

2ej
470



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

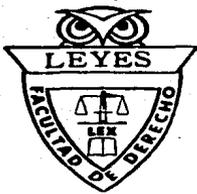
**EL CONCUBINATO, IMPLICACIONES
SOCIO - ECONOMICAS Y ULTIMAS
REFORMAS EN EL CODIGO CIVIL.**

INSTITUTO DE DERECHO
SECRETARIA AUXILIAR DE
LEYES Y PROFESIONES

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :

SONIA MEDRANO MALDONADO



CIUDAD UNIVERSITARIA 1986



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

INDICE

INTRODUCCION.....	1
CAPITULO I: ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA FAMILIA.....	2
I. GÉNESIS DE LA FAMILIA.....	2
II. PROMISCUIDAD.....	3
III. MATRIMONIO POR GRUPOS.....	5
IV. MATRIMONIO POR RAPTO.....	7
V. MATRIMONIO POR COMPRA.....	8
VI. PATRIARCADO Y MONOGAMIA.....	9
VII. LA INSTITUCION FAMILIAR EN GRECIA Y ROMA.....	10
VIII. LA FAMILIA AZTECA.....	13
CAPITULO II: EL MATRIMONIO.....	17
I. EL MATRIMONIO EN ROMA.....	17
II. EL PODER MARITAL O DE MANUS.....	19
III. FORMAS DE OTORGAR LA MANUS.....	20
a) <i>La conferratio</i>	21
b) <i>La Coemptio</i>	21
c) <i>El Usus</i>	22
IV. FORMAS MEDIANTE LAS CUALES SE CELEBRABA EL MATRIMONIO.....	23
a) <i>La Justae Nuptiae</i>	24
b) <i>El Concubinatio</i>	24
c) <i>El Contubernio</i>	25
d) <i>El matrimonio Sine Connubium</i>	25
V. NATURALEZA JURÍDICA DEL MATRIMONIO ROMANO.....	26
VI. EL MATRIMONIO CONSENSUAL.....	28

VII. MATRIMONIO CANÓNICO.....	28
a) Concilio de Beltrán.....	30
b) Concilio de Trento.....	31
c) El matrimonio como Sacramento.....	32
d) Ordenanza de Blois.....	33
e) Matrimonio Secular o Laico.....	34
CAPITULO III: PROLEGOMENOS DEL MATRIMONIO Y LA FAMILIA...	38
I. LA SOCIOLOGÍA JURÍDICA.....	38
II. CONCEPTO DE MATRIMONIO.....	40
III. NATURALEZA JURÍDICA DEL MATRIMONIO.....	41
a) Como institución jurídica.....	41
b) Como acto jurídico condición.....	43
c) Como acto jurídico mixto.....	44
d) Como contrato ordinario.....	45
e) Como contrato de adhesión.....	46
f) Como estado jurídico.....	47
g) Como acto de poder estatal.....	47
IV. EL MATRIMONIO COMO CONTRATO.....	48
V. LA FAMILIA.....	48
a) Conceptos previos.....	48
b) La familia en el Derecho moderno.....	51
CAPITULO IV: CONCUBINATO PERFECTO, IMPERFECTO Y OCASIONAL	53
I. CONCUBINATO PERFECTO.....	53
a) La unión entre un hombre y una mujer.....	53
b) Comunidad del lecho.....	53

c) Permanencia en el tiempo y en espacio, en forma notoria.....	54
d) Correlativa fidelidad.....	54
e) Inexistencia de impedimentos para poderse casar entre sí.....	55
f) Sin el total de las formalidades exigidas para las uniones legítimas.....	56
II. CONDICIONES DEL CONCUBINATO PERFECTO.....	57
a) Forma de vida.....	57
b) Término de las relaciones sexuales.....	57
c) Relaciones entre terceros.....	57
d) Mutuo respeto.....	58
e) Unidad mutua en las relaciones.....	59
f) Capacidad para contraer nupcias.....	60
g) El concubinato y la ética.....	60
III. CONCUBINATO IMPERFECTO.....	62
IV. CONCUBINATO OCASIONAL.....	63
V. ALCANCE JURÍDICO DEL CONCUBINATO.....	65
CAPITULO V: LEGISLACION DEL CONCUBINATO.....	68
I. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS CONCUBINOS EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1928.....	68
II. REFORMAS SOBRE EL CONCUBINATO DEL 27 DE DICIEMBRE DE 1983.....	77
III. IMPLICACIONES SOCIO-ECONÓMICAS.....	81
a) Teoría del factor congénito.....	82
b) Teoría del factor racial.....	83

c) Teoría del factor trabajo.....	83
d) Teoría del factor económico.....	83
e) Teoría del factor cultural.....	84
f) Teoría de la mezcla de factores.....	84
IV. CONCEPTO DE CONCUBINATO.....	86
V. EL CONCUBINATO EN LA SOCIEDAD.....	89
CONCLUSIONES.....	90
BIBLIOGRAFIA.....	92

INTRODUCCION

El presente trabajo ha sido escrito con el propósito de ofrecer una visión del desarrollo del concubinato en nuestra sociedad.

El objetivo principal es dar a conocer la importancia del concubinato, sociológica como jurídicamente, ya que éste reviste una de las formas de crear la familia.

El matrimonio es la forma más perfecta de constituir la familia, aunque aunadamente a éste, siempre se ha dado el concubinato el cual no es aceptado completamente, y que a su vez persigue la misma finalidad del matrimonio que es la mutua ayuda y comprensión, así como la perpetuación de la especie. Por lo cual resulta una forma de constituir la familia.

He escogido el tema del concubinato, debido a que en éste se dan todas las clases de relaciones familiares, y es la familia misma, el cimiento de toda sociedad; luego entonces el concubinato es uno de los creadores de las relaciones familiares, base de la sociología, y por ende puede llegar a ser, y de hecho lo es, el origen de una de las bases de la sociedad.

CAPITULO I: ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA FAMILIA

I. GÉNESIS DE LA FAMILIA

La génesis familiar no es producto de generación espontánea, ni de afecto natural exclusivo.

Necesariamente ha cumplido un complicado ciclo evolutivo, por el cual los pueblos forzosamente han pasado.

La familia actualmente se fundamenta en el matrimonio, ya sea considerado desde el punto de vista religioso, como sacramento, ya como contrato desde el punto de vista del Derecho. Tanto la familia como el matrimonio son producto y resultado de ese ciclo evolutivo, el cual parte de la promiscuidad, para tener su última etapa en el aparejamiento monógamo, siendo por tanto, el matrimonio la culminación de este ciclo; la base de este grupo unido en sus principios sólo por lazos místicos, fue el instinto natural, fundamentándose a su vez el misticismo en los de sangre.

La primera célula de esta agrupación, con la cual se inicia la socio-evolución, fue el clan totémico, el cual se formaba por un conjunto de individuos ligados entre sí, como apuntábamos, por lazos de sangre. Todos ellos derivan de un tronco común, ya fuera representado por un animal, ya por un fenómeno físico.

Actualmente, dada la importancia que tiene la familia, ya que es considerada la base y fundamento del mismo Estado se

hará un análisis de su evolución, para llegar al punto que nos interesa para este estudio, o sea el momento en que aparece el matrimonio. La importancia que le otorgamos a este acto, se debe a que es la forma por medio de la cual el Estado da, por así decirlo, su sanción a la unión entre el hombre y la mujer que van a formar una familia, la cual en última instancia será fundamento del Estado.

II. PROMISCUIDAD

En el devenir histórico, hipotéticamente el fundamento de la familia se finca en la promiscuidad, siendo relativa, misma que sociológicamente fue característica de los primeros tiempos de la humanidad, desconocedora entonces de la institución matrimonial, y del proceso de gestación, admitiéndose por esta razón el comercio recíproco de todos los hombres y de todas las mujeres del mismo clan o tribu, considerándose a los hijos producto de esa unión, como de la comunidad, o si acaso tan sólo de la madre.

En esta primera etapa de la promiscuidad de sexos, hombres y mujeres se agrupaban por simple instinto natural; no tenían conciencia de alguna forma de parentesco, ni de principios morales; sin embargo tenían desarrollado el instinto de ayuda mutua, sobre todo en la defensa y el aprovisionamiento.

En esta etapa de la promiscuidad, el poder que priva en el grupo es el de la madre, ya que por la confusión de la unión sexual, se hacía menos que imposible la comprobación de la paternidad.

La promiscuidad inicial se caracteriza porque no existen vínculos permanentes en el padre y la madre, la relación que existe entre los cónyuges no está reglamentada, y por lo tanto la responsabilidad del padre hacia los hijos no se le toma importancia. Al respecto el Profesor Leandro Azuárra nos dice: "El estado original de la humanidad habría sido de una promiscuidad general en la cual el hombre no se preocupase por los hijos que había engendrado, mientras que la mujer al cuidar de ellos, por ese hecho se convertía en el centro de la familia y en la autoridad".^{1/}

La hegemonía de la mujer que caracteriza el matriarcado, sistema que prevalecía en la promiscuidad, tiene su origen en que el hombre, al dedicarse a proveer de alimento animal al grupo, era nómada, en cambio la mujer al dedicarse a la agricultura, como a la recolección de frutos vegetales, se asentaba más en un sólo lugar, teniendo más ingerencia en el cuidado del grupo familiar siendo por tanto, las que regulaban la vida del grupo.

Otra razón es que el grupo sólo reconocía la línea materna, de ahí el respeto general a la madre, también que en la etapa del acto sexual éste estaba sometido a la perioricidad de la mujer. La pareja humana realizaba su satisfacción sexual de manera violenta, y sin ser permanente, dando por resultado la reacción del tabú, ya que en esta etapa, para la

^{1/} Azuárra Pérez, Leandro. Sociología, Edit. Porrúa, S.A., México 1983, p. 227.

mujer tiene gran significación dicho tabú, puesto que se pensaba que cuando la mujer sufría los efectos de la menstruación, había comunión con el tótem del clan.

El parentesco se señala por línea materna, ya que es la madre la que mantiene el cuidado del hijo; el hijo no puede llegar a saber quien es su padre. En la familia matriarcal la autoridad familiar se encuentra depositada en la madre, Leandro Azuára nos dice: "la evidencia antropológica no apoya esta interpretación, algunas sociedades extremadamente simples tienen sistemas patrilineales de parentesco y la ignorancia de la paternidad biológica no se manifiesta en la ausencia de un padre socialmente reconocido".^{2/}

Dentro de la evolución, los pueblos más antiguos, en relación del aparejamiento sexual, se supeditaron a estas reglas de carácter mítico, siendo las relaciones familiares base de la solidaridad. Estas reglas directamente unidas al espíritu religioso, produjeron una variedad de consecuencias que influyeron notoriamente en la organización familiar.

III. MATRIMONIO POR GRUPOS

Así, imbuidos del espíritu místico, los hombres primitivos componentes de un clan, se dan cuenta de que están íntimamente relacionados por sus creencias religiosas del tótem, y por lo tanto, descienden de un tronco común, siendo hermanos de una misma

^{2/} Azúara Pérez Leandro, Op. cit., p. 227.

madre, apareciendo quizá aquí, la primera regla que prohibía el apareamiento entre ellos; ya que descendiendo de un mismo antepasado, la unión que realizaban era entre hermanos y, por tanto el poder que tenía el tótem se vería disminuido o mermando, obligando a los hombres de ese clan a buscar aparejarse con mujeres de otra tribu, apareciendo así el matrimonio por grupos, que no es otra cosa que la unión de un gran número de hombres y un gran número de mujeres que se poseían mutua y recíprocamente. Dentro de esta forma de unión, aún prevalece el poder de la madre sobre el grupo, dado el carácter místico del tabú; los seres humanos que integran el clan, van creando y estableciendo por costumbre las primeras reglas que serán base del matrimonio monógamo.

En este tipo de matrimonio, la mujer debía someterse totalmente a la voluntad del esposo, éste tenía entre otros derechos, el de reconocer o rechazar a sus hijos, repudiar a su mujer, casar a sus hijos; emancipar, adoptar, señalar el tutor de su esposa e hijos en caso de que muriera, ser el único propietario del patrimonio, etc.

La familia patriarcal monogámica, es el antecedente de la familia moderna, se caracteriza porque "la figura preponderante es el padre".

En un principio dice, Lewis H. Morgan, citado por Engels,^{3/}

^{3/} Engels, Federico. "El origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado". Ediciones en Lenguas Extranjeras, Obras Escogidas, en dos tomos, T. II, Moscú, pp. 184-185. Edit. de Cultura Popular, México 1975.

el matrimonio por grupos origina la familia consanguínea, la cual excluye de los deberes del matrimonio (relación sexual), a los ascendientes y descendientes, así como a hermanos de una misma madre. La clasificación por generaciones, los abuelos son maridos entre sí y se excluyen de los deberes, asimismo sus hijos y nietos se excluirían evolutivamente.

