



UNIVERSIDAD DE QUINTANA ROO

**DIVISION DE CIENCIAS SOCIALES Y ECONOMICAS
ADMINISTRATIVAS**

**“ANALISIS SOBRE LA PROBLEMÁTICA DEL MATRIMONIO
ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO”**

**TRABAJO MONOGRAFICO PARA OBTENER EL GRADO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

PRESENTA

**MARVINA ABIGAIL CHELUJA VERDE
GENNY ARIANDY ISTE CAU**

DIRECTOR DE MONOGRAFIA:

M.C. KINUYO CONCEPCION YAMAMOTO ESPARZA

Chetumal, Quintana Roo, 2010



UNIVERSIDAD DE QUINTANA ROO

Trabajo monográfico elaborado bajo la supervisión del comité de asesoría y aprobada como requisito parcial, para obtener el grado de:

LICENCIADO EN DERECHO

COMITÉ

DIRECTOR

M.C. Kinuyo Concepción Yamamoto Esparza

SUPERVISOR

Lic. Salvador Bringas Estrada

SUPERVISOR

Lic. Alejandro Brito Soberanis

CHETUMAL QUINTANA ROO, SEPTIEMBRE DE 2010

DEDICATORIA

A DIOS

Le doy gracias por seguir dándome vida y fuerza para lograr mis propósitos y seguir caminando hacia adelante ante la vida y por llegar a esta meta tan importante en mi vida.

A MIS PADRES

Manuela Verde, la mujer más fuerte y hermosa sobre la faz de la tierra, la amiga incondicional que en cada momento me impulso los deseos de vida y superación, por darme la vida y por qué ha estado conmigo en cada momento de mi vida

Miguel Cheluja, el guerrero incansable que siempre me ha hecho sentir protegida, segura y llena de amor, ante todo y todos muy fuerte por fuera pero muy dulce por dentro.

A MIS HERMANAS

Carolina, Faride y Pamela Cheluja

Mis ejemplos a seguir de lucha y entrega, personas de gran corazón quienes me han apoyado y enseñado que en la vida los sueños se pueden hacer realidad.

MARVINA ABIGAIL CHELUJA VERDE

A MIS SOBRINAS

Desireé Cheluja y Adhara Valdez

Las personitas más tiernas y cariñosas de este mundo, que me han enseñado la inocencia de un ser humano, los amo con todo mi corazón y por todos los momentos felices e inolvidables que hemos vivido

A MIS MAESTROS

Gracias por a verme ayudado a cumplir un sueño, logrando tener resultados favorables y uno de estos es concluir totalmente mi carrera.

A MIS AMIGOS

*Ariadne Trejo Novelo
Genny Iste Cau
Danna Aguilar Samos
Yedanni Aguilar Samos
Alejandro Rodríguez Cel.
Joana López Grajales
Jesús Mora Montañez
Solangel Alonso Madrigal*

Son todas aquellas personas con las cuales he convivido y pasado momentos alegres pero también tristes y sé que hoy están orgullosos de mí como yo de ellos, gracias por su apoyo incondicional

GENNY ARIANDY ISTE CAU

AGRADECIMIENTOS

A DIOS:

*Por guiar mis pasos en todo lo
Que hago y por a verme dado la fuerza necesaria para culminar
esta meta importante en mi vida.*

A MI PADRE:

*Por su amor y entusiasmo para
Obtener el éxito en mi camino.*

A MI MADRE:

*Por la paciencia de cómo
Conducirme en la vida.*

A MIS HERMANOS:

Por su amor y respaldo ante lo adverso.

A MIS AMIGOS:

Por su honestidad y apoyo incondicional, aceptando mis defectos.

GENNY ARIANDY ISTE CAU

A MIS MAESTROS:

KINUYO, SALVADOR Y ALEJANDRO:

Por ser pacientes en mi desarrollo, y hacer más fuerte mis convicciones.

Es una forma de agradecer toda una vida de sacrificio y esfuerzos, hoy quiero que sientan que el objetivo logrado es también de ellos y la fuerza que ayudo a conseguirlo fue su apoyo. Con respeto y admiración

CAPITULADO

INTRODUCCIÓN

Capítulo I. Antecedentes Históricos del Matrimonio.....	5
1.1. Las formas matrimoniales.....	17
1.2. Las formas religiosas y civiles.....	17
1.3. Los fines del matrimonio.....	18
1.4. El matrimonio en el Derecho Canónico.....	18
1.5. El matrimonio en roma.....	23
1.6. Análisis del matrimonio entre personas del mismo sexo en la época romana.....	43
Capítulo II. Concepto y Naturaleza Jurídica del Matrimonio.....	46
2.1. Origen y evolución del matrimonio.....	58
2.2. Fines del matrimonio.....	67
2.3. La Dogmatica del matrimonio.....	84
2.4. Obligación del matrimonio.....	114
2.5. Formalidades del matrimonio.....	116
2.6. Regímenes del matrimonio.....	123
2.7. Panorama actual del matrimonio entre personas del mismo sexo.....	124
a) Países Bajos.....	124
b) Bélgica.....	125
c) España--.....	125
d) Canadá.....	126
e) Sudáfrica.....	126

f) Noruega.....	127
g) Suecia.....	127
h) Estados Unidos.....	128
i) México.....	129

Capítulo III. Análisis sobre la legalización del matrimonio homosexual.....131

3.1. La finalidad de la norma jurídica.....	132
3.2. La postura de la iglesia.....	133
3.3. La postura sociológica.....	139
3.4. La postura filosófica.....	141
3.5. Posición jurídica.....	143
3.6. Consecuencias del matrimonio entre personas del mismo sexo.....	144

Conclusiones.....148

Bibliografía.....151

INTRODUCCIÓN

INTRODUCCIÓN

Hoy en día podemos decir que el matrimonio es una institución social que crea un vínculo conyugal entre sus miembros. Este lazo es reconocido socialmente, ya sea por medio de disposiciones jurídicas o por la vía de los usos y costumbres. El matrimonio establece entre los cónyuges y en muchos casos también entre las familias de origen de éstos, una serie de derechos y obligaciones que son fijados por las Normas Sociales y que varían, dependiendo de cada sociedad. De igual manera, la unión matrimonial permite legitimar la filiación de sus miembros, es decir, de los hijos procreados, según las reglas del sistema de parentesco vigente.

Sin embargo desde el punto de vista y la perspectiva religiosa, Dios ha instituido al matrimonio como la unión de un hombre y una mujer, orientado a la procreación y la educación de los hijos.

Hasta hace pocos años se consideraba un elemento esencial de la definición de matrimonio el hecho de que ambos contrayentes debían ser de sexo opuesto, pero en el último tiempo este elemento ha sido objeto de moderaciones debido a la introducción, por algunos ordenamientos, del matrimonio entre personas del mismo sexo.

Pero es a partir del siglo XX, y especialmente tras la revolución sexual, la usual definición de matrimonio que empezó a ser interpretada por algunos grupos sociales en su vertiente laica: como la suscripción a un contrato jurídico representante de la relación y convivencia de pareja, basada en el afecto y un proyecto de vida en común, cuando la pareja desea comunicar formalmente sus preferencias ante el resto de los miembros de su comunidad, adquiriendo los derechos y deberes pertinentes a la formulación jurídica vigente. Bajo esa reconceptualización del matrimonio, la idea de la unión homosexual encaja en la definición del siglo XX en la cual los dos contratantes tienen iguales derechos y deberes.

El matrimonio entre personas del mismo sexo (también llamado matrimonio homosexual o matrimonio gay) es el reconocimiento social, cultural y jurídico que regula la relación y convivencia de dos personas del mismo sexo, con iguales requisitos y efectos que los existentes para los matrimonios entre personas de distinto sexo. El matrimonio entre personas del mismo sexo, en los países en que se ha aprobado hasta ahora, se ha establecido legalmente mediante la extensión de la institución ya existente del matrimonio a aquellos formados por personas del mismo sexo.

Es por ello que el presente trabajo monográfico, tiene como objetivo específico dar a conocer las recientes reformas al Código Civil para el Distrito Federal a fin de la legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo, la importancia de este trabajo, pretende contribuir con un granito de arena en este complicado tema exponiendo algunos temas importantes de la legalización del matrimonio gay, es por ello que se ha estructurado de la siguiente manera:

CAPITULO 1, se describe a grandes rasgos, los Antecedentes Históricos del Matrimonio. Así como el origen y desarrollo del mismo, las formas religiosas y civiles, los fines del matrimonio y el derecho canónico, además de identificar el análisis del matrimonio entre personas del mismo sexo en la época Romana, constituyendo una serie de fuentes de información en la época más antigua de los viejos tiempos.

CAPITULO 2, se desarrolla el concepto y la naturaleza jurídica del matrimonio, persuadiendo desde la perspectiva de la evolución del matrimonio y como se fue adaptando a las diferentes fuentes de observación como son: la dogmática, las formalidades, las obligaciones y los regímenes que se manejan dentro del matrimonio, partiendo también desde el panorama actual sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo, y la expansión que poco a poco se ha ido estableciendo en algunos países del

mundo, así como la actitud que han tomado al respecto en cuanto a este suceso que hasta hoy en día ha dado mucho de qué hablar.

CAPITULO 3, en este capítulo nos enfocamos más a lo que es el análisis del matrimonio entre personas del mismo sexo, el cual es el suceso que ha impactado tanto a la sociedad como a la religión, de esta manera pretendemos enfocar cada postura tanto filosófica como sociológica y jurídica. Partiendo de este modelo a fines futuros de los cuales serian las consecuencias que traería consigo este suceso y que en dado caso al final de cuentas tendríamos que ver como algo normal en un futuro no muy lejano.

Finalmente, se ofrecerá unas breves conclusiones y opiniones muy propias del por qué mantenemos la postura en contra del Matrimonio entre las Personas del mismo Sexo.

CAPITULO I

I. ANTECEDENTES HISTORICOS DEL MATRIMONIO

La palabra matrimonio proviene del latín *matris* que significa madre y *monium* que significa carga o gravamen. Existen varias definiciones, otorgadas por los tratadistas, entre las más destacados podemos mencionar a los siguientes: para Efraín Moto Salazar¹ el matrimonio “es un contrato solemne por el que se unen dos personas de sexo diferente, con la doble finalidad de procrear una familia y ayudarse a soportar las cargas de la vida”.

Para Rafael de Pina² “el matrimonio es la unión legal de dos personas de distinto sexo, realizada voluntariamente, con el propósito de convivencia permanente para el cumplimiento de todos los fines de la vida”. Para Manuel Chávez Asencio³ “el matrimonio no es solo un vínculo de unión, sino un varón y una mujer entre los cuales existen relaciones jurídicas” Edgard Banqueiro Rojas en su libro *Derecho de Familia y Sucesiones* cita a Marcel planillo y Georges Ripert, quien define al matrimonio como “la unión sexual del hombre y de la mujer, elevada a la dignidad del contrato por la ley, y de sacramento por la religión”⁴.

En las primitivas organizaciones, se desconoce la duración de la unión del hombre y la mujer; quizá porque el matrimonio como tal, apareció en organizaciones avanzadas, donde las reglas sociales ya exigían la duración

¹ Mato Salazar, Efrain. *Elementos de Derecho*, Porrúa, México, 2000, pág. 168.

² Rafael de Piña. *Diccionario de Derecho*, Porrúa, México, 2003, pág. 368.

³ Manuel F. Chavez Asencio. *La Familia en Derecho*, Porrúa, 2003, pág.42.

⁴ Baqueiro Rojas , Edgar. *Derecho de Familia y Sucesiones*. Oxford, México, 1990, pág.40.

de la pareja. En sus inicios, el matrimonio era la base de toda organización familiar.

Rafael Rojina Villegas, en su libro Compendio de Derecho Civil, define cuatro etapas que son la base para el matrimonio:

1) Promiscuidad primitiva: la característica principal de esta etapa fue que los individuos vivían en constante promiscuidad, lo que trajo como consecuencia la difícil determinación de la paternidad. Por lo tanto, sus organizaciones familiares se regulaban en torno a la madre (Matriarcal).

2) Matrimonio por grupos: En esta etapa el matrimonio se celebra por grupos, es decir, las personas que pertenecían a una misma tribu se consideraban familia por lo que estaban impedidos para contraer matrimonio entre ellos; esta necesidad se tradujo en buscar individuos de otras tribus para poder unirse. Prácticamente consistía en que un número determinado de individuos (del mismo clan) contrajeran matrimonio con un número similar de mujeres de otro clan, por lo que seguía prevaleciendo la promiscuidad. Con respecto a la paternidad, la madre era la facultad para otorgársela a los hijos en relación al clan al que pertenecía (Matriarcal).

3) Matrimonio por raptó: esta forma de unión se daba en tiempos de guerra y enfrentamientos, cuando los vencedores al dormir la comunidad se apropiaban de la mujer, de la misma forma como se apropiaban de los bienes y de los animales.

4) Matrimonio por compra: es la forma que le da origen a la unión de un solo hombre y de una sola mujer. Pero el hombre adquiría en propiedad a la mujer, convirtiéndola en su subordinada (Patriarcado).

5) Matrimonio consensual: es la forma actual del matrimonio moderno, se constituía por el acuerdo de voluntades del hombre y la mujer con la

finalidad de procrear⁵. Esta es la última etapa en la que se introduce el matrimonio actual.

Según Rafael Rojina Villegas⁵ el concepto del matrimonio mexicano ha evolucionado con el tiempo. En sus inicios el matrimonio “era el supuesto jurídico para regular las relaciones de paternidad y patria potestad” A partir de la creación de la Ley de Relaciones Familiares en 1917, se sustenta el criterio de que la familia está fundada en el parentesco por consanguinidad, por lo tanto el matrimonio deja de ser el supuesto necesario para regular las relaciones jurídicas de paternidad.

En nuestra legislación actual (Código Civil) no realiza distinción entre los hijos naturales y los legítimos y a los dos les otorga los mismos derechos. La publicación de la nueva ley en nuestro sistema jurídico nos permite inferir que el Matrimonio ya no es la única institución que regula las relaciones de paternidad como lo regulaba el Código anterior donde se le desconocían derechos a los hijos que nacían fuera de matrimonio. Actualmente se otorga los mismos derechos a los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio.

El matrimonio aparece en el estadio medio de la barbarie cuando la familia sindiásmica (“Sindyazo”, “par, “sindyasmos”, unir a dos. Familia fundada en el pareo de un varón y una mujer, bajo la forma de matrimonio, pero sin cohabitación exclusiva.) empieza a tener ritos y formalidades para su conformación.

JAPÓN

El pretendiente dejaba flores a la mujer, si ésta por la noche recogía las flores, aceptaba. La mujer asistía el matrimonio con la cabellera rapada, señal de pérdida de una familia y la entrada en otra.

⁵ Rafael Rojina Villegas. Compendio de Derecho Civil, Vol. I. Porrúa, México, 1998, pág, 287.

ASIRÍA

En Asiría 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.

IMPERIO INCA

El matrimonio era voluntario o forzoso. El matrimonio voluntario era concertado por los padres y los pretendientes, se simulaba una compra de la novia. La edad ideal era de los 18 a los 20 años para la mujer y de 24 a 26 en el hombre.

El matrimonio forzoso se aplicaba a los hombres solteros mayores de 26 años. Cada dos años la autoridad los convocaba y les escogía una mujer.

EN EL PUEBLO HEBREO.

El matrimonio entre los hebreos, y consecuentemente la familia, tiene ciertos rasgos que lo diferencian de otros pueblos. Un ejemplo de estos rasgos lo constituye el celibato, el cual en el pueblo hebreo casi no se usaba, a tal grado que según el Talmud, el hombre soltero podía ser obligado a casarse, y el que vivía solo a la edad de veinte años se le condenaba como si fuera homicida, con el correr del tiempo, la esperanza que tenían del Mesías les hizo cambiar de opinión respecto del matrimonio y el celibato; así el concepto que tenían del matrimonio fue cambiando con el tiempo, y de considerarlo algo sacratísimo, al paso del tiempo, y de considerarlo ciertos hebreos no muchos lo consideraron algo impuro, formando así la secta de

los Esenios⁶. Respecto de la poligamia y el divorcio, al principio no se conoció, pero con el paso del tiempo al divorcio se le toleró y tiempo después, según la ley de Moisés el marido podía repudiar a la esposa, y en ciertos casos, esa facultad se extendió también en la mujer, pero sólo en determinados casos.

El adulterio siempre fue castigado duramente; y si una mujer era repudiada, nadie podía casarse con ella, estaba prohibido el matrimonio entre parientes de línea recta y colateral, pero no entre primos; tampoco estaba permitido por parientes por afinidad, pero si una mujer enviudaba no tenía hijos, tenía que casarse con el hermano de su esposo, para continuar su descendencia, la edad para contraer matrimonio era de catorce años para las mujeres y dieciocho para los varones, aunque no era obligatorio hacerlo a esa edad.

LA INDIA.

El matrimonio siempre tuvo carácter religioso y un lugar preponderante en la India. Al principio el matrimonio era monogámico, y después era poco practicado entre las castas superiores, pero en las inferiores tenía mucho auge, en cuanto a los impedimentos se encontraba el parentesco ganado; el matrimonio entre primos paralelos estaba prohibido, pero entre primos cruzados estaba permitido. Las personas debían fijarse para no contraer matrimonio con alguien que tuviera familia donde no se respetara los sacramentos, o que la persona deseada no tuviera vellos en exceso, o nada; también eran impedimentos el sufrir enfermedades como la tisis, la epilepsia, la lepra, etc., si el que se iba a casar era hombre -druida-, su futura esposa no debía ser pelirroja, ni muy habladora, y no tenía que llevar el nombre de una constelación, ni de un árbol ni de un río; tampoco podía ser su esposa una mujer que no tuviese padre ni hermano.

⁶ Alvear Acevedo, Carlos. "Curso de Historia General". Jus. México, 1984.

En el Código de Manú, se enumeran ocho formas para contraer matrimonio y son:

1. La de Brahma.- El padre de una hija bien criada, podía concederla a un hombre virtuoso, bien educado y sin objeción.
2. La de los Dioses.- El padre de la novia, luego de arreglarla muy bien la ofrecía al joven que iba a ser sacrificado a los dioses.
3. La de los Santos.- El Padre Santo.- El padre concedía a su hija a quien la pretendiera, una vez que el novio le hubiese regalado -al padre-, un toro o una vaca.
4. La de las Criaturas.- El padre mismo de la muchacha que iba a ser desposada fungía como ministro, y la casaba con los honores que merecía.
5. La de los Músicos Celestes.- Cuando un joven y una muchacha se casaban porque así los deseaban, y no tenían impedimentos.
6. La de los Gigantes.- Esta era una forma de matrimonio a la puerta a la joven con quien se quería casar, pero esto sucedía hasta que la joven ya no tenía quién la defendiera -que sus padres hubieran muerto-, por lo que ella pedía auxilio y se iba llorando.
7. La de los malos espíritus.- Esta forma no era aceptada por el Código de Manú, sin embargo, se usó en los tiempos védicos, y era una especie de matrimonio por compra, ya que el padre de la novia recibía regalos a cambio de su hija.
8. La de los Vampiros.- Cuando un pretendiente se introducía a esconderse a la alcoba de una mujer dormida, retrasada mental o ebria.

Las tres últimas formas no eran bien vistas y casi no se usaban. Los brahmanes podían casarse por cualquiera de las seis formas legales, los chatrias podían emplear de la tercera a la sexta. Los Vaisías y los Sudras de la tercera a la quinta. Es el matrimonio la única ceremonia que se permite a las cinco castas hindúes, exceptuando sólo a los parias.

La mujer hindú estaba totalmente sometida a la voluntad del marido, pero éste a su vez, debía hacerla feliz proporcionándole ricos manjares, vestidura, etc. Si una mujer joven enviudaba debía arrojarse al fuego junto con el cadáver de su marido. El adulterio se castigaba con la muerte. No debían los jóvenes casarse en el mes de julio, ya que si lo hacían daría a luz la mujer en el mes de abril, y éste era funesto para los primogénitos.

PERSIA.

El matrimonio en Persia tiene muchas similitudes con la India sólo que en Persia la mujer estaba más doblegada al marido, puesto que éste podía repudiarla si era religiosa o inactiva, además podía matar tanto a su mujer como a sus hijos si lo desobedecían tres veces. La monogamia al principio sólo se permitía al príncipe, quien incluso podía practicar el incesto, casándose con su madre y hermanas; muy pronto esta práctica se generalizó entre todos los nobles. El celibato tampoco tenía mucho auge en Persia, ya que quien no se casaba recibía una nota infamante, y si una joven a los dieciocho años permanecía pura y casta se le consideraba en estado de pecado y de ninguna manera se le debía impedir que se casara. Los seguidores de Zoroastro tenían que realizar dos ceremonias si querían contraer matrimonio -los esponsales-- y los del matrimonio propiamente dicho.

BABILONIA.

En Babilonia como en casi todos los pueblos antiguos, existía una potestad absoluta del padre. El matrimonio se celebraba como un contrato, a la mujer adúltera se le castigaba con la muerte. Los hijos de los esclavos no seguían la condición de sus padres sino que nacían libres.

CHINA.

La costumbre que se tenía era que los futuros cónyuges no se conocían, sino hasta el día en que se iban a casar, ya que comúnmente eran los padres los que se encargaban de concertar los compromisos⁷.

Si una mujer enviudaba, los cuñados no debían casarse con ella, ya que esto era castigado con la muerte, en cambio, los varones sí podían casarse con alguna hermana de su fallecida esposa. La poligamia estaba tolerada pero sólo a una mujer se le consideraba como esposa y señora de la casa; las otras tenían que respetarla y obedecerla; la situación de la mujer era humillante, jamás le pedían su consentimiento para contraer nupcias, el padre la daba a quien mejor le pareciera y su elección no siempre era buena, atada junto a un buey o un burro.

El padre tenía derecho de vida y muerte sobre los hijos, y si una pareja no tenía descendencia se consideraba desgraciada; y si sólo tenía hijas, también se consideraba calamidad, por lo que al padre tenía la facultad de ahogar a la recién nacida. El divorcio no era muy común en China, sin embargo el marido podía repudiar para castigar a la mujer por impudicia, esterilidad, charlatanería, antipatía con los suegros, pero sí se consideraba o comprobaba que el marido no tenía causas justificadas para separarse de ella, y lo había hecho, entonces era castigado con 80 golpes.

Un efecto parecido al que producen los esponsales en la actualidad es que en China si el marido al ver por primera vez a su esposa -recordemos que casi siempre se conocían hasta el día de la ceremonia-, no quedaba satisfecho con su belleza, entonces podía devolverla a sus padres, pero lo que había pagado por ella ya no lo recuperaba, en cambio estaba obligado a

⁷Artículo denominado El Matrimonio del autor Gregorio Solis Servin.
<http://www.sexologia.com/index.asp?pagina=http://www.sexologia.com/articulos/matrimonio/matrimonio.htm>. Con fecha 18 de agosto de 2010

pagar el valor de los regalos que hubiera recibido por motivo de su matrimonio.

EGIPTO.

Entre los habitantes del antiguo Egipto, las relaciones sexuales entre hermanos estuvieron permitidas en una época.

Practicaban "El incesto dinástico" para que la sangre noble o divina de unos cuantos no se contaminara con la sangre común y corriente del resto de los mortales al unirse en matrimonio.

Los hombres, además de casarse con sus hermanas podían hacerlo con sus sobrinas a imitación de su dios Osiris, quien según la fábula se casó con su hermana Iris de la cual tuvo a Horus y con su otra hermana Nefitis tuvo a Nubis.

Los matrimonios por lo general eran monogámicos, pero no era desconocida la Poligamia, el divorcio era poco común, por las razones que se explicaron al principio, la mujer egipcia gozaba de una situación privilegiada: podían platicar con quienes quisieran y pasearse por toda la ciudad, ya que gozaban de mayor autoridad y respeto, y si era mucho su prestigio, no tenía que figurar junto a su nombre el de su esposo

MÉXICO PRECOLOMBINO.

El matrimonio entre los mayas.- Entre los mayas del Nuevo Imperio, se practicaba la monogamia exogámica, lo que los diferenciaba de los aztecas, la ceremonia se llevaba a cabo con la presencia de un sacerdote el cual decía sus oraciones, y por último bendecía a la pareja. La ceremonia se

perfeccionaba cuando la esposa le diera de beber y comer a su esposo en presencia de los concurrentes⁸.

El esposo tenía que vivir cuatro o seis años en la casa de los suegros trabajando a su servicio. Entre los viudos y las viudas que volvían a casarse no había ceremonias, hasta que ella le diera de comer, para que se entendiese que aceptaba.

Era conocida la práctica del abandono de alguno de los cónyuges, la cual implicaba la posibilidad de volver a casarse, aunque ya sin ninguna formalidad religiosa.

El matrimonio entre los aztecas.- En Tenochtitlan, aunque lo legal del matrimonio era la monogamia, la poligamia estaba permitida, sobre todo en las clases altas, pero distinguía a la esposa principal -"Cihuatlantli"-, de las concubinas -secundarias-. La edad para contraer matrimonio era para el hombre de los veinte años; y para la mujer entre los quince y 18 años.

Las viudas podían casarse pero se exigía que el segundo esposo no fuese de un rango inferior al del primero. Si la viuda estaba amamantando a un hijo no se le permitía casarse durante el tiempo de la crianza, que era de cuatro años.

En los matrimonios ordinarios, el mancebo, para casarse, necesitaba del consentimiento de sus maestros del Calmecac o del Tepochcalli, para esto, primero tenía que ofrecerles un banquete de acuerdo a sus recursos.

A lo largo de los actos por los que se llevaba a cabo el matrimonio intervenían mujeres llamadas "Casamenteras", quienes llevaban la petición

⁸ Alvear Acevedo Carlos. "Historia de México". Jus. México. 1983.

a los padres de la novia, los cuales siempre contestaban "que no" la primera vez; y sólo en visitas posteriores se contestaba lo que en realidad se quería: la aceptación o la negativa⁹

En cuanto al divorcio, las autoridades se resistían a permitirlo, pero luego de muchas pruebas, si los divorciados volvían a casarse, se les castigaba con la muerte.

Según expresa Vaillant, "como sucede con frecuencia en las naciones guerreras que sufren merma en sus componentes masculinos, prevalecía la poligamia; sin embargo, la primera mujer tenía prioridad sobre las otras, y sólo sus hijos tenían derecho a heredar. Se permitían las concubinas y existía, también, la prostitución".

GRECIA.

En Grecia era muy importante el Culto Doméstico, el cual consistía en perpetuar la especie para que los antepasados fuesen felices en el más allá. Es por eso que el matrimonio era tan importante, ya que sólo así se podía continuar la descendencia y es por eso que al celibato se le consideraba una desgracia, puesto que en tal estado ni el mismo célibe llegaría a tener a quien lo honrara después de su muerte. El celibato llegaba a considerarse como un delito, y si a los veinticinco años un joven no se casaba todavía tenía que pagar una multa de cien dracmas anualmente, y al llegar a la vejez no tenía derecho de reclamar el respeto debido para sí mismo.

El matrimonio en Grecia era considerado como "una Sociedad íntima entre el marido y la mujer, que tiene por objeto formar una familia nueva, disfrutando ambos de su ternura recíproca".

⁹ Mendieta y Núñez Lucio. *"Derecho Precolonial"*. Porrúa. México. 1981.

La naturaleza del matrimonio era monogámica, pero con el paso del tiempo se toleró la Poligamia, generalmente eran los padres los que arreglaban todo lo concerniente al matrimonio de sus hijos. Y constaba de tres partes: la primera se celebraba en la casa del padre de la novia, la segunda era una transición de la casa del padre a la del marido, y la última se realizaba en la casa del marido.

La situación de la mujer al principio era muy halagadora, sin embargo con el paso del tiempo, se le fue recluyendo de la vida social, al grado que todo el tiempo lo pasaba en su hogar o gineceo, saliendo en muy pocas ocasiones; sin embargo esa reclusión no era obligatoria.

Aunque la mujer en Grecia no tenía tantas libertades como las de ahora, la mujer carecía de personalidad jurídica, pero tenía la capacidad "impotencia"; -potencialmente- no podía comparecer ante los tribunales pero sí podía tener propiedades. La potestad que tenía el marido sobre ella era más bien para protegerla que para dominarla.

Como se dijo al principio, la finalidad del matrimonio era la de procrear hijos, tal parece que en Grecia la familia no era muy numerosa, inclusive se dice que se usaba mucho el aborto, en el juramento hecho por Hipócrates, y el cual siguieron haciendo los médicos a partir de él, se comprometen a no practicar el aborto, lo cual prueba que en verdad existía.

En cuanto a las sucesiones todo pasaba íntegramente al hijo, y a la mujer sólo se le daba lo necesario para su dote.

El matrimonio en Esparta estaba más sometido a la autoridad del Estado pues su finalidad era de procrear hombres más fuertes y robustos para defender a la patria.

Los hijos, al cumplir los siete años pasaban del seno materno al poder del Estado, y a su vez los adiestraban en conocimientos y prácticas necesarias para hacer de ellos buenos soldados. Por ello los espartanos se distinguían por ser vigorosos, diestros en el uso de las armas, y no por su intelecto. Lo que los diferenciaba de los atenienses.

Como se puede observar, al hombre se le ponían más limitaciones que a la mujer, desde el punto de vista educacional; ante la ley, ambos eran considerados iguales.

1.1. LAS FORMAS MATRIMONIALES

Las formas matrimoniales son el conjunto de solemnidades requeridas por la ley para el reconocimiento jurídico del vínculo matrimonial¹⁰.

1.2. LAS FORMAS RELIGIOSAS Y CIVILES

Matrimonio religioso. Unión celebrada en sujeción a normas religiosas que siendo elevado a calidad de sacramento causa indisolubilidad hasta la muerte¹¹.

Matrimonio civil. Acto jurídico por el cual los contrayentes forman una relación jurídica interpersonal que se celebra con los requisitos y formalidades prescritos en el Código de Familia¹².

¹⁰ <http://www.monografias.com/trabajos5/fami/fami.shtml#matri>

¹¹ soto álvarez, clemente. *Derecho de las personas y de familia*, limusa, 1989, pág. 95 y 96

¹² Soto Alvarez, Clemente. *Derecho de las personas y de familia*, limusa, 1989, pág. 97

1.3. LOS FINES DEL MATRIMONIO

Para el Derecho canónico los fines primarios son:

1. a procreación y
2. La crianza de los hijos.

Y un fin secundario es el deber recíproco de asistirse mutuamente en todas las necesidades.

Para el Derecho de Familia los fines son:

Legalización de las relaciones intersexuales. (Esto descarta el Concubinato-Estado de un hombre y una mujer que conviven en pareja sin estar casados)

Procreación y educación de los hijos.

Asistencia, comprensión, cooperación y compañía mutuas. La asistencia incluso subsiste luego del divorcio¹³.

1.4. EL MATRIMONIO EN EL DERECHO CANÓNICO

Reza el Canon 1055 del Código de Derecho Canónico que "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", aclarándonos de esa manera tanto el concepto como la naturaleza del matrimonio, la cual es (sacramento)¹⁴ Respecto a lo segundo, el canon 1055 agrega en su segundo párrafo que entre bautizados no puede haber contrato matrimonial válido que no sea por ese mismo sacramento; dando a entender que aparte

¹³ Magallon Ibarra Jorge Mario. *Instituciones de Derecho Civil*. Editorial Porrúa, México, 1988, pág 272, 286

¹⁴ Aquino, santo Tomás de. *Suma teológica*, Buenos Aires, Club de Lectores, 1950, t. XVII, p.

de ser un sacramento es un contrato; ya que si no se realiza con la conciencia de que es un sacramento, y se realiza como acto jurídico o conveniencia social no es válido para la iglesia.

OBJETO Y FINES (CARACTERES)

El objeto de la institución matrimonial, es la Conservación de la especie humana y al mismo tiempo. procurar el bien de la religión y sociedad. Los fines son los siguientes:

a) Con relación a la descendencia.- El fin perseguido es la procreación, conservación y educación de los hijos mediante una correcta instrucción religiosa.

b) Con relación a los esposos es la mutua ayuda entre ambos, viviendo juntos hasta la muerte y ayudándose corporal y espiritualmente; así como la fidelidad mutua y permanente.

c) Con relación a los valores morales consiste en mitigar por medio de la gracia que otorga este sacramento para vencer los estímulos de la carne.

