

II. El régimen revolucionario del matrimonio civil . . . .	35
1. La introducción del divorcio vincular en 1914 . . . .	35
2. La Constitución de 1917 . . . . .	39
3. La Ley de Relaciones Familiares . . . . .	40
4. Los comentaristas de la Ley de Relaciones Fa- miliares . . . . .	47
5. El matrimonio en el Código Civil de 1928 . . . . .	52
6. Las reformas al Código Civil de 1953 . . . . .	59
7. La doctrina mexicana relacionada con el Código Civil de 1928 . . . . .	59
8. Conclusiones sobre el régimen revolucionario del matrimonio en el periodo de 1914 a 1974 . . . .	75

## II. EL RÉGIMEN REVOLUCIONARIO DEL MATRIMONIO CIVIL

### 1. *La introducción del divorcio vincular en 1914*

La revolución constitucionalista encabezada por Carranza no tenía originalmente una preocupación por reformar el régimen matrimonial. El Plan de Guadalupe firmado en la hacienda de Guadalupe, en Coahuila, el 26 de marzo de 1913, nada decía de esta materia. Pero en el decreto que adicionó el Plan de Guadalupe, firmado el 12 de diciembre de 1914, hablaba ya del matrimonio. En la exposición de motivos o “considerandos” del decreto de reformas y adiciones, afirmaba que toda vez que la División del Norte se ha negado a hacer las reformas políticas y sociales que requiere el país alegando que primero debe restablecerse el orden constitucional, el “Primer Jefe de la Revolución Constitucionalista tiene la obligación de procurar que cuanto antes se pongan en vigor todas las leyes que deben cristalizar las reformas políticas y económicas que el país necesita”. En el artículo 2o. del decreto se mencionaba que entre las reformas que debía realizar el primer jefe estaba la “revisión de las leyes relativas al matrimonio y al estado civil de las personas”.

Como consecuencia de este decreto, Carranza expidió, mientras estaba asentado el gobierno revolucionario en Veracruz, dos decretos con el fin de introducir el divorcio vincular. En uno del 29 de diciembre de 1914 modificaba la Ley Orgánica de las Adiciones y Reformas Constitucionales de 1874 para quitar la indicación de que el matrimonio civil sólo terminaba con la muerte de uno de los cónyuges.<sup>46</sup> La nueva fracción IX del artículo 23 de dicha ley decía:

46 El decreto fue publicado en el periódico *El Constitucionalista*, Veracruz, núm. 4, 2 de enero de 1915. Puede verse en *Leyes complementarias del Código Civil*, Pallares, E. (ed), México, 1920, pp. 412-416.

El matrimonio podrá disolverse en cuanto al vínculo, ya sea por el mutuo y libre consentimiento de los cónyuges cuando el matrimonio tenga más de tres años de celebrado, o en cualquier tiempo por causas que hagan imposible o indebida la realización de los fines del matrimonio, o por faltas graves de alguno de los cónyuges que hagan irreparable la desaveniencia conyugal. Disuelto el matrimonio, los cónyuges pueden contraer una nueva unión legítima.

La exposición de motivos del decreto comenzaba afirmando que “el matrimonio tiene como objetos esenciales la procreación de la especie, la educación de los hijos y la mutua ayuda de los contrayentes para soportar las cargas de la vida; que, en esa virtud se contrae siempre en concepto de unión definitiva...”. De esta manera, en principio, respeta el concepto tradicional del matrimonio recogido en el Código Civil, pero más adelante añade que como no siempre se alcanzan los fines para los cuales se contrae el matrimonio, la ley debe prever esos casos, aun cuando sean “excepcionales”, en que se libere a los cónyuges “de la obligación de permanecer unidos durante toda su existencia”. Con esto afirma que al contraer el matrimonio los cónyuges adquieren la obligación de permanecer unidos durante toda la vida, pero que la ley puede eximirlos de esa obligación. En esta afirmación va implícita la idea de que el matrimonio es un acto legal, que el legislador puede regular libremente sin ninguna limitación, hasta el punto de desvincular a los cónyuges que por su propio consentimiento se vincularon vitaliciamente.

La razón principal que justifica el divorcio vincular es que la mera separación sin disolución del vínculo es una situación “contraria a la naturaleza” y al derecho de todo ser humano a procurar su bienestar y “satisfacer sus necesidades”. Pero además se aduce “el ejemplo de las naciones civilizadas”, y en especial se cita a Inglaterra, Francia y los Estados Unidos. Se echa mano también de una argumentación jurídica contractualista, según la cual el matrimonio es un contrato civil que se contrae por la voluntad y, por lo mismo, puede disolverse por la voluntad de los mismos contrayentes.

También se usan argumentos de tipo sociológico, que consideran cada una de las tres “clases” sociales: “entre las clases desheredadas” sucede que no se casan civilmente, sea por pobreza, sea por “temor de contraer un lazo de consecuencias irreparables”, por lo que ya sin ese miedo, al admitirse el divorcio vincular, será más fácil que se casen y se reduzca así el número de hijos ilegítimos; en las “clases medias”, la mujer es ordinariamente la víctima del matrimonio disuelto, que casi siempre se frustra “por culpa del marido”, de modo que el divorcio vincular viene a “levantar a la mujer” y a emanciparla “de la condición de esclavitud que en la actualidad tiene”; y por último, respecto de las “clases elevadas y cultas”, que conocen el ejemplo de otros países, ya están “acostumbradas a mirar el divorcio que disuelve el vínculo como perfectamente natural”. Se abunda con argumentos moralizantes:

El divorcio que disuelve el vínculo es un poderoso factor de moralidad, porque facilitando la formación de nuevas uniones legítimas, evita la multiplicidad de los concubinatos, y, por lo tanto, el pernicioso influjo que necesariamente ejercen en las costumbres públicas; da mayor estabilidad a los afectos y relaciones conyugales; asegura la felicidad de mayor número de familias y no tiene el inconveniente grave de obligar a los que, por error o ligereza, fueron al matrimonio, a pagar su falta con la esclavitud de toda su vida.<sup>47</sup>

Los argumentos, en síntesis, son que el divorcio vincular: *a)* es conforme con la naturaleza humana; *b)* es congruente con la naturaleza contractual del matrimonio; *c)* es conveniente para las tres clases en que se divide sociedad mexicana, y *d)* es un factor de moralización de la vida conyugal y familiar.

No obstante esas razones, los “considerandos” del decreto concluían con la advertencia de que el divorcio vincular es sólo “un caso

47 *El Constitucionalista, Periódico Oficial de la Federación*, Veracruz, 2 de enero de 1915. Puede verse en *Leyes complementarias del Código Civil*, Pallares E. (ed.), México, 1920, pp. 421-416.

de excepción”, por lo que “es preciso reducirlo sólo a los casos en que la mala condición de los consortes es ya irreparable en otra forma que no sea su absoluta separación”. Aun así, el artículo 2o. transitorio, autorizaba a los gobernadores para que ellos mismos expidieran leyes a fin de establecer el divorcio vincular.

Como consecuencia de ese primer decreto divorcista, Carranza expidió otro, el 29 de enero de 1915, por el que modificaba el Código Civil del Distrito Federal para “establecer que la palabra divorcio, que antes solo significaba la separación de lecho y habitación y que no disolvía el vínculo, hoy debe entenderse en el sentido de que éste queda roto y deja a los cónyuges en aptitud de contraer una nueva unión legítima”.<sup>48</sup>

No está claro el motivo por el que la Revolución constitucionalista asumió como propia la causa del divorcio vincular. Sánchez Medal opina que había un interés personal de dos ministros de Carranza, Luis Cabrera y Félix Palavicini. Fundamenta su afirmación en que pocos días después del segundo decreto, Palavicini, entonces subsecretario de Instrucción Pública, envió una carta el 25 de febrero de 1915 a Luis Cabrera, secretario de Hacienda, para que éste hiciera una nueva publicación del decreto para corregir ciertos errores de redacción, el cual respondió el mismo día, y el 4 de marzo de 1915 se publicaban las enmiendas en *El Constitucionalista*, entonces periódico oficial. Dice Sánchez Medal que “así anticiparon estos dos ministros de Carranza su interés personal en la cuestión, como lo confirmaron después sucesivamente a través de sus respectivos divorcios”.<sup>49</sup>

La introducción del divorcio vincular venía a ser, por una parte, una consecuencia del principio del matrimonio civil que deriva toda su fuerza y validez de la legislación del Estado. El Estado que lo concebía como obra suya ahora definía que era una unión disoluble. Pero era también el principio de una serie de re-

48 Citados por Sánchez Medal, R., *Los grandes cambios en el derecho de familia de México*, México, 1979, p. 18.

49 Sánchez Medal, Ramón, *El divorcio opcional*, México, 1974, p. 28.

formas en otros aspectos del régimen matrimonial que se cristalizarían en la legislación posterior.

## 2. *La Constitución de 1917*

Hubo un intento de introducir el divorcio vincular en la propia Constitución. En la 63a. sesión ordinaria del Congreso Constituyente, el 26 de enero de 1917, se discutía el proyecto de artículo 129, el cual reproducía el párrafo incorporado a la Constitución de 1857, proveniente de la Ley de julio de 1859, que declaraba que el matrimonio es un contrato civil; entonces el diputado Pastrana Jaimes propuso adicionar el artículo con un párrafo que dijera “el matrimonio es un contrato civil disoluble”, y en apoyo de su iniciativa afirmaba que “todos los revolucionarios saben perfectamente bien que se ha expedido la ley que consigna el divorcio y es de todo punto indispensable elevar a precepto constitucional ese principio que es una de las principales causas de la revolución constitucionalista”.<sup>50</sup> En esa sesión no se debatió la conveniencia de hacer esta adición, simplemente se aprobó el proyecto de artículo 129 como estaba y se dejó para otra sesión discutir lo relativo a la adición sobre el matrimonio. En la sesión permanente, los días 29, 30 y 31 de enero, se aprobó el párrafo relativo al matrimonio en los mismo términos que tenía en la Constitución de 1857 adicionada, sin siquiera discutir la propuesta del diputado Pastrana Jaimes de que se dijera que el matrimonio era un contrato “disoluble”. Llama la atención que no se discutiera la propuesta del diputado Pastrana Jaimes, toda vez que el divorcio vincular ya estaba establecido en los decretos citados; quizá simplemente se eludió la cuestión para no generar una discusión cuando el Congreso Constituyente estaba a punto de concluir sus trabajos.

La sola mención del matrimonio en el artículo 130 constitucional como un “contrato civil” sin desarrollar un régimen míni-

<sup>50</sup> El texto de los debates puede verse en *Derecho del pueblo mexicano*, 4a. ed., México, 1994, t. XII, pp. 1110 y ss., especialmente 1115.

mo del matrimonio hizo que se perdiera el régimen federal del matrimonio que había establecido la Ley de Adiciones y Reformas Constitucionales de 1874. Con esto, las diversas legislaturas locales podrían legislar sobre el matrimonio sin tener que respetar señalamientos constitucionales. En todo caso, quedó en la Constitución el principio de que el matrimonio es un “contrato civil”.

