN, Herman: “*Uniformidad del derecho internacional privado convencional americano*”, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1965, pp. 26 y ss.

CAPÍTULO III

EL FRAUDE A LA LEY COMO FIGURA DE PROTECCIÓN PÚBLICA A LA SOBERANÍA NACIONAL MEXICANA.

3.1. Concepto de fraude a la ley aplicado a casos que incumben al vínculo matrimonial entre extranjeros.

Concepto de fraude a la ley.

Nos atrevemos a sugerir el siguiente concepto del fraude a la ley: En el Derecho Internacional Privado el fraude a la ley es un remedio que impide la aplicación de la norma jurídica extranjera competente, a la que el o a los interesados se han sometido voluntariamente por ser más conveniente a sus intereses, evadiendo artificiosamente a la imperatividad de la norma jurídica nacional.¹³⁰

Cuando el fraude a la ley se realiza en relación con la ley, el engaño o inexactitud derivan de que hay una actitud consistente que en el sujeto se forja para evadir la obligación de la ley con producción de una afectación a quien puede derivar derechos de la ley eludida.

En el Derecho Positivo Mexicano el fraude a la ley se contempla como un impedimento para la aplicación extraterritorial de la norma jurídica extranjera, por ello encontramos en virtud de las reformas y adiciones al Código Civil para el Distrito Federal, publicadas en el *Diario Oficial* de 7 de enero de 1988, se establece un concepto de fraude a la ley en el artículo 15 fr. I, en los términos siguientes:

No se aplicará el derecho extranjero:

I. Cuando artificiosamente se hayan evadido principios fundamentales del derecho mexicano, debiendo el juez determinar la intención fraudulenta de tal evasión;

Como se observa, esta disposición reúne los elementos principales de determinación del concepto:

- la evasión artificiosa, o sea, calculada o premeditada para lograr un efecto buscado,
- que se trate de principios fundamentales, dejando al juez la flexibilidad de decidir en qué casos debe rechazar o aceptar; y
- la determinación por el juez del elemento volitivo, siempre difícil de identificar: la intención fraudulenta.

Los estudiosos del Derecho Internacional Privado han recogido los casos jurisdiccionales en los que se han invocado el fraude a la ley.

En este apartado nos referiremos a dichos casos puesto que son los que nos orientan acerca de las materias en las que ha funcionado el fraude a la ley.

Estimamos que una razón de peso, explicativa del poco uso del fraude a la ley, es la de que el fraude a la ley es un remedio extremo. Si existe otro medio de dejar de aplicar la norma jurídica extranjera, se hace uso de este medio sin recurrir al fraude a la ley.

Por otra parte, por razón del poco uso del fraude a la ley podemos hacer referencia al hecho de que se requiere, en cierta forma, de la demostración de

¹³⁰ ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Derecho Internacional Privado*, 10ª ed., Porrúa, México, 1992, p. 836.

hechos subjetivos, como la ubicación no natural, artificiosa, fraudulenta, bajo la vigencia de la ley extranjera.

El fraude a la ley aplicado a casos que incumben al vínculo matrimonial entre extranjeros.

• **W. Goldschmidt menciona el caso Plasse y Chopin** (sentencia de la “Chambre de Requetes” del 16 de diciembre de 1845), en el que, el marido francés, separado de su esposa, por razones a él imputables, se fue con su amante a Basilea, donde se nacionalizó, luego se divorció, y posteriormente se casó con la citada amante.

Hecho lo anterior regresó a Francia, después de la muerte de la segunda mujer, volvió a trasladarse a Suiza para casarse por tercera vez, regresando nuevamente a Francia. El órgano jurisdiccional citado no reconoció el divorcio suizo.

• El caso típico, de gran relevancia en el tema de fraude a la ley, fue el asunto de la **princesa Bauffremont**, resuelto por la Corte de Casación el 18 de marzo de 1878.¹³¹

La condesa de Charaman-Chimay, estando casada con un oficial francés, príncipe de Bauffremont, cuando aún no existía el divorcio vincular en Francia, obtuvo la separación de cuerpos el 1º. de agosto de 1874, por hábitos perversos de aquel.

La princesa de Bauffremont se trasladó a Alemania y en Sajonia-Altenburgo obtuvo su naturalización en 1875. En el mismo año se divorció y el 24 de octubre de 1875, se volvió a casar con el príncipe rumano Bibesco. Regresa a Francia y el primer marido no admite la validez del divorcio y reclamó ante los tribunales

¹³¹ Véase a GOLRSCHMIDT, ídem; NIBOYET, op. cit., p. 449; ORUÉ, op. cit., p. 460; MIAJA, op. cit., p. 328.

franceses la anulación del matrimonio. La Corte de Casación dio la razón al príncipe de Bauffremont y decidió que se trataba de una naturalización fraudulenta.

Lo fraudulento de la conducta de la señora Bauffremont lo deriva Niboyet de que: “No había sinceridad en el cambio de nacionalidad, pues si la princesa de Bauffremont, cansada de ser francesa (no lo era por su nacimiento), había experimentado la necesidad imperiosa de ser alemana en el mes de mayo de 1875, esta necesidad se transformó, en el mes de octubre, en necesidad imperiosa de ser rumana, en virtud de su segundo matrimonio, lo cual demuestra, por consiguiente, la falta total de sinceridad en dicho cambio de nacionalidad”.

- Otro caso en que se aplicó el fraude a la ley, por cambio fraudulento de nacionalidad es el caso Vidal, resuelto por el Tribunal de París, en sentencia de 30 de junio de 1877.¹³² Los señores Vidal, de nacionalidad francesa se naturalizaron en Suiza para divorciarse inmediatamente, el Tribunal declaró la nulidad del segundo matrimonio de la señora Vidal.

Posteriormente, en Francia se restableció el divorcio vincular y se dieron casos de matrimonio italianos que se naturalizaron franceses para poderse divorciar.

- Un caso típico de esta situación es el del matrimonio Ferrari¹³³. La señora Ferrari de nacionalidad italiana, obtuvo en Francia su naturalización y posteriormente se divorció. La obtención de la nacionalidad tuvo como mira divorciarse, sin embargo, el Tribunal de Casación, en sentencia de 6 de junio de 1922, negó la existencia del fraude a la ley, porque la esposa, francesa de origen, había recuperado esa nacionalidad.

- Otros casos, respecto a la forma de los actos, Niboyet cita el caso de los matrimonios de Gretna Green. Estos matrimonios se celebraban clandestinamente

¹³² Véase a MIAJA DE LA MUELA, op. cit., p. 328.

¹³³ Véase este caso en NIBOYET op. cit., p. 462; MIAJA DE LA MUELA, op. cit., p. 328.

en la frontera de Escocia, ante un herrero que se circunscribía a extender un acta declarando que los contrayentes habían comparecido ante él manifestado su voluntad de contraer matrimonio. Conforme a la norma escocesa este matrimonio era válido, pero no siempre tenía validez conforme a la ley de los contrayentes.

- La doctrina se muestra acorde en señalar el caso Bauffremont que resolvieron los tribunales franceses en 1875 como el que originó la figura jurídica que ahora examinamos. No es buena técnica empezar el análisis de una institución ejemplificándola, pero dado su origen se nos permitirá en este caso ocurrido en otro Estado y bajo condiciones principescas que en nada se asemejan a las que hoy privan en nuestro país. Por eso, y utilizando elementos en parte reales, construiremos nuestro propio ejemplo.

Miembro de una de las distinguidas familias cordobesas, Pedro Manuel Ortigosa ingresó al Servicio Exterior apenas obtenido su título de abogado. Tras algunos años, contrajo matrimonio en la ciudad de Nueva York con la joven Raquel Thalman, no especificándose si el régimen había sido el de comunidad o separación de bienes. Tiempo después le tocó en turno servir en la SRE, y su esposa como extranjera casada con mexicano y domiciliada en México adquirió la nacionalidad mexicana. Como para entonces Raquel había heredado de su padre una considerable fortuna, Ortigosa consideró ventajoso presentarse ante el Juez de lo Familiar para establecer una sociedad conyugal.

Al correr de los años Ortigosa quien había manejado bien los caudales de su esposa, se encontró copropietario de una considerable fortuna. Le tocó en suerte, ya como jefe de misión, servir en Roma, donde se enamoró de una dama italiana a quien no satisfizo la calidad de amante. Exigió pues un divorcio que Raquel se rehusó a otorgar por lo que presentó Ortigosa su demanda ante el Juzgado de Primera Instancia de la ciudad de Santo Domingo (Cuarta Circunscripción de la Cuarta Cámara de lo Civil y Comercial) cuya legislación permite el divorcio aún

cuando los cónyuges no estén domiciliados en la República Dominicana, y emplazándose a la parte demandada por medio de los periódicos de la localidad.

La sentencia se pronunció meses después, y una vez firme quedó divorciado Ortigosa procediendo de inmediato a casarse con su amante italiana en la propia ciudad de Santo Domingo. El violento cambio en su situación familiar puso fin a su misión diplomática en Roma, por lo que ya en México, y deseoso de proseguir sus negocios, demandó ante el juez de lo Familiar en la capital mexicana el reconocimiento de su divorcio y el finiquito de su sociedad conyugal con Raquel Thalman.

Tras haber dado parte a ésta, el Juez de lo Familiar determinó: que el divorcio en la Dominicana era un acto firme ante el Derecho Mexicano por tratarse de una situación jurídica validamente creada en un Estado extranjero, ajustándose en todo a su Derecho (artículo 13, fr. I del *Código Civil*).¹³⁴ Consideró asimismo que el segundo matrimonio de Ortigosa era válido dentro de las normas dominicanas. Su reconocimiento en México, sin embargo, implicaba tomar en consideración otros elementos.

El demandante se había colocado, artificiosa y premeditadamente, bajo una jurisdicción que violaba a una de las garantías fundamentales que establece la Constitución Mexicana, pues la cónyuge del primer matrimonio no había sido oída ni había tenido en verdad la oportunidad de entenderse del procedimiento iniciado en su contra.

En el Derecho Mexicano una sentencia con tales características sería inaceptable y por consiguiente nula. Sin embargo, continuó el Juez, el caso Ortigosa señala la presencia de un acto legítimamente efectuado dentro de las normas de una legislación extranjera; esta legislación, además, tenía que tomarla en cuenta, pues la propia ley mexicana la declaraba aplicable.

De otorgarle validez dentro del régimen jurídico mexicano, sin embargo, daría seguimiento a un acto fraudulento: Ortigosa se colocó artificiosamente bajo una legislación que le permitió divorciarse bajo un procedimiento impensable dentro de la mexicana. El Juez de lo Familiar, sin embargo, si bien se rehusó a declarar nulo un acto jurídico que conforme a la ley extranjera aplicable era legítimo, sentenció en contra de Ortigosa: con apoyo en la fr. I del artículo 15 del propio Ordenamiento Civil, rehusó la aplicación del Derecho Dominicano en el caso, declarando inexistentes dentro del Derecho Mexicano tanto el divorcio como el segundo matrimonio.

Descontento con la sentencia, y en lugar de apelar, decidió Ortigosa reiniciar su demanda en uno de los Juzgados de lo Familiar en la ciudad de Tuxpan, apoyándose tanto en su ciudadanía veracruzana, como en el hecho de haber establecido allí su residencia. Confiando en que las enmiendas de 1988 no habían trascendido al Código Civil de ese Estado, se mostró optimista: en su articulado, dicho Código no le da cabida al fraude a la ley. Sea por inadvertencia, sea por tranquilidad que les daba una sentencia no apelada, los abogados de Raquel ignoraron esta segunda demanda por lo que el Juez tuxpeño pudo decidir sobre el principio mismo de la aplicación del Derecho Dominicano en una situación jurídica que se desenvolvería en México.

Cuál no sería la sorpresa de Ortigosa cuando la segunda sentencia le fue también contraria, ninguna disposición existe en el Derecho positivo veracruzano, argumento el Juez tuxpeño, que me impida reconocer la sentencia de divorcio, y por consiguiente dar valor al consecuente matrimonio, pero de así hacerlo caería en la trampa que fraudulentamente creó el demandante al ponerse bajo el amparo de una legislación que le permitiría efectuar un acto jurídico dentro de condiciones que en México serían tachadas de ilegítimas.

Ortigosa no tiene su domicilio en la Dominicana, ni siquiera ha residido allí; ha utilizado dolosamente una legislación extranjera que le permitió divorciarse

¹³⁴ Art. 13 fr. I. del CCDF. En el Distrito Federal serán reconocidas las situaciones jurídicas

desconociendo las garantías que la legislación mexicana otorga a la demandada; de conceder valor a su divorcio convalidaría un acto que contraría no el orden público mexicano pues el divorcio esta permitido por nuestras leyes, sino uno que fue obtenido mediante una conducta engañosa: mediante un aparato que el Juez calificó de escénico, Ortigosa puso en marcha un ordenamiento jurídico que le permitió engañar a su primera cónyuge con ánimo de lucrar en su contra.

Al obtener su divorcio, Ortigosa actuó con la idea preconcebida de lograr en el extranjero un fin lícito dentro de las leyes mexicanas; sería pues contrario a los principios fundamentales del Derecho que el tribunal coadyuvara a que su fraude tuviera éxito. A mayor abundamiento, tratándose de un Estado tan ligado al mar como lo es Veracruz, el juez consideró aplicable por analogía la Ley de Navegación y Comercio Marítimo, que en su artículo 3º. fr. VI establece que: “nadie podrá prevalerse de una situación jurídica creada en virtud de la aplicación de una ley extranjera, con fraude a la mexicana”.

- Una Tesis de la Tercera Sala de la SCJ resume a la perfección lo que sobre este tema hemos expuesto: “*Matrimonio: presunción de validez del*. El artículo 253 del *Código Civil* establece que: “el matrimonio tiene a su favor la presunción de ser válido y sólo se considerará nulo cuando así lo declare una sentencia que cause ejecutoria” ; más dicha disposición dirigida a las autoridades para normar su actitud respecto del matrimonio, no puede ser invocada por los particulares para amparar situaciones provocadas por ellos mismos con notorio fraude a la ley, como ocurre con quien estando casada legalmente contrae otro matrimonio cuyas relaciones sexuales en el campo del Derecho Civil tienen el carácter de adulterinas” (SJF, época 5ª, tomo CXXXI, p. 456).

3.2. Propuesta de los regímenes económicos que acepta nuestra legislación, como sistemas preventivos para la emisión de sentencias extraterritoriales futuras.

Expresamos entonces que los tribunales mexicanos establecieron una diferencia entre los efectos matrimoniales o personales y los patrimoniales. Estos últimos se generan con el matrimonio y constituyen la razón para celebrar convenios en torno de ese régimen.

Ya sea que los cónyuges hayan realizado o no un convenio respecto del patrimonio por adquirir, nos encontramos frente a una realidad tangible, consistente en que durante el matrimonio adquirieron ese patrimonio, conformado por muebles, enseres de la casa, productos del trabajo, inversiones y hasta por acciones de empresas e inmuebles.

Independientemente de que se hubieran formalizado capitulaciones relativas al régimen patrimonial, en el contexto planteado es evidente la presencia de un régimen económico del matrimonio.

Tipos de regímenes patrimoniales.

De acuerdo con la ley sustantiva mexicana, el régimen económico del matrimonio puede pactarse antes de que éste sea contraído y es posible modificarlo, e incluso sustituirlo, durante la vida matrimonial.

La ley mencionada se aplica a las relaciones de tráfico jurídico interno, aunque puede haber algunos problemas cuando se trata de relaciones de tráfico externo.

Por lo pronto, recordemos que pueden existir tres tipos de regulación en cuanto al régimen económico del matrimonio:

- a) Está el acuerdo que el derecho mexicano denomina *capitulaciones matrimoniales*, establecido por las partes al amparo de la autonomía de su voluntad. Puede referirse a dos cuestiones: a las personales (como educar a los hijos, dónde estará la habitación) y las patrimoniales (bienes adquiridos, donaciones). Aquí abordaremos la última, el *convenio patrimonial del matrimonio*.
- b) Ante la falta o insuficiencia de las capitulaciones matrimoniales, aquel régimen económico abarca un aspecto normalmente predeterminado en la ley, por lo que también se le conoce como *régimen legal supletorio*. Este sistema funciona cuando no existe acuerdo entre las partes; tal falta de acuerdo previo es lo que ha provocado la mayoría de los problemas que judicialmente han mantenido relación con el DIPr.
- c) El tercer tipo es aquel que, sin dar opciones o posibilidades a los contrayentes, lo fija el propio Estado. Se trata de un *régimen legal único*. Conforme a esta hipótesis, no se reconoce la autonomía de la voluntad para elegir el régimen patrimonial, de manera que en la ley ya se establece a qué régimen económico deben ajustarse los contrayentes.¹³⁵

Calificación del Régimen Económico.

Al igual que en otras categorías o instituciones jurídicas, el primer problema con el que nos encontramos consiste en calificar el régimen económico del matrimonio; lo que solemos preguntarnos entonces es si este régimen se tipifica como una cuestión de estado civil o como un acuerdo (tácito o expreso) que encuadra dentro de las obligaciones; en el primer caso la ley aplicable (según el orden jurídico mexicano) sería la del lugar del domicilio; en el segundo, la ley utilizable podrá ser la del lugar

¹³⁵ BAQUEIRO, Edgar y BUENROSTRO, Rosalía, "Derecho de familia y sucesiones", Harla, México, 1989, pp.85 y siguientes.

donde se celebró el acuerdo (*lex loci actus*), o la del sitio en donde este convenio tendrá efectos (*lex loci solutionis*), o bien la ley que las parte elijan voluntariamente.

Sobre el mismo tema, debemos decir que un Tribunal Colegiado de Circuito resolvió que la ley aplicable era la del lugar de celebración del matrimonio.¹³⁶ Aunque los argumentos que se expusieron para ello no son claros en la tesis, existe un error en la calificación.

¿Por qué conectar el patrimonio matrimonial necesariamente al mismo lugar en que se conecta el matrimonio? Se trata de dos supuestos o hipótesis diferentes. Recordemos que existe la posibilidad de que las capitulaciones matrimoniales, o bien su modificación o sustitución, pueden hacerse en un lugar distinto del sitio en donde ocurrió el matrimonio.

Según CHÁVEZ ASENCIO, las capitulaciones son actos accesorios del matrimonio y no indispensables para su validez; pueden pactarse antes o después de contraerla. Se trata, dice, de actos jurídicos diferentes. Incluso, la nulidad del matrimonio no implica la nulidad de las capitulaciones.¹³⁷ La idea de que es un acto accesorio no la comparten todos, como ocurre con Ramón SÁNCHEZ MEDAL¹³⁸ y Sergio MARTÍNEZ ARRIETA.¹³⁹

MARTÍNEZ ARRIETA sostiene que no es un acto accesorio, sino diverso. La nulidad del matrimonio, dice, no implica necesariamente la nulidad de las capitulaciones,¹⁴⁰ como lo establece el propio CCDF (arts. 255 y 256).¹⁴¹

¹³⁶ SJF, Tribunales Colegiados de Circuito, Nueva Época, T. II, AGOSTO DE 1995, Tesis IV. 1º.C, p. 626, AR 138/95, Leticia Olga de León, 3 de julio de 1995, unanimidad de votos, ponente: Jorge Meza Pérez; secretaria: María Inocencia González Díaz.

¹³⁷ F. Manuel y CHÁVEZ ASENCIO, "Convenios conyugales y familiares", Porrúa, México, 1993, p. 62.

¹³⁸ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, "De los contratos civiles", Porrúa, México, 1984, p. 398.

¹³⁹ MARTÍNEZ ARRIETA, Sergio, "El régimen patrimonial del matrimonio en México", Porrúa, México, p. 39.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 41.

¹⁴¹ Art. 255. El matrimonio contraído de buena fe, aunque se declarado nulo, produce todos sus efectos civiles a favor de los cónyuges mientras dure; y en tiempo, a favor de sus hijos.

Art. 256. Si ha habido buena fe de parte de uno solo de los cónyuges, el matrimonio produce efectos civiles únicamente respecto de él y de los hijos.

El régimen patrimonial del matrimonio es, según MARTÍNEZ ARRIETA, “el marco jurídico que gobierna las relaciones patrimoniales que con motivo del matrimonio nace de los cónyuges entre sí, frente a sus hijos y otros terceros.”¹⁴²

Tal régimen existe aun cuando no haya acuerdo explícito entre los cónyuges. Si acaso existe acuerdo, entonces estamos ante lo que conocemos como *capitulaciones en torno del régimen patrimonial*. El régimen económico, conforme a su fuente, puede regularse por la ley o por acuerdo entre los cónyuges.

Además, ni los convenios patrimoniales del matrimonio ni todo el régimen económico del mismo pueden considerarse actos del estado civil.

Es cierto que un acto de esta naturaleza, como el matrimonio, puede dar lugar a un régimen económico. Pero una cosa es que el matrimonio pueda concretar una situación económica y otra que se confunda el régimen matrimonial con otro generalmente paralelo al acto de fundación del matrimonio, como es el patrimonial.

Por tanto, el convenio patrimonial del matrimonio (sea tácito o expreso, legal o voluntario), como acuerdo que es, cae dentro de los convenios o acuerdos obligacionales entre la pareja.

En consecuencia, en nuestra opinión, debe ser sometido a la ley donde se ejecute a menos que las partes libremente escojan otra ley, de acuerdo con la autonomía de su voluntad.

Si ha habido mala fe de parte de ambos consortes, el matrimonio produce efectos civiles solamente respecto de los hijos.

¹⁴² Ibidem, p. 5.

Órgano Competente.

En cuanto al órgano competente para conocer acerca del régimen económico matrimonial, debemos establecer ciertas diferenciaciones para las siguientes:

- a) Cuando deban autorizarse las capitulaciones matrimoniales, en caso de que se hayan pactado antes del matrimonio.
- b) Para autorizar las capitulaciones cuando se hayan celebrado en el momento de contraer matrimonio.
- c) Para autorizar la modificación o sustitución de las capitulaciones; aquí no importa el momento en que se haya realizado el matrimonio, de manera que dicha modificación o sustitución puede verificarse antes o después de contraerlo.
- d) Para liquidar las capitulaciones, ya sea por divorcio, nulidad de matrimonio, muerte de uno de los cónyuges o mala administración; o bien, porque los cónyuges deciden dar por concluidas las capitulaciones sin que el matrimonio haya terminado, por ejemplo, que deseen cambiar el régimen patrimonial de separación de bienes por uno de sociedad conyugal.

De acuerdo con el derecho mexicano, en el caso *b*) (cuando las capitulaciones se pactan en el momento de constituir el matrimonio), la competencia se inclina a favor del órgano que autoriza y celebra el matrimonio.

En los demás casos (*a*, *c* y *d*) el órgano competente no necesariamente será el mismo que autorice el matrimonio. En algunos países suele fijarse como órgano competente el del lugar donde se ubican los bienes, especialmente cuando se trata de inmuebles.

Además de lo anterior, debe diferenciarse el caso en que se esté ante un litigio interpartes o donde no existe ese litigio; si lo hay, el órgano judicial competente es por lo general el del domicilio del demandado, como se establece comúnmente en México; si no existe litigio, es usual que las partes elijan al órgano en atención a la autonomía de su voluntad.