Los caracteres del matrimonio católico son: Unidad de un hombre con una mujer; y por otra parte: Indisolubilidad, puesto que el vínculo que une a la mujer y al hombre en matrimonio es eterno y sólo la muerte puede separarlos¹⁵.

ELEMENTOS DEL SACRAMENTO DEL MATRIMONIO.

Todo sacramento consta de cuatro elementos: sujeto, materia, forma y ministro; su función en el matrimonio es como sigue:

¹⁵ Radbruch, Gustav, *Filosofía del derecho*, trad. de Wenceslao Roces, México, Fondo de Cultura Económica, 1951, p. 155.

Sujeto.- Son los cónyuges que concurren para que se les administre el sacramento del matrimonio, y requieren de tres elementos: Consentimiento recíproco, capacidad, inexistencia de impedimentos tanto impeditivos como dirimentes.

Materia.- La materia del sacramento la constituye el consentimiento que se otorga mutuamente de tal manera que si no hay cónyuges no hay consentimiento.

Forma.- Son las palabras y signos con los que se manifiesta el consentimiento así como las que pronuncia el sacerdote para hacer público ese consentimiento pero la forma en esencia sólo la constituyen los cónyuges.

Ministro.- Los ministros del matrimonio son los mismos contrayentes ya que son ellos quienes van a unir sus vidas; la presencia del sacerdote sólo es para atestiguar lo lícito de esa unión para aprobarla y hacerla pública y para otorgar la bendición divina como ministro de la iglesia que es¹⁶.

REQUISITOS PARA EL MATRIMONIO.

A. ANTERIORES A LA CELEBRACIÓN.

a) Esponsales no producen necesariamente la obligación de contraer matrimonio, sin embargo debe pedirse a los prometidos que lo celebran, y si alguno de los dos se retracta sin causa justificada debe permanecer soltero hasta que la otra parte no le otorgue su perdón o se case, además, el cónyuge retractar debe reponer todo lo que gastó en el otro.

¹⁶ Magallón Ibarra, Jorge Mario, *El matrimonio (sacramento-contrato-institución)*, México, Tipográfica Editora Mexicana, 1965.

b) Amonestaciones (proclamas). Este acto consiste en publicar los nombres de los contrayentes con todos sus datos personales, mediante la lectura que de ese documento haga el párroco u otro eclesiástico delegado, en la iglesia de la parroquia de cada uno de los contrayentes, en la misa principal y durante tres días de fiesta seguidos, este acto tiene por objeto enterar al pueblo del futuro matrimonio para que si alguien sabe de algún impedimento lo denuncie.

c) Expediente de Libertad.- La importancia de este documento es grandísima, sin embargo este documento constituye un medio para hacer valer la santidad del sacramento; y produce un beneficio moral a los cónyuges y sus familiares. En este expediente se hace constar: Que los contrayentes han sido bautizados, la edad que tienen, su instrucción en la doctrina cristiana, la inexistencia y si los hay, son susceptibles de dispensa, entonces debe constar esa dispensa y el consentimiento paterno¹⁷.

B. REQUISITOS DEL MATRIMONIO.

a) Edad.- La edad que requiere la iglesia, es aquella en que la pubertad sea notable, es decir, que los contrayentes posean tanto madurez física como mental.

b) Estado de Gracia.- Los cónyuges no deben tener pecado mortal ni venial; si reciben el sacramento con mala preparación cometen sacrilegio y no recibirán la gracia sacramento, aunque todo esto se puede remediar por medio del arrepentimiento y la penitencia.

c) Inexistencia de Impedimentos.- La iglesia nunca marca como impedimentos la mayoría de los mismos, el voto solemne de castidad a cualquier orden religiosa, la existencia de una total diferencia de cultos entre bautizados y no bautizados, la clandestinidad del matrimonio, y que

¹⁷ Westernarck, Edward. *Historia del matrimonio*, s. l., Laerte S. A. de Ediciones, 1984.

anteriormente se hubiesen celebrado por escrito ante el párroco esponsales con otra persona.

CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO.

Para mejor comprensión presentaré uno por uno los siguientes elementos:

a. Cuándo.- Una vez terminadas las amonestaciones y obtenidas las dispensas necesarias pueden celebrarse en cualquier día y hora del año.

b. Ante quién.- Ante eclesiástico competente y por lo menos dos testigos, (pueden ser los mismos padrinos).

c. Dónde.- Lo más correcto es en el templo o parroquia pero no es obligatorio, pero se puede celebrar en un oratorio privado, o en una casa particular, con el permiso del obispo, el cual no puede negarse sin justa razón.

d. Cómo.- Para este elemento la celebración se divide en dos, los desposorios (manifestación de mutuo consentimiento por parte de los cónyuges, ante el párroco y los testigos por medio de la palabra ritual) y las velaciones (misa nupcial) en las que se otorga la bendición nupcial solemne.

Los ritos de los desposorios consisten en la bendición del anillo nupcial y de las trece monedas -arras- que el esposo da a la esposa, en el cruce de manos derechas de ambos contrayentes, en las preguntas y respuestas entre éstos y el sacerdote y en la bendición que éste da a los consortes. En las velaciones los esposos presentan una ofrenda y se da el velo y la paz. Una vez terminada la ceremonia en familia, se lleva a cabo el contrato

nupcial por escrito, mismo que el sacerdote una vez realizado tiene que inscribir en el libro correspondiente¹⁸.

1.5. EL MATRIMONIO EN ROMA

En Roma existían tres formas de matrimonio:

Confarreatio. Una de las tres formas, junto a la “coemptio” y a la “usus” admitidas en el Derecho Romano para la celebración del matrimonio. Era la más solemne de las tres y estaba reservada a los patricios. Tenía carácter religioso, mediante una ceremonia consistente en ofrecer a Júpiter la ofrenda de una pan especial (“farreus panis”), en la que se hallaban presentes los desposados, el gran pontífice, diez testigos y el “Dialis flamen” o flamen de Júpiter. El matrimonio contraído de esta forma llevaba implícita la entrada de la mujer en la familia civil del esposo, con abandono jurídico de la suya propia.

Coemptió. Una de las tres formas, junto a la “confarreatio” y a la “usus” admitidas en el Derecho Romano para la celebración del matrimonio. Compra ficticia de la mujer. No tenía carácter religioso y se realizaba ante el “libripens” (En el Derecho Romano se llamaba así el funcionario que tenía a su cargo el empleo de la balanza que servía para pesar el metal que en determinados actos jurídicos, como la “mancipatio” (Venta ficticia (imaginaria venditio), realizada “per aes et libram”, entre el enajenante y el adquirente, ante cinco testigos y el “libripens”. Todos debían ser púberes y disfrutar del “comercium”.) y el “nexum”, entregaba una de la partes a la otra en concepto de pago. Tuvo gran importancia en la época primitiva con relación a los

¹⁸ Floris Margadant, Guillermo. *El derecho privado romano*, México, Editorial Esfinge, 1989, p. 212.

actos “per aes et libram”) y ante, al menos, cinco testigos púberes y ciudadanos romanos¹⁹.

Usus o Vsus. Una de las tres formas, junto a la “confarreatio” y a la “coemptio” admitidas en el Derecho Romano para la celebración del matrimonio. Concubinato que duraba un año. Luego del cual se podía formalizar el matrimonio o en caso contrario por la “trinoctio” (la mujer deja de dormir por tres noches seguidas en la casa del marido) se podía disolver el “usus”.

El hecho de mantener a una mujer en la casa propia del marido por el transcurso de un año seguido, consagraba la “manus” y la consumación del matrimonio por el “usus”, fuera de toda ceremonia.

El matrimonio en los primeros tiempos de Roma fue “cum manu”, es decir, la mujer estaba sometida al marido como si fuera una menor. Luego se convirtió “sine manu”, donde los esposos tienen condiciones iguales.

El estudio como fue regulado el matrimonio por el derecho romano es muy importante; ya que este derecho ha dejado una huella en las legislaciones posteriores, de gran cantidad de países.

En Roma el carácter del matrimonio fue siempre monógamo en un principio, también era indisoluble; con el paso del tiempo se fue admitiendo el divorcio vincular, luego el divorcio celebrado por mutuo consentimiento; y después se aceptó incluso por voluntad de un solo cónyuge

Para que el matrimonio pudiera celebrarse, primero se tenían que haber verificado los esponsales -esponsalia-, los cuales no estaban regulados por el derecho. Los esponsales consisten: La promesa recíproca de futuro

¹⁹ Petit, Eugene, *Tratado elemental de derecho romano*, México, Editora Nacional, 1951, p. 110.

matrimonio que se hacía a los cónyuges; podía celebrarse desde los siete años 6, esa promesa también podía revocarse, y era menester revocarla para contraer matrimonio con otra persona.

Ya en el bajo Imperio se introdujo el uso de las arras, y si uno de los dos se rehusaba a cumplir, entonces estaba obligado a cumplir su promesa, o a pagar el doble de lo que había recibido.

Requisitos.- Para que el matrimonio fuese válido, eran necesarias cuatro condiciones:

1. CAPACIDAD NATURAL

Para tener la capacidad natural debían reunirse determinadas aptitudes físicas o morales. En cuanto a las primeras eran las relativas a la pubertad, la cual fijaba el padre de acuerdo al desarrollo de su hija, algunos jurisconsultos, como Prisco, exigieron que además de los catorce años se demostrara un desarrollo físico apto para procrear. Justiniano adoptó el sistema proculeyano. En cuanto a las mujeres, alcanzaban la pubertad a la edad de doce años. Se pedía solamente que los cónyuges tuvieran el discernimiento necesario.

2. CAPACIDAD LEGAL

Era el llamado "connubium", con el correr del tiempo casi todos eran considerados como tales, instruyendo sólo a los bárbaros el connubium consistió en no tener impedimentos, los cuales eran absolutos o relativos, los primeros impedían el matrimonio con cualquier persona -por ejemplo los esclavos eran de indispensable cumplimiento; en los relativos, sólo prohibían el matrimonio de una persona con algunas otras, entre estos tenemos el parentesco como la cognación natural, la civil, la afinidad, la casi afinidad, el

parentesco espiritual y el consanguíneo, el delito adulterio, rapto-, y otros como las razones sociales.

3. CONSENTIMIENTO.

Tanto los esposos como sus padres debían presentar su consentimiento. Los cónyuges debían hacerlo libremente sin presión alguna lo. Los padres lo daban en ejercicio de su patria potestad y de su condición "sui juris".

4. FORMA

En Roma tenían dos tipos de ceremonias para el matrimonio: "cum manus", y "Sine manus"; en la primera de ellas era necesario ofrecer sacrificio y comer ambos esposos el "manus ferrus" especie de torta de flor de harina". Dentro de este tipo de matrimonio había dos formalidades adoptativas: La "Coemptio", o compra fingida de la mujer; y el "Usus", o usurpación por un año. En la forma "sine manus" no era necesaria ninguna ritualidad para expresar el consentimiento, lo cual posteriormente trajo confusiones, para diferenciar el matrimonio legal del concubinato.

EFFECTOS DEL MATRIMONIO.

Respecto de los esposos, los efectos que se producían eran principalmente: la fidelidad que ambos cónyuges se debían; en cuanto a los bienes, al matrimonio iba acompañado de la "manus" entonces se colocaba a la esposa en la misma condición social de su marido, y éste se hacía propietario de los bienes de ella. Si el matrimonio había sido "sine manus", entonces cada esposo conservaba su patrimonio y la mujer, inclusive, tenía que ayudar a las cargas de la familia

DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO.

Al principio era tanta la autoridad que ejercía el marido como jefe de familia, que su sola voluntad bastaba para romper el matrimonio de alguno de sus hijos; sin embargo, con el paso del tiempo, esa facultad fue disminuyendo. Otras causas de disolución del matrimonio persistieron, como el divorcio, la pérdida del *connubium*, la cual sobrevivía como consecuencia de alguna "Capitis Diminutio" (disminución de la capacidad legal) y la muerte de alguno de los cónyuges. El marido podía contraer segundas nupcias inmediatamente, en cambio la mujer tenía que esperar diez meses para volver a casarse.

En Derecho romano, el matrimonio o *iustae nuptiae* es el celebrado conforme al *Ius Civile*, en que el adjetivo femenino plural *iustae* hace referencia a la conformidad de esta institución con el *ius*. Así, *iustae nuptiae* es el matrimonio cuyos efectos, tanto patrimoniales como familiares (concretamente, potestativos), son tomados en consideración en las decisiones de los juristas romanos. Así, por ejemplo, uno de estos juristas, Modestino, lo define como "la unión del hombre y de la mujer, implicando consorcio por toda la vida e igualdad de derechos divinos y humanos". Por su parte, el emperador Justiniano expresa que es "la unión del hombre y la mujer con la intención de continuar la vida en común". Conviene destacar que en Roma, el matrimonio era una situación de hecho reconocida y aceptada por la sociedad, y no un contrato solemne como lo es hoy en la mayoría de los países occidentales. Su importancia radica en que es el fundamento de la familia romana y de ahí que, aun cuando no sea un acto jurídico, sí produce efectos jurídicos importantes²⁰.

²⁰ Socrates Jimenez , Tiana Santiago. Diccionario de derecho romano. 4ta edición. México D.F. Editorial Sista. 1991. P.p438.

Naturaleza jurídica

La cuestión de su naturaleza jurídica es uno de los grandes temas que ha sido objeto de discusión entre las distintas corrientes de pensamiento jurídico. Así, durante mucho tiempo se sostuvo que el matrimonio fue considerado por los romanos como un contrato, esto es, que surgía en virtud de un consentimiento con carácter contractualista, por considerársele como un acto inicial de voluntad del que se originaba un vínculo jurídico. En este sentido se llegó a sostener, que los contratos pueden ser obligatorios y no obligatorios y que el matrimonio es de estos últimos²¹.

A finales del siglo XIX surgieron criterios disidentes, según los cuales el consentimiento que se exige en materia de matrimonio no puede entenderse como contractual, esto es, como creador de un vínculo que pudiese existir independientemente de su causa, siendo por tanto el matrimonio una simple situación de hecho que subsiste mientras se mantenga el consentimiento. Así, se ha dicho que el matrimonio romano es un hecho social que se justifica y fundamenta en la existencia y permanencia de la *affectio maritalis*, la cual no es, como hoy día, un consentimiento inicial, sino duradero, de modo que cuando cesa, desaparece igualmente el propio matrimonio.

Para los partidarios de esta posición, el matrimonio es una mera situación de convivencia de dos personas de distinto sexo, cuyo inicio no está marcado por exigencias de formalidad alguna de orden jurídico, manteniéndose por la *affectio maritalis* o intención continua de vivir como marido y mujer, y siendo, por tanto, un hecho social en el cual la ley tenía poco que ver²².

²¹ Donat Rojas Luis. Para una historia del matrimonio occidental. La sociedad romano-germánica. Siglos vi-xi. Volum.14. México d.f. p.p47.

²² Kipp y Wolf, Enneccerus, Tratado de Derecho Civil; t. IV, pág. 10

Sin perjuicio de ello, hoy en día algunos insisten en considerar al matrimonio romano como un contrato o, mejor dicho, como una situación jurídica que nace de un contrato y que éste sólo exige que los contratantes sean capaces de consentir y que se consentimiento sea serio y no simulado, agregando que como contrato no admite condiciones ni términos (plazos).

Otro sector de la doctrina, identifica el consentimiento existente en el matrimonio con el que se da en los contratos de sociedad, señalando que el consentimiento de los contrayentes es el único elemento esencial en orden a la existencia del matrimonio, el cual viene a parecerse a un contrato de sociedad surgiendo y persistiendo por la mera voluntad de los cónyuges.

“Nuptiae autem, sive matrimonium, est viri et mulieris coniunctio, individuum vitae consuetudinem continens. (Las nupcias consisten en la unión del hombre y la mujer, llevando consigo la obligación de vivir en una sociedad indivisible)”²³.

Requisitos

Ius connubii

Pubertad

Capacidad

Consentimiento

²³ Jackson, W. M.. «Recuerdos de Roma, capítulo 7», Enciclopedia Quillet, III edición, pp. 523, El matrimonio en la Antigua Roma

Ius connubii de los contrayentes

El ius connubii es la capacidad jurídica para contraer el legítimo matrimonio romano, que era propio de los ciudadanos romanos y latinos veteris hasta antes de la Constitución imperial de Antonino Caracalla del año 212 d. C.; año en el cual, en virtud de dicha constitución, se otorga la ciudadanía romana a todos los habitantes del Imperio, incluidos los peregrinos y Latinos junianos. Ya en tiempos de Justiniano, sólo los esclavos y bárbaros (que no habitan en el Imperio) no gozaban del ius connubii²⁴.

De todas formas, para contraer la iusta nuptia era necesario que ambos contrayentes tuviesen este ius connubii, sin perjuicio de que en caso de que uno de los cónyuges hubiere contraído iusta nuptia creyendo que la pareja poseía el ius connubii, siendo que en realidad no era así, el matrimonio no producía efectos jurídicos centrales, como la agnación, la patria potestas y la manus. No obstante ello, desde el año 212 d. C. esto no tuvo mayor relevancia.

Pubertad de los contrayentes

Debido a que uno de los fines del matrimonio es la procreación y la perpetuación de la especie, se hacía necesario que los contrayentes tuviesen la madurez sexual suficiente para contraer iusta nuptia. Vale decir, en la Antigua Roma, se exigía que el varón y la mujer fuesen púberes, esto es, mayor de 14 y 12 años respectivamente. Éste fue el criterio adoptado por Justiniano, inspirándose en la Escuela Proculyana; descartando el criterio de Sabino que exigía que en el caso del varón fuera necesario un examen físico. De todas formas, respecto de la mujer, siempre se entendió que la edad en que llegaba a la pubertad, eran los 12 años.

²⁴ «Los únicos que podían contraer el matrimonio en Roma, la Historia de los milenios» (2006). Consultado el 3 de enero de 2008.

Capacidad de los contrayentes

La exigencia de capacidad a los contrayentes puede definirse también por la exigencia de ausencia de impedimentos por parte de éstos. Los impedimentos de los que hablamos, pueden ser absolutos o relativos.

Los impedimentos absolutos, imposibilitan que un sujeto pueda contraer matrimonio; y los Impedimentos relativos imposibilitan que un sujeto contraiga matrimonio con determinadas personas²⁵.

Impedimentos absolutos

Impubertad: Como ya se expresó, uno de los objetivos del matrimonio es la procreación, de manera que no pueden contraer iusta nuptia los sujetos que no han alcanzado la pubertad. El criterio para determinar la pubertad es el seguido por los Proculeyanos; vale decir son incapaces de celebrar legítimo matrimonio, los varones menores de 14 años, y las mujeres menores de 12 años.

Castración: Esta causa se habría establecido en una época tardía, y se señala que la habrían tomado de prácticas orientales, entre otras, aquellas que entregaban aquellos cargos importantes de la administración del Estado y de la casa del Emperador a eunucos. El matrimonio exigía estar dotado de los órganos esenciales para la reproducción, sin llegar a exigir fertilidad o fecundidad. En razón a ello es que se consideraba capaz de copular al estéril, pero no al castrado, por carecer de los órganos necesarios para la cópula.

²⁵ W. M., Jackson. «Recuerdos de Roma, capítulo 8», Recuerdos de Roma, La historia del Matrimonio en la Antigua Roma, pp. 536, 537, 538, 539, 540, 541.

Vínculo matrimonial no disuelto: Este impedimento dice relación con una característica esencial del matrimonio romano, que es esencialmente monogámico.

La viuda antes de cumplirse el año de luto: Esta norma existe para impedir la incertidumbre de la paternidad (*turbatio sanguinis o partus*) que otro matrimonio contraído antes del plazo máximo de gestión podía originar, imponiéndole a la viuda la necesidad de dejar pasar un determinado lapso de tiempo, exigencia que se extendió a la mujer divorciada.

Demencia: Los motivos para impedir que los dementes (*Loco furioso o mente captus*) contrajesen *iusta nuptia*, es que no tienen conciencia de los actos o hechos que ejecutan en la vida social y jurídica.

Impedimentos relativos

Aunque la ritualidad no afecta la esencia jurídica del matrimonio, muchas veces suele ir acompañado de éstas, como en el caso de la conducción de la mujer a la casa de su marido (*deductio in domum mariti*).

Parentesco: Hay que distinguir en base a los distintos tipos de parentesco.

En lo relativo al parentesco de sangre, hay que distinguir entre línea recta y línea colateral. En efecto, en la línea recta se impedía el matrimonio en forma absoluta, vale decir, en toda la línea recta, no pudiendo contraer entre sí matrimonio los ascendientes y descendientes. Por su parte, en la línea colateral no siempre se aplicó un mismo criterio. Los grados de parentesco que constituían impedimento cambiaron con el tiempo. En efecto primitivamente llegaba hasta el sexto grado; más adelante, a comienzos del siglo II a. C. se estableció la limitación hasta el cuarto grado (primos hermanos); luego se habría relajado, limitándose al tercer grado (de esta forma se prohibía el matrimonio entre hermanos, entre tío y sobrina y entre

tía y sobrino); sin perjuicio de que en los tiempos del emperador Claudio (49 D.C.) un senado consulto autorizó el matrimonio entre tío y sobrina hija de hermano (colaterales en el tercer grado) para permitir el matrimonio del emperador Claudio con su sobrina Agripina, hija de su hermano Germánico. El emperador Constantino, restableció las cosas al estado anterior²⁶.

En lo referente al parentesco por afinidad, no podían celebrar justa nuptia la madrastra viuda o divorciada con su hijastro, el padrastro viudo o divorciado con su hijastra, la suegra y el yerno y el suegro y la nuera, llegándose con el cristianismo a prohibirse el matrimonio entre cuñados.

También se prohíbe el matrimonio entre adoptante y adoptado y entre el adoptante y la mujer de su hijo adoptivo.

Por otra parte, en los tiempos del cristianismo se habría llegado a prohibir el matrimonio entre padrino y ahijado, entre los cuales existiría algo así como un parentesco espiritual.

Es del caso recordar la distinción propiamente romana entre parentesco cognaticio y agnaticio, limitándonos a señalar que en la época que se privilegió o consideró el parentesco agnaticio, éste constituía un impedimento y así se señala que el matrimonio exigía que marido y mujer provengan de familias distintas.

Diversidad de religión: La religión jamás fue un impedimento para no celebrar iusta nuptia, ya que los romanos siempre tuvieron una especial tolerancia por los cultos de los pueblos extranjeros, al punto que muchos de ellos, los practicaban; por ejemplo, fue muy común a comienzos de la época imperial, que las mujeres romanas se sintieran atraídas por los cultos en adoración a la diosa egipcia Isis. No obstante ello, las persecuciones en

²⁶ W. M., Jackson , El matrimonio en las civilizaciones antiguas, I edición, pp. 123.

contra de los Cristianos tuvieron más bien, un motivo político más que religioso, ya que atentaban contra las costumbres romanas al pregonar con sus voces, en contra de la esclavitud, además de no prestar adoración a la figura del Emperador, que en aquella época, se erigía cuan divinidad a la par de los dioses.

Sin embargo, podemos mencionar ciertos impedimentos por motivos religiosos, como por ejemplo, las Vestales que hacían votos de castidad, por lo cual, más que nada, estamos ante un impedimento absoluto, en cuanto no pueden contraer matrimonio. Cuando el Cristianismo ejerce su influencia en el Imperio, también surge como impedimento el de los individuos que hacen voto de castidad para consagrarse al Señor.

Posición social: En cuanto a la posición social, en el primitivo derecho se impedía el matrimonio entre patricios y plebeyos, prohibición eliminada en el año 309 de Roma (445 a. C.) al dictarse la Lex Canuleia (Cicerón criticaba la Ley de las XII Tablas por esta razón).

Por otra parte, pero también por razones sociales, se impedía el matrimonio entre libertos e ingenuos, impedimento que ya en la segunda mitad de la época republicana había caído en desuso, pero que fue expresamente derogado por las leyes Julia y Papia Popea de la época de Augusto, las que mantuvieron la prohibición respecto de los que pertenecieran a la clase senatorial y sus hijos, lo que sólo habría desaparecido en tiempos de Justiniano.

Estas mismas leyes prohíben el matrimonio entre ciudadanos ingenuos con mujeres adúlteras flagrantes. Se señala que las personas de dignidad senatorial y sus hijos no podían casarse con personas que ejercieran ciertas profesiones, lo que habría sido abolido por Justiniano para poder casarse con Teodora quien habría tenido un dudoso pasado.

En relación al cargo, existió siempre la prohibición de contraer matrimonio entre aquellos que ejercían cargos importantes en provincia, como gobernador u otro cargo relevante ya sea en la administración civil como militar, y mujeres que pertenecieran por su origen o domicilio a la provincia en donde ejercían sus funciones. En todo caso, podían casarse cuando hubiera terminado el ejercicio de su cargo.

Rapto y adulterio: La Lex Iulia de adulteris coercendis prohibía el matrimonio entre una persona casada y el o la adúltera; y también el matrimonio entre raptor y mujer raptada.

Tutela y curatela: De acuerdo a un senado consulto de los tiempos de Marco Aurelio y Cómodo (entre 175 y 180 d. C.) se prohibía el matrimonio entre tutor y pupila, antes de rendir cuenta sobre la administración de sus bienes y mientras no se extinga el plazo para intentar una restitutio in integrum por menor de edad, estableciéndose que el impedimento se extendía también al pater del tutor y sus descendientes.

Consentimiento

El matrimonio en Roma se perfeccionaba mediante el consentimiento, el cual en la justa nuptia debía cumplir con los siguientes requisitos:

Serio y no simulado.

No estar afecto a error con respecto a la identidad del otro contrayente.

Ser puro y simple, esto es, no admitía ninguna modalidad.

En cuanto a los elementos constitutivos del matrimonio, nadie soslaya la importancia del consentimiento como característica propia del matrimonio romano, él cual pervivirá en tanto exista el consentimiento. El consentimiento o affectio maritalis es un elemento subjetivo y esencial, llegando a decirse

que el matrimonio romano es más bien un estado de voluntad cotidiano, vale decir, exige consentimiento continuo y duradero y que por estar exento de formalidades permite a algunos sostener que el matrimonio romano consiste sólo en el consentimiento. La manifestación no estaba sujeta a ninguna formalidad, el solo consentimiento bastaba²⁷.

Conviene reiterar que el consentimiento en el matrimonio o *affectio maritalis* tiene carácter permanente, esto es, se exigía para comenzar y mantener todo matrimonio, y que se trata de un estado de vida cotidiano, esto es, la voluntad de continuar viviendo como marido y mujer. El consentimiento no es solamente inicial, sino que debe ser duradero, continuo, de allí que se le denomine *affectio* que indica una voluntad con ese carácter. El matrimonio terminaba cuando cesaba la *affectio maritalis* o sea la mutua intención de ser marido y mujer. Esto varió con el advenimiento del cristianismo, ya que se le otorgó mayor importancia al *consensus* o consentimiento inicial, llegándose a postular por algunos, los católicos, el carácter indisoluble del matrimonio.

Consentimiento y *status familiae*

Situación de los *alieni iuris*

Conviene destacar que el consentimiento de los contrayentes no es suficiente cuando uno de ellos o ambos están bajo *patria potestas* , pues en tal caso se requiere, además, el consentimiento del *pater familias* . Cualquiera sea la edad del *alieni iuris* , éste requiere consentimiento o autorización, el cual, tampoco está sujeto a formalidad y hasta puede ser tácito. En este sentido, se estableció que el silencio del *pater* implicaba la aceptación del matrimonio.

²⁷ Pastor, Bárbara. Breve historia de la Antigua Roma, su monarquía y su república. Editorial Nowtilus

En los primeros tiempos la norma que exigía la autorización de su pater era absoluta, pero a comienzos del Imperio, con las leyes Julia y Papia, se atenuó esta norma y se generalizaron las siguientes soluciones:

Si el hijo se había casado sin la autorización de su pater, éste podía después de contraído el matrimonio, ratificarlo o confirmarlo con lo cual se subsanaba cualquier vicio que se derivara de la falta de autorización paterna, o sea la ratificación posterior confirma el matrimonio ya contraído.

Si el pater no puede prestar su consentimiento por encontrarse ausente, prisionero de guerra o padecer algún impedimento que le imposibilitare otorgarlo, puede prescindirse de este requisito, estableciéndose en el Derecho justiniano que hubiesen transcurrido tres años de ausencia, permitiéndose incluso antes si pareciere verosímil que el pater no se opondría al matrimonio.

Si el pater no puede prestar el consentimiento en razón de que se encuentre afecto por alguna enfermedad mental, el consentimiento debe ser otorgado por el magistrado oyendo al curador y a los miembros más importantes de la familia.

Si el pater de la mujer se niega a prestar el consentimiento sin que exista causa o motivo suficiente, puede ser suplido por el magistrado. Ello no ocurre cuando el pater familias del varón es el que rehúsa su consentimiento, pues aquí rige un principio según el cual a nadie puede hacerse un heredero contra su voluntad (se aplicaría en caso de matrimonio de hijas). Finalmente, Justiniano equipara a los hijos de ambos sexos.

Cabe destacar que el pater no puede imponer a un *filiusfamiliae* un matrimonio, dado que el matrimonio exige siempre el contrayente del varón y la mujer que se unen en comunidad.

Finalmente, tratándose de hijos varones, además del consentimiento del paterfamilias se exige también el del padre, pues los hijos habidos en este matrimonio podrían eventualmente quedar bajo su patria potestas.

Situación de los Sui Iuris

Cabe destacar que respecto de los *sui iuris*, en virtud de dos constituciones de Constantino se exige para el matrimonio de las hijas menores de edad el consentimiento del padre, de la madre y a falta de ésta, de los más próximos parientes. En el caso de una mujer *sui iuris* mayor de edad, algunos autores consideran que debía intervenir la autorización del tutor, pero cesada la tutela en razón del sexo, sólo se exigía el consentimiento de los parientes próximos y, en caso de disenso, la intervención de la autoridad judicial.

Ritualidades

En Roma no existían ni registros ni formalidades de ninguna índole, así, no se exigía la concurrencia de algún ministro de fe. Se perfecciona por la libre voluntad de un hombre y una mujer que quieren ser marido y mujer, esto es, por lo que los romanos denominan *affectio maritalis*. Sin perjuicio de ello, los usos sociales determinaban que algunos actos más o menos rituales (*nuptiae*) acompañaran con gran frecuencia el comienzo de la vida matrimonial. Uno de ellos es la *deductio in domum mariti* o conducción de la mujer a la casa del marido en medio de un cortejo nupcial formado por parientes y amigos, cuando la esposa traspasaba el umbral de la casa, el marido le ofrece el agua y el fuego, que son considerados elementos de la vida

En concreto, el matrimonio romano era jurídicamente informal en su esencia, si bien sí que existieron formas rituales de índole social o religiosa que pudieron acompañarlo, aunque éstas no alteraron tocaron su estructura jurídica propiamente dicha²⁸.

Prueba del Matrimonio

En caso de discusión sobre si dos personas estaban casadas, podían usarse todos los medios de prueba contemplados en la ley, esto es, testigos, instrumentos, confesión de los interesados, etc. Es del caso destacar que la propia convivencia marital era un importante instrumento probatorio del consentimiento matrimonial.

En todo caso, para muchos la convivencia marital sería un elemento objetivo del matrimonio, pero que el consentimiento de las partes no exige estar sostenido por una cohabitación efectiva. Así, la convivencia podía no ser efectiva y el matrimonio, empero, podía seguir subsistiendo, en tanto varón y mujer, ambos, se guardaran recíprocamente el respeto y la consideración: ello constituía el honor matrimonii y así se aceptaba la posibilidad de contraer matrimonio en ausencia del marido, por el hecho de entrar la mujer en la casa del varón mediante la deductio in domum mariti. En este sentido algunos autores, como Accarias, consideran que lo que es necesario es que la cohabitación física sea actualmente posible o bien que la mujer sea puesta bajo la disposición del marido (Paulo destaca que un hombre ausente puede casarse a diferencia de una mujer ausente).