### 3. *La Ley de Relaciones Familiares*

Apenas aprobada la Constitución, Carranza promulgó la Ley de Relaciones Familiares. La Ley se publicó de manera fraccionada entre el 14 de abril y el 11 de mayo de 1917.<sup>51</sup> La Ley derogaba los capítulos respectivos del Código Civil de 1884 y, entre otras novedades, introducía el divorcio vincular. En la exposición de motivos decía que se trataba de organizar la familia “sobre bases más racionales y justas” que las que hasta entonces había tenido. Sigue, naturalmente, haciendo una crítica “de las viejas ideas romanas conservadas en el derecho canónico”, dice que el *paterfamilias* romano tenía un poder absoluto sobre sus hijos y sobre la mujer y que “el cristianismo no influyó directamente sobre la organización de la familia pues el derecho canónico aceptó las relaciones familiares establecidas por el derecho romano”, y que antes bien, el cristianismo reforzó el poder absoluto del marido sobre la mujer, “pues al comparar al marido con Cristo y a la mujer con la Iglesia, dio tanto poder a aquél, que los mismos teólogos llegaron a sostener que, al celebrarse el matrimonio, el sacerdote oficiaba como testigo y no como ministro, pues el verdadero ministro era el contrayente”. Es impresionante la ostentación de ignorancia que hacía el “primer jefe” o quien hubiera redactado la exposición de motivos. Afirmar que el cristianismo y el derecho canónico simplemente aceptaron el régimen familiar romano, o que el cristianismo reforzó el poder absoluto del varón sobre la

51 Puede verse el texto completo con la exposición de motivos en el *Código Civil vigente del Distrito y Territorios Federales*, anotado y concordado por Manuel Andrade, México, 1931, pp. 115 y ss.

esposa porque los contrayentes son los ministros del sacramento del matrimonio y no el sacerdote, son muestras de una mentalidad ideologizada que no repara en sus afirmaciones con tal de afirmar una conclusión preconcebida.

La crítica continúa con la legislación liberal por no haber sacado las consecuencias que debía al haber establecido la idea del matrimonio como contrato y, en cambio, haber aceptado “la idea canónica de la indisolubilidad del vínculo conyugal”. Afirma que siendo los “objetos esenciales” del matrimonio la procreación y la ayuda mutua, “no es de ninguna manera indispensable una indisolubilidad que, en muchos casos, puede ser contraria a los fines de las nupcias”, y que además el matrimonio indisoluble era opuesto al artículo 5o. constitucional que desconocía cualquier pacto que tuviera por objeto la pérdida o menoscabo de la libertad, y la mujer al casarse perdía su libertad pues no podía contraer sin la autorización del marido.

Luego vienen los fundamentos de las nuevas disposiciones. El primero es netamente revolucionario: las reformas políticas y sociales llevadas a cabo por la Revolución “no pueden implantarse debidamente sin las consiguientes reformas a todas las demás instituciones sociales, y muy especialmente a las familias”. Es decir, la familia tiene que reformarse de acuerdo con el proyecto revolucionario. Prosigue la exposición de motivos con el señalamiento de que una vez aceptado el divorcio vincular, es necesario “adaptar al nuevo estado de cosas los derechos y obligaciones entre los consortes, así como las relaciones concernientes a la paternidad y filiación, reconocimiento de hijos, patria potestad, emancipación y tutela”, es decir, todo el derecho de familia. Continúa diciendo, en el tercer párrafo, que “las ideas modernas sobre igualdad, ampliamente difundidas y aceptadas en casi todas las instituciones sociales, no han llegado a influir convenientemente en las instituciones familiares...”, por lo que parece necesario legislar en favor de la esposa que suele ser una “víctima” del matrimonio más que un colaborador.



Desde un principio, fue cuestionada la constitucionalidad de la Ley de Relaciones Familiares por un abogado de la barra, pues la expidió el titular del Ejecutivo cuando ya existía un Congreso en funciones.<sup>52</sup> También se criticó el modo precipitado de hacerla, pues se emitió sin ninguna discusión ni consulta pública previas.<sup>53</sup> Eduardo Pallares, quien hizo una edición de esa ley concordada con el Código, comentaba<sup>54</sup> que era una ley “profundamente revolucionaria, silenciosa y sordamente destructora del núcleo familiar... Sus autores no temieron desafiar a una porción considerable de la opinión pública”; sin embargo se lamentaba que a pesar de la importancia de esta ley, comparable con la de los artículos 3o. y 123 constitucionales, no hubo mayores discusiones o comentarios sino que “ha pasado inadvertida, se ha deslizado suavemente, algunos la han recibido con cierta sonrisa irónica.”

En términos generales, las principales novedades introducidas por la ley fueron: un nuevo concepto de matrimonio de carácter contractualista y disoluble, una mayor igualdad entre los cónyuges, disminuyendo la potestad marital, aunque reconociendo diferentes funciones de cada uno; el eliminar la diferencia entre hijos naturales e hijos espurios, y modificar profundamente el régimen patrimonial de los consortes y de los bienes comunes.<sup>55</sup>

### A. Concepto del matrimonio

En cuanto al concepto de matrimonio la ley propuso una definición de en su artículo 13 que menciona: “el matrimonio es un contrato civil entre un sólo hombre y una sólo mujer, que se unen

52 Matus, E., “El divorcio y la nueva Ley sobre Relaciones Familiares”, en *El Foro*, México, 1a. época, t. II, núm. 25, julio de 1919, pp. 7-9.

53 Macedo, Pablo, *Evolución del derecho civil*, México, 1942. Este ensayo también fue publicado como parte integrante del volumen.

54 Pallares, Eduardo, *Ley sobre Relaciones Familiares, comentada y concordada*, 2a. ed., México, 1923, pp. 5 y 6, citado por Sánchez Meda, R., *Los grandes cambios en el derecho de familia de México*, México, núm. 9, 1979, p. 24.

55 Al respecto puede verse Sánchez Meda, R., *Los grandes cambios en el derecho de familia de México*, México, 1979.

con vínculo disoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida”. La definición tenía dos elementos novedosos respecto a la de los códigos civiles anteriores y de la que aceptaba la doctrina mexicana antes de la codificación.<sup>56</sup> El primero es que en vez de ver en el matrimonio una “sociedad legítima”, como lo contemplaban los códigos anteriores, lo entiende como un “contrato civil”; el segundo es que el vínculo ya no es “indisoluble” sino “soluble”.

Los dos cambios están ligados entre sí, y el primero, la contractualización del matrimonio, es la causa del segundo. La idea de que el matrimonio es un “contrato” se había introducido, como se mencionó arriba, en la legislación liberal. En la exposición de motivos de la Ley de Relaciones Familiares se dice (sexto párrafo) que las legislaciones anteriores no llegaron a sacar las consecuencias que tenía el concepto de matrimonio como contrato, porque seguían considerando el matrimonio bajo su aspecto religioso y aceptaron “la idea canónica” de la indisolubilidad del vínculo conyugal. El concepto de contrato civil no implica de ninguna manera la indisolubilidad de la relación, antes bien supone la posibilidad de disolución por mutuo consentimiento o decisión judicial.

No obstante se define al matrimonio como contrato, la ley sigue aceptando algo que es propio del matrimonio entendido como sociedad: que tiene unos fines propios y esenciales a cuya consecución deben colaborar ambos cónyuges. Por eso, en la definición de matrimonio que da la ley se dice que los cónyuges “se unen... para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida”. En consecuencia señala que las obligaciones de los cónyuges son (artículo 40) guardarse fidelidad (la fidelidad es esencial entre los aliados o socios) y “contribuir cada uno por su parte a

56 La definición provenía del proyecto del *Código Civil del Imperio Mexicano*, artículo 99 que decía: “El matrimonio es la sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida”, que era también la definición de matrimonio que sostenía la doctrina mexicana previa a la codificación.

los objetos del matrimonio”, y además dispone que si los cónyuges pactaran “cualquiera condición contraria a los fines esenciales del matrimonio, se tendrá por no puesta” (artículo 16). No hay duda de que la Ley de Relaciones Familiares reconoce que el matrimonio se contrae “para” ciertos fines mencionados en la definición (artículo 13), que son llamados “fines esenciales” (artículo 16) u “objetos del matrimonio” (artículo 20); la misma exposición de motivos afirma (párrafo sexto) que “los objetos esenciales del matrimonio” son la perpetuación de la especie y la ayuda mutua.

### *B. Los deberes y derechos entre los esposos*

La relación entre cónyuges se entiende (artículo 40) como colaboración para los fines esenciales del matrimonio, pero colaboración diferenciada. Al marido le corresponde (artículo 42) principalmente “dar alimentos a la mujer y hacer todos los gastos necesarios para el sostenimiento del hogar”, aunque la mujer podrá contribuir si tiene bienes propios o desempeña algún trabajo o comercio hasta con un cincuenta por ciento de los gastos, o más si el marido estuviere imposibilitado para trabajar. A la mujer le compete (artículo 44) “la obligación de atender a todos los asuntos domésticos” y ella es la encargada de “la dirección y cuidado de los hijos y del gobierno y dirección del servicio del hogar”.

La incapacidad jurídica de la esposa prevista en los códigos anteriores, el deber de obediencia al marido en todo, así como el papel del marido como representante legítimo de su mujer y administrador de todos los bienes del matrimonio quedan superados. Ahora la ley prevé una relación entre iguales, como lo declara el artículo 43 que dice que “ambos tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales”, de común acuerdo resolverán lo concerniente a la educación de los hijos y la administración de los bienes comunes y en caso de no ponerse de acuerdo decidirá un juez cuidando ante todo el interés de los hijos. La igualdad también se reconoce en cuanto a la capacidad y administración de los

bienes propios, ya que (artículo 45) ambos tienen “plena capacidad” y pueden disponer de sus bienes sin consentimiento del otro cónyuge y ejercer las acciones que entre ellos hubiera, causadas antes o durante el matrimonio (artículo 50).

No obstante, se mantiene alguna disposición protectora de la mujer, al prohibírsele contratar con su marido, respecto de bienes raíces o derechos reales, o salir fiadora de él, así mismo, se mantiene cierta primacía del marido, pues le corresponde a él fijar el domicilio conyugal, aunque con nuevas limitaciones (artículo 41), y dar licencia o permiso a la mujer para que pueda emplearse en servicio de otra persona, ejercer una profesión o establecer un comercio (artículo 44).

### *C. La disolución del vínculo por divorcio*

El decreto de Carranza, con fecha 29 de diciembre de 1914, que introdujo el divorcio en México, decía en su exposición de motivos que en principio el matrimonio se contraía “siempre en concepto de unión definitiva” pero que era necesario determinar los “casos excepcionales” en que podía liberarse a los cónyuges “de la obligación de permanecer unidos durante toda su existencia”. En el capítulo relativo al divorcio de la Ley de Relaciones Familiares (capítulo VI) se señalaban once causas de divorcio además de la posibilidad del divorcio por mutuo consentimiento. Aquéllas fueron definidas a partir de las causas de divorcio sin disolución del vínculo que preveía el Código Civil de 1884 en su artículo 227. Cabría suponer que siendo la disolución del vínculo un efecto mayor que la mera separación de cuerpos, las causas de divorcio vincular serían más estrictas que las de la separación, pero no fue así.

La nueva ley (artículo 76), además de mantener casi todas<sup>57</sup> las causas del divorcio no vincular: adulterio de uno de los cón-

<sup>57</sup> Sólo excluyó el vicio del juego que el Código de 1884 tenía como causa de divorcio no vincular.

yuges, nacimiento de un hijo en los primeros meses del matrimonio concebido fuera de él, la propuesta del marido para prostituir a su mujer, la incitación o coacción de un cónyuge a otro para que cometa un delito, el abandono injustificado del hogar, la servicia o amenaza graves, la acusación judicial calumniosa de un cónyuge a otro, el vicio de la embriaguez, el tener uno de los cónyuges antes del matrimonio una enfermedad crónica incurable, contagiosa o hereditaria que el otro ignorara, el conato para corromper a los hijos (artículo 78); introdujo nuevas causales: la incapacidad para cumplir los fines del matrimonio (en lo que cabría la esterilidad), el contraer durante el matrimonio una enfermedad crónica o incurable y contagiosa o hereditaria, el abandono injustificado del domicilio por seis meses (en vez de un año), el haber cometido uno de los cónyuges un delito que merezca pena de prisión de más de dos años, o el haber ejecutado un cónyuge contra el otro o sus bienes un acto que merezca pena de un año y finalmente el hecho de que un cónyuge hubiera demandado el divorcio o la nulidad del matrimonio y su denuncia no hubiera prosperado. Por estas nuevas causales, resultaba que el divorcio con disolución del vínculo se concedía más fácilmente que el anterior divorcio no vincular, no obstante que sus efectos eran más graves.