No está por demás aclarar que, según el sistema mexicano, los tribunales del país no tienen competencia exclusiva para conocer acerca de las capitulaciones económicas patrimoniales, ni siquiera cuando en el patrimonio haya inmuebles.

Ley Aplicable.

Algunos sistemas jurídicos cuentan con una norma especial de conexión para regular el régimen patrimonial del matrimonio. Por ejemplo, en Italia,¹⁴³ Albania,¹⁴⁴ Grecia,¹⁴⁵ Irak,¹⁴⁶ Jordania¹⁴⁷ y Corea¹⁴⁸ se recurre a la ley del marido en el momento de celebrar el matrimonio; en Perú,¹⁴⁹ a la ley del primer domicilio conyugal; en Alemania,¹⁵⁰ al derecho que rige los efectos generales del matrimonio, y en Estados Unidos de América,¹⁵¹ se recurre normalmente a la ley del lugar de ubicación de los bienes, aunque en lo referente a la propiedad personal puede recurrirse a la conexión con la que se tenga la relación más significativa.¹⁵²

Ya desde el siglo XVI Charles DUMOULIN se había inclinado por la validez contractual conforme al lugar del domicilio de los cónyuges, sustrayéndola de la aplicación del estatuto real.

¹⁴³ Art. 19 del *Código Civil*.

¹⁴⁴ Art. 8 de la *Ley del 21 de noviembre de 1964*.

¹⁴⁵ Art. 15 del *Código Civil*.

¹⁴⁶ Art. 19 del *Código Civil*.

¹⁴⁷ Art. 14 del *Código Civil*.

¹⁴⁸ Art. 19 del *Código Civil*.

¹⁴⁹ Art. 16 de la *Ley sobre el Derecho Internacional Privado*.

¹⁵⁰ Art. 2078 del *Código Civil*.

¹⁵¹ Art. 14 de la *Ley de introducción al Código Civil*.

¹⁵² SIEGEL, David, *Conflicts in a Nut Shell*, West Publishing, Minnesota, 1982, p. 414.

¹⁵² Art. 22 de la *Ley de Derecho Internacional Privado*.

En el caso mexicano no existe una regala específica de DIPr similar a las anteriores, por lo que debemos valernos de las reglas generales en busca de la conexión sugerida.

Forma del Convenio Patrimonial del Matrimonio.

En cuanto al aspecto formal de las capitulaciones matrimoniales referentes al patrimonio, debe recurrirse a la norma general que rige la forma de los actos jurídicos, ya que no existe regla especial del DIPr sobre el particular.

Por tanto, la ley aplicable será la del lugar donde se realice, el acto, con lo cual se acoge el principio *locus regit actum*.

Aunque en México no es necesario que tales capitulaciones se eleven a escritura pública, el juez mexicano deberá exigir esta forma si así lo exige el lugar donde se pactaron las capitulaciones.

En lo que atañe a la forma que debe asumir la modificación o sustitución de las capitulaciones patrimoniales podríamos pensar en dos hipótesis: que se rijan conforme a la ley del lugar donde se modifiquen o sustituyan, o conforme a la ley del lugar donde se formalizaron las capitulaciones originales.

A nuestro parecer la norma de conflicto mexicana dispone que la forma de las capitulaciones se rige por la ley del lugar donde éstas se constituyan o modifiquen. Si a caso se modifican, la ley aplicable no será necesariamente la misma que se aplicó en el momento en que se constituyeron las originales, sino la ley del lugar donde se modifiquen.

Ejemplo

• En Nicaragua se requiere que las capitulaciones se hagan en escritura pública (lo que no es necesario en México); supongamos que las originales se formalizaron en Nicaragua; luego, la pareja, ya trasladada a México, lugar donde reside, pretende modificarlas o sustituirlas. ¿Qué ley rige la forma del acto que modifica las capitulaciones?

De acuerdo con la ley mexicana, la forma de los actos jurídicos se rige con base en la ley donde pasen, de manera que no importa la ley donde originalmente se pactaron las capitulaciones patrimoniales.

Si la modificación se acuerda en México deberá aplicarse la ley mexicana, sin embargo, el problema puede no ser tan sencillo cuando el cambio que se pretende hacer en México es parcial, entonces deberán practicarse las formalidades de todo acto, que en el caso de nuestro ejemplo sería elevar dichas modificaciones a escritura pública tal como se hicieron las originales, pues de otra forma se correría el riesgo de invalidar la escritura original, o que los cambios hechos en México se consideraran un acto paralelo del acto original, lo que podría resultar inconveniente, pues se tendrían dos actos en vez de uno.

Otra manera de solucionar el caso sería anular las capitulaciones originales y celebrar otras nuevas en México, pero este procedimiento tampoco estaría exento de problemas. En primer lugar, ya no se trataría de una modificación, sino de la celebración de nuevas capitulaciones.

Capacidad para Celebrar Convenios Patrimoniales.

Una de las cuestiones importantes por considerar en los convenios patrimoniales es el de la capacidad ¿Quiénes la tienen para celebrar las capitulaciones patrimoniales del matrimonio?.

La capacidad de las personas físicas, según el CCDF, se rige de acuerdo a la ley del lugar de su domicilio.

En el caso específico de las capitulaciones matrimoniales, es necesario buscar la regla general o especial que disponga la conexión en torno de los requisitos para ser capaz, regla que se rige por la ley del lugar del domicilio.

Consideramos que, aunque la celebración del matrimonio y las capitulaciones patrimoniales pueden coincidir, éstas quizá se hayan formalizado tiempo después del matrimonio, cuando los cónyuges se encuentran domiciliados en otro lugar; de manera que la capacidad para pactar las capitulaciones no se conectará necesariamente con la ley mediante la cual se realizó el casamiento.

Además, la ley sustantiva aplicable a la capacidad para contraer matrimonio puede ser diferente de la establecida para realizar capitulaciones patrimoniales. Pensemos, por ejemplo, que en otro país se acepta la remisión que hace la norma de conflicto mexicana en lo que se refiere a la capacidad para contraer matrimonio, pero que reenvíe a un sistema distinto la capacidad para acordar capitulaciones, o que la misma ley sustantiva extranjera establezca otros requisitos para ser capaz.

Autonomía de la Voluntad para Pactar el Régimen Económico del Matrimonio.

Dijimos anteriormente que las capitulaciones matrimoniales se regulan mediante convenio; por tanto, se abre la posibilidad de que las partes las decidan conforme a la autonomía de su voluntad.

Así, según la ley mexicana, en caso de que entre las partes se hubiera concretado algún convenio (las capitulaciones económicas del matrimonio), en el clausulado de éste puede pactarse, entre otras dos clases de disposiciones:

- a) Las que se refieren al régimen económico (por ejemplo, los bienes tipo B1 serán para el marido, los del tipo B2 para la mujer, los de B3 para ambos).
- b) Aquellas en las que se convenga el derecho aplicable al régimen económico matrimonial; por ejemplo, la ley que se empleará, e incluso los tribunales que llevarán el caso.

En el primer grupo de cláusulas se pactan reglas sustantivas, y en las segundas se elige una ley y un órgano competente.

Respecto del acuerdo patrimonial del matrimonio, conviene preguntarnos si en la ley del lugar que rige las reglas de acuerdo es factible o permisible recurrir a la autonomía de la voluntad. Si así fuera, entonces las autoridades mexicanas podrán reconocer lo pactado dentro de los límites autorizados por la ley aplicable.

Obviamente, habrá casos en que, aun cuando la ley aplicable por la conexión de la autonomía de la voluntad sea reconocida en ese lugar, en México no podrá serlo.

Imaginemos que en el acuerdo patrimonial se pactó que, en caso de disolverse la sociedad conyugal, la mitad sería para el marido y la otra mitad para un pariente del

marido. Si se respetara esta cláusula, ello seguramente sería contrario al orden público mexicano, a menos que la cónyuge ratificara ante el juez y demostrara que ella tiene medios que le permitirían subsistir y que los bienes a que se refiere el acuerdo patrimonial no le son indispensables.

Los bienes que forman parte de la sociedad conyugal son aquellos que los cónyuges pactaron. No obstante, el mayor problema consiste en decidir qué bienes integran la sociedad conyugal cuando no se pactó ningún acuerdo.

Si sostenemos esta opinión encontraremos respuestas claras, dijimos que la ley aplicable sería la del lugar donde se celebró el matrimonio.

Explicaremos este planteamiento a continuación.

Ejemplo

• Una pareja contrajo matrimonio en Perú y convino que su régimen patrimonial sería el de sociedad conyugal. Se establecen en México y, después de varios años de residir en el país, se presenta el problema de saber si a la sociedad conyugal se integra la fortuna que uno de ellos adquirió en Perú por concepto de derechos de autor (escribió un libro), así como por un invento que produjo (una máquina). Según la ley mexicana, estos bienes forman parte de la sociedad conyugal, pero según la ley peruana no es así, sino que son bienes del cónyuge.¹⁵³ Si seguimos la tesis propuesta, la ley aplicable será la peruana.

Falta de Capitulaciones.

La hipótesis que planteamos en el apartado anterior supone que las partes establecieron un acuerdo en torno del patrimonio económico del matrimonio. Ahora

¹⁵³ Art. 302.5 C.C.

analizamos el caso en que las partes hubieran omitido tal acuerdo. Aquí es necesario considerar dos cuestiones:

- a) Que la norma sustantiva declarada competente establezca un régimen legal supletorio o un régimen legal único.

- b) Que aún cuando exista la norma de conexión, resulte que la ley sustantiva declarada aplicable no establece o especifica el régimen económico del matrimonio, esto es, no fija un derecho supletorio.

Primer supuesto.

En el primer supuesto, es factible que el derecho legislado establezca la norma del DIPr que señale la conexión y, por tanto, es posible que esta conexión apunte a la ley del foro o a una ley extranjera.

No toda norma de DIPr deriva del derecho legislado, pues existen casos, en ocasiones frecuentes, en que este tipo de normas provienen del derecho judicial o jurisprudencial. Por ejemplo, en los sistemas francés, italiano, alemán y belga, y en buena medida en Argentina, Chile y Uruguay, el régimen de DIPr ha sido construido por la jurisprudencia.

En el sistema francés, ante la falta de capitulaciones matrimoniales la jurisprudencia buscó resolver cuál fue el acuerdo tácito al que llegaron los cónyuges. Para esto, se tomaron en consideración tanto las cuestiones jurídicas como las de hecho, que son las que permiten apuntar a un orden jurídico.

Lo anterior supone que las partes, aunque no establecieron el acuerdo de manera expresa, tácitamente sí lo hicieron. Lo que hay que buscar es la ley aplicable que pactaron los cónyuges de esa forma. En este sentido, la jurisprudencia francesa

considera, por ejemplo, el lugar donde se ha residido, es decir, a través de la conexión más significativa se llegó a la ley aplicable.¹⁵⁴

Este tipo de conexión es bastante raro, por lo que, en cuanto al régimen por seguir cuando no se celebró convenio, es similar a la canadiense; en efecto, según la ley de Canadá¹⁵⁵ se aplicará la ley del domicilio en el momento del matrimonio.

Supongamos que según la norma de conflicto mexicana la ley aplicable pudiera ser la de Nicaragua, y que los cónyuges no hubieran pactado el régimen patrimonial. Entonces, según la ley de ese país, se tendría como régimen utilizable el de la separación de bienes (art. 15 CC). En este caso, la ley sustantiva declarada aplicable establece el régimen económico como una separación de bienes.

Nuestros tribunales no han sostenido un criterio homogéneo acerca de cuál es la ley aplicable al régimen económico del matrimonio.

En un caso se recurrió a la del domicilio del marido,¹⁵⁶ en otro a la ley del lugar de celebración del matrimonio¹⁵⁷ y en otra a la *lex fori*.¹⁵⁸

Esas ideas contradictorias por parte de los tribunales mexicanos se explican por el régimen territorialista en que se vivió durante casi 80 años; pero una vez concluido, no se justifican titubeos de esta naturaleza, pues se parte del principio de que los tribunales deben participar en la labor codificada del DIPr.

¹⁵⁴ BELAIR, Claude, "Reflexiones sobre el sistema conflictual francés en materia de regímenes matrimoniales," Cuarto Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1986.

¹⁵⁵ Art. 3123 de la Ley de Derecho Internacional Privado de Quebec.

¹⁵⁶ SJF, Segunda Sala, Quinta Época, t. LXXII, p. 1163, Cristina Ramírez vda. de Del Cojo, 15 de abril de 1942, cuatro votos.

¹⁵⁷ SJF, Tribunales Colegiados de Circuito, Octava Época, t. XV-I, febrero, Tesis I.80C.93 C., p. 175, Clave Tco 18093 CIVAD 701/94, Industrial Perforadora de Campeche, S. A. De C. V., 19 de enero de 1995, mayoría de votos de los magistrados Guillermo Antonio Muñoz Jiménez y María del Carmen Sánchez Hidalgo en contra del voto del magistrado José Luis Caballero Cárdenas ponente: Guillermo Antonio Muñoz Jiménez, secretario: Benito Alva Zenteno.

¹⁵⁸ SJF, Tercera Sala, Quinta Época, t. XCII, p. 1122, Carlos Miranda Garzón, 30 de abril de 1947, cinco votos.

Los tribunales deben fijar un criterio estable y homogéneo, y ahora cuentan con una legislación, con principios generales y con una doctrina que se lo permite.

Aunque la ley mexicana carece de una ley especial de DIPr que indique claramente cuál es la ley aplicable al régimen económico del matrimonio (cuando falta el acuerdo de los contrayentes), es necesario recurrir a las reglas generales.

En este caso nos parece que la ley utilizable será la del lugar del matrimonio, ya que con ella surgió o se generaron las relaciones patrimoniales entre los cónyuges. Presumimos que el acuerdo tácito de la pareja apuntó a la ley de la celebración del matrimonio, aun cuando entonces ni siquiera hubieran pensado o imaginado en la posibilidad de adquirir un patrimonio.

Esta ley puede cambiar si existe o existió por parte de los cónyuges algún acuerdo tácito más concreto es decir, más fácil de poder interpretar, en el que hubieran elegido otro régimen patrimonial y que no necesariamente fuera el de su domicilio conyugal, aunque este último, según los hechos, pudiera considerarse el aplicable. Lo anterior, en suma, dependerá del criterio y los razonamiento del juez.

Segundo supuesto.

El problema más difícil se presenta cuando en la ley sustantiva declarada aplicable nada se dice sobre el particular. Esto es, no existe derecho supletorio que le permita al operador del derecho declarar si existe separación de bienes o sociedad conyugal.

En otros Estados, sus leyes internas dan la respuesta, por ejemplo, en Colombia se estipula que los casados en el extranjero y que establezcan su domicilio en ese país se registrarán conforme a las reglas de la separación de bienes, a menos que en ese lugar haya un régimen diferente (art. 180 CC).

En México la respuesta la da el Poder Judicial, y el juzgador debe resolver el caso. Nuestra opinión es que aquí debe aplicarse la *lex fori*, tratar de dar la solución que no pudo encontrarse, y aplicar el régimen supletorio fijado por la ley mexicana.

Registro de las Capitulaciones Patrimoniales.

En el capítulo anterior explicamos que, según los tribunales mexicanos, un casamiento por la ley civil produce un doble efecto: el matrimonial o personal, y el patrimonial. Llamamos la atención sobre este último porque, de acuerdo con los mismos tribunales, para que el matrimonio surta efectos frente a terceros debe registrarse; dichas instancias se han apoyado en el art. 161 del CCDF que dice: “Los mexicanos que se casen en el extranjero, se presentarán ante el Registro Civil para la inscripción de su acta de matrimonio dentro de los primeros tres meses de su radicación en el Distrito Federal”, y según ellas esta disposición no se refiere al matrimonio en específico, sino a los efectos del régimen patrimonial frente a terceros.

Lo que debe inscribirse son las capitulaciones patrimoniales del matrimonio.¹⁵⁹ Si éstas no se inscriben, entonces no surtirán efecto frente a terceros.

El registro de las capitulaciones es seguramente el aspecto más importante que han destacado los tribunales mexicanos, como ya dijimos, la abstención del registro significa el desconocimiento de dicha capitulación patrimonial.

Modificación y Sustitución del Régimen Patrimonial.

Un factor de importancia en relación con las capitulaciones patrimoniales del matrimonio es la posibilidad de modificarlas o sustituirlas. La ley sustantiva mexicana lo permite.

¹⁵⁹ SJF, Tercera Sala, Séptima Época, vol. 175-180, p. 201, AD 2862/72, Leonardo Fernández Cossio, 26 de marzo de 1973, unanimidad de cuatro votos, ponente Ernesto Solís López. SJF, Tribunales Colegiados de Circuito, Octava Época, t. XV-I, febrero, Tesis XV. 1089 C, p. 153, Clave TC151089 CIV, AD 650/94, Norma Alicia Cázares Gómez, 19 de enero de 1995, unanimidad de votos, ponente: Pedro F. Reyes Colín, secretario: José Luis Delgado Gaytán.

La persona que casó bajo el régimen de separación de bienes puede cambiar al de sociedad conyugal y viceversa, u optar por un régimen mixto. Esta posibilidad no existe en todos los países, lo que provoca problemas que debe resolver el DIPr.

En el Cuarto Seminario Nacional de DIPr, el profesor venezolano Benito SANSÓ, ya fallecido, informó que en su país las capitulaciones deben celebrarse antes del matrimonio en escritura pública, pero aclaró que, según la ley de Venezuela, éstas son inmodificables.

De manera que, para el caso, priva un orden público dentro del derecho venezolano que impide a los compromitentes modificar sus capitulaciones, aun cuando pudieran hacerlo en otro país;¹⁶⁰ así que si éstas se cambian en México o en otro país, el cambio no será reconocido en Venezuela.

Esto también acarrea el problema de saber qué ley rige en México en lo relacionado con la posibilidad de modificar las capitulaciones referidas.

Aunque no exista una regla especial de DIPr, vale entonces aplicar las reglas generales. Como se trata de un convenio, el asunto se norma conforme a la ley del lugar donde se celebró, incluso con base en los requisitos o condiciones que fueron requeridos para celebrarse.

Así, ante un juez mexicano se solicita el cambio de las capitulaciones matrimoniales acordadas en Venezuela, ese juez, al consultar su norma de conflicto, encontrará que aquéllas se rigen conforme a la ley del lugar donde se pactan. En este caso, como en la ley mexicana sí se permite la modificación, si ésta se hace aquí será autorizada.

¹⁶⁰ SANSÓ ROTONDO, Benito, *"El régimen patrimonial de los bienes en el Derecho Internacional Privado venezolano"*, Cuarto Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1986.

Es conveniente diferenciar el reconocimiento de validez del acto de celebración de las capitulaciones de los efectos que tienen en México las pactadas en el extranjero. Ya no se trata de reconocer el solo acuerdo de las capitulaciones, sino sus efectos.

En este caso, con base en el CCDF, deberá considerarse que “los efectos de los actos y contratos se regirán por el derecho del lugar en donde deban ejecutarse, a menos que las partes hubieran designado válidamente la aplicabilidad de otro derecho”.

En este último caso la ley aplicable podrá ser la del lugar donde el acuerdo patrimonial será ejecutado, o la elegida por los compromitentes al amparo de la autonomía de su voluntad.

Ejemplo

• ***En el extranjero se pactaron unas capitulaciones en las que se estableció que todas las deudas de la sociedad conyugal correrán a cargo de un cónyuge, y todas las ganancias serán a favor del otro. Supongamos que esta cláusula es válida en el lugar de celebración, pero que los bienes se encuentran en México; esto es, los efectos de ese acuerdo tendrán efectividad en México. En este caso, la lex loci executionis regirá su ejecución. Como la ley mexicana impide este tipo de acuerdo, esa parte del convenio carecerá de eficacia.***

• ***Dos personas que en el extranjero van a contraer nupcias deciden que luego de hacerlo se trasladarán a México para establecer ahí su domicilio conyugal, lugar donde piensen vivir por muchos años. En estas condiciones, en el país en el que van a contraer matrimonio, y si el derecho de ese país se lo permite, designan a la ley mexicana como aplicable a su régimen matrimonial. El derecho mexicano aceptaría una solución de este tipo.***

- *Una pareja pactó en México su régimen patrimonial de separación de bienes, pero tiempo después adicionó a su convenio una cláusula según la cual todas las joyas que se adquirieron a partir del matrimonio y las que se sigan adquiriendo pasarán a ser propiedad de la cónyuge en los términos establecidos por la ley francesa. Si un juez mexicano conociera de un litigio respecto de la propiedad de esas joyas, tendría que consultar la ley francesa elegida por los cónyuges en uso de la autonomía de su voluntad, y, en su caso, aplicarla.*

Disolución de las Capitulaciones.

Antes de concluir la exposición sobre las capitulaciones referentes al patrimonio, haremos mención de la ley que rige la disolución del régimen económico, esto es, del patrimonio matrimonial.

Como lo anotamos, las capitulaciones se consideran un convenio. Podríamos pensar que su disolución debe realizarse de la misma forma en que se termina cualquier otro convenio e incluso, que si el patrimonio matrimonial se rige conforme a las reglas de las sociedades, también tendrían que aplicarse las reglas que norman a estas personas morales.

Sin embargo, las leyes sustantivas mexicanas incluyen disposiciones particulares sobre la forma en que se producirá la disolución; así, establecen que ésta sobreviene por acuerdo entre los cónyuges, o por divorcio o muerte de uno de ellos.

En lo referente a la liquidación, nos encontramos ante dos cuestiones: cuál será el órgano competente para conocer y disolver la sociedad conyugal y qué ley es la aplicable.

Respecto del órgano competente, será, según la ley mexicana, el del domicilio del demandado, en caso de que existiera un litigio; si se trata de sucesión, la instancia competente para conocer de esta última, ¹⁶¹si hay divorcio, será la que conozca del mismo, que normalmente es la del domicilio del demandado. No obstante, si existen bienes inmuebles hay que recordar que los jueces mexicanos tienen competencia exclusiva sobre los que se ubican en México.

Por lo que corresponde a la ley aplicable a cuestiones como liquidación, inventarios, avalúos y participación, entre otras, éstas se rigen conforme a la *lex fori*, salvo que los comprometidos hubieran señalado una ley específica empleable para la disolución, o reglas especiales para la misma.

De cualquier manera, el juez mexicano no podrá reconocer las cláusulas que afecten el orden público interno, como la que establezca que la cónyuge deberá aceptar, sin posibilidad de inconformarse, los inventarios, avalúos y partición que unilateralmente haga el marido.

Los Bienes en el Matrimonio.

Como es sabido el matrimonio en México se celebra bajo dos distintos regímenes patrimoniales; el de sociedad conyugal y el de separación de bienes.

Ahora en el art. 179 del CCDF precisa más lo que se debe entender por **capitulaciones matrimoniales** al señalarse que: "son pactos que los otorgantes celebran para constituir el régimen patrimonial de su matrimonio y reglamentar la administración de los bienes, la cual deberá recaer en ambos cónyuges salvo pacto en contrario."