En concreto, puede contraerse el matrimonio entre personas ausentes, que manifiesten su intención por carta o mensaje, pero a condición de que la mujer entre en la casa del marido, iniciando así aquella vida común que sería el elemento objetivo del matrimonio.

²⁸ Grimal, Pierre. La civilización romana, Vidas, costumbres, leyes y artes. Editorial Paidós

En cuanto a la prueba de la *affectio maritalis*, que sería el elemento subjetivo, Bonfante señala se demuestra mediante las declaraciones de los cónyuges mismos o de los parientes y amigos, pero más que nada mediante su manifestación exterior, o sea, el honor *matrimonii*, que es el modo de tratarse, en todas las formas, como en la sociedad se deben tratar dos cónyuges, conservando la mujer la posición social del marido y la dignidad de éste. En este sentido, si un hombre y una mujer casados debían vivir constantemente separados, como ocurría entre personas consulares, si los dos mantienen recíprocamente el honor *matrimonii*, el matrimonio existe.

Efectos del matrimonio sobre la mujer

Si bien el matrimonio es uno y único, la situación de la mujer dentro del mismo es distinta según se encuentre o no sometida al poder marital, *manus*, como consecuencia de la incorporación, en ciertos casos, de la mujer a la familia agnaticia del marido. De esta forma, para precisar los efectos del matrimonio respecto de la mujer es necesario distinguir entre matrimonio *cum manu* y matrimonio *sine manu*²⁹.

Sin perjuicio de ello, no podemos dejar de mencionar que el matrimonio por sí, no obstante ser una simple situación de hecho, produce ciertos efectos jurídicos independientemente de si se acompaña o no de la *manus*, y así tenemos que el matrimonio establece entre los cónyuges una *societas vitae* (Comunidad de vida).

En efecto, podemos mencionar como efectos comunes tanto al matrimonio *Cum manus* y *Sine manus* los siguientes:

²⁹ Gardner, Jane F. *Women in Roman Law and Society*. Indiana University Press, 1991

Respecto al Adulterio, Justiniano reemplazó la pena de muerte por la reclusión de la mujer en un monasterio, de donde podía salir, en caso de perdón del marido, al cabo de dos años.

Los cónyuges se deben mutua fidelidad, cuya violación constituye el adulterio, que es justa causa de divorcio, pero en el caso la mujer se le considera más grave pues conlleva el peligro de introducir en la familia sangre extraña. También, como consecuencia de este efecto, resulta que existe impedimento para toda persona casada de contraer segundo matrimonio antes de la disolución del primero.

En todo caso, no podemos dejar de señalar que para el marido el deber de fidelidad no es más que un deber moral. Distinta es la situación de la mujer quien es severamente castigada en caso de adulterio, esgrimiéndose como razón que por esa vía podía la mujer introducir en la familia hijos de sangre extraña. En efecto, en el plano penal, daba derecho al marido de acusar a la mujer para efectos de ser castigada a una pena capital, previo juzgamiento por un consejo de parientes.

En este sentido, la sanción del adulterio será durante largo tiempo un asunto de familia. En efecto según una ley atribuida a Rómulo, el marido y el pater tenían el derecho de dar muerte a la mujer infiel. Esta ley habría dejado de ser aplicada y olvidada, sosteniéndose que a fines de la República los maridos romanos se conformaban con el divorcio sin penalidad. Ante esto reaccionó César Augusto quien hizo votar la Lex Iulia de adulteris coercendis, que sometía a las mujeres infieles a una pena consistente en la relegación a una isla, sancionando al marido que no denunciaba a su mujer adúltera como autor del delito de corrupción, otorgándole un plazo de sesenta días para que él o el pater castigaran a la mujer en conformidad a las facultades que les reconocía el ordenamiento jurídico.

Vencido este plazo, para que el crimen no quedara impune, la acción popular estaba abierta a cualquiera. De esta forma, el escándalo sancionaba a los maridos demasiado indulgentes. Constantino, tres siglos después intentó volver a la vieja reglamentación. Finalmente, Justiniano reemplazo la pena de muerte por la reclusión de la mujer en un monasterio, de donde podía salir, en caso de perdón del marido, al cabo de dos años.

En el matrimonio romano, nos dice Valencia, sólo la mujer es responsable por infidelidad sexual. El marido, en cambio, no lo es: su infidelidad únicamente se tenía en cuenta como eximente o atenuante del adulterio de la mujer.

El marido es a quien corresponde la defensa de la mujer y en ese sentido tiene derecho de perseguir con la *actio in iuriarum* las ofensas que le fueran infligidas a la mujer.

Los cónyuges no pueden ejercer el uno contra el otro acciones que conlleven pena infamante, ni las sustracciones entre ellos son consideradas como hurto, o por lo menos se excluye, por regla general y salvo situaciones especiales, la acción de hurto. En todo caso, el cónyuge afectado puede ejercitar mientras dura el matrimonio una *condictio sine causa*; y después del matrimonio puede ejercer una *actio rerum anotarum* para recuperar la posesión de las cosas sustraídas durante el matrimonio.

A fines de la época clásica se reconoce al marido el derecho a exigir que la comunidad conyugal de vida sea respetada por todos. Así, si un tercero retiene a la mujer, puede mediante un interdicto especial llamado *uxore exhibenda et ducenda* exigir la exhibición y entrega. Además dispone de una *exceptio* para rechazar un interdicto de reclamación interpuesto por el pater familias de ella. En todo caso, todavía al comienzo de la época imperial el pater que hubiese conservado la potestad sobre su hija, podía en todo momento exigir al marido la entrega de la misma, interdicto *liberis exhibenda*

et ducenda, pero más tarde, Antonino Pío permitió al marido oponerse a las pretensiones del pater haciendo valer la excepción (defensa) de ser la convivencia marital armónica e injustificada la reclamación de aquél.

Marido y mujer deben cohabitar y la mujer tiene por casa a la del marido, siendo ese su domicilio.

La mujer asumía la condición social de su marido.

1.6. ANÁLISIS DEL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO EN LA ÉPOCA ROMANA

La homosexualidad ha estado presente en las sociedades desde tiempos muy antiguos, y se han encontrado casos de homosexualidad bastante bien documentados desde la más temprana antigüedad³⁰.

El lugar del homosexual en la sociedad y la percepción de la homosexualidad cambian muchísimo entre las sociedades y las épocas. En la Grecia antigua, por ejemplo, se consideraba normal que un muchacho (entre la pubertad y el crecimiento de la barba) fuera el amante de un hombre mayor, el cual se ocupaba de la educación política, social, científica y moral del amado. Pero se consideraba más extraño que dos hombres adultos mantuviesen una relación amorosa (aunque se ve que era normal en la relación entre Aquiles y Patroclo, o en las parejas de soldados tebanos y hasta en la relación entre Alejandro Magno y Hefestión).

Existen numerosos ejemplos de literatura lírica ensalzando el amor y las relaciones homoeróticas. Los poetas latinos de la época dan por hecho que todos los hombres sienten deseo homosexual en algún que otro momento. Ejemplos de poetas con alguna obra que alaban estas relaciones son Cátulo, Horacio, Virgilio u Ovidio. Cabe destacar el hecho de que ser

³⁰ P. Fuentes, G. Cárceles, R. Andres, I. Clúa, J.V. Aliaga, P. Alcaide. Homo, toda la historia. Imperio romano. 1999. Ed. Bauprés

"pasivo" no era bien visto socialmente, pues se consideraba que serlo significaba ser intelectualmente inferior y más inexperto que el que asumía un rol "activo". También es destacable que la homosexualidad femenina no estaba bien vista; la máxima griega era, a este respecto, que "la mujer era para la reproducción, pero el hombre para el placer". Se reconocía que era necesario preservar la estirpe, la especie, pero que solamente se podía encontrar placer en la relación íntima con otro hombre, ya que el hombre se consideraba un ser más perfecto que la mujer y, por lo tanto, la unión entre dos hombres sería más perfecta.

En la antigua Roma, si bien algunos autores como Tácito o Suetonio contemplaban la homosexualidad como un signo de degeneración moral e incluso de decadencia cívica, era relativamente frecuente que un hombre penetrara a un esclavo o a un joven, mientras que lo contrario era considerado una desgracia. De Julio César, el gran genio militar, creador del Imperio, se decía que era "vir omnium mulierum et mulier omnium virorum", esto es, "el marido de todas las mujeres y la mujer de todos los maridos". Famoso por sus amoríos con las mujeres de la nobleza romana, los rumores sobre su homosexualidad tienen su origen en el 80 A.C., cuando el joven Julio César fue enviado como embajador a la corte de Nicomedes. Al parecer, el rey asiático quedó tan deslumbrado con la belleza del joven mensajero romano que lo invitó a descansar en su habitación y a participar en un festín donde sirvió de copero real durante el banquete. Su estancia en Bitinia generó fuertes rumores de que ambos –Julio César y Nicomedes– fueron amantes, lo cual motivó a los adversarios políticos de Julio Cesar a llamarle "Reina de Bitinia", incluso tiempo después de su estancia en el reino. Tanto a Marco Antonio como a Octavio (este último conocido después como César Augusto) se les señaló que tenían amantes masculinos. De nuevo Suetonio consigna que el emperador Nerón, tomando el rol pasivo con el liberto Doryphorus, imitaba los gritos y gemidos de una mujer joven. También el emperador Galba se sentía atraído por hombres fuertes y

experimentados. Y en varias ocasiones se informa que los soldados eran asaltados sexualmente por sus oficiales superiores³¹.

La práctica de la pederastia tiene su cenit durante el reinado del emperador Adriano. Es famoso su amor por el joven griego Antíno. Tras su prematura muerte ahogado Adriano erigió templos en Bitinia, Mantinea y Atenas en su honor, y hasta le dedicó una ciudad, Antinopolis. Cabe destacar al joven emperador Heliogábalo, que a principios del siglo III escandalizó a sus contemporáneos casándose públicamente dos veces vestido de mujer. Son múltiples las anécdotas sobre su comportamiento lascivo, y los soldados de su guardia personal eran conocidos como los rabos de burro por ser reclutados en las termas entre los mejor dotados.

³¹ Thomas K. Hubbard, (2003). *Homosexuality in Greece and Rome, a Sourcebook of Basic Documents*. Los Angeles, London. Con fecha 12 de julio de 2010

CAPÍTULO II.

II. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DEL MATRIMONIO

Concepto de Matrimonio

“El matrimonio constituye la institucionalización de las relaciones que tienen por base la unión intersexual. La institucionalización de esta unión entre un hombre y una mujer se logra en virtud de un acto jurídico, es decir, un acto voluntario, lícito, que tiene por fin inmediato establecer las relaciones jurídicas conyugales”³².

Es un acto jurídico civil, solemne y público mediante el cual dos personas de distinto sexo establecen una unión regulada por la ley y dotada de cierta estabilidad y permanencia.

Acto Jurídico- Regido por la ley, existen requisitos.

Acto Civil- Modifica el estado civil, se da entre personas.

Acto Solemne- Porque tiene formalidades que cumplir, tiene efectos, es un contrato ya que no se realiza por intereses, ya sean afectivos o no.

Acto Público- Porque se publica en el Registro Civil y Diario Oficial del domicilio de cada cónyuge para quien conozca algún impedimento lo de a conocer por escrito, si se presenta algún impedimento después de consumado, será anulado.

³² Luis Martínez Vázquez de Castro, El concepto de matrimonio en el Código Civil, Aranzadi, 2008

Regulado por la Ley- La ley establece derechos y obligaciones a partir del matrimonio (familia, hijo legítimos)

Publico -Debe haber 4 testigos en la inscripción.

Debe haber 4 testigos ante de contraerse.

Estabilidad y Permanencia- Crea bases sólidas.

El matrimonio es el instituto que constituye la base de la familia moderna monogámica. Se constituye la familia con el matrimonio, es decir que existe familia desde el momento de la celebración del matrimonio³³.

La familia se completa además con otros integrantes, como el de los caso hijos y parientes, etc. El matrimonio crea un vinculo entre los esposos que genera derechos y obligaciones reciprocas. Subsisten los siguientes deberes recíprocos:

Deber de convivencia.

Domicilio conyugal que es elegido de común acuerdo.

Deber de ambos cónyuges de contribuir al mantenimiento del hogar.

En lo que hace a la Patria Potestad es ejercida de común por ambos cónyuges. Los cónyuges tienen el deber de prestarse auxilio recíproco, crea un vínculo de afinidad con los familiares de los cónyuges. En cuanto a los hijos que nazcan del matrimonio el deber de educarlos, alimentarlos, protegerlos, etc. La ley dispone que la capacidad civil del hombre y de la mujer son iguales.

³³ El Matrimonio, Concepto y Naturaleza. Compendio de Derecho Civil - Compendio de Derecho Civil. Tomo 4 (Derecho de familia) (2004). Xavier O'Callaghan - Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Derecho Civil. Sección: Lección 1ª

La palabra matrimonio como denominación de la institución social y jurídica deriva de la práctica y del Derecho Romano. El origen etimológico del término es la expresión "matri-monium", es decir, el derecho que adquiere la mujer que lo contrae para poder ser madre dentro de la legalidad.

La concepción romana tiene su fundamento en la idea de que la posibilidad que la naturaleza da a la mujer de ser madre quedaba subordinada a la exigencia de un marido al que ella quedaría sujeta al salir de la tutela de su padre y de que sus hijos tendrían así un padre legítimo al que estarían sometidos hasta su plena capacidad legal: es la figura del pater familias.

El matrimonio es una institución social que crea un vínculo conyugal entre sus miembros. Este lazo es reconocido socialmente, ya sea por medio de disposiciones jurídicas o por la vía de los usos y costumbres. El matrimonio establece entre los cónyuges —y en muchos casos también entre las familias de origen de éstos— una serie de obligaciones y derechos que también son fijados por el derecho, que varían, dependiendo de cada sociedad. De igual manera, la unión matrimonial permite legitimar la filiación de los hijos procreados por sus miembros, según las reglas del sistema de parentesco vigente.

Por su lado, en vista de la información etnográfica obtenida de diversas sociedades, la antropología del parentesco define el matrimonio como la unión de dos o más personas que cumplen roles de género definidos socialmente, incluso tratándose de matrimonios homosexuales. El matrimonio, desde el punto de vista antropológico, es una institución que permite legitimar la descendencia de una mujer y crea relaciones de alianza entre los grupos de parentesco de los cuales provienen sus miembros.

El matrimonio puede ser civil o religioso y, dependiendo de la religión o del ordenamiento jurídico, los derechos, deberes y requisitos del matrimonio son

distintos. Ahora bien, no todas las sociedades establecen la distinción entre matrimonio civil y matrimonio religioso. Esta distinción sólo puede existir en aquellos contextos donde el Estado ha atraído el reconocimiento del matrimonio como una de sus atribuciones. En algunos países occidentales el matrimonio civil ha sido reconocido hasta fechas relativamente recientes. Por ejemplo, Chile lo reconoció hasta 1884. En general, los Estados que han adoptado el matrimonio civil no reconocen las uniones conyugales realizadas bajo las normas religiosas. En contraparte, las religiones tampoco reconocen el matrimonio civil como un matrimonio válido.

La etimología del vocablo proviene del latín “matrimonium” (madre) lo que significaría una institución centrada en el derecho de la mujer para ser madre, y procrear hijos legítimos.

Es una institución legal que da efectos jurídicos al derecho natural de unión amorosa y sexual entre dos seres para llevar adelante una vida en común y constituir una familia, teniendo como uno de sus principales fines, la procreación y la educación y el cuidado de la prole. Con la legalización de los matrimonios homosexuales, tendría más bien que aceptarse otra definición que no incluiría el fin de la procreación, aunque sí la de educación de los hijos, que podrían adoptarse, si la ley lo permitiera³⁴.

El derecho natural de unirse dos personas, en las condiciones antes vistas, pero sin formalizar los requisitos establecidos legalmente, se llama concubinato, que actualmente la fuerza de los hechos y la proliferación de uniones de esta especie, ha hecho que la ley le reconozca ciertos efectos jurídicos.

³⁴ Jorge Adame Goddard. "Evolución del concepto de matrimonio en el derecho mexicano (1821-1917)" Estudios en homenaje a Don Manuel Gutiérrez de Velasco. México: IJ-UNAM, 2000.

En la antigua Roma el matrimonio era la unión de hombre y mujer, con convicción de que era para siempre (aunque podía fácilmente disolverse el vínculo) con una intensa unión entre el derecho divino y el derechos de los hombres. Era monogámico y heterosexual, y requería dos elementos: uno material o de hecho dado por la convivencia, y otro afectivo, representado por el trato como esposos, basado en el respeto mutuo. Si faltaba uno de esos elementos no había matrimonio, ya que salvo la *confarreatio* (ceremonia religiosa) o la *coemptio* (simulación de una compraventa) en el uso no había acto constitutivo del matrimonio sino solo la persistencia por lo menos por un año de la convivencia y la *affectio maritalis*.

En los países occidentales, el matrimonio necesita de un acto constitutivo de celebración ante las autoridades correspondientes, y a partir de allí queda jurídicamente constituida la unión para todos los efectos legales, sin necesidad de probar la convivencia de los esposos o su trato marital. Los hijos nacidos del matrimonio serán legítimos, y estarán sujetos a la patria potestad; nacerá la sociedad conyugal si no hubiera capitulaciones matrimoniales entre los esposos, con existencia de bienes propios y gananciales; surgirá la vocación hereditaria y el parentesco entre uno de los cónyuges y los parientes del otro (afinidad). Los cónyuges entre sí no son parientes.

Para poder casarse se necesita ser una persona capaz y mayor de determinada edad. En Argentina se requiere 14 años en la mujer y 16 en el varón, y no poseer impedimentos absolutos, como ya estar casada o haber hecho votos de castidad, ni impedimentos relativos, como los de parentesco.

El matrimonio es monogámico en los países de occidente, pero se acepta entre los pueblos musulmanes que el hombre pueda tener más de una esposa.

La naturaleza jurídica del matrimonio

Existen tres teorías o doctrinas que regulan, y explican cada una de ellas:

1. La doctrina del matrimonio como un contrato: Para la cual el matrimonio es un contrato, es decir un acuerdo de voluntades entre dos personas que hacen surgir derechos y obligaciones entre ellas. La objeción que existe a esta teoría es que el contrato crea derechos y obligaciones de carácter económico, mientras que el matrimonio genera derechos y obligaciones de carácter moral.

2. La doctrina del matrimonio como un acto jurídico: Esta doctrina toma como base que existen actos jurídicos públicos y actos privados, los primeros con los cuales actúa el Estado; los segundos los que son realizados por los particulares. En el matrimonio se conjuntan ambos, es decir la participación del Estado a través del funcionario que autoriza el matrimonio y la participación de los particulares o contrayentes.

3. La doctrina del matrimonio como una institución social: Considera al matrimonio como un ente creado y regulado por sus propias normas y reglas que le han sido otorgadas por el Estado con el objeto de darle una seguridad social a dicha institución.

La naturaleza jurídica del matrimonio es un acto jurídico matrimonial y no un contrato en la noción tradicional. Es un acto jurídico bilateral que se constituye por el consentimiento de los contrayentes pero integrado por la actuación también constitutiva del oficial público encargado del Registro Civil o de la autoridad competente para celebrar el matrimonio, para hacer efectivo un control de legalidad de parte del Estado.

También se ha aludido al matrimonio como institución, pero de este modo no se considera al acto jurídico como fuente de relaciones jurídicas, sino al estado de familia en sí o, a las relaciones jurídicas matrimoniales que se constituyen a partir del acto jurídico matrimonial.

Existen tres teorías o doctrinas que regulan, y explican cada una de ellas:

1. La doctrina del matrimonio como un contrato: Para la cual el matrimonio es un contrato, es decir un acuerdo de voluntades entre dos personas que hacen surgir derechos y obligaciones entre ellas. La objeción que existe a esta teoría es que el contrato crea derechos y obligaciones de carácter económico, mientras que el matrimonio genera derechos y obligaciones de carácter moral³⁵.

2. La doctrina del matrimonio como un acto jurídico: Esta doctrina toma como base que existe actos jurídicos públicos y actos privados, los primeros con los cuales actúa el Estado; los segundos los que son realizados por los particulares. En el matrimonio se conjuntan ambos, es decir la participación del Estado a través del funcionario que autoriza el matrimonio y la participación de los particulares o contrayentes.

3. La doctrina del matrimonio como una institución social: Considera al matrimonio como un ente creado y regulado por sus propias normas y reglas que le han sido otorgadas por el Estado con el objeto de darle una seguridad social a dicha institución.

El Código Civil en su artículo 78 acepta al matrimonio como institución.

³⁵ Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil, Vol. I. Porrúa, México, 1998

CLASIFICACION DEL MATRIMONIO:

1. Matrimonio Religioso: Es el celebrado ante sacerdote o ministro de culto no católico.
2. Matrimonio Civil: Es el celebrado ante la autoridad facultada para ello y que obligatoriamente debe ser previo al religioso, por disposición de la ley.
3. Matrimonio Mixto: Surge como resultado de la existencia y reconocimiento de los matrimonios religioso y civil, a manera de que en casos determinados uno u otro surtan plenos efectos.

El matrimonio como contrato ordinario:

En el derecho positivo como en la doctrina, se le ha considerado fundamentalmente como un contrato en el cual existen todos los elementos esenciales y de validez de dicho acto jurídico. Se invoca que los contrayentes deben de manifestar su consentimiento ante el Oficial Registro Civil para unirse en matrimonio, en resumen se puede decir que el elemento esencial es el acuerdo de las partes.

Plainol y Ripert:

Ellos dicen que el matrimonio es una institución y constituye un acto complejo³⁶.

En contra, tenemos las opiniones de Rugiero y Bonecase dicen que no basta un acuerdo de voluntades para afirmar sin más que sea un contrato; Ni es cierto tampoco que todo negocio bilateral sea contrato, demuestran la radical

³⁶ Plainol. Tratado Elemental de Derecho Civil. Edit. José M. Cajica, Jr. Puebla, Tomo I, Pág. 413.

diferencia que media entre el contrato y el matrimonio. Contra lo que pasa en los contratos el matrimonio está sustraído a la libre voluntad de las partes; éstas no pueden, en el matrimonio, estipular condiciones y términos ni adicionar cláusulas o modalidades ni disciplinar las relaciones conyugales de modo contrario al establecido en la ley; la libertad no surge sino cuando se trata de intereses patrimoniales, y aún en tal caso está muy limitada³⁷.

Bonecase en su obra ha sostenido que es talmente falsa la tesis contractual.

Desde luego rechaza el punto de vista de Plainol haya procedido con un espíritu de moderación y cordura en la regulación jurídica de la familia y en cuanto la concepción del matrimonio como contrato, reconoce que de los trabajos preparatorios del Código de Napoleón resulta con evidencia, que los redactores del mismo. Rousseau dice: “El matrimonio es el más excelente y antiguo de los contratos, es lemas excelente, porque la sociedad civil está más interesada en él “.

En el matrimonio, considera Bonecase, que no se cumplen las reglas que lo caracterizan como un contrato, ni menos aún existe el principio de la autonomía de la voluntad por lo que se refiere a sus efectos y disolución, pues el principio de la autonomía de la voluntad que domina sin excepción las consecuencias de los contratos conforme al Art. 1156 del Código de Napoleón, no tiene ninguna aplicación en materia matrimonial.

Carece de valor cualquier pacto que los contrayentes modifiquen los fines del matrimonio.

En cuanto a su disolución no depende de la voluntad de los consortes disolver el vínculo matrimonial; en cambio, todo contrato concluye por mutuo desacuerdo.

³⁷ Elementos de Derecho Civil. Edit. José M. Cajica, Jr. Puebla, Tomo I, pág. 545.

Por lo cual debe de rechazarse la tesis de Bonecase, ya que en su lugar debe de examinarse que el derecho de familia ha venido ganando terreno la idea del matrimonio el cual es un acto jurídico mixto el cual participa en forma constructiva del mismo, el Oficial del Registro Civil.

Por otro lado se requiere para su existencia que se levante al acta matrimonial, en este aspecto se vuelve a comprobar la intervención activa del Oficial de Registro Civil, esto es que tiene que redactar y levantar un acta cumpliendo estrictas solemnidades en su constitución, tiene que como acto jurídico mixto y el papel esencial que juega el Oficial del Registro Civil.

En nuestro derecho, el Art. 155 del Código de 1884 decía expresamente:

“El matrimonio es la sociedad legítima de un solo hombre con una sola mujer que se unen con un vínculo sólido”.

En el código Civil vigente ya no se contiene una definición del matrimonio, de tal suerte que no se le caracteriza expresamente como un contrato, pero en los textos legales desde 1917 en los cuales tuvo objeto separar de manera radical el matrimonio civil del religioso, es decir, negar el principio consagrado por el derecho canónico que dio carácter de sacramento al matrimonio. Por eso se afirma que el matrimonio como contrato civil es de la exclusiva competencia de los funcionarios y de las autoridades del orden civil. En si su intención fue únicamente negar la iglesia toda la ingerencia en la regulación jurídica del matrimonio, en la celebración del mismo, en las consecuencias del divorcio y en los impedimentos para ese acto.

De estos mandatos se desprende que no puede aplicarse a la regulación misma del acto en cuanto a los derechos y obligaciones que se genera el sistema convenido. Es indicar que no-solo se pueden trastornar los deberes y jurisdicciones que absolutamente instituye la ley si no que no logran los

esposos estipular términos, condiciones o modalidades que perturben a este procedimiento que se considera de interés público, la voluntad de los particulares no puede eximir de la obediencia de la ley, ni trastornarla o cambiarla.

La forma de disolución:

La ley dispone que el divorcio solo procederá por las causas que señala o por mutuo consentimiento de los consortes, podría pensarse que en esta forma de divorcio se aplica el régimen contractual hay que se equipará al mutuo disenso, pero la diferencia es evidente si se reflexiona que no puede haber divorcio sin la intervención del un juez o del Oficial del registro Civil en caso de que no haya habido hijo y los consortes no tengan bienes o hubieren liquidado la sociedad respecto a los mismos. Por lo tanto, no basta el mutuo consentimiento de los consortes por si solo para disolver el matrimonio, se requiere siempre de la intervención de un funcionario del estado y sobre todo, no exista la sentencia del Juez Civil o la declaración del oficial del registro civil decretando el divorcio, subsiste el vínculo matrimonial.

El matrimonio como contrato de adhesión:

Las características generales de los consortes son que no son libre para estipular derechos y obligaciones distintos de aquellos que imperativamente determina la ley.

En el caso del matrimonio el estado impone el régimen legal del mismo, de tal manera que los consortes simplemente se adhieren a ese estatuto, funcionando su voluntad solo para el efecto de ponerlo en movimiento y aplicarlo a los sujetos determinados.

El matrimonio como estado jurídico:

Se exhibe como un doble resultado de la organismo marital y del acto jurídico que llevan a cabo los elementos en alianza del Oficial registro Civil, pues constituye a la vez la situación jurídicamente inquebrantable que gobierna la vida de los esposos y un acto jurídico mixto desde el instante de su conmemoración.

El matrimonio constituye un estado jurídico entre los consortes, ya que crea para si una situación jurídica permanente que origina consecuencias constantes por aplicación del estatuto legal respectivo a todas las situaciones que se van presentando durante la vida de esposos.

Los diferentes estados:

El estado de hecho y los estados de derecho, según que nazcan de hechos o de actos jurídicas, por ejemplo el concubinato es un estado de hecho y el matrimonio es un estado de derecho.

El estado de matrimonio:

Este tiene consecuencias importantes, pues cuando se inicia por un acto jurídico, en realidad se perfecciona a través de la vida en común; sin el estado matrimonial no puede cumplirse el deber de convivencia que existe entre los esposos. Y la falta de este estado puede darse el caso de disolución en los términos de las fracciones VII y IX del Art. 267 del código civil federal.

Tesis de Antonio Cicu:

“El matrimonio no es un contrato, si no un acto de poder estatal. Es decir que la declaración de la voluntad de los esposos deba ser dada al oficial, y por él recogida personalmente en el momento en el que se prepara para el pronunciamiento, los esposos no tienen ningún valor jurídico”³⁸.

La concepción contractual es la de que hay libertad de unirse o no en el matrimonio, no es concebible, el consentimiento es aquí más simple, más vinculante; esto no tiene nada que ver con la valoración jurídica, así el mismo no puede explicar por qué en casos en los que el consentimiento es pleno, y el propósito es precisamente aquel que sustancialmente se atribuye al matrimonio³⁹.

El estado no interviene como extraño. Se tiene, en cambio, interés familiar, elevado a interés estatal.

2.1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL MATRIMONIO

En el sistema romano se les llamaba a los responsales “sponsalia”, los cuales representaban un elemento consensual del matrimonio, que en resumen es un compromiso adquirido por mujer y marido, y la ejecución de este contrato se llevara a cabo, que a su vez se componía de dos actos sucesivos los cuales son:

³⁸ Rafael Rojina Villegas, tomo segundo, derecho de familia, séptima edición, editorial porrua, s.a. av. República argentina, 15 México, 1987.

³⁹ Cicu, El Derecho de Familia, Ediar, BS. AS. 1947, pág. 443.

El compromiso.

La consumación del matrimonio.

Concepto:

Los esponsales son definidos por el Art. 139 del código Civil como la promesa del matrimonio que se hace por escrito por un novio a otro y es aceptada por este último.

Y la definición que hacen Kipp y Wolf es:

“Por esponsales se entiende tanto el convenio de futuro matrimonio entre una mujer y un hombre, como la relación producida por este convenio”⁴⁰.

Es decir que los esponsales forman parte del contrato, por lo que deben de cumplir y llenar todos los elementos que son necesarios, los cuales aparecen en el Art. 1794 y 1795.

Los esenciales: el consentimiento y el objeto.

Elementos de validez: la capacidad, la ausencia de vicios del consentimiento, la forma de un objeto, motivo y fin lícitos.

Consentimiento:

En este el Art. 139 determina los elementos esenciales de los esponsales, supuesto que el consentimiento se comprenda por la ley al hablar de la promesa de matrimonio y de su aceptación.

Elementos de validez:

⁴⁰ Kipp y Wolf, Enneccerus, Tratado de Derecho Civil; t. IV.

En cuanto a estos igualmente el Art. 139 exige que estén presentes los esponsales por escrito, del contrario la promesa de matrimonio será nula.

Capacidad:

En el Art. 140 se exige la misma, en caso del hombre pide que haya cumplido la edad de 16 años y la mujer 14. y en caso que sean menores de edad, se requiere que sus esponsales legales consientan el matrimonio, de no hacerlo tendrían efectos jurídicos.

Contrato de esponsales:

En este el consentimiento debe de manifestarse libremente y en una forma no violenta error o dolo. Y en caso de que existiese alguno de estos vicios el contrato quedará afectado de nulidad relativa.

LOS ESPONSALES EN EL DERECHO GERMÁNICO Y EN EL DERECHO CANÓNICO.

En un principio no se pedía el establecimiento de la novia, pero se hace preciso en los derechos nacionales. Todo esto bajo la autoridad de la iglesia en la Edad Media, los esponsales concluidos entre el novio y los titulares de la potestad sobre la novia, con la aprobación de ésta, se convierten en compromiso entre el novio y la novia con el consentimiento de los titulares de la autoridad sobre esta última. Su resultado no es ya la obligación de trasladar la Munt, sino de una forma contigua el de exponer las manifestaciones de consumación del consorcio.

NATURALEZA JURÍDICA DE LOS ESPONSALES

La diferencia entre la celebración del matrimonio y el contrato preparatorio es la siguiente:

Esta se encuentra en el Art. 2243 a2247 del Código Civil, los cuales aclaran en que no se ocasionan deber de contraer el matrimonio, en tanto que el contrato preliminar sí crea obligación de celebrar el contrato definitivo a que una de las partes o ambas se han obligado.