Continúa Morgan, estableciendo que los hermanos de un clan son base de otro nuevo, y sus hermanos serán de otro, dándole el nombre de familia punulúa, y no son más que las que excluyen a los hermanos uterinos y a los de segundo grado (primos). En este ciclo, el punto de referencia en el grupo, es la madre, la cual es rectora de la organización familiar.

IV. MATRIMONIO POR RAPTO

A fuerza de la natural evolución, los seres humanos fueron cerrando el círculo en cuanto a relaciones sexuales recíprocas, apareciendo un fenómeno, siendo éste el apoderamiento violento de las mujeres de otras tribus, las cuales eran llevadas al propio. Una de las causas que originó tal fenómeno fue el hecho de que, conforme los grupos evolucionaban, aparecían nuevas prohibiciones que evitaban el aparejamiento de individuos de un mismo clan, viéndose en la necesidad de tomar mujeres de otros grupos. Estas prohibiciones llegaron al extremo de impedir el aparejamiento entre individuos que pertenecían a clanes entre los cuales existía un pacto de alianza.

Otra causa que podemos apuntar es la del maestro Ortiz Urquidi,^{4/} que al respecto señala: "esta forma de matrimonio se debía originalmente a la guerra y a las ideas de dominación que se presentaban en las distintas colectividades humanas en pugna. La mujer se considera como parte del botín de guerra, adquiriéndolas en propiedad los vencedores de la misma manera que se apropiaban de bienes y animales".

En esta etapa evolutiva la condición de la mujer se ve menospreciada, entrañando una innovación al poder marital; la mujer pierde su hegemonía sobre el grupo y pasa a ser sierva de su marido, ya que al ser raptada, era no sólo extraída de su clan, sino de la esfera de poder del tótem de su propia tribu y, por tanto al entrar en la tribu de su raptor, quedaba en calidad de impura, puesto que prevalecía aún el tabú de la menstruación.

V. MATRIMONIO POR COMPRA

Posteriormente al rapto aparece otra forma de procurarse mujeres: ésta era la compra, la cual había venido a suavizar la forma violenta del rapto. Pero ya fuera por compra o por rapto, de cualquier manera la mujer había perdido su gran poder, ya que las relaciones entre ella y su marido eran casi la de una esclava con su amo, vislumbrándose en esta etapa el poder marital.

^{4/} Ortiz Urquidi, Raúl. Matrimonio por Comportamiento, Editorial Estylo, México, D.F., 1955, p. 95.

Este sistema tenía una mecánica especial, consistente en que el individuo que pretendía a una mujer de otro clan se presentaba a la familia gentil de ella, llevando presentes, y así poder concertar el compromiso para, posteriormente efectuar la boda.

En esta etapa se consagra la monogamia, ya que por razón de la compra, el marido adquiere un verdadero derecho de propiedad sobre la mujer, siendo el poder que él ejerce sobre ella absoluto; la filiación se realiza en función de la paternidad.^{5/}

VI. PATRIARCADO Y MONOGAMIA

Es notorio que conforme los grupos humanos evolucionan se fue originando el debilitamiento del poder de la mujer dentro del mismo grupo; se podría decir que una de las causas fue que como la mujer al ser raptada o comprada perdía toda autoridad, como quedó señalado, pasaba a ser propiedad del marido, que venía a ser su único dueño y señor, siendo en este caso la prole de él, ya que en esta etapa no había duda de quiénes eran los progenitores.

Históricamente, en este momento aparece el poder patriarcal, con base en la exaltación del padre y con el supuesto de que él será base de la familia, misma que quedará bajo su poder y dirección. Mediante éstos el padre somete a su mujer,

^{5/} Ortíz Urquidí, Raúl. Op. cit., p. 95.

hijos, sirvientes y esclavos, siendo, además dueño absoluto del patrimonio familiar. En esta época el medio de filiación será por línea paterna, siendo la paternidad indiscutible.

Al decir de Federico Engels,^{6/} el patriarcado se funda en el predominio del hombre; su fin expreso es el de procrear hijos, cuya paternidad sea indiscutible. Afirma el mismo autor que el poder paterno es fundamento de la familia monogámica; pero que la monogamia no aparece de ninguna manera en la historia, como una reconciliación entre el hombre y la mujer, y menos aún, como la forma más elevada del matrimonio, porque el carácter específico en esta etapa, es que la monogamia era sólo para la mujer.

Debemos señalar nosotros, que la monogamia es producto de la familia poligámica, puesto que al desarrollarse fue haciendo que las relaciones matrimoniales se limitaran al máximo.

Otra causa que originó la monogamia, fue que los clanes, al establecerse más en un territorio, fueron formando grupos más numerosos, creándose así nuevas necesidades y, por consiguiente, la religión fue perdiendo poder; y las relaciones, como las de parentesco, que impedían el matrimonio, dejan de ser base de la sociedad.

VII. LA INSTITUCIÓN FAMILIAR EN GRECIA Y ROMA

Ya establecida la familia monogámica, necesariamente debe-

^{6/} Engels, Federico. Op. cit., pp. 204-205.

mos señalar los logros de la natural evolución, enmarcados dentro de dos grandes culturas, ya que debemos delimitar en este párrafo, que el matrimonio es producto de la propia humanidad, puesto que la unión que ella misma creó, fue en función de protegerse a sí misma.

Vemos que la familia monogámica es una institución que tenía como finalidad el procrear hijos cuya paternidad fuera indiscutible, y como ulterior fin, que en cuanto el padre falleciera, los hijos continuaran con el culto doméstico, para posteriormente ser base de una nueva familia.

En Grecia, nos dice De Coulanges,^{7/} la familia no es una institución social, sino más bien religiosa. Continúa señalando: "Las creencias relativas a los muertos y al culto que se les debe, constituyeron la familia griega, le dieron la mayor parte de sus reglas".

La preocupación en Grecia, por tanto, era que el matrimonio fuera obligatorio, ya que si un célibe no contraía nupcias corría el peligro de que su culto familiar se extinguiera.

Conforme a estas reglas, en Grecia subsistía el sistema patriarcal, y la familia por tanto era monógama, pero en forma unilateral, ya que la mujer griega tuvo que soportar que a su lado el marido practicara el heretismo con sus propias esclavas.

7/ Fustel De Coulanges. La ciudad antigua, Obras Maestras, Editorial Ibero, S.A., Barcelona, Agosto 1961, pp. 63-64.

En Roma, lo referente a la familia, en la época agraria el poder que prevalecía era el del padre, siendo absoluto; su potestad era soberana, con carácter monocrático. Podemos afirmar que la familia romana era la reunión de personas colocadas bajo la autoridad o *manus* de un jefe único, que era el *pater familia*.^{8/}

Este poder, como hemos visto, era absoluto; se conocía como poder de *manus*, era representado por una mano como símbolo, siendo su significado la representación de dominio y protección.

En la época clásica la familia romana tenía como fundamento, en su organización, el sistema patriarcal, el cual caracterizaba el *pater familia*, puesto que su poder era amplio el cual ejercía sobre su esposa, hijos y patrimonio, y aún sobre sus esclavos, que consideraba como cosas (*res*).

Estos pueblos, dentro de su sistema de derecho, consagraron la idea de que la mujer, siendo soltera, estaba sometida al poder de su padre; al morir él, quedaba bajo el de sus hermanos. Al casarse, pasaba a formar parte de otro culto, o sea al de su marido, quedando sujeta al poder de *manus*; aún más si quedaba viuda, pasaba al poder de los hermanos de su difunto marido, o sea agnados de él, o si no los había, quedaba en poder de los parientes más próximos del mismo.^{9/}

8/ Petit, Eugenio. Tratado Elemental de Derecho Romano, Editorial Nacional, S.A., México, D.F., 1953, p. 96.

9/ Fustel de Coulanges. Op.cit., pp. 105-106.

Este poder de que estaba investido el padre, le dio facultad para vender y aún matar a cualquier miembro de su familia, pero los mismos principios místicos que informaron a la institución y que otorgaban el poder al padre, llegaron a prohibir actos que en su ejercicio llevaran aparejado un abuso, con excepción de los actos en los cuales mediara causa para sancionar al infractor, si se aceptaba el castigo.

El mismo derecho hace porque el padre considere a sus hijos, obligándolo en ciertos casos para que dote con parte del patrimonio familiar al hijo.

Señalaremos otra vez, que tanto en Grecia como en Roma la monogamia no fue perfecta, ya que sólo existió para la mujer.

VIII. LA FAMILIA AZTECA

El pueblo Azteca, a la llegada de los conquistadores, representa culturalmente en Mesoamérica, el mayor grado de desarrollo, ya que había llegado en su socio-evolución, de la etapa tribal a la conformación básica de la sociedad como Estado.

En lo referente a la evolución de este pueblo, debemos establecer que necesariamente se desarrolló conforme a los principios de orden general y universal que rigen la materia pero bajo sus propios elementos de integración, como el geográfico, el cual ejerce un papel importante, ya que influye de manera preponderante en las costumbres y forma de ser del elemento humano.

Lo mismo que en Grecia y Roma, la evolución de los Aztecas se vio influenciada por la religión; sabido es que esta ideología es base y fundamento de toda organización, que estaba unida además a los lazos de sangre, o sea existían también clanes totémicos.

Los Aztecas, al iniciar su peregrinar en Aztlán, para encontrar la tierra prometida por su Dios Huitzilopochtli, en la que deberían asentarse, integraban un grupo compuesto por diferentes clanes totémicos, los cuales quizá practicaban una promiscuidad restringida.

Mariano Veytia, citado por Manuel M. Moreno,^{10/} establece que: "los mexicanos aparecen desde el principio de su peregrinar, como un conglomerado de siete clanes unidos por la comunidad de lengua y culto". Veytia asegura que estos clanes eran: "El Yopica, Tlacoachalca, Huitznáhuac, Cihuateopaneca, Chalme-ca, Tlacatepaneca e Itzcuintecatli".

Fundada la Nueva Tenochtitlán, estos clanes habían aumentado, siendo base para los *calpullis*, que no eran otra cosa que los barrios, teniendo éstos individualmente su propio Dios; en esta época el pueblo vivía la etapa evolutiva de la endogamia y de la exogamia; se puede afirmar, con razón que siendo un pueblo guerrero, necesariamente en el botín de guerra tomaban mujeres del pueblo vencido, siendo la etapa del matrimonio por

^{10/} Moreno M., Manuel. La organización Política y Social de los Aztecas, I.F.C.M., Secretaría de Educación Pública, México, D.F., 1964, p. 34.

rapto; y en cuanto celebraban alianzas con otros pueblos, se podía presentar el matrimonio por compra. Esto nos da idea de que quizá la evolución de nuestro pueblo no se sujetó a la forma o ciclo de desarrollo de otros pueblos, pero que necesariamente pasó por las diferentes formas de evolución, para llegar finalmente a la familia monogámica.

Así, cuando los conquistadores llegan a tierras de Anáhuac, sus pobladores, los mexicas habían alcanzado un grado elevado de evolución; el grupo de seres homogéneo, ligado por lazos de sangre y religiosos, tenía ya su conformación como familia, considerándola como grupo de seres humanos, individualizada y con un fin específico y concreto.

El sistema que prevalecía era la monogamia, en base al patriarcado. La poligamia existía en cuanto a privilegio, que disfrutaban sólo los nobles y guerreros; a éstos se les permitía como premio a sus hazañas; el grueso del pueblo practicaba como regla la monogamia, sistema legalmente reconocido.

"El matrimonio era la base de la familia, y como tal se le tenía en muy alto concepto. Era un acto exclusivamente religioso que carecía de validez alguna cuando no se celebraba de acuerdo con las ceremonias del ritual".^{11/}

^{11/} Mendieta y Núñez, Lucio. El Derecho Precolonial, Instituto de Investigaciones Sociales, UNAM, México, D.F., 1961, p. 91.

La poligamia entre los Aztecas tenfa una caracterfstica propia, como lo señala Orozco y Berra, citado por Mendieta y Núñez,^{12/} "Los mexicanos acostumbraban la poligamia, principal_{mente} entre los nobles y ricos, pero entre sus mujeres distinguían a la legítima, que era aquella con quien se habían casado según las formas requeridas para el matrimonio".

^{12/} Mendieta y Núñez, Lucio. Op. cit., p. 91

CAPITULO II: EL MATRIMONIO

I. EL MATRIMONIO EN ROMA

Anteriormente señalamos que el pueblo romano, en su más grande antigüedad, en lo que se refiere a socio-evolución familiar, tenía también la base de la promiscuidad sexual, la cual se fundamentaba, por supuesto, en principios de orden místico-religiosos, formando familias monocráticas, y bajo el sistema patriarcal.