Igualmente, se dispuso que las capitulaciones matrimoniales se deben otorgar antes de la celebración del matrimonio y durante éste. Conviene destacar que

¹⁶¹ Respecto del órgano competente para conocer de la sucesión, a reserva de lo que luego

expresamente se determina la facultad de los esposos a otorgarse o modificar las capitulaciones matrimoniales durante el matrimonio y, claro está, dicho acto debe realizarse ante el juez de lo familiar (art. 180 CCDF).

Por último, con el propósito de precisar más el régimen patrimonial del matrimonio, se adicionan cinco artículos en los que se señala que en caso de haber contraído matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal, y falten las capitulaciones matrimoniales o haya omisión o imprecisión en ellas, se aplicará en lo conducente lo dispuestos por el citado capítulo cuarto (art. 182 Bis del CCDF).

De este modo, ahora se dispone que mientras no se pruebe que los bienes y utilidades obtenidos por alguno de los cónyuges pertenecen a uno solo de ellos, se presume que forman parte de la sociedad conyugal. Por lo que, salvo pacto en contrario, que conste en las capitulaciones matrimoniales, los bienes y utilidades citados corresponden por partes iguales a ambos.

Los bienes adquiridos durante el matrimonio formarán parte de la sociedad conyugal y serán administrados por ambos cónyuges, salvo pacto en contrario en las capitulaciones matrimoniales.

Por su parte, en el art. 182 Quintus del CCDF define que en la sociedad conyugal son propios de cada cónyuge, salvo pacto en contrario que conste en las capitulaciones matrimoniales, los bienes siguientes:

- I. Los bienes y derechos que le pertenezcan al tiempo de celebrarse el matrimonio, y los que posea antes de éste, aunque no fuera dueño de ellos, si los adquiere por prescripción durante el matrimonio;***

- II. Los bienes que adquiera después de contraído el matrimonio por herencia, legado, donación o don de la fortuna;***

explicaremos será en lo general el tribunal del último domicilio del *de cujus*.

- III. Los bienes adquiridos por cualquier título propio que sea anterior al matrimonio, aunque la adjudicación se haya hecho después de la celebración de éste; siempre que todas las erogaciones que se generen para hacerlo efectivo, corran a cargo del dueño de éste;**
- IV. Los bienes que se adquirieran con el producto de la venta o permuta de bienes propios;**
- V. Objetos de uso personal;**
- VI. Los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio, salvo cuando éstos integren o pertenezcan a un establecimiento o explotación de carácter común. No perderán el carácter de privativos por el hecho de haber sido adquiridos con fondos comunes, pero en este caso el otro cónyuge que los conserve, deberá pagar a otro en la proporción que corresponda; y**
- VII. Los bienes comprados a plazos por uno de los cónyuges antes de contraer matrimonio, tendrán el carácter de privativo cuando la totalidad o parte del precio aplazado se satisfaga con dinero propio del mismo cónyuge. Se exceptúan la vivienda, enseres y menaje familiares.**

a) Sociedad Conyugal.

Bajo el régimen de sociedad conyugal, los esposos forman una sociedad con los bienes que llevan al matrimonio y los que adquieran durante él. Esta sociedad se regirá por las capitulaciones matrimoniales que la constituyan, y en lo que no estuviera expresamente estipulado, por las disposiciones relativas del contrato de sociedad (art. 183 del CCDF).

Las capitulaciones matrimoniales de sociedad conyugal deberán constar en escritura pública cuando los esposos pacten hacerse copartícipes o transferirse la propiedad de bienes que ameriten tal requisito para que la traslación sea válida (Art. 185 del CCDF). En este caso, toda reforma que se haga de las capitulaciones, deberá otorgarse en escritura pública.

Con las reformas al nuevo código, ahora se precisa que dicha sociedad podrá terminar durante el matrimonio o, en su caso, modificarse, si así lo convienen los cónyuges, pero si éstos son menores de edad, deben intervenir quienes ejerzan la patria potestad, la tutela o, a imposibilidad de éstos, el juez de lo familiar (art. 187 del CCDF).

Asimismo, dentro de los elementos que deben contener las capitulaciones matrimoniales en las que se establezca la sociedad conyugal, ahora se incluye la declaración expresa de si la comunidad habrá de comprender o no los bienes adquiridos por herencia, legado, donación o don de la fortuna.

Se adiciona una nueva disposición en la que se establece que el cónyuge que haya malversado, ocultado, dispuesto o administrado los bienes de la sociedad conyugal con dolo, culpa o negligencia, perderá su derecho a la parte correspondiente de dichos bienes a favor del otro cónyuge.

En caso de que los bienes dejen de formar parte de la sociedad, el cónyuge que haya malversado los bienes, deberá pagar al otro la parte que correspondía de dichos bienes, así como los daños y perjuicios que se le ocasione.

En el caso de nulidad de matrimonio, el artículo 198 del CCDF señala que se observará lo siguiente:

- I. Si los cónyuges procedieron de buena fe, la sociedad conyugal se considera subsistente hasta que se pronuncie sentencia ejecutoria y se liquidará conforme a lo establecido en las capitulaciones matrimoniales;***

- II. Si los cónyuges procedieron de mala fe, la sociedad se considerara nula desde la celebración del matrimonio, quedando en todo caso a salvo los derechos que un tercero tuviere contra el fondo común. Los bienes y productos se aplicarán a los acreedores alimentarios y si no los hubiere, se repartirán en proporción de lo que cada cónyuge aportó;***

- III. Si uno solo de los cónyuges tuvo buena fe, la sociedad subsistirá hasta que cause ejecutoria la sentencia, si la continuación le es favorable al cónyuge inocente; en caso contrario, se considerará nula desde un principio. El cónyuge que hubiere obrado de mala fe no tendrá derecho a los bienes y las utilidades; éstas se aplicarán a los acreedores alimentarios y, si no los hubiere, al cónyuge inocente.***

Igualmente, se adiciona un artículo 206 Bis del CCDF, para establecer que: "Ningún cónyuge podrá, sin el consentimiento del otro, vender, rentar y enajenar, ni en todo, ni en parte, los bienes comunes, salvo en los casos del cónyuge abandonado, cuando necesite de éstos por falta de suministro de alimentos para sí o para los hijos, previa autorización judicial."

Finalmente, conviene resaltar que ahora se señala textualmente que la sociedad conyugal en cualquier momento puede ser modificada, para lo cual se hacen diversos cambios en los artículos correspondientes.

Requisitos para constituir la.

La sociedad conyugal debe reunir los siguientes requisitos para su constitución:

1. Otorgarse en escritura privada, pero cuando a ella se aporten bienes inmuebles que requieran de escritura pública para su transmisión, las capitulaciones deberán hacerse en escritura pública, además de inscribirse en el Registro Público de la Propiedad para que tengan efectos respecto de terceros.

2. Puede constituirse antes de la celebración del matrimonio o durante éste, modificando el contrato mediante el cual se hubiere constituido otro régimen: separación de bienes o mixto. Para ello deben llenarse las mismas formalidades que para celebrar el contrato antes del matrimonio, además de la autorización judicial para que los esposos puedan contratar.

3. El contrato de la sociedad conyugal debe contener:

- a) Lista de avalúo de los bienes muebles e inmuebles;***
- b) Lista de las deudas de que deba responder la sociedad;***
- c) Indicación expresa de que se trata de una comunidad absoluta; es decir, que todos los bienes presentes y futuros de ambos pasarán a constituir el patrimonio común; asimismo, si la sociedad se contrae por la propiedad o sólo por los productos de los bienes;***
- d) Indicación expresa del destino de los productos del trabajo de cada esposo;***
- e) Indicación expresa de cómo se dividirán las utilidades, ya sea que uno reciba una cuota fija, o bien que las ganancias se repartan en proporción de sus aportaciones.***

Causas de suspensión.

La sociedad conyugal puede suspenderse, existiendo el matrimonio en los casos de: ausencia de algún cónyuge y abandono del domicilio conyugal por más de seis meses.

- a) Si se declara la ausencia de alguno de los cónyuges, la sociedad conyugal queda suspendida, excepto cuando en las capitulaciones matrimoniales se haya estipulado que continúe.
- b) Cuando el abandono del domicilio conyugal ha durado por más de seis meses, sin haberse justificado, los efectos favorables de la sociedad conyugal cesan para el que abandona desde el día del abandono y el abandonado puede aprovecharse de la sociedad en lo que le beneficie. El abandono perjudica al que abandono, y no puede invocar la sociedad cuando el otro la ha enriquecido.

Causas de terminación.

La sociedad conyugal puede terminar: cuando termina el matrimonio y durante el matrimonio.

1. La sociedad conyugal termina con el matrimonio en los casos de muerte de los cónyuges, nulidad del mismo o divorcio, y

2. La sociedad conyugal finaliza durante el matrimonio, en los casos de acuerdo entre los esposos que deseen cambiar su régimen de sociedad por el de separación de bienes o algún sistema mixto, declaración de presunción de muerte de alguno de los cónyuges, ya que la declaración de muerte no pone fin al matrimonio; y la mala administración del que administra la sociedad y que puede arruinarla, como cuando el administrador hace cesión de bienes de la sociedad sin autorización del otro

cónyuge, o es declarado en quiebra o concurso de acreedores; en fin durante el matrimonio siempre que lo pida el cónyuge que no administra, fundando en una causa que el juez de lo familiar juzgue suficiente.

Liquidación.

Por otra parte, la terminación de la sociedad conyugal obliga a la liquidación del patrimonio común. Por tal liquidación puede procederse de dos maneras: de común acuerdo entre los cónyuges y nombrando un liquidador.

1. Cuando la liquidación se hace de común acuerdo entre los cónyuges, dependerá de su convenio de liquidación; esto es el pago de créditos y repartición de las utilidades.

2. Cuando la liquidación requiere de que se nombre un liquidador porque no ha sido posible que los cónyuges procedan de común acuerdo en cuanto a la liquidación del patrimonio. El liquidador deberá:

- a) Formar el inventario de los bienes y deudas;
- b) Hacer el avalúo de los bienes y deudas;
- c) Pagara a los acreedores del fondo común;
- d) Devolver a cada cónyuge lo que se llevó al matrimonio;
- e) Dividir entre los esposos el remanente, si lo hubiere de la forma convenida.

En el caso de existir pérdidas, éstas se dividirán igual que las utilidades, pero en los casos en que sólo uno de los esposos aportó capital, de éste será deducido el total de las pérdidas.

b) Separación de bienes.

Es aquél conforme al cual cada uno de los cónyuges conserva el dominio y administración de los bienes que formen su patrimonio, tanto de los que hayan adquirido antes del matrimonio, como de los que adquieren durante el mismo (art. 207 del CCDF).

La separación de bienes puede ser *absoluta o parcial*. En el segundo caso, los bienes que no están comprendidos en las capitulaciones de separación, serán objeto de la sociedad conyugal que deben constituir los esposos, originándose así un régimen mixto (art. 208 del CCDF).

No es necesario que consten en escritura pública las capitulaciones de separación de bienes que se hayan pactado antes de la celebración de matrimonio (art. 210 del CCDF). En este caso es suficiente que exista un documento privado en el cual se consigue el pacto que se debe acompañar a la solicitud de matrimonio.

Son propios de cada uno de los consortes los salarios, sueldos, emolumentos y ganancias que obtengan por servicios personales, por el desempeño de un empleo o el ejercicio de una profesión, comercio o industria (art. 213 del CCDF).

Las capitulaciones que establezcan separación de bienes siempre contendrán un inventario de los bienes de que sea dueño cada esposo al celebrarse el matrimonio, y nota especificada de las deudas que al casarse tengan cada uno de ellos (art. 211 del CCDF).

CAPÍTULO IV

INTERPRETACIÓN A “CONTRARIO SENSU” Y “ESTRICTO SENSU” DE LA FIGURA: MATRIMONIO A LA LUZ DE LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL.

Durante el siglo XX el Derecho Internacional Privado (DIPr) alcanzó metas no vistas en épocas anteriores.

Especialmente sus normas (se pensaba que sólo eran de la competencia interna de cada Estado) se convirtieron en buena medida en instrumentos de derecho convencional internacional, los cuales, por cierto, son cada día más numerosos.

Ciertos antecedentes de lo ocurrido en el siglo XX pueden encontrarse a finales del siglo anterior. Las características de esta etapa histórica fue la canalización de los esfuerzos aislados en la materia hacia la codificación del DIPr.

En este esfuerzo desempeñaron un papel protagónico los abogados, los juristas y los investigadores, pero de manera importante los hombres de negocios que deseaban más apertura para realizar sus actividades en el plano internacional.

Ellos contribuyeron a que la mayor parte de los países cambiaran las viejas ideas por otras evolucionadas y transitaran de la codificación interna a la codificación convencional internacional.

En este capítulo presentaremos una sinopsis de uno de los grupos y foros nacionales e internacionales que ha hecho contribución importante al DIPr.

CONFERENCIA DE LA HAYA

Antecedentes

A finales del siglo XX se iniciaron los procesos de uniformidad normativa; esto ocurrió primero en el Instituto de Derecho Internacional (IDI), dos de cuyos fundadores, el profesor holandés Tobias ASSER y el italiano Pascual Estanislao MANCINI, tuvieron un papel destacado en esa labor.

En su famoso artículo publicado en la *Revue de droit international et de legislation comparée* con el título "Droit international privé et droit uniforme", Tobias ASSER propuso que en una futura conferencia que él mismo estaba preparando en la Haya, Holanda se discutiera un conjunto de tratados para que, una vez adoptados por los países signatarios, se facilitaran las relaciones jurídicas privadas internacionales en aras de "la reafirmación de principios de los derechos nacionales".

162

Por su parte, en 1882, MANCINI planteó en el propio IDI la necesidad de organizar convenciones internacionales entre los Estados europeos con el fin de sentar bases que permitieran solucionar problemas derivados de las divergencias normativas entre dichos países. Un movimiento semejante se inició una década antes en Sudamérica.

En 1883, un foro sobre propiedad industrial, el de la Unión de París, dio como resultado una convención en cuanto a uniformidad normativa en la materia.¹⁶³

¹⁶² Citado por VOSKUIL C. C. A., "The Hague Conference on Private International Law (1883-1993)", *Netherlands International Law Review*, 1993, vol. XL, núm. 1, p. XII. Para más información acerca de ASSER Tobias, véase: STEENHOFF G. J. "Asser et la fondation de l Conférence...", en *RCDIP* 2, 1994, pp. 297 y siguiente.

¹⁶³ No debe olvidarse que en 1873 se fundó en Gante, Bélgica, el Institut de Droit International, presidido por MANCINI, y que continúa hasta la fecha. En el mismo año se fundó la international Law Association, originalmente Association for the Reform and Codification of the Law of Nations, que actualmente tiene su sede en Londres.

Ya en el siglo XX (1951) destacaron el Instituto Hispanoluso-Americano de Derecho Internacional, con sede en Madrid; la Conferencia de Expertos de la Sociedad de las Naciones para la Codificación

En 1885 MANCINI volvió a insistir en la propuesta de alcanzar una unificación legislativa mediante instrumentos internacionales que respetaran la soberanía de cada Estado, y de que se acordaran reglas obligatorias y uniformes que, en cada caso, permitieran decidir cuál de las leyes en conflicto debía ser aplicada, con qué modalidad y en qué forma.¹⁶⁴

La proposición de MANCINI fue retomada en 1891, por Tobias ASSER, quien por medio del gobierno de su país convocó a las demás naciones europeas a una conferencia diplomática que se celebró en la ciudad de la Haya, en 1893.¹⁶⁵

En el memorándum que ese año envió el gobierno de los Países Bajos a las naciones participantes en la primera conferencia se establecieron los objetivos de ésta. A continuación citamos uno de los párrafos más relevantes:

“La necesidad de precisar y uniformar reglas para resolver los conflictos de leyes se hace sentir cada vez más difundida, en particular respecto de las personas, el derecho de familia y la ley en materia de sucesiones, como también sobre procesal civil... no hay otra manera que mediante acuerdo internacional, en la forma de convenciones o legislación armonizada, como los conflictos de leyes puedan resolverse en una forma efectiva...”¹⁶⁶

El profesor TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE distingue tres etapas en la evolución de la Conferencia de la Haya.¹⁶⁷

del Derecho Internacional, y luego la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas. A la cabeza también figura la Academie de Droit International de la Haya, que sobresale por sus cursos generales y especiales; el profesor PEREZNIETO CASTRO encabezó uno de ellos.

¹⁶⁴ TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, José Antonio, "Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, evolución histórica y convenciones adoptadas", Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993, p. 7.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 8 y siguientes.

¹⁶⁶ VOSKUIL, op. cit., pp. XV y XVI.

¹⁶⁷ TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, José Antonio, *ibidem*.

Desarrollo

Cabe destacar los siguientes sucesos que enmarcaron la creación y desenvolvimiento de este organismo internacional de primera importancia en la materia:

Primera etapa.

a) Primera Conferencia de la Haya (12 - 27 sep. 1893). Con este esfuerzo se da realmente marcha a la labor del organismo internacional que en lo futuro adoptaría el nombre de Conferencia de la Haya Derecho Internacional Privado. A esta asistieron representantes de trece países europeos: Austria-Hungría, Bélgica, Dinamarca, España, Francia, Holanda, Italia, Luxemburgo, Portugal, República Federal de Alemania, Rumania, Rusia y Suiza; cuatro comisiones se crearon para estudiar los temas propuestos ¹⁶⁸ y surgieron diferentes acuerdos destinados a ser sometidos a la apreciación de los gobiernos de los Estados (los cuales tenían influencia del principio de nacionalidad), que contenían resoluciones relativas: al matrimonio, sucesiones, comunicaciones de actos judiciales y extrajudiciales, cartas rogatorias y la de efectuar una nueva conferencia.

Los Estados deberían decidir si posteriormente realizarían una o varias convenciones sobre dichas materias o si los legisladores nacionales adoptarían los principios como ley interna uniforme.

Aunque tuvo presente al Congreso de Montevideo celebrado en América en 1889, no considero conveniente realizar una labor de codificación semejante, ya que, como se indicó, prefirió redactar y sancionar tan sólo principios generales en la materia.

¹⁶⁸ Las comisiones fueron: Comisión I: Matrimonio; Comisión II: Forma de los actos; Comisión III: Sucesiones, testamento y donaciones, y Comisión IV. Procedimiento.

b) Segunda Conferencia de La Haya (25 jun. - 13 jul. 1894). Además de los Estados participantes a la primera conferencia se presentaron Noruega y Suecia; se formaron cinco comisiones para analizar los temas a tratar ¹⁶⁹ y como resultado de sus trabajos se firmó un protocolo con seis capítulos, en los cuales se abordaron los temas de: matrimonio, tutela, proceso civil, embargo y secesiones.

Con base en sus esfuerzos y debido a que las naciones participantes declararon que no veían inconveniente en que las reglas elaboradas fueron objeto de convenciones internacionales, dos años después se suscribió la Convención sobre Procedimiento Civil ¹⁷⁰ y, posteriormente, se propuso celebrar una tercera reunión con la finalidad de preparar definitivamente las bases para la celebración de convenciones internacionales específicas sobre cada tema, tanto para los demás acuerdos adoptados por la segunda sesión como para cualquier otro que interesara a la materia.

c) Tercera Conferencia de La Haya (29 de may. 1900). Con idéntica participación que la anterior, se formaron cuatro comisiones para el estudio de los diversos temas a tratar ¹⁷¹ y se discutieron cuatro proyectos de convenciones sobre temas específicos, con el fin de regular: conflictos de leyes en materia de matrimonio y sucesiones; testamento y donaciones; conflicto de leyes y jurisdicción en materia de divorcio y separación, y tutela de menores.

Los Estados manifestaron su conformidad nuevamente con el método tendiente a celebrar convenciones en las materias abordadas, se alejaron de la idea de establecer reglas uniformes susceptibles de ser incorporadas en las legislaciones nacionales, por lo que se aprobaron los textos de los siguientes tratados:

¹⁶⁹ Las comisiones fueron: Comisión I: Matrimonio; Comisión II: Sucesiones y testamento; Comisión III: Procedimiento civil; Comisión IV: Tutela, y Comisión V: Quiebra.

¹⁷⁰ Concluida el 14 nov. 1896 y entró en vigor el 25 de may. 1899.

¹⁷¹ Las comisiones fueron: Comisión I: Matrimonio; Comisión II: Sucesiones y testamento; Comisión III: Tutela, y Comisión IV: Quiebras.

- Convención para Regular los Conflictos de Leyes en Materia de Matrimonio; ¹⁷²

- Convención para Regular los Conflictos de Leyes y Jurisdicciones en Materia de Divorcio y Separación de Cuerpos; ¹⁷³

- Convención para Regular la Tutela de los Menores. ¹⁷⁴

d) Cuarta Conferencia de La Haya (16 may. – 7 jun. 1904). Agrupó a los mismos Estados que participaron en la reunión anterior, con la adición de Japón y se crearon cinco comisiones para analizar los diversos temas a tratar. ¹⁷⁵

Aun cuando el método de celebrar convenciones específicas había sido totalmente aceptado con anterioridad, en ella se discutieron cinco proyectos de tratados referentes a: proceso civil (para sustituir a la ya aprobada); conflictos de leyes sobre los derechos y deberes de los esposos en sus relaciones personales y sobre los bienes de los cónyuges; interdicción y medidas de protección análogas, sucesiones, y quiebras.

Con base en los esfuerzos de esta conferencia, con posterioridad se ratificaron los siguientes acuerdos:

- Convención sobre la Celebración y Reconocimiento de la Validez de los Matrimonios; ¹⁷⁶

- Convención Concerniente a los Conflictos de Leyes Relativas a los Efectos del Matrimonio sobre los Derechos y Deberes de los Esposos en sus Relaciones Personales y sobre los Bienes de los Esposos; ¹⁷⁷

- Convención sobre la Interdicción y Medidas de Protección Análogas; ¹⁷⁸

¹⁷² Concluida el 12 jun. 1902, entró en vigor el 31 de jul. 1904.

¹⁷³ Concluida el 12 jun. 1902, entró en vigor el 31 de jul. 1904.

¹⁷⁴ Concluida el 12 jun. 1902, entró en vigor el 31 de jul. 1904.

¹⁷⁵ Las comisiones fueron: Comisión I: Procedimiento civil; Comisión II: Sucesiones; Comisión III: Matrimonio; Comisión IV: Tutela de menores; y Comisión V: Quiebras.

¹⁷⁶ Concluida el 17 de jul. 1905.

¹⁷⁷ Concluida el 17 jul. 1905, entró en vigor el 23 ago. 1912.

¹⁷⁸ Concluida el 17 jul. 1905, entró en vigor el 23 ago. 1912.