En el antiguo derecho canónico el Art. 79, “muestra los gravísimos inconvenientes, a la ejecución de la promesa de matrimonio. Muestra interés de los particulares y el interés general exigen que cada cual, hasta el momento de la ceremonia, siga siendo libre de arrepentirse y de quitarse de la promesa hecha, sin que por ello se amenace al mundo del derecho y que no está en mano en mano del legislador impedir en los casos particulares, es decir que se es libre pues hasta el ultimo momento el arrepentimiento: dilema que se deja a la conciencia de cada cual si se sacrificara por cumplir con la palabra empeñada y contraer matrimonio que ya no se desea, o hace uso de la libertad en el que el legislador lo deja”.

Los efectos de los esponsales para el caso del incumplimiento son los declarados en el Art. 143 que dice:

“El que causa grave juicio del juez, rehusare el compromiso del matrimonio o difiera indefinidamente su cumplimiento, pagará los gastos que la otra parte hubiere hecho con motivo del matrimonio proyectado. En la misma responsabilidad incurrirá el prometido que diere el motivo grave para el compromiso sin una indemnización a titulo de reparación moral, cuando por la duración del noviazgo, la intimidad establecida entre los prometidos, la publicidad

de las relaciones, la proximidad del matrimonio u otras causas similares, el rompimiento de los esponsales cause un gran daño a la reputación del prometido inocente. La indemnización será prudente fijada en cada caso por el juez, teniendo en cuenta los recursos del prometido culpable y la gravedad del perjuicio causado al inocente”.

Es decir que el daño moral en caso de arrepentimiento cuenta mucho al igual que el gasto económico que se haya tenido.

Tomando en cuenta la naturaleza especial de los esponsales, que no son obligatorios, supuesto que no pueda exigirse de manera coactiva su cumplimiento, se ha considerado que propiamente no constituyen un contrato de derecho familiar, es decir, las consecuencias de derecho jurídico se producen no por el contrato mismo si no por el hecho ilícito que antes se ha hecho referencia.

Boncase llegó a las conclusiones de la jurisprudencia francesa lo cual dice que:

“La solución de la jurisprudencia y de la doctrina sobre los esponsales, los cuales no constituyen un contrato verdadero y su ruptura solo da origen a una aplicación eventual. La aplicación de la jurisprudencia según Boncase es contraria al orden público y a las buenas costumbres”⁴¹.

⁴¹ Boncase, Julien, Tratado Elemental de Derecho Civil. Traducción y Compilación Enrique Figuero Alfonso, México Harla, 1993, pág.224.

Tesis de Bonecase respecto a los esponsales:

Él dice así:

Los esponsales constituyen un verdadero contrato, dotado de la fuerza obligatoria inherente a todo contrato, y generador de responsabilidad contractual en el caso de ruptura injustificada por parte de los contratantes.

Cada uno de los novios es libre de provocar la aplicación del Art. 1142 y de preferir el pago de daños y perjuicios al cumplimiento de su obligación de hacer. Estos daños y perjuicios deben de evaluarse de acuerdo con los artículos 1146 y 1152.

Tesis de Kipp y Wolf:

Los mismos que en el derecho anterior, los esponsales constituyen en la actualidad un contrato y, por tanto sujeto a las disposiciones que establece el código civil, para los contratos y para los negocios jurídicos⁴².

El problema de la obligatoriedad de los esponsales:

Los esponsales no pueden producir la obligación de contraer el matrimonio prometido, ni producen acción en juicio para exigir coactividad por parte de los tribunales, que se lleve a cabo en matrimonio⁴³.

EVOLUCIÓN Y CONCEPTO ACTUAL DEL MATRIMONIO.

Importancia del matrimonio en el derecho mexicano:

⁴² Tratado de Derecho Civil, tomo IV, Vol. II, Editorial Bosch 1947, Octava Edición Barcelona España: Derecho de Familia: El matrimonio, autores Enneccerus, Ludwig Kipp, Theodor - Wolff, Martin.

⁴³ Idem

El matrimonio es una institución social por la que un hombre y una mujer se unen legalmente, con ánimo de permanencia y con el fin de vivir juntos, procrear, alimentar y educar a sus hijos y auxiliarse entre sí.

El matrimonio se funda en la igualdad de derechos y obligaciones de ambos cónyuges.

La mayoría de edad determina la libre aptitud para contraer matrimonio. Sin embargo pueden contraerlo el hombre mayor de dieciséis años y la mujer mayor de catorce, siempre que medie la autorización que determina la ley.

Tienen impedimento absoluto para contraer matrimonio: 1.Los parientes consanguíneos en línea recta, y en lo colateral, los hermanos y medio hermanos; 2.Los ascendientes y descendientes que hayan estado ligados por afinidad; y 3. Las personas casadas y las unidas de hecho con persona distinta de su conviviente, mientras no se haya disuelto legalmente esa unión. No podrá ser autorizado el matrimonio. Del menor de dieciocho años, sin el consentimiento expreso de sus padres o del tutor; . Del varón menor de dieciséis años o de la mujer menor de catorce años cumplidos, salvo que antes de esa edad hubiere concebido la mujer y presten consentimiento las personas que ejerzan la patria potestad o tutela; De la mujer, antes de que transcurran trescientos días contados desde la disolución del anterior matrimonio, o de la unión de hecho, o desde que se declare nulo el matrimonio, a menos que haya habido parto dentro de ese término, o que uno de los cónyuges haya estado materialmente separado del otro o ausente por el término indicado.

Si la nulidad del matrimonio hubiere sido declarada por impotencia del marido, la mujer podrá contraer nuevo matrimonio sin espera de término alguno; Del tutor y del protutor o de sus descendientes, con la persona que haya estado bajo su tutela o por tutela; Del tutor o protutor o de sus descendientes, con la persona que haya estado bajo su tutela o por tutela,

sino después de aprobadas y canceladas las cuentas de su administración; Del que teniendo hijos bajo su patria potestad, no hiciere inventario judicial de los bienes de aquellos, ni garantice su manejo, salvo que la administración pasare a otra persona; y Del adoptante con el adoptado, mientras dure la adopción.

Matrimonio consensual:

Se presenta en una manifestación libre de voluntades entre el hombre y mujer que se unen para constituir un estado permanente de vida y perpetuar la especie.

Concepto romano del matrimonio:

Así se conceptúa el matrimonio en las Institutas de Justiniano. Esta definición poco agregaría al tema si previamente no se realiza un análisis de la institución marital a través de sus elementos esenciales.

En base a las fuentes consultadas y en concordancia con las opiniones de autores a los que se consideran especialistas en la materia arribamos a la conclusión de que deben examinarse dos grandes grupos de elementos.

En primer lugar aquellos elementos que contribuyen a la viabilidad del matrimonio. Es decir los que posibilitan su iniciación, a fin de que comiencen a producirse los efectos jurídicos del mismo. Aquí van a incluirse el CONNUBIUM y el CONSENTIMIENTO.

En el segundo grupo van a considerarse aquellos elementos que tienden al mantenimiento o conservación del matrimonio. Estos elementos son los que hacen a la factibilidad de que el matrimonio siga produciendo los efectos

derivados de su subsistencia. Este grupo comprende la COHABITACION y el AFFECTIO MARITALIS.

Matrimonio canónico:

El matrimonio es un sacramento, es creer que transforma una situación natural en situación de gracia, proporcionándose con ello los medios para vivirlo a diario de manera idónea, otorgando para ello dos tipos de gracias: Gracia santificante, por tratarse de un sacramento de vivos, y Gracia sacramental, que facilita a los esposos el cumplimiento de los deberes propios de su estado.

CONCEPTO LAICO DEL MATRIMONIO:

En el tratado que Kipp Wolf, se expresan las causas que permitieron crear un concepto laico sobre la institución matrimonial, Lutero califica el matrimonio como una cosa externa, mundana, como el vestido, la comida, sujeta a la autoridad secular. En el siglo XVI se difundió una teoría teológico - jurídica que separaba dentro del matrimonio el contrato del sacramento. Los teóricos del derecho natural de los siglos XVII y XVIII niegan, igual que Lutero, la naturaleza sacramental del matrimonio y toman del galicanismo la concepción del matrimonio como un *contratus civilis*⁴⁴.

Los derechos positivos pueden contener una regulación puramente confesional a efecto de que los católicos se les aplique el derecho canónico y a los protestantes a su derecho común. Puede también admitirse una regulación confesional con carácter de derecho supletorio para aquellos casos en los cuales el derecho vigente en un país determinado no comprenda una reglamentación completa sobre el matrimonio.

⁴⁴ Carbonier Jean: Derecho Civil. tomo II. Vol. I. Ed. Bosch. Luwing Ennecenus, Theodor Kipp y Martin Wolff: Tratado de Derecho Civil. Tomo I. Volumen I.

En México el Art. 130 de la Constitución 1917 ha declarado que el matrimonio es un contrato civil y, por lo tanto, se regula exclusivamente por las leyes del estado sin que tengan ingerencia alguna los preceptos del derecho canónico. Sin embargo, debe reconocerse que para la debida interpretación de las normas que regulan los impedimentos, así como para las sanciones de nulidad, es necesario tomar en cuenta el antecedente del derecho canónico. Desde nuestros códigos Civiles de 1870 y 1884 el matrimonio he quedado totalmente reglamentado por la ley civil, tanto por lo que refiere a su celebración ante el registro Oficial competente, como en lo que atañe a la materia de impedimentos, a los casos de nulidad y los efectos de la institución.

2.2. FINES DEL MATRIMONIO

Generalidades: En relación con este aspecto Alberto Pacheco en su libro "La Familia en el Derecho Civil Mexicano"⁴⁵ clasifica a los fines del matrimonio en primarios y secundarios, afirmando al respecto: "Está claro para todo hombre después de la pubertad, que la finalidad más importante del matrimonio es la procreación de hijos y como consecuencia necesaria y exigencia de la naturaleza humana, la educación de los mismos, pues los hijos no nacen educados y es lo natural que sean los padres que los trajeron al mundo los que se encarguen y queden obligados a llevar a cabo su educación. Para eso la naturaleza provee de un afecto paterno y materno a los progenitores que crean el medio ambiente más adecuado para la educación de la prole. El hombre debe ser educado, no es como los animales que se manejan por solo instintos y que pueden subsistir y realizar plenamente su naturaleza animal sin ninguna educación. Estos son los dos fines primarios o principales del matrimonio: la procreación de la prole y la educación de la prole. El matrimonio tiene también unos fines secundarios que son la ayuda mutua y el remedio de las pasiones sexuales de los

⁴⁵ E. Pacheco, Alberto, la Familia en el Derecho Civil Mexicano. México: Panorama 1984, Primera Edición.

cónyuges. Siendo el matrimonio esa unión total de todas las cosas divinas y humanas de la cual nos hablaba Modestino, se entiende perfectamente que así sea, pues la unión íntima necesaria para procrear hijos no puede más que llevar a la creación de ese lazo fortísimo entre ambos cónyuges; la ayuda mutua entre éstos es una cosa que se presenta como lógica derivación de los fines primarios. El cuarto fin, o sea el remedio de las pasiones, se presenta como una situación subsidiaria del matrimonio o sea una finalidad que se logra como consecuencia, indirectamente; los fines del matrimonio tienen entre sí una jerarquía que no puede ser desconocida. Los fines primarios son más importantes que los secundarios, y como tales deben ser perseguidos prioritariamente a éstos. Si se invirtieran los términos, se pervertiría el matrimonio y no se lograrían siquiera los fines secundarios, los fines primarios centrados en la prole, son los que hacen que los cónyuges se abran a los demás y no se cierren egoístamente sobre ellos mismos."

En lo que respecta a la legislación, en el artículo 147 del Código Civil del Estado de Nuevo León, además de establecer la definición del matrimonio, deriva de ésta los fines del mismo al señalar: "El matrimonio es la unión legítima de un solo hombre y una sola mujer, para procurar su ayuda mutua, guardarse fidelidad, perpetuar la especie y crear entre ellos una comunidad de vida permanente. Cualquiera condición contraria a estos fines se tendrá por no puesta."

Por su parte, el Código Civil del Distrito Federal, define al matrimonio en su artículo 146, y señala los fines del matrimonio en términos distintos a los expresados por el Código Civil de Nuevo León, al establecer que:

"Matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable

e informada. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que esta ley exige."

Distinción entre Deberes y Obligaciones: antes de profundizar en el estudio individualizado de los fines del matrimonio, se considera pertinente establecer las diferencias existentes entre deberes y obligaciones, para ello recurriremos a las reflexiones que realiza Manuel Chávez Asencio en su obra "La Familia en el Derecho"⁴⁶, afirmando que: "el matrimonio como acto jurídico genera una relación jurídica. Esta se integra fundamentalmente por un conjunto de deberes jurídicos conyugales y en forma complementaria por obligaciones necesarias para que los consortes puedan vivir en común. Ya expresamos que el objeto del acto jurídico matrimonial es crear un vínculo jurídico conyugal y un estado jurídico o comunidad íntima de vida, de donde surgen los deberes y facultades así como obligaciones y derechos conyugales necesarios para la conservación y fortalecimiento del vínculo. Desde antiguo, la doctrina viene estableciendo la distinción entre efectos personales que se derivan del matrimonio y efectos patrimoniales del mismo, respondiendo la misma a una diversidad fundamental e intrínseca, que por su naturaleza, tienen las relaciones situadas en uno y otro plano. Así al hacer referencia a los deberes jurídicos conyugales se entiende que estoy mencionando aquella relación entre consortes que no tiene contenido económico alguno, por lo contrario, al hablar de obligaciones, me refiero a aquellas que tienen un contenido económico, es decir que pueden ser valoradas pecuniariamente. Sobre esta materia debemos hacer una distinción. En esta relación jurídica conyugal se comprenden sólo los asuntos conyugales comunes, pues los asuntos particulares de un cónyuge son de su competencia exclusiva."

⁴⁶ Chávez Asencio, Manuel F. La familia en el derecho: derecho de familia y relaciones jurídicas familiares. México : Porrúa, 1984.

Características de los Deberes Jurídicos Conyugales: en relación con este aspecto continuamos con lo que señala Chávez Asencio⁴⁷ en su obra anteriormente citada, siendo las características las siguientes:

Contenido no económico. Como primera característica que diferencia el deber jurídico de las obligaciones, está que el deber no tiene contenido económico a título de ejemplo, podemos señalar la fidelidad, que es un deber conyugal y no tiene, ni puede tener, contenido económico.

Influencia de la moral y religión. Los deberes jurídicos reconocen como origen deberes morales, sociales o religiosos por considerarse de fundamental importancia para la convivencia social, el Derecho los asume, los integra a la norma jurídica, pasando a ser deberes jurídicos.

Los deberes jurídicos no son coercibles, o son difícilmente exigibles. Es sumamente difícil exigir un deber jurídico conyugal, pues aún cuando teóricamente pudiéramos imaginar la posibilidad de acudir a los tribunales para exigir, por ejemplo, el cumplimiento del deber jurídico de la fidelidad en la práctica vemos la dificultad evidente de lograr su cumplimiento.

Distinto es el concepto de acreedor. A diferencia de las obligaciones en relación a las cuales encontramos siempre un acreedor, en los deberes jurídicos conyugales no le encontramos en el mismo sentido, ni con las mismas facultades que en las relaciones jurídicas de carácter económico.

Características de las Obligaciones Familiares: en relación con este punto citamos a Chávez Asencio quien señala las siguientes características:

Distinta la participación de la voluntad. En el Derecho de Familia se presenta un fenómeno distinto al que ocurre en el Derecho patrimonial económico, pues aún cuando en ambos por virtud del acto jurídico se crean derechos y obligaciones, en las instituciones familiares se toma en cuenta la voluntad humana para dar nacimiento al estado familiar, pero no necesariamente para determinar el alcance y naturaleza de los derechos, obligaciones y deberes que del mismo derivan, toda vez que éstos quedan definidos por la ley.

⁴⁷ Idem

Distinto origen. Esto significa que los derechos y obligaciones patrimoniales surgen de cualquier otro acto del hombre, o hecho jurídico relacionado con el hombre. Mientras que los derechos y obligaciones familiares, y en ellas comprendidas las conyugales, surgen de la naturaleza orgánica del hombre y llevan el sello de la necesidad.

Permanencia de las obligaciones matrimoniales. Hemos observado que uno de los efectos principales de los actos jurídicos familiares es crear un estado familiar. Es decir un estado jurídico familiar por naturaleza permanente, y mientras subsista, se están dando en esa relación jurídica un conjunto de derechos y obligaciones de carácter patrimonial, que giran en torno a los consortes con un dinamismo especial.

Son obligaciones y derechos relativos. Esto al referirnos a la especial relación jurídica que entre consortes se establece, y esta relación genera derechos y obligaciones de naturaleza relativos. Son relativos, porque sólo se dan entre consortes.

Interés público. Esto ya se ha señalado y basta recordarlo para no abundar en esta materia. Todo lo relativo a la familia y al matrimonio es de orden público.

Intransmisibles. Podíamos afirmar que en esta materia los derechos y obligaciones conyugales son intransmisibles, en virtud de que los derechos se conceden en consideración de la persona titular y las obligaciones también se exigen en consideración de la misma relación jurídica.

Irrenunciables. En términos generales observamos que no sólo los deberes jurídicos familiares se caracterizan como irrenunciables, sino también los derechos subjetivos patrimoniales, como por ejemplo, los alimentos.

La Procreación: Sobre este punto citaremos nuevamente lo referido por Alberto Pacheco, en el sentido de que al llegar a la juventud: "la finalidad más importante del matrimonio es la procreación de hijos y como

consecuencia necesaria y exigencia de la naturaleza humana, la educación de los mismos..."⁴⁸

En cuanto a la Legislación, en el Código Civil del Estado de Nuevo León, en el artículo 147, como se había señalado con anterioridad, además de definir al matrimonio, indica claramente, entre una de sus finalidades expresas la de perpetuar la especie, estableciéndolo así.

"El matrimonio es la unión legítima de un solo hombre y una sola mujer, para procurar su ayuda mutua, guardarse fidelidad, perpetuar la especie y crear en ellos una comunidad de vida permanente. Cualesquiera condición contraria a estos fines se tendrá por no puesta."⁴⁹

En términos semejantes a los expresados por la legislación civil de Nuevo León, lo hace la del Estado de Coahuila⁵⁰, al determinar en el artículo 254 del Código Civil que: "cualquiera condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges se tendrá por no puesta." Por su parte, el Código Civil del Distrito Federal establece a la procreación como una posibilidad dentro de los fines del matrimonio, en el texto del artículo 146, en donde además se define al matrimonio, diciendo que: "Matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre responsable e informada..." El Código Civil del Estado de Quintana Roo⁵¹, por su parte coincide con lo expresado, en lo general, con lo dispuesto por la legislación del Distrito Federal, determinando en el artículo 707: "los cónyuges de

⁴⁸ E. Pacheco, Alberto, la Familia en el Derecho Civil Mexicano. México: Panorama 1984, Primera Edición.

⁴⁹ Código civil del Estado de Nuevo León

⁵⁰ Código Civil del Estado de Coahuila

⁵¹ Código Civil del Estado de Quintana Roo

común acuerdo y de manera libres responsable e informada decidirán el número de sus hijos, y la diferencia de edad entre ellos."

La Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en una de sus tesis reconoce como uno de los fines del matrimonio el de la perpetuación de la especie, sin embargo señala que la frustración de dicho fin no da lugar al divorcio:

5ª. EPOCA

CIVIL

TESIS DE SALA

FINES DEL MATRIMONIO.

Es cierto que uno de los fines del matrimonio es la perpetuación de la especie, pero la frustración de ese fin, no da lugar al divorcio.

TOMO LXXV, Pág. 677. Jara José Ignacio. 11 de enero de 1943. cinco votos SEMANARIO JUDICIAL. QUINTA ÈPOCA. 3ª. SALA. TOMO LXXV. Pág. 677⁵².

La Fidelidad: En relación con este aspecto, existen considerables opiniones de doctrinarios sobre el particular, se expondrán en esta apartado algunas de ellas; así, Luis Fernández Clérigo⁵³ afirma: "el principio está consignado, sin excepción, pero tampoco es fácil su aseguramiento. En casi todas las legislaciones, las consecuencias del incumplimiento de esa tradicional obligación de fidelidad suelen ser las mismas. Dar lugar a una acción de divorcio y poder ser constitutiva de un delito de adulterio, aunque la acción en este caso sea privada y reservada al cónyuge inocente."

Marcel Planiol⁵⁴, sobre la fidelidad señala: "Es este, desde el punto de vista moral, el principal de los deberes que engendra el matrimonio, y la falta más

⁵² Jara José Ignacio 5ª. Epoca, Civil, Tesis De Sala, Matrimonio, Fines Del. Tomo Lxxv, Pág. 677.. 11 De Enero De 1943.Semanario Judicial. Quinta Època. 3ª. Sala. Tomo Lxxv. Pág. 677.

⁵³ Fernández Clérigo, Luis, El Derecho de Familia en la legislación comparada, sin edición, Editorial UTEHA, México, 1947.

⁵⁴ Planiol, Marcel y Georges Ripert; Tratado Elemental de Derecho Civil; (Trad. Lic. José M. Cajica) Ed. Cárdenas. México.1981

grave que no de los esposos puede cometer es la violación de este deber,. El adulterio. El deber de fidelidad no es una obligación puramente moral, esta sancionada también por la ley positiva."

Chávez Asencio⁵⁵ comenta por su parte con mayor amplitud este punto: "nace del matrimonio y comprende, no sólo los actos de no hacer relativos a abstenerse de relaciones genito sexuales con persona distinta del cónyuge, sino en especial el cumplimiento al cumplimiento de la promesa dada y al compromiso diario y permanente entre cónyuges, comprende la permanencia del matrimonio como forma y camino de vida. La fidelidad es un deber que se da en igualdad, complementario y se exige como recíproco, es intransmisible, intransigible e irrenunciable."

Rojina Villegas⁵⁶ se manifiesta en términos semejantes señalando: "el derecho a exigir fidelidad, y la obligación correlativa, implican fundamentalmente la facultad reconocida en la ley para exigir y obtener del otro cónyuge una conducta decorosa y, por lo tanto, excluye la posibilidad de que existan relaciones de intimidad con persona de otro sexo, que sin llegar al adulterio sí implican un ataque a la honra y al honor del otro cónyuge. La creencia vulgar de que las relaciones íntimas que tenga el cónyuge con personas de otro sexo, sin llegar al adulterio, no se encuentran sancionadas jurídicamente, sólo podría ser exacta desde el punto de vista estrictamente penal, pero el derecho civil es evidente que concede una acción al cónyuge ofendido para exigir el divorcio por injuria grave."

En lo que respecta a las legislaciones de los Estados, en los Códigos Civiles de Nuevo León en su artículo 147, ya citado, se hace referencia a que los cónyuges deberán: "...guardarse fidelidad...", en términos semejantes se manifiesta el Código Civil del Estado de Quintana Roo al señalar en su artículo 707 que los cónyuges están obligados a: "...respetarse, guardarse fidelidad...". Por lo que hace al Código Civil del Distrito Federal, no hace

⁵⁵ Chávez Asencio, Manuel; La Familia En El Derecho, Editorial Porrúa, 2ª. Ed. México, 1990.

⁵⁶ Rojina Villegas, Rafael; Compendio De Derecho Civil, Tomo I, Ed. Porrúa, 21ª. Ed. México, 1986

mención específica del término fidelidad en su articulado, si bien señala los fines relativos al respeto y ayuda mutua.

Ayuda Mutua: En relación con este punto Chávez Asencio afirma: "la ayuda y el socorro mutuo son consignados en los artículos 147 y 162 del Código Civil. Se refieren no sólo a situaciones de emergencia o aisladas, sino a todo momento y durante toda la vida del matrimonio. No son similares los términos de ayuda y socorro mutuo, cada uno tiene su propia significación. Entiendo que la ayuda mutua hace referencia más bien al aspecto económico, lo relativo a los alimentos, administración de bienes, etc. Debemos tomar en cuenta que con relación a la ayuda mutua, los alimentos no sólo comprenden la comida, el vestido, la habitación, sino también la asistencia en caso de enfermedad, y respecto a los menores los alimentos comprenden además, los gastos necesarios para educación primaria del alimentista y para proporcionarles algún oficio, arte o profesión honestos, adecuados a su sexo y circunstancias personales."

Fernández Clérigo⁵⁷, por su parte, no formula una distinción específica ente asistencia y auxilio mutuo, exponiendo que: "todos los códigos y leyes referentes al matrimonio, vigentes en los diferentes países, consignan estas recíprocas obligaciones conyugales. El llamado mutuo auxilio se desarrolla y diversifica en un conjunto de atenciones, cuidados, consideraciones, cooperación social y económica de índole tan variada, que casi ninguna legislación puede entrar a detallarlos, y suelen condensarse en un concepto global, que sólo la jurisprudencia puede precisar."

Planiol, sobre el deber de asistencia señala: "la asistencia no se confunde con el socorro, consiste en los cuidados personales que deben darse al cónyuge enfermo, por tanto es una obligación de hacer, en tanto que la de socorro es de dar.

⁵⁷ Fernández Clérigo, Luis; El Derecho de Familia en la Legislación Comparada, Unión Tipográfica Editorial Hispanoamericana (UTEHA). México. 1947

Por su parte, distintas legislaciones estatales hacen referencia en su articulado al término "ayuda mutua", así lo indican, entre otras las legislaciones de Nuevo León, Distrito Federal, Quintana Roo y Coahuila; sin embargo no formulan de manera específica en que consiste la mencionada ayuda.

Socorro Mutuo: En relación con este aspecto, Marcel Planiol habla únicamente del deber de socorro en términos siguientes: "para los esposos el deber de socorro consiste en la obligación que tiene cada uno, de proporcionar a su cónyuge todo lo que le sea necesario para vivir. Esta obligación es equivalente a la alimentaria de los parientes por consanguinidad o afinidad."

Rojina Villegas, por su parte, afirma sobre el socorro mutuo: "otro de los deberes que impone el matrimonio y, por consiguiente, de los derechos que nacen de ese estado civil, es el de socorro y ayuda mutua. Una de las principales manifestaciones del derecho-obligación que analizamos es la relativa a la prestación de alimentos que la ley impone a los consortes; el deber de socorro también comprende la asistencia recíproca en los casos de enfermedad, y sobre todo el auxilio espiritual que mutuamente deben dispensarse los cónyuges."

Cohabitación: En relación con este aspecto, Planiol expone: "La mujer debe habitar con el marido... y éste está obligado a recibirla", dice el Art. 214. este deber es común a ambos esposos, y es el principal de todos, pues sirve de base condición a los demás, ya que el objeto del matrimonio es el establecimiento de la vida común. Cuando no se cumple, la unión de los esposos estará destruida y no se ha realizado el fin del matrimonio."

En términos análogos se expresa Manuel Chávez Asencio: "la vida común se refiere al deber conyugal de vivir juntos en el domicilio conyugal, que hará posible el cumplimiento de los otros deberes. Se trata de un deber entre iguales, complementario, recíproco. El deber de vida en común es uno de los principales, dado que a través de él puede existir la posibilidad, física y espiritual, de cumplir los fines objetivos del matrimonio. Podemos decir que

constituye una relación jurídica fundamental, de la cual dependen un conjunto de relaciones jurídicas que podemos denominar fundadas o accesorias. La vida en común implica la relación jurídica fundamental, porque si no se realiza no podrán cumplirse las relaciones jurídicas fundadas. Así los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal. Se considera domicilio conyugal, el lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges, en el cual ambos disfrutan de autoridad propia y consideraciones iguales."

Rojina Villegas, formula las siguientes consideraciones sobre el tema: "El derecho a exigir vida en común, con la obligación de habitar bajo el mismo techo, es indiscutiblemente el principal de todos los enumerados, dado que sólo a través de él puede existir la posibilidad física y espiritual de cumplir con los fines del matrimonio."

Fernández Clérigo, realiza además algunas consideraciones en cuanto a las excepciones a la estricta fijación del domicilio: "Casi todas las legislaciones contienen el principio de que la fijación del domicilio corresponde al marido. Sin embargo, la obligación no puede ser tan rígida que no admita excepciones. Hay casos, en los que, por designar el marido un domicilio lejano e insalubre, o por trasladarse a un país extranjero o a un lugar cuyo clima sea nocivo para la salud de la mujer resultaría una injusticia, y a veces una crueldad el obligar a la esposa a residir con el marido."

Respeto: En relación con este particular Chávez Asencio expone: "El respeto a la persona es otro de los valores conyugales. Es un deber que nace del matrimonio y se da como recíproco y complementario. El respeto a la persona se encuentra y promueve en el matrimonio y está relacionado estrechamente con la promoción humana, hay disposiciones dentro de la legislación que se orientan al respeto de la dignidad humana, y en especial de la dignidad de los cónyuges, así, marido y mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales y podrán desempeñar cualquier actividad, excepto las que dañen la moralidad de la familia o la estructura de ésta."

Por lo que hace a las legislaciones civiles, en el Código Civil de Nuevo León no se hace referencia específica al respeto, en tanto que este si se menciona específicamente en el Código Civil del Distrito Federal, en su artículo 147, en donde además de definir al matrimonio señala: "Matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua...". El Código Civil de Quintana Roo en su artículo 706 además de establecer que los cónyuges deben vivir juntos en el domicilio conyugal señala: "...y están obligados a respetarse, a guardarse fidelidad y a contribuir cada uno con los fines del matrimonio."

Diálogo: Para abordar este punto nos referimos a Chávez Ascencio quién señala al respecto: "Aún cuando este deber no está expresamente contenido dentro de nuestra legislación, se deriva del contexto del Código Civil o de normas de sanción tomadas como causales de divorcio, que nos hacen pensar en una mejor reglamentación. El diálogo se presenta tanto en el matrimonio como en la familia, y se estima necesario para la amor conyugal y la promoción integral. Entendemos que el diálogo está implícitamente comprendido dentro del socorro y ayuda mutua. Es un deber que nace del matrimonio; se exige como recíproco y complementario. El diálogo no es sólo de palabra, sino la actitud y comunicación constante entre marido y mujer, por lo que la legislación previene que los cónyuges vivirán en el domicilio conyugal. Todo aquellos que impida el diálogo, que comprende las manifestaciones de afecto y actos conyugales, creará grave conflicto, hará peligrar la estabilidad matrimonial, y puede crear su destrucción propiciando el divorcio."

Un Solo Hombre Con Una Sola Mujer: En relación con este punto puede señalarse que la unión de un hombre con una mujer es necesaria para el efecto de que el matrimonio cumpla con sus fines, pues de otra manera, existirían problemas para asumir y cumplir con las responsabilidades de la paternidad de los hijos, si se diera el caso de que el hombre contrajera

matrimonio con varias mujeres, o en caso inverso, se volvería incierta la paternidad si una mujer contrajera matrimonio con varios hombres.

Sobre el asunto, Alberto Pacheco⁵⁸ reflexiona: "Rompería la unidad la poligamia, o sea la posibilidad de contraer sucesivos matrimonios sin haber disuelto el anterior. La poligamia en efecto, al permitir matrimonios sucesivos de un hombre con varias mujeres, ataca directamente a los fines del matrimonio. La procreación biológica no se perjudicaría, pero la educación de la prole se vería claramente trastornada, también la ayuda mutua se trastornaría pues un solo marido no podría prestar la ayuda que necesitarían todas sus mujeres. En la poliandria, no sólo se trastornan los fines del matrimonio, sino que la paternidad se vuelve incierta por la misma naturaleza humana, con lo cual se estarían pervirtiendo todos los fines del matrimonio. Por lo tanto concluimos: la única manera eficaz que tienen los hombres para lograr los fines del matrimonio es un matrimonio en el cual se respeta la unidad, o sea un solo hombre, casado con una sola mujer."

Planiol comenta al respecto: "Siendo cada esposo personalmente apto para el matrimonio, es necesario que quienes pretendan casarse sean de sexo diferente. Esta condición es de tal manera evidente, que la ley no habla de ella. Sin embargo, debe ser verificada. Ordinariamente su existencia es indudable por sí misma."