Todas sus ideas religiosas parten de la antigua concepción totémica; ya más avanzada esta cultura, en la época clásica, estos principios de orden místico son la base sobre la cual descansa la idea de que el matrimonio es un hecho social, y merced a ello es sancionado por la religión, pero surte efectos jurídicos.

Pero podemos afirmar que la piedra angular sobre la cual descansa el matrimonio romano fue la idea de que esta unión era una comunidad de vida de los cónyuges, siendo imperecedero por acuerdo mutuo de los mismos; era además, una unión monogámica y vitalicia con el fin primordial de crear hijos; era lo que los romanos consideraban como *affectio maritalis*; es el elemento espiritual o psíquico. Así entendido el matrimonio, no era un acto jurídico, ya que los supuestos del mismo no estaban sujetos a órganos estatales, ni a comprobación jurídica,

no existía medio jurídico para comprobar la existencia o inexistencia por medio de declaración.^{1/}

Consideraban el matrimonio, además como un hecho social que deriva de la religión misma, puesto que cuando la mujer contraía matrimonio, pasaba del hogar paterno, al de su marido, como ya veíamos en el capítulo anterior; esto no tendría importancia, a no ser que este acto en sí, revestía en Roma un carácter netamente religioso, pudiendo afirmar, sin lugar a duda, que la familia romana dentro de sí formaba una unidad religiosa. Dando como fundamento el hecho de que tenían dentro de su hogar, materialmente visto, su propio templo, en el cual adoraban a sus antepasados, elevados al rango de divinidades. Así también es razón por la cual la mujer al casarse, pasaba de la potestad paterna, a la de su esposo; y se podría pensar en lo que hacía cambiar la situación de la mujer, era el matrimonio, pero esto no era razonable, ya que existieron medios para otorgar la facultad de ejercer el poder sobre la mujer.

Al respecto, Coulanges señala:^{2/} "La autoridad del marido sobre la mujer no deriva, en modo alguno, de la mayor fuerza del primero". Como todo el derecho privado, era consecuencia de las creencias religiosas, que colocaban al hombre en un plan superior al de la mujer, lo prueba el hecho de que la mujer no casada conforme a los ritos sagrados y que, por conse-

^{1/} Kaser, Max. Derecho Romano Privado, versión directa de la 5a. Edición Alemana, José Santa Cruz Tejeiro, Instituto Editorial REUS, S.A., Madrid, España, 1968, pp. 256-257.

^{2/} Fustel de Coulanges, Op. cit., pp. 63-64.

cuencia no estaba asociada al culto, no se encontraba sometida a la autoridad marital. Era el matrimonio quien imponía la sumisión y al mismo tiempo la dignidad de la mujer.

II. EL PODER MARITAL O DE MANUS

Dado el carácter rígido de la familia romana, que era una asociación de personas unidas por principios netamente religiosos, obligaron a la mujer que se unía en matrimonio, a integrarse a una nueva comunidad religiosa distinta de la propia, ya que las condiciones a las cuales va a estar sujeta como regidora de un nuevo hogar, y como madre de sus hijos le exigía su misión al poder del *pater familia*, además de pasar a ser parte integrante de esa comunidad.

Por tanto, el poder que ejerce el marido sobre la mujer deriva de la religión, misma a la cual la mujer debe sumisión, era el poder de *manus*; comprendía el derecho de vida y muerte.

En los primeros tiempos, durante la vigencia del Derecho sacro y aún en la república, el censor, cumpliendo con su cometido de velar por la pureza de costumbres, sancionaba a los maridos que en uso de este poder cometieran abusos, como en el caso de la patria potestad.^{3/}

Este poder que coloca al hombre en plano superior al de la mujer, era sólo cualidad del ciudadano romano y se da en el

^{3/} Kaser, Max. Op. cit. p. 258.

matrimonio, pero no era necesario para la existencia del mismo.

Existía el matrimonio *cum manu*; era aquel por el cual la mujer al contraer matrimonio, pasaba por razón de la religión, a formar parte de la comunidad religiosa que formaba la familia de su marido, ya que entraba a formar parte de otro culto religioso distinto al suyo, esta era la regla general. Pero había veces que no se otorgaba por medio de la ceremonia religiosa del matrimonio ese poder doméstico, claro que eran casos especiales, era el matrimonio *sine manus*.

La celebración del matrimonio *cum manus*, tenía como fundamento el crear la comunidad de vida de los contrayentes.

Como apuntamos, éste poder que ejerce el *pater familia* era de vida y muerte; al respecto Coulanges asienta:^{4/} "Las leyes griegas y romanas reconocieron al padre aquella autoridad ilimitada de que la religión le había investido".

Pero debemos aclarar que este poder no era arbitrario. Se basaba en los principios religiosos, creencias que tienen todos los seres humanos en el fondo de sus espíritus, los cuales ponen los límites a tal poder.

III. FORMAS DE OTORGAR LA MANUS

La *conventio in manu*, era la forma por la cual, veíamos en párrafo anterior, la mujer que contraía matrimonio pasaba a

^{4/} Fustel De Coulanges. Op. cit., pp. 109-113.

formar parte de la familia y comunidad religiosa de su marido. Era la hija si su marido era *sui juris*, y nieta si éste se encontraba sujeto bajo la potestad paterna; este hecho regulado por normas de derecho privado, es el que da la pauta para saber, que había tres formas, por medio de las cuales se otorgaba el poder de *manus*.

Y a saber eran: *La Conferratio*, *La Coemptio* y *El Usus*.

a).- *La Conferratio*

Era un acto sagrado que se celebraba ante la divinidad de Júpiter, era por tanto de carácter religioso. Este acto necesariamente se efectuaba para celebrar el matrimonio, y que se otorgara la *manus* y sólo lo podían realizar los patricios, o sean los nobles.

Se efectuaba ante el gran pontífice y diez testigos, ofreciéndose el pan sagrado de harina (el *farreum*), y pronunciándose las fórmulas solemnes, realizándose todo ante Júpiter *Farreus*.^{5/}

b).- *La Coemptio*

Esta forma asemejábase a la de una compra que se hacía de la mujer, era una especie de *mancipatio*; se creó posteriormente a la ley de las XII tablas. La finalidad que tuvo la creación de esta forma, no fue otra que dotar al grueso del pueblo de una forma legal y religiosa para poder contraer matrimonio; ya que la *conferratio*, era exclusiva de la nobleza.

^{5/} Petit, Eugenio. Op. cit., p. 122.

Esta ceremonia se celebraba como una venta imaginaria de mujer al marido, realizándose frente al jefe de la familia si era *aliene juris*, o la autoritas del tutor si es *sui juris*. En este acto se hace palpable la influencia paterna.

La mecánica que seguía la ceremonia era que la mujer cedía voluntariamente, ante cinco testigos y un *libre pens*, el poder sobre ella, mediante pago de un precio simbólico; las palabras de la fórmula sagrada deberían ser las exactas y no pronunciar las de la *mancipatio*, ya que si el marido no las decía, la mujer en vez de pasar como su esposa, podría quedar en calidad de esclava.

Esta forma fue decayendo con el tiempo, dándose el caso de que la mujer por sí sola, y con asistencia del *auctoritas patria*, podía realizar la ceremonia, para librarse de las *sacras privatas*, o para evitar el soportar la tutela de sus agnados, o para poder ella, otorgar testamento.

c).- El Usus

Esta forma es la más antigua; constituye un caso de aplicación de las reglas de la *usucapion*. Consistía en que durante un año el hombre ejercía el poder sobre la mujer, y si pasado este tiempo no se interrumpía, entonces el marido adquiría para siempre el poder.

La ley de las XII tablas, otorgó el derecho a la mujer de interrumpir esta forma, mediante su ausencia del hogar conyugal durante tres noches seguidas, y si lo lograba, el hombre perdía todos sus derechos sobre ésta.^{6/}

Esta forma se creó con la finalidad de que la mujer pudiera contraer matrimonio libre de *manus*, con la finalidad de que ella pudiera disponer libremente de su propio matrimonio.

IV. FORMAS MEDIANTE LAS CUALES SE CELEBRABA EL MATRIMONIO

Veamos que la premisa sobre la cual descansa la ideología del pueblo romano, era la mística religiosa, misma que dio pauta para regular las relaciones familiares y sociales; el matrimonio romano se sustentaba en dos principios: el primero era que la unión de dos personas físicamente aptas, tenía como finalidad la de procrear hijos, que serían los continuadores del culto familiar, dado este carácter del matrimonio, era sancionado por normas religiosas y éticas, que regulaban su celebración, protección y disolución, más que por normas de derecho privado.

La segunda base o principio se puede considerar bajo la idea de que el matrimonio era el medio por el cual se otorgaba la potestad, esto lo comprobamos con el hecho de que sólo los hijos que nacían de *Iustae Nuptiae*, eran legítimos, y por tanto, disfrutaban de todos los derechos que otorgaba este acto. Veamos además que la misma potestad se acreditaba por medio del *Iustum Matrimonium*, siendo el matrimonio legítimo, ya que se celebraba conforme al derecho civil romano.^{7/}

7/ Petit, Eugenio. Op. cit., pp. 103-104.

a).- La Justae Nuptiae

El elemento primordial para la celebración del acto mediante las *Justae Nuptiae*, era el ser ciudadano romano. Mediante esta forma, la mujer pasaba de su hogar paterno, al de su marido, tomando el rango y dignidad de él, adquiriendo éste el poder de *manus* sobre su esposa.

Estos caracteres se encuentran delimitados en la definición de Modestino: "es la unión del hombre y la mujer, implicando igualdad de condiciones y comunidad de derechos divinos y humanos".^{8/} Era lo que consideraban como *communicati divini*.

Esta forma de matrimonio se perfeccionaba mediante la simple manifestación del consentimiento.

Otro elemento que era necesario para la celebración de *Justae Nuptiae*, era el *Conubium*, o aptitud legal que otorgaba el derecho civil romano para poder contraer matrimonio.

b).- El Concubinato

Señalamos anteriormente, que sólo los ciudadanos romanos podían contraer matrimonio, por medio de las *Justae Nuptiae*; pero en Roma existían otros núcleos de población, que por su condición social no podían celebrar las *Justae Nuptiae*, o bien por razón de sus ocupaciones.

Por tanto existían formas por medio de las cuales se unían estas personas, como el *concubinato*, que era una unión entre hombre y mujer, haciendo vida marital, y siendo esta unión permanente.

^{8/} Petit, Eugenio. Op. cit., pp. 103-104.

Esta clase de matrimonio la celebraban funcionarios con mujeres libertas, o de condición social más baja que la de él; esta unión no producía efectos de matrimonio, por tanto, los hijos se consideraban ilegítimos.

Esta unión dijimos, es permanente, y la finalidad por la que así se consideraba, era que se trataba de diferenciar de la simple convivencia sexual intrascendente e ilícita.

Debemos hacer hincapié en que no existe comparación entre el concubinato antiguo y el actual. Este acto, en la antigüedad era una institución regular, reconocida por el derecho; era una especie de unión matrimonial, sin la categoría de las *Justae Nuptiae*.

En la actualidad, el derecho sólo reconoce el matrimonio, como la única forma por medio de la cual se unen un hombre y una mujer. Actualmente esta unión, sea el concubinato, no está prohibido; pero sí es contrario a la moral que preserva el matrimonio.

c).- El Contubernio

Este era otra forma por medio de la cual contraían matrimonio las personas en Roma, y los que la utilizaban eran los esclavos entre sí o con un liberto; esta unión no producía ningún efecto de derecho.

d).- El Matrimonio Sine Connubium

El matrimonio *Sine Connubium*, era el que celebraban un hombre y una mujer, faltándole a alguno, o a los dos la calidad del *Connubium*.

Lo celebraba un ciudadano romano, con una liberta o peregrina, o bien, lo realizaban dos peregrinos; estas uniones eran completamente válidas, con la salvedad de no producir los efectos de las *Iustae Nuptiae*.^{9/}

V. NATURALEZA JURÍDICA DEL MATRIMONIO ROMANO

La socio-evolución del pueblo romano, lo lleva desde la unión natural, pasando por la de un grado elevado de religiosidad, para llegar en última instancia al consensual, siendo la forma con la cual se encuentra el cristianismo.

En la socio-evolución de este pueblo, vimos que desde los primeros tiempos el hombre estableció principios que regularon su propia evolución. Estos fundamentos, tenían como base la unión que daban los lazos de sangre, los cuales crean a su vez, los de orden religioso; siendo éstos, principios sustentadores de la familia, y fusionados todos estos elementos, originan el matrimonio.

Por tanto, el matrimonio en Roma se fundamentó necesariamente, en principios de orden religioso, siendo los que le dieron la supremacía al sistema patriarcal, y creando a la vez el poder de *manus*, que es producto de esos mismos principios misticos; es por eso que la naturaleza del matrimonio no es clara.