Aceptó también, como lo hacía la legislación anterior,<sup>58</sup> el divorcio por mutuo consentimiento, con lo cual se dejaba la subsistencia del matrimonio a la voluntad de las partes, de modo semejante al régimen de los contratos que permite su resolución por el consentimiento de las partes. Era una consecuencia lógica de concebir el matrimonio como contrato sometido a la “ley” de la voluntad de las partes.

#### *D. El régimen de bienes*

El Código de 1884 establecía como régimen preferencial de los bienes en el matrimonio el de la sociedad legal de ganancia-

<sup>58</sup> El Código Civil de 1884 admitía el divorcio no vincular por mutuo consentimiento, artículo 227, fracción XIII.

les, conforme al cual todos los bienes que adquirieran los esposos durante el matrimonio formaban un fondo común que se repartiría entre ellos. Bajo la perspectiva del divorcio vincular y del matrimonio como contrato más que sociedad o alianza, tal régimen parecía excesivo; así lo declara la Exposición de Motivos de la ley cuando dice que la indisolubilidad del vínculo matrimonial generaba una comunidad permanente de intereses, la cual hacía necesaria la sociedad legal de gananciales, pero una vez admitido el divorcio vincular, es necesario que el Estado intervenga para evitar los abusos de quienes quisieran aprovecharse de los bienes de la mujer, de cuyas ganancias disfrutarían por mitad según el régimen de sociedad legal, para luego abandonarla.<sup>59</sup> En consecuencia la ley terminó con la sociedad legal de gananciales como el régimen propio del matrimonio, mientras no se pactara la separación de bienes, y estableció la regla inversa: en principio cada cónyuge sigue siendo dueño de sus bienes y de los frutos o rendimientos que le produzcan (artículo 270), es decir el régimen ordinario es la separación de bienes, aunque se reconoce que pueden pactar la comunidad de algunos bienes y de sus productos (artículo 273).

A fin de proteger la situación económica de la familia, la ley disponía que la casa donde residiera el matrimonio y los muebles que contuviera, independientemente de quién fuera el propietario, no podía enajenarse ni gravarse más que con el consentimiento de ambos cónyuges; pero esto se limitaba a las casas cuyo valor, considerado el de los muebles que contuviera, no excediera de \$ 10,000 (diez mil pesos).

#### 4. *Los comentaristas de la Ley de Relaciones Familiares*

Ricardo Couto publicó su *Derecho civil mexicano*<sup>60</sup> dos años después de que entrara en vigor la Ley de Relaciones Familiares.

59 Exposición de Motivos, párrafo catorce.

60 Couto, Ricardo, *Derecho civil mexicano*, México, 1919, 3 ts.

Era una obra que había preparado como comentario al Código Civil de 1884 y que tuvo que actualizar insertando un apéndice al tomo primero, sobre las personas, con la Ley de Relaciones Familiares y los comentarios correspondientes.

Al iniciar su comentario al título quinto del Código sobre el matrimonio, afirma que éste es la “institución más importante del derecho civil” y a fin de explicar su naturaleza y fines, transcribe<sup>61</sup> un párrafo de D’Aguanno (*Génesis y evolución del derecho civil*) que dice que los fines del matrimonio son “reforzar al individuo en la lucha por la existencia, complementar cada uno de los sexos con la cooperación del otro, satisfacer las necesidades sexuales de un modo ordenado y legal, proveer a la existencia y al desarrollo de las generaciones futuras”. Luego añade que, según el mismo autor citado, el matrimonio que “la ciencia aconseja” es aquel que sirve para “completar las actividades de los cónyuges, desarrollar los afectos domésticos, que sirven de preparación a los afectos sociales, elevar las ideas, dar impulso al trabajo y hacer que se contraigan hábitos de orden y regularidad”, por lo cual es necesario que el matrimonio se realice con libertad: “que nazca de la libre elección de los cónyuges... de un impulso de pasión mutua, que atrae a los seres cabalmente como la afinidad química atrae las moléculas.” Después de transcribir estas palabras, Ricardo Couto afirma complacido que “ninguna explicación puede darse más completa de la naturaleza y fines del matrimonio”.

Es de notar que el autor, cuando quiere hablar sobre la naturaleza del matrimonio, transcribe un párrafo doctrinario y no tiene en cuenta la definición del Código. Cuando comienza el análisis de los artículos, reproduce el artículo 155 del Código que consigna la definición de matrimonio y luego comenta, en un sentido muy parecido al de Esteban Calva, “aunque esta definición considera al matrimonio como una sociedad, o lo que es lo mismo, como un contrato, a nadie se le ocurrirá pensar, que sea

61 *Ibidem*, t. I, p. 177.

equiparable a los demás contratos”.<sup>62</sup> En otras palabras, entiende que el matrimonio es un contrato civil especial. Prosiguiendo con esta materia, Couto afirma que “las relaciones jurídicas que origina el matrimonio no afectan en nada a los intereses pecuniarios de los esposos, sino a sus intereses morales, y muy principalmente a los intereses de la sociedad”, pero no saca de esta observación la consecuencia de que el matrimonio sea más bien un acto público que un contrato privado.

Al comentar el artículo 158 que dice que la condición “contraria a los fines del matrimonio” se tendrá por no puesta, dice que la regla se explica por que el matrimonio interesa sobre todo a la sociedad; “de aquí que no sean libres los contrayentes para imponer en su matrimonio todas las condiciones que quieran, sino únicamente aquellas que no pugnen con la naturaleza de la institución”.<sup>63</sup> Se advierte aquí, que la regla sobre invalidez de estas cláusulas se entiende como una limitación a la libertad contractual, en principio absoluta, por razón de interés público. Ya no es, como en el derecho canónico, que una condición o pacto de esa naturaleza haga nulo el consentimiento matrimonial, y por lo tanto dé como resultado la nulidad del mismo matrimonio, sino que se entiende que el matrimonio es válido, pero el pacto es nulo, de modo que la ley suple la voluntad de las cónyuges estableciendo que aunque ellos no quieran los fines del matrimonio, al haberse casado, están obligados a ellos por disposición de la propia ley.

Llama la atención que al comentar esta cláusula el autor no precisa cuáles son los fines del matrimonio, no obstante que el artículo 155 dice que el matrimonio se contrae para la perpetuación de la especie y la ayuda mutua. Cuando él habla de los fines, lo hace en su párrafo de introducción al tema, cuando cita las palabras de D’Aguanno arriba transcritas, quien se refiere a fines tan vagos como “completar las actividades de los cónyuges, desarrollar los afectos domésticos... elevar las ideas, dar impulso al trabajo, y hacer que se contraigan hábitos de orden y de regularidad”.

<sup>62</sup> *Ibidem*, p. 178.

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 179.



El comentario de Couto fue preparado antes de que entrara en vigor la Ley sobre Relaciones Familiares, pero posiblemente después de los decretos de Carranza que introdujeron el divorcio (29 de diciembre de 1914 y enero de 1915). Por eso, al comentar este autor el capítulo del Código relativo al divorcio no vincular, es decir, la separación de cuerpos sin posibilidad de contraer nuevo matrimonio, critica el régimen del Código y se muestra partidario del divorcio vincular. Después de hacer una presentación de los argumentos a favor y en contra, él opina que ambas posiciones tienen un mismo punto de partida:

hay casos en que por hacerse imposible la convivencia entre los esposos, se impone la inmediata separación; la cuestión se reduce, pues, a saber qué es preferible: si la separación acompañada de la disolución de un lazo que la naturaleza se ha encargado ya de disolver, o la separación, manteniendo un matrimonio que en realidad no existe mas que de nombre”.<sup>64</sup>

En estas palabras está implícita la idea de que el matrimonio es simplemente la convivencia, por eso se afirma que al separarse los esposos la “naturaleza” ya disolvió el lazo y que estando separados los esposos el matrimonio es sólo “de nombre”. Esto lo hace explícito más adelante cuando dice “y si la vida en común, que es la base del matrimonio, se ha roto, es absurdo sostener que haya matrimonio; pretender que éste subsista a pesar de la separación de los esposos, no es más que una ficción; en efecto, ¿qué queda del matrimonio una vez rota la comunidad de existencia?...”.<sup>65</sup>

En apoyo de su posición favorable al divorcio vincular, no cita ningún autor mexicano, sino sólo tres franceses: Glasson (*Le mariage civil et le divorce*), Laurent (*Principes de droit civil français*) y Baudry Lacantinerie (*Traite theorique et pratique de droit civil*).

<sup>64</sup> *Ibidem*, pp. 302-303.

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 204.

Después de argumentar en favor del divorcio vincular diciendo que es moralmente mejor que la separación por que evita que los cónyuges separados entren en uniones ilegítimas al hacerse “legítima” una nueva unión, impide que los hijos queden deseducados por ver a sus padres en uniones ilegítimas y sujetos a una madrastra o padrastro, y protege mejor a la mujer pues la situación de la divorciada es mejor que la de la separada, concluye “que el divorcio, sin dejar de tener los mismos inconvenientes que la simple separación de cuerpos, presenta innumerables ventajas que ésta no tiene; desde luego es más conforme con los principios, y encerrado dentro de justos límites, es una institución de moralidad”.<sup>66</sup> Sin embargo reconoce, como todos los autores que cita, que “el ideal que debe perseguirse en el matrimonio es la perpetuidad del vínculo”,<sup>67</sup> con lo que está afirmando que la indisolubilidad no es una propiedad o característica esencial del matrimonio, no es algo que está en el matrimonio mismo, sino un ideal externo que puede ser alcanzado o no, algo así como la riqueza económica que el matrimonio puede alcanzar o no.

Los argumentos de Couto son muy parecidos a los que presenta la Exposición de Motivos de la ley, en particular coinciden en la idea de la “moralidad” del divorcio y en lo extraordinario de esta medida. Coinciden también acerca de la naturaleza del matrimonio, en el sentido de la convivencia, sólo que la Exposición de Motivos de la ley dice que es la voluntad de permanecer unidos lo que hace el matrimonio, en tanto que Couto se refiere directamente a la convivencia.

Después de su larga exposición a favor del divorcio vincular, Couto explica el artículo 225 del Código que afirma que el divorcio no disuelve el vínculo, diciendo que:

El legislador de 1884, fiel a nuestras tradiciones jurídicas, respetuoso de los sentimientos del pueblo mexicano que, con razón o sin ella, repugna con la institución del divorcio, y teme-

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 307.

<sup>67</sup> *Loc. cit.*

roso de las consecuencias que su implantación podría producir en México, ha declarado la indisolubilidad del matrimonio...<sup>68</sup>

Con esta afirmación parece sugerir que el divorcio vincular, aunque teóricamente le parece mejor, es dudoso que sea un bien para México porque es contrario a nuestras tradiciones.