Vínculo Indisoluble: con relación a este aspecto, Planiol afirma que: "El gran hecho histórico que cambió la concepción del matrimonio, es el establecimiento más o menos total de su indisolubilidad. Se produce en la forma de una reglamentación restrictiva del divorcio que, en los países católicos y en la misma Francia llegó hasta su completa supresión. Si no se hubiera establecido esta indisolubilidad, la desaparición de las castas, bajo la influencia de las ideas cristianas de igualdad y de fraternidad hubieran confundido el matrimonio con el concubinato."

Fernández Clérigo por su parte afirma en relación con el tema: "La teoría de las nulidades en materia matrimonial y con ella la expresión legislativa, dista

⁵⁸ Pacheco E. Alberto; La Familia en el Derecho Civil Mexicano; Panorama editora. 2ª. Ed. México, 1991

mucho de atemperarse a los principios y normas establecidos para la nulidad de los contratos, lo cual no sería explicable si el matrimonio fuese como otro contrato cualquiera. Otro tanto ocurre con las causas de disolución, dejando de lado el fenómeno de la muerte, en lo que respecta al divorcio, unas legislaciones no admiten el divorcio en cuanto al vínculo y sólo acogen la separación de personas y de bienes. Otras, la mayoría, lo admiten, pero aún en estas últimas, algunas no toleran la disolución del vínculo por el mutuo disenso de los contrayentes, y el grupo más importante que acoge este motivo de divorcio vincular, lejos de consentir que se llegue a la disolución del matrimonio por la simple declaración de voluntad, establecen procedimientos especiales para asegurarse de la permanencia y continuidad de aquella situación de disentimiento."

Impedimentos Para Contraer Matrimonio: Con relación a este punto, Rafael Rojina Villegas establece aspectos del derecho canónico para efecto de clasificar los referidos impedimentos, afirmando que: "El artículo 156 enumera diez impedimentos para contraer matrimonio, previniéndose en el artículo 235, fracción II, que el matrimonio será nulo cuando se celebre concurriendo algunos de los citados impedimentos. Tradicionalmente se han caracterizado los impedimentos distinguiendo, según el Derecho Canónico, los dirimentes de los impedientes; los impedimentos dirimentes son aquellos que originan la nulidad del matrimonio, en tanto que los impedientes no afectan su validez, pero motivan determinadas consecuencias. El artículo 156 consagra exclusivamente impedimentos dirimentes, ya que todos ellos originan la nulidad del matrimonio. En cambio en el artículo 264 se reconocen impedimentos impedientes, que no afectan la validez del acto. Dice este último precepto: "Es ilícito pero no nulo el matrimonio: I.- Cuando se ha contraído estando pendiente la decisión de un impedimento que sea susceptible de dispensa. II.- cuando no se haya otorgado la previa dispensa que requiere el artículo 159, y cuando se celebre sin que hayan transcurrido los términos fijados en los artículos 158 y 289. a su vez en los artículos 158, 158 y 289 se contienen prohibiciones para contraer matrimonio, pero si estas

son violadas, el matrimonio sólo se considerará ilícito, pero no nulo. Respectivamente establecen los preceptos citados: "La mujer no puede contraer nuevo matrimonio sino hasta pasados trescientos días después de la disolución del anterior, a menos que dentro de ese plazo diere a luz un hijo. En los casos de nulidad o de divorcio, puede contarse este tiempo desde que se interrumpió la cohabitación." "El tutor no puede contraer matrimonio con la persona que ha estado o está bajo su guarda, a no ser que obtenga dispensa, la que no se le concederá por el Presidente Municipal respectivo, sino cuando hayan sido aprobadas las cuentas de la tutela." "Si el matrimonio se celebrare en contravención de lo dispuesto en el artículo anterior, el juez nombrará inmediatamente un tutor interino que reciba los bienes y los administre mientras se obtiene la dispensa." "En virtud del divorcio, los cónyuges recobrarán su entera capacidad para contraer nuevo matrimonio. El cónyuge que haya dado causa al divorcio no podrá volver a casarse sino después de dos años, a contar desde que se decretó el divorcio." "Para que los cónyuges que se divorcian voluntariamente puedan volver a contraer matrimonio, es indispensable que haya transcurrido un año desde que obtuvieron el divorcio." De la clasificación canónica podemos aceptar las definiciones propuestas, para aplicarlas en nuestro derecho, pues ya dijimos que según el artículo 235, fracción II, habrá nulidad del matrimonio cuando éste se contraiga existiendo impedimentos dirimentes, en tanto que cuando sólo existan los impedimentos impeditivos, sólo cabe decir que el matrimonio es válido, pero ilícito según la terminología un tanto contradictoria de nuestra ley."

Por su parte, el Código Civil del Estado de Nuevo León, en su artículo 156 establece los impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio, señalando al efecto: "I.- La falta de edad requerida por la ley, cuando no haya sido dispensada." Así, el mencionado artículo exige, interpretado a contrario sensu que los contrayentes tengan la edad requerida por la ley, o sea 16 años en el hombre y 14 años en la mujer. Al respecto Rojina

Villegas⁵⁹ argumenta: "En nuestro Derecho la falta de edad núbil es un impedimento dirimente, dado que origina la nulidad del matrimonio cuando no se observa. Se deben distinguir, según el artículo 237, dos casos en que la misma desaparece: 1.- cuando ha habido hijos, y 2.- cuando, aunque no los haya habido, el menor hubiere llegado a los dieciocho años y ni el ni el otro cónyuge hubieran intentado la nulidad."

La fracción II del referido artículo establece como impedimento: "La falta de consentimiento del que, o los que ejerzan la patria potestad, del tutor, o del juez, en sus respectivos casos." Así las cosas, se requiere de su consentimiento para la validez del matrimonio; Rojina Villegas señala que la citada nulidad, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 238 a 240 sólo podrá alegarse dentro del término de treinta días de celebrado el matrimonio.

Por su parte, la fracción III del citado artículo señala otro impedimento: "El parentesco de consanguinidad legítima o natural sin limitación de grado en la línea recta, ascendente o descendente. En la línea colateral igual, el impedimento se extiende a los hermanos y medios hermanos. En la colateral desigual, el impedimento se extiende solamente a los tíos y sobrinos, siempre que estén en el tercer grado y no hayan obtenido dispensa." En estos grados de parentesco citados se establece un impedimento dirimente.

La fracción IV del numeral citado refiere al efecto: "El parentesco de afinidad en línea recta, sin limitación alguna." Al respecto Rojina Villegas⁶⁰ señala: "Este impedimento supone que el matrimonio que dio origen al citado parentesco de afinidad, se ha disuelto por divorcio, por nulidad o por muerte de uno de los cónyuges, pero para la ley, continua el parentesco por afinidad sólo para constituir un impedimento entre uno de los ex cónyuges y los ascendientes o descendientes del otro."

La fracción V del referido artículo señala: "El adulterio habido entre las personas que pretendan contraer matrimonio, cuando ese adulterio haya sido judicialmente comprobado." Con relación a este precepto, Rojina

⁵⁹ .- Rojina Villegas, Rafael; Compendio de Derecho Civil, Tomo I, Ed. Porrúa, 21ª. Ed. México, 1986

⁶⁰ Idem

Villegas señala: "Por razones de orden moral y en vista de la violación de las buenas costumbres se impone este caso de nulidad del matrimonio contraído entre adúlteros."

Por otro lado la fracción VI señala como impedimento: "El atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre." En relación con esta fracción, de acuerdo con el artículo 244, si se realiza el matrimonio, los hijos del cónyuge víctima del atentado o el ministerio Público disponen de seis meses para solicitar la nulidad del mismo, a partir de la celebración del mismo.

La fracción VII, por su parte determina como impedimento: "La fuerza o miedo graves. En caso de raptó, subsiste el impedimento entre el raptor y la raptada, mientras esta no sea restituida a lugar seguro, donde libremente pueda expresar su voluntad." En este caso existe un vicio de la voluntad, por cuanto el consorte que es víctima de violencia no puede expresar libremente su consentimiento.

Continuando, la fracción VIII establece con relación a los impedimentos: "La embriaguez habitual, la morfinomanía, la eternonomía y el uso indebido y persistente de las demás drogas enervantes. La impotencia incurable para la cópula, la sífilis, la locura y las enfermedades crónicas e incurables que sean además, contagiosas o hereditarias." En relación con esta fracción el artículo 246 señala que la acción de nulidad deberá ser solicitada por cualquiera de los cónyuges dentro de los sesenta días de celebrado el mismo.

La fracción IX determina como impedimento: "El idiotismo y la imbecilidad." Al respecto el artículo 247 señala que tienen derecho a pedir la nulidad el otro cónyuge y el tutor del incapacitado, no señalándose término de prescripción al efecto.

Finalmente, la fracción X expone como impedimento: "El matrimonio subsistente con persona distinta de aquella con quien se pretende contraer." En este caso, de acuerdo con el artículo 248 se encuentran facultados para solicitar la nulidad, el cónyuge del primer matrimonio, sus hijos o herederos; los cónyuges que contrajeron el segundo matrimonio o el Ministerio Público.

2.3. LA DOGMATICA DEL MATRIMONIO

Que el matrimonio cristiano (esto es, el matrimonio entre personas bautizadas) es realmente un sacramento de la Nueva Ley en el sentido estricto del término es para todos los católicos una verdad indudable⁶¹. Según el Concilio de Trento este dogma siempre se ha enseñado por la Iglesia, y se define así en el can. I, Sesión XXIV: “Si alguien dijera que el matrimonio no es verdadera y propiamente uno de los Siete Sacramentos de la Ley Evangélica, instituido por Cristo Nuestro Señor, sino que fue inventado en la Iglesia por los hombres, y no confiere gracia, sea anatema”. La ocasión de esta solemne declaración fue la negación por los así llamados reformadores del carácter sacramental del matrimonio. Calvino en sus “Instituciones”, IV, xix, 34, dice: “Finalmente, está el matrimonio, que todos admiten que fue instituido por Dios, aunque nadie antes de la época de Gregorio lo consideró un sacramento ¿Qué hombre en su sano juicio lo consideraría así? El mandato de Dios es bueno y santo; así la agricultura, la arquitectura, la zapatería, o la peluquería son mandatos legítimos de Dios, pero no son sacramentos.” Y Lutero habla en términos igualmente vigorosos. En su obra en alemán, publicada en Wittenberg en 1530 con el título “Von den Ehesachen”, escribe (p. 1): “De hecho nadie puede negar que el matrimonio es una cosa externa y mundana, como la ropa y la comida, la casa y el hogar, sujeto a autoridad mundana, como lo demuestran tantas leyes imperiales que lo rigen”. En una obra anterior (la edición original de “De captivitate Babilonyca”)⁶² escribe: “No sólo el carácter sacramental del matrimonio carece de fundamento en las Escrituras; sino que las mismas tradiciones que afirman tal carácter sagrado para él, son una mera broma”; y dos páginas más adelante: “El matrimonio puede ser por tanto una imagen

⁶¹ Qué es el matrimonio? Una aproximación dogmático-conceptual

Autores: Tomás J. Aliste Santos. Localización: La igualdad como compromiso: estudios de género en homenaje a la profesora Ana Díaz Medina / coord. por Esther Martínez, Ángela Figueruelo Burrieza, María Teresa López de la Vieja de la Torre, Olga Barrios, Carmen Velayos Castelo, María Dolores Calvo Sánchez, 2007, ISBN 978-84-7800-356-3 , pags. 17-28

⁶² .-<http://ec.aciprensa.com/m/matrimonio.htm> fecha 4 julio de 2010

de Cristo y la Iglesia; sin embargo, no es un sacramento instituido divinamente, sino una invención de los hombres en la Iglesia, que surge de la ignorancia de la materia". Los Padres del Concilio de Trento tuvieron evidentemente este último pasaje en la mente.

Pero la decisión de Trento no fue la primera dada por la Iglesia. El Concilio de Florencia, en el Decreto para los Armenios, ya había declarado: "El séptimo sacramento es el matrimonio, que es una imagen de la unión de Cristo y la Iglesia, según las palabras del Apóstol: Este es un gran sacramento, pero yo hablo respecto a Cristo y la Iglesia" E Inocencio IV, en la profesión de fe prescrita para los Valdenses (18 de Diciembre de 1208), incluye el matrimonio entre los sacramentos (Denziger-Bannwart, "Enchiridion", n. 424). La aceptación de los sacramentos administrados por la Iglesia se había prescrito en general en los siguientes términos: "Y de ningún modo rechazamos los sacramentos que son administrados por ella (la Iglesia Católica Romana), con la cooperación del poder inestimable e invisible del Espíritu Santo, incluso aunque sean administrados por un sacerdote pecador, siempre que la Iglesia lo reconozca", la fórmula continúa luego con cada sacramento en particular, tocando especialmente aquellos puntos que los Valdenses habían negado: "Por tanto aprobamos el bautismo de los niños...la confirmación administrada por el obispo...el sacrificio de la Eucaristía... Creemos que el perdón se concede por Dios a los pecadores arrepentidos...tenemos por honor la unción de los enfermos con aceite consagrado...no negamos que deban contraerse los matrimonios carnales, según las palabras del Apóstol". Es, por tanto, históricamente seguro que desde el comienzo del Siglo XIII el carácter sacramental del matrimonio era universalmente conocido y reconocido como dogma. Incluso los pocos teólogos que minimizaban, o parecían minimizar, el carácter sacramental del matrimonio, consignaban en lugar destacado la proposición de que el matrimonio es un sacramento de la Nueva Ley en el sentido estricto del término, y luego buscaban ajustar sus tesis posteriores sobre el efecto y la

naturaleza del matrimonio a esta verdad fundamental, como será evidente en las citas que se dan más abajo.

La razón por la que el matrimonio no fue expresa y formalmente incluido entre los primitivos sacramentos y su negación calificada de herejía, debe buscarse en el desarrollo histórico de la doctrina referente a los sacramentos, pero el hecho en sí puede remontarse a los tiempos apostólicos. Con respecto a los diversos ritos religiosos designados como "Sacramentos de la Nueva Ley", siempre hubo en la Iglesia una profunda convicción de que conferían la gracia divina interior. Pero su agrupación en una misma categoría se dejó para un periodo posterior, cuando los dogmas de fe en general comenzaron a ser científicamente examinados y sistemáticamente organizados. Además, que los siete sacramentos debieran ser agrupados en una categoría no era de ningún modo evidente. Pues, aunque se aceptara que cada uno de estos ritos confería la gracia interior, aun así, en contraste con su invisible efecto común, la diferencia en el ceremonial externo e incluso en la finalidad inmediata de la producción de gracia era tan grande que, durante un largo tiempo, impidió una clasificación uniforme. Así, hay una diferencia radical entre la forma externa con que se administran el bautismo, la confirmación, y el orden sacerdotal, por un lado, y, por el otro, las que caracterizan la penitencia y el matrimonio. Pues mientras que el matrimonio tiene la naturaleza de un contrato, y la penitencia la naturaleza de un proceso judicial, los tres mencionados en primer lugar toman la forma de una consagración religiosa de los recipientes.

I. PRUEBA DEL CARÁCTER SACRAMENTAL DEL MATRIMONIO CRISTIANO

En prueba de la apostolicidad de la doctrina de que el matrimonio es un sacramento de la Nueva Ley, bastará mostrar que de hecho la Iglesia siempre ha enseñado en relación con el matrimonio lo que pertenece a la

esencia de un sacramento. El nombre de sacramento no puede citarse como evidencia satisfactoria, puesto que no adquirió hasta un periodo posterior el significado exclusivamente técnico que hoy tiene; tanto en las épocas precristianas como en los primeros siglos de la Era Cristiana tenía una significación más amplia e indefinida. En este sentido debe entenderse la afirmación de León XIII en su Encíclica "Arcanum" (10 de Febrero de 1880): "A la enseñanza de los Apóstoles, en realidad, se han de remitir las doctrinas que nuestros santos padres, los concilios, y la tradición de la Iglesia Universal siempre han enseñado, a saber, que Cristo Nuestro Señor elevó el matrimonio a la dignidad de sacramento". El Papa subraya correctamente la importancia de la tradición de la Iglesia Universal. Sin ésta sería muy difícil conseguir de las Escrituras y los Padres una prueba clara y decisiva para todos, incluso los ignorantes, de que el matrimonio es un sacramento en el sentido estricto del término. El proceso de demostración sería demasiado largo y requeriría un conocimiento de la teología que el fiel ordinario no posee. En sí mismos, sin embargo, los testimonios directos de las Escrituras y de varios de los Padres son de peso suficiente para constituir una prueba real, pese a la negación de algunos teólogos pasados y actuales.

El texto clásico de las Escrituras es la declaración del Apóstol Pablo (Ef., 5, 22 y ss.), quien declara enfáticamente que la relación entre marido y mujer debe ser como la relación entre Cristo y su Iglesia: "Que las mujeres estén sujetas a sus maridos como al señor, porque el marido es cabeza de la mujer, como Cristo es cabeza de la Iglesia. Es el salvador del Cuerpo. Así como la Iglesia está sumisa a Cristo, así también las mujeres deben estarlo a sus maridos en todo⁶³. Maridos, amad a vuestras mujeres como Cristo amó a la Iglesia y se entregó a sí mismo por ella, para santificarla, purificándola mediante el baño del agua, en virtud de la palabra, y presentársela resplandeciente a sí mismo; sin que tenga mancha ni arruga ni

⁶³ Sanchez, *Disputatio De S. Matrimonii Sacramento*, Especialmente II; PERRONE, *De Matrimonio Christiano* (Roma, 1858), I; ROSSET, *De Sacramento Matrimonii Tractatus Dogmat., Mor., Canon., Liturg., Judiciarius* (1895), Especialmente I.

cosa parecida, sino que sea santa e inmaculada. Así deben amar los maridos a sus mujeres como a sus propios cuerpos. El que ama a su mujer se ama a sí mismo. Porque nadie aborreció jamás su propia carne; antes bien, la alimenta y la cuida con cariño, lo mismo que Cristo a la Iglesia, pues somos miembros de su Cuerpo, de su carne y de sus huesos” Después de esta exhortación el Apóstol alude a la institución divina del matrimonio con las palabras proféticas proclamadas por Dios a través de Adán: “Por eso dejará el hombre a su padre y a su madre y se unirá a su mujer, y los dos se harán una sola carne” Luego concluye con estas significativas palabras con las que caracteriza el matrimonio cristiano: “Este es un gran sacramento; lo digo respecto a Cristo y la Iglesia”

Sería precipitado, naturalmente, deducir de la expresión “Este es un gran sacramento”, que el matrimonio es un sacramento de la Nueva Ley en sentido estricto, pues el significado de la palabra sacramento, como ya se señaló, es demasiado indefinido. Pero considerando la expresión en su relación con las palabras que la preceden, se nos lleva a la conclusión de que debe ser tomada en el sentido estricto de un sacramento de la Nueva Ley. El amor de los esposos cristianos uno por otro debe estar modelado sobre el amor entre Cristo y la Iglesia, porque el matrimonio cristiano, como copia y muestra de la unión de Cristo con la Iglesia, es un gran misterio o sacramento. No sería un símbolo solemne, misterioso, de la unión de Cristo con la Iglesia, que toma forma concreta en los miembros individuales de la Iglesia, salvo que representara eficazmente esta unión, esto es, no meramente significando la unión sobrenatural de Cristo con la Iglesia, sino también originando que esa unión se lleve a cabo en los miembros individuales; o, en otras palabras, confiriéndole la vida sobrenatural de la gracia. El primer matrimonio entre Adán y Eva en el Paraíso fue un símbolo de esta unión; de hecho, meramente como símbolo, sobrepasó a los matrimonios individuales cristianos, puesto que era una figura precursora, mientras que los matrimonios cristianos individuales son representaciones

posteriores. No habría razón, por tanto, por la que el Apóstol se refiriera con tanto énfasis al matrimonio cristiano como tan gran sacramento, si la grandeza del matrimonio cristiano no residiera en el hecho de que no es un mero signo, sino un signo eficaz de la vida de gracia. De hecho, estaría por completo en desacuerdo con la economía del Nuevo Testamento que tuviéramos un signo de gracia y salvación instituido por Dios que fuera sólo un signo vacío, y no uno eficaz. En otro lugar (Gál., 4, 9), San Pablo enfatiza en una forma más significativa la diferencia entre el Antiguo y el Nuevo Testamento, cuando llama a los ritos religiosos del primero “elementos sin fuerza ni valor” que no pueden conferir por sí mismos verdadera santidad, estando reservado el efecto de verdadera justicia y santidad para el Nuevo Testamento y sus ritos religiosos. Si, por tanto, califica el matrimonio cristiano de acto religioso, de gran sacramento, quiere decir que no lo reduce al plano inferior de los ritos del Antiguo Testamento, al plano de un “elemento sin fuerza ni valor”, sino más bien demuestra su importancia como signo de la vida de gracia, y, como los demás sacramentos, un signo eficaz. San Pablo, entonces, no habla del matrimonio como verdadero sacramento de manera inmediatamente aparente y explícita, sino sólo de tal modo que la doctrina debe deducirse de sus palabras. De ahí que el Concilio de Trento (Sesión XXIV), en el capítulo dogmático sobre el matrimonio, diga que el efecto sacramental de la gracia en el matrimonio está “indicado” por el Apóstol en la Epístola a los Efesios (*quod Paulus Apostolus innuit*). Para una ulterior confirmación de la doctrina de que el matrimonio bajo la Nueva Ley confiere la gracia y se incluye por tanto entre los verdaderos sacramentos, el Concilio de Trento se remite a los Santos Padres, a los primeros concilios, y a la tradición siempre manifiesta de la Iglesia Universal. La enseñanza de los Padres y la tradición constante de la Iglesia, como ya se ha señalado, exponen el dogma del matrimonio cristiano como sacramento, no en la terminología científica y teológica de la época posterior, sino sólo en la sustancia. Sustancialmente, a un sacramento de la Nueva Ley pertenecen los siguiente elementos:

Debe ser un rito religioso sagrado instituido por Cristo; este rito debe ser un signo de santificación interior; debe conferir esta santificación interior en la gracia divina; este efecto de la gracia divina debe producirse, no sólo en conjunción con el respectivo acto religioso, sino por medio de él.

De aquí que, quienquiera que atribuya estos elementos al matrimonio cristiano, lo declara por tanto un verdadero sacramento en el sentido estricto del término.

A este efecto el testimonio se ha de encontrar desde los primeros tiempos cristianos en adelante. El más claro es el de San Agustín en sus obras "De bono conjugii" y "De nuptiis et concupiscentia". En la primera obra (cap. xxiv en P.L., XL, 394), dice, "Entre todos los pueblos y todos los hombres el bien que se garantiza por el matrimonio consiste en la descendencia y en la castidad de la fidelidad de los casados; pero, en el caso del pueblo de Dios [los cristianos], consiste además en la santidad del sacramento, por razón de la cual se prohíbe, incluso después de que ha tenido lugar la separación, casarse con otro en tanto viva el primer cónyuge...igual que los sacerdotes se ordenan para reunir una comunidad cristiana, e incluso aunque tal comunidad no se constituya, el Sacramento del Orden permanece aun así en los ordenados, o igual que el Sacramento del Señor, una vez se confiere, permanece en uno que es expulsado de su cargo por una culpa, si bien en uno así permanece hasta el juicio". En la otra obra (I, x, en P.L., XLIV, 420), el santo Doctor dice: "Indudablemente pertenece a la esencia de este sacramento que, cuando el hombre y la mujer están unidos en matrimonio, este vínculo permanece indisoluble a lo largo de sus vidas. En tanto que ambos vivan, permanece algo agregado al matrimonio, que ni la separación mutua ni la unión con un tercero puede hacer desaparecer; en tales casos, en realidad, subsiste para la agravación de la culpabilidad de su crimen, no para reforzar la unión. Tal como el alma de un apóstata, que estuvo una vez casado de manera similar con Cristo y ahora se separa de Él, no pierde,

pese a su pérdida de fe, el Sacramento de la Fe, que ha recibido en las aguas de la regeneración”. En estas palabras, San Agustín coloca el matrimonio, al que llama sacramento, en el mismo nivel del Bautismo y el Orden Sacerdotal. Así pues, como el Bautismo y el Orden Sacerdotal son sacramentos en sentido estricto y están reconocidos como tales por el santo Doctor, considera también el matrimonio de los cristianos un sacramento en el pleno y estricto sentido del término.

Apenas menos claro es el testimonio de San Ambrosio. En su carta a Siricio (Ep. Xlii,3, en P.L., XVI, 1124), afirma: “Tampoco negamos que el matrimonio fue santificado por Cristo”; y a Vigilio escribe (Ep. Xix, 7, en P.L., XVI, 984): “Puesto que el contraer matrimonio debe ser santificado por el velo y la bendición del sacerdote, ¿cómo hablar de matrimonio cuando falta la unidad de fe?” De qué clase es esta santificación, el santo nos habla claramente en su obra “De Abraham” (I, vii, en P.L., XIV, 443): “Sabemos que Dios es la Cabeza y el Protector, que no permite que se profane el lecho matrimonial de otro; y además que el culpable de tal crimen peca contra Dios, cuya orden contraviene y cuyo vínculo de gracia pierde. Por tanto, puesto que ha pecado contra Dios, pierde ahora su participación en el sacramento celestial”. Según Ambrosio, por tanto, el matrimonio cristiano es un sacramento celestial, que liga a uno con Dios por los vínculos de la gracia hasta que estos vínculos se rompen por el pecado ulterior, esto es, es un sacramento en el sentido estricto y completo del término. El valor de este testimonio se podría debilitar sólo suponiendo que Ambrosio, al referirse a la “participación en el sacramento celestial” que declara perdido para los adúlteros, estaba realmente pensando en la Sagrada Comunión. Pero de esta última no hay en el caso presente ni la más ligera referencia; por consiguiente, debe entenderse aquí la pérdida de toda participación en la gracia del Sacramento del Matrimonio. Esta producción de gracia por medio del matrimonio, y por tanto su carácter de sacramento perfecto, se subrayó también por Inocencio I en su carta a Probo (Ep. Ix, en P.L., XX, 602).

Declara inválido un segundo matrimonio durante la vida del primer cónyuge, y añade: “Apoyados por la Fe Católica, declaramos que el verdadero matrimonio es el que originariamente se funda en la gracia divina”. Ya en el Siglo II tenemos el valioso testimonio de Tertuliano. Mientras aún era católico, escribe (“Ad Uxorem”, II, vii, en P.L., I, 1299): “Si por tanto tal matrimonio complace a Dios, ¿por qué no debería ir felizmente, de forma que no sea perturbado por las aflicciones y necesidades y obstáculos y contaminaciones, puesto que disfruta de la protección de la divina gracia?”. Pero si la gracia divina y su protección son, como afirma Tertuliano, dadas con el matrimonio, tenemos en esto el momento distintivo que constituye una acción religiosa (ya conocida por otras razones como un signo de la gracia divina) un signo eficaz de gracia, esto es, un verdadero sacramento de la Nueva Alianza. Sólo con esta hipótesis podemos entender correctamente otro pasaje de la misma obra de Tertuliano (II, ix, en P.L., I, 1302): “¿Cómo podemos describir la felicidad de esos matrimonios que la Iglesia ratifica, el sacrificio refuerza, la bendición sella, los ángeles publican, el Padre Celestial contempla propicio?”

De mayor peso, si es posible, que el testimonio de los Padres respecto al carácter sacramental del matrimonio cristiano es el de los libros litúrgicos y sacramentarios de las diferentes Iglesias, Oriental y Occidental, que registran las oraciones litúrgicas y ritos transmitidos desde los tiempos más primitivos. Estos, es cierto, difieren en muchos detalles irrelevantes, pero sus características esenciales se deben remontar a las ordenanzas apostólicas. En todos estos rituales y colecciones litúrgicas, el matrimonio, contraído ante el sacerdote durante la celebración de la Misa, se acompaña de ceremonias y oraciones similares a las usadas en relación con los demás sacramentos; de hecho, varios de estos rituales expresamente llaman al matrimonio un sacramento, y, porque es un “sacramento de vivos”, requiere contrición por el pecado y la recepción del Sacramento de la Penitencia antes de que se contraiga el matrimonio (cf. Martène, “De antiquis ecclesiae ritibus”, I, ix). Pero la antigüedad venerable, en realidad la apostolicidad, de la tradición

eclesiástica relativa al matrimonio se revela aún más claramente por la circunstancia de que los rituales y los libros litúrgicos de las Iglesias y sectas orientales, incluso de las separadas de la Iglesia católica en los primeros siglos, tratan el contraer matrimonio como un sacramento, y lo rodean con ceremonias y oraciones significativas e impresionantes. Los Nestorianos, Monofisitas, Coptos, Jacobitas, etc., están todos de acuerdo en este punto (cf. J.S. Assemani, "Bibliotheca orientalis", III, i, 356; ii, 319 y ss.; Schelstrate. "Acta orient. Eccl.", I, 150 y ss.; Denzinger, "Ritus orientalium", I, 150 y ss.; II, 364 y ss.). Las numerosas oraciones que se utilizan a lo largo de la ceremonia se refieren a una gracia especial que ha de concederse a las personas recién casadas, y comentarios ocasionales muestran que esa gracia ha de considerarse como sacramental. Así, el patriarca nestoriano Timoteo II, en su obra "De septem causis sacramentorum" mencionada en Assemani (III, i, 579) trata del matrimonio entre los demás sacramentos, y enumera varias ceremonias religiosas sin las cuales el matrimonio es inválido. Evidentemente, por tanto, incluye al matrimonio entre los sacramentos, y considera la gracia resultante de él una gracia sacramental.

La doctrina de que el matrimonio es un sacramento de la Nueva Ley nunca ha sido materia de disputa entre la Iglesia Católica Romana y ninguna de las Iglesias Orientales separadas de ella—una prueba convincente de que esta doctrina siempre ha formado parte de la tradición eclesiástica y deriva de los Apóstoles. La correspondencia (1576-81) entre los profesores de Tübingen, defensores del protestantismo, y el patriarca griego Jeremías, es bien conocida. Terminó con el rechazo indignado de este último de la sugerencia de que pudiera ser ganado a la doctrina de sólo dos sacramentos, y en su solemne reconocimiento de la doctrina de siete sacramentos, incluyendo el matrimonio, como la enseñanza constante de la Iglesia Oriental. Más de medio siglo después el Patriarca Cirilo Lucar, que había adoptado la doctrina calvinista de sólo dos sacramentos, fue por esa razón declarado públicamente hereje por los Sínodos de Constantinopla en 1638 y 1642 y de

Jerusalén en 1672 – tan firmemente se había mantenido la doctrina de los siete sacramentos y del matrimonio como sacramento por los griegos y por los teólogos orientales en general.

En muy pocos casos aislados surgieron dudas respecto del carácter plenamente sacramental del matrimonio, cuando se hizo el intento de formular, según la ciencia especulativa, la definición del sacramento y determinar exactamente sus efectos. Sólo se puede mencionar a un destacado teólogo que negó que el matrimonio confiera gracia santificante, y por consiguiente que fuera un sacramento de la Nueva Ley en el sentido estricto del término—Durandus de St. Pourçain, después obispo de Meaux. Incluso él admitía que el matrimonio en alguna forma produce gracia, y por tanto debía ser llamado sacramento; pero era sólo la ayuda actual de gracia para someter la pasión, lo que deducía del matrimonio como efecto, no *ex opere operato*, sino *ex opere operantis* (cf. Perrone, “De matrimonio christiano”, I, i, 1, 2). Como autoridades sólo podía citar a algunos juristas. Los teólogos, con la máxima unanimidad rechazaron esta doctrina como nueva y opuesta a la enseñanza de la Iglesia, así que el célebre teólogo del Concilio de Trento, Domingo Soto, dijo de Durandus que sólo con dificultad había evitado el peligro de ser tachado de hereje. Muchos de los principales escolásticos hablaron en realidad del matrimonio como un remedio contra la sensualidad –vg: Pedro Lombardo (cuyos cuatro libros de sentencias fueron comentados por Durandus), y sus muy distinguidos comentaristas Santo Tomás de Aquino, San Buenaventura, Pedro de Palude. Pero no se excluye por eso el otorgamiento de la gracia santificante *ex opere operato*, al contrario, debe considerarse como el fundamento de esa gracia actual, y como la raíz de la que surge el derecho a recibir la ayuda divina que requiere la ocasión. Que esta es la enseñanza de esos grandes teólogos es evidente en parte por sus explícitas declaraciones referentes al sacramento del matrimonio, y en parte por lo que definían como elemento esencial de los Sacramentos de la Nueva Ley en general. Es suficiente con dar aquí las

referencias: Santo Tomás, “In IV Sent.”, dist. II, i, 4; II, ii, 1; XXVI, ii, 3; San Buenaventura, “In IV Sent.”, dist. II, iii; XXVI, ii.