- Convención Relativa al Procedimiento Civil;¹⁷⁹ y
- Convención sobre los Conflictos de Leyes en Materia de Sucesiones y de Testamentos.¹⁸⁰

En la **Decimotercera Sesión Ordinaria de la Conferencia de La Haya (4-23 oct. 1976)**. Contó con la participación de 28 Estados miembros: Argentina, Australia (por primera ocasión) Austria, Bélgica, Brasil, Canadá, Checoslovaquia, Dinamarca, España, Estados Unidos de América, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Israel, Italia, Japón, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Portugal, Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Árabe de Egipto (por primera ocasión), República Federal de Alemania, Suecia, Suiza, Turquía y Yugoslavia (asistió como observador Venezuela), se integraron cuatro comisiones para el estudio de los temas a tratar¹⁸¹ y de sus esfuerzos se aprobaron las siguientes convenciones:

- Convención sobre la Ley Aplicable a los Regímenes Matrimoniales;¹⁸²
- Convención sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Intermediarios y a la Representación,¹⁸³ y
- Convención sobre la Celebración y el Reconocimiento de la Validez de los Matrimonios.¹⁸⁴

Segunda etapa.

La segunda etapa abarca de 1925 a 1928, periodo durante el cual se celebraron dos reuniones.

¹⁷⁹ Concluida el 17 de jul. 1905, entró en vigor el 27 de ab. 1909.

¹⁸⁰ Concluida el 17 jul. 1905.

¹⁸¹ Las comisiones fueron: Comisión I: Regímenes matrimoniales; Comisión II: Contratos de intermediación; Comisión III: Matrimonio, y Comisión IV: Materias diversas.

¹⁸² Concluida el 14 mar. 1978.

¹⁸³ Concluida el 14 mar. 1978.

¹⁸⁴ Concluida el 14 mar. 1978.

En la primera (1925), a los países participantes que mencionamos arriba se unieron Checoslovaquia, Finlandia, Hungría, Letoania, Polonia, Reino Unido y Yugoslavia, pero Rusia se retiró. Los temas fueron: régimen de la quiebra, derecho sucesorio y ejecución de sentencias extranjeras.

En la conferencia de 1928 no se aprobaron convenciones; sólo se acordaron asuntos de poca importancia, lo cual provocó un ambiente de escepticismo que dio como resultado que la Conferencia no se volviera a reunir sino hasta muchos años después, en 1951, sobre todo porque en ese periodo estalló la Segunda Guerra Mundial, que detuvo todos los proyectos.

Tercera etapa.

La tercera y última etapa de 1951; la iniciaron Alemania Federal, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Reino Unido, Italia, Japón, Luxemburgo, Noruega, Holanda, Portugal, Suecia y Suiza, países a los cuales se les fueron uniendo otros Estados de Oriente Medio y del continente americano, como Canadá, Estados Unidos de América, Brasil y Argentina y, en 1984, México, entre otros.

Como parte de la Conferencia se han celebrado 32 sesiones, por lo que ésta ya tiene un estatus de permanente, y en su seno se han aprobado 34 convenciones.

En 1999 se celebró la trigésima cuarta reunión de la Conferencia Permanente con la asistencia de 69 países de todas las regiones del mundo, lo que le dio una gran riqueza temática y de discusión.

Es importante mencionar que todas las convenciones aprobadas en esta tercera etapa se refieren a normas de conflicto de leyes.

Últimos Resultados.

Los temas aprobados en las convenciones de la tercera etapa de la Conferencia Permanente de la Haya son las siguientes:

Procedimiento civil, venta, transferencia de propiedad, venta-foro contractual, ley nacional-ley del domicilio, reconocimiento de sociedades, ley aplicable, alimentos para los hijos, medidas en materia de protección de menores, forma de los testamentos, legalización, adopción, notificación, ejecución general, protocolo competencia; divorcio-reconocimiento, accidentes de circulación, obtención de pruebas, administración, sucesiones, responsabilidad civil por productos, alimentos-ejecución, alimentos-ley aplicable, regímenes matrimoniales, matrimonio, intermediarios, sustracción de menores, acceso a la justicia, trust, contratos de venta, ley aplicable a las sucesiones.

México es miembro permanente de la Conferencia Permanente de la Haya desde 1984.

Lista de Convenciones Internacionales Emanados de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

De acuerdo con lo anterior podemos enumerar los siguientes textos de tratados surgidos de las reuniones celebradas en La Haya ante la creación de este organismo internacional y las desarrolladas en su seno:

a) Antes de constituirse como organismo internacional (Primera Conferencia de La Haya de 1863 a Sexta Conferencia de La Haya de 1928):

1. Convención para Regular los Conflictos de Leyes en Materia de Matrimonio, concluida el 12 de junio de 1902.

2. Convención sobre la Celebración y el Reconocimiento de la Validez de los Matrimonios, concluida el 17 de julio de 1905.

3. Convención Concerniente a los Conflictos de Leyes Relativas a los Efectos del Matrimonio sobre los Derechos y Deberes de los Esposos en sus Relaciones Personales y sobre los Bienes de los Esposos, concluida el 17 de julio de 1905.

b) A partir de su constitución como organismo internacional (Séptima sesión de la Conferencia de La Haya de 1951):

1. *Regímenes matrimoniales*: Convención sobre la Ley Aplicable a los Regímenes Matrimoniales, concluida el 14 de marzo de 1978 y

2. *Matrimonio*: Convención sobre la Celebración y el Reconocimiento de la Validez de los Matrimonios, concluida el 14 de marzo de 1978.

4.1. Similitudes de las Convenciones con la Legislación Interna.

Se advierte que las relaciones de tráfico internacional concernientes al matrimonio se encuentran en la ley interna (principalmente el CCDF y complementariamente en otras leyes, como la *Ley de Nacionalidad*, la *Ley de Población* y otras), así como en algunos tratados o convenciones internacionales, entre los que vale destacar los siguientes:

a) La convención de Naciones Unidas sobre Consentimiento para el Matrimonio, Edad Mínima para Contraerlo y su Registro que fue abierta el 10 de diciembre de 1962 (DO del 19 de abril de 1983).

b) La convención de la ONU sobre nacionalidad de la mujer casada, del 20 de febrero de 1957 (DO del 25 de octubre de 1979).

c) La convención para Regular los Conflictos de Leyes en Materia de Matrimonios (12 jun. 1902).

Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios
Abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 1763 A (XVII),
de 7 de noviembre de 1962

Entrada en vigor: 9 de diciembre de 1964, de conformidad con el artículo 6

Los Estados contratantes Deseando, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, promover el respeto a la observancia universal de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin distinción de raza, sexo, idioma o religión.

Recordando que el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dice que:

1) Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

2) Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.

Recordando asimismo que la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 843 (IX), de 17 de diciembre de 1954, declaró que ciertas costumbres, antiguas leyes y prácticas referentes al matrimonio y a la familia son incompatibles con los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Reafirmando que todos los Estados, incluso los que hubieren contraído o pudieren contraer la obligación de administrar territorios no autónomos o en fideicomiso hasta el momento en que éstos alcancen la independencia, deben adoptar todas las disposiciones adecuadas con objeto de abolir dichas costumbres, antiguas leyes y prácticas, entre otras cosas, asegurando la libertad completa en la elección del cónyuge, aboliendo totalmente el matrimonio de los niños y la práctica de los esponsales de las jóvenes antes de la edad núbil, estableciendo con tal fin las penas que fueren del caso y creando un registro civil o de otra clase para la inscripción de todos los matrimonios.

Conviene por la presente en las disposiciones siguientes:

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.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, no será necesario que una de las partes esté presente cuando la autoridad competente esté convencida de que las circunstancias son excepcionales y de que tal parte, ante una autoridad competente y del modo prescrito por la ley, ha expresado su consentimiento, sin haberlo retirado posteriormente.

Artículo 2. Los Estados partes en la presente Convención adoptarán las medidas legislativas necesarias para determinar la edad mínima para contraer

matrimonio. No podrán contraer legalmente matrimonio las personas que no hayan cumplido esa edad, salvo que la autoridad competente por causas justificadas y en interés de los contrayentes, dispense el requisito de la edad.

Artículo 3. Todo matrimonio deberá ser inscrito por la autoridad competente en un registro oficial destinado al efecto.

Artículo 4. 1. La presente Convención quedará abierta, hasta el 31 de diciembre de 1963, a la firma de todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas o miembros de cualquiera de los organismos especializados, y de otro Estado que haya sido invitado por la Asamblea General de las Naciones Unidas a participar en la Convención.

2. La presente Convención estará sujeta a ratificación y los instrumentos de ratificación serán depositados en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 5. 1. Todos los Estados a que se refiere el párrafo 1 del artículo 4 podrán adherirse a la presente Convención.

2. La adhesión se efectuará depositando un instrumento de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 6. 1. La presente Convención entrará en vigor noventa días después de la fecha en que se haya depositado el octavo instrumento de ratificación o de adhesión.

2. Para cada uno de los Estados que ratifiquen la Convención o se adhieran a ella después de depositado el octavo instrumento de ratificación o de adhesión, la Convención entrará en vigor noventa días después de la fecha en

que ese Estado haya depositado el respectivo instrumento de ratificación o de adhesión.

Artículo 7. 1. Todo Estado contratante podrá denunciar la presente Convención mediante notificación por escrito dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas. La denuncia surtirá efecto un año después de la fecha en que el Secretario General haya recibido la notificación.

2. La presente Convención dejará de estar en vigor a partir de la fecha en que surta efecto la denuncia que reduzca a menos de ocho el número de los Estados partes.

Artículo 8. Toda cuestión que surja entre dos o más Estados contratantes sobre la interpretación o la aplicación de la presente Convención, que no sea resuelta por medio de negociaciones, será sometida a la Corte Internacional de Justicia para que la resuelva, a petición de todas las partes en conflicto, salvo que las partes interesadas convengan en otro modo de solucionarla.

Artículo 9. El Secretario General de las Naciones Unidas notificará a todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas y a los Estados no miembros a que se refiere el párrafo 1 del artículo 4 de la presente Convención:

- a) Las firmas y los instrumentos de ratificación recibidos en virtud del artículo 4;**
- b) Los instrumentos de adhesión recibidos en virtud del artículo 5;**
- c) La fecha en que entre en vigor la Convención en virtud del artículo 6;**
- d) Las notificaciones de denuncias recibidas en virtud del párrafo 1 del artículo 7;**
- e) La extinción resultante de lo previsto en el párrafo 2 del artículo 7.**

Artículo 10. 1. La presente Convención cuyos textos chino, español, francés, inglés y ruso hacen fe por igual, quedará depositada en los archivos de las Naciones Unidas.

2. El Secretario General de las Naciones Unidas enviará copia certificada de la Convención a todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas y a los Estados no miembros a que se refiere el párrafo 1 del artículo 4.

En fe de lo cual, los infrascritos, debidamente autorizados, han firmado por cuenta de sus respectivos Gobiernos el presente Convenio, el cual ha sido abierto a la firma en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York el décimo día de diciembre de mil novecientos sesenta y dos.

La presente es copia fiel y completa en español de la Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios, escrita en Nueva York el día diez del mes de diciembre del año de mil novecientos sesenta y dos.

Extiendo la presente, en seis páginas útiles, en Tlatelolco, Distrito Federal, a los veintitrés días del mes de marzo del año de mil novecientos ochenta y tres, a fin de incorporarla al Decreto de Promulgación respectivo.

Alfonso de Rosenzweig-Díaz (Rúbrica).

Recomendación sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios

Resolución 2018 (XX) de la Asamblea General, de 1° de noviembre de 1965

La Asamblea General Reconociendo que es conveniente propiciar el fortalecimiento del núcleo familiar por ser la célula fundamental de toda sociedad y que, según el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho a casarse y fundar una familia, que disfrutan de iguales derechos en cuanto al matrimonio y que éste sólo puede contraerse con el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

Recordando su resolución 843 (IX), de 17 de diciembre de 1954.

Recordando además el artículo 2 de la Convención Suplementaria de 1956 sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud, en el que se estipulan ciertas disposiciones relativas a la edad para contraer matrimonio, al consentimiento de los contrayentes y al registro de los matrimonios.

Recordando asimismo que, de conformidad con el inciso b del párrafo 1 del Artículo 13 de la Carta de las Naciones Unidas, la Asamblea General puede formular recomendaciones para ayudar a hacer efectivos los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión,

Recordando también que el Consejo Económico y Social, conforme al Artículo 64 de la Carta, puede concertar arreglos con los Estados Miembros de las Naciones Unidas para obtener informes respecto de las medidas tomadas a fin de hacer efectivas sus propias recomendaciones y las que haga la Asamblea General acerca de materias de la competencia del Consejo.

1. Recomienda que los Estados Miembros que aún no hayan adoptado disposiciones legislativas o de otro orden en este sentido hagan lo necesario, con arreglo a su procedimiento constitucional y a sus prácticas tradicionales y religiosas,

para adoptar las disposiciones legislativas o de otro orden que sean indispensables para hacer efectivos los principios siguientes:

Principio I

a) 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.

b) Sólo se permitirá el matrimonio por poder cuando las autoridades competentes estén convencidas de que cada una de las partes ha expresado su pleno y libre consentimiento ante una autoridad competente, en presencia de testigos y del modo prescrito por la ley, sin haberlo retirado posteriormente.

Principio II

Los Estados Miembros adoptarán las medidas legislativas necesarias para determinar la edad mínima para contraer matrimonio, la cual en ningún caso podrá ser inferior a los quince años; no podrán contraer legalmente matrimonio las personas que no hayan cumplido esa edad, salvo que la autoridad competente, por causas justificadas y en interés de los contrayentes, dispense del requisito de la edad.

Principio III

1. Todo matrimonio deberá ser inscrito por la autoridad competente en un registro oficial destinado al efecto;

2. Recomienda que los Estados Miembros, cuanto antes, y de ser posible dentro de los dieciocho meses siguientes a la fecha de su aprobación, sometan la Recomendación sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios, contenida en la presente resolución, a las autoridades competentes para adoptar medidas legislativas o de otro orden;

3. Recomienda que los Estados Miembros, a la mayor brevedad posible después de adoptadas las disposiciones a que se hace referencia en el párrafo 2 de este documento, informen al Secretario General de las medidas que hayan tomado con arreglo a la presente Recomendación para someter ésta a la autoridad o autoridades competentes, dándole a conocer cuáles son esas autoridades;

4. Recomienda asimismo que los Estados Miembros presenten al Secretario General después de transcurridos tres años, y en adelante cada cinco años, un informe acerca de su legislación y prácticas en las materias que son objeto de la presente Recomendación, en el cual se indicarán la medida en que se hayan hecho efectivas o tengan el propósito de hacer efectivas las disposiciones de la Recomendación y las modificaciones que hayan estimado o estimen necesarias para adaptar o aplicar la Recomendación;

5. Pide al Secretario General que prepare para la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer un documento que contenga los informes recibidos de los gobiernos sobre los métodos para poner en práctica los tres principios básicos de la presente Recomendación;

6. Invita a la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer a que examine los informes recibidos de los Estados Miembros en cumplimiento de la presente Recomendación, e informe al respecto al Consejo Económico y Social, formulando las recomendaciones que estime oportunas.

Las similitudes que tiene la presente convención con la legislación interna son las siguientes:

Esta convención contiene tres aspectos importantes que son: 1) se refiere a la libertad para contraer matrimonio (art. 1º.); 2) a la obligatoriedad de los Estados Contratantes para adoptar medidas legislativas necesarias para determinar la edad para contraer matrimonio (art. 2º.) y 3) que todo matrimonio deberá ser inscrito por la autoridad competente en un registro oficial destinado para ese efecto (art. 3º.).

Por otro lado, cabe recordar que México es signatario de la Convención sobre el Consentimiento para el Matrimonio, Edad Mínima para Contraerlo y su Registro.

Dicho tratado fija una norma de conflicto según la cual la ley que deberá regir la edad mínima para casarse es la interna de cada Estado, es decir, el tratado no establece una norma sustantiva uniforme, sino una norma de conflicto. Sólo sobre la base de esa ley las personas podrán contraer matrimonio, y no será factible la autorización de un matrimonio cuando no se hubiese alcanzado la edad establecida en la legislación interna (art. 148 del CCDF).¹⁸⁵

No obstante, que esta Convención de la ONU admite la posibilidad de que una autoridad competente dispense ese requisito de edad, siempre que la dispensa se apoye en una causa justificada y atienda al interés de los contrayentes.

Ejemplo

• Antes la emancipación en México en el art. 148 establece que: “para contraer matrimonio, el hombre necesita haber cumplido dieciséis años y la mujer catorce. El Jefe del Departamento del Distrito Federal o los Delegados, según el caso pueden conceder dispensas de edad por causas graves y justificadas.”

• La emancipación de una persona puede considerarse como una anticipación de su mayoría de edad. La Ley mexicana establece que esta última se alcanza a los 18 años de edad (art. 148 primer párrafo del CCDF), con lo que se le otorga al individuo la capacidad total de goce y ejercicio de derechos. Para el caso excepcional de que un menor de edad contraiga nupcias, la misma ley prevé que la persona queda emancipado a partir de ese momento. De

¹⁸⁵ Para el tratado la edad mínima para casarse es la interna de cada Estado mediante una norma de conflicto y en la legislación interna según el art. 148 primer párrafo del CCDF reformado establece que: “Para contraer matrimonio es necesario que ambos contrayentes sean mayores de edad, para que la autorización del matrimonio sea factible”.

conformidad con la ley sustantiva mexicana, la capacidad del menor emancipado es prácticamente equiparable a la de un mayor de edad.

Respecto a esta Convención de la ONU, lo que se pretende es que intervenga una autoridad que verifique la edad de esas personas, pues de otro modo no tendría sentido obligar a que se registre el matrimonio.

La propia Convención le otorga competencia¹⁸⁶ a la autoridad ante la cual se celebrará el matrimonio; igualmente, en lo que se refiere a la elección de la ley interna aplicable para determinar la edad mínima. Por ello, si esta ley interna establece dispensas para esa edad, la autoridad competente ante la cual podrá realizarse el matrimonio tendrá también facultad para ejercitar dicha dispensa.

El comentario general respecto de la aplicación de esta Convención de la ONU es que, más allá de los casos en los que deba aplicarse el sistema referido (aceptación de la ley del lugar para efectos de requisitos de forma y ley personal, domicilio o nacionalidad, para la capacidad), la Convención pretende establecer bases mínimas para los países en donde no se toma en cuenta la libre voluntad de los contrayentes o no se respeta la edad a partir de la cual dos personas pueden contraer matrimonio de manera voluntaria.

En la Convención se fijan ciertos requisitos previstos por la ley interna del lugar en donde habrá de celebrarse ese matrimonio, y se cuida de no dejarlos al arbitrio de costumbres o rituales que vayan en contra de los derechos de las personas para exponer su voluntad de casarse en condiciones que permitan al matrimonio alcanzar sus fines.

La Convención de Naciones Unidas sobre el Consentimiento para el Matrimonio, Edad Mínima para Contraerlo y su Registro, a la que ya hemos hecho mención, dispone que: "todo matrimonio deberá ser inscrito por la autoridad competente en un

registro oficial destinado al efecto” (art. 3º.). Esta disposición es acogida por la ley mexicana, que en el Registro Civil incluye una sección relativa a la inscripción de los matrimonios.

En dicha Convención internacional sólo se establece que el matrimonio será registrado “por la autoridad competente”. Aunque no se dice cuál es esa autoridad, se trata de la correspondiente a la del lugar donde se constituyó el matrimonio.

En los casos en que se permita celebrar el matrimonio a grupos religiosos (como en Nicaragua) o tribales, es necesario que la autoridad estatal que los regule lleve un registro de ellos, salvo que se les reconozca autoridad o competencia a esos grupos para hacer los registros.

En el caso de los matrimonios consulares, el cónsul debe registrar el matrimonio en su propio archivo. La ley mexicana no establece que ese matrimonio tenga que ser registrado ante una oficina específica del Registro Civil.

Hoy en día los países miembros de la citada Convención tienen el deber de mantener los registros mencionados. Así, establecen entonces un registro cuya *ratio essendi* (que es la razón misma o esencial) pretende dejar constancia de la identificación del acto jurídico, consistente en el matrimonio: lo que se le conoce como acta de matrimonio o certificado de matrimonio.

La Convención de Naciones Unidas sobre el Consentimiento para el Matrimonio, Edad Mínima para Contraerlo y su Registro no indica nada en cuanto a las consecuencias legales de un matrimonio contraído en el extranjero, ni tampoco que deba registrarse para que se le reconozcan efectos, por lo que cada país miembro de la Convención queda en libertad de regular las implicaciones legales internas de matrimonios celebrados en el extranjero.

¹⁸⁶ Competencia. Potestad de un órgano de jurisdicción para ejercerla en un caso concreto. Diccionario

**Convención sobre la Nacionalidad
de la Mujer Casada**

Depositario: ONU.

Lugar de adopción: Nueva York, EUA.

Fecha de adopción: 20 de febrero de 1957.

Vinculación de México: 4 de abril de 1979. Adhesión.

Aprobación del Senado: 20 de diciembre de 1978, según decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 24 de enero de 1979.

Entrada en vigor: 11 de agosto de 1958- General.

3 de julio de 1979- México.

Publicación Diario Oficial de la Federación: 25 de octubre de 1979.

Artículo 1. Los Estados contratantes convienen en que ni la celebración ni la disolución del matrimonio entre nacionales y extranjeros, ni el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio, podrán afectar automáticamente a la nacionalidad de la mujer.

Artículo 2. Los Estados contratantes convienen en que el hecho de que uno de sus nacionales adquiera voluntariamente la nacionalidad de otro Estado o el de que renuncie a su nacionalidad, no impedirá que la cónyuge conserve la nacionalidad que posee.

Artículo 3. 1. Los Estados contratantes convienen en que una mujer extranjera casada con uno de sus nacionales podrá adquirir, si lo solicita, la nacionalidad del marido mediante un procedimiento especial de naturalización privilegiada, con sujeción a las limitaciones que pueden imponerse por razones de seguridad y de interés público.

2. Los Estados contratantes convienen en que la presente Convención no podrá interpretarse en el sentido de que afecte a la legislación o a la práctica judicial que permitan a la mujer extranjera de uno de sus nacionales adquirir de pleno derecho, si lo solicita, la nacionalidad del marido.

Artículo 4. 1. La presente Convención queda abierta a la firma y a la ratificación de cualquier Estado Miembro de las Naciones Unidas y de cualquier otro Estado que sea o llegue a ser miembro de algún organismo especializado de las Naciones Unidas, o que sea o llegue a ser parte en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, o de cualquier otro Estado al que la Asamblea General de las Naciones Unidas haya dirigido una invitación al efecto.

2. La presente Convención deberá ser ratificada y los instrumentos de ratificación deberán ser depositados en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 5. 1. Todos los Estados a que se refiere el párrafo 1 del artículo 4 podrán adherirse a la presente Convención.

2. La adhesión se efectuará depositando un instrumento de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 6. 1. La presente Convención entrará en vigor noventa días después de la fecha en que se haya depositado el sexto instrumento de ratificación o de adhesión.

2. Para cada uno de los Estados que ratifiquen la Convención o se adhieran a ella después de depositado el sexto instrumento de ratificación o de adhesión, la Convención entrará en vigor noventa días después de la fecha en

que ese Estado haya depositado el respectivo instrumento de ratificación o de adhesión.