Propiamente el matrimonio es un hecho social ligado a las

^{9/} Petit, Eugenio, Op. cit., pp. 110-114.

ideas religiosas, se formó como hecho social, más que como acto jurídico.

De esta concepción que le daban al matrimonio, se infiere que hay dos elementos que conforman la unión.

El primer elemento es el físico, o sea la "Conjunción del hombre con la mujer, que no debe entenderse como conjunción material de sexos, y sí en un sentido más elevado, como unión o comunidad de vida que se manifiesta exteriormente con la *deductio* de la esposa *in domum mariti*".

"El segundo elemento esencial es el intelectual, espiritual o psíquico, lo que entendían como *animus*. Este elemento es la *affectio maritalis*, o sea la intención de quererse el marido y la mujer, la voluntad de crear y mantener la vida en común, de perseguir la consecución de los fines de la sociedad conyugal, debe prolongarse en el tiempo, ser duradera y continua, renovarse de momento, porque sin esto, la relación física pierde su valor. Cuando estos dos valores concurren, el matrimonio queda constituido; en cambio, sin uno de ellos, ya sea que falte o desaparezca, el matrimonio no surge, o se extingue.^{10/}

^{10/} Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano, Tomo II, Vol. I, Derecho de Familia, Edt., Antigua Librería Robredo, México, D.F., 1959, pp. 247-248.

VI. MATRIMONIO CONSENSUAL

En época de Justiniano, debemos establecer que el matrimonio, es en base al antiguo, es acto solemne en cuanto que esta solemnidad era necesaria, como ha quedado señalado para otorgar la *manus*; ya que en esta época representa el grado más alto de evolución; aquí el matrimonio ya se perfecciona por la simple manifestación libre de la voluntad.

En cuanto a la potestad de que se hallaba investido el padre, vino a menos, ya que tanto la mujer, como el hijo tienen mayor libertad, en relación de los actos de su vida.

Y como señalamos, al parecer el cristianismo se vislumbra la idea de que el matrimonio sea considerado como contrato consensual; estas ideas, a través del tiempo tuvieron vigencia.

VII. MATRIMONIO CANÓNICO

En la época de Justiniano, llega a su última etapa de desarrollo el matrimonio; en ella hace su aparición la doctrina del Cristianismo, dentro del marco de las mismas costumbres de la época; pero esta doctrina influye de manera directa y produce cambios radicales.

"Apareció un nuevo concepto del hombre y de su destino se modificaron las instituciones jurídicas, políticas y sociales del mundo, para contener la enorme dignidad del 'hombre nuevo'. El cristianismo proporcionó al hombre: el amor a la ver-

dadera vida y la esperanza de la resurrección final. Con el advenimiento del cristianismo, otro acontecimiento divino y humano, cambia también el signo de los tiempos: nace una institución universal para guardar y transmitir ese mensaje; la Iglesia católica, la más vieja de todas las instituciones, a pesar y sobre todos los cambios históricos, constituye un fermento de pureza y elevación, de verdad y amor dentro de la gran masa de la humanidad, impidiendo que ésta degenerare o se corrompa totalmente.

La Iglesia ejerce un ministerio espiritual que abarca toda la vida del hombre. Está en el bautismo, en el matrimonio, en la niñez, en la adolescencia y en la vejez. Es instrumento que realiza su doctrina".^{11/}

Además de esta base que da el Cristianismo, su institución, la Iglesia, aumenta su poder y radio de acción, tomando y haciendo suyo el problema del matrimonio.

"Lo que en sus orígenes sólo fue un poder disciplinario terminó por convertirse en un verdadero poder de legislación y jurisdicción. Puede admitirse que esta substitución del poder secular por la iglesia, estaba consumada en el siglo X desde entonces y durante más de seiscientos años, la iglesia fue la única que legisló sobre matrimonio, y la única que juzgó las causas matrimoniales".^{12/}

Rojina Villegas, establece al respecto: "Mientras tanto la iglesia, avanzando en esta dirección, se atribuye el cono-

^{11/} Kuri Breña, Daniel. La filosofía del derecho en la anti-
güedad Cristiana. Imprenta UNAM, Direc. Gral. de Publica-
ciones, 3a. Ed., México, D.F., 1960, pp. 27 a 29.

^{12/} Ripert y Boulanger. Derecho Civil de las Personas, Tomo
II, vol. I, Edt., La Ley, Buenos Aires, 1970, p. 170.

cimiento de las causas matrimoniales; afirma la exclusiva competencia de los tribunales eclesiásticos, para dirimir las cuestiones matrimoniales, fijando los oportunos cánones, los requisitos, los impedimentos, la forma de celebración, la nulidad del matrimonio".^{13/}

El matrimonio en esta época se realizaba sin ninguna formalidad; claro que había una ceremonia nupcial, con ciertas festividades, a lo cual los cristianos habían adquirido como costumbre, que algún sacerdote bendijera su unión; ya fuera que hubiese ceremonia sencilla o sin ella, el matrimonio se refutaba válido, haciéndose por la simple manifestación de la voluntad de querer unirse en matrimonio.

La iglesia tenía como norma el exigir que la unión de los contrayentes fuera bendecida por uno de sus ministros; consideran que la bendición era la confirmación eclesiástica, un elemento no esencial.^{14/}

La religión cristiana vino a darle nueva fisonomía a este acto, en bien del mismo ser humano.

En base a estos principios, la iglesia inicia la legislación tendiente a regular el matrimonio.

a).- Concilio de Letrán

Hemos visto que la Iglesia tenía como norma, la exigencia

^{13/} Rojina Villegas, Rafael. Op. cit., p. 249.

^{14/} Ibid.

de que la unión fuera bendecida por un párroco; consideramos esta norma como uno de los primeros intentos de la legislación por parte de la Iglesia, con lo cual regulaban la unión; esto sucede por el año 524 en el Concilio de Arles. En este mismo concilio se establece la exigencia de que la celebración de la ceremonia se realizara públicamente; además, como obligación exigía el otorgamiento de la dote, y como elemento de solemnidad, la bendición del párroco.^{15/}

Así la Iglesia elaboraba cada vez más cánones tendientes a la regularización del matrimonio; en el año 1215, se efectúa el Concilio de Letrán, a instancia del Papa Inocencio III; dentro de este concilio, uno de los cánones más importantes es el 51, en el cual se reafirma la existencia de publicidad en la otorgación de la dote y en la celebración del matrimonio; además de que su realización se debía efectuar frente al párroco, en el momento de officiar la misa, el cual sanciona la unión, por medio de la bendición.^{16/}

b).- Concilio de Trento

Aún con todas las prevenciones que adoptó la iglesia, en su gran mayoría los fieles, seguían renuentes a observar las prescripciones con respecto a la celebración del matrimonio; por tanto, en el año 1563, se celebra el Concilio de Trento, el cual se avoca a la solución del problema, y en su sesión vigé-

15/ Ripert y Boulanger, Op.cit., p. 170

16/ Ibid., p. 171

simacuarta, se decide a sancionar con nulidad del acto, a aquéllas personas que no celebraran éste, conforme a lo establecido por dicho Concilio.

Se deduce que en este canon se establecieron las siguientes reglas: "que las publicaciones deben hacerse antes que la celebración del matrimonio; segunda, por el párroco de los esposos; tercera, durante la celebración de la misa; cuarta, durante tres días, sin interrupción, y pronunciando los nombres de los contrayentes".^{17/}

c).- El Matrimonio como Sacramento

Queda señalado anteriormente, que el hombre, en sus orígenes, quizá con un alto grado de religiosidad, trató de regular la relación matrimonial, dándole la connotación de acto religioso, fue como lo concibió.

"La religión católica interviene con ese mismo fin, pero de una manera espiritual en la unión. Jesucristo, fundador de la religión cristiana, elevó el matrimonio a la dignidad de Sacramento, haciéndolo indisoluble y, consagrándolo por medio de bendiciones, que el Sacerdote dirige a los contrayentes, en nombre del mismo Dios".

Verdugo señala, a este respecto que Montesquieu establece: "que en todo tiempo y lugar, la religión ha presidido al matrimonio; que él ha sido siempre el objeto de una bendición parti-

^{17/} Ripert y Boulanger. Op. cit., p. 171.

cular, y que es a la religión a quien toca decidir si el lazo será indisoluble o no".^{18/}

Además, Rojina Villegas afirma que: "el matrimonio debe realizarse entre súbditos de la Iglesia, o sea los bautizados; por tanto, los no bautizados no podrán contraer matrimonio, por no ser súbditos, por tanto, se infiere, que el matrimonio entre bautizados viene a ser el sacramento del matrimonio, don de los ministros son los mismos contrayentes y el sacerdote viene a ser un testigo autorizado por la Iglesia. En este matrimonio la condición y carácter de sacramento no impiden al acto ser libre y voluntario".^{19/}

d).- Ordenanza de Blois

En el año de 1579, la actividad de las autoridades seculares, era de tolerancia para la actividad de la iglesia pues habían dejado el conocimiento del matrimonio a ella; así, en Francia, el rey aceptó las prescripciones que había establecido la Iglesia, y por medio de ordenanzas establece que el matrimonio debe celebrarse ante el cura de la parroquia, posteriormente de las amonestaciones y en presencia, por lo menos, de cuatro testigos dignos de fe; todo bajo las sanciones impuestas en los cánones. Dentro de estas ordenanzas se nota claramente que la autoridad que decidía sobre asuntos matrimoniales, era la eclesiástica, ya que era la que declaraba nulos

^{18/} Verdugo, Agustín. Derecho Civil Mexicano, T. II, México, Tipografía de González A. Esteva, 1885, pp. 252-255.

^{19/} Rojina Villegas, Rafael, Op. cit., pp. 250-251.

los matrimonios que no fueran solemnes o fueran clandestinos, y sólo que la misma iglesia le diera facultad a la secular, ésta podía conocer de la nulidad.^{20/}

e).- Matrimonio Secular o Laico

Así, la autoridad civil inicia una serie de ordenanzas con la firme intención de recuperar la competencia del matrimonio, que estaba dentro de la Jurisdicción eclesiástica.

Ahora bien, no era impedimento para el Estado, que la Iglesia tuviera la competencia de los asuntos matrimoniales, para que él necesitara recobrar la jurisdicción y competencia de ello; ya que era una necesidad imperiosa del Estado, el reglamentar el estado civil de las personas, puesto que de él derivan infinidad de derechos y obligaciones que redundan en la organización social. Además de que a él le interesa comprobar quienes son sus ciudadanos, los que viven, los muertos, los solteros, los casados, etc.

Por tanto, el poder estatal inicia sus actividades legislativas sobre la materia matrimonial, en el siglo XVI.

Una de las primeras ordenanzas que iniciaron la reconquista de esa jurisdicción, fue la de Blois, la cual veíamos, tenía mucho respeto por los cánones. Esta ordenanza prescribió varias reglas en torno al matrimonio, sin intervenir en materia de nulidad, que era competencia exclusiva de la iglesia;

^{20/} Ripert y Boulanger. Op. cit., p. 172

otra de las reglas establecía, que a ciertos matrimonios se les reiteraban efectos civiles, facultando a los padres para desheredar a los hijos que hubieren contraído matrimonio, sin su consentimiento, además de que los derechos hereditarios caducaban; y se llegó a establecer la pena de muerte, para los infractores.

Una de las bases sobre las que se sustentó el poder secular para recuperar la competencia, fue que los tribunales laicos, nunca dejaron de conocer de las cuestiones de orden pecuniario que derivaban del matrimonio, dándole pauta, para que conocieran de asuntos de carácter netamente matrimonial.

Posteriormente, en base a la separación de cuerpos, que traía como consecuencia la separación de bienes, los tribunales laicos se avocaron al conocimiento de estos problemas, llegando a conocer demandas sobre nulidad, en base a la diferencia de contrato y sacramento.^{21/}

Siendo esto la base de la recuperación, por parte del Estado, que fue en sus principios parcial. Pero logrado esto se presenta el problema de las personas que no profesaban la religión católica, las cuales necesariamente se casaban, conforme a sus propios ritos religiosos. ¿Qué efectos producían estas uniones?

En 1758, a partir del Edicto de Nantes, los matrimonios de las personas que profesaban el protestantismo se unían ante

^{21/} Ripert y Boulanger. Op. cit., pp. 165-166.

sus pastores, siendo considerados válidos estos matrimonios. Pero al revocarse el edicto, por Luis XVI, la situación de estas personas quedó por mucho tiempo en Estado de nulidad, y por tanto, se les consideraba como concubinos, para la Ley.