La razón real por la que algunos juristas dudaban en llamar al matrimonio un sacramento que otorga gracia era religiosa. Era seguro que un sacramento y su gracia no pueden ser comprados. Aun así tal transacción tenía lugar en el matrimonio, en cuanto que se pagaba una dote al hombre. Pero esta objeción carece de base. Pues aunque Cristo haya elevado el matrimonio o el contrato de matrimonio a la dignidad de sacramento (como se demostrará más abajo), aun así el matrimonio, incluso entre cristianos, no ha perdido por ello su significación natural. La dote, cuyo uso incumbe al hombre, se da como una contribución para soportar las cargas naturales del matrimonio, esto es, el sostenimiento de la familia, y la educación de la prole, no como precio del sacramento. Para una mejor comprensión del carácter sacramental del matrimonio cristiano como opuesto al no-cristiano, podemos brevemente establecer las relaciones de uno con otro, especialmente en cuanto que no se puede negar que todo matrimonio desde el principio ha tenido, y tiene, el carácter de algo santo y religioso, y puede por tanto ser designado como sacramento en el sentido más amplio de la palabra. En esta relación no podemos pasar por alto la instructiva encíclica de León XIII arriba mencionada. Dice: “El matrimonio tiene como autor a Dios; y fue desde el mismo principio una especie de prefiguración de la Encarnación de la Palabra Divina; por consiguiente, reside en él algo santo y religioso, no ajeno sino innato; no derivado del hombre, sino implantado por la naturaleza. No fue, por tanto, sin buenas razones por lo que nuestros predecesores, Inocencio III y Honorio III, afirmaron que un cierto sacramento del matrimonio existía incluso entre creyentes y no creyentes. Apelamos al testimonio de los monumentos de la antigüedad, como también a los modos y costumbres de aquellos pueblos que, siendo los más civilizados, tenían un sentido más fino de la equidad y del derecho. En las mentes de todos ellos estaba la convicción profundamente arraigada de que el matrimonio debía

considerarse como algo sagrado. De ahí que, entre estos, los matrimonios se celebraran habitualmente con ceremonias religiosas, bajo la autoridad de pontífices, y con el ministerio de sacerdotes—tan grande, incluso en almas ignorantes de la doctrina celestial, era la impresión producida por la naturaleza del matrimonio, por la reflexión sobre la historia de la humanidad, y por la conciencia de la raza humana”.

El término “sacramento”, aplicado por el Papa a todo matrimonio, incluso los de infieles, debe tomarse en su sentido más amplio, y no significa nada sino una cierta santidad inherente al matrimonio. Incluso entre los israelitas el matrimonio nunca tuvo la importancia de un sacramento en el sentido estricto del Antiguo Testamento, puesto que incluso tal sacramento producía una cierta santidad (no en realidad la santidad interior que se hace efectiva por los sacramentos del Nuevo Testamento, sino sólo una pureza legal externa), y esto ni siquiera se relacionaba con el contrato de matrimonio entre los judíos. La santidad del matrimonio en general es de otra clase. El matrimonio original, y por consiguiente el matrimonio tal como se concibió en el plan original de Dios antes del pecado, debía ser el medio no meramente de la propagación natural de la raza humana, sino también el medio por el que la santidad sobrenatural personal debía transmitirse a los descendientes individuales de nuestros primeros padres. Era, por tanto, un gran misterio, pensado no para la santificación personal de los unidos por el lazo matrimonial, sino para la santificación de otros, esto es, de su descendencia. Pero esta santidad del matrimonio divinamente ordenada fue destruida por el pecado original. La efectiva santificación de la raza humana, o más bien de los hombres individuales, tuvo que ser llevada a cabo entonces en forma de redención por medio del Redentor Prometido, el Hijo de Dios hecho hombre. En lugar de su santidad anterior, el matrimonio conservaba sólo la significación de una imagen que representaba débilmente la santidad que en adelante iba a ser adquirida; prefiguraba la Encarnación del Hijo de Dios, y la estrecha unión que de ese modo iba a formar con la raza humana. Estaba

reservado al matrimonio cristiano simbolizar esta unión sobrenatural superior con la humanidad, esto es, con los que se unían a Cristo en la fe y el amor, y ser un signo eficaz de esta unión.

II. MINISTRO DEL SACRAMENTO; MATERIA Y FORMA

Aunque la Iglesia fue consciente desde el principio de la plena sacramentalidad del matrimonio cristiano, aun así durante un tiempo hubo alguna inseguridad respecto a qué sea en el contrato de matrimonio la esencia real del sacramento, respecto a su materia y su forma, y a su ministro. Desde los primeros tiempos se ha sostenido esta proposición fundamental: *Matrimonium facit consensus*, esto es, el matrimonio se contrae a través del consentimiento mutuo y expreso. Aquí se contiene implícitamente la doctrina de que las personas que contraen matrimonio son ellas mismas los agentes o ministros del sacramento. Sin embargo, se ha subrayado de manera similar que el matrimonio debe contraerse con la bendición del sacerdote y la aprobación de la Iglesia, pues de otro modo no sería una fuente de gracia divina, sino de maldición. De ahí que pueda inferirse fácilmente que la bendición del sacerdote sea el elemento que otorga la gracia, o forma del sacramento, y que el sacerdote es el ministro. Pero esta es una conclusión falsa. El primer teólogo en designar clara y distintamente al sacerdote como ministro del sacramento y su bendición como la forma sacramental fue aparentemente Melchor Cano (muerto en 1560). En su bien conocida obra, "*De locis theologicis*", VIII, v, expone las siguientes proposiciones:

Es, en realidad, una opinión común de las escuelas, pero no su doctrina segura y establecida, que un matrimonio contraído sin sacerdote es un sacramento verdadero y real; las controversias sobre este punto no afectan a materias de fe y religión; sería erróneo afirmar que todos los teólogos de la escuela católica defendían esa opinión.

En el curso del mismo capítulo, Cano defiende, como cuestión vital, la opinión de que sin el sacerdote y su bendición puede tener lugar un matrimonio válido, pero están ausentes la forma sacramental y el sacramento válido. Para esta opinión recurre a Pedro de Palude (“In IV Sent.”, dist. V, ii) y también a Santo Tomás (“In IV Sent.”, dist. I, i, 3; “Summa contra gentiles”, IV, lxxviii), como también a un cierto número de Padres y Papas de los primeros siglos, que compararon al matrimonio contraído sin bendición sacerdotal a un matrimonio adúltero, y por tanto no podían reconocer en él un sacramento.

El recurso a las autoridades arriba mencionadas, sin embargo, es poco afortunado. Santo Tomás de Aquino en el primer artículo citado por Cano titulado “Utrum consistant sacramenta in verbis et rebus” plantea la siguiente dificultad: “La penitencia y el matrimonio forman parte de los sacramentos: pero para su validez son innecesarias las palabras; por tanto no es cierto que las palabras formen parte de todos los sacramentos.” Esta dificultad la responde al final del artículo: “El matrimonio tomado como una función natural y la penitencia como acto de virtud no tienen forma de palabras: pero en cuanto que ambos pertenecen a los sacramentos que han de ser conferidos por los ministros de la Iglesia, en ambos se emplean palabras; en el matrimonio las palabras que expresan el consentimiento mutuo, y también las bendiciones que fueron instituidas por la Iglesia, y en la penitencia las palabras de absolución dichas por el sacerdote”. Aunque Santo Tomás menciona las palabras de bendición junto con las palabras del consentimiento mutuo, expresamente las llama una institución de la Iglesia, y de ahí que no constituyan la esencia del sacramento instituido por Cristo. Además, aunque parece entender que el matrimonio, también, debe administrarse por los ministros de la Iglesia, no puede negarse que las partes contrayentes en el matrimonio cristiano deben guiarse por reglas eclesiásticas, y no pueden actuar de otro modo que como ministros

sometidos a la Iglesia o dispensadores del sacramento. Si, sin embargo, Santo Tomás en este pasaje atribuye a la bendición sacerdotal una influencia demasiado grande sobre la esencia del matrimonio, la corrige manifiestamente en su obra posterior, "Summa contra gentiles", en la que indudablemente sitúa la plena esencia del sacramento en el consentimiento mutuo de las partes contrayentes: "El matrimonio, por tanto, puesto que consiste en la unión del hombre y la mujer, que se proponen engendrar y criar hijos para la gloria de Dios, es un sacramento de la Iglesia; por tanto las partes contrayentes son bendecidas por los ministros de la Iglesia. Y como en los demás sacramentos, algo espiritual se significa por una ceremonia externa, así aquí en este sacramento la unión de Cristo y la Iglesia está figurada por la unión del hombre y la mujer, según el Apóstol: 'Este es un gran sacramento; lo digo respecto a Cristo y la Iglesia'. Y como los sacramentos hacen efectivo lo que significan, está claro que las personas que contraen matrimonio reciben por este sacramento la gracia por la que participan en la unión de Cristo y la Iglesia" De ahí que la plena esencia y el poder de producción de gracia del matrimonio consista, según Santo Tomás, en la unión del hombre y la mujer (en presencia del sacerdote), no en la bendición adicional del sacerdote prescrita por la Iglesia.

Lo mismo parece ser cierto en el pasaje de Pedro de Palude citado por Cano. Como su obra, "Commentarium in IV Librum Sententiarum" no es tan fácilmente accesible, podemos establecer con precisión la edición usada aquí: Lleva como nota final el comentario: *Explicit scriptum in quartum sententiarum Clarissimi et Acutissimi doctoris Petri de Palude patriarch Hierosolymitani, ordinis fratrum prædicatorum perquam diligentissime Impressum Venetiis per Bonettum Locatellum Bergomensem mandato Nobilis viri Octaviani Scoti Civis Modoetiensis Anno a natali partu Intemerate Virginis nonagesimotertio cum Quadringentesimo supra millesimum XII Kalendas Octobris.*" Aquí dice expresamente en dist. V., Q. xi (fol. 124, col. 1): "Parece que quien contrae matrimonio en estado de pecado no peca

aunque la esencia del matrimonio consiste en el consentimiento mutuo, que las partes se expresan mutuamente; este consentimiento confiere el sacramento y no el sacerdote mediante su bendición; éste sólo confiere un sacramental.” Más adelante, en dist. XXVI, Q. iv (fol. 141, col. 4), dice: “El matrimonio es tal que su eficacia no se basa en el ministro de la Iglesia (el sacerdote). Su esencia, por tanto, puede existir sin el sacerdote, no porque sea un sacramento necesario – aunque en realidad es necesario para la sociedad humana, tal como el bautismo es necesario para el individuo – sino porque su eficacia no viene del ministro de la Iglesia. Sin embargo, tal vez no es legítimo contraer matrimonio excepto en presencia de la Iglesia y ante el sacerdote, si esto es posible”. Estos pasajes son claros. Es difícil ver por qué Melchor Cano intentó apoyar su opinión en las palabras iniciales de la primera cita. Supone él que de las palabras “parece que quien contrae matrimonio en estado de pecado no peca” se ha de sacar la conclusión de que de Palude quiere decir en este caso un matrimonio que no es un sacramento; pues administrar o recibir un sacramento en estado de pecado es un pecado grave, un sacrilegio. Pero por otro lado, ha de señalarse que de Palude en términos inequívocos declara que es el mutuo consentimiento el que confiere el sacramento. La palabra “parece” introduce meramente una dificultad; si esto expresa su propia opinión, no aclara, en cuanto a que el contraer matrimonio signifique la recepción del sacramento; en cuanto a la administración del sacramento considera probable que la administración de un sacramento en pecado sea un pecado adicional sólo en el caso de ministros ordenados para la administración de los sacramentos, pero las partes contrayentes en el matrimonio no son tales ministros.

La opinión de Cano sólo encuentra poco apoyo en las expresiones de los Padres o en las cartas papales, que establecen que el matrimonio sin sacerdote se declare impío, perverso o sacrílego, que no trae la gracia de Dios sino que provoca su ira. Esto no es nada más que lo que dice el Concilio de Trento en el capítulo “Tametsi” (XXIV, i, de ref. Matr.), a saber, que “la Santa Iglesia de Dios siempre ha detestado y prohibido los

matrimonios clandestinos”. Tales afirmaciones no niegan el carácter sacramental del matrimonio así contraído, sino que condenan como sacrílega esa recepción del sacramento que en realidad deja abierta la fuente de la gracia, aunque coloca un obstáculo en el camino de la eficacia del sacramento.

Durante mucho tiempo, sin embargo, la opinión de Cano tuvo sus defensores entre los teólogos postridentinos. Incluso Prospero Lambertini, como Benedicto XIV, no rechazó su pronunciamiento, hecho en su obra “De synodo dioeciesana”, VIII, xiii, de que la opinión de Cano era “valde probabilis”, aunque en su calidad de Papa enseñó clara y distintamente lo opuesto en su carta al arzobispo de Goa. Hoy debe rechazarse por todos los teólogos católicos y tacharse al menos de falsa. Las inferencias no contempladas por los originadores de esta opinión, pero deducidas más tarde y utilizadas en la práctica contra los derechos de la Iglesia, obligaron a los Papas sucesivos a condenarla formalmente. Católicos serviles y teólogos de corte especialmente la encontraron útil para justificar que el poder secular hiciera leyes relativas a la validez e invalidez, impedimentos dirimentes, y similares. Pues, si el sacramento consistía en la bendición sacerdotal y el contrato, como nunca se dudó, en el consentimiento mutuo de las partes, entonces evidentemente contrato y sacramento deben separarse; el primero debe preceder como fundamento; sobre él, como es natural, se fundaba el sacramento que tenía lugar por la bendición del sacerdote. Pero los contratos, que afectan a la vida social y civil, están sometidos a la autoridad del estado, de forma que éste puede hacer reglas y restricciones incluso respecto a su validez, cuando lo juzgue necesario para el bien público. Esta conclusión práctica fue sacada especialmente por Marco Antonio de Dominis, obispo de Spoleto, después apóstata, en su obra “De republica ecclesiastica” (V, xi, 22), y por Launoy en su obra “Regia in matrimonio potestas” (I, ix y ss.). A mediados del Siglo XIX Nepomuk Nuytz, profesor de la Universidad de Turín, defendió esta opinión con renovado vigor, para

suministrar una base jurídica a la legislación civil sobre el matrimonio. La obra de Nuytz fue acto seguido condenada expresamente por Pío IX en la Carta Apostólica de 22 de Agosto de 1851, en la que el Papa declaraba como falsas específicamente las siguientes proposiciones: El sacramento del matrimonio es sólo algo que se añade al contrato de matrimonio y que puede separarse de él; el sacramento consiste sólo en la bendición del matrimonio. Estas proposiciones se incluyeron en el “Syllabus” de 8 de Diciembre de 1864, y deben ser rechazadas por todos los católicos. De manera similar se expresa León XIII en la Encíclica “Arcanum” arriba citada. Dice: “Es seguro que en el matrimonio cristiano el contrato es inseparable del sacramento y que, por esta razón, el contrato no puede ser verdadero y legítimo sin ser también un sacramento. Pues Cristo Nuestro Señor añadió al matrimonio la dignidad de un sacramento; pero el matrimonio es el contrato mismo, siempre que el contrato se haga legalmente...De ahí resulta claro que entre los cristianos todo verdadero matrimonio es, en sí mismo y por sí mismo, un sacramento; y que nada puede estar más lejos de la verdad que decir que el sacramento es un cierto ornamento añadido, o accesorio externo, que puede separarse y arrancarse del contrato a capricho del hombre”.

Como es seguro, por tanto, desde el punto de vista de la Iglesia que el matrimonio en cuanto sacramento se realiza sólo por el mutuo consentimiento de las partes contrayentes, es una cuestión de consideración secundaria cómo y en qué sentido han de tomarse la materia y la forma de este sacramento. La opinión que explica más correctamente esto es tal vez la que prevalece generalmente hoy; en todo contrato se han de distinguir dos elementos, la oferta de un derecho y su aceptación; la primera es su fundamento, la segunda su perfección jurídica. Lo mismo es cierto para el contrato sacramental de matrimonio; por tanto, en cuanto que en la mutua declaración de consentimiento se contiene una oferta del derecho de matrimonio, tenemos la materia del sacramento, y, en cuanto que en ella se contiene una mutua aceptación, tenemos la forma.

Para completar nuestra investigación referente a la esencia del Sacramento del Matrimonio, su materia y forma, y su ministro, tenemos aún que mencionar una teoría que fue defendida por algunos juristas de la Edad media y ha sido resucitada por el Dr. Jos. Freisen (“Geschichte des canonischen Eherechts”, Tübingen, 1888)⁶⁴. Según ésta, el matrimonio en sentido estricto, y por tanto el matrimonio como sacramento, no se lleva a cabo hasta que la consumación del matrimonio se añade al consentimiento. Es, por tanto, la consumación la que constituye la materia o la forma. Pero como Fresisen se retractó de esta opinión que no podía armonizar con las definiciones de la Iglesia, ya no tiene interés actual. Esta opinión derivaba del hecho de que el matrimonio, según el mandato de Cristo, es absolutamente indisoluble. Por otro lado, es innegablemente la enseñanza y la práctica de la Iglesia que, pese al consentimiento mutuo, el matrimonio puede disolverse por la profesión religiosa o por la declaración del Papa; de ahí parecía concluirse que no había matrimonio real antes de la consumación, puesto que se reconoce que ni la profesión religiosa ni la declaración papal pueden llevar a cabo después una disolución. El error reside en tomar la indisolubilidad en un sentido que la Iglesia nunca ha sostenido. En un caso, es cierto, según el derecho canónico primitivo, la previa relación de esponsales entre hombre y mujer se convertía en matrimonio legal (y por tanto en Sacramento del Matrimonio), a saber cuando un desposorio válido era seguido por la consumación. Era una presunción legal que en este caso las partes desposadas deseaban atenuar la pecaminosidad de su acción tanto como fuera posible, y por tanto, la realizaban con la intención de matrimonio y no de fornicación. La causa eficiente del contrato de matrimonio, tanto como del sacramento, era incluso en este caso la intención mutua de matrimonio, aunque no se le diera expresión en la forma regular. Esta presunción legal cesó el 5 de Febrero de

⁶⁴ Idem

1892, por Decreto de León XIII, pues se había quedado obsoleta entre los fieles y ya no se adaptaba a las condiciones actuales.

III. DIFERENCIA ENTRE EL SACRAMENTO DEL MATRIMONIO Y LOS DEMÁS SACRAMENTOS

De todo lo que se ha dicho, resulta claro que mientras el matrimonio, puesto que es un signo exterior de gracia y también produce gracia interior, tiene la naturaleza común a todos los sacramentos, aun así, visto como un signo externo, es único y muy diferente de los demás sacramentos. El signo externo es un contrato; de ahí que el matrimonio, incluso como signo eficaz o sacramento, tenga precisamente la naturaleza y cualidad de los contratos, dependiendo su validez de las reglas para la validez de los contratos. Y, como podemos distinguir entre un contrato en su origen y un contrato en su continuidad, así podemos distinguir entre el sacramento del matrimonio in fieri e in facto esse. El sacramento in fieri es la arriba mencionada declaración mutua de consentimiento; el sacramento in facto esse es el lazo divino que une a las personas casadas de por vida. En la mayor parte de los demás sacramentos también hay esta distinción entre el sacramento in fieri e in facto esse; pero la continuidad de los demás sacramentos se basa principalmente en el carácter imborrable que imprimen en el alma del recipiendario. No ocurre así con el matrimonio; no hay en el alma del recipiendario cuestión alguna de nuevo ser físico o modo de ser, sino una relación legal que puede ser rota sólo, por regla general, por la muerte, aunque en casos individuales pueda volverse nulo de otras formas, supuesto que el matrimonio no se haya consumado. A este respecto, por tanto, el matrimonio, especialmente en cuanto sacramento, difiere de los demás contratos, puesto que no está sometido a la libre voluntad de los individuos. Por supuesto, la elección de un cónyuge y especialmente el contraer o no matrimonio están sujetos a la libre voluntad de los individuos; pero cualquier revocación o alteración esencial de los términos está más allá del poder de

las partes contratantes; la esencia del sacramento contractual está regulada divinamente.

De mayor importancia aún es el aspecto contractual del sacramento *in fieri*. En los demás sacramentos, la administración condicional es admisible sólo dentro de estrechos límites. Sólo pueden ser cuestiones de presente o pasado, que, según que se verifiquen o no de hecho, aquí y ahora admitan o impidan la administración válida del sacramento. Pero generalmente incluso estas condiciones no tienen influencia sobre la validez; están puestas por motivos de un mayor respeto, así como para evitar incluso la apariencia de considerar el procedimiento sacramental como inútil. El Sacramento del Matrimonio, por el contrario, sigue la naturaleza de un contrato en todas estas cuestiones. Admite condiciones no sólo del pasado y presente, sino también condiciones futuras que pueden retrasar la producción del sacramento hasta que se cumplan las condiciones. En el momento en que se cumplen, el sacramento y su otorgamiento de gracia tiene lugar en virtud del consentimiento mutuo previamente expresado y que aún continúa. Sólo las condiciones dirimentes se oponen a la esencia del Sacramento del Matrimonio, porque consiste en un contrato indisoluble. Cualquiera de tales condiciones, tanto como las demás que se opongan a la naturaleza intrínseca del matrimonio, tienen como resultado la invalidez tanto del contrato como del sacramento.

Una cualidad ulterior del sacramento del Matrimonio, no poseída por los demás sacramentos, es que se puede hacer efectivo sin la presencia personal de los mutuos ministros y recipiendarios. Un acuerdo consensual se puede hacer tanto por escrito como oralmente, y por poderes tanto como en persona. De ahí que estos métodos no se opongan a la validez del sacramento. Por supuesto que, según la ley eclesiástica, la forma prescrita para la validez es, por regla general, la declaración mutua de consentimiento, personal, ante testigos; pero ése es un requisito añadido a la naturaleza del matrimonio y a la ley divina, que la Iglesia puede por tanto,

dejar de lado y de la que puede dispensar en casos particulares. Incluso el contraer matrimonio a través de representantes autorizados no se excluye de manera absoluta. En tal caso, sin embargo, este representante no se puede llamar el ministro, mucho menos el recipiendario del sacramento, sino meramente el agente o intermediario. La declaración de consentimiento hecha por él sólo es válida en cuanto que representa y contiene el consentimiento de su mandante; es éste último quien lleva a cabo el contrato y el sacramento, de ahí que el mandante sea el ministro del sacramento. Es el mandante, y no el agente, quien recibe el consentimiento y se casa con la otra parte, y también, por tanto, quien recibe el sacramento. No importa si el mandante, en el momento exacto en que se expresa el consentimiento por su agente, tiene uso de razón, o conciencia, o está privado de ella (vg.: por el sueño); en cuanto se da el mutuo consentimiento, el sacramento empieza a ser junto con el contrato, y el otorgamiento de la gracia tiene lugar al mismo tiempo, supuesto que no se coloque ningún obstáculo en el camino de su eficacia. El uso actual de razón no se requiere para ello más que para el bautismo de un niño o para la extremaunción de una persona inconsciente. Puede suceder incluso en el caso del matrimonio que el consentimiento, que se dio hace muchos años, sólo tenga efecto ahora. Esto ocurre en el caso de la llamada *sanatio in radice*. Por medio de ésta, un impedimento eclesiástico, que invalidaba el matrimonio hasta ahora, se suprime por la autoridad eclesiástica y el consentimiento mutuo previamente dado sin conocimiento del impedimento se acepta como legítimo, supuesto que es cierto que este consentimiento ha continuado habitualmente según su intención originaria. En el momento de la dispensa eclesiástica el consentimiento originario se convierte en la causa eficaz del sacramento y los hasta entonces presuntos, pero ahora reales, esposos reciben el efecto sacramental del aumento de la gracia santificante, siempre que no coloquen obstáculos en el camino.

IV. EXTENSIÓN DEL SACRAMENTO DEL MATRIMONIO

Como hemos subrayado varias veces, ni siquiera el matrimonio es un verdadero sacramento, sino sólo el matrimonio entre cristianos. En el sentido que aquí le damos uno se hace cristiano y sigue siéndolo por medio del bautismo válido. De ahí que sólo uno que ha sido válidamente bautizado pueda contraer un matrimonio que sea sacramento; pero puede contraerlo todo el que ha sido bautizado válidamente, tanto si ha permanecido fiel a la fe cristiana, como si se ha hecho hereje, o incluso infiel. Tal ha sido siempre la enseñanza y la práctica de la Iglesia. Por medio del bautismo uno “se convierte en miembro de Cristo y se incorpora al cuerpo de la Iglesia”, como declaraba el Decreto florentino para los Armenios; en lo que se refiere a la ley, sigue irrevocablemente sujeto a la Iglesia, y por tanto, en asuntos legales, ha de ser considerado siempre un cristiano. De ahí que sea un principio general que todas las personas bautizadas estén sometidas a las leyes eclesiásticas universales, especialmente a las leyes matrimoniales, salvo que la Iglesia haga una excepción para casos o clases particulares. De ahí que no sólo el matrimonio entre católicos, sino también el contraído entre miembros de sectas diferentes que hayan mantenido el bautismo y bauticen válidamente, sea indudablemente un sacramento. No importa si los no católicos consideran el matrimonio un sacramento o no, o si pretenden llevar a cabo un sacramento o no. Supuesto sólo que pretendan contraer un verdadero matrimonio, y expresen el consentimiento requerido, esta intención y esta expresión son suficientes para constituir un sacramento. Pero si se está absolutamente determinado a no llevar a cabo un sacramento, entonces, naturalmente, se excluye la producción de un sacramento, pero el matrimonio contraído será también nulo e inválido. Por mandato divino es esencial al matrimonio cristiano ser un sacramento; no está en poder de las partes contrayentes eliminar algo de su naturaleza; y una persona que tiene intención de hacer esto invalida toda la ceremonia. Es seguro, por tanto, que un matrimonio contraído entre personas bautizadas es

un sacramento, incluso los llamados matrimonios mixtos entre un católico y un no católico, supuesto que el no católico haya sido bautizado válidamente. Es igualmente seguro que un matrimonio entre personas no bautizadas no es un sacramento en el sentido estricto del término.

Hay, sin embargo, gran inseguridad respecto a cómo han de considerarse los matrimonios que existen legítima y válidamente entre una persona bautizada y otra no bautizada. Tales matrimonios pueden darse de dos maneras. En primer lugar, un matrimonio se puede contraer entre no creyentes, uno de los cuales se hace cristiano después, mientras que el otro sigue siendo no creyente. (Aquí creyente y no creyente se toma en el sentido de bautizado y no bautizado). El matrimonio contraído válidamente mientras ambos eran no creyentes sigue existiendo, y aunque en ciertas circunstancias es disoluble, no se vuelve inválido simplemente por el bautismo de una de las partes, pues, como dice Inocencio III (en IV, xix, 8), “por el bautismo no se disuelve el matrimonio, sino que se perdonan los pecados”, y San Pablo expresamente afirma (I Cor., 7, 12 y s.): “Si un hermano tiene una mujer no creyente, y ella consiente en vivir con él, no la despida. Y si una mujer tiene un marido no creyente, y él consiente en vivir con ella, no le despida”. Se trata aquí, por tanto, de un matrimonio que ulteriormente se ha convertido en un matrimonio entre un bautizado y un no bautizado. En segundo lugar, se puede tratar de un matrimonio que desde el principio era un matrimonio mixto, esto es, que se contrajo entre un creyente y un no creyente. Por la ley eclesiástica, tal matrimonio no puede tener lugar sin una dispensa de la Iglesia, que ha hecho de la disparidad de culto entre un bautizado y un no bautizado un impedimento dirimente. Con respecto a ambas clases de matrimonios se puede preguntar si tienen el carácter de sacramento, y si tiene el efecto de impartir gracia al menos a la parte bautizada. Respecto de la parte no bautizada, claramente no se trata de sacramento ni de gracia sacramental, pues el bautismo es la puerta para los

demás sacramentos, ninguno de los cuales puede recibirse válidamente antes que él.

Las opiniones de los teólogos sobre este punto varían considerablemente. Algunos mantienen que en ambas clases de matrimonios mixtos la parte bautizada recibe la gracia del sacramento; otros niegan esto en el caso del contrato de matrimonio contraído por no creyentes que posteriormente se convierte en matrimonio mixto, y lo afirma en el caso de un matrimonio contraído por un creyente con un no creyente en virtud de una dispensa de la Iglesia; una tercera clase niega incluso que haya sacramento o gracia sacramental en ningún caso. La primera opinión fue sostenida como probable por Palmieri (*De matrimonio christiano*, cap. ii, thes. ii, Apend. 8, 3), Rosset (*De sacramento matrimonii*, I, 350), y otros; la segunda por los autores más antiguos, Soto, Tournely, Collet, y, entre los autores recientes, especialmente por Perrone (*De matrimonio christiano*, I, 306-311); Sasse y Christian Pesch se declaran al menos favorables al carácter sacramental de un matrimonio contraído con dispensa eclesiástica entre una persona bautizada y otra no bautizada, pero no expresan su opinión en los demás casos. La tercera opinión es sostenida por Vázquez y Tomás Sánchez, y en la época actual se defiende vigorosamente por Billot (*De sacramentis*: II, *De matrimonio*, tesis xxxviii, sec. 3) y Wernz (*Ius Decretalium*, IV, v, 44).

Ninguna parte aporta pruebas convincentes. Tal vez los fundamentos más débiles se aducen por los que, con respecto al matrimonio contraído por no creyentes, pretenden la sacramentalidad y la gracia sacramental tras el bautismo para la parte que, posteriormente al matrimonio, se bautiza. Estos fundamentos son principalmente negativos, por ejemplo, no hay razón por la que una persona no bautizada no pueda administrar un sacramento, como se hace claramente en el caso del bautismo; o por la que el efecto sacramental no pueda tener lugar en una parte cuando no puede tener lugar en la otra, como en el caso de un matrimonio entre personas bautizadas

cuando una parte está en estado de gracia y la otra no, de forma que el sacramento del matrimonio confiere la gracia a la primera, pero no a la segunda. Aparte no es justo que la persona bautizada sea enteramente privada de gracia. En contra de esta opinión parece haber una poderosa razón en el hecho de que tal matrimonio contraído en infidelidad sea siempre disoluble, incluso después de años de duración, bien por el Privilegio Paulino, o bien por la autoridad plena de la Santa Sede. Y no obstante ha sido siempre un principio entre los teólogos que un matrimonio *ratum et consummatum* (esto es, un matrimonio que tenga carácter sacramental y se consume después) es por ley divina absolutamente indisoluble, de forma que ni siquiera la Santa Sede puede disolverlo bajo ningún concepto. De ahí parece deducirse que el matrimonio en cuestión no es un sacramento.

Anulado este argumento, junto con la razón de conveniencia arriba mencionada, habla a favor de la sacramentalidad de un matrimonio contraído con dispensa eclesiástica entre una persona bautizada y otra no bautizada. Tal matrimonio, una vez consumado, es absolutamente indisoluble, tal como lo es un matrimonio consumado entre dos personas bautizadas; en ninguna circunstancia puede recurrirse al Privilegio Paulino, ni puede concederse ninguna otra disolución por Roma (para documentos ver Lehmkuhl, "Theol. Mor.", II, 928). Una razón ulterior es que la Iglesia reclama la jurisdicción sobre tales matrimonios mixtos, instituye impedimentos dirimentes para ellos, y concede dispensas. Esta autoridad respecto a los matrimonios la basa Pío VI en su sacramentalidad; de ahí que parezca que el matrimonio en cuestión deba incluirse entre los matrimonios que son sacramentos. Las palabras de Pío VI en su carta al obispo de Mutila son las siguientes: "Si, por tanto, estos asuntos (está hablando del matrimonio) pertenecen exclusivamente al fuero eclesiástico por no otra razón que la de que el contrato de matrimonio es verdadera y propiamente uno de los siete sacramentos de la Ley del Evangelio, entonces, puesto que

este carácter sacramental es inherente a todas las cuestiones matrimoniales, deben estar todas sujetas a la jurisdicción exclusiva de la Iglesia”.