Artículo 7. 1. La presente Convención se aplicará a todos los territorios no autónomos, en fideicomiso, coloniales y otros territorios no metropolitanos de cuyas relaciones internacionales esté encargado cualquier Estado contratante; el Estado contratante interesado deberá, con sujeción a las disposiciones del párrafo 2 del presente artículo, declarar en el momento de la firma, ratificación o adhesión a qué territorio no metropolitano o a qué otros territorios se aplicará ipso facto la Convención en razón de tal firma, ratificación o adhesión.

2. En los casos en que, para los efectos de la nacionalidad, un territorio no metropolitano no sea considerado parte integrante del territorio metropolitano, o en los casos en que se requiera el previo consentimiento de un territorio no metropolitano en virtud de las leyes o prácticas constitucionales del Estado contratante o del territorio no metropolitano para que la Convención se aplique a dicho territorio, aquel Estado contratante tratará de lograr el consentimiento necesario del territorio no metropolitano dentro de un plazo de doce meses a partir de la fecha de la firma de la Convención por ese Estado contratante, y cuando se haya logrado tal consentimiento el Estado contratante lo notificará al Secretario General de las Naciones Unidas. La presente Convención se aplicará al territorio o territorios mencionados en tal notificación a partir de la fecha de su recepción por el Secretario General.

3. Después de la expiración del lapso de doce meses mencionado en el párrafo 2 del presente artículo, los Estados contratantes interesados informarán al Secretario General sobre los resultados de las consultas celebradas con aquellos territorios no metropolitanos de cuyas relaciones internacionales estén encargados y cuyo consentimiento para la aplicación de la presente Convención haya quedado pendiente.

Artículo 8. 1. En el momento de la firma, de la ratificación o de la adhesión, todo Estado podrá formular reservas a cualquier artículo de la presente Convención, con excepción de los artículos 1 y 2.

2. Toda reserva formulada conforme al párrafo 1 del presente artículo no afectará el carácter obligatorio de la Convención entre el Estado que haya hecho la reserva y los demás Estados partes, con excepción de la disposición o las disposiciones que hayan sido objeto de la reserva. El Secretario General de las Naciones Unidas comunicará el texto de esa reserva a todos los Estados que sean o lleguen a ser partes en la presente Convención. Todo Estado parte en la Convención o que llegue a ser parte en la misma podrá notificar al Secretario General que no está dispuesto a considerarse obligado por la Convención con respecto al Estado que haya formulado la reserva. Esta notificación deberá hacerse, en lo que concierne a los Estados que ya sean partes en la Convención, dentro de los noventa días siguientes a la fecha de la comunicación del Secretario General y, en lo que concierne a los Estados que ulteriormente lleguen a ser partes en la Convención, dentro de los noventa días siguientes a la fecha del depósito del instrumento de ratificación o de adhesión. En caso de que se hubiere hecho tal notificación, se considerará que la Convención no es aplicable entre el Estado autor de la notificación y el Estado que haya hecho la reserva.

3. El Estado que formule una reserva conforme al párrafo 1 del presente artículo podrá retirarla, en su totalidad o en parte, en cualquier momento después de su aceptación, enviando para ello una notificación al Secretario General de las Naciones Unidas. Esta notificación surtirá efecto en la fecha de su recepción.

Artículo 9. 1. Todo Estado contratante podrá denunciar la presente Convención mediante una notificación escrita dirigida al Secretario General de

las Naciones Unidas. La denuncia surtirá efecto un año después de la fecha en que el Secretario General reciba la notificación.

2. La presente Convención quedará derogada en la fecha en que surta efecto la denuncia que reduzca a menos de seis el número de Estados contratantes.

Artículo 10. Toda cuestión que surja entre dos o más Estados contratantes sobre la interpretación o la aplicación de la presente Convención, que no sea resuelta por medio de negociaciones, será sometida a la Corte Internacional de Justicia, para que la resuelva, a petición de cualquiera de las partes en conflicto, salvo que las partes interesadas convengan en otro modo de solucionarla.

Artículo 11. El Secretario General de las Naciones Unidas notificará a todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas y a los Estados no miembros a que se refiere el párrafo 1 del artículo 4 de la presente Convención:

- a) Las firmas y los instrumentos de ratificación depositados en cumplimiento del artículo 4;**
- b) Los instrumentos de adhesión depositados en cumplimiento del artículo 5;**
- c) La fecha en que la presente Convención entrará en vigor según el artículo 6;**
- d) Las comunicaciones y las notificaciones que se reciban, según lo dispuesto en el artículo 8;**
- e) Las notificaciones de denuncias recibidas según lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9;**
- f) La derogación de la Convención según lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 9.**

Artículo 12. 1. La presente Convención, cuyos textos, chino, español, francés, inglés y ruso hacen fe por igual, quedará depositada en los archivos de las Naciones Unidas.

2. El Secretario General de las Naciones Unidas enviará copia certificada de la Convención a todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas y a los Estados no miembros a que se refiere el párrafo 1 del artículo 4.

De las disposiciones citadas resulta necesario hacer los comentarios siguientes:

La presente convención, reconociendo que surgen conflictos de ley y de práctica en materia de nacionalidad a causa de las disposiciones sobre la pérdida y la adquisición de la nacionalidad de la mujer como resultado del matrimonio, de su disolución, o del cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio.

Por lo que, en el artículo 15 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Asamblea General de las Naciones Unidas proclamó que "toda persona tiene derecho a una nacionalidad" y que "a nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad".

- Los arts. 1º. y 2º., se refieren al caso de que ni la celebración, disolución, cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio, así como la adquisición y la pérdida de la nacionalidad no afectarán que la mujer conserve la nacionalidad que posee.
- El art. 3º., establece que la mujer extranjera podrá adquirir la nacionalidad del marido a través de la naturalización privilegiada que es un medio de atribuir nacionalidad a individuos extranjeros.
- En el art. 4º, la Convención queda abierta a la firma y a la ratificación de cualquier Estado Miembro de las Naciones Unidas y los instrumentos de ratificación deberán ser depositados en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

- El art. 6º., establece que la presente Convención y cada uno de los Estados que la ratifiquen la Convención o se adhieran a ella después de depositado el sexto instrumento de ratificación o de adhesión, la Convención entrará en vigor noventa días después de la fecha en que ese Estado haya depositado el respectivo instrumento de ratificación o de adhesión.

- El art. 7º., dice que para los efectos de la nacionalidad, el Estado contratante tratará de lograr el consentimiento necesario del territorio no metropolitano dentro de un plazo de doce meses a partir de la fecha de la firma de la Convención por ese Estado contratante el cual se lo notificará al Secretario General de las Naciones Unidas.

- Para el art. 8º., las reservas formuladas no afectarán el carácter obligatorio de la convención entre el Estado que hizo la reserva y los demás Estados parte.

- El art. 9º., dice que todo Estado contratante podrá denunciar a la convención mediante una notificación escrita al Secretario General y surtirá efectos un año después de la fecha en que el Secretario reciba la notificación.

- En el art. 10º., menciona que todo problema que surja entre dos o más Estados contratantes que no sea resuelta por medio de negociación será sometido a la Corte Internacional de Justicia a petición de las partes en conflicto.

Las similitudes que tiene la presente convención con la legislación interna son las siguientes:

Esta convención tiene similitud con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su art. 30 Apartados A y B en lo referente a la adquisición de la nacionalidad que se da mediante dos formas: por nacimiento o por naturalización. Así como también en su art. 37 Apartado A, referente a la pérdida de la nacionalidad. Estas disposiciones están complementadas la Ley de Nacionalidad.

**Convención para Regular los Conflictos de Leyes en Materia de
Matrimonios (12 jun. 1902)**

Art. 1º. El derecho de contraer matrimonio se regula por la ley nacional de cada uno de los futuros esposos, a menos que una disposición de esta ley se refiera expresamente a otra ley.

Art. 2º. La Ley del lugar de la celebración puede prohibir el matrimonio de extranjeros que sea contrario a sus disposiciones concernientes a:

1 Los grados de parentesco para los que hay una prohibición absoluta;

2 La prohibición absoluta de casarse, dictada contra los culpables del adulterio en razón de cual el matrimonio de uno de ellos ha sido disuelto, y

3 La prohibición absoluta de casarse, dictada contra las personas condenadas por haber de concierto atentado a la vida del cónyuge de una de ellas.

El matrimonio celebrado contrariamente a una de las prohibiciones antes mencionadas no estará afectado de nulidad, siempre que sea válido según la ley indicada por el art. 1º.

Con la reserva de la aplicación del primer párr. del art. 6º. de la presente Convención, ningún Estado contratante se obliga a hacer celebrar un matrimonio que, en razón de un matrimonio anterior o de un obstáculo de orden religioso, sería contrario a sus leyes. La violación de un impedimento de esta naturaleza no podría producir la nulidad del matrimonio en otros países que aquel en que el matrimonio ha sido celebrado.

Art. 3º. La ley del lugar de la celebración puede permitir el matrimonio de los extranjeros no obstante las prohibiciones de la ley indicada por el art. 1º.,

cuando estas prohibiciones están exclusivamente fundadas en motivos de orden religioso.

Los demás Estados tienen el derecho de no reconocer como válido el matrimonio celebrado en estas circunstancias.

Art. 4º. Los extranjeros, para casarse, deben probar que cumplen las condiciones necesarias según la ley indicada por el art. 1º.

Esta justificación se hará, ya por un certificado de los agentes diplomáticos o consulares acreditados por el Estado del que son nacionales los contrayentes ya sea por cualquier otro modo de prueba, con tal que las convenciones internacionales o las autoridades del país de la celebración reconozcan la justificación como suficiente.

Art. 5º. Será reconocido en todas partes como válido, en cuanto a la forma, el matrimonio celebrado según la ley del país en que tiene lugar.

Se entiende, no obstante, que los países cuya legislación exige una celebración religiosa, podrán no reconocer como válidos los matrimonios contraídos por sus nacionales en el extranjero sin que esta prescripción haya sido observada.

Las disposiciones de la ley en materia de publicaciones deberán ser representadas; pero la falta de estas publicaciones no podrá producir la nulidad del matrimonio en otros países que aquel cuya ley haya sido violada.

Una copia auténtica del acta de matrimonio será transmitida a las autoridades del país de cada uno de los esposos.

Art. 6º. Será reconocido en todas partes como válido, en cuanto a la forma, el matrimonio celebrado ante un agente diplomático o consular, conforme a su

legislación, si ninguna de las partes contrayentes es nacional del Estado en que el matrimonio ha sido celebrado y si este Estado no se opone. No puede oponerse cuando se trate de un matrimonio que, en razón de un matrimonio anterior o de un obstáculo de orden religioso, sea contraria a estas leyes.

La reserva del segundo párr. del art. 5º. es aplicable a los matrimonios diplomáticos o consulares.

Art. 7º. El matrimonio, nulo en cuanto a la forma en el país en que ha sido celebrado, podrá no obstante ser reconocido como válido en los demás países si la forma prescrita por la ley nacional de cada una de las partes ha sido observada.

Art. 8º. La presente Convención no se aplica más que a los matrimonios celebrados en el territorio de los Estados contratantes entre personas de las cuales una al menos es nacional de uno de estos Estados.

Ningún Estado se obliga, por la presente Convención, a aplicar una ley que no sea la de un Estado contratante.

De las disposiciones citadas resulta necesario hacer los comentarios siguientes:

- Los arts. 1º. y 2º., establecen que para contraer matrimonio se regula por la ley nacional de cada uno de los contrayentes y existiendo ciertas prohibiciones para celebrar matrimonios en el extranjero; que el matrimonio no estará afectado de nulidad siempre que se aplique la ley nacional; la no celebración de un matrimonio , que por razón de un matrimonio anterior o de orden religioso no podrá producir la nulidad del matrimonio en otros países, sino solamente en el país en el que se haya celebrado el matrimonio.

- En el art. 3º., existe una excepción a dicha prohibición que indica el art. 1 en donde para celebrar matrimonio deben estar exclusivamente fundados con motivos religiosos.

- Para el art. 4º., los extranjeros deben cumplir con las condiciones de la ley nacional para poder contraer matrimonio y la justificación se hará a través de un certificado de los agentes diplomáticos o consulares acreditados por el Estado del que son nacionales.

- El art. 6º., donde la validez del matrimonio en cuanto a su forma, será reconocida la celebración ante un agente diplomático o consular, conforme a su legislación.

- Por último el art. 7º., establece que el matrimonio nulo en cuanto a la forma en el país en que se celebró podrá ser reconocido como válido en los demás países por la ley nacional de cada una de las partes.

Cuando inicia una nueva etapa para el derecho internacional privado en México, caracterizada por la dinámica e importante participación de nuestro país en foros internacionales iusprivatistas, una amplia suscripción de tratados en la materia y una trascendente revisión de nuestros ordenamientos legales con la finalidad de adecuarlos a las exigencias de los compromisos internacionales y a las necesidades de la vida contemporánea.

Todo acuerdo o entendimiento entre Estados que gozan de su soberanía y se proponen crear, modificar o suprimir una relación de Derecho que regirá entre ellos constituye un Tratado o Convención, siendo los términos intercambiables.

Por medios diplomáticos procuran alcanzar, por lo general de modo bilateral, acuerdos convergentes sobre la aplicación o sobre las normas mismas del Derecho

Internacional; y, en consecuencia, las obligaciones provenientes de los tratados constituyen la base fundamental del DIPr.

La calidad jurídica del tratado nos señala que tendrá consecuencias únicamente para los Estados que son Parte, siendo incluso imposible que un Estado negocie uno o varios tratados para obligar a un tercero.

En Derecho Interno, tendrá efectos cuando se incorpore bajo forma de ley: tras la aprobación del legislativo, y la ratificación de la otra u otras Parte, será promulgado por el Ejecutivo, creando por sí mismo una pieza nueva dentro del ordenamiento jurídico, formando parte de él a través de otras leyes y sin recibir mayor especificación.

Es entonces, y solamente entonces, cuando las disposiciones del tratado formarán parte de la vida jurídica obligatoria para los ciudadanos del Estado Parte. Es por eso que La Conferencia de la Haya juega un papel importante en dichos tratados o convenciones con el fin de solucionar problemas entre los países.

Por lo que las similitudes de las Convenciones con la legislación interna se debe a qué autoridades son competentes para celebrar dicho matrimonio, la forma de celebración, la capacidad para contraer el matrimonio, sus efectos, impedimentos para contraerlo, sus efectos así como de su registro y reconocimiento del matrimonio contraído en el extranjero.

CAPÍTULO V

EL DERECHO PROCESAL INTERNACIONAL EN AUXILIO DE SOLIDIFICAR EL CONCEPTO DE FAMILIA A TRAVÉS DEL MATRIMONIO.

5.1. El concepto de familia tutelado en el ámbito internacional en beneficio del factor social.

Primeramente daremos el concepto de familia en el Derecho, para que posteriormente pasemos a la importancia que tiene en el ámbito internacional en beneficio del factor social.

La palabra familia, según la opinión más general, procede de la voz “famulia”, por derivación de “famulus”, que a su vez procede del osco “famel”, que significa siervo, y más remotamente del sánscrito “vama”, hogar o habitación, significando, por consiguiente, “el conjunto de personas y esclavos que moraban con el señor de la casa”.¹⁸⁷

La familia es la más antigua de las instituciones humanas y constituye un elemento clave para la comprensión y funcionamiento de la sociedad.

A través de ella la comunidad no sólo se provee de sus miembros, sino que se encarga de prepararlos para que cumplan satisfactoriamente el papel social que les corresponde.

Por otra parte, puesto que se encarga de la subsistencia de los individuos que la componen, juega un papel primordial dentro de la organización económica de la sociedad. Enraizada por un lado en la biología (reproducción de la especie), constituye un fenómeno social total, con repercusiones en todos los órdenes, al ser el

¹⁸⁷ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F., op. cit. p. 231.

canal primario para la transmisión de los valores y tradiciones de la sociedad de una generación a otra.

Cuando un ser humano nace, comienza en el seno de la familia a aprender las normas de comportamiento que se consideran adecuadas, buenas o morales.

A medida que crece, adquiere el lenguaje del grupo y por medio de este instrumento paulatinamente va teniendo acceso a todo el mundo cultural. Así desde pequeño se le enseñan las creencias religiosas y se le infunde una escala de valores determinada y una serie de normas de conducta.

Se socializa de este modo el nuevo miembro, haciéndolo apto para la vida en la sociedad a la que pertenece de acuerdo con las diversas etapas de su desarrollo, hasta que alcanza la madurez biológica y social, y el individuo se encuentra preparado para fundar él mismo su propia familia y recomenzar el ciclo que nutre la vida social.

Nacemos en familia, nos formamos en ella y morimos también en familia. La familia se basa en el ámbito privado para abarcar a la sociedad y en ella se interesan, no solamente una nación, sino todas las naciones.

La familia en **sentido amplio**, que podría considerarse familia-parentesco, se integra por el conjunto de personas con las cuales existe algún vínculo de orden familiar. Bajo este significado “comprende la familia tres órdenes de relaciones: las conyugales, la paterno-filiales y las que genéricamente se llaman parentales”.

La familia en **sentido restringido** actualmente se le considera al grupo formado por los cónyuges y los hijos de éstos, con exclusión de los demás parientes, o al menos de los colaterales. En este sentido la familia se integra por relaciones conyugales y paterno-filiales.

Los grupos familiares han existido en todas las culturas a lo largo de la historia del hombre, y dieron origen a diversos tipos de familias que reflejan una gran variedad de contextos económicos, sociales, políticos, jurídicos, etc.

Así, la familia se constituye en una institución que ha sido definida de muy distintas maneras: se le ha considerado como la célula primaria de la sociedad, como el núcleo inicial de toda organización social, como el medio en que el individuo logra su desarrollo, tanto físico y psíquico como social.

También se le ha señalado como la unidad económica que constituye la base de la seguridad material del individuo, a través de sus diversas etapas de desarrollo, primero en el seno de la familia dentro de la cual nace y posteriormente en el de la familia que hace.

El primer enfoque nos coloca frente a un **concepto biológico** de la familia que, desde este ángulo, deberá entenderse como el grupo constituido por la primitiva pareja y sus descendientes, sin limitación.

La familia como hecho biológico involucra a todos aquellos que, por el hecho de descender unos de los otros, o de un progenitor común, generan entre sí lazos de sangre.

Para el **concepto sociológico** es la institución social formada por los miembros vinculados por lazos sanguíneos, y los individuos unidos, a ellos por intereses económicos, religiosos o de ayuda.

El **concepto jurídico** atiende a las relaciones derivadas del matrimonio y la procreación conocidas como parentesco, y a las que la ley reconoce ciertos efectos, esto es, que crean derechos y deberes entre sus miembros.

Nuestro **Código Civil** no define precisamente al concepto de familia. Fundado en una concepción individualista, sólo señala los tipos, líneas y grados del parentesco y regula las relaciones entre los esposos y parientes.

Considero que la familia es una institución de fuerte contenido moral, que constituye una comunidad humana de vida, que tiene una finalidad propia y supraindividual, para lo cual tiene un patrimonio propio; que se integra con los progenitores (o uno de ellos) con los hijos (incluyendo los adoptados) a quienes se pueden incorporar otros parientes o constituirse con parientes, todos los cuales viven en un domicilio común, cuyas relaciones interpersonales y vínculos jurídicos se originan de los estados jurídicos derivados del matrimonio o el concubinato, de la filiación y el parentesco.

Mi comentario sobre la definición, parte de que al Derecho le interesa la familia en general, tanto la familia extensa como la pequeña o nuclear; ambas están comprendidas en las normas legales.

Toda persona pertenece a una familia y pueden haber relaciones jurídicas amplias con los miembros de la familia en las líneas consanguíneas directas y colaterales, o bien relaciones limitadas al tenerse sólo en la línea directa o sólo con los colaterales.

Es decir, alguna persona puede ser miembro de una gran familia, en la que convivan padres, abuelos e hijos (en la línea directa) y también puede haber quien convive en una familia en la que sobrevivan sólo los colaterales, al haber muerto ascendientes y no tener descendientes. Es decir, en una forma o en otra forma, todos vivimos en una familia.

En el Derecho se reglamenta la familia amplia. A título de ejemplo se observa como la patria potestad se extiende a los abuelos paternos y maternos (Art. 414, C. C.); en la tutela legítima se abarca a los hermanos y colaterales dentro del cuarto

grado inclusiva (Art. 483, C. C.), y en el caso de los dementes, idiotas, imbéciles, sordomudos, ebrios y los que habitualmente abusan de drogas enervantes, se establece la tutela legítima forzosa con cargo a los hijos, abuelos y hermanos del incapacitado (Art. 490, C. C.); en los alimentos tienen obligación de darlos los parientes en la línea directa ascendiente o descendiente sin limitación de grado, y los colaterales entre los hermanos.

A la familia nuclear se refiere también a la ley y a esta familia, compuesta de padres e hijos, se refieren casi todos los artículos del Código Civil en esta materia, y también las diversas disposiciones que encontramos dentro de nuestra legislación pública o privada.

La familia es uno de los temas tradicionales de mayor importancia en el DIPr. Tanto el derecho interno como el internacional privado han procurado asegurarle una estabilidad, a pesar de la gran variedad de legislaciones aplicables existentes.

Se trata de un fenómeno social, pues a lo largo de los siglos se ha mantenido arraigada en el pueblo casi sin cambiar. Se trata también de una realidad, que debido a su importancia y a sus problemas, desde hace miles de años ha sido regulada por el derecho.

Es importante diferenciar la familia del derecho de familia. Mientras que la primera corresponde a un dato objetivo de la realidad, el segundo tiene que ver con la normatividad que permite regular ese núcleo social. El estudio de la familia y el derecho que fija sus normas no es tarea sencilla.

La familia como dato real no ha sido concebida unánimemente en todas partes. Así, por ejemplo, suele considerarse como familia a la sola pareja (hombre y mujer) que convive con sus hijos. También se califica como familia al grupo que vive bajo un mismo techo, y aquí puede incluirse al abuelo y a los nietos. Incluso, en un sentido

más amplio, el parentesco puede irse al sexto grado o séptimo grado, o incluso el deudodécimo, como en otra época lo recogió el derecho francés.

Igualmente, la familia puede estudiarse a partir de la pareja que contrae matrimonio o de la que sólo hace vida marital, pero sin haber formalizado la unión. A últimas fechas también se ha debatido el tema de la familia a partir de la unión de personas del mismo sexo.

Existen países en los que se ha legalizado este último tipo de uniones, al menos en lo que corresponde a los derechos que los miembros de la pareja tienen dentro de esa relación, e incluso respecto de los bienes que entre ellos pueden transmitirse.

El derecho de familia no tiene una definición u objeto de conocimiento uniforme en todo el mundo. Por ejemplo, el objeto de estudio suele abarcar o no el patrimonio de la misma; igualmente, puede incorporar o no a los hijos adoptivos a la familia amplia, extraer a la mujer casada de su núcleo original e incorporarla bajo otro pater familia, o bien aceptar derechos para los concubinos, etc.

Por otro lado, con el tiempo, el derecho de familia se ha transformado con regulaciones como en el caso de la disolución del matrimonio, ahora casi generalizado en todos los países. La relativa facilidad con la que pueden desplazarse las personas constituye otro reto para la regulación.