Al comentar la Ley de Relaciones Familiares, Couto manifiesta sus dudas sobre la conveniencia del matrimonio disoluble para México, no obstante que alaba, como regla abstracta, el divorcio vincular. “Tenemos, sin embargo, el escrúpulo de dudar de si la nueva concepción del matrimonio producirá en nuestro medio los benéficos resultados que de ella se esperan, o si, por el contrario, será un elemento más de corrupción de nuestra sociedad”.<sup>69</sup>

Couto llega a opinar, en puntos específicos, que el régimen del divorcio establecido en la Ley de Relaciones Familiares sirve como “el medio de realizar los egoísmos de los esposos”, especialmente cuando analiza la causal de divorcio por enfermedad o incapacidad para procurar los fines del matrimonio; en el Código de 1984, dicha causal tenía efecto cuando la enfermedad o incapacidad existía antes de la celebración del matrimonio y no era conocida por el otro cónyuge; la Ley de Relaciones Familiares acepta esa causal de divorcio cuando la enfermedad sobreviene durante el matrimonio. Al respecto comenta este autor: “de ningún modo aprobamos este criterio que pugna abiertamente con la naturaleza del matrimonio, pues si éste tiene por objeto ayudarse a llevar el peso de la vida (artículo 13), es injusto e inhumano que cuando uno de los esposos tenga la desgracia de estar enfermo, se autorice al otro a abandonarlo”.<sup>70</sup>

## 5. *El matrimonio en el Código Civil de 1928*

El Código Civil de 1928 siguió en materia familiar los lineamientos de la Ley de Relaciones Familiares, pero incluyó algunas

68 *Ibidem*, p. 308.

69 *Ibidem*, p. 392.

70 *Ibidem*, pp. 434 y 435.

novedades dependientes de su orientación general a reformar el derecho privado haciéndolo más solidario y menos individualista,<sup>71</sup> para lo cual se propuso especialmente proteger las partes más débiles en las relaciones jurídicas y en el matrimonio a la esposa.

### *A. El concepto de matrimonio*

El Código de 1928, a diferencia de los anteriores, no da una definición expresa del matrimonio, pero tiene un concepto que se puede inferir de su articulado sobre el matrimonio (título V del libro primero, artículos 139 a 291) y en el capítulo sobre las actas de matrimonio (capítulo VII del título IV sobre el registro civil, artículos 97 a 113).

Dos artículos dicen expresamente que el matrimonio es un contrato: el artículo 178 dice que “el contrato de matrimonio debe celebrarse bajo el régimen de sociedad conyugal, o bajo el de separación de bienes”; dicho artículo es el primero del capítulo IV del título sobre el matrimonio, capítulo que lleva la rúbrica “del contrato de matrimonio con relación a los bienes”; el otro, es el artículo 267, que enumerando las causales de divorcio, señala que una de ellas es que la mujer casada tenga un hijo “concebido antes de celebrarse este contrato” (es decir, el matrimonio).

En comparación con el concepto de la Ley de Relaciones Familiares, se observa que el Código elimina la mención de que el matrimonio es una “sociedad legítima” y por lo tanto también elimina la mención expresa de los fines del matrimonio. No obstante, el Código dice en su artículo 162 que los cónyuges están obligados “a contribuir cada uno por su parte a los fines del ma-

71 El párrafo 9 de la exposición de motivos dice: “para transformar un Código Civil en que predomina el criterio individualista, en un Código Privado Social, es preciso reformarlo sustancialmente, derogando todo cuanto favorece exclusivamente el interés particular con perjuicio de la colectividad, e introduciendo nuevas disposiciones que se armonicen con el concepto de solidaridad”.

trimonio y a socorrerse mutuamente”,<sup>72</sup> y en su artículo 182 hace referencia a los “naturales fines del matrimonio”. Como su artículo 147 señala que cualquier “condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges, se tendrá por no puesta”, se podía sostener que los fines del matrimonio a que alude el Código son la procreación y la ayuda mutua, tal como lo consideraba toda la legislación anterior. Pero el hecho es que el Código ya no dice expresamente cuáles son los fines del matrimonio.

### *B. Los deberes entre los esposos*

Se sigue considerando que la obligación principal de los cónyuges es colaborar para alcanzar los fines del matrimonio y expresamente la ayuda mutua (artículo 162). Se eliminó la mención de la obligación de los cónyuges de “guardarse fidelidad” que tenía la legislación anterior, pero siguió considerándose el adulterio como causa de divorcio (artículo 267-I).

Continúa siendo una cooperación diferenciada, pero se inicia ya un proceso de igualación de los papeles de ambos, que se manifiesta en un aminoramiento más de la primacía del marido sobre la mujer y la eliminación de las reglas proteccionistas a favor de la esposa.

Le corresponde al marido originalmente el sostenimiento económico de la familia (artículo 164), y a la mujer la dirección y cuidado del hogar (artículo 168). Para asegurar el cumplimiento de la obligación económica del esposo, se dispone ahora (artículo 165) que la mujer tiene siempre “derecho preferente sobre los productos de los bienes del marido y sobre sus sueldos, salarios o emolumentos” en el monto necesario para pagar los alimentos de ella y de los hijos. Consecuentemente, cuando la mujer, por inca-

72 El artículo 40 de la Ley de Relaciones Familiares (igual al artículo 189 del Código de 1884) decía que estaban obligados “a guardarse fidelidad, a contribuir cada uno por su parte a los objetos del matrimonio y a socorrerse mutuamente”.

pacidad del marido, debe hacerse cargo de la provisión económica, el marido tiene ese derecho preferencial (artículo 166).

Se acepta ahora que si la mujer debe proveer las necesidades económicas de la familia, el marido tiene, como la mujer en su caso, el derecho de pedir aseguramiento de bienes suficientes.

La obligación de la esposa de cuidar el hogar, justificaba en la legislación anterior que no tuviera libertad para trabajar, sino que requería una “licencia” del marido; ahora se dice que la mujer tiene libertad de emplearse o desempeñar una profesión, industria, oficio o comercio, siempre que no descuide sus obligaciones domésticas (artículo 169), y el marido sólo tiene el derecho de oponerse a que la mujer trabaje (artículo 170), pero el juez de lo familiar será finalmente quien decida si la mujer puede o no trabajar si el marido se opone (artículo 171).

La capacidad que la Ley de Relaciones Familiares dio a la esposa para administrar sus bienes propios se mantiene sin cambios, pero se van eliminando las reglas protectoras que impedían que la mujer contratara con su marido. Ahora ya se permite que pueda contratar con su marido y ser fiadora de él, siempre que el juez la autorice (artículos 174 y 175).

El marido conserva el derecho de fijar el domicilio con el consiguiente deber de la mujer de residir ahí, pero se da ahora intervención al juez para que pueda eximir a la mujer de vivir en el domicilio que fije el marido (artículo 163).

Se observa que al mismo tiempo que se merma la primacía del esposo sobre la mujer, se aumenta la intervención del juez en la relación matrimonial; él puede decidir si la mujer trabaja o no, si el domicilio es adecuado y si los esposos pueden celebrar contratos entre sí.

### *C. Novedades en materia de divorcio, filiación y concubinato*

Las modificaciones que introdujo el Código relativas al divorcio, filiación de hijos nacidos fuera de matrimonio y concubi-

nato implicaban un cambio en cuanto al concepto y función del matrimonio.

### *a. Divorcio*

La exposición de motivos del código ya no dice, como la de la Ley de Relaciones Familiares, que el matrimonio se contrae ordinariamente con la finalidad de que sea perpetuo y que el divorcio es una situación excepcional. Ahora habla del divorcio sólo para justificar una forma abreviada del mismo, el llamado posteriormente “divorcio administrativo”, que procede cuando lo quieren ambos cónyuges, no hay hijos ni sociedad conyugal respecto de los bienes. Al respecto dice la exposición de motivos:

es cierto que hay interés social en que los matrimonios no se disuelvan fácilmente, pero también está interesada la sociedad en que los hogares no sean focos constantes de disgustos y en que, cuando no están en juego los sagrados intereses de los hijos o de terceros, no se dificulte innecesariamente la disolución de los matrimonios...<sup>73</sup>

La perspectiva ya es diferente, el divorcio no es una excepción al matrimonio entendido ordinariamente como vitalicio, sino un acto en cuya realización puede estar interesada la sociedad, lo que equivale a decir que facilitar el divorcio cuando no hay hijos es materia de interés público.

Consecuentemente también se amplían las causales de divorcio. El Código, en su artículo 267, mantiene todas las causales previstas en la ley precedente, algunas las modifica levemente e introduce otras nuevas. Las causales que cambian se vuelven más estrechas: la que preveía la ley de ser uno de los cónyuges “incapaz para llenar los fines del matrimonio”, lo que significaba que la esterilidad era causa de divorcio, se modifica para decir que es la impotencia incurable (artículo 267-VI); la que se refería al delito cometido por el

73 Exposición de motivos al libro primero, “De las personas”, párrafo 33.

marido que amerite pena de dos años o más de prisión, se restringe diciendo que no sea “delito político” y sea delito “infamante” (fracción XIV). Las causales nuevas son la enajenación mental incurable (fracción VII), la declaración de ausencia o la presunción de muerte (fracción X) y la negativa de los cónyuges a darse alimentos (fracción XII). La exposición de motivos señala que se procuraron equiparar “en tanto sea posible” las causas de divorcio para el varón y la mujer.<sup>74</sup>

### b. La Ley de Relaciones Familiares

Mantenía la distinción entre hijos legítimos, nacidos de matrimonio y los hijos “naturales”, nacidos fuera de matrimonio (artículo 186), pero terminó con la categoría de hijos “espurios”, es decir los que, según el Código de 1984, eran resultado de uniones de personas que no podían casarse entre sí, como los hijos de unión adúltera o incestuosa;<sup>75</sup> con esta perspectiva igualadora la Ley carrancista decía enfáticamente (artículo 186) que “todo hijo nacido fuera de matrimonio es natural”. Esta distinción era congruente con la idea, recogida en la llamada “epístola de Melchor Ocampo”,<sup>76</sup> de que el matrimonio era “el único medio moral de fundar la familia”. Las otras uniones no podrían ser morales o legítimas, y por eso los hijos habidos de ellas no eran hijos legítimos, sino, como decía el Código de 1984 “hijos naturales”.<sup>77</sup> Pero en el Código de 1928 se suprime esa distinción, que la exposición de motivos califica de “odiosa diferencia entre hijos legítimos y los nacidos fuera de matrimonio”; la razón de la supresión es “una irritante injusticia que los hijos sufran las consecuencias de las faltas de sus padres”.<sup>78</sup> La igualación jurídica de los hijos, independientemente de su nacimiento dentro o fuera de matrimo-

<sup>74</sup> *Ibidem*, párrafo 31.

<sup>75</sup> Ver artículos 100, 328 y 361 del Código de 1884.

<sup>76</sup> Contenida en el artículo 15 de la Ley del 3 de julio de 1859, una de las llamadas “Leyes de Reforma” que reguló el matrimonio civil.

<sup>77</sup> Artículos 93 y ss. del Código de 1884.

<sup>78</sup> Exposición de motivos al libro primero, “De las personas”, párrafo 28.



nio, tiene relevancia especialmente respecto de su derecho a reclamar alimentos y de adquirir en la sucesión hereditaria, por lo que es congruente que el Código de 1928 admita (artículo 382) la investigación de la paternidad de los hijos fuera de matrimonio, lo cual en la Ley de Relaciones Familiares estaba en principio prohibido (artículo 187) y sólo se permitía en los casos en que el hijo tuviera la posesión de estado de hijo natural (artículo 197) o en los casos de raptó o violación (artículo 211); el Código de 1928, en vez de la prohibición general de investigar la paternidad, admite la investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio (artículo 382) en los casos mencionados en la Ley anterior, pero también cuando el hijo fue concebido mientras la madre y el supuesto padre habitaban bajo el mismo techo, o simplemente cuando el hijo “tenga un principio de prueba”, es decir, en cualquier caso.