Sin embargo, estos argumentos fracasan de manera similar en aportar convencimiento. En primer lugar, muchos niegan que los matrimonios mixtos en cuestión pertenezcan exclusivamente a la jurisdicción de la Iglesia, sino que reclaman también un cierto derecho del Estado; sólo en caso de conflicto tiene preferencia la Iglesia; el derecho exclusivo de la Iglesia se limita a los matrimonios entre dos personas bautizadas. La Iglesia también tiene, sin duda, alguna autoridad sobre todos los matrimonios contraídos en infidelidad, en cuanto una parte recibe el bautismo, pero esto no prueba la sacramentalidad, tras la conversión de una parte, de un matrimonio contraído por infieles. Además, es inseguro si las cuestiones que afectan a la naturaleza del matrimonio cristiano están sometidas a la autoridad eclesiástica por la única razón de que el matrimonio cristiano fue elevado a la dignidad de sacramento, o por la razón más general de que es una cosa santa y religiosa. En el documento arriba citado Pío VI no decide este punto. En el caso de que esta última razón sea de suyo suficiente, entonces la conclusión es tanto más segura si, como dice Pío VI, “la elevación a la dignidad de sacramento” se toma como una razón. De hecho la elevación del matrimonio a sacramento puede servir bien como fundamento para la autoridad eclesiástica, incluso con respecto a un matrimonio que sea sólo un sacramento incompleto.

Como prueba positiva contra la sacramentalidad de los matrimonios mixtos que estamos tratando, los abogados de la tercera opinión subrayan la naturaleza del matrimonio como contrato. El matrimonio es un contrato indivisible que no puede ser una cosa para una parte y otra para la otra. Si no puede ser sacramento para una, entonces no puede ser sacramento para la otra. El contrato *in facto esse* no es realmente una entidad que existe en las partes, sino más bien una relación entre ellas, y en realidad una relación

de la misma especie para ambas partes. Ahora bien, no puede ser un sacramento *in facto esse*, si en una de las partes la base de la relación no tiene carácter sacramental. Pero, si el contrato *in facto esse* no fuera sacramento, entonces el efectivo contraer matrimonio no puede ser un sacramento *in fieri*. Si la opinión opuesta fuera correcta, el contrato estaría más bien cojo, esto es, más firme en la parte creyente que la no bautizada, puesto que la mayor constancia del matrimonio cristiano surge precisamente de su carácter como sacramento. Pero una condición tan irregular parece opuesta a la naturaleza del matrimonio. Si se sugiere por el contrario que como resultado en casos extraordinarios estos matrimonios mixtos podrían disolverse igual que en el caso de los contraídos por dos personas no bautizadas, esta inferencia ha de rechazarse. Aparte de la cuestión de si la constancia interna no excluye por sí misma tal disolución, es enteramente cierto que, externamente, se garantiza la indisolubilidad más completa para tales matrimonios mixtos, o, en otras palabras, que la Iglesia que por su aprobación los ha hecho posibles, también los hace por sus leyes indisolubles. Una disolución en virtud del Privilegio Paulino no está así ciertamente disponible, puesto que podría ser utilizada *in odium fidei*, en vez de *in favorem fidei*. En cualquier caso, respecto de la aplicación de este privilegio, la Iglesia es juez e intérprete autorizada. Estos argumentos, aunque quizá no decisivos, pueden servir para recomendar la tercera opinión como la más probable y mejor fundada.

Aún subsiste una cuestión, sobre la que también los teólogos católicos están hasta cierto punto divididos, sobre si y en qué momento los matrimonios legítimamente contraídos entre los no bautizados se convierten en sacramento por el ulterior bautismo de las dos partes. Que nunca se convierte en sacramento fue enseñado en su día por Vázquez, y también por los canonistas Weistner y Schmalzgrüber. Esta opinión puede considerarse hoy como abandonada, y no se puede conciliar con las decisiones oficiales tomadas desde entonces por la Santa Sede. La discusión debe, por tanto,

limitarse a la cuestión, de si a través del bautismo solo (esto es, en el momento en que se completa el bautismo del último bautizado de los dos cónyuges) el matrimonio se convierte en un sacramento, o si para eso es necesario la renovación de su mutuo consentimiento. Bellarmino, Laymann, y otros teólogos defendían esta última opinión; la primera, que ya fue mantenida por Sánchez, es hoy aceptada generalmente, y es seguida por Sape, Rosset, Billot, Pesch, Wernz, etc. Esta opinión se basa en la enseñanza eclesiástica que declara que entre los bautizados no puede haber verdadero matrimonio que no sea también un sacramento. Ahora bien, inmediatamente después del bautismo de ambos cónyuges, el matrimonio ya contraído que no se disuelve por el bautismo, se convierte en un “matrimonio de bautizados”; pues si no fuera inmediatamente un “sacramento”, el principio general arriba mencionado, que Pío IX y León XIII proclamaron como doctrina incontestable, sería falso. Por consiguiente debemos decir que, por medio del propio bautismo, el matrimonio existente pasa a ser un sacramento. Puede surgir sólo una dificultad en la determinación de dónde ha de buscarse en tal caso la materia y la forma del sacramento, y qué acto del ministro completa el sacramento. Este problema, parecería, se resuelve más fácilmente recurriendo al consentimiento mutuo virtualmente subsistente de las partes, que ya ha sido formalmente dado. Este deseo virtual de ser y seguir siendo cónyuges del matrimonio, que no se anula por la recepción del bautismo, es una entidad en las partes en la que se puede encontrar la administración del sacramento.

2.4. OBLIGACIÓN DEL MATRIMONIO

El Matrimonio hace nacer derechos y obligaciones que se dividen en dos grupos:

1) Derechos y obligaciones de los padres con relación a sus hijos: pueden resumirse dentro del rubro patria potestad.

2) Derechos y obligaciones de los cónyuges entre sí: a) Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio, a socorrerse mutuamente y a guardarse mutua fidelidad. b) Los esposos deberán vivir juntos en el domicilio conyugal; c) Los esposos deberán contribuir económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de estos, y podrán distribuirse esta carga en la forma y proporción que acuerden para este efecto, de acuerdo a sus aptitudes y posibilidades. Los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio, serán siempre iguales para los cónyuges y totalmente independientes de su aportación económica al sostenimiento del hogar; d) El marido, la mujer o los hijos, tendrán un derecho preferente sobre los ingresos y los bienes del cónyuge que tenga a su cargo el sostenimiento económico familiar para asegurar los alimentos; e) El marido y la mujer tienen en el hogar la autoridad y consideraciones iguales, por lo que deberán de resolver en común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, a la formación y educación de los hijos y la administración de los bienes que estos pertenezcan; f) El marido y la mujer mayores de edad, tienen la capacidad para administrar, contratar o disponer de sus bienes propios, y ejercitar los derechos que tengan con relación a ellos, sin que para esto necesiten el consentimiento del otro cónyuge, salvo que se estipule en las capitulaciones matrimoniales sobre la administración de los bienes⁶⁵.

⁶⁵ efrain moto salazar. *Elementos de derecho..* Ed.porrúa. Mexico, 2004.

LIBRO PRIMERO. DE LAS PERSONAS.

TÍTULO QUINTO. DEL MATRIMONIO.

CAPÍTULO III DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES QUE NACEN DEL MATRIMONIO.

Artículo 162⁶⁶. Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente.

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos. Por lo que toca al matrimonio, este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges.

Artículo 163. Los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal. Se considera domicilio conyugal, el lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges, en el cual ambos disfrutan de autoridad propia y consideraciones iguales.

Los tribunales, con conocimiento de causa, podrán eximir de aquella obligación a alguno de los cónyuges, cuando el otro traslade su domicilio a país extranjero, a no ser que lo haga en servicio público o social, o se establezca en lugar insalubre o indecoroso.

Artículo 164. Los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de éstos en los términos que la ley establece, sin perjuicio de distribuirse la carga en la forma y proporción que acuerden para este efecto,

⁶⁶ Código Civil Federal

según sus posibilidades. A lo anterior no está obligado el que se encuentre imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios, en cuyo caso el otro atenderá íntegramente a esos gastos.

Los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio serán siempre iguales para los cónyuges e independientes de su aportación económica al sostenimiento del hogar. (DR)IJ

Artículo 165. Los cónyuges y los hijos en materia de alimentos, tendrán derecho preferente sobre los ingresos y bienes de quien tenga a su cargo el sostenimiento económico de la familia y podrán demandar el aseguramiento de los bienes para hacer efectivos estos derechos.

Artículo 166. Derogado.

Artículo 167.

Derogado.

Artículo 168. El marido y la mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales; por lo tanto, resolverán de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, a la formación y educación de los hijos y a la administración de los bienes que a éstos pertenezcan. En caso de desacuerdo, el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente.

Artículo 169. Los cónyuges podrán desempeñar cualquier actividad excepto las que dañen la moral de la familia o la

estructura de ésta. Cualquiera de ellos podrá oponerse a que el otro desempeñe la actividad de que se trate y el Juez de lo Familiar resolverá sobre la oposición.

Artículo 170. Derogado.

Artículo 171. Derogado. (DR)IJ

Artículo 172. El marido y la mujer, mayores de edad, tienen capacidad para administrar, contratar o disponer de sus bienes propios y ejercitar las acciones u oponer las excepciones que a ellos corresponden, sin que para tal objeto necesite el esposo del consentimiento de la esposa, ni ésta de la autorización de aquél, salvo en lo relativo a los actos de administración y de dominio de los bienes comunes.

Artículo 173. El marido y la mujer, menores de edad, tendrán la administración de sus bienes, en los términos del artículo que precede, pero necesitarán autorización judicial para enajenarlos, gravarlos o hipotecarlos y un tutor para sus negocios judiciales.

Artículo 174. Se deroga.

Artículo 175. Se deroga.

Artículo 176. El contrato de compra-venta sólo puede celebrarse entre los cónyuges cuando el matrimonio esté sujeto al régimen de separación de bienes.

Artículo 177. El marido y la mujer, durante el matrimonio, podrán ejercitar los derechos y acciones que tengan el uno en contra del otro; pero la prescripción entre ellos no corre mientras dure el matrimonio⁶⁷.

2.5. FORMALIDADES DEL MATRIMONIO

Formalidades anteriores a la celebración del matrimonio⁶⁸:

“Art. 97 al 101 del Código vigente, regulan dichas formalidades anteriores al matrimonio. Además en los Art. 102 y 103 se estatuyen las formalidades y solemnidades del matrimonio mismo, en el momento de su celebración”.

Solemnidades y formalidades que deben observarse en la celebración del matrimonio:

SOLEMNIDADES:

Estas son esenciales para la existencia del matrimonio, en tanto que las formalidades se requieren para su validez. Si faltan las solemnidades de matrimonio será inexistente; si no se observan las formalidades requeridas por la ley, el matrimonio será existente pero nulo⁶⁹.

La solemnidad: es una formalidad que la técnica jurídica ha elevado, como dice Bonnecase, a la categoría de un elemento de existencia.

⁶⁷ <http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/1.htm?s>

⁶⁸ Clemente Soto Alvarez, Derecho de las Personas y de Familia, Limusa, 1989, págs.. 95, 96.

⁶⁹ Idem pág.97

Para los contratos de carácter matrimonial no existen solemnidades, solo se requiere la ley determinadas formalidades, de tal suerte que si no se observan, los citados actos serán existentes, pero estarán afectados de nulidad relativa.

Podemos considerar que son esenciales para la existencia del acto jurídico, las siguientes solemnidades:

Que se otorgue el acta matrimonial

Que se haga constar en ella tanto como la voluntad de los consortes par unirse en matrimonio, como la declaración del Oficial del Registro Civil considerándolos unidos en nombre de la ley y de la sociedad;

Que se determinen los nombres y apellidos de los contrayentes. Las formalidades las que se menciones en los Art. 102 y 103 consistentes en :

- 1.-En asentar el lugar, día y hora del acta matrimonial;
- 2.- hacer constar la edad, ocupación y domicilio de los contrayentes,
- 3.- Si son mayores o menores de edad.
- 4.- el consentimiento de los padres, de los abuelos o tutores, o del de las autoridades que deban sustituirlos, haciendo constar los nombres, apellidos, ocupación y domicilio de las citadas personas.
- 5.- Que no hubo impedimento para el matrimonio o que este se dispensó.
- 6.- La manifestación de los cónyuges sobre si el matrimonio se contrae bajo el Régimen de sociedad conyugal o de separación de bienes.

7.- los nombre apellidos, edad, estado, ocupación y domicilio de los testigos.

Y su declaración que son parientes o no de los contrayentes y si lo son en qué grado y en qué línea.

La existencia del acta matrimonial lleva una solemnidad, pues faltando esta no puede haber matrimonio. Dentro de este requisito se comprende la firma. Del acta por el Oficial del Registro Civil y los contrayentes es evidente que si se otorga el acta, pero no se firma por las citadas personas, no habrá matrimonio, o bien, si no imprime su huella digital, por no saber firmar.

Formalidades para la celebración del Matrimonio

Las personas civilmente capaces que pretendan contraer matrimonio, lo manifestarán así ante el funcionario competente de la residencia de cualquiera de los contrayentes, quien recibirá bajo juramento de cada uno de ellos, legalmente identificados, declaración sobre los puntos siguientes que hará constar en acta: nombres y apellidos, edad, estado civil, vecindad, profesión u oficio, nacionalidad y origen, nombres de los padres y de los abuelos si los supieren, ausencia de parentesco entre sí que impida el matrimonio, no tener impedimento legal para contraerlo y régimen económico que adopten si no presentaren escritura de capitulaciones matrimoniales y manifestación expresa de que no están legalmente unidos de hecho con tercera persona⁷⁰

Capacidad de los contrayentes:

Requisitos en caso de que uno de los contrayentes fuere casado

⁷⁰ <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revjurdp/cont/3/art/art5.pdf>

El contrayente que hubiese sido casado, presentará el documento legal que acredite la disolución o insubsistencia del matrimonio anterior; si hubiese tenido hijos, comprobará estar garantizada la obligación de alimentarlos; y si tuviere bienes de menores bajo su administración, presentará el inventario respectivo

Requisitos en caso de que uno de los contrayentes fuere extranjero

El contrayente que fuere extranjero o guatemalteco naturalizado, deberá comprobar en forma fehaciente su identidad y libertad de estado. Previamente a la celebración del matrimonio, se publicarán edictos en el Diario Oficial y en otro de mayor circulación, por el término de 15 días, emplazando a denunciarlo a quienes sepan de algún impedimento legal para el mismo. Si el matrimonio no fuere celebrado dentro de los seis meses de publicados los edictos éstos perderán su efecto legal.

Ausencias de vicios de consentimiento:

CONSENTIMIENTO; El casarse, no es el estar uno con otros mientras cuando les venga en gana, y cuando se les da la gana separarse y como si nada, por lo que no ha habido un matrimonio, pero cuando hay un verdadero y auténtico matrimonio se dice que el divorcio es una pantomima o sea una farsa, ya que el casarse es el entregarse, o sea se casa uno o no se casa, debemos tomar en cuenta de que en la vida matrimonial el acto sexual son manifestaciones y consecuencias de ese acto de voluntad, o sea el casarse, en derecho nuestra sociedad no puede obligarnos a casarnos, lo único que puede hacer es reconocer esa unión, o sea esa entrega total y para siempre.

ERROR. Algo que hace mucha referencia el autor y es cierto es que se da un error, Pacheco dice: "Error es una falsa representación de la realidad, o sea una apreciación equivocada de la mente de las cosas que suceden o de

la verdad objetiva. El error es siempre un acto del intelecto que afecta a la voluntad. Para efectos del consentimiento matrimonial, que es un acto de la voluntad, puede hacer error de hecho y error derecho. Este último, o sea el falso conocimiento o ignorancia de una norma, en el caso de matrimonio se asimila prácticamente al error en la sustancia”.

VIOLENCIA, la llamada Violencia, son actos violentos cometidos en el hogar entre miembros de una familia. En la década de 1970 las feministas analizaron el alcance de la violencia intra familiar (considerada como un fenómeno exclusivamente masculino) y se crearon centros de acogida y de ayuda para las mujeres maltratadas y para sus hijos. La violencia intra familiar también está relacionada con los niños maltratados (muchas veces, aunque no siempre, por abuso sexual) y con acciones verbales y psicológicas que pueden ser cometidas tanto por mujeres como por hombres.

IMPEDIMENTOS, para contraer matrimonio la generalidad de las legislaciones exige: heterosexualidad, libertad o ausencia de vínculo y un determinado grado de exogamia, denominándose impedimentos matrimoniales a las circunstancias personales o de relación entre ambas que entran en contradicción con aquellas notas caracterizantes de la institución matrimonial.

Licitud de objeto, motivo fin y condición del matrimonio:

Ya con la anterioridad hemos indicado que en materia matrimonial se aplican las disposiciones generales del acto jurídico contenidas en los Art. 1830 y 1831.

La nulidad de cualquier pacto que hicieren los esposos contra las leyes o los naturales fines del matrimonio. El Art. 147 considera no puesta cualquiera

condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los consortes. Por consiguientes, encontramos en materia matrimonial una modalidad de importancia, en cuanto a que para el caso de licitud en el fin o en la condición, no se establece la nulidad del acto jurídico, como se dispone en la regla general contenida en el artículo 2225, si no que subsiste el matrimonio, pero son nulos los pactos que vayan en contra de sus fines, o bien, se tienen por no puestas las condiciones que pretendan contrarias los mismos.

Es ilícito, en los siguientes casos:

Adulterio

Atentado contra la vida

Rapto

Bigamia

Incesto

Los cinco casos son para la nulificación del matrimonio por licitud en el acto mismo.

2.6. REGÍMENES DEL MATRIMONIO

El **régimen matrimonial**, **régimen económico matrimonial** o **régimen patrimonial del matrimonio** es el estatuto jurídico que regula la relación económica en un matrimonio de los cónyuges entre sí y de éstos respecto de terceros.

El régimen económico tiene gran trascendencia sobre todo en caso de separación matrimonial, en divorcio y en derechos de tipo sucesorio (mortis causa) como son las herencias, aunque también tiene gran repercusión frente a terceros en los casos de insolvencia de alguno de los cónyuges, por lo que si se desvía de lo establecido por defecto por la ley, normalmente debe estar inscrito en un registro público⁷¹.

2.7. PANORAMA ACTUAL DEL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO

Actualmente los países en los cuales el matrimonio homosexual es legal en todo su territorio son:

a) Países Bajos

En 2001 Países Bajos fue el primer Estado del mundo en reconocer el derecho al matrimonio a las parejas del mismo sexo. En 1995 el gobierno encargó a una comisión parlamentaria investigar la posibilidad de establecer matrimonios entre personas del mismo sexo, dos años después la comisión concluyó que las parejas del mismo sexo deberían poder optar al derecho al matrimonio. En 2000 se aprobó la ley de matrimonios entre personas del mismo sexo por 49 votos contra 26 en el Senado y por 109 contra 33 en el Parlamento. La ley entró en vigor el 1 de abril de 2001. Pese el voto negativo de la mayoría de diputados de partidos cristianos (en la oposición en el momento de la aprobación), estos partidos no mostraron intención de derogar la ley al llegar al gobierno en 2002. Hasta 2005 se celebraron en los Países Bajos 6.600 matrimonios entre personas del mismo sexo.

⁷¹ http://es.wikipedia.org/wiki/R%C3%A9gimen_matrimonial

b) Bélgica

En Bélgica el matrimonio entre personas del mismo sexo entró en vigor el 30 de enero de 2003. En 2002 se presentó en el Senado de Bélgica y en Cámara Belga de Representantes una enmienda para extender el derecho al matrimonio a las parejas homosexuales, resultando aprobada por 46 votos contra 15 y 91 votos contra 2, respectivamente. En un principio la ley prohibía que un ciudadano belga se casase con otro ciudadano de un país que no permitiera el matrimonio entre personas del mismo sexo y no contemplaba la adopción. Estas restricciones fueron derogadas en 2004 la primera y en 2006 la segunda. En julio de 2005 se habían contabilizado un total de 5.850 matrimonios entre personas del mismo sexo en Bélgica.

c) España

En España la ley que reconoce el derecho de las parejas del mismo sexo al matrimonio entró en vigor el 3 de julio de 2005. El Congreso de los Diputados aprobó la ley en una primera votación por 183 votos a favor contra 136. A su paso por el Senado la ley fue vetada por 131 votos contra 119. De vuelta al Congreso el veto fue levantado y la ley finalmente aprobada por 187 votos a 147. La aprobación de la ley suscitó la oposición de la Iglesia Católica y del Partido Popular, que presentó un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, cuya resolución aún se espera. La población española se mostró en un 66% a favor. Hacia finales de 2008 se habían celebrado en España 12.648 matrimonios entre personas del mismo sexo.

d) Canadá

La ley de matrimonios homosexuales en Canadá se hizo efectiva el 20 de julio de 2005. Desde 2003 diversas provincias de Canadá habían aprobado el matrimonio, en total antes de la aprobación a nivel nacional en 9 de las 13 regiones canadienses ya regía una ley similar. El 9 de diciembre de 2004 el Tribunal Supremo de Canadá sentenció que el acceso al matrimonio de las parejas del mismo sexo era constitucional y que era el gobierno federal el que tenía jurisdicción exclusiva de reconocer ese derecho. Esto dio pie al gobierno liberal a presentar una ley de matrimonios homosexuales que tras el paso por la Cámara de los Comunes de Canadá donde recibió el respaldo de 158 frente a 133, llegó al Senado donde fue aprobada por 46 a 22. Hasta octubre de 2006 fueron celebrados 12.438 matrimonios entre personas del mismo sexo en Canadá.

e) Sudáfrica

El 30 de noviembre de 2006 se hizo efectiva la ley de matrimonios homosexuales en Sudáfrica. En diciembre de 2005 una sentencia del Tribunal Constitucional de Sudáfrica dictaminó que era injustificable la discriminación basada en la orientación sexual y dio un plazo de 12 meses al gobierno para que modificara la Ley Nacional de Matrimonio sustituyendo las palabras marido o esposa por la palabra cónyuges. La ley fue aprobada por la Asamblea Nacional de Sudáfrica con el respaldo de 230 a favor frente a 41 votos en contra.

f) Noruega

En Noruega la ley que establece el matrimonio entre personas del mismo sexo entró en vigor el 1 de enero de 2009. La propuesta de ley presentada por el gobierno de centro izquierda fue aprobada en la cámara alta por 23 votos frente a 17 y en la cámara baja por 84 frente a 41. La ley contó con el apoyo de los partidos de la coalición gobernante, Partido de los Trabajadores Noruegos, el Sosialistisk venstreparti y el Partido del Centro, así como del partido conservador Høyre y del partido liberal Venstre de la oposición. En contra se posicionaron el Partido Demócrata y el Partido de derecha populista, Partido del Progreso.

g) Suecia

El matrimonio entre personas del mismo sexo en Suecia entró en vigor el 1 de mayo de 2009. La ley que contó con el apoyo de seis de los siete partidos que poseen representación parlamentaria fue presentada por el gobierno de coalición de centroderecha⁷². El resultado de la votación en el parlamento fue de 261 votos a favor y 22 en contra. El Partido Moderado, el Partido Centrista, el Partido Popular Liberal, el Partido de Izquierda, el Partido Verde y el Partido Socialdemócrata votaron mayoritariamente a favor, mientras que la mayoría de los diputados del Partido Demócrata Cristiano votó en contra.

⁷² Reuters (21 de enero de 2009). «Partidos suecos proponen legalizar matrimonio homosexual» (en español). Consultado el 21 de marzo de 2009.

h) Estados Unidos

A nivel federal Estados Unidos aprobó en 1996 la Ley para la Defensa del Matrimonio en el que se define el matrimonio como la unión de un hombre con una mujer, por lo que las leyes federales no pueden reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo.

A nivel de los Estados el matrimonio entre personas del mismo sexo es reconocido por cinco Estados y por Washington DC. El primero en aprobarlo, tras decisión judicial, fue Massachusetts en 2004, Connecticut lo hizo en 2008 también tras un fallo judicial. Iowa que legalizó el matrimonio entre personas del mismo sexo en 2009, aunque ya había permitido estos matrimonios durante un día en 2007, el que va del 30 al 31 de agosto. Vermont que también aprobó el matrimonio entre personas del mismo sexo fue el primero en Estados Unidos en hacerlo por la vía legislativa. La ley de matrimonio de Nueva Hampshire entró en vigor el 1 de enero de 2010, esta ley fue aprobada por las cámaras del Estado, siendo la primera que no recibía el veto de un gobernador. Posteriores intentos de abolir las leyes de matrimonio entre personas del mismo sexo en Iowa y New Hampshire han sido rechazados.

En el estado de California en 2008 la Corte Suprema del estado declaró inconstitucional la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo y legalizó el matrimonio homosexual en el estado. Esta decisión fue revertida cinco meses más tarde por un referéndum el 4 de noviembre de 2008, a través de la llamada Proposición 8 que enmendó la Constitución con el fin de que el matrimonio sólo fuera entre un hombre y una mujer. Permaneciendo legales los 18.000

matrimonios entre personas del mismo sexo que se habían oficializado hasta ese momento⁷³.

i) México

El 21 de diciembre de 2009, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, en la Ciudad de México, aprobó por mayoría de 39 votos a favor, 20 en contra y cinco abstenciones, el establecimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo, incluyendo su derecho a la adopción, a partir de la iniciativa presentada por el partido gobernante de la ciudad capital, Partido de la Revolución Democrática⁷⁴. Esto convertía la Ciudad de México en la única entidad de México y la primera de América Latina que aprueba este tipo de uniones.

Éstos, son los derechos adquiridos por la comunidad LGBT (lesbianas, gays, bisexuales y transgeneros):

La iniciativa incluye reformas a seis artículos del Código Civil Capitalino⁷⁵. en especial a la del artículo 146, para que en lugar de establecer "El matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer", señale que es "La unión libre de dos personas", y a la del artículo 391, referido a la adopción, de la que podrán disfrutar las parejas del mismo sexo.

Las parejas podrán casarse solo en el Distrito Federal; ya se estudia hacer lo mismo en Monterrey, Guadalajara y Veracruz, así como el acceso a los derechos del matrimonio, como seguridad social (en

⁷³ David Alandete (27 de mayo de 2009). «La justicia avala el veto al matrimonio gay en California» (en español). El País. Consultado el 24 de diciembre de 2009.

⁷⁴ Salvador Camarena (21 de diciembre de 2009). «El matrimonio homosexual llega a Latinoamérica» (en español). El País. Consultado el 24 de diciembre de 2009.

⁷⁵ Código Civil para El Distrito Federal en Materia Comun y para toda La Republica en Materia Federal.

trámite), pensiones por viudez o divorcio, así como la unión del patrimonio para solicitar préstamos personales.

Algunos estados con gobiernos de tendencia conservadora (Morelos, Tlaxcala, Sonora, Guanajuato, Jalisco y Baja California) promovieron un juicio ante la Suprema Corte de Justicia de México, para no reconocer los matrimonios entre homosexuales, en el que argumentaban que los residentes de los estados en donde el matrimonio entre personas del mismo sexo no está permitido irían a la Ciudad de México a contraer nupcias y luego regresar a su estado exigiendo los derechos que ese estado consagra para los matrimonios. Al respecto, la Suprema Corte resolvió que las demandas de dichos estados eran "notoriamente improcedentes"⁷⁶. No fue sino hasta el 5 de agosto de 2010 que la Suprema Corte decidió, por nueve votos contra dos, que los demás estados de la República mexicana están obligados a reconocer la validez de los matrimonios entre personas del mismo sexo que se realicen en el Distrito Federal, pero que si la aplicación de aquella norma (art. 146 del código civil del Distrito Federal) genera conflicto en esos estados, serán los tribunales locales los que definirán qué hacer en cada caso⁷⁷.

⁷⁶ La Jornada, «Rechaza Corte otras controversias contra bodas gays», 25 de febrero de 2010.

⁷⁷ "Acción de Inconstitucionalidad 2/2010 (Proyecto Original)". <http://www.scjn.gob.mx/Documents/AI-2-2010.pdf>.

CAPITULO III

III.- ANÁLISIS SOBRE LA LEGALIZACIÓN DEL MATRIMONIO HOMOSEXUAL.

El 9 de noviembre de 2006 fue aprobada por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal la Ley de Sociedades de Convivencia, que permite el reconocimiento legal de las uniones civiles entre homosexuales en la Ciudad de México; así como el Congreso del estado de Coahuila, México reconoció la unión de personas del mismo sexo llamándolo Pacto Civil de Solidaridad. El 21 de diciembre de 2009, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal aprobó por mayoría de 39 votos a favor, el establecimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo, incluyendo su derecho a la adopción, lo que convierte a la Ciudad de México en la única entidad de México y la primera de América Latina que aprueba este tipo de uniones.

Éstos, son los derechos adquiridos por la comunidad gay:

“La iniciativa incluye reformas a seis artículos del Código Civil Capitalino⁷⁸ en especial a la del artículo 146, para que en lugar de establecer "El matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer", señale que es "La unión libre de dos personas", y a la del artículo 391, referido a la adopción, de la que podrán disfrutar las parejas del mismo sexo”.

Las parejas podrán casarse solo en el Distrito Federal; ya se estudia hacer lo mismo en Monterrey, Guadalajara y Veracruz, así como el acceso a los derechos del matrimonio, como seguridad social (en trámite), pensiones por

⁷⁸ Exposición de motivos del Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del código civil para el Distrito Federal, y del código de procedimientos civiles para el Distrito Federal del 21 de Diciembre de 2009, publicado en la gaceta oficial del DF el día 29 del mismo mes y año.

viudez o divorcio, así como la unión del patrimonio para solicitar créditos humanos.

3.1. LA FINALIDAD DE LA NORMA JURÍDICA

La norma jurídica es una regla u ordenación del comportamiento humano dictado por la autoridad competente del caso, con un criterio de valor y cuyo incumplimiento trae aparejado una sanción. Generalmente, impone deberes y confiere derechos. Regla o precepto de carácter obligatorio, emanado de una autoridad normativa, la cual tiene su fundamento de validez en una norma jurídica que autoriza la producción normativa de ésta, y que tiene por objeto regular las relaciones sociales, o la conducta del hombre que vive en sociedad, son diferentes a las normas sociales, ya que tienen la característica de la coercibilidad, la posibilidad legítima de recurrir al uso de la fuerza socialmente organizada en caso de su incumplimiento, busca cumplir con las finalidades concretas del ordenamiento jurídico, la paz, el orden y la seguridad. Se diferencia de otras normas de conducta en su carácter heterónomo (impuesto por otro), bilateral (frente al sujeto obligado a cumplir la norma, existe otro facultado para exigir su cumplimiento), coercible (exigible por medio de sanciones tangibles) y externo (importa el cumplimiento de la norma, no el estar convencido de la misma).

Para algunos, las normas jurídicas se diferencian de las reglas del derecho, porque las primeras tienen intención prescriptiva, mientras que las reglas tienen carácter descriptivo. Inclusive de esta manera podrían estar presentes en un mismo texto.

Además, el término está muy relacionado con el de derecho. A este último concepto pueden atribuírsele diferentes sentidos, siendo uno de los más recurrentes el de ordenamiento o sistema de normas jurídicas.