Duró bastante tiempo esta situación, dando por resultado, que los protestantes se casaban en secreto; hasta que en 1787 se puede decir, que triunfa el Poder Estatal, ya que se autorizó a los que no profesaban el catolicismo, a contraer matrimonio, por simple declaración ante juez real o señorial o ante vicario del domicilio de los contrayentes, teniendo como requisito, el que la boda se celebrara en la casa del mismo vicario o del juez, pero nunca en la iglesia.^{22/}

Por lo que se refiere a este punto, Kipp y Wolff, citados por el maestro Rojina en su obra, establecen: "Los derechos positivos pueden contener una regulación puramente confesional, a efecto de que a los católicos se les aplique el Derecho Canónico, y a los protestantes, el Derecho Común.

Puede también admitirse una regulación confesional, con carácter de Derecho Supletorio, para aquellos casos en los cuales el derecho vigente en un país determinado, no comprenda una reglamentación completa sobre matrimonio. En esta hipótesis, se aplicará supletoriamente la regulación eclesiástica correspondiente".^{23/}

^{22/} Ripert y Boulanger. Op. cit., pp. 165-166.

^{23/} Rojina Villegas, Rafael. Op. cit., pp. 254-255.

Debemos hacer notar que en ésta época, quizá por un error, las autoridades crearon el concubinato como situación de hecho, al revocar el Edicto de Nantes. No se encuentra legislación referente a esta situación.

CAPITULO III: PROLEGOMENOS DEL MATRIMONIO Y LA FAMILIA

I. LA SOCIOLOGÍA JURÍDICA

La Sociología Jurídica va tomando cada vez más importancia en nuestro Derecho, como parte de la Sociología general.

La Sociología Jurídica viene a ser la ciencia que analiza la relación entre el derecho y los demás factores que determinan la ciencia social; es decir estudia la forma en que los factores (demográficos, religiosos, económicos y políticos), influyen sobre los cambios del Derecho y, también cómo el Derecho influye sobre los cambios de esos factores. La Sociología es una ciencia social de base empírica, pero solo en cuanto que es observable y analizable dentro de un cierto marco teórico.

En toda sociedad existen conflictos, estos no se pueden ignorar, lo que intenta la Sociología es solucionarlos, pero esto le resulta imposible, lo que más puede hacer, es regularlos; no se pueden ocultar los conflictos sociales tratando de darles una comprensión científica y al mismo tiempo lograr un control racional y científico del cambio social; y para esto necesita forzosamente de la ciencia jurídica. Ya que el Derecho puede canalizar el cambio social y así los conflictos sociales pueden estar mejor regulados por un orden normativo.

El Derecho también puede prever los cambios sociales (como veremos más adelante, cuando se trate de definir al concu-

binato), y encausarlos para que no presente un conflicto social. El maestro Elías Díaz dice que: "la Sociología del Derecho como ciencia social empírico-crítica puede pues, suministrar información y criterios válidos para una mejor comprensión de la realidad social".^{1/}

Como sabemos, la Sociología Jurídica estudia al Derecho en su aspecto de hecho social; pero la Sociología Jurídica debe de algún modo referirse al Derecho como norma. Esto nos haría suponer que habría un choque entre la Sociología Jurídica y una concepción normativa del Derecho, pero esto no es así ya que la Sociología investiga el hecho social de la norma o lo que es lo mismo, la norma jurídica como hecho social.

La Sociología Jurídica choca con la teoría normativa, cuando pretende imponer y absolutizar su propio punto de vista del Derecho, o cuando intervenga en la aplicación del Derecho, al respecto nos dice el profesor Elías Díaz "pero entonces, más que de Sociología Jurídica, debiera hablarse de Sociologismo Jurídico".^{2/} Entonces el Sociologismo, sería el que extralimita y absolutiza su propio punto de vista (social) del Derecho, y en sí del orden normativo. Ahora bien, sabemos que las normas son patrones de conducta, pero si damos un enfoque sociológico nos damos cuenta que en la realidad son ideas; es decir, lo que el legislador cree que debe ser la conducta. La

1/ Díaz, Elías. Sociología y Filosofía del Derecho, Edit. Taurus, Madrid, España, 1976, p. 196.

2/ Ibid., p. 191

norma es un mandato dotado de sanción para su cumplimiento, o sea mandato que se trata de garantizar por medio de una coacción jurídica.

El derecho tiene que regular la actividad humana, ya sea una actividad política, o de propiedad, o de una actividad mercantil, económica, penal, de trabajo, etc., y esto indudablemente relaciona a la ciencia y a la Sociología Jurídica con los diversos tratos científicos que se refieren a esas actividades.

Como base del Derecho, hay un hecho de poder, una realidad social, que es el que hace nacer ese derecho, este hecho es, el hecho constituyente o el poder constituyente.

En la vida social encontramos un sinnúmero de valores, de criterios axiológicos, y éstos, son los que pueden servir de principio para las normas jurídicas, así se puede calificar a las normas jurídicas como justas, cuando van acordes con los criterios axiológicos, y como injustas cuando van en contra de estos principios.

II. CONCEPTO DE MATRIMONIO

El matrimonio es la forma más regular de constituir la familia.

El maestro Rafael de Pina nos dice: "que el matrimonio puede considerarse desde el punto de vista de la Iglesia, como sa cramento, y desde el punto de vista civil, como un acto bilateral solemne, en virtud del cual se produce entre dos personas

de distinto sexo, una comunidad destinada al cumplimiento de los fines espontáneamente derivados de la naturaleza humana y de la situación voluntariamente aceptada por los contribuyentes, la palabra matrimonio designa también la comunidad formada por el marido y la mujer".^{3/}

Según Clemente de Diego, se entiende por matrimonio "el acto solemne de unirse por modo indisoluble un hombre y una mujer, para prestarse mutuo auxilio, procrear y educar hijos, constituyendo así la sociedad conyugal".^{4/}

III. NATURALEZA JURÍDICA DEL MATRIMONIO

El matrimonio ha sido considerado desde distintos puntos de vista:

- a) como institución jurídica
- b) como acto jurídico condición
- c) como acto jurídico mixto
- d) como contrato ordinario
- e) como contrato de adhesión
- f) como estado jurídico; y
- g) como acto de poder estatal.

a) *Como institución jurídica.*- El considerar al matrimo-

^{3/} Pina, Rafael de. Elementos de Derecho Civil Mexicano, Introducción Personas-Familia. Edit. Porrúa, S.A., México, 1980, p. 314.

^{4/} Clemente, de Diego F. Instituciones de Derecho Civil Español. Imprenta de Juan P., Madrid, 1930, pp. 346 y ss.

nio como una institución, se refiere al conjunto de normas que regulan al matrimonio, debido a que una institución jurídica, es un conjunto de normas de la misma naturaleza, que regulan un todo orgánico y persiguen un mismo fin.

Al analizar esta definición, nos damos cuenta de que el Derecho regula al matrimonio como un todo; y sus normas persiguen la misma finalidad, la de constituir una familia entre los consortes y realizar un estado de vida duradera entre los mismos.

Sin embargo, el derecho no regula al matrimonio en su totalidad; prueba de esto es que el concubinato, que es una forma de matrimonio, aunque no de derecho si de hecho, no tiene su regulación especial en el Código Civil, sino solo una que otra referencia.

El maestro de Pina nos dice que de acuerdo con Bonnacase "el matrimonio no puede ser otra cosa que una institución formada de un conjunto de reglas de derecho, esencialmente imperativas, cuyo objeto es dar a la unión de los sexos, y, por lo mismo, a la familia, una organización social y moral, que a la vez corresponden a las aspiraciones del momento y a la naturaleza permanente del hombre, como también a las directrices que en todos los dominios proporcionan la noción de Derecho. Más adelante concluye la tesis que afirma la naturaleza institucional del matrimonio es desde luego, más conforme con la significación de éste, que la contractual, pero a nuestro juicio, tampoco la explica satisfactoriamente.

Recordando la posición de Ahrens, pudiéramos definir la naturaleza del matrimonio como una comunidad de vida, fundada en el amor y constituida con arreglo a normas legales, dirigidas al cumplimiento de los fines que se desprenden naturalmente de la relación permanente entre dos personas de distinto sexo".

b) *El matrimonio como acto jurídico condición.* - Para comprender este punto de vista, debemos saber primero que las modalidades del contrato son: el término y la condición.

El término es un acto futuro de realización cierta, o sea que se tiene que cumplir forzosamente.

Sin embargo, la condición es un acto futuro de realización incierta, esto quiere decir que la realización de un acto depende de que en el futuro se dé o no cierto fenómeno.

Por lo anterior no podemos considerar al matrimonio como un acto jurídico condición, ya que su realización no va a estar supeditada a un acontecimiento futuro, que no se tenga la certeza que vaya a suceder.

Sin embargo hay autores, como León Duguit, que lo consideran como un acto jurídico condición. "Por virtud del matrimonio se condiciona la aplicación de un estatuto que vendrá a regir la vida de los consortes en forma permanente; es decir, un sistema de derecho en su totalidad es puesto en movimiento por virtud de un acto jurídico que permite la realización constante de consecuencias múltiples y la creación de situaciones jurídicas".^{5/}

^{5/} Rojina Villegas, Rafael. *Op. cit.*, p. 282

El maestro Rafael de Pina se apoya en León Duguit, tratadista francés de Derecho Constitucional. Afirma "que en el Derecho Privado las situaciones objetivas nacidas a consecuencia de estos actos, son muy numerosas, posteriormente continúa diciendo, no es este acto el que da nacimiento a la situación que aparece enseguida de él; ella es creada y regulada por la Ley, pero la aplicación de ésta se encuentra subordinada a la del matrimonio".^{6/}

c) *El matrimonio como acto jurídico-mixto.*- Para comprender este sentido, tenemos que distinguir entre lo que es un acto jurídico privado, lo que es un acto jurídico público y lo que es un acto jurídico mixto:

El acto jurídico privado se realiza por la intervención exclusiva de los particulares.

El acto jurídico público se realiza por los órganos estatales.

El acto jurídico mixto es realizado con la concurrencia, tanto de particulares, como de funcionarios públicos.

El matrimonio es un acto mixto, debido a que para constituirse requiere, tanto del consentimiento de los consortes, como del juez del registro civil.

^{6/} Pina, Rafael de. Op. cit., p. 320

d) *El matrimonio como contrato ordinario.*— A partir de la secularización de la Iglesia y del Estado, la tesis que más adeptos ha tenido, es la de considerar al matrimonio como un contrato, pues tanto el código civil, como la doctrina lo consideran así, en el cual existen todos los elementos esenciales y de validez, que debe tener todo contrato.

Aunque también hay autores que están en contra de esta tesis, tal es el caso de Ruggiero que nos dice "hay que reaccionar contra esta tendencia negando al matrimonio el carácter de contrato. No basta que se dé en aquel un acuerdo de voluntades para afirmar sin más que sea un contrato; ni es cierto tampoco que todo negocio bilateral sea contrato, aunque los contratos constituyen la categoría más amplia de tales negocios. Nada se gana con añadir que la materia especial de este contrato implica derogaciones más o menos profundas a las normas que regulan la materia contractual. Precisamente las normas que no solo limitan, sino que aniquilan toda autonomía de voluntad, demuestran la radical diferencia que media entre el contrato y el matrimonio. Contra lo que sucede en los contratos, el matrimonio está sustraído a la libre voluntad de las partes, estas no pueden, en el matrimonio, estipular condiciones y términos, ni adicionar cláusulas o modalidades, ni disciplinar las relaciones conyugales, de modo contrario a lo establecido en la ley: la libertad no surge, sino cuando se trata de intereses patrimoniales y aún en tal caso está muy limitada.

Opuesta a la idea del contrato, es la absoluta inaplicabilidad al matrimonio del mutuo disenso; en cambio, no hay contrato que no pueda resolverse si las partes no quieren que el vínculo subsista".^{7/}

Rafael de Pina está en contra de considerar al matrimonio como un contrato; nos dice que se considera un contrato sólo para justificar una actitud política.

El matrimonio desde un punto de vista exclusivamente civil se define como un contrato solemne, en virtud del cual un varón y una mujer se unen válidamente para el mutuo auxilio, la procreación y la educación de la prole, de acuerdo con las leyes.

Bonnecase, considera que en el matrimonio no se cumplen las reglas que lo caracterizan como un contrato, ni existe el principio de la autonomía de la voluntad, por lo que se refiere a sus aspectos y disolución.

e) *El matrimonio como contrato de adhesión.*- Los contratos de adhesión son aquellos en los cuales una parte simplemente tiene que aceptar en todos sus términos la oferta que la otra le hace, o sea, que no se pueden discutir las cláusulas de ese contrato.