No hay que olvidar que las prácticas y costumbres del lugar de destino no son necesariamente similares a la del lugar de origen.

Se ha incrementado la adopción de menores trasladados a otros países; también se ha visto el caso de padres que, una vez establecidos en el extranjero, se olvidan de la manutención de sus hijos o forman una nueva familia.

En fin la familia de nuestros días se ha vuelto una preocupación como objeto de estudio de los iusinternacionalprivatistas.

Históricamente, las relaciones familiares han sido una de las grandes prioridades del derecho de cada país, pero ocurre que las relaciones de familia creadas en un país al amparo de su sistema jurídico pueden verse afectadas cuando esa familia o uno de sus miembros se traslada temporal o definitivamente a un país con un orden jurídico distinto.

El estudio del DIPr prevé los problemas que se derivan de esa diversa aplicación de leyes y plantea soluciones.

Estas relaciones de familias han sido reguladas tradicionalmente por el derecho interno, pues es el ámbito natural de su desarrollo. No obstante, a medida que dichas relaciones se extendieron a otros países, los legisladores internos tomaron en consideración hipótesis internacionales, como en el caso del efecto de los matrimonios contraídos en el extranjero o de adopciones sancionadas fuera de México sobre menores mexicanos, así como otras relaciones de importancia.

La rápida explosión de las relaciones internacionales a partir de la posguerra provocó que los Estados acordaran tratados para darle certeza, seguridad y protección a la familia. Gran parte de esta normatividad internacional, por lo general de avanzada en el campo específico de la especialidad, ha permeado los derechos internos, convirtiéndose en una fuente importante de evolución de los sistemas al interior de los países.

5.2. Teoría de la Cooperación Procesal Internacional aplicada al Matrimonio.

Durante la edad media la actividad jurisdiccional estaba en manos de los particulares cualquier controversia que se presentara entre territorios se resolvía mediante sistemas arbitrales.

Cuando surge el Estado moderno dicha figura se encarga de monopolizar la facultad jurisdiccional e intenta evitar la aplicación extraterritorial de la norma extranjera procesal.

La facultad para legislar en materia de cooperación procesal internacional es la federación es decir, cada una de las entidades federativas.

En el art. 124 de la *Constitución* se establece: " que todo lo que no este expresamente destinado a la federación, dentro de la misma constitución se entiende reservado para los Estados". Sin embargo, en la mayoría de los casos para efectos de formalidad las entidades federativas, recurren al *Código Federal de Procedimientos Civiles*. Pero en asuntos de fondo ocupan la legislación local.

Principalmente entendemos por medio de cooperación procesal a la Corte Rogatoria, también llamada *exhorto* que entraña un ruego, solicitud, petición para que los homólogos del juzgador de la causa en otros países o entidades federativas practiquen ciertas diligencias que permitan actuar con auténtica justicia.

Sujetos del Derecho Cooperacional Internacional.

Los sujetos más relevantes son, por un lado, el que solicita la cooperación, y por el otro, el que la otorga. Al primero se le conoce como *sujeto requirente*, y al segundo como *sujeto requerido*.

- a) Tradicionalmente se ha establecido que el *sujeto requirente* sea un miembro del Poder Judicial; es decir, que únicamente los miembros de éste pidan la cooperación. En la actualidad se ha ampliado ese derecho a otras autoridades. Algunas convenciones internacionales prefieren referirse a quienes realizan una función jurisdiccional. En México esto se aplica a los tribunales militares, laborales, agrarios, fiscales, etc.; es decir al órgano cuya naturaleza no es judicial pero que desarrollan formalmente una función típicamente jurisdiccional en la medida en que resuelven litigios.

Además de las autoridades que ejercen esa función, pueden encontrarse otras no judiciales ni jurisdiccionales que también pueden requerir cooperación del extranjero. Un ejemplo es el Ministerio Público, que puede necesitar ayuda a fin de integrar su averiguación previa; o bien una autoridad fiscal que pida información de una autoridad equivalente en el extranjero sobre algún causante con fuentes de ingreso en otro país.

Puede darse el caso de que en un proceso llevado ante tribunales mexicanos una de las partes ofrezca como aplicable el derecho extranjero y que, con el afán de facilitarle el trabajo al juez, solicite como particular a una autoridad o a un abogado del extranjero, según lo permita la ley, que elabore un dictamen de derecho extranjero para presentarlo en el juicio.

- b) En cuanto al *cooperador o requerido*, fundamentalmente es otra autoridad que no esta obligada a brindar la ayuda procesal sin embargo depende de ella el auxilio para trabajar bajo parámetros de justicia, también puede ser un juzgador, un fiscal o un particular como e el caso de los fedatarios o notarios públicos.

Además, el que coopera no necesariamente depende de un orden jurídico diferente del que corresponde al solicitante. Por ejemplo, aunque en los exhortos el requirente y el requerido depende de órdenes jurídicos distintos, eso no ocurre en el

caso de las comisiones consulares, pues en este tipo de cooperación el requirente y el cónsul se rigen conforme a un mismo orden jurídico, que es el derecho consular del requirente.

Procedimientos.

El derecho Cooperacional implica dos tipos de procedimiento: el que debe seguir el sujeto que la solicita o requiere cooperación y el que seguirá el sujeto al cual le requiere la cooperación.

Tradicionalmente se había llamado *procedimiento activo* al realizado por los órganos que solicitan la cooperación, y *procedimiento pasivo* al que efectúa el órgano que coopera.

La idea de que el órgano cooperador permanezca en una posición pasiva es contraria a la filosofía de la cooperación, pues lo que se pretende es que se lleve a cabo una verdadera actividad. La posición del sujeto que coopera es una función activa, más activa que la del sujeto que pide auxilio.

Por ello, será más apropiado denominarle *procedimiento ante el requirente* (o del exhortante, si se trata de exhorto) cuando aludamos a los actos que ejecuta quien solicita auxilio.

En cambio, los actos realizados por el que coopera pueden denominarse *procedimiento ante el requerido* (o procedimientos ante el exhortado, si se trata de un exhorto). El último tipo de procedimiento es el que abarca la actividad cooperacional.

Cada Estado establece los procedimientos para el requirente y para el requerido; esto se hace ya sea en sus leyes internas o adoptándolas cuando se adhiere a tratados internacionales donde se estipulan dichos procedimientos; en México, éstos

se localizan en especial en las leyes del procedimiento. Los tratados regulan con mayor énfasis el procedimiento cooperacional.

No esta por demás recordar que los actos o procedimientos del requirente o asistido, así como los del cooperador u órgano asistente, son regulados normalmente por la *ley del lugar de su ubicación* en cada caso.

Teleología del derecho cooperacional.

El derecho cooperacional no podría comprenderse sin conocer las causas que lo animan. El sujeto coopera porque considera que es un Estado parte de la comunidad internacional y, por tanto, tiene la obligación de ayudar a que los litigios en otros Estados se resuelvan con justicia cuando hay elementos vinculados con su territorio.

El órgano requerido, en tanto órgano cooperador, no sólo atenderá a la justicia como fin del derecho, sino que, de manera más correcta, debe atender a la resolución del litigio que se llevó a proceso.

Esto es, la cooperación que pueda otorgarse a un proceso tramitado en el extranjero *no es un fin en sí mismo, sino un medio al servicio de fines*. Se trata de que el órgano cooperador colabore tomando en cuenta que con ello contribuye a resolver un litigio interpartes.

Sistemas de Cooperación Procesal Internacional.

Son tres sistemas que son los siguientes:

- a) *Procedimientos preprocesales*, este consiste en solicitar la ayuda en un sentido preprocesal dentro de nuestro país ya que no esta permitido el auxilio procesal antes de que comience a tramitarse un juicio excepto en el caso de los testigos que voluntariamente se presentan ante el juzgador para emitir

una declaración que habrá de repercutir en un proceso mismo que se seguirá en territorio extranjero.

- b) *Procedimientos intraprocesales*, este adquiere el nombre de intraprocesal en virtud de que las diligencias de cooperación se practican cuando un juicio esta en trámite generalmente este tipo de ayuda es el más solicitado por los juzgadores.
- c) *Procedimientos posprocesales*, consiste en solicitar la ayuda principalmente para el reconocimiento y aplicación de una resolución de carácter arbitral o jurisdiccional es decir, que habrá de procurarse por todos los medios que se haga efectiva una sentencia para no despojar a la norma jurídica de su carácter coercitivo.

Mecanismos de Cooperación Procesal Internacional.

- a) Mecanismos para la obtención de *información y conocimiento acerca del derecho extranjero*. Con ello se busca conocer el texto de una determinada disposición y saber cómo fue interpretada por los tribunales y discutida por la doctrina.
- b) Mecanismo *vía diplomática o consular*. Supone la intervención oportuna de los agentes diplomáticos para conocer de ciertos elementos imprescindibles durante el proceso.
- c) Mecanismos *autónomos*. Estos mecanismos consisten en la obligación de otros países que forman parte de una convención internacional, de mantener a sus partes contratantes informadas respecto de cambios legislativos como en el caso de Canadá que se encuentran obligados por el TLC de América del Norte a dar a conocer las reformas de los ordenamientos jurídicos que regula la materia.

- d) Mecanismos tradicionales del *Comon Law* y del *Derecho Romano*. Consistentes en las Cartas Rogatorias, los exhorto y las Cartas Orden .
- e) Mecanismos en los que participa un particular como sujeto cooperante. Intervienen aquí los *comisionados*, que se caracterizan por no ser órganos de autoridad, sino sujetos privados cuya comisión es obtener información específica para un proceso.

En el caso de la solicitud por parte del juzgador para conocer del derecho extranjero el procedimiento a seguir es el siguiente:

1. El juzgador tiene la opción de dirigirse a las autoridades de otros países enviando una solicitud a través de la autoridad central que debe poseer:

- a) Nombre y domicilio del requirente.
- b) Naturaleza del asunto que pretende resolver.
- c) La situación y acuerdos que se investigan.
- d) La potestad de manifestar que se dice la verdad acompañada del agradecimiento diplomático.

2. Posteriormente la autoridad central maneja como destinatarios a los agentes diplomáticos en caso de asuntos diplomáticos y a los agentes consulares tratándose de litigios entre particulares.

3. Dichos agentes tienen una participación relevante en tres aspectos:

- a) Notificaciones y emplazamientos.
- b) Prácticas de diligencia durante este procedimiento.
- c) Cabe señalar que estas autoridades de carácter administrativo se encuentran imposibilitadas para la ejecución extraterritorial de laudos y sentencias razón por la cual dejaría de ser eficiente este mecanismo de cooperación procesal denominado Comisión Consular.

4. El solicitante o requirente podrá acudir a sus homólogos de otros países para solicitar que se ejecute o aplique una sentencia, esta solicitud indiscutiblemente se perfila a través de un exhorto.

5. Para requerir de este auxilio el juzgador tendrá que acceder a la autoridad central para que esta se encargue estrictamente de enviar los exhortos.

La Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero, firmada en 1979 en Montevideo, Uruguay, en la segunda CIDIP, y de la que México es Estado parte.

Esta convención, siguiendo las líneas de la teoría de la cooperación internacional, se refiere a dos tipos de procedimiento: los seguidos ante el órgano *requirente* y los efectuados ante el *requerido*.

La convención es importante, ya que la suscriben varios países americanos,¹⁸⁸ además de España.

He aquí los procedimientos establecidos por la citada convención:

Procedimiento ante el requirente.

El derecho extranjero es derecho y no requiere prueba del mismo, de manera que los sujetos del litigio (actor y demandado) no tienen la carga de probarlo; sin embargo, pueden auxiliar al juez para que conozca el derecho extranjero.

Aunque no sea su obligación, pueden solicitar que inicie los trámites de un procedimiento de cooperación internacional que permita el conocimiento del derecho extranjero.

De todas maneras, a instancia de los particulares, y oficiosamente el juez o cualquier otra autoridad administrativa, pueden solicitar la cooperación de un Estado extranjero cuyo derecho sea el reclamado.

La solicitud que deberá ser sencilla, contendrá nombre y domicilio del requirente, la naturaleza del asunto que busca resolverse, las cuestiones o puntos de consulta, así como los medios probatorios mediante los cuales se canalizará esa información (documental, pericial o informes oficiales).

Esta solicitud no necesita ser legalizada, pero sí traducida al idioma de la autoridad a la que se le pide apoyo.

Aunque la solicitud puede enviarse directamente, es aconsejable que sea transmitida por medio de la autoridad central del propio país requirente, la cual podrá hacerla llegar a su contraparte del Estado requerido; si el juez la conoce, podrá enviar su solicitud directamente a este último.

Ejemplo

• Un juez mexicano desea saber si el matrimonio religioso contraído en Colombia tienen efectos jurídicos según el derecho de ese Estado. Para ello, pedirá que se le informe si el derecho de Colombia reconoce los matrimonios religiosos, lo hará por medio de la autoridad central mexicana o directamente a su contraparte extranjera. Si lo hace mediante la primera será a través de la Dirección de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de Relaciones Exteriores.

Procedimiento ante el requerido.

Cuando la autoridad central del Estado requerido recibe la solicitud, procede a dar respuesta a las interrogantes que se plantean. Pero si el cuerpo de abogados

¹⁸⁸ Argentina, Colombia, El Salvador, Guatemala, México, Panamá, Perú, República Dominicana,

que integran la autoridad central no están en condiciones de responder, ya sea por ignorancia o por la complejidad del asunto, pueden retransmitir la petición a los órganos internos de gobierno que si puedan expedir la respuesta.

Aunque la regla general no obliga a responder uno a uno los cuestionamientos, es factible hacer una excepción, aduciendo que la respuesta afecta en términos de seguridad o soberanía.

Sin embargo, la autoridad central del Estado requerido no puede generar la respuesta cuando aduzca sólo que éste sería competente en el asunto que se está conociendo en el extranjero.

Al tener la respuesta, ésta se enviará a la autoridad central del Estado requirente.

Ejemplo

• La autoridad extranjera puede pedirle a la autoridad central mexicana que le informe si el incumplimiento del convenio de esponsales, según la ley mexicana, produce el pago de daños y perjuicios. La autoridad mexicana contestará directamente, anexando la doctrina y la jurisprudencia sobre el particular. Si el problema le parece complicado, tiene la opción de solicitar el auxilio de un abogado o profesor universitario experto en la materia o de un juez o magistrado. Luego, la respuesta de estos se envía a la autoridad solicitante por medio de la autoridad central mexicana. En ningún caso existe el compromiso para México de reconocer una sentencia extranjera que se haya dictado con base en la opinión que transmitió la autoridad central mexicana.

Comisiones Consulares.

La cooperación para el proceso puede ser obtenida a través del servicio diplomático, así como por el *servicio consular*.

El servicio que prestan uno y otro son similares, aunque el diplomático puede encontrarse con el problema de que se despliega una actividad política más intensa.

Con frecuencia este medio de cooperación la comisión consular se ha confundido con los exhortos. Esto ocurre en la práctica diaria entre los abogados, así como en el ámbito oficial.

A través del encargado o comisión consular, un juez (incluso otro tipo de autoridades) obtiene del cónsul de su país acreditado en el extranjero ciertas actuaciones e informes que le son útiles para resolver con mayor justicia un litigio o negocio jurídico.

Al compararse la comisión consular con el exhorto encontramos que se trata de instituciones jurídicas distintas. A diferencia del *exhorto*, en el que sólo se *ruega*, en la comisión consular se *ordena*. Además, en esta última el requirente y el requerido dependen de una misma autoridad, lo que no ocurre en el caso de los exhortos.

La comisión consular tiene como ventaja que aplica el mismo derecho que rige al requirente, lo cual no necesariamente ocurre en el exhorto.

Procedimiento.

Al igual que en otros mecanismos cooperacionales, en el que explicamos ahora encontramos dos tipos de procedimiento: los que se siguen ante el *órgano requirente* y los que se siguen ante el *consulado (el requerido)*.

Las actuaciones ante el requeriente no aparecen detalladas en la normatividad. La ley solo hace referencia a la posibilidad de pedirle auxilio al cónsul mexicano en el extranjero.

Como medios a través de los cuales se transmite la solicitud al cónsul mexicano en el extranjero la ley prevé la *remisión directa* (vía judicial), así como la *indirecta* ; para ello la intermediaria es la Secretaría de Relaciones Exteriores.

En cambio, la normatividad que deberá seguir el requerido parece ser un poco más rica, en ella se establece, por ejemplo, que las actuaciones que practique el cónsul serán para un proceso ya iniciado. O sea, que no son factibles las diligencias civiles o comerciales para preparar un proceso; tampoco para dar cumplimiento a una sentencia. Y es que, además, los cónsules acreditados no pueden ejercer fuerza para hacer cumplir las determinaciones del requirente.

La Convención de la Haya se refiere a los criterios para comparecer y establecer asimismo que la persona citada puede ser asistida por un consejero, sin que esté obligada a declarar.

Si no comparece, el cónsul puede pedir ayuda al Estado receptor para que lo auxilie con medios de apremio.¹⁸⁹

A la diligencia de declaración de la persona citada podrá asistir un interprete designado por ésta y no por el cónsul.

Además de la obtención de comparecencias, el cónsul puede coadyuvar en la obtención de documentos y practicar inspecciones, pero con la anuencia de las personas que pueden disponer o tengan en su poder los documentos

¹⁸⁹ Respecto a esta solicitud de auxilio deben tomarse en cuenta las reservas y declaraciones interpretativas de los tratados vigentes, pues en unos casos se puede, mientras que en otros no es factible.

correspondientes o que permitan que el cónsul vaya al sitio en donde deban practicarse las inspecciones.

Autocooperación para un proceso por seguir en el extranjero.

Los mecanismos de cooperación para un proceso que se lleva a cabo en el extranjero pueden darse por solicitud oficial (conocimiento del derecho extranjero, exhorto, comisiones consulares, comisionados particulares) o autónomamente, es decir, sin necesidad de petición oficial y sin que esa solicitud provenga del extranjero.

El derecho mexicano considera factible que se produzcan actuaciones como las siguientes:

- a) Practicar notificaciones y emplazamientos para un proceso en el extranjero.
- b) Producir pruebas destinadas a un proceso que sigue en el extranjero.
- c) Imponer medidas cautelares para un proceso por seguir en el extranjero.

Estas actuaciones pueden calificarse como *altruistas*, pues el Estado mexicano las otorga sin que un órgano de gobierno extranjero pida el auxilio.

En gran medida, estas reglas pretenden darle facultades a los tribunales del foro para la practica de las diligencias citadas, como una opción para la oculta actividad de los comisionados.

a) Notificaciones y emplazamientos.

El *Código Federal de Procedimientos Civiles* (art. 547), al igual que el *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal* (art. 604, frac. III), indican que por solicitud de una parte o de un interesado, podrán practicarse en los tribunales federales o del Distrito federal diligencias que permitan hacer notificaciones o emplazamientos.

Como se advierte, en este caso no se requiere que alguna autoridad desde el extranjero solicite que haga la notificación. Basta la solicitud directa del interesado ante el tribunal mexicano.

Obviamente, en estos casos se necesita que el presunto notificado o emplazado se encuentre en el territorio donde ejerce competencia el tribunal al cual se le pide tal actuación.

La ley no indica nada especial respecto al derecho aplicable a esas notificaciones y emplazamientos, de manera que tendrá que aplicarse la regla general que determina como aplicable la ley del foro.

La ley del Distrito Federal señala que estas notificaciones se harán por la vía de la jurisdicción voluntaria (art. 604, fr. III, y 893).¹⁹⁰

Ejemplo

• El caso de un matrimonio, en el cual uno de los cónyuges es profesionista y por motivos de trabajo la empresa para la cual trabaja lo envía al extranjero, pero después de 2 años la esposa no sabe nada de él y por medio de un exhorto que es un ruego o solicitud para que el juzgador de la causa en otros países notifique al esposo para saber los motivos y por los cuales no se sabe nada de él ya que también durante esos 2 años no ha enviado dinero a su esposa para la manutención de sus hijos.

¹⁹⁰ Art. 604 fr. III. A solicitud de parte legítima, podrán llevarse a cabo actos de notificación o de emplazamiento o de recepción de pruebas para ser utilizados en procesos en el extranjero, en la vía de jurisdicción voluntaria o de diligencias preparatorias previstas en este Código.

Art. 893. La jurisdicción voluntaria comprende todos los actos en que por disposición de la ley o por solicitud de los interesados, se requiere la intervención del Juez, sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas.

A solicitud de parte legítima podrán practicarse en esta vía las notificaciones o emplazamientos necesarios en procesos extranjeros.

b) Producción de pruebas

Las partes interesadas tienen la posibilidad de recurrir a los tribunales mexicanos a fin de obtener pruebas que utilizarán en un proceso que se seguirá en el extranjero.

Los tribunales mexicanos están obligados a realizar los actos necesarios a fin de producir este tipo de pruebas. Dicha normatividad se encuentra en los códigos *Federal de Procedimientos Civiles* (art. 547), y para el *Distrito Federal* (art. 604, fra. III, y 193, frac. IX¹⁹¹).

Para ello podrá recurrirse a los medios preparatorios del juicio o a diligencias de preparación del mismo. Estas actuaciones implican que la demanda no ha sido presentada, ni tampoco que alguna autoridad extranjera haga la petición.

Como en el caso de las notificaciones y emplazamientos, el tribunal competente será el de la *ubicación de las personas* que se pretende examinar o de las cosas que serán inspeccionadas.

Ejemplo

• Atendiendo al ejemplo antes mencionado, la esposa tiene la posibilidad de recurrir a los tribunales mexicanos con el fin de obtener pruebas que utilizará en el proceso que se seguirá en el extranjero.

c) Imposición de medidas cautelares

En el campo del derecho convencional internacional no es factible imponer medidas cautelares, pues México no es parte de la Convención Interamericana sobre

¹⁹¹ Art. 193 fr. IX. Pidiendo el examen de testigos y otras declaraciones que se requieran en un proceso extranjero.

Cumplimiento de Medidas Cautelares (caso en el que se requeriría un exhorto), parece difícil que se impongan internamente para servir a un proceso extranjero.

El derecho interno dispone que para la imposición de medidas cautelares sólo será competente el tribunal facultado para conocer del juicio principal (art. 22 CFPC,¹⁹² y 162 del CPCDF).

No obstante, cabe destacar el segundo párrafo del art. 162 del *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*, que dispone: “ en caso de urgencia, puede dictarla una medida cautelar el juez del lugar donde se halle la persona o la cosa objeto de la providencia, y efectuado, se remitirán las actuaciones al competente.”

En principio, parece que este párrafo permite la aplicación de medidas cautelares, pero es incómodo porque establece que las actuaciones deberán enviarse al tribunal competente.

Estas remisiones al extranjero no son factibles, según la propia codificación mexicana. Además, los tribunales mexicanos en materia de normas de conexión han dispuesto con frecuencia que éstas sólo delimitan la propia esfera de competencia, es decir, sólo son aplicables para relaciones jurídicas de tráfico interno.

Por ahora las únicas medidas cautelares son las que establece el derecho convencional internacional, especialmente las de naturaleza familiar.