La relación entre ordenamiento jurídico y norma es el de todo con la parte. Es de carácter cuantitativo. El ordenamiento jurídico estaría constituido por el conjunto de las normas jurídicas. Es común que se confunda el concepto de norma jurídica con el de ley o legislación. Sin embargo, la ley es un tipo de norma jurídica, pero no todas las normas son leyes, pues son normas jurídicas también los reglamentos, órdenes ministeriales, decretos y, en general, cualquier acto administrativo que genere obligaciones o derechos. Cabe agregar que constituyen norma jurídica aquéllas emanadas de los actos y contratos celebrados entre particulares o entre éstos y órganos estatales cuando actúan como particulares, sujetándose a las prescripciones de derecho privado⁷⁹.

3.2. LA POSTURA DE LA IGLESIA.

En el mundo religioso no existe consenso sobre los matrimonios entre personas del mismo sexo, aunque la mayoría de las denominaciones religiosas se oponen a éste. Entre ellas se encuentran la Iglesia Católica⁸⁰, algunos grupos cristianos bautistas (por ejemplo, The Southern Baptist Convention y también los American Baptist Churches Pacific Southwest region⁸¹, los cristianos bautistas fundamentalistas⁸², los cristianos Protestantes en general⁸³, los Mormones, los Testigos de Jehová, el Islamismo y la Iglesia luterana⁸⁴. Entre las iglesias que casan a parejas del mismo sexo se encuentra la Iglesia Luterana Sueca, la Iglesia Unida de Canadá, la Iglesia Unida de Cristo, la Iglesia Universalista, los Cuáqueros, el Judaísmo reformado, y diversas denominaciones minoritarias del Hinduismo

⁷⁹ http://es.wikipedia.org/wiki/Norma_jurídica, consultado 20 de julio de 2010

⁸⁰ Consideraciones acerca de los proyectos de reconocimiento legal de las uniones entre personas homosexuales.

⁸¹ Warner, Michael (1999). *The Trouble with Normal*, The Free Press, p. 80.

⁸² http://es.wikipedia.org/wiki/Fundamentalismo_cristiano

⁸³ Sharpton chides black churches over homophobia, gay marriage, Southern Voice, Dyana Bagby, January 27, 2006.

⁸⁴ .- Comunicado del Presidente de la Iglesia Luterana, 24 de agosto de 2009

y el Budismo⁸⁵. También existen otras iglesias que bendicen los matrimonios o uniones entre personas del mismo sexo aunque no con el rito matrimonial.

Entre las iglesias cristianas existe una gran diversidad de opiniones y prácticas en relación a las personas homosexuales. La mayoría de las denominaciones cristianas, y muy especialmente las mayores de ellas, la Iglesia Católica Romana y la Iglesia Ortodoxa rechazan de plano la práctica de relaciones homosexuales basándose en la tradición cristiana al respecto, como asimismo en la interpretación tradicional y literal de los textos del Antiguo Testamento y del Nuevo Testamento sobre el tema. Otras vertientes cristianas también rechazan cualquier aproximación no condenatoria al tema de la homosexualidad, entre ellas destaca la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días y las denominaciones evangélicas adheridas al movimiento del fundamentalismo cristiano. Por otra parte existen iglesias, generalmente en el ámbito protestante, que o bien son tolerantes con la homosexualidad o existe un vivo debate dentro de la denominación (la Iglesia Anglicana y algunas iglesias metodistas, bautistas y presbiterianas), o bien aceptan plenamente el hecho y la práctica homosexual e incluso bendicen uniones matrimoniales de este tipo (congregacionalistas y unitarios universalistas principalmente)⁸⁶.

Postura de la Iglesia Católica Romana

Artículo principal: Homosexualidad y catolicismo

Aunque dentro del catolicismo romano, existen colectivos y plataformas que defienden la igualdad de las prácticas homosexuales y heterosexuales a todos los niveles, como Somos Iglesia, o la plataforma Redes Cristianas, la postura oficial del Vaticano es la del rechazo de las prácticas homosexuales y la aceptación de gays y lesbianas siempre y cuando mantengan una

⁸⁵ pewforum.org (22 de enero de 2009). «Same-Sex Marriage: Redefining Marriage Around

⁸⁶ http://es.wikipedia.org/wiki/Homosexualidad_y_cristianismo

conducta casta. En junio de 1994 la Comisión Permanente de la Conferencia Episcopal Española se manifestó contra una resolución del Parlamento Europeo sobre la igualdad de derechos de los homosexuales y lesbianas a través de una nota, Matrimonio, familia y uniones homosexuales, en la que se señala que «la inclinación homosexual, aunque no sea en sí misma pecaminosa, debe ser considerada como objetivamente desordenada, ya que es una tendencia, más o menos fuerte, hacia un comportamiento intrínsecamente malo desde el punto de vista moral» y que «no se puede legitimar el desorden moral», indicando que la tolerancia «no podrá extenderse a los comportamientos que atentan contra los derechos fundamentales de las personas», entre los que cuentan «los derechos de las familias y del matrimonio como institución»⁸⁷.

Postura de las iglesias surgidas de la Reforma Protestante

Cristianos fundamentalistas

Los cristianos fundamentalistas afirman sus argumentos en lo que ellos consideran una enseñanza esencial de la Biblia: que la homosexualidad es un pecado sumamente grave.

En su argumentación utilizan con frecuencia las palabras del apóstol Pablo:

En su Epístola a los romanos (Ro 1:24-27).

En su Primera epístola a los corintios (1Co 6:9-10).

Los cristianos fundamentalistas hacen una interpretación literal sobre los versículos anteriormente citados; esto ha sido objeto de numerosas críticas por parte de teólogos modernos al no hacer una contextualización de los textos.

⁸⁷ Conferencia Episcopal: Matrimonio, familia y uniones homosexuales (1994)

Anglicanos y Episcopalianos

En Estados Unidos, la Iglesia Episcopal (parte integral de la Comunión Anglicana) admite la homosexualidad desde la Convención General de 2003⁸⁸. El primer obispo homosexual anglicano/episcopal, Gene Robinson, fue confirmado para la sede de su iglesia en Nueva Hampshire en junio de 2005, lo que ocasionó amenazas de muerte y temores de cisma en algunas provincias de la Comunión Anglicana, de 77 millones de miembros, especialmente en las africanas, como la Provincia de la Iglesia Anglicana del Congo (a nivel global, se tiende a considerar que las iglesias africanas son más conservadoras). La diócesis de Nuevo Westminster de la Iglesia Anglicana del Canadá decidió bendecir los matrimonios homosexuales.

Protestantes liberales

Algunas iglesias nacionales protestantes de Europa, en especial la de países nórdicos, como la Iglesia de Escocia (presbiteriana), la Iglesia de Suecia (luterana) y la Iglesia de Noruega (luterana), además de otras menores como la Iglesia de los Remonstrantes de los Países Bajos, la Iglesia Unida de Cristo (estadounidense), la Iglesia Evangélica Reformada de Austria y la Iglesia de la Comunidad Libre en Singapur han permitido, sin darle lugar a ningún prejuicio o discriminación, la comunión de homosexuales.

Cuáqueros y Unitarios

La Asociación Unitaria Universalista, que representa a las congregaciones unitarias universalistas de Estados Unidos, así como la Iglesia Unitaria Canadiense, aceptan sin limitaciones a las personas homosexuales. Regularmente se offician matrimonios o uniones homosexuales (según la legislación vigente en cada Estado). Además, gays, lesbianas y bisexuales

⁸⁸ The Episcopal Church and homosexuality

pueden ser ordenados ministros y oficiar el culto en condiciones de plena igualdad. En Gran Bretaña, la tendencia entre los unitarios británicos es la de ir aceptando de forma creciente la celebración de uniones homosexuales. Otras iglesias Unitarias, como la de Transilvania, no se han manifestado oficialmente sobre esta cuestión y la dejan al criterio de cada congregación y ministro.

Por su parte, los cuáqueros manifiestan una gran diversidad de opiniones sobre la aceptación de la homosexualidad, desde su plena aceptación e integración (los más liberales) a los que consideran la homosexualidad como un pecado (los llamados "cuáqueros evangélicos" o conservadores). Los liberales son mayoritarios en países como Canadá, Australia y Nueva Zelanda, mientras que en Estados Unidos existe una gran división al respecto.

Postura de otras iglesias

Los líderes de la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días han reiterado que la práctica de la homosexualidad es un pecado, aunque establecen una distinción entre las inclinaciones y las conductas. Los sentimientos e inclinaciones homosexuales no son constitutivos de pecado, sin embargo, las prácticas y actos homosexuales sí lo son⁸⁹. Debido a que el propósito del matrimonio entre un hombre y una mujer es cumplir el mandamiento de Dios de multiplicarse en la Tierra, esto es, proporcionar cuerpos físicos para los espíritus que han aceptado la existencia terrenal como parte de su progreso hacia la eternidad, las relaciones homosexuales no cumplen ese fin y serían contrarias al Plan de Salvación. Se enseña que los gays no deban casarse, a menos que "se hayan purificado de cualquier transgresión y muestren su capacidad para controlar estos sentimientos o

⁸⁹ La Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días. «Same-Gender Attraction». Public Affairs. Consultado el 4 de mayo de 2008.

inclinaciones y ponerlos a un lado, y sientan una gran atracción por una hija de Dios, y por consiguiente deseen contraer matrimonio y tener hijos y disfrutar las bendiciones de la eternidad. Se espera que todos aquellos que no pueden formar un matrimonio así constituido vivan en estado de celibato y se enseña que los gays célibes puedan recibir todos los mismos bendiciones de los que casan. Aún así se permite a los gays acceder al sacerdocio, sean casados o célibes. Han publicado el librito Dios Ama a Sus Hijos para apoyar a los miembros gays. El grupo "Evergreen International" es un grupo formado fuera de la iglesia para los miembros gays de todas partes del mundo

Gordon B. Hinckley, uno de los presidentes de la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días, hizo la siguiente declaración con respecto a la homosexualidad:

"La gente nos pregunta acerca de nuestra posición con respecto a aquellos que se consideran 'gays' o lesbianas. Mi respuesta es que los amamos como hijos e hijas de Dios; aunque pueden tener ciertas inclinaciones que son poderosas y que pueden ser difíciles de dominar. La mayoría de la gente tiene inclinaciones de una u otra clase en diferentes épocas. Si ellos no actúan de conformidad con esas inclinaciones, entonces pueden seguir adelante como todos los demás miembros de la Iglesia. No es en sí el hecho de tener la condición de homosexual lo medularmente importante, son las prácticas generadas y/o asociadas a esta conducta lo que constituye pecado a los ojos de Dios, en cuanto a la Ley de Castidad. Si violan la ley de castidad y las normas morales de la Iglesia, entonces están sujetos a la disciplina de la Iglesia, tal como los demás. Deseamos ayudar a esas personas, fortalecerlas, auxiliarlas en sus problemas y socorrerlas en sus dificultades; pero no podemos quedarnos sin hacer nada si se entregan a actividades inmorales, si intentan sustentar, por ejemplo, defender y vivir lo que llaman el matrimonio de personas del mismo sexo. Permitir semejante cosa sería restarle importancia tanto a la sumamente seria y sagrada base

del matrimonio autorizado por Dios como al propósito mismo de éste que es el de tener hijos."

Gordon B. Hinckley⁹⁰.

Un movimiento minoritario dentro de la tradición mormona es el de la Iglesia de Jesucristo de la Restauración, fundada en 1985 y formada mayoritariamente por mormones gays, lesbianas y transexuales que disienten de la línea oficial de la Iglesia mayoritaria. La I.J.R. afirma ser una Iglesia guiada por inspiración, y tiene sus propios Profetas y Apóstoles cuyo ministerio es el "pueblo" con sexualidad diversa. Aceptan la mayoría de escritos canónicos del mormonismo, como El Libro de Mormón, Doctrina y convenios y La Perla de Gran Precio, a los que añaden una compilación de las supuestas revelaciones recibidas por los líderes de la I.J.R. con el título de Tesoros escondidos y promesas. Fue fundada en Los Angeles y su actual sede se encuentra en Salt Lake City. Todo miembro de esta Iglesia es considerado en igualdad de condiciones sin discriminación de género u opción sexual, y las mujeres pueden ser ordenadas al sacerdocio.

Por su parte los Testigos de Jehová también consideran que la práctica de la homosexualidad es un pecado, según su interpretación del Levítico (20:13) y la primera epístola a los corintios (6:9,10).

3.3. LA POSTURA SOCIOLÓGICA.

La American Psychological Association, American Psychiatric Association y National Association of Social Workers han dicho en un comunicado Amicus curiae presentado en el Tribunal Supremo de California lo siguiente:

La homosexualidad no es ni un trastorno ni una enfermedad, sino una variante normal de la orientación sexual humana. La inmensa mayoría de

⁹⁰ ¿Qué pregunta la gente acerca de nosotros? Conferencia General, octubre de 1998. Salt Lake City, Utah.

gays y lesbianas viven vidas felices, sanas, bien adaptadas y productivas. Muchos gays y lesbianas mantienen relaciones permanentes con personas del mismo sexo. En términos psicológicos esenciales, estas relaciones son el equivalente de las relaciones heterosexuales. La institución del matrimonio permite a los individuos un rango de beneficios que tienen un impacto favorable en su bienestar físico y mental. Un gran número de niños están siendo criados actualmente por lesbianas y gays, tanto en parejas del mismo sexo como madres y padres solteros. La investigación empírica ha mostrado de manera consistente que los progenitores homosexuales no se diferencian de los heterosexuales en cuanto a habilidades parentales, y que sus hijos no muestran ningún déficit comparados con hijos criados por progenitores heterosexuales. Las políticas estatales que vetan el matrimonio entre personas del mismo sexo se basan exclusivamente en la orientación sexual. Como tales, son tanto una consecuencia del estigma históricamente asociado a la homosexualidad, como una manifestación estructural de ese estigma. De permitir casarse a las parejas del mismo sexo, el Tribunal Supremo terminaría con el estigma anti-gay impuesto por el estado de California a través de su veto al derecho a casarse de estas parejas. Adicionalmente, permitir que se casaran les daría acceso al apoyo social que facilita y refuerza los matrimonios heterosexuales, con todos los beneficios psicológicos y físicos asociados con dicho apoyo. Además, si sus progenitores pueden casarse, los hijos de las parejas del mismo sexo se beneficiarán no sólo de la estabilidad legal y otros beneficios familiares que proporciona el matrimonio, sino también de la eliminación de la estigmatización patrocinada por el estado de sus familias. No hay base científica para distinguir entre parejas del mismo sexo y parejas de distinto sexo con respecto a sus derechos legales, obligaciones, beneficios, y deberes otorgados por el matrimonio civil.

Los oponentes al matrimonio homosexual, sin embargo, aseguran que varios miembros de la American Psychological Association, incluyendo a Armand

Cerbone y Candace McCollough, tienen conflictos de interés en lo relativo a lo LGBT, ya que serían homosexuales o activistas LGBT.

Recientemente, diversos estudios psicológicos han mostrado que un incremento en la exposición a conversaciones y mensajes de los medios de comunicación negativos sobre el matrimonio homosexual crean un ambiente dañino para la población LGBT que puede afectar a su salud mental y su bienestar.

El activista gay Jonathan Rauch ha argumentado que el matrimonio es bueno para todos los hombres, independientemente de que sean heterosexuales u homosexuales, ya que implicarse en sus roles sociales reduce la agresividad masculina y la promiscuidad.^{23 24} Tras revisar los estudios psicológicos actuales y los estudios de otras ciencias sociales sobre el matrimonio homosexual, Gregory M. Herek afirma que los resultados indican que las relaciones heterosexuales y homosexuales no se diferencian en sus dimensiones psicológicas fundamentales; que la orientación sexual de un progenitor no tiene relación con su habilidad para proporcionar un entorno familiar sano y cultivado; y que el matrimonio otorga beneficios psicológicos, sociales y de salud sustanciales. Herek concluye que las parejas del mismo sexo y sus hijos probablemente se beneficiarán de numerosas maneras con el reconocimiento jurídico de sus familias, y proporcionar dicho reconocimiento a través del matrimonio proporcionará un beneficio mayor que la unión civil o las parejas de hecho

3.4. LA POSTURA FILOSÓFICA

El estudio que del matrimonio hace la sociología es muy importante ya que el matrimonio es la mejor fuente de la familia y ésta representa el principio de toda sociedad organizada, además de que es la base y la célula de esa sociedad.

En la primera parte de esta obra, se han presentado las características que tuvo el matrimonio en los pueblos de épocas pasadas, al mismo tiempo nos hacen ver la diferencia que existe entre la situación actual de la familia, quedando implícito en esto la situación de la mujer, de los hijos y del hombre, en la sociedad y la posición que tenía en otros tiempos.

Podemos observar que en casi todos los pueblos de la antigüedad la familia era muy numerosa y en contraste, en la actualidad está integrada por el padre, la madre y los dos hijos (pocos), lo que explica el porqué la familia de antaño era una comunidad autosuficiente, los varones se dedicaban a las labores del campo y las mujeres a las labores domésticas, los hombres que no eran de campo vivían del trueque y comercio, los factores ajenos a la familia no intervenían para nada en el ciclo de supervivencia, las relaciones marido y mujer eran distintas, antiguamente si había conflicto entre suegra y nuera, como el hijo estaba muy influenciado por sus progenitores, entonces ese hijo tendía por apoyar a su madre y exigía a la esposa que obedeciese a su madre.

En la actualidad al ir disminuyendo de tamaño la familia, la nuera ha adquirido más importancia y el hijo tiende a ponerse de su lado, eso se debe a que la familia se desarrollaba más lentamente que la actual, y los hijos a muy temprana edad tienden a establecerse por su cuenta y conviven con menor frecuencia que cuando eran solteros, por lo que al casarse abandonan el hogar paterno; además con la industrialización de la sociedad, la familia que antes era autosuficiente ahora es un elemento más de la división del trabajo de la sociedad y al mismo tiempo a prestar sus servicios para poder subsistir y sobrevivir en la sociedad en la que se desarrollan.

3.5. POSICIÓN JURÍDICA

El 21 de diciembre de 2009, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, en la Ciudad de México, aprobó por mayoría de 39 votos a favor el establecimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo, incluyendo su derecho a la adopción, a partir de la iniciativa presentada por el partido izquierdista, y gobernante de la ciudad capital, Partido de la Revolución Democrática. Esto convierte a la Ciudad de México en la única entidad de México y la primera de América Latina que aprueba este tipo de uniones.

Éstos, son los derechos adquiridos por la comunidad LGBT:

La iniciativa incluye reformas a seis artículos del Código Civil Capitalino, en especial a la del artículo 146, para que en lugar de establecer "El matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer", señale que es "La unión libre de dos personas", y a la del artículo 391, referido a la adopción, de la que podrán disfrutar las parejas del mismo sexo.

Las parejas podrán casarse solo en el Distrito Federal; ya se estudia hacer lo mismo en Monterrey, Guadalajara y Veracruz, así como el acceso a los derechos del matrimonio, como seguridad social (en trámite), pensiones por viudez o divorcio, así como la unión del patrimonio para solicitar préstamos personales.

Algunos estados con gobiernos de tendencia conservadora (Morelos, Tlaxcala, Sonora, Guanajuato, Jalisco y Baja California) promovieron un juicio ante la Suprema Corte de Justicia de México, para no reconocer los matrimonios entre homosexuales, en el que argumentaban que los residentes de los estados en donde el matrimonio entre personas del mismo sexo no está permitido irían a la Ciudad de México a contraer nupcias y luego regresar a su estado exigiendo los derechos que ese estado consagra

para los matrimonios. El Magistrado de la Suprema Corte resolvió que estos matrimonios realizados en la Ciudad de México deberán ser reconocidos por todos los demás estados de la República.

Otras formas de reconocimiento de parejas del mismo sexo

3.6. CONSECUENCIAS DEL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO

La homosexualidad es la atracción de una persona por alguien de su mismo sexo, a lo largo de la historia esta tendencia sexual diferente a la acostumbrada, ha sido muy criticada por la sociedad de épocas antiguas y aún en tiempos modernos se sigue viendo como un tema tabú y poco tocado, pero gradualmente este sector de la sociedad ha ido en aumento y es inevitable dejarlo a un lado o excluirlo del entorno social. Al ser un sector de la población se le debe tomar en cuenta sus ideas, opiniones, respetar sus puntos de vista e ideologías, y sus derechos y también las obligaciones, como se haría con cualquier otro sector.

Es entonces, como ha surgido un debate acerca de un derecho del que todos deben gozar como ciudadanos de un país: el matrimonio. En la constitución dice que el matrimonio es la unión conyugal entre un hombre y una mujer ante la sociedad. Por lo tanto, ambos conceptos entran en conflicto. Si todos tenemos derecho a contraer matrimonio, ¿por qué a este sector social se le prohíbe hacerlo.

El matrimonio entre personas del mismo sexo otorga a los cónyuges, y a las familias que éstos forman, la igualdad plena de derechos y obligaciones a las que emanan del matrimonio convencional o entre personas de distinto sexo, con el objeto de permitir la constitución de uniones y familias homoparentales estables, y de eliminar toda forma de discriminación y prejuicio hacia los homosexuales.

El fundamento antidiscriminatorio es disputado por quienes consideran que la unión de un hombre y una mujer tiene una especificidad reproductiva de tal importancia que justifica reservar el concepto de la institución matrimonial para el tipo de unión heterosexual exclusivamente,[54] aunque la institución matrimonial siga siendo aplicada para parejas heterosexuales pero estériles, por edad o condición.

La Iglesia Católica, en tanto, se basa en las diferencias entre ambas parejas, entre las que señalan la imposibilidad biológica de que ambos cónyuges tengan una descendencia biológica común. El niño también se vería afectado por la ausencia del padre o madre de los matrimonios convencionales, por divorcio, abandono de hogar, malos tratos e infidelidad.

En el mundo religioso no existe consenso sobre los matrimonios entre personas del mismo sexo, aunque la mayoría de denominaciones religiosas se oponen a éste. Entre las iglesias que casan a parejas del mismo sexo se encuentra la Iglesia Luterana Sueca, la Iglesia Unida de Canadá, la Iglesia Unida de Cristo, la Iglesia Universalista, los Cuáqueros, el Judaísmo reformado, y diversas denominaciones minoritarias del Hinduismo y el Budismo. Otras iglesias bendicen los matrimonios o uniones entre personas del mismo sexo aunque no con el rito matrimonial, entre estas destacan la Iglesia del Pueblo Danés, la Iglesia de Islandia, la Iglesia de Noruega, la Iglesia Anglicana de Canadá, la Iglesia Episcopal de EE.UU., la Iglesia de Escocia y la Iglesia Protestante de los Países Bajos.

Según el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo de Argentina, en los considerandos del proyecto de ley al respecto, la postura que hace referencia a la infertilidad es una falacia basada en principios canónicos tradicionales. Si la imposibilidad de procreación fuera un impedimento, debería instaurarse un examen de fertilidad previo al matrimonio como requisito del acto. No sólo eso, debería prohibirse el

matrimonio a las parejas heterosexuales que deciden por propia voluntad no tener hijos/as, y deberían anularse los matrimonios de las parejas heterosexuales que no los han tenido luego de cierto tiempo.

Dentro de la investigación se manejarán los siguientes conceptos básicos:

Discriminación. Acto de hacer una distinción o segregación que atenta contra la igualdad de oportunidades.

Derechos Libertades, facultades, instituciones o reivindicaciones relativas a bienes primarios o básicos que incluyen a toda persona, por el simple hecho de su condición humana, para la garantía de una vida digna. Son independientes de factores particulares como el estatus, sexo, etnia o nacionalidad; y son independientes o no dependen exclusivamente del ordenamiento jurídico vigente.

Homosexualidad. orientación sexual y se define como la interacción o atracción sexual, emocional, sentimental y afectiva hacia individuos del mismo sexo.

Adopción. Acto jurídico mediante el cual se crea un vínculo de parentesco entre dos personas, de forma tal que establece entre ellas relaciones análogas o muy similares a las que resultan jurídicamente de la paternidad.

Religión. Sistema de la actividad humana compuesto por creencias y prácticas acerca de lo considerado como divino o sagrado, tanto personal como colectiva, de tipo existencial, moral y espiritual.

La realización de este estudio permitirá conocer los factores que apoyan la legalización del matrimonio entre personas homosexuales; y por el contrario aquellos que la contradicen.

Los antecedentes relacionados con este problema nos indican que las uniones entre personas homosexuales existen desde la Europa clásica, en las antiguas sociedades griegas y romanas etc. Y que estas han causado controversia en las sociedades desde siempre; por lo cual se espera que los resultados obtenidos en esta investigación contribuyan a resolver la gran controversia que se genera ante la situación; además de tratar de llegar a un punto psicológico y analítico sobre lo que el matrimonio gay puede ocasionar sobre aquellos niños que sean adoptados por estas parejas, así como también se pretende poner como principal hecho el que todas las personas tienen los mismos derechos y obligaciones los cuales no infieren de religión, raza, preferencias sexuales, nacionalidad o apariencia alguna.

En cuanto al diseño metodológico, podemos decir que en esta investigación se utilizara el no experimental transversal de tipo correlacional, ya que en ella se pretende conocer el fenómeno tal y como se presenta, sin que exista manipulación de las variables, ni de la situación. Además, los datos se recolectaran en un solo momento.

CONCLUSIONES

De acuerdo a nuestro punto de vista y a las observaciones obtenidas nos podemos dar cuenta que esta norma ha dado lugar a un nuevo concepto borroso y disponible de matrimonio, de esta manera estamos ante una institución de contornos precisos que responde a la lógica de las necesidades naturales y sociales de nuestra especie, formado por un hombre y una mujer casados entre si y esta realidad se ha plasmado en el plano constitucional mediante referencia expresa al hombre y a la mujer de la que se deduce expresamente que la voluntad constituye en preservar la institucionalidad del matrimonio ante la unión heterosexual.

En base a esto podemos decir que los fines del matrimonio se constituyen como los objetivos a alcanzar una institución jurídica, destacándose al efecto, aunque en la actualidad ya no tiene el carácter absoluto y total, el de la procreación de la especie, como máxima y prácticamente única finalidad, ya que algunas legislaciones, establecen este hecho como una posibilidad, o bien como un acontecimiento que deberá realizarse de manera responsable e informada.

En cuanto a la fidelidad, resalta como uno de los aspectos más importantes del matrimonio, ya que es un deber recíproco sobre el cual descansa la estabilidad y unidad del matrimonio, en lo que respecta a la ayuda y el socorro mutuos. Por otro lado surge un deber de importancia fundamental para que pueda continuar un matrimonio y cumplir con sus demás finalidades, en este caso se habla de la cohabitación, ya que si marido y mujer no habitan juntos el domicilio conyugal y cada uno viviese separado es lógico pensar que es poco factible el cumplimiento de los fines matrimoniales; en cuanto al respeto y el diálogo, aunque el primero es mencionado en algunas legislaciones estatales, es así de manera expresa que se consideran como elementos importantes que fortalecen la relación matrimonial y favorecen la comunicación entre los cónyuges. Por otra parte,

la circunstancia de que el matrimonio deba celebrarse entre un solo hombre y una sola mujer se explica porque de no ser así se trastocaría la realización adecuada de los fines del matrimonio, tanto en relación con los hijos, si los hubiere; generándose una serie de problemas en cuanto a su atención, así como también en lo que respecta a la adecuada asistencia que se pudieren prestar los cónyuges entre sí, por mencionar algunos factores que con relación a esa situación pudieran presentarse en caso de no prevalecer la unidad del matrimonio. Finalmente establecemos que los impedimentos para la celebración del matrimonio entre personas del mismo sexo pueden tener carácter de dirimentes, en cuyo caso afectan de nulidad al matrimonio, o bien de impedientes, generando otras consecuencias jurídicas, no impidiendo su validez.

Esta condición forma parte inherente de su propia identidad personal cuyo pleno desarrollo se plasma, entre otros ámbitos, en el establecimiento libre y voluntario de relaciones afectivas con personas del mismo sexo, que poseen características idénticas a las que pueden establecer parejas de diferente sexo. Por tanto, su condición sexual no es inconveniente para que puedan constituir una comunidad de vida con una vocación de permanencia en el tiempo similar a la del matrimonio, tal y como ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional. Así pues, desde la perspectiva del consensus ningún factor parece exigir esencialmente la heterosexualidad, ni tampoco oponerse a que la decisión de unir afectivamente dos vidas, pueda realizarse legítimamente por dos personas del mismo sexo

Por lo que se refiere a las cuestiones enunciadas, creemos que el interés de poner en manifiesto el carácter general, toda persona posee capacidad de obrar para contraer matrimonio o, mejor dicho, para emitir un consentimiento matrimonial válido. Ahora bien, ello implica que el contrayente no padece una patología psicológica que anule sus facultades impulsadas por la voluntad e intelectuales para entender, comprender y querer el acto que está llevando a cabo. En relación con la materia que nos ocupa en estos

momentos la cuestión consiste entonces en dilucidar si la homosexualidad es de por sí un trastorno de la personalidad que limite o restrinja directamente esta capacidad

BIBLIOGRAFIA:

Libros

- CHÁVEZ ASENCIO, F Manuel. *La Familia en el Derecho. Vol. I.- Derecho de la Familia y Relaciones Jurídicas Elementales* (1994). Vol. II.- *Relaciones Jurídicas Conyugales* (2^{da} ed; ed. 1992). Vol. III.- *Relaciones Jurídicas Paterno-Filiales* (2^{da} ed; ed. 1992). Vol. IV.- *Convenios Conyugales y Familiares* (2^{da} ed; ed. 1993). México, Porrúa.
- Floris Margadant, Guillermo. *El derecho privado romano*, Editorial Esfinge, México, 1989, p. 212.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Derecho Civil*. Porrúa, 1995, 14^{ta} ed; ed. México).
- Galindo Garfias Ignacio. *"Derecho Civil"*. Editorial Porrúa. México, 1973.
- Galindo Garfias, Ignacio. *Derecho civil*, Editorial Porrúa, México, 2000, capítulos XI y XII.
- GUITRÓN FUENTEVILLA, Julián. *Derecho Familiar*. 2^{da} ed; ed., UNACH, México 1988
- Hoffmann Elizalde Roberto. *"Sociología del Derecho"*. Textos Universitarios. México, 1975.
- IBARROLA, Antonio. *Derecho de Familia*. 4^{ta} ed; ed., Porrúa, México 1993
- López Palau L. (1996). *La familia: Sus derechos, sus obligaciones y otras cosas*. Autoediciones del Potosí.
- Magallón Ibarra, Jorge Mario. *El matrimonio (sacramento-contrato-institución)*, Tipográfica Editora Mexicana, México 1965.
- MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo III, Porrúa, México, 1988.
- MARTÍNEZ ARRIETA, Sergio. *El Régimen Patrimonial del Matrimonio en México*. 3^{ra} ed; ed., Porrúa, México 1991.

- Montero Duhalt S. *Derecho de familia*. Editorial Porrúa, México 1997
- Morales J. I. *Derecho Romano*. Editorial Trillas, México 1987
- MONTERO DUHALT, Sara. *Derecho de Familia*. 5ª ed.; ed., Porrúa, México 1992.
- Ortiz Urquidi, Raúl. *Derecho civil*. Editorial Porrúa, México, 1977, p. 239.
- PÉREZ DUARTE y N. Alicia Elena. *Derecho de la Familia*. I. I. S. México, 1990.
- PINA, Rafael. *Elementos de Derecho Civil Mexicano*. Tomo 1.- Introducción. Personas. Familia. 19ª ed.; ed., Porrúa, México 1995.
- Rojina Villegas, Rafael. *Derecho civil mexicano, t. II: Derecho de familia*, Porrúa, México 1980, pp. 209 y ss.
- Trabucchi, Alberto. *Instituciones de derecho civil*. Madrid, Editorial Derecho Privado, 1967, vol. I, p. 274.

Códigos.

- Código Civil para el Estado de Quintana Roo.
- Código Civil para el Estado de Yucatán.
- Código Civil para el Distrito Federal.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Páginas Web.

- <http://www.vatican.va>
- <http://www.juritextos.com>

Publicaciones

La Jornada (4 de febrero de 2010). «Se torna discriminatorio debate sobre bodas gays, afirma la ONU» (en español). Consultado el 6 de febrero de 2010.