En el matrimonio los consortes no son libres para estipu-

^{7/} Rojina Villegas, Rafael. Op. cit., p. 722

lar derechos y obligaciones distintos de aquellos que el Estado impone, de tal manera que los consortes simplemente se adhieren.

f) *El matrimonio como estado jurídico.*- Este punto de vista nos indica que el matrimonio "constituye a la vez una situación jurídica permanente que rige la vida de los consortes, y un acto jurídico mixto, desde el momento de su celebración".^{8/}

Efectivamente, el matrimonio viene a constituir un nuevo estado civil entre los consortes, pues crea para ellos una situación jurídica permanente que origina nuevas consecuencias de derecho.

g) *El matrimonio como acto de poder estatal.*- Esta tesis nos dice que el matrimonio es un acto de poder estatal, debido a que la declaración de voluntad de los esposos debe ser dada al juez del Registro Civil, y éste es un funcionario público, que forma parte del Estado.

El maestro Rafael de Pina señala que "el matrimonio civil se constituye mediante un acto de un Órgano estatal-administrativo o judicial, que crea entre los contrayentes una relación jurídica de tipo permanente que no encaja exactamente en la figura del contrato civil".^{9/}

8/ Rojina Villegas, Rafael. *Op. cit.*, p. 287

9/ Pina, Rafael de. *Op. cit.*, p. 315.

IV. EL MATRIMONIO COMO CONTRATO

En la naturaleza jurídica del matrimonio, estudiamos las diversas maneras de considerar al matrimonio. Una de ellas, y la más aceptada tradicionalmente por la doctrina, es la que considera al matrimonio como un contrato. Pues bien, en el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, no encontramos señalamiento alguno que nos defina lo que es el matrimonio; sin embargo, diferentes artículos le consideran como contrato.

El artículo 156 del Código Civil expresamente le reconoce el carácter contractual al decir "son impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio...".

El artículo 178 del mismo ordenamiento también le confiere el carácter de contrato al decir "el contrato de matrimonio debe celebrarse...".

Pero no sólo en el Código Civil se le da el carácter de contrato, sino también en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 30 párrafo tercero.

V. LA FAMILIA

a) Conceptos previos

La familia es un núcleo de personas, que como grupo social ha surgido de la naturaleza y deriva, primordialmente del hecho biológico de la generación.

Pero dicho grupo social, que se constituye originalmente en las tribus o clanes primitivos, por necesidad de orden socio-económico de los pueblos cazadores y agricultores, y que surgió antes de la formación de cualquier idea de Estado o de Derecho, ha sufrido una incesante evolución para llegar hasta nuestros días, como una verdadera institución, fuertemente influida por la cultura (la religión, la moral, el derecho, la costumbre).

Si la motivación original de la familia hay que encontrarla en las simples exigencias biológicas de reproducción y del cuidado de la prole, mediante uniones transitorias e inestables entre los progenitores, ha adquirido en su desarrollo a través de milenios y precisamente por la influencia de los elementos culturales, una completa estabilidad, que le da existencia y razón de ser, más allá de las simples motivaciones biológicas y económicas.

La familia es el conjunto de personas, en un sentido amplio (parientes), que proceden de un progenitor o tronco común sus fuentes son el matrimonio, la filiación (legítima o natural), y en casos excepcionales la adopción (filiación civil).

Esta relación conyugal paterno-filial y de parentesco colateral de origen consanguíneo o simplemente de naturaleza legal, establece vínculos entre los componentes de ese grupo familiar, de diverso orden e intensidad (sentimentales, morales, jurídicas, económicas y de auxilio y de ayuda reciproca), que no permanecen ajenos al derecho objetivo, sino por el contrario este afianza, reafirma y consolida atribuyendo a dichos

vínculos el carácter de deberes, obligaciones, facultades y de rechos que manifiestan su naturaleza especial y presentan caracteres fundamentalmente en muchos aspectos, de cualesquiera otras relaciones jurídicas.

En los códigos civiles de diversos países, entre ellos el nuestro, los preceptos legales relativos a la estructura y organización de la familia, no han sido agrupados orgánicamente bajo un rubro o título especial. Esto se debe a diversas causas: la fundamental consiste en el dominio de las ideas individualistas que inspiraron la redacción del código civil francés de 1804.

Desde principios de la segunda década del siglo actual, las normas relativas en lo jurídico, a la familia, considerada como grupo social, como célula primordial de la sociedad moderna, ha merecido la atención especial de los estudiosos del derecho, al considerar necesario no sólo la agrupación congruente y armónica de los preceptos legales aplicables al grupo familiar, sino que ha ido formando paulatinamente una rama muy importante dentro del derecho civil, que se denomina derecho de familia y que comprende las normas relativas al matrimonio, al parentesco, y a la ayuda recíproca que deben prestarse los parientes entre sí, la protección de los incapaces (menores de edad e incapacitados) y la constitución y funcionamiento del patrimonio de familia.^{10/}

^{10/} Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil. Derecho Civil, Primer Curso, Edit. Porrúa, S.A., México, 1976, p. 413.

b) La familia en el Derecho moderno

Si bien es cierto que la familia moderna ha perdido la extensión y la estabilidad que tuvo en el Derecho Romano y en la edad media y si bien hay que reconocer que desde el punto de vista económico, ha dejado de ser la familia un grupo productivo de bienes inmediatamente útiles en la economía de una nación (pues a este respecto su capacidad de producción ha sido sustituida por la gran producción industrial), sigue siendo todavía en nuestro país, el núcleo principal de formación del hombre, por lo menos en su constitución moral.

Las causas que han originado el proceso de disgregación del grupo familiar son las siguientes:

- a) La dispersión de los miembros de una familia, por necesidades de trabajo o por razones de conveniencia personal.
- b) La inseguridad económica que sufren los individuos de escasos recursos, por la gran producción industrial.
- c) La falta de viviendas suficientes.
- d) El control de la natalidad.
- e) La insuficiencia de los recursos que puede obtener el jefe de familia en las clases obrera y media, para el sustento del grupo familiar, obliga a la esposa y a los hijos e hijas mayores de edad, y a los de edad temprana, a buscar el auxilio económico para el sustento del grupo familiar.

La disgregación del grupo familiar se agudiza desde el punto de vista moral, porque se han perdido de vista los principios rectores de la solidaridad doméstica, que son el afecto y el espíritu de colaboración que informa a toda asociación de hombres para la realización de un fin común, aún en las sociedades civiles o mercantiles. Hoy en día cada miembro del grupo familiar persigue sus propios fines egoístas, sin mayor interés en la realización de una finalidad más alta, que es la conservación del agregado social primario, que es la familia.

Ante este problema de descomposición del grupo familiar, el Estado no ha permanecido indiferente y puesto que es de interés social que se cumplan las funciones básicas de educación y formación de hombres dentro de la familia, ha acudido a través de disposiciones de diversa índole, particularmente en lo que toca al régimen de seguridad social y asistencia, a suplir estas funciones.

A este respecto José Castán Tobeñas dice: "En definitiva como observa el profesor Rousat 'La seguridad social es una necesidad en presencia de la imposibilidad en que se encuentra la familia moderna de garantizar la seguridad de sus miembros, pero debe ser siempre un auxiliar de la familia; debe respetar los principios fundamentales, tanto por lo que respecta a la base que tienen en el matrimonio, cuando por lo que se afecta a las relaciones de los padres con los hijos'. La función de la seguridad social lo mismo que la del Estado, no es sustituir a la familia, sino ayudarla a cumplir su misión".^{11/}

11/ Castán Tobeñas, José. Familia y Propiedad, Madrid, 1956, p. 30.

CAPITULO IV: CONCUBINATO PERFECTO, IMPERFECTO Y OCASIONAL

I. CONCUBINATO PERFECTO

Es aquella unión extra legal de un hombre y una mujer, que mantienen relaciones sexuales estables, prolongadas en el tiempo y en el espacio, en forma notoria, dentro de una correlativa fidelidad y sin que medien obstáculos para que puedan unirse legítimamente entre sí, los que en tal estado viven.

Podemos descomponer esta descripción en los siguientes términos:

- a) Unión entre un hombre y una mujer.
- b) Comunidad del lecho.
- c) Permanencia en el tiempo y en el espacio, en forma notoria.
- d) Correlativa fidelidad.
- e) Inexistencia de impedimentos para poderse casar entre sí.
- f) Sin observar las formalidades establecidas para las uniones legítimas.

a) *La unión entre un hombre y una mujer:* con este elemento se excluyen las relaciones sexuales anormales, y la pública cohabitación entre personas de un mismo sexo.

b) *Comunidad del lecho:* caracterizada, como se deduce de la locución misma, por el mantenimiento de relaciones sexuales.

c) *Permanencia en el tiempo y en espacio, en forma notoria*: con este elemento o atributo, se hacen a un lado las relaciones esporádicas, o de carácter transeúnte, que en forma ocasional se prestan entre las personas de diferente sexo. La notoriedad ya dice relación más bien al convencimiento de los vecinos, y del público en general, que considera a los que en tal estado permanecen como legítimamente casados, sin serlo. Cualidad ésta que se opone a las uniones ocultas o secretas.

Es necesario que el concubinato sea notorio y además público, que los concubinos mantengan una especie de estado de cónyuges legítimos. Y "se insiste en esta idea, como dice Jossierand,^{1/} ya que el falso matrimonio debe vivir maritalmente". O, a lo menos, que por la fama, el trato y el nombre se reputen en posesión notoria de ese estado. Posesión notoria que se traduce en el convencimiento de la generalidad de que esas personas que viven como marido y mujer, y en el trato que el concubino da a su compañera, considerándola en todo, y no como una simple querida, sino con la consideración de una esposa, y todo lo anterior reforzado por una común vivienda.

d) *Correlativa fidelidad*: aunque la doctrina y la jurisprudencia extranjera imponen esta condición moral del concubinato, principalmente en la mujer, nosotros creemos que no debe ser así, puesto que la fidelidad que debe existir en es-

1/ Jossierand, Luis. Tratado de Derecho Civil y el Espíritu de los Derechos y su relatividad, p. 79.

ta modalidad del concubinato, tiene que predicarse de ambos concubinos, como pasa en el matrimonio.

El aspecto moral que ella implica, por sus consecuencias en relación a los hijos, y por las apariencias de legítima unión, aunque según algunos, se esté en situación fuera de la moral. Tanto derecho tiene ella, como él, ya se trate de una unión legítima o de una libre.

Legalmente esta fidelidad, durante la época de la concepción es requisito "*sine qua non*", para poder declarar judicialmente una paternidad. Aquí hay que hacer notar que si esta presunción de Derecho, del Art. 92 del Código Colombiano, la asimilamos a la Ley Francesa de 16 de noviembre de 1912, es debido a que aquella fue tomada casi textualmente de ésta, que nos habla del concubinato notorio.

Condición moral ésta de que estamos hablando, como dice un autor francés, que "nace del respeto recíproco y del compromiso moral que se impone la mujer"(ambos, decimos nosotros), al aceptar una modalidad de vida que guarde relación con esa obligación voluntaria que ha asumido y que agregamos mira a un deber de justicia respecto de los hijos, al no hacerles in cierta la paternidad, y con ello los derechos que la representan y la configuran.

e) *Inexistencia de impedimentos para poderse casar entre sí*: consideramos este elemento como de capital importancia, ya que impide la presencia de uniones anormales en franca oposición a la moral y a la ley.

Se rechazan así, el concubinato adulterino (uno o ambos unidos con otra u otras personas en matrimonio válido); el concubinato entre parientes cuando están en la misma línea de ascendientes y descendientes o sea hermanos; la unión libre entre menores y con menores de edad hábil para contraer matrimonio (12 y 14 años), en el Código Civil Colombino, (14 y 16 años) en el Código de Derecho Canónico, para la mujer y el hombre respectivamente.

La posibilidad de poderse casar entre sí, los que en tal estado viven, le da a esta unión una mayor fuerza, y la ilicitud se atienda notoriamente. (Ilícitud por el aspecto moral y desde el punto de vista del concubinato en sí mismo, ya que por el aspecto económico y jurídico, no lo consideramos ilícito).

La ley está presta en todo momento a reparar, a subsanar, por así decirlo, lo que hizo irregularmente, bien legitimado por matrimonio, posterior los hijos que ambos hayan reconocido como naturales, ora otorgándoles derechos de carácter patrimonial, como se ve en la sucesión del hijo natural, el cual, ahora puede pedir la declaración judicial de paternidad, estableciendo el concubinato notorio, o las relaciones sexuales estables de sus padres, durante la época de la concepción.

f) *Sin el total de las formalidades exigidas para las uniones legítimas:* es ésta una característica común a todas las uniones libres.