### c. Otra novedad del Código de 1928

El reconocimiento de efectos legales al concubinato. Éste se entiende (artículo 1635) como la unión de varón y mujer, que hacen vida marital, durante cinco años o menos si tienen hijos, y siempre que ninguno estuviera casado civilmente. La exposición de motivos justifica esta novedad diciendo que “hay entre nosotros, sobre todo en las clases populares, una manera peculiar de formar la familia: el concubinato”; es un hecho que el legislador debe reconocer, y por eso admite que produce “algunos efectos jurídicos”. No obstante, la misma exposición de motivos, declara que el matrimonio es “la forma legal y moral de constituir la familia”.<sup>79</sup> Los efectos que reconocía eran: el derecho de la concubina a heredar (artículo 1635) y la presunción de que los hijos de la concubina son del concubino (artículo 383). La admisión del concubinato implica la aceptación de dos formas de constituir la familia, una “legal y moral” que es el matrimonio, y la otra, el concubinato, que es “peculiar” de las “clases populares”.

<sup>79</sup> *Ibidem*, párrafo 30.

## 6. Las reformas al Código Civil de 1953

El 31 de diciembre de 1953 se expidió un decreto de reformas<sup>80</sup> al Código Civil que daba unos pasos más en el camino de la igualación de los esposos.

En vez del deber de la esposa de habitar en el domicilio conyugal que fija el marido, el artículo 163 reformado, establece la obligación de ambos cónyuges de vivir en el domicilio conyugal, pero omite decir quién lo fija.<sup>81</sup>

El derecho que tenía el marido para oponerse a que la mujer trabajase fuera del hogar cuando descuidara sus deberes domésticos, se amplía, por una parte, al supuesto de que realice actividades que dañen la “moral o la estructura de la familia”, aunque no descuide los deberes domésticos (artículo 169 reformado); pero, por otra parte, se equilibra ese derecho (artículo 172 reformado) con un derecho semejante de la mujer a oponerse a que el marido realice actividades que lesionen “la moral o la estructura de la familia”.

## 7. La doctrina mexicana relacionada con el Código Civil de 1928

### A. Rafael Rojina Villegas

Rafael Rojina Villegas, quizá el autor más influyente en la doctrina civilista elaborada a partir del Código de 1928, destina al matrimonio varios capítulos de su tratado titulado *Derecho civil mexicano*.<sup>82</sup> El capítulo “Evolución y concepto actual del ma-

80 Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de enero de 1954.

81 La Suprema Corte interpreta que por domicilio conyugal se entiende “la casa habitación donde los esposos residen habitualmente, hacen vida en común, y cumplen con las finalidades del matrimonio”, *Apéndice de jurisprudencia*, 1955, vol. II, p. 13. De aquí se inferirá que el domicilio conyugal lo fijan los cónyuges de común acuerdo por el hecho de vivir en un lugar.

82 Rojina Villegas, Rafael, *Derecho civil mexicano*, México, 1949, 3 ts. “El matrimonio” se encuentra en el t. II, vol. 1, p. 3.

rimonio” comienza haciendo una contraposición entre la concepción del matrimonio antes de la Ley Revolucionaria de Relaciones Familiares y la concepción “actual” derivada de ella y profundizada en el Código. Antes el matrimonio era:

“la base fundamental de todo el derecho de familia”. Ahora, en el derecho mexicano, a partir de la *Ley de Relaciones Familiares* se sustenta el criterio perfectamente humano de que la familia está fundada en el parentesco de consanguinidad y, especialmente en las relaciones que origina la filiación tanto legítima como natural. Por lo tanto, el matrimonio deja de ser el supuesto jurídico necesario para regular las relaciones de la paternidad y de la patria potestad...<sup>83</sup>

Siguiendo con la equiparación de los hijos naturales con los legítimos, iniciada en la Ley, el Código, dice Rojina, continuó “la obra iniciada” por la ley admitiendo nuevos casos para permitir la investigación de la paternidad, equiparó jurídicamente a los hijos naturales con los legítimos y facilitó la prueba de los hijos habidos en concubinato. Concluye su explicación diciendo:

por lo tanto, ya no podemos afirmar, como se hace todavía en el derecho europeo y en el americano, que el matrimonio es la institución fundamental del derecho familiar. Menos aún podemos decir que de él derivan todas las relaciones, derechos y potestades, pues nuestro régimen jurídico parte precisamente de una hipótesis distinta: ha considerado la filiación (legítima o natural) como la base y fuente de todas esas consecuencias jurídicas.<sup>84</sup>

Minimizada así la importancia del matrimonio, pasa este autor a describir cómo ha evolucionado el concepto del mismo, para concluir que en México, “el artículo 130 de la Constitución de 1917 ha establecido que el matrimonio es un contrato

<sup>83</sup> *Ibidem*, p. 316.

<sup>84</sup> *Ibidem*, pp. 317 y 318.

civil y, por lo tanto, se regula exclusivamente por las leyes del Estado...”<sup>85</sup>

Tiene un capítulo destinado especialmente a discernir la “naturaleza jurídica del matrimonio”. Ahí analiza diversos puntos de vista respecto del matrimonio. En primer lugar analiza la explicación del matrimonio como “institución”, de acuerdo con la teoría de Haouriou, que considera que la institución es “un conjunto de normas de igual naturaleza que regulan un todo orgánico y persiguen una misma finalidad”; para alcanzar el fin perseguido se requiere constituir órganos con diferentes funciones, una potestad y procedimientos o reglas de acción. Bajo esta perspectiva, el matrimonio es una institución que responde a la finalidad que persiguen los consortes de constituir una familia y realizar un estado de vida permanente entre ellos. Al respecto Rojina Villegas comenta que “la tesis de Haouriou aplicada al matrimonio tiene la importancia de comprender no sólo el aspecto inicial de la institución que existe por virtud de la celebración del acto, sino también el estado de vida que le da significación tanto social como jurídica y, finalmente, la estructuración normativa a través de la cual se establecen las finalidades, órganos y procedimientos de la institución misma”.<sup>86</sup>

Luego explica la teoría de Duguit del “acto jurídico condición”, que es el acto que tiene como objeto hacer aplicable permanentemente toda una sección del ordenamiento jurídico. Así, el matrimonio es el acto que hace aplicable a los cónyuges y sus hijos la legislación familiar vigente.

Dice que también puede considerarse como un “acto jurídico mixto”, pues para existir requiere, por una parte, del consentimiento de los novios, pero también es necesaria la intervención del oficial del Registro Civil. Sin la declaración del oficial del Registro Civil de que lo consortes están unidos en legítimo matrimonio, opina Rojina Villegas,<sup>87</sup> “éste no existiría desde el punto

85 *Ibidem*, p. 327.

86 *Ibidem*, p. 332.

87 *Ibidem*, p. 334.

de vista jurídico”. Esta opinión parece ser la preferida del civilista mexicano, por lo que más adelante afirma.

En cuanto a la explicación de que el matrimonio es un contrato, concepto al que este autor le dedica más espacio, dice que esa “ha sido la tesis tradicional desde que se separó el matrimonio civil del religioso”. Luego transcribe párrafos de Bonecase y de Ruggiero que critican la tesis contractualista, afirmando que el matrimonio es claramente diferente de los contratos, porque las partes del matrimonio, a diferencia de las partes de un contrato, ni pueden modificar los derechos y obligaciones que surgen del consentimiento, ni pueden disolver el matrimonio por sólo el mutuo disenso. Rojina Villegas declara:

Que debe desecharse totalmente la tesis contractual del matrimonio, pues además de las razones expuestas por Bonecase, debe reconocerse que en el derecho de familia ha venido ganando terreno la idea de que el matrimonio es un acto jurídico mixto en el cual participa en forma constitutiva del mismo, el oficial del Registro Civil.<sup>88</sup>

En apoyo de esta tesis añade que de acuerdo con el código, el matrimonio requiere de la existencia del acta que elabora el mismo oficial.

Explica que las leyes mexicanas, e incluso la constitución “han venido insistiendo en la naturaleza contractual del matrimonio”, pero eso lo hacen sólo para “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”.<sup>89</sup> Cuando el artículo 130 constitucional afirma que el matrimonio es “un contrato”, no fue la intención del legislador equipararlo a los demás contratos, “sino que su intención fue únicamente negar a la Iglesia toda ingerencia en la regulación jurídica del matrimonio...”.<sup>90</sup>

<sup>88</sup> *Ibidem*, p. 344.

<sup>89</sup> *Ibidem*, p. 345.

<sup>90</sup> *Loc. cit.*

Una variante de la tesis contractualista es la que afirma que el matrimonio es un “contrato de adhesión”, pero Rojina Villegas sólo la menciona sin hacer comentarios.

El matrimonio como “estado jurídico” es otra explicación que le parece interesante. Según ella, el matrimonio es un acto jurídico, pero a la vez constitutivo de un estado jurídico, pues crea entre los consortes “una situación jurídica permanente”. La diferencia entre matrimonio y concubinato la explica desde este punto de vista: el matrimonio es “un estado de derecho en oposición al concubinato que es un simple estado de hecho”.<sup>91</sup>

Finalmente propone lo que él llama la “tesis” de Antonio Cicu<sup>92</sup> de que el matrimonio, más que un contrato privado es un acto público, y que favorece la posición de Rojina de que es un acto mixto, “un acto de poder estatal”. Rojina no comenta la tesis, simplemente transcribe literalmente algunos párrafos, sin citar la fuente.

Se puede concluir que en la opinión de Rojina, el matrimonio no es un contrato sino un acto mixto, que se perfecciona por la declaración formal del oficial del Registro Civil. La mención en el artículo 130 constitucional de que el matrimonio es un “contrato”, la interpreta en el sentido de que sólo declara que es un acto que se sujeta a la ley civil y no a la ley canónica.

En cuanto al contenido de la relación conyugal, Rojina opina que el matrimonio da lugar a cuatro conjuntos de derechos y obligaciones.<sup>93</sup>

El primero es el derecho y obligación de tener una vida en común y habitar bajo un mismo techo, lo cual le parece que “indiscutiblemente” es el derecho y deber principal que deriva del matrimonio, ya que sólo teniendo vida en común se pueden cumplir “los fines del matrimonio”. Llega a afirmar que la obligación de vivir en común “constituye la relación jurídica fundante de la cual dependen un conjunto de relaciones jurídicas que podemos

91 *Ibidem*, p. 350.

92 *Ibidem*, p. 353.

93 *Ibidem*, pp. 434 y ss.

denominar fundadas o accesorias. La vida en común implica la relación jurídica fundante, porque si no se realiza, no podrán cumplirse las relaciones jurídicas fundadas”.<sup>94</sup>

El segundo es el derecho “a exigir el cumplimiento del débito carnal”. Este derecho lo funda en el deber que tienen los cónyuges (artículo 162 del código civil) de contribuir a los fines del matrimonio. La negativa reiterada de uno de los cónyuges constituiría, según él, una injuria grave que sería causa de divorcio. Se advierte aquí que Rojina, sin decirlo expresamente, admite que la procreación es uno de los fines naturales del matrimonio.

El tercero es el derecho y deber de fidelidad, cuyo contenido no lo limita a la simple abstención del adulterio, sino a la abstención de cualquier comportamiento que pueda considerarse contrario a las “buenas costumbres”.

El último es el derecho y deber de ayuda mutua, que en su opinión comprende el de darse alimentos y socorro o asistencia recíproca. Opina que esto último es también un deber jurídico, porque su incumplimiento configuraría una ofensa grave que sería causal de divorcio.

Respecto del divorcio vincular, Rojina destina un capítulo entero a analizar su conveniencia desde el punto de vista político, ético, sociológico y religioso.<sup>95</sup> Ahí precisa su concepto personal del matrimonio. Dice que desde el punto de vista moral “el matrimonio debe constituir una comunidad espiritual entre los consortes”; esa *affectio*, unidad o concordia, es lo que permite realizar los fines del matrimonio, uno de los cuales, “sin ser precisamente el esencial, el básico, el único” es la procreación. Si el matrimonio es esencialmente esa comunidad de afecto o comunidad “espiritual”, como la llama Rojina, “evidentemente que será inmorral mantener una unión” en la que no hay afecto sino una “repulsión continua”.<sup>96</sup> Con esta visión, justifica el divorcio necesario, aunque critica que se haga sin causa grave, pero también

94 *Ibidem*, p. 435.