¹⁹² Art. 22. Para los actos preparatorios, es competente el juez que lo sea para el negocio principal. El mismo precepto es aplicable a las medidas precautorias. Si los autos estuvieren, en segunda instancia, es competente el juez que conoció en primera. Lo propio se dispone para todo acto de ejecución.

Ejemplo

• *En dicho matrimonio el juez competente aplicará una medida cautelar para asegurar la eficacia de la decisión a dictarse en el juicio. Esto es para asegurar si el esposo esta trabajando en el extranjero como se lo hizo creer a la esposa o de plano ya no quiere saber nada de su cónyuge e hijos, por lo que en 2 años no se ha sabido de él.*

5.3. Procedimiento de solicitud ante la Secretaría de Relaciones Exteriores Mexicana para obtener la nacionalidad con motivos de matrimonio.

Hablaremos primero del concepto de nacionalidad, así como de su evolución histórica.

La nacionalidad para el Dr. **Carlos Arellano García** es: “una institución jurídica que permite relacionar a las persona físicas o morales con un Estado en razón de pertenencia por sí misma o en función de sus bienes, dicha institución puede ser originaria o derivada.”

Exégesis del concepto

- a) Dejamos de considerar a la nacionalidad como un vínculo de carácter político imprescindible en la ciudadanía y no necesario para el término que conceptualizamos.
- b) Referimos la pertenencia a un determinado Estado no como sinónimo de propiedad sino para demostrar que algo o alguien es atribuible a un Estado.
- c) De ninguna manera las cosas pueden tener relación jurídica con el Estado pues dicha relación sólo se puede dar con personas físicas o personas

morales. Nuevamente hablar de la nacionalidad de las cosas nos referimos a lo atribuible en los objetos.

- d) En esta definición se actualiza las características de mutabilidad respecto de la nacionalidad de ahí que la consideramos originaria o derivada.

Evolución Histórica del concepto de nacionalidad

Roma

Esta civilización copia los conceptos jurídicos griegos incluyendo términos que se infiltraban en lo económico, en lo político, en lo social y en lo religioso.

La nacionalidad romana se adquiría por la vía *jus sanguinis* pues los hijos nacidos dentro del *justas nupcias* eran desde luego romanos.

Durante el período de la República se les confería la ciudadanía de romanos a los hijos de madres romanas.

Todos los que no eran romanos debían atender a las leyes que emanaban del *ius gentium*.

Edad Media

Después de la caída de Roma muchos territorios dejan la tendencia del *jus sanguini* porque emigraron a otras tierras donde eran protegidos por el señor feudal es decir, a cambio de trabajo y protección juraban lealtad al feudal, y sentía un vínculo con el territorio. En esta época se habla del *jus populum* que se aplicaba a la sociedad en general si embargo, muchas sabían que pertenecía a su vez a una familia.

¿Cuándo surge el concepto de nacionalidad?

Cuando se derroca a la monarquía absoluta con la revolución francesa de 1789 los idealistas y liberales consideraron pernicioso la lealtad que los habitantes de esos territorios sentían por el monarca por ellos se desplaza este concepto de lealtad al Estado creando un vínculo social denominado nación.

Nacionalidad Mexicana.

Adquisición de la nacionalidad mexicana.

La nacionalidad mexicana sólo se adquiere mediante dos formas: por nacimiento o por naturalización según se desprende del art. 30 Constitucional en sus Apartados A y B, respectivamente. Estas disposiciones están contempladas por la *Ley de Nacionalidad*.

ARTÍCULO 30.- La nacionalidad mexicana se adquiere por nacimiento o por naturalización.

A) Son mexicanos por nacimiento:

- I. Los que nazcan en territorio de la República, sea cual fuere la nacionalidad de sus padres;**
- II. Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos nacidos en territorio nacional, de padre mexicano nacido en territorio nacional, o de madre mexicana nacida en territorio nacional;**
- III. Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos por naturalización, de padre mexicano por naturalización o de madre mexicana por naturalización, y**
- IV. Los que nazcan a bordo de embarcaciones o aeronaves mexicanas, sean de guerra o mercantes.**

B) Son mexicanos por naturalización:

- I. Los extranjeros que obtengan de la Secretaría de Relaciones Exteriores carta de naturalización; y
- II. La mujer o el varón extranjeros que contraigan matrimonio con varón o con mujer mexicanos, que tengan o establezcan domicilio dentro del territorio nacional y cumplan con los demás requisitos que al efecto señale esta ley.

• **Por nacimiento.**

Esta forma de adquisición de la nacionalidad mexicana se divide en dos supuestos:

A) Por nacimiento en territorio nacional.

Se trata de la persona que nazca dentro de territorio nacional, asimilando a éste a las embarcaciones y aeronaves mexicanas, sin importar la nacionalidad de sus padres. Este supuesto se basa en el criterio *jus soli*, conforme al cual, el solo hecho del nacimiento en un determinado territorio transmite la nacionalidad.

B) Por nacimiento fuera del territorio nacional.

Se trata de la persona cuyos padres, padre o madre son mexicanos y por esa circunstancia transmiten a su hijo su nacionalidad no importando el lugar en el que este último haya nacido fuera de territorio nacional. Este supuesto se basa en el *jus sanguinis*, conforme al cual, la nacionalidad se transmite por la filiación. Este criterio se inicia en el siglo pasado, cuando se suceden las grandes emigraciones europeas y tiene como fin el que los emigrantes y sus descendientes se sientan vinculados con sus países de origen.

• **Por naturalización.**

Esta forma de adquisición de la nacionalidad mexicana se divide en cuatro grandes supuestos, a saber:

A) Por vía ordinaria.

Se trata de los extranjeros que obtengan de la Secretaría de Relaciones Exteriores su Carta de Naturalización según el procedimiento previsto en el art. 14 de la *Ley de Nacionalidad*, que en forma breve, establece lo siguiente:

“Que presente solicitud ante la Secretaría de Relaciones Exteriores, renunciando a su nacionalidad actual y manifestando su voluntad de adquirir la nacionalidad mexicana; probar que sabe hablar español, que está integrado a la cultura mexicana y tener una residencia legal mínima en México de cinco años sin interrupción con anterioridad a su solicitud.”

La Secretaría de Relaciones Exteriores expedirá la Carta de Naturalización (que es un instrumento jurídico por el cual se acredita el otorgamiento de la nacionalidad mexicana a los extranjeros), de acuerdo a las limitaciones y conforme a las modalidades que establecen los arts. 15 y 18-20 de la LN.

Art. 15. Por lo que hace al requisito de residencia, bastará que el extranjero que desee naturalizarse acredite una residencia en el país mayor de dos años inmediatamente anteriores a su solicitud, cuando:

I. Tenga hijos mexicanos por nacimiento;

II. Sea originario de un país latinoamericano o de la Península Ibérica; o

III. Haya prestado servicios o realizado obras destacadas en materia cultural, científica, técnica, artística, deportiva o empresarial, que beneficien a la Nación.

Art. 18. No se expedirá carta de naturalización en los casos siguientes:

I. Por no cumplir con los requisitos que establece la Ley o su Reglamento;

II. Porque pudiera lesionarse el interés nacional o alterarse el orden público;

III. Por haber infringido esta Ley o su Reglamento;

IV. Por haber sido sentenciados con pena de prisión por tribunales mexicanos o extranjeros en el caso de delito intencional, siempre que en este último caso, la ley mexicana lo considere como tal; y

V. Cuando no sea conveniente a juicio de la Secretaría, la cual deberá fundar y motivar su decisión.

Art. 19. Para acreditar el requisito de residencia exigido en este capítulo, el extranjero deberá demostrar su legal estancia en el país durante los plazos previstos en la presente Ley o que su principal objeto no sea el recreo o el estudio.

Art. 20. La ausencia del país no interrumpe la residencia, siempre que no exceda de seis meses en total durante el periodo de dos años anteriores a la fecha de presentación de la solicitud de la naturalización.

B) Por vía especial.

A esta vía se subdivide en cuatro casos: primero, al matrimonio de extranjero o extranjera con mexicana o mexicano, previsto en la segunda parte del Apartado B, del art. 30 Constitucional y otros tres casos establecidos en la LN (arts. 15 y 16) y que son: "el de extranjeros que tengan hijos mexicanos por nacimiento; el de personas originarias de un país latinoamericano o de la Península Ibérica y, el último caso, el de personas que hayan prestado servicios o realizados obras destacadas en materia cultural, científica, técnica, artística, deportiva o empresarial, en beneficio de México. Veamos estos cuatro casos que engloban en lo que denomino "la vía especial".

- a) El primer caso considerado dentro de la vía especial, trata de la mujer o varón extranjeros que contraigan matrimonio con varón o mujer mexicanos y tengan o establezcan su domicilio conyugal en México (arts. 7º., frac. II, y 16 de la *LN*). A primera vista, esta disposición es arbitraria ya que viola el derecho de la persona a conservar su nacionalidad y a no adquirir la nacionalidad mexicana por el simple hecho de su matrimonio, sin embargo, en la práctica, y conforme al *Reglamento para la Expedición de Certificados de Nacionalidad Mexicana*, el cónyuge extranjero interesado en adquirir la nacionalidad mexicana deberá así solicitarlo a la Secretaría de Relaciones Exteriores. Es un procedimiento especial, en la medida que está sujeto a las modalidades del procedimiento por vía ordinaria al que antes me referí y atiende a facilitar la unión familiar;
- b) El segundo caso, dentro de la vía especial es el previsto por el art. 15, frac. I, de la *LN*, conforme al cual, los extranjeros que tengan hijos mexicanos por nacimiento y con objeto de lograr la unión familiar, la ley reduce al extranjero el plazo de la residencia en México anterior a su solicitud de cinco años a dos años de residencia previa;
- c) El tercer caso es el previsto en el art. 15, frac. II, de la *LN*; como en el anterior, la reducción del plazo de residencia de dos años previos a la solicitud aunque el motivo es distinto: aquí se premia el origen común, latinoamericano o ibero, incluyendo en este último a los portugueses; y
- d) Finalmente, el cuarto y último caso se refiere a las personas que hayan contribuido con sus actividades al beneficio de México, la reducción del plazo de la residencia es la misma que en los casos anteriores (art. 15, frac. III, de la *LN*).

C) Por vía automática.

Que es el tercer supuesto (art. 17 de la *LN*), trata de los adoptados o descendientes hasta segundo grado, sujeto a la patria potestad de extranjeros que adquieran la nacionalidad mexicana y, de los menores extranjeros adoptados por mexicanos “que tengan su residencia en territorio nacional” y que se solicite, por quien ejerce la patria potestad, la carta de naturalización correspondiente.

Aquí la *LN* es particularmente deficiente en lo que toca a la exigencia del requisito de la residencia en territorio nacional del adoptado o descendiente del extranjero que se naturalice mexicano o del adoptado por mexicano. Es decir, que este requisito, formal, se pone al mismo nivel del vínculo de parentesco (por adopción o consanguinidad), lo cual equivale a considerar dos situaciones: 1) que la persona naturalizada mexicana no puede transmitir su nacionalidad por el hecho de que su adoptado o descendiente no resida en México y 2) que no obstante que de acuerdo a la legislación civil, el adoptado adquiere, con respecto a quien lo adoptó, los mismos derechos de un hijo (art. 39 del CCDF que dice: “ El estado civil sólo se comprueba con las constancias relativas del Registro Civil; ningún otro documento ni medio de prueba es admisible para comprobarlo, salvo los casos expresamente exceptuados por la ley.”); la *LN*, por un error, sujeta además a la residencia en México que, tratándose de menores (hijos o adoptados) no tiene la misma relevancia que en el caso de adultos, por lo que resulta que un mexicano no es capaz de transmitir su nacionalidad a la persona que adoptó. Peor aún, un mexicano por nacimiento adopta a un hijo en el extranjero y no le podrá transmitir la nacionalidad a menos que venga a México y adquiere su residencia.

Con anterioridad nuestra legislación fundamental y reglamentaria a la Constitución aceptaban dos casos de naturalización automática:

1. El de la mujer que se casará con mexicano y establecerán en territorio nacional su residencia conyugal.

2. Los menores de edad que estuvieran bajo la tutela de un nacional de origen o un naturalizado mexicano quien tuviera como principal lugar de residencia algún punto del territorio nacional.

D) Cuarto y último supuesto de la adquisición de la nacionalidad mexicana por recuperación.

La LN conserva una figura establecida por la ley anterior (Ley de Nacionalidad y Naturalización de 1934) que es la de “recuperación” de la nacionalidad (arts. 28 y 29 de la LN).¹⁹³ Conforme a ésta, los mexicanos por nacimiento o naturalización que hayan perdido la nacionalidad mexicana podrán “recuperarla con el mismo carácter”, siempre que manifiesten a la Secretaría de Relaciones Exteriores su voluntad de recuperarla y lleven a cabo los trámites que la propia ley señale. Se trata de una disposición inconstitucional por dos razones: primero, es un caso de adquisición de la nacionalidad no previsto en la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, y segundo, quien pierde la nacionalidad mexicana es extranjero y por tanto debe seguir los procedimientos correspondientes.

En una buena técnica legislativa, este supuesto podría haber sido contemplado como una vía especial ya quien tuvo la nacionalidad mexicana debe facilitársele el recuperarla pero, no establecer un supuesto aparte no contemplado constitucionalmente. Dicho en otras palabras, debería tratarse como un trámite favorable y especial y no como un supuesto diferente de adquisición de la nacionalidad.

¹⁹³ Art. 28. Los mexicanos por nacimiento que hayan perdido su nacionalidad, podrán recuperarla con el mismo carácter, siempre que manifiesten ante la Secretaría su voluntad de readquirirla, comprueben su origen, formulen las renunciaciones y protestas y satisfagan los requisitos que señale el reglamento.

El Derecho de Opción.

La opción es el derecho que tiene una persona a quien dos o más Estados le atribuyen su nacionalidad para que, a su mayoría de edad, pueda decir si se queda con la nacionalidad mexicana y renuncia a la nacionalidad extranjera o a la inversa.

No es, por tanto, un medio para adquirir la nacionalidad mexicana, pues parte del supuesto de que ésta existe previamente en el individuo (art. 12, *LN* que dice: Los mexicanos por nacimiento a quienes otro Estado atribuya su nacionalidad, podrán optar por la nacionalidad mexicana o extranjera, a partir de su mayoría de edad.

Las personas a que se refiere el párrafo anterior, que quieran optar por la nacionalidad mexicana, deberán presentar a la Secretaría solicitud por escrito y formular renuncia expresa a la nacionalidad que le es atribuida por otro Estado, así como a toda sumisión, obediencia y fidelidad a cualquier gobierno extranjero, especialmente de quien el solicitante ha recibido el atributo de nacionalidad, así como a toda protección extraña a las leyes y autoridades mexicanas y a todo derecho que los tratados o convenciones internacionales concedan a los extranjeros, protestando adhesión, obediencia y sumisión a las leyes y autoridades mexicanas. Así mismo deberán renunciar al derecho de poseer, aceptar o usar títulos nobiliarios que impliquen sumisión a un Estado extranjero).

Tal derecho, según la legislación mexicana, no tiene plazo para ser ejercitado después del cumplimiento de la mayoría de edad. Como se trata de una norma jurídica sin sanción, la persona podrá no hacer uso de este derecho y, no se produciría ninguna consecuencia jurídica.

Art. 29. Los mexicanos por naturalización que hubieren perdido su nacionalidad mexicana por residir en su país de origen durante cinco años continuos, podrán recuperarla con el mismo carácter, siempre que cumplan con los requisitos que señala el art. 15 de esta *Ley y el Reglamento*.

El *Reglamento para la Expedición de Certificados de Nacionalidad Mexicana* (RECNM) de 18 de octubre de 1972, reglamento a la anterior Ley de Nacionalidad y Naturalización y en mi opinión, no fue derogado por la actual LN de 1994, porque las disposiciones del *Reglamento*, además de ni oponerse a la nueva ley, la complementan.

Como decía, este *Reglamento* se refiere al caso del derecho de opción y a otros de los supuestos a los que ya nos hemos referido y cuyas principales referencias son:

Art. 1º. La Secretaría de Relaciones Exteriores procederá a expedir Certificados de Nacionalidad Mexicana a las personas que lo soliciten y justifiquen tener derecho a ella, en los términos establecidos por la Ley de Nacionalidad y Naturalización (Ley derogada por la LN).

Art. 2º. El Certificado de Nacionalidad Mexicana contendrá la disposición legal en virtud de la cual el interesado acredite su calidad de mexicano, el lugar y la fecha de su nacimiento, así como la nacionalidad de su padre, de su madre, o de ambos.

Art. 3º. A las personas que conforme a nuestras leyes se les considere mexicanos y al propio tiempo otro Estado les atribuya una nacionalidad extranjera, se les podrá exigir, por cualquier autoridad, la presentación de un certificado de nacionalidad cuando pretenda ejercer derechos que las leyes reservan exclusivamente a los nacionales.

Art. 4º. Los nacidos en territorio de la República de padre o madre extranjero podrán obtener su Certificado de Nacionalidad Mexicana siempre que comprueben fehacientemente su nacimiento en el país, que son mayores de edad, su identidad a juicio de la Secretaría de Relaciones Exteriores y que

hagan las renunciaciones y propuestas a que se refieren los arts. 17 y 18 de la Ley de Nacionalidad (ahora art. 12 de la LN).

Art. 5°. Los nacidos en el extranjero de padres mexicanos, de padre mexicano o madre mexicana, podrán solicitar su Certificado de Nacionalidad Mexicana comprobando la nacionalidad de su o sus progenitores, que son mayores de edad al momento de hacer la solicitud, su identidad y hacer las renunciaciones y potestades a que se refiere el art. anterior.

Art. 6°. Cuando por las causas a que se refiere el art. 3°. De la Ley, un mexicano de origen haya perdido su nacionalidad, se le concederá el derecho a recuperarla mediante el certificado que contenga la declaratoria de la Secretaría de Relaciones Exteriores, siempre que acredite que se encuentre en los supuestos previstos por el art. 44 de la Ley (ahora arts. 28 y 29 de la LN).

Art. 8°. Los Certificados de Nacionalidad Mexicana por Naturalización se expedirán a extranjeras casadas con mexicanos y a los hijos menores de edad del extranjero que se naturalice, en los términos establecidos por los arts. 2°, frac. II; 20 y 43 de la Ley de Nacionalidad y de Naturalización (ahora arts. 7°, frac. II y 17 de la LN).

Art. 9°. La extranjera que haya contraído matrimonio con mexicano podrá solicitar su Certificado de Nacionalidad Mexicana por Naturalización; para ello deberá hacer la renuncia a su nacionalidad de origen y su protesta de adhesión a las leyes y autoridades de la República Mexicana, comprobar su residencia legal en el país, y la nacionalidad mexicana del esposo.

Art. 10. La mujer extranjera, cuyo esposo adquiriera la nacionalidad mexicana con posterioridad a la fecha del matrimonio, podrá solicitar el Certificado de Nacionalidad Mexicana correspondiente, mediante la comprobación ante la Secretaría de Relaciones Exteriores de su residencia en

el país, de la celebración del enlace y la adquisición posterior de la nacionalidad mexicana por parte del esposo. Asimismo, deberá formular las renunciaciones y protestas correspondientes.

Art. 11. A los hijos de extranjero que se naturalice mexicano se les expedirá Certificado de Nacionalidad Mexicana por Naturalización, siempre que ocurran ante la Secretaría por conducto de quien ejerza sobre ellos la patria potestad; si se trata de mayores de edad, por sí mismos si no lo solicitaron durante su minoría de edad y hagan las renunciaciones y protestas de ley, presentando con su solicitud los documentos que acrediten su derecho.

Art. 12. La expedición del certificado con las renunciaciones que implica deberá ser notificada a la representación diplomática o consular del Estado cuya nacionalidad puede también corresponder a la persona de que se trata.

De las disposiciones citadas resulta necesario hacer los comentarios siguientes:

- Los arts. 3º, 4º y 5º, se refieren al caso de la *doble nacionalidad* y como se vio al estudiar el derecho de opción, es una persona que se encuentra en esta situación, por el lugar de su nacimiento o por la nacionalidad de sus padres o de uno de ellos y, tiene otra u otras nacionalidades extranjeras, además de la mexicana. Por tanto, al llegar a su mayoría de edad deberá decidir si opta por la mexicana y renuncia a la extranjera o extranjeras, o viceversa. De esta manera, el art. 3º obliga a presentar el certificado correspondiente y los arts. 4º y 5º establecen los diferentes casos y la manera de llevar a cabo dicha renuncia;

- El art. 6º, se refiere a la recuperación de la nacionalidad mexicana que, como se vio en su oportunidad, es, en tanto supuesto diferente, un caso inconstitucional establecido por la ley;

- En el caso del art. 9º., el legislador incurre en un error de emplear indistintamente los términos residencia y domicilio, los cuales jurídicamente son diferentes. Mientras que el art. 30 Constitucional, Apartado B), frac. II, dispone como requisito tener o establecer domicilio, en el art. que se comenta se refiere a la residencia. Esto difiere por lo menos en materia de tiempo, con el dispositivo constitucional, de modo que es incongruente con él;

- La misma falta de consistencia señalada en el párrafo anterior se vuelve a presentar pero en este caso respecto al art. 7º., frac., II de la *LN*, la cual exige el domicilio, mientras que el art. 10 del *RECNM* se refiere a la residencia;

- El art. 11 citado merece un comentario más amplio. Como puede observarse, en dicha disposición existen dos supuestos: 1) aquel en el cual el menor dispone libremente cambiar su nacionalidad, para cuyo efecto concurre a la Secretaría de Relaciones Exteriores acompañado de su tutor, declara adquirir la nacionalidad mexicana y renuncia a la nacionalidad extranjera ostentada en ese momento; 2) sería aquel en el cual el tutor decide que el pequeño debe cambiar su nacionalidad, de modo que ambos concurren ante la Secretaría de Relaciones Exteriores y el menor declara de acuerdo con lo instruido por su tutor (cabe señalar que esta situación está prevista y resuelta correctamente por el art. 17 de la *LN*).¹⁹⁴

Ahora bien, en el primer supuesto y si se considera que la mayoría de edad se adquiere a los 18 años como en México, la renuncia hecha por el menor a su nacionalidad actual no tendrá validez alguna respecto del país de donde sea nacional. Por tanto, al adquirir la nacionalidad mexicana será doble nacional, situación que se trata de evitar. Por su parte, México no estima que ha adquirido plenamente la nacionalidad mexicana (en su sentido de goce y de ejercicio), sino

¹⁹⁴ Art. 17. A los adoptados y descendientes hasta la segunda generación sujetos a la patria potestad de extranjero que se naturalice mexicano, así como a los menores extranjeros adoptados por mexicanos que tengan su residencia en territorio nacional, se les otorgará carta de naturalización previa solicitud de quienes ejerzan la patria potestad, sin perjuicio del derecho a optar por su nacionalidad de origen a partir de su mayoría de edad.

hasta que a su mayoría de edad ratifique su decisión, es decir, ejerza su derecho de opción.

Por otra parte, no queda claro por qué el *RECNM* trata de evitar a toda costa la doble nacionalidad en el menor de edad, y complica innecesariamente la situación de éste.