II. CONDICIONES DEL CONCUBINATO PERFECTO

a) Forma de Vida

Un elemento consistente en la posesión de estado de concubinos, para tener el *nomen*, el *tractus* y la fama de casados; es decir, vivir como marido y mujer imitando la unión matrimonial. Se discute en la doctrina si debe haber una vida en común, con el deber de cohabitación.

b) Término de las relaciones sexuales

Una condición de temporalidad que puede ser entendida implicando continuidad, regularidad o duración en las relaciones sexuales; o bien, frecuencia, permanencia o hábito en las mismas. Respecto a este elemento, ya hemos indicado que el Art. 1635 de nuestro Código Civil Vigente, reduce el elemento temporal a una duración de cinco años, en tanto que el Código Civil de Chile, por ejemplo, exige diez años.

c) Relaciones entre terceros

Es necesario que exista una condición de publicidad. La Ley francesa de 1912 requiere, para la investigación de la paternidad, que se trate de un concubinato notorio; por lo tanto, la clandestinidad en el mismo, impide que se le tome en cuenta para ese efecto jurídico. Asimismo, el distinguido Jurista cubano Guerra López, menciona la apariencia de un matrimonio legítimo, a efecto de que socialmente se ostenten las partes, como si se tratase de una unión legítima.

d) Mutuo respeto

Condición de Fidelidad. "una importante tendencia, hace de esta condición el elemento típico del concubinato. Savatier, uno de sus principales expositores, admite como mutuo respeto, la obligación asumida implícita e ilegal, pero públicamente por la concubina".

Cassin señala al respecto, que se había puesto de relieve esta condición unida a la de "respeto recíproco", entre los concubinos.

Desde un plano más general, Planiol reduce ese elemento un tanto, y lo limita "por regla general a una conducta de fidelidad", o apariencia de fidelidad; y Rouast adopta un punto de vista más general aún, al tratar al concubinato o unión libre, dice: "cierta actitud o género de vida de la mujer que haga verosímil la fidelidad", debiéndose recordar que este profesor señala: "La definición estricta del concubinato está descartada; pero el mismo queda aún por definir".

Este es un rasgo moral, sobre el cual, estimaba Bonnecase, no cabe insistir, puesto que la noción empleada por el legislador lo ha sido restringirlo, debiéndose, por ende, admitir en la forma que se entiende generalmente: "relaciones continuas".

Nuestro Código Civil Vigente es indiferente a la rígida exclusividad de las relaciones sexuales de la mujer.

1ª Porque puede no haber hijos.

2ª Porque la cuestión de la paternidad es diversa e in-

dependiente de esa otra finalidad y se desliga de la equiparación.

- 3ª Porque la excepción no afecta al matrimonio en sí mismo. Así vemos que nuestra legislación sólo exige "Singularidad" (Matrimonio anómalo). "Aquí, opino que la fidelidad es sinónimo de singularidad de monogamia, condición ésta que se da en un tipo de concubinato puro; en cambio, cuando se dice "relaciones continuas", el concubinario puede tenerlas con varias mujeres, a la vez, que es lo mismo que la poligamia simultánea, sinónimo de infidelidad.

e) Unidad mutua en las relaciones

"Condición de singularidad. Esta condición consiste en la existencia de una sola concubina. Desde tiempo de Constantino, se comenzó a regular este requisito; y en el bajo imperio, era condición, para que el concubinato surtiese efectos legales, que hubiese sólo una concubina".^{2/} Precisamente esta singularidad es tal, y como tal debe existir el concubinato en nuestro derecho, debidamente reglamentado, para que surta sus efectos jurídicos, como un matrimonio verdadero; pero nuestro código acepta la pluralidad de concubinas, pues fuera de la primera, las demás son amantes, como lo son las amantes de un hombre casado, en relación con su legítima esposa, ya no concubinas.

2/ Rojina Villegas, Rafael. Op. cit., pp. 46-47.

f) Capacidad para contraer nupcias

Debe existir el elemento capacidad. Este consiste en exigir a los concubinos la misma capacidad que se requiere para contraer matrimonio, principalmente que sean célibes, que no exista el impedimento de un vínculo anterior.

Nuestro Código expresa esta idea, de manera incompleta, al indicar que las partes se encuentran libres de matrimonio "El Código Civil Mexicano, al atribuir al concubinato efectos en lo sucesorio, exige que durante él, los unidos hayan estado libres de matrimonio". Es la más importante característica del concubinato eficaz, ya que de no hallarse en esa situación los unidos, se convierten en parejas de delinquentes civiles o criminales (simple adulterio o incesto, según el caso), nota más acertada que la simple *libertad*, porque la pretensión de habilitar uniones incestuosas no comprendidas en la fórmula del Código Civil Mexicano. Esta condición es indispensable en nuestro sistema, y nos da la clave del tratamiento que merece la unión extramatrimonial: su equiparación al matrimonio.

Un antecedente de esta condición la hallamos en el "*et utroque solutus*", distintivo de la unión concubinaria, a los efectos de atribuir la condición natural a los hijos habidos en tales personas.

g) El concubinato y la ética

Elemento Moral: este último requisito, es el que tiene

desde luego mayor valor para el derecho, para que éste pueda tomar en cuenta al concubinato. Entre los elementos que hemos venido estudiando, algunos poseen cierto sentido ético (fidelidad, singularidad, inclusive capacidad), que da verdadera altura a la situación de hecho, extra legal y más bien de vida práctica respecto a la unión legítima normal, sentido que a menudo puede señalarse. Ya vimos cómo las leyes francesas de emergencia en época de la guerra, exigían la "moralidad de las relaciones".

Una circular interministerial adicionada a esa legislación, vino a precisar que ella viviera en su hogar (de él) y en condiciones de moralidad satisfactoria". También, un importante sector de la doctrina, reclama francamente un elemento moral en las relaciones que van a ser tomadas en cuenta por el derecho; así vemos, en relación con la "fidelidad" de la mujer: "el respeto recíproco" y otras fórmulas que hemos citado ya. En la inmoralidad de la causa, se basa la supresión de efectos favorables en ciertos supuestos (donaciones, alimentos). Pero se alza, a su vez una fracción de la doctrina, que combate tal tendencia, por no hallar justificación para ella en la ley, en lo que se llama concepto de la unión libre.

Bonnecase dice, por ejemplo: "A nuestro ver, hay concubinato notorio, en cuanto existe, conforme a la jurisprudencia de la Corte de Casación, continuidad de relaciones". "No concebimos la necesidad de un elemento moral cualquiera; el con-

cubinato es específicamente un hecho físico; en otras palabras una serie de relaciones físicas" (matrimonio anómalo).^{3/}

III. CONCUBINATO IMPERFECTO

Siguiendo un orden descendente, de mayor a menor concurrencia de elementos para estructurar las formas que el concubinato puede presentar, podemos decir que ésta es la unión más o menos estable, de un hombre y una mujer que mantienen relaciones sexuales.

El único riesgo que lo caracteriza, es la existencia de relaciones sexuales, la comunidad del lecho. Y es precisamente ésta la ascepción etimológica del concubinato o unión libre: "CUM CUBINARE". No es pues, indispensable la comunidad de habitación o de vida, no se precisa la notoriedad, ni la fidelidad que se deben guardar entre sí. En suma, no es indispensable esa estabilidad prolongada en el tiempo, que contribuye o hace nacer ese ánimo de asociación o de trabajo común, es más bien esa comunidad afectiva, que mira únicamente a la mutua satisfacción del apetito venéreo.

Esta modalidad, casi ningún efecto jurídico debe producir, tal vez eventualmente, puede dar lugar a la reparación del daño causado, si las relaciones se realizaron por seducción de que se ha hecho víctima a la mujer; aunque esta repa-

^{3/} Rojina Villegas, Rafael. Op. cit., pp. 49 y 55.

ración en sí misma, no es consecuencia del concubinato, sino del hecho ilícito de la seducción (en tal sentido se pronuncia Jossierand), el cual trae este caso como ejemplo.

Por el aspecto negativo, pueden llegarse a declarar nulas las liberalidades entre amancebados, porque se presume que ellas fueron hechas para prolongar o mantener ese estado irregular, lo que no pasa en el perfecto, donde las liberalidades no siempre son producidas por ese móvil ilícito, y por lo tanto, son válidas.

IV. CONCUBINATO OCASIONAL

Podemos afirmar que prácticamente no existe concubinato ya que la satisfacción de los apetitos se busca muchas veces con cualquier mujer y en forma periódica y ocasional. En ellas no se ve ningún afán de asociación ni de vínculo permanente, y la sanción sería meramente moral, ya que ahí el derecho nada tiene que hacer. Pero quizá en forma indirecta pueden topar con el derecho, como en el caso de adulterio para el cónyuge culpable, ya que puede convertirse en una causal de divorcio.

El concubinato, según su origen o intención inicial, puede ser directo o indirecto. El primero, llamado también voluntario, es el que hasta ahora hemos estudiado en cualquiera de sus manifestaciones, sea perfecto o notorio, imperfecto o simplemente concubinato. Se caracteriza porque desde un princi-

pio ha perseguido como único fin el establecer o mantener esa unión que remeda, en todo o en parte, según sus manifestaciones, al matrimonio.

El concubinato puede nacer del mutuo consentimiento, tanto verbal como escrito de los concubinos, que puede ser pacto o no, según las circunstancias que lo hayan configurado.

El primero será de muy escasa ocurrencia, ya que los que desean unirse y vivir juntos, no redactan ni expresan ante testigos el régimen de derechos y obligaciones que los cobijará o tutelará.

En cambio, el pacto será la excepción, y en él podrán conocerse de antemano las garantías y privilegios de que quieren gozar, esto adolece de ilicitud en la causa y, por tanto, ningún derecho podrá producir porque con ese convenio se quiere hacer permanente y firme lo que la ley considera irregular o anómalo.

El segundo, o sea el indirecto, se presenta en un estado de cosas desvirtuadas de su finalidad primitiva. En otras palabras, es un estado civil que por defecto de forma o de fondo, o por falta de aceptación legal, degenera en un estado distinto al que se proponía con su celebración. El nace, como se deduce del hecho de haberse celebrado un matrimonio que no podía subsistir como tal en nuestro ordenamiento. Matrimonio que obedece muchas veces, a imperativos de conciencia; imperativos que se imponen aún con desconocimiento de la Ley.

O también, cuando la unión legítima posee vicios de fondo que la anulan o impiden su existencia como matrimonio putativo.

V. ALCANCE JURÍDICO DEL CONCUBINATO

El concubinato en la actualidad, ha obtenido un alcance jurídico, ya en bien de los hijos, ya en favor de la concubina, que al mismo tiempo es madre, y que ha vivido por mucho tiempo con el jefe de la familia.

El concubinato en ese sentido, debe de ser considerado como un hecho jurídico, puesto que sus efectos y consecuencias jurídicas dependen de los alcances jurídicos que el derecho positivo le otorga.

Julien Bonnecase,^{4/} expone que la tendencia que originó un factor favorable para el reconocimiento del concubinato, en el campo jurídico, fue iniciado por la Ley de 16 de noviembre de 1912, sobre la investigación de la paternidad.

Dicha Ley permitió la declaración judicial de la paternidad natural, cuando el pretendido padre hubiera vivido en concubinato notorio durante la concepción, sin precisar lo que entendía por concubinato notorio.

Posteriormente, la legislación de emergencia, originada por la guerra de 1918-1919, reconoció en Francia y posterior-

^{4/} Bonnecase, Julien. Elemento de Derecho Civil, Traducción del Lic. J.M. Cajiga Jr., Tomo I, de Puebla, Puebla, pp. 515-516.

mente pasó a otros países, la necesidad de concederle efectos al concubinato.

Nuestro Código Civil Vigente, en su exposición de motivos, dice que "las revoluciones sociales del presente siglo han provocado una revisión completa de los principios básicos de la organización social y ha echado por tierra dogmas tradicionales consagrados por el respeto secular.

El cambio de las condiciones sociales de la vida moderna impone la necesidad de renovar la legislación, y el derecho civil, que forma parte de ella y que no puede permanecer ajeno al colosal movimiento de transformación de las sociedades.

No podemos negar que la exposición de motivos se orientó en legislaciones extranjeras, en cuanto se refiere al problema del concubinato, se expresa de la siguiente manera: "Hay entre nosotros, sobre todo en las clases populares una manera peculiar de formar la familia, siendo el concubinato, viviendo hasta ahora, al margen de la ley"; pero es necesidad, que el legislador no debe cerrar los ojos para evitar darse cuenta de un modo de ser muy generalizado, como decíamos, en la clase popular.

El concubinato presenta un antiguo abolengo jurídico. En la actualidad pretende resurgir con mayor intensidad e importancia en nuestro Derecho Positivo; no nos referimos a la unión meramente accidental, sino a aquella unión que ofrece los caracteres de vida más o menos permanente, y su constitución forma un núcleo familiar; pero sin embargo esta unión no

reviste la estabilidad y las características que anteriormente hemos apuntado, y que se encuentran en el matrimonio. Esta separación, perfectamente bien definida, amenaza en nuestro tiempo al matrimonio.