95 Rojina Villegas, R., *Derecho civil mexicano*, México, 1962, t. II, vol. 2, pp. 241 y ss.

96 *Ibidem*, p. 251.

justifica el divorcio voluntario aun en su forma abreviada de divorcio administrativo.

Con esta concepción del matrimonio, se va introduciendo la idea de que su esencia es ser una comunidad de afectos, que depende de la convivencia en un domicilio común. Es congruente con la idea que apuntaba el mismo autor de que la relación “fundante” en el matrimonio era la convivencia común.

### B. Rafael de Pina

Rafael de Pina, en sus *Elementos de derecho civil mexicano* (México 1956-1958),<sup>97</sup> se ocupa del matrimonio en el primer volumen. Ahí, antes de iniciar su tratamiento, hace la observación de que el matrimonio puede ser visto “desde el punto de vista religioso y desde el punto de vista meramente civil”, y aclara que desde la perspectiva de la Iglesia católica, es un sacramento, pero que “de acuerdo con una concepción civil el matrimonio es una realidad del mundo jurídico”.<sup>98</sup> En el análisis que hace de la naturaleza jurídica del matrimonio, defiende la posición contractualista, especialmente de las objeciones hechas por Rojina Villegas y los autores que él cita; su argumento principal es que el vínculo matrimonial se establece siempre “sobre una doble y recíproca manifestación de voluntad de los contrayentes..., y ello basta para nosotros para que se recurra a la figura del contrato”.<sup>99</sup>

A diferencia de Rojina, no considera que el matrimonio pueda ser considerado como acto mixto, porque la intervención del Estado, aunque es “esencial” “para el perfeccionamiento del matrimonio”, lo es “únicamente como elemento de reconocimiento de la voluntad de los esposos”, por lo que “no puede colocarse en el mismo plano que la voluntad de las partes de unirse en matrimonio”. En apoyo de su postura, cita a Agustín Verdugo, don-

97 Se citará la 15a. ed., México, Porrúa, 1986.

98 Pina, Rafael de, *Elementos de derecho civil mexicano I*, 15a. ed., México, Porrúa, 1986, p. 314.

99 *Ibidem*, p. 318.



de afirma que el matrimonio es un contrato que se forma por la voluntad de los contrayentes aunque tiene características y alcances distintos y más amplios que los demás contratos.<sup>100</sup>

Menciona también, al igual que Rojina, las tesis de Duguit, del matrimonio como acto condición y de Cicu, como acto de poder estatal, sin hacer comentarios. La tesis institucional la explica siguiendo a Bonecasse y comenta que ha sido bien aceptada por los filósofos del derecho; sobre esta teoría opina que es “más conforme con la significación” del matrimonio que la tesis contractualista, pero que tampoco lo explica “satisfactoriamente”.

Él opina que el matrimonio es “una institución natural susceptible de ser objeto de una doble regulación, canónica o civil, sin que ello afecte su unidad esencial”,<sup>101</sup> y propone una definición, que dice tomar de Ahrens, pero sin indicar la fuente, según la cual el matrimonio es “una comunidad de vida, fundada en el amor y constituida con arreglo a normas legales, dirigida al cumplimiento de los fines que se desprenden naturalmente de la relación permanente entre dos personas de distinto sexo”.<sup>102</sup>

En cuanto a la relación conyugal, sólo repite sin comentarios las disposiciones del Código respecto de la igual consideración del varón y la mujer, de la atribución general a la mujer del trabajo doméstico y al varón del sostenimiento económico, de la obligación de vivir en el domicilio conyugal. Es notable que, no obstante haberse publicado el libro después de la reforma de 1954 que quitó al marido el derecho de fijar el domicilio, no haga un comentario al respecto.<sup>103</sup>

El autor llega a llamar al concubinato “matrimonio de hecho”, que se distingue del matrimonio civil que es el “matrimonio de derecho”. Con esto, y quizá sin proponérselo, da un paso adelante en la equiparación de ambas figuras; Rojina decía que el matrimonio daba lugar a un “estado de derecho” y el concubina-

100 *Ibidem*, pp. 319 y 320.

101 *Ibidem*, p. 320.

102 *Ibidem*, p. 322.

103 *Ibidem*, pp. 331 y 332.

to a un “estado de hecho”, pero no llamó al concubinato matrimonio.

Sobre el divorcio vincular, tiene una postura semejante a la de Rojina Villegas: es un mal necesario y visto como “remedio heroico para situaciones conyugales incompatibles con la naturaleza y los fines del matrimonio, no tiene nada de inmoral”.<sup>104</sup> Aunque lamenta, igual que Rojina “el abuso del divorcio” y señala que existe “un verdadero y pavoroso problema social del divorcio”.<sup>105</sup>

### C. Jorge Mario Magallón Ibarra

En 1965 aparece publicado el único libro monográfico mexicano que he conocido sobre el tema del matrimonio, obra de Jorge Mario Magallón Ibarra.<sup>106</sup> El título de la obra, *El matrimonio. Sacramento. Contrato. Institución*, anuncia el tratamiento plural que da al tema. Ya desde el prefacio de su obra, este autor afirma que “el matrimonio es un hecho social común a todos los pueblos, pues reside en la conciencia de todos los hombres; siendo por lo tanto anterior a las formas jurídicas que han tratado de regularlo y de ajustarse a su naturaleza misma”.<sup>107</sup> Esta idea se repite a lo largo del trabajo: el matrimonio no es una creación del derecho sino una realidad anterior, que el derecho puede regular respetando su naturaleza.<sup>108</sup>

Sin entrar en el análisis que el autor hace de la doctrina canónica del matrimonio, basta mencionar que de ella toma la idea de

104 *Ibidem*, p. 339.

105 *Ibidem*, p. 340.

106 Magallón Ibarra, Jorge Mario, *El matrimonio. Sacramento. Contrato. Institución*, México, 1965, p. 296.

107 *Ibidem*, p. 1.

108 Ver por ejemplo, p. 235: “...como ha quedado asentado en el cuerpo de este estudio, la unión matrimonial es anterior a las formas jurídicas y a cualquier ley escrita... no es pues una ficción que el derecho ha tenido que elaborar, sino que es anterior a la norma jurídica misma, la cual ha tenido necesidad de encontrar su verdadera adaptación, dentro de los límites que la técnica le permite, al matrimonio en sí”.

que el matrimonio requiere un “contrato”, en el cual se manifiesta el libre consentimiento de los contrayentes.

En el análisis del matrimonio como contrato, el autor afirma que es correcto considerarlo como un tratado, porque el libre acuerdo de voluntades de los contrayentes es indispensable para constituirlo.<sup>109</sup> Pero no es un contrato equiparable a los contratos patrimoniales, y por eso considera que son justas las críticas que ha hecho Bonecasse a la teoría contractualista del matrimonio, señalando las grandes diferencias que existen entre el régimen contractual y el régimen matrimonial.<sup>110</sup> El matrimonio, dice este autor, si bien es un contrato, también es algo más, es “una forma de vida; una vida en forma; y una forma que nace de la vida”.<sup>111</sup> El contrato matrimonial, opina el autor, se asemeja más a los contratos modernos en que las partes no tienen libertad para discutir las reglas que lo regirán y simplemente se someten voluntariamente, mediante su consentimiento, a un conjunto de reglas legales y obligatorias que no pueden cambiar.<sup>112</sup> En apoyo de esta tesis, cita a Alvaro d’Ors, donde dice que el matrimonio es un contrato porque hay acuerdo de voluntades, pero que no pertenece al derecho privado, sino al derecho público, ya que la voluntad de las partes, lo único que hace, es colocarlas en una situación legalmente tipificada y no crear una relación de contenido variable.<sup>113</sup>

Como conclusión del capítulo, el autor afirma que dado el carácter *sui generis* del matrimonio, no es posible “adecuarlo a ninguna de las clasificaciones o sub-clasificaciones que los autores han elaborado en relación con los contratos en general, pues si lo

109 *Ibidem*, p. 198: “...estamos de acuerdo que legalmente hablando se pueda y se deba definir el matrimonio como un contrato...”; p. 237: “...el matrimonio es y seguirá siendo un acuerdo de voluntades y por lo tanto, en su forma preliminar, un contrato mismo”.

110 *Ibidem*, pp. 198 y ss.; p. 235: “Es claro que el matrimonio-contrato no resiste un análisis técnico comparativo como lo hace Bonecasse y como lo hemos hecho nosotros”.

111 *Ibidem*, p. 198. La frase arriba transcrita trasluce claramente la influencia del vitalismo de Recaséns Siches, que concibe, como Ortega y Gasset, la cultura como “vida humana objetivada”.

112 *Ibidem*, p. 197.

113 *Ibidem*, p. 236, donde cita a D’ors, Álvaro, *Una introducción al estudio del derecho*, Madrid, 1963, p. 50.

hiciéramos incidiríamos en el error de estimar que las formas de ellas son exactas en el contenido matrimonial”, y por eso rechaza que el contrato pueda ser concebido únicamente como “acto jurídico condición; acto jurídico mixto; contrato de adhesión; estado jurídico; acto de poder estatal, acto unión o convención en sentido técnico”.<sup>114</sup>

La consideración del matrimonio como institución, examinando principalmente a Bonecasse y la teoría de Haouriou, lleva a Magallón Ibarra a considerar el matrimonio ya no desde el punto de vista de su constitución, sino desde la perspectiva del conjunto de deberes y derechos que engendra entre los cónyuges, es decir, del estado o situación matrimonial. Considera que las disposiciones contractualista e institucionalista no se contradicen entre sí, sino que se complementan. Para explicar su postura, se sirve de la distinción, que recoge de la doctrina canónica, entre matrimonio *in fieri* y matrimonio *in facto esse*. Matrimonio *in fieri* (para realizar) indica la perspectiva que contempla cómo se contrae el matrimonio, que corresponde a la teoría contractualista que afirma que el matrimonio se constituye, como los contratos, por el consentimiento; mientras que matrimonio *in facto esse* (realizado) es lo que observa la perspectiva institucional, el conjunto de derechos y deberes entre los cónyuges.<sup>115</sup>

La posición de este autor, más elaborada que la de cualquier otro de los comentaristas del Código vigente, es la de afirmar principalmente el carácter institucional del matrimonio: “nosotros diremos institución de orden público, de la que deriva un estado matrimonial y a la vez una situación conyugal”. Pero añade, que así como el derecho canónico “acepta y hasta subsume la noción del contrato en la forma sacramental; igualmente en el derecho civil, el contrato debe ser un presupuesto de la institución matrimonial”.<sup>116</sup>

114 *Ibidem*, p. 237.

115 *Ibidem*, p. 265.

116 *Ibidem*, p. 2.

No hace comentarios sobre los deberes que surgen entre los cónyuges por razón del contrato, ni sobre el concubinato ni el divorcio.