De esta manera y para concluir, el menor extranjero con residencia habitual en México y que su padre o madre o ambos (quien ejerza la patria potestad sobre él) se naturalice mexicano, mediante la declaración preparatoria a que se refiere el art. 17 de la *LN* adquirirá automáticamente la nacionalidad mexicana y será considerado como tal.

- El art. 12, el cual se refiere a la notificación que debe hacerse a la representación diplomática o consular del país cuya nacionalidad se renunció, no implica que dicho país acepte la renuncia a su nacionalidad, pues la renuncia se ha hecho ante las autoridades de otro país.

En la práctica es común que dichas notificaciones de renuncia no se tengan en cuenta o si los son, al ser canalizadas por los conductos burocráticos del Estado en cuestión, tardan mucho tiempo en conseguir una respuesta. Sin embargo el legislador mexicano estimó esta situación y, en el fondo, quiso, avisar al país en cuestión que a partir de tal fecha la persona interesada se considerará mexicana por todos los efectos que de ello se deriven.

Momento de adquisición de la nacionalidad mexicana.

La nacionalidad mexicana se adquiere según la *Ley de Nacionalidad y Naturalización* ya derogada, desde el día siguiente a aquel en que se expide la Carta de Naturalización (art. 42 de la *LNN*). Este principio rige sólo en los casos de

expedición de la Carta de Naturalización, es decir, cuando se han llevado a cabo los procedimientos ordinarios.

De conformidad con el Apartado B, frac. II, del art. 30 Constitucional, la nacionalidad mexicana se adquiere una vez cumplidos dos requisitos: celebración del matrimonio y tener o establecer el domicilio dentro del territorio nacional y que haga constar las renunciaciones y protestas a que se refiere el art. 12 de la *LN*.

Cumplido este último requisito, la Secretaría de Relaciones Exteriores hará la declaratoria correspondiente y expedirá el Certificado de Nacionalidad Mexicana por la Naturalización correspondiente.

Debido a que el certificado es un documento público, autorizado por persona competente y destinado a hacer la existencia de un hecho, acto o calidad (**De Pina**), se puede concluir que, si bien la actual *LN* no dispone nada al respecto, se puede tomar como referencia lo establecido en los arts. 20 y 43 de la anterior *Ley de Nacionalidad y Naturalización*,¹⁹⁵ conforme a la cual la nacionalidad mexicana se adquiere en el momento en que la Secretaría de Relaciones Exteriores efectúa la declaratoria correspondiente, así, aun cuando el art. 42 de la *LNN* disponía como excepción únicamente al art. 20, en cuanto al momento de adquirir la nacionalidad mexicana, en el art. 43 se determinaba que también sería mediante declaratoria de la Secretaría de Relaciones Exteriores, de modo que ambos casos se pueden asimilar en uno solo.

¹⁹⁵ Art. 20. Tratándose de matrimonio integrado por extranjeros, la adquisición de la nacionalidad mexicana por alguno de los cónyuges, posterior al matrimonio, concede derechos al otro par obtener la misma nacionalidad, siempre que tenga o establezca su domicilio en la República y lo solicite expresamente ante la Secretaría de Relaciones Exteriores, haciendo las renunciaciones a que se refiere los arts. 17 y 18 de la presente ley. La Secretaría de Relaciones Exteriores hará la declaratoria correspondiente.

Art. 40. Los hijos sujetos a la patria potestad de extranjeros que se naturalicen mexicanos se consideraran naturalizados mediante declaratoria de la Secretaría de Relaciones Exteriores, si tienen su residencia en territorio nacional, y sin perjuicio del derecho de optar por su nacionalidad de origen dentro del año siguiente al cumplimiento de su mayoría de edad.

Prueba de la nacionalidad.

Se subdivide en dos grande rubros:

A) Prueba de la nacionalidad en el nivel interno.

Las disposiciones que el derecho positivo establece para llevar acabo la prueba de la nacionalidad, ya sea mexicana o extranjera, de aquellos individuos que se encuentran dentro del país, son las siguientes:

- **Prueba de la nacionalidad mexicana por nacimiento.**

El art. 10 de la *LN* establecen que serán documentos probatorios de la nacionalidad mexicana:

I. El acta de nacimiento expedida observando lo previsto en la legislación civil;

II. El certificado de nacionalidad que la Secretaría de Relaciones Exteriores expedirá a petición de parte;

III. La carta de naturalización;

IV. El pasaporte vigente;

V. La cédula de Identidad Ciudadana; y

VI. Los demás que señale el reglamento de la Ley.

Acta de nacimiento. En los casos de hijos nacidos de matrimonio, deberán constar, entre otros datos, la nacionalidad de los padres y el lugar de nacimiento de la persona (art. 58, primer párr. del *Código Civil para el Distrito Federal, aplicable en toda la República en materia federal*, igual que en la nacionalidad).¹⁹⁶

¹⁹⁶ Art. 58. El acta de nacimiento se levantará con asistencia de dos testigos. Contendrá el día, la hora y el lugar del nacimiento, el sexo del presentado, el nombre y apellidos que le correspondan; asimismo, la razón de si se ha presentado vivo o muerto y la impresión digital del presentado. Si se desconoce el nombre de los padres, el Juez del Registro Civil le pondrá el nombre y apellidos, haciendo constar esta circunstancia en el acta.

En principio, el acta de nacimiento es un elemento de prueba de la nacionalidad mexicana por nacimiento, sin embargo, los cambios de nacionalidad no se consignan en dichas actas. De ello resulta que si, en principio y de conformidad con su acta de nacimiento, una persona es mexicana, durante el tiempo transcurrido entre la expedición de aquella y la edad en que presenta hacer la prueba de su nacionalidad, ésta pudo cambiar.

La Cédula de Identificación Ciudadana es *“un servicio público que presta el Estado, a través de la Secretaría de Gobernación”*. Dicha cédula se expide mediante el cumplimiento de la obligación que tienen *“los ciudadanos mexicanos... de inscribirse en el Registro Nacional de Ciudadanos”*.

La Cédula de Identificación Ciudadana *“tendrá valor como medio de identificación personal ante todas las autoridades mexicanas ya sea en el país o en el extranjero, y las personas físicas y morales con domicilio en el país”*.

La Cédula contendrá los siguientes datos: *“I. Apellido paterno, apellido materno y nombre; II. Clave única de registro de Población; III. Fotografía del titular; IV. Lugar de nacimiento; V. Fecha de nacimiento; VI. Firma y huella dactilar”*.

La vigencia de la cédula es de 15 años por lo que, al igual que en el caso de la acta de nacimiento, durante este lapso la nacionalidad de la persona pudo haber cambiado sin que pueda haber el registro correspondiente. Sin embargo se trata de un documento de identificación de primera importancia.

B) Prueba de la nacionalidad mexicana por naturalización.

Este tipo de prueba de la nacionalidad no presenta dificultad alguna, para quien se ha naturalizado mexicano ha obtenido ya sea la carta de naturalización o un certificado de nacionalidad, documentos con los cuales, en cualquier momento, podrá probar la nacionalidad.

CONCLUSIONES

1. Se desprende del estudio un rasgo común en las antiguas civilizaciones, es decir, que la celebración del matrimonio se constituía mediante un acuerdo de voluntades entre los padres de los consortes.

2. Los novios tenían una mínima intervención y, en muchas de las ocasiones, como se dio en la cultura china, los varones conocían a su futura esposa hasta el día de la boda. A las mujeres se les consideró como mercancía, y una de las consecuencias es la creación de la dote que hizo, económicamente hablando, atractivo al matrimonio.

3. Otro rasgo común de todas estas antiguas culturas, fue la adopción de un régimen patriarcal, que provocó el menosprecio de la esposa y de los hijos. Ejemplo de ello, es que siempre se permitió a los hombres tener amantes, cortesanas, concubinas y mancebas, llegando al grado de hacer de la prostitución una profesión. Mientras que a ellas se les castigaba, incluso con la muerte, si cometían adulterio.

4. Destaca el régimen patriarcal absoluto, que se da con el *pater familia*, quien fue considerado amo, dueño y señor de todo lo que constituía su patrimonio, incluyendo a su esposa, hijos, esclavos, libertos y clientes.

5. Otra consecuencia, fue que se persiguiera la esterilidad, el celibato y el aborto. Estos hechos fueron duramente castigados, y en el caso de la primera, se consideró causal de divorcio.

6. Se considera que las ideas derivadas del pueblo hebreo con las enseñanzas de la Biblia y, posteriormente, con el cristianismo, han servido a la humanidad para flexibilizar la discriminación del hombre por el hombre y, por supuesto la familia. Otro gran mérito de la religión es que inculcó la monogamia.

7. Se debe hacer una reflexión para darnos cuenta de la trascendencia de las costumbres emanadas de las civilizaciones griega y romana.

8. Asimismo y de importancia trascendental son todas aquellas normas y principios que del Derecho Romano se aplican hasta nuestros días. Como serían, en materia familiar: las costumbres en la celebración - como la solemnidad -, los impedimentos del matrimonio - tales como enfermedades congénitas -, el consentimiento, efectos del matrimonio y de la separación de los cónyuges.

9. La institución del matrimonio y sus costumbres han evolucionado desde las civilizaciones bárbaras hasta nuestros días. Dicha evolución es más perceptible en aquellos países que continuaron con una tradición legislativa romana y que después se vieron influidos por las ideas surgidas del cristianismo, de los germanos y de los mahometanos.

10. Si bien es cierto, el matrimonio se entiende como una institución o conjunto de normas que reglamentan las relaciones de los cónyuges creando un estado de vida permanente derivado de un acto jurídico solemne. No existe en el sistema jurídico mexicano, salvo en su doctrina, una clara definición de la naturaleza jurídica del matrimonio.

11. En el régimen del matrimonio dentro del Derecho Internacional Privado, constituye un acto de estado civil que genera obligaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges, así como una prerrogativa fundamental que exige la plena igualdad jurídica entre el hombre y la mujer.

12. En toda celebración de matrimonio, el derecho aplicable indica cumplir con requisitos de carácter formal que confieren validez al acto jurídico que nos ocupa; como son: el consentimiento, la capacidad, además de las formalidades que implican gran complejidad.

13. El reconocimiento del matrimonio contraído en el extranjero ha sido objeto de regulación específica en otros países ya que la autoridad con facultades para reconocer un acto extranjero será una administrativa y no una judicial. Por lo que los matrimonios celebrados en el extranjero tendrán que ser reconocidos sobre la base de los actos extranjeros.

14. El estudio comparativo entre el “estatuto personal” en México respecto del estatuto personal en otros países de América Latina, en donde las relaciones entre particulares de diferentes nacionalidades se desarrollan espacialmente, es decir, los actos o actividades de cada persona se realizan en un espacio territorial. Así la simple expresión “estatuto personal”, significa o incluye hoy en día, las leyes que regulan el nombre de la persona, las relaciones entre cónyuges y entre padres e hijos, las leyes relativas al matrimonio, al divorcio, o a la adopción etc., es decir, a todo ese complejo de relaciones jurídicas reguladas por la normatividad que expresamos como condición jurídica de la persona.

15. En América Latina se atiende al domicilio como punto de conexión, entonces el estatuto personal y la capacidad de las personas se regulan conforme a las leyes vinculadas a su domicilio, según el método que se aplique. Por tanto, en la medida que las legislaciones y los tratados en cada caso lo permitan, nos referiremos al concepto del domicilio y a su constitución, sus diferentes clases además de su reglamentación en materia de conflictos de leyes, que pueden suscitarse en algunos países de América Latina.

16. Es evidente, que la figura de fraude a la ley protege a la soberanía nacional mexicana, esto se puede demostrar con la existencia de tratados internacionales que México ratifica, con la finalidad de adecuarlos a las exigencias de los compromisos internacionales y al mismo tiempo a las necesidades de la vida contemporánea.

17. En cuanto a nuestra legislación mexicana, el régimen económico puede pactarse antes de que éste sea contraído y es posible modificarlo e incluso sustituirlo durante la vida matrimonial existiendo tres tipos de regulación en cuanto al régimen económico del matrimonio que son: las capitulaciones matrimoniales, el régimen legal supletorio y por último el régimen legal único.

18. Para conocer acerca del régimen económico matrimonial, de acuerdo con el Derecho Mexicano la competencia se inclina a favor del órgano que autoriza y celebra el matrimonio y el órgano competente no necesariamente será el mismo que autorice el matrimonio.

19. En la Ley Mexicana se estipula, que al pactar el régimen económico entre los contrayentes, priva (o impera) la autonomía de la voluntad, salvo en el caso de que entre las partes se hubiera concretado algún convenio como son las capitulaciones económicas del matrimonio, donde se acuerdan dos clases de disposiciones, que son las que se refieren al régimen económico mismo y aquellas en las que se convenga el Derecho aplicable económico de carácter matrimonial.

20. Las similitudes de las convenciones concernientes al matrimonio se encuentran en la legislación interna, principalmente, en el Código Civil para el Distrito Federal, en la Ley de Nacionalidad, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos entre otras. Por lo que las similitudes de las convenciones con la legislación interna se deben a qué autoridades son competentes para celebrar dicho matrimonio, la forma de celebración, la capacidad para contraer el matrimonio, sus efectos e impedimentos para contraerlo, así como de su registro y reconocimiento del matrimonio contraído en el extranjero.

21. La familia tanto para el derecho como para el ámbito internacional tiene gran importancia, para el beneficio de la sociedad, cuyo principal origen es la figura conocida como el matrimonio. Por lo que, las relaciones de familia han sido una de las grandes prioridades del derecho de cada país, ya que la familia se origina del

matrimonio, espacio social donde se desarrolla en forma sana, siendo promotora del conjunto de sus miembros, la que favorecerá que el país sea fuerte y prospero.

22. En cuanto a los procesos que anteceden a la adquisición de la nacionalidad en respuesta al matrimonio de nuestros nacionales con extranjeros, es a través de una solicitud ante la Secretaría de Relaciones Exteriores Mexicana.

23. La nacionalidad mexicana se adquirirá mediante dos formas que son por nacimiento o por naturalización según se desprende del artículo 30 Constitucional en sus Apartados A y B respectivamente y estas disposiciones están contempladas por la Ley de nacionalidad.

24. Investigamos la existencia de medios jurídicos para solucionar controversias entre personas, estos medios, forman en conjunto a lo que llamamos "Cooperación Procesal Internacional" tales como: la Corte Rogatoria también llamada exhorto, que entraña un ruego, solicitud, petición para que los homólogos del juzgador de la causa en otros países o entidades federativas practiquen ciertas diligencias que permitan actuar con auténtica justicia.

25. Como resultado de este trabajo de investigación es pertinente señalar que, no olvidemos la importancia que tiene el matrimonio como núcleo central del Derecho de Familia y que éste se ha construido alrededor de aquél.

26. Desde mi particular punto de vista, considero importante el tema sobre el matrimonio entre personas de diferentes nacionalidades, por el simple hecho de que en la actualidad la globalización y el alcance de los medios de comunicación nos llevan a considerar puntos de conexión entre las personas con los sistemas jurídicos de otros países.

27. A lo largo de nuestro trabajo de investigación, se observa el grado de publicidad que adquiere la protección internacional de una institución milenaria llamada familia, cuyo origen es la figura jurídica llamada matrimonio.

28. Observamos con el propósito de reglamentar esta Institución, se adiciona el Título Cuarto BIS denominado "De la Familia", para lo cual se crearon cuatro artículos en los que se señala que las disposiciones relacionadas con el núcleo familiar son de orden público e interés social y que tienen por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros, basados en el respeto a su dignidad.

29. Debido a la inexistencia de un Código que compile todos los lineamientos jurídicos que se refieran a la Cooperación Procesal Internacional, esta materia se limita, además de que evita el desempeño de los abogados litigantes que enfrentan la problemática de las lagunas jurídicas.

30. Propongo que la Secretaría de Relaciones Exteriores a través de la Dirección General de Asuntos Jurídicos elabore documentos a efecto de informar y difundir vía INTERNET el tema relativo a la adquisición por naturalización de la nacionalidad con motivos de contraer nupcias con un nacional por nacimiento.

31. La constante inmigración de extranjeros a nuestro país se debe a muchas causas, una de ellas es de que utilizan a nuestros nacionales como instrumento para lograr sus fines, tales como: establecerse definitivamente en nuestro país o bien transitar por nuestro territorio legalmente para atravesar nuestra frontera y llegar a los Estados Unidos de Norte América. Siendo estas dos causas un claro ejemplo de fraude a la ley.

32. Con la nueva reforma que el legislador hizo al Código Civil para el Distrito Federal, respecto a omitir los análisis prenupciales, que anteriormente eran un requisito indispensable para contraer matrimonio, podemos elaborar una crítica a tal

suceso; ya que el legislador por agilizar los trámites y ahorrar tiempo, no prevé con esto la posibilidad inminente de contraer alguna enfermedad venérea, crónica e incurable que sean además contagiosas o hereditarias, que puedan afectar a los hijos que se tengan. Dejando desprotegidos a los nacionales mexicanos que contraen matrimonio con personas de diversas nacionalidades.

33. La propuesta general de este trabajo de investigación, esta encaminada a elaborar una adición o protocolo a los Tratados Internacionales, que sobre la materia existe, dicha inclusión debe ser que se elaboren análisis prenupciales obligatorios, entre personas de diversas nacionalidades, que permitan contraer matrimonio, para así evitar la propagación mundial del SIDA.

34. Sin duda la falta de un Código Internacional en materia de familia, nos impone la celebración de más Tratados Internacionales en materia de matrimonio, que estén acorde con las actividades económicas, políticas y sociales a nivel mundial.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- AYALA SALAZAR, José Melchor y GONZÁLEZ TORRES, Martha Gabriela, *El Matrimonio y sus Costumbres*, Trillas, México, 2001.
- 2.- ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Derecho Internacional Privado*, 10ª. ed., Porrúa, México, 1992.
- 3.- ASECIO CHÁVEZ, Manuel F., *La Familia en el Derecho, Derecho de familia y relaciones jurídicas familiares*, 5ª ed., Porrúa, México 1999.
- 4.- BAQUEIRO ROJAS, Edgar y BUENROSTRO BAEZ, Rosalía, *Derecho de Familia y Sucesiones*, Harla, México, 1990.
- 5.- BATIFFOL Y LAGARDE, *Droit international Prive*, 7ª ed., París, 1976.
- 6.- BELAIR, Claude, *Reflexiones sobre el sistema conflictual francés en materia de regímenes matrimoniales*, Cuarto Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1986.
- 7.- CONTRERAS VACA, Francisco José, *Derecho Internacional Privado*, parte general, 3ª ed., Oxford University Press, México, 1998.
- 8.- CONTRERAS VACA, Francisco José, *Derecho Internacional Privado*, parte especial, Oxford University Press, México, 1998.
- 9.- CUEVAS CANCINO, Francisco, AVEDAÑO CONSTANTINO, Adrián, GÓMEZ VIGNOLA, Carlos A., JIMÉNEZ MAYO, Estrella, *Manual de Derecho Internacional Privado Mexicano*, 2ª ed., Porrúa, México 1998.

10.- ENTRENA KLETT, Carlos M., *Matrimonio, separación y Divorcio, (en la legislación actual y en la historia)*, 3ª. ed., Aranzadi, España, 1990.

11.- ESTEVEZ RUÍZ, Roberto, *Derecho Internacional Privado*, UNAM, México, 1937.

12.- FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., *Nuevos elementos del derecho internacional privado de la familia en Europa*, Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado, 1997.

13.- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SIXTO SÁNCHEZ, Lorenzo, *Derecho Internacional Privado*, 2ª. ed., Civitas, España, 2001.

14.- FLORESGÓMEZ GONZÁLEZ, Fernando y CARVAJAL MORENO, Gustavo, *Nociones de Derecho Positivo Mexicano*, 31ª ed., Porrúa, México, 1992.

15.- GALINDO, Ignacio, *Derecho Civil*, primer curso, parte general, personas, familia, Porrúa, México, 1989.

16.- GALLARDO, Ricardo, *La ley del Domicilio: punto de conexión admirable en el Derecho Internacional Privado*, Revista Jurídica Interamericana, vol. A, 1960.

17.- GONZÁLEZ CAMPOS, Julio, *Derecho Internacional Privado*, parte especial, Porrúa, México, 1998.

18.- MANCINI, Pascual Estanislao, *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti*, 7ª ed., París, 1976.

19.- MAIR, Lucy, *Introducción a la Antropología Social*, Alianza, 1970.

- 20.- MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *Derecho Internacional Privado*, Tomo Primero, parte general, 9ª. ed., Atlas, Madrid, 1998.
- 21.- PÉREZ VERDIA, Luis, *Tratado elemental de derecho internacional privado*, Escuela de Artes y Oficios del Estado, Guadalajara, 1908.
- 22.- PEREZNIETO CASTRO, Leonel y SILVA SILVA, Jorge Alberto, *Derecho Internacional Privado*, parte especial, Oxford University Press, México, 1998.
- 23.- PEREZNIETO CASTRO, Leonel, *Derecho Internacional Privado*, parte especial, 7ª. ed., Oxford University Press, México, 1998.
- 24.- PEREZNIETO CASTRO, Leonel, *Derecho Internacional Privado, Notas sobre el principio territorialista y el sistema de conflicto en el derecho mexicano*, 2ª. ed., México, 1982.
- 25.- RODRIGUEZ EGUIA, *Visigodos*, Madrid, 1963.
- 26.- SALVAT, Raimundo, *Tratado de derecho civil argentino*, Buenos Aires, Editorial Jesús Menéndez, 1940.
- 27.- SANSÓ ROTONDO, Benito, *El régimen de los bienes en el Derecho Internacional Privado Venezolano, Cuarto Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1986.
- 28.- SEIDAL, Erwin, *Derecho en el legado de Egipto*, Oxford University Press, Pegaso, Madrid, 1950.
- 29.- SILVA SILVA, Jorge Alberto, *Derecho Internacional sobre el proceso, Procesos civil y comercial*, Porrúa, México, 1999.

30.- SIQUEIROS, José Luis, *Síntesis de derecho internacional privado*. Panorama del Derecho Mexicano, UNAM, 1965.

31.- TEXEIRO VALLADAO, Harold, *Derecho Internacional Privado, Introducción y parte general*, Trillas, México, 1987.

32.- TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, José Antonio, *Derecho Internacional Privado*, parte general, vol. II, México, 1996.

33.- TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, José Antonio, *Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, evolución histórica y convenciones adoptadas*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993.

34.- VOLD, Arnold, *Direito Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro, Ed. Lux, 1962.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

35.- DE PINA, Rafael y DE PINA VARA, Rafael, *Diccionario de Derecho*, 29ª. ed., Porrúa, México 2000.

36.- Diccionario Jurídico Mexicano, t. II D-H, 10ª. ed., Porrúa, México, 1997.

37.- Enciclopedia Jurídica Omeba.

38.- Biblia del Nuevo Milenio "Ecuménica".

LEGISLACIÓN

39.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

40.- Código Civil para el Distrito Federal.

41.- Código Federal de Procedimientos Civiles.

42.- Código de Derecho Canónico.

43.- Ley de Nacionalidad.