#### D. Luis Muñoz

Luis Muñoz publica en 1971 su *Derecho civil mexicano*,<sup>117</sup> en cuyo primer tomo trata el tema del matrimonio. Comienza su exposición dando diversas nociones del matrimonio, tomadas de otros tanto autores (sin citar la fuente), a las que califica de alguna manera. La concepción “legalista” es la de Baudry Lacantinerie: “el estado de dos personas de sexo diferente, cuya unión ha sido consagrada por la ley”; concepción *histórico-sociológica* de Westermarck “es el matrimonio una relación más o menos duradera, entre el hombre y la mujer, que se prolonga más allá del acto de la reproducción hasta después del nacimiento de la prole”, o la concepción “realista” de que es “unión de dos personas de diferente sexo para la recíproca posesión de por vida de sus cualidades sexuales”, o el concepto propio de quienes lo ven como una sociedad indisoluble: “sociedad civil libremente contraída entre dos personas de distinto sexo, para formar una unión plena y perfecta e indisoluble entre ellas, complemento y continuación de la especie y regulada por las leyes civiles”. Cita otras nociones más, pero no analiza ninguna.<sup>118</sup>

En cuanto a la naturaleza jurídica del matrimonio, dice que puede ser contrato, convención jurídica, acto del Estado, institución o negocio jurídico bilateral. Tampoco analiza estas opiniones. Afirma que el matrimonio en el Código Civil del Distrito Federal es un contrato porque el artículo 130 constitucional dice que el matrimonio es un contrato civil.<sup>119</sup> Sin embargo, transcribe las objeciones de Rojina contra la naturaleza contractual del matrimonio. Advierte que además de la regulación civil, existe la re-

117 Muñoz, Luis, *Derecho civil mexicano I*, México, 1971.

118 *Ibidem*, p. 397.

119 *Ibidem*, p. 398.

gulación canónica. Afirma, sin explicación, que “la generación, el mutuo auxilio y la educación de la prole, son los fines del matrimonio”.<sup>120</sup>

No trata acerca de los deberes y derechos entre cónyuges; ni siquiera menciona lo que dice el Código. Al concubinato lo llama, como Rafael de Pina, “matrimonio de hecho”. Tampoco opina sobre el divorcio; simplemente enumera las causas previstas en el Código y hace alguna explicación del procedimiento correspondiente.

### E. Julián Güitrón Fuentesvilla

Publicó en 1972 un libro titulado *Derecho familiar*<sup>121</sup> cuyo título indicaba la intención del autor de considerar un derecho de familia como rama autónoma, separada del derecho civil. Si bien la obra no trata específicamente el tema del matrimonio, sí hace algunos comentarios sobre las reglas de la materia establecidas en el Código de 1928. Alaba la tendencia igualitaria entre los esposos que se da en el Código así como la eliminación de la diferencia entre hijos legítimos y naturales.<sup>122</sup> Critica la reglamentación que hizo el Código del divorcio y especialmente la introducción del llamado divorcio administrativo, por considerar que son las “bases para terminar con la unidad familiar”.<sup>123</sup> Comenta laudatoriamente las reformas de 1953 (bajo la presidencia de Ruiz Cortínez) que dieron un paso más a favor de la igualdad de la mujer con el varón.

Uno de los puntos importantes de su obra es la llamada a tener una legislación federal sobre familia en toda la República. Por eso critica que con la expedición del Código Civil de 1928 se hubiera derogado la Ley de Relaciones Familiares, que en su opinión podría haber continuado como una ley federal sobre la mate-

120 *Loc. cit.*

121 Güitrón Fuentesvilla, J., *Derecho familiar*, México, 1972.

122 *Ibidem*, p. 127.

123 *Ibidem*, pp. 127 y 138.

ria con vigencia en todo el país.<sup>124</sup> Desde esta misma perspectiva propone al final de su obra las bases para un código familiar, en las que destaca la insistencia en que el legislador procure la “equiparación de ambos sexos” y anuncia que en un proyecto de código que ha preparado ha establecido “una igualdad absoluta entre ambos cónyuges”,<sup>125</sup> en el mismo proyecto de código, dice, ha considerado el matrimonio como acto solemne, en cuanto requiere la presencia de un funcionario público; como contrato, en tanto que hay un acuerdo de los cónyuges respecto de los bienes, y como institución porque sitúa a los cónyuges en un estado de vida sujeto a un conjunto de reglas jurídicas. No deja de llamar la atención que reduzca el consentimiento conyugal exclusivamente al acuerdo sobre los bienes. El proyecto de código familiar de este autor, fue materia de un congreso que él mismo organizó posteriormente, y del cual se da cuenta más abajo. Su idea de lograr la absoluta igualdad entre varón y mujer inspiró las reformas del Código de 1974.

### F. Ignacio Galindo Garfias

Un año después (1973), Ignacio Galindo Garfias, publicaba su *Derecho civil. Primer curso*.<sup>126</sup> Al hablar del concepto del matrimonio, dice que éste puede verse desde dos puntos de vista, “como acto jurídico y como estado permanente de vida de los cónyuges” que procede del acto jurídico.<sup>127</sup> Como estado civil, el matrimonio supone un complejo de derechos y deberes organizados en relación a los “intereses superiores de la familia”, que son la procreación de los hijos y la ayuda mutua entre los cónyuges. Estos fines, en su opinión “exigen que la colaboración conyugal sea permanente, prolongada mientras subsiste el lazo conyugal”.

124 *Ibidem*, p. 128.

125 *Ibidem*, p. 334 y 336.

126 Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho civil. Primer curso*, México, 1973.

127 *Ibidem*, p. 441.

La comunidad de vida entre el varón y la mujer la concibe como “un hecho natural que se impone al derecho” y que éste simplemente protege, regula y asegura.<sup>128</sup> Con esto, implica la afirmación de que el matrimonio es una realidad natural independiente del orden jurídico.

Sobre la naturaleza jurídica del matrimonio afirma que para el derecho canónico el matrimonio es un sacramento, pero que también lo contempla como “un contrato de naturaleza indisoluble”. Desde el punto de vista civil, cita las diversas opiniones que Rojina había citado (contrato, institución, acto mixto, acto del poder estatal), sin pronunciarse en favor o en contra de una ni expresar una postura propia.<sup>129</sup>

Los deberes entre los cónyuges los trata en su capítulo titulado “El estado del matrimonio”, en congruencia con su idea de distinguir el matrimonio como acto (consentimiento matrimonial) y el conjunto de deberes o estado de vida que genera. Afirma que los deberes entre cónyuges tienen “un contenido fundamentalmente *moral*” (en cursivas, en el original), y que el derecho simplemente establece sanciones jurídicas para asegurar su cumplimiento.<sup>130</sup> El conjunto de deberes que surgen del matrimonio constituye una “*comunidad de vida* (en cursivas en el original) permanente entre los cónyuges”. Luego aclara que la permanencia de los deberes matrimoniales no se identifica plenamente con la indisolubilidad del matrimonio, pues considera que aunque “es de la naturaleza del matrimonio que el estado mismo sea duradero y no fugaz o transitorio” puede ser disuelto por divorcio, “cuando proceda”.<sup>131</sup>

Clasifica los deberes entre cónyuges en tres: deber de cohabitación, deber de fidelidad y deber de asistencia. Respecto del deber de cohabitación, señala que después de la reforma de 1953, es un deber de ambos cónyuges y que por domicilio conyugal se en-

128 *Idem*.

129 *Ibidem*, pp. 445-447.

130 *Ibidem*, p. 510.

131 *Idem*.



tiende el lugar donde los cónyuges viven juntos, “en donde han convenido en establecer su común morada”.<sup>132</sup> El deber de fidelidad lo considera como un deber esencialmente moral, que sólo tiene una sanción jurídica en la sanción penal del adulterio y la bigamia, o en que constituye una causal de divorcio; considera que comprende el deber de los cónyuges de prestarse al acto conyugal o “débito conyugal”, y el de abstenerse no sólo de relaciones sexuales extramatrimoniales sino también de cualquier acto que pudiera injuriar al otro cónyuge. El deber de asistencia recíproca considera que es “la síntesis y el resumen del concepto civil y canónico del matrimonio” porque incluye el deber de cohabitación, de fidelidad y el de darse todos los servicios que requieran entre sí. Por eso, opina que la violación de este deber carece de una sanción pecuniaria, y que la obligación de darse alimentos, que sí tiene sanción jurídica, es sólo un aspecto de este deber más amplio.

Explica que la igual consideración y autoridad que tienen los cónyuges, de conformidad con el artículo 167, se debe a la “reciprocidad de las relaciones jurídicas entre los consortes que nacen del matrimonio”, por lo que acepta, sin comentario, que los cónyuges de común acuerdo decidan lo relativo a la educación de los hijos y administración de los bienes comunes. Acepta, también sin comentario, que corresponda a la mujer principalmente el cuidado de los hijos y administración del hogar, y que pueda trabajar cuando no perjudique aquella labor.

El divorcio vincular lo admite con muchas reservas. Por una parte afirma que el matrimonio “por su propia naturaleza debe ser permanente” y que “no puede aceptarse” que al contraer matrimonio la voluntad de los consortes “sea otra, distinta a la de mantener la subsistencia del vínculo conyugal, durante toda su vida, mediante el firme propósito de superar las contingencias que por azares de la vida, amenacen el mantenimiento de ese vínculo”. Y añade que “el contenido de esa voluntad en el momento

132 *Ibidem*, p. 513.

de la celebración del matrimonio, constituye una verdadera promesa de llevar a cabo hasta el final de la vida, ese propósito”.<sup>133</sup> Pero más adelante afirma que cuando puede comprobarse que “ya no subsiste entre los consortes que pretenden divorciarse la situación socio familiar de un verdadero matrimonio”, entonces “no puede pensarse que en este caso, la sociedad tenga interés en mantener el vínculo jurídico”.<sup>134</sup>

Respecto del concubinato, lo distingue claramente del matrimonio diciendo que “el matrimonio produce plenitud de efectos jurídicos, derechos y obligaciones, facultades y deberes, tanto entre los cónyuges y con relación a los hijos; da lugar al parentesco por afinidad y se proyecta sobre los bienes de ambos consortes; en tanto que los efectos del concubinato reconocidos por la ley, son limitados”.<sup>135</sup>

#### 8. Conclusiones sobre el régimen revolucionario del matrimonio en el periodo de 1914 a 1974

El régimen matrimonial de esta etapa puede llamarse revolucionario, tanto por la forma en que fue expedido, como por su contenido.

Los principales momentos de esta etapa son actos formalmente revolucionarios: los decretos que expide Carranza en 1914 admitiendo el divorcio vincular son decisiones de un grupo armado. La Ley de Relaciones Familiares que expide el mismo Carranza es la decisión, como dice el preámbulo de la Ley, del “primer jefe del ejército constitucionalista, encargado del Poder Ejecutivo de la Nación” y no un acto legislativo institucional. Incluso se llegó a cuestionar la constitucionalidad de esta Ley, porque al momento de su expedición ya existía un congreso constitucional debidamente instalado. No puede pasarse por alto que estas decisiones, que afectan profundamente el régimen familiar

133 *Ibidem*, p. 543.

134 *Ibidem*, p. 547.

135 *Ibidem*, p. 451.

del pueblo mexicano, lo mismo que la Ley del Matrimonio Civil de 1859, fueron actos expedidos y sostenidos por grupos parciales en momentos bélicos.

El régimen matrimonial liberal fue respetuoso de las costumbres vigentes en las familias mexicanas, por lo que no modificó sustancialmente lo que desde hacía tiempo se practicaba, aunque introdujo el elemento que permitiría el cambio revolucionario: el principio de que el matrimonio es asunto del legislador. Con base en este apoyo, el legislador revolucionario modifica profundamente el régimen matrimonial.

El cambio principal fue la admisión del divorcio vincular. Con esto se admite como matrimonio una unión que carece de una de las propiedades o notas esenciales del mismo, lo que da lugar a que la noción de matrimonio pierda precisión y que con esa palabra puedan designarse uniones que no corresponden a la esencia matrimonial. La relativización del concepto de matrimonio, que se inicia con la afirmación de que existen dos matrimonios posibles, el civil y el canónico, prosigue con la distinción de otros dos tipos de matrimonio, el matrimonio disoluble (que se identifica con el matrimonio civil) y el matrimonio indisoluble (que se identifica con el matrimonio canónico). El divorcio vincular no era una aspiración popular, ni estaba contemplado originalmente en el programa revolucionario. Es notable que el único civilista mexicano que en la época defendió el divorcio vincular, Couto, lo hace con apoyo en autores extranjeros, franceses, sin citar ningún autor mexicano, y que no obstante la defensa teórica que hace del divorcio, manifiesta sus dudas de que resulte benéfico para la nación mexicana.<sup>136</sup> La misma inseguridad manifiesta la exposición de motivos de la Ley de Relaciones Familiares, cuando afirma que el divorcio es una medida totalmente excepcional y extrema y que el ideal, es decir, lo mejor posible, es la indisolubilidad del vínculo matrimonial. Sin embargo, el Código

136 Ver notas 49 y 52.

de 1928 amplió las causales de divorcio y facilitó su tramitación con el llamado divorcio administrativo.

La pérdida que significa el abandono de la indisolubilidad del vínculo para la relación matrimonial quedó prácticamente evidenciada en una de las causas de divorcio que previó la Ley de Relaciones Familiares, y que se ha conservado en la legislación posterior,<sup>137</sup> es causa de divorcio que uno de los esposos contraiga una enfermedad grave o incurable y contagiosa así como la impotencia sobrevenida; con esto, la ley autoriza que el cónyuge sano abandone al enfermo, lo cual, incluso para un autor defensor del divorcio como Ricardo Couto, es abiertamente contrario a la naturaleza del matrimonio.<sup>138</sup> Es ya algo próximo al repudio unilateral.

La consideración del matrimonio como vínculo disoluble lógicamente llevó a privilegiar el régimen patrimonial de separación de bienes en detrimento de la sociedad conyugal.

La Ley sobre Relaciones Familiares también modificó el concepto tradicional del matrimonio al establecer, de acuerdo con los textos constitucionales, que el matrimonio es un “contrato civil” y no una “sociedad” como decían los Códigos anteriores. Esta idea incluso fue usada para justificar la introducción del divorcio vincular, pues como los contratos se perfeccionan por el libre consentimiento, también se deshacen por el libre consentimiento, y siendo el matrimonio un contrato que se perfecciona por el consentimiento, por la misma razón puede deshacerse por el consentimiento contrario de los esposos.

Sin embargo, la ley mantuvo el señalamiento de los fines esenciales del matrimonio: la procreación y la ayuda mutua, así como la idea de que tales fines son necesarios para la existencia del matrimonio, por lo que dispone que cualquier condición contraria a los fines del matrimonio se tiene por no puesta (artículo 16) y que si uno de los cónyuges queda impedido para cumplir los fines esenciales del matrimonio (artículo 76 fracción IV), éste

137 Ver artículo 267-VI del *Código Civil para el Distrito Federal*.

138 Couto Ricardo, *op. cit.*, nota 60, pp. 434 y 435.

puede disolverse. Cabe notar que estas dos reglas se daban en el régimen tradicional del matrimonio, pero con un alcance distinto: las condiciones contrarias a los fines del matrimonio tenían el efecto de hacer nulo el matrimonio, porque se entendía que al poner una condición de este tipo, los cónyuges no querían en realidad casarse, y la incapacidad para cumplir los fines del matrimonio era un impedimento para contraerlo, pero si la incapacidad sobrevinía después de celebrado el matrimonio, no tenía ningún efecto. El Código Civil seguirá con esa tendencia a debilitar la importancia de los fines del matrimonio al omitir cualquier referencia expresa a ellos, aunque dejó subsistente el artículo relativo a los pactos contrarios a los “fines esenciales” del matrimonio.

La introducción del divorcio vincular también tuvo el efecto de debilitar la noción del matrimonio como relación jurídica, que genera obligaciones y derechos entre las partes, y de empezar a considerarlo como mera unión de hecho. Así se manifiesta en los argumentos divorcistas consistentes en la afirmación de que el matrimonio termina de hecho cuando los cónyuges no conviven, o no interactúan entre sí, aun cuando vivan bajo el mismo techo. En ese argumento está implícita la idea de que el matrimonio es la convivencia efectiva entre los cónyuges, y no la relación jurídica o vínculo que hay entre ellos. Se perfila aquí la noción del matrimonio de hecho o por comportamiento que se hará explícita en los años siguientes.

La Ley sobre Relaciones Familiares introdujo también la idea de que los contrayentes quedan unidos, ya no por su propio consentimiento, sino que quedan “unidos en nombre de la ley y de la sociedad” por la declaración que hace el juez del Registro Civil (artículo 3o., párrafo 2), con lo cual el matrimonio no aparece como un acto privado que requiere publicidad, sino como un acto que precisa del concurso del poder público para quedar debidamente formado. Esto también facilita la disolución del vínculo, pues si éste se contrae por decisión del poder público, puede también deshacerse por decisión del mismo poder, aunque no haya consentimiento de los cónyuges. De aquí partirá la noción del

matrimonio como un acto administrativo, que se manifestará en los años siguientes y que hará suya Rojina Villegas.

La tendencia favorable a la emancipación económica y jurídica de la mujer, iniciada en el Código de 1884, recibió un fuerte impulso en la Ley Revolucionaria que eliminó la incapacidad de la mujer y la consideración del marido como su representante legítimo, aunque mantuvo algunas normas proteccionistas, que posteriormente irían desapareciendo.

Las obligaciones y derechos entre los cónyuges, que anteriormente se definían considerando principalmente la potestad marital o poder del marido sobre la mujer, se modifican profundamente a partir de la idea de que el marido y la mujer tienen en el hogar “autoridad y consideraciones iguales” y que de común acuerdo decidirán todo lo relativo a la educación de los hijos y administración de los bienes (artículo 43 de la ley). Esta igualdad se irá ampliando al quitar en el Código el derecho de conceder licencia a la mujer para que pueda trabajar y el derecho, en la reforma de 1953, de fijar unilateralmente el domicilio. Sin embargo, se mantiene la idea de que los cónyuges, aun siendo iguales en derechos y obligaciones, colaboran al matrimonio de manera diferenciada: el marido principalmente con el sostenimiento económico y la esposa con el trabajo doméstico.

Al admitirse el concubinato como una unión con efectos jurídicos y, por otra parte, eliminarse la distinción entre hijos legítimos y naturales, quedó abierta la posibilidad de entender, como lo hace Rojina Villegas, que el matrimonio no es la base de la familia, sino sólo una de las posibles formas de establecer una familia. Esto también dará pie a reforzar la consideración del matrimonio como convivencia efectiva, como el concubinato, en vez de verlo como vínculo u obligación jurídica.

En conclusión puede decirse que los cambios legales en materia matrimonial en esta etapa significaron el tránsito de una situación en la que se tenía una noción común del matrimonio, la expresada en los códigos civiles de 1870 a 1884, a una situación en la que se contemplan varios “tipos” de matrimonio: civil o ca-

nónico, disoluble o indisoluble y en la que se perfilan otras concepciones del matrimonio: matrimonio de hecho o por comportamiento y matrimonio como acto administrativo. De la concepción tradicional del matrimonio queda la referencia implícita (no explícita) de sus dos fines esenciales y de que se trata de una unión entre un varón y una mujer.

En los autores de este periodo, puede observarse una preocupación por discutir la naturaleza jurídica del matrimonio, lo cual supone aceptar de antemano que el matrimonio es un acto o realidad jurídica. En este punto, la legislación liberal había logrado su principal propósito, el de secularizar el matrimonio y convertirle simplemente en un acto jurídico, cuyo efecto y validez depende de lo que digan las leyes. Contemplado el matrimonio como un “acto jurídico”, era natural que la doctrina se debatiera acerca de qué tipo de acto jurídico era.

Rojina Villegas propone que el matrimonio, no obstante la afirmación constitucional de que es un “contrato”, es un acto mixto y preferentemente un acto del poder público; le sigue Luis Muñoz.

Rafael de Pina sostiene que es un contrato y considera que lo esencial es el consentimiento de los cónyuges. Magallón Ibarra coincide en esto y añade la consideración del contrato como institución o estado de vida, señalando que la consideración del matrimonio como contrato y como institución no son contradictorias sino complementarias. También Galindo Garfias afirma la esencialidad del consentimiento conyugal y la complementariedad del régimen institucional.<sup>139</sup>

139 En este contexto de discusión acerca de la naturaleza contractual del matrimonio, conviene mencionar la obra (tesis doctoral) de Raúl Ortiz Urquidi, *Matrimonio por comportamiento*, México, 1955, en la que defendía la viabilidad, desde el punto de vista jurídico, del artículo 70 del Código Civil de Tamaulipas que aceptaba que el matrimonio se contraía por la convivencia y trato sexual continuado entre varón y mujer. Él argumentaba que tal matrimonio por comportamiento era realmente un contrato consensual y que, por lo tanto, era conforme con el artículo 130 constitucional, y que debía ser considerado válido conforme a la legislación de Tamaulipas. La Suprema Corte de Justicia, conoció de un caso en que una mujer solicitaba alimentos con base en un matrimonio así, y resolvió por sentencia del 30 de abril de 1952 (citada por el autor en el libro pp. 18 y ss) que la petición

Se puede ver que en este periodo los autores llegan más o menos a aceptar que desde el punto de vista jurídico, el matrimonio es un contrato, por la manera en que contrae, pero también un conjunto de deberes y derechos que constituyen un estado civil y una institución o conjunto de normas impuestas y orientadas hacia un fin público.

En cuanto a los deberes y derechos que surgen entre los cónyuges, ninguno de los autores discute la tendencia a igualar las posiciones del marido y la mujer que introdujo la Ley de Relaciones Familiares y continuó el Código, ni que se haya quitado al marido, en la reforma de 1953, el derecho a fijar el domicilio conyugal. Tampoco critican la repartición entre los deberes domésticos, que tocan a la esposa y los de mantenimiento económico de la familia que tocan al marido. Rojina Villegas tiene la posición de que todos los deberes conyugales son jurídicos, pues de alguna manera están sancionados, al menos con la posibilidad de entablar la acción de divorcio. Ninguno de los otros autores hace una afirmación semejante y Galindo Garfias inicia una nueva posición al afirmar que buena parte de los deberes conyugales son de orden moral. Rafael de Pina y Magallón se acercan a esta posición cuando afirman que el matrimonio es una institución “natural”, que tiene regulación jurídica civil y canónica.

Los autores hablan de los fines naturales del matrimonio como algo evidente, considerando que son la procreación y la ayuda mutua, principalmente.

Todos estos autores ya aceptan el divorcio vincular como una solución plausible para ciertos casos. Rojina y Rafel de Pina todavía con reticencias, lo consideran un “mal necesario” y advierten contra el “abuso” de los divorcios por causas insignificantes, pero, en todo caso, dicen que el divorcio vincular es “moral”. En sus consideraciones sobre el divorcio, despunta en Rojina la idea

no procedía porque para que hubiera matrimonio se requería de una “formulación expresa de voluntad”. Un voto particular manifestaba su inconformidad porque la legislación de Tamaulipas no exigía la declaración expresa, por lo que en su opinión habiendo consentimiento por el hecho de la convivencia había contrato y matrimonio.



de que el matrimonio es esencialmente una convivencia afectuosa, que termina cuando el afecto se hace imposible, idea que es ciertamente incompatible con su posición de que el matrimonio es principalmente un acto del poder estatal. Galindo Garfias, aunque parte de la idea de que el matrimonio en la intención de los contrayentes debe contemplarse como un vínculo permanente, acepta que no hay interés en mantener el vínculo cuando la situación entre los cónyuges ya no es la de un “verdadero matrimonio”, es decir, en una posición semejante a la de Rojina: la falta de afecto matrimonial justifica la disolución del vínculo.

Respecto del concubinato, ninguno de los autores critica que el legislador le haya reconocido efectos y aceptan la idea de que el matrimonio es otra forma posible de matrimonio, el matrimonio “de hecho”. Rojina se anticipa a lo que los autores dirán posteriormente, que el matrimonio no es ya la única forma legal de fundar una familia.