Nuestro actual Código Civil ampara el concubinato y le otorga determinados efectos; sin embargo, sería prudente que no afectara la estabilidad del matrimonio; para ese fin se tendría que resolver hasta qué punto la medida de protección debe realizarse.

El legislador tuvo como propósito distinguir el concubinato de la unión transitoria; pero de una manera muy vaga nos expresa, en el artículo 1635 del Código Civil, cuáles son los elementos que debe reunir la concubina para recurrir a la sucesión; nuestra legislación no ha llegado a precisar el concepto del concubinato; es necesario distinguirlo del concepto vulgar que lo define como una unión transitoria.

CAPITULO V: LEGISLACION DEL CONCUBINATO

I. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS CONCUBINOS EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1928

El legislador de 1928 con un amplio criterio se dio cuenta de la gran importancia y arraigo que entre las clases más débiles tiene el concubinato, y tomando en cuenta el desamparo en el que se encontraban tanto la concubina, como los hijos producto del concubinato, incluyó dentro de la legislación civil, normas que tendían a remediar esta situación, que no por encontrarse al margen del Derecho carecían de importancia.

El Código Civil de 1928 no contiene una definición expresa de lo que es el concubinato, pero en sus diferentes reglamentaciones lo reconoce: El artículo 354 dice: "El matrimonio subsecuente de los padres hace que se tenga como nacidos de matrimonio a los hijos habidos antes de su celebración". Como se puede apreciar el presupuesto lógico-jurídico de esta disposición hace suponer que antes de que los padres contraigan matrimonio, estuvieron viviendo en una situación de hecho; es decir, en un concubinato.

En el artículo 383 del Código Civil, el legislador incluye con toda precisión el concubinato, al estipular lo siguiente:

Artículo 383.- "Se presumen hijos del concubinario y de la concubina:

- I.- Los nacidos después de ciento ochenta días, contados desde que empezó el concubinato;
- II.- Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes al en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina.

Se puede afirmar que para que el concubinato tenga relevancia jurídica debe satisfacer determinados requisitos obtenidos a través de las diversas disposiciones del Código Civil, y así tenemos los siguientes:

- a) La unión entre hombre y mujer debe tener una duración continuada y permanente, los artículos 1368, F.V., y 1635, determinan una duración de cinco años como mínimo; sin embargo dicho tiempo se reduce cuando los concubinos tienen hijos.
- b) La unión entre el hombre y la mujer debe tener la apariencia de matrimonio; es decir, los concubinos deben vivir como si realmente estuviesen casados, o sea haciendo vida marital.
- c) Que ambos concubinos se encuentren libres; es decir, que ninguno de los dos se encuentre sujeto a vínculo matrimonial. En el caso de que alguno de los participantes se encuentre casado, la figura del concubinato desaparece, para dar lugar al amasiato, o adulterio tipificado en el Código Penal.
- d) Que ambos concubinos se encuentren en aptitud legal para contraer matrimonio; es decir, que no tengan nin-

gún impedimento que se oponga a la conversión del concubinato en matrimonio.

Respecto al último requisito la ley no lo establece en forma expresa, sino que se infiere de todo el contexto legal.

Hay que hacer notar que el legislador dejó infinidad de lagunas que es necesario integrar mediante una adecuada legislación.

En los diversos preceptos normativos del Código Civil encontramos que en cuanto a la obligación de dar alimentos a la concubina y en determinados casos al concubinario, no existe disposición expresa que determine en forma absoluta esta obligación.

En donde es notoria la voluntad del legislador de reglamentar esta obligación, principalmente respecto de la concubina es en la parte relativa a las sucesiones; y así tenemos el artículo 1374 que expresamente nos dice "es inoficioso el testamento en que no se deje la pensión alimenticia, según lo es tablecido en este capítulo", y en ese mismo capítulo el artículo 1368 F.V., nos dice:

Artículo 1368.- El testador debe dejar alimentos a las personas que se mencionan en las fracciones siguientes:

V.- A la persona con quien el testador vivió como si fuera su cónyuge durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o con quien tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato y que el superviviente esté impe-

dido de trabajar y no tenga bienes suficientes. Este derecho solo subsistirá mientras la persona de que se trate no contraiga nupcias y observe buena conducta. Si fueran varias las personas con quien el testador vivió como si fuera su cónyuge, ninguna de ellas tendrá derecho a alimentos.

En caso de que el caudal hereditario no sea suficiente para dar alimentos a todas las personas enumeradas en el artículo 1368, se observarán las reglas que nos da el artículo 1373, el cual en su Frac. III, nos indica "después se ministrarán, también a prorrata, a los hermanos y a la concubina".

En el artículo 1602 se encuentra establecido el derecho de la concubina a heredar:

Artículo 1602.- Tienen derecho a heredar por sucesión legítima:

I. Los descendientes, cónyuge, ascendientes, parientes colaterales dentro del cuarto grado y en ciertos casos la concubina.

II. A falta de los anteriores, la beneficencia pública.

El artículo 1635 da las reglas a que se sujetará la sucesión de que nos habla el artículo 1602.

Artículo 1635.- La mujer con quien el autor de la herencia vivió como si fuera su marido durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o con la que tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato, tiene derecho a heredar conforme a las reglas siguientes:

- I. Si la concubina concurre con los hijos que lo sean también del autor de la herencia, se observará lo dispuesto en los artículos 1624 y 1625, (según estos artículos la concubina tendrá el derecho de un hijo si carece de bienes, o los que tiene al morir el autor de la sucesión no igualan a la porción que a cada hijo debe corresponder, en cuyo caso solo tendrá derecho a recibir lo que baste para igualar sus bienes con la porción mencionada);
- II. Si la concubina concurre con descendientes del autor de la herencia, que no sean también descendientes de ella, tendrá derecho a la mitad de la porción que le corresponde a un hijo;
- III. Si concurre con hijos que sean suyos y con hijos que el autor de la herencia tuvo con otra mujer, tendrá derecho a las dos terceras partes de la porción de un hijo;
- IV. Si concurre con ascendientes del autor de la herencia, tendrá derecho a la cuarta parte de los bienes que forman la sucesión;
- V. Si concurre con parientes colaterales dentro del cuarto grado del autor de la sucesión, tendrá derecho a una tercera parte de ésta;
- VI. Si el autor de la herencia no deja descendientes, cónyuge o parientes colaterales dentro del cuarto grado, la mitad de los bienes de la sucesión pertenece a la concubina y la otra mitad a la beneficiencia pública.

En los casos a que se refieren las fracciones II, III y IV, debe observarse lo dispuesto en los artículos 1624 y 1625 si la concubina tiene bienes.

Si al morir el autor de la herencia tenía varias concubinas en las condiciones mencionadas al principio de este capítulo, ninguna de ellas heredará.

Como se puede apreciar las disposiciones antes vistas tienden a otorgar protección solamente a la concubina, mientras que al concubinario se le abandona a su suerte; estas disposiciones no se refieren en absoluto a la protección del concubinario, el cual en determinados casos también requiere de la tutela legal, por ejemplo, en caso de estar imposibilitado para trabajar a la muerte de la concubina, teniendo ésta bienes que son distribuidos entre parientes que no dependían de ella e inclusive son entregados a la beneficencia pública, el concubinario nada podrá hacer para rescatar esos bienes.

Por lo que toca a los hijos, el legislador con gran sentido humano plasmó en la ley derechos que anteriormente le eran negados, y es así que en la exposición de motivos expresa su sentir al escribir "por lo que toca a los hijos, se comenzó por borrar la odiosa diferencia entre hijos legítimos y los nacidos fuera de matrimonio; se procuró que unos y otros gozasen de los mismos derechos, pues es una irritante injusticia que los hijos sufran las consecuencias de las faltas de los padres, y que se vean privados de los más sagrados derechos únicamente porque no nacieron de matrimonio, de lo cual ninguna

culpa tienen; se ampliaron los casos de la investigación de la paternidad, porque los hijos tienen derecho de saber quienes los trajeron a la vida, de pedir que los autores de su existencia les proporcionen los medios de vivir; pero se procuró que la investigación de la paternidad no constituyera una fuente de escándalo, de explotación por parte de mujeres sin pudor que quisieran sacar provecho de su prostitución.

Se concedió al hijo nacido fuera de matrimonio el derecho de investigar quien es su madre, y se estableció en favor de los hijos nacidos de concubinato, la presunción de ser hijos naturales del concubinario y de la concubina".^{1/}

Respecto del reconocimiento de los hijos nacidos fuera del matrimonio el artículo 360 del Código Civil establece que la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento. Respecto del padre, solo se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad.

Artículo 365.- Los padres pueden reconocer a su hijo conjuntamente, o por separado.

Artículo 366.- El reconocimiento hecho por uno de los padres produce efectos respecto de él y no respecto del otro progenitor.

El artículo 369 fija los modos de reconocer a un hijo:

1/ Exposición de Motivos del Código Civil. Edit. Porrúa, S.A.
P. 16.

Artículo 369.- El reconocimiento de un hijo nacido fuera del matrimonio, deberá hacerse de alguno de los modos siguientes:

- I. En la partida de nacimiento, ante el juez del Registro Civil;
- II. Por acta especial ante el mismo juez;
- III. Por escritura pública;
- IV. Por testamento;
- V. Por confesión judicial directa y expresa.

Artículo 389.- El hijo reconocido por el padre, por la madre o por ambos tiene derecho:

- I. A llevar el apellido paterno de sus progenitores, o ambos apellidos del que lo reconozca;
- II. A ser alimentado por la persona que lo reconozca;
- III. A percibir la porción hereditaria y los alimentos que fije la ley.

La madre no tiene derecho de dejar de reconocer a su hijo, tiene obligación de que su nombre figure en el acta de nacimiento de su hijo. Si al hacer la presentación no se da el nombre de la madre, se pondrá en el acta que el presentado es hijo de madre desconocida, pero la investigación de la maternidad podrá hacerse ante los tribunales, de acuerdo con las disposiciones de este Código, lo anterior lo especifica el párrafo II del artículo 60.

El artículo 382 establece como un derecho de los hijos na-

cidos fuera de matrimonio, el investigar su origen en los siguientes casos:

- I. En los casos de raptó, estupro o violación, cuando la época del delito coincida con la de la concepción;
- II. Cuando el hijo se encuentre en posesión del estado de hijo del presunto padre.
- III. Cuando el hijo haya sido concebido durante el tiempo en que la madre habitaba bajo el mismo techo con el pretendido padre, viviendo maritalmente (sin duda se refiere a los hijos habidos en el concubinato);
- IV. Cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre.

Artículo 383.- Se presumen hijos del concubinario y de la concubina:

- I. Los nacidos después de ciento ochenta días contados desde que empezó el concubinato;
- II. Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes al que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina.

Respecto de la investigación de la maternidad, está permitido al hijo nacido fuera de matrimonio y a sus descendientes investigar la maternidad, la cual puede probarse por cualesquiera de los medios ordinarios, pero la indagación no será permitida cuando tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada.

II. REFORMAS SOBRE EL CONCUBINATO DEL 27 DE DICIEMBRE DE 1983

El 27 de diciembre de 1983 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal; de la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito Federal; y del Código de Comercio.

La reforma que se hizo el 27 de diciembre de 1983 sobre el concubinato, es solo respecto de dos artículos:

Artículo 1602.- Tienen derecho a heredar por sucesión legítima:

I. Los descendientes, cónyuges, ascendientes, parientes colaterales dentro del cuarto grado y en ciertos casos la concubina;

II. A falta de los anteriores, la beneficencia pública.

Con la reforma este artículo queda de la siguiente manera:

Artículo 1602.- Tienen derecho a heredar por sucesión legítima:

I. Los descendientes, cónyuges, ascendientes, parientes colaterales dentro del cuarto grado y la concubina o el concubinario, si se satisface en este caso los requisitos señalados por el artículo 1635;

II. A falta de los anteriores, la beneficencia pública.

El artículo 1635 antes de la reforma se leía:

Artículo 1635.- La mujer con quien el autor de la herencia vivió como si fuera su marido durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte, o con la que tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato, tienen derecho a heredar conforme a las reglas siguientes:

- I. Si la concubina concurre con los hijos que lo sean también del autor de la herencia, se observará lo dispuesto en los artículos 1624 y 1625;
- II. Si la concubina concurre con descendientes del autor de la herencia, que no sean también descendientes de ella, tendrá derecho a la mitad de la porción que le corresponda a un hijo;
- III. Si concurre con hijos que sean suyos y con hijos que el autor de la herencia tuvo con otra mujer, tendrá derecho a las dos terceras partes de la porción de un hijo;
- IV. Si concurre con ascendientes del autor de la herencia, tendrá derecho a la cuarta parte de los bienes que forman la sucesión;
- V. Si concurre con parientes colaterales dentro del cuarto grado del autor de la sucesión, tendrá derecho a una tercera parte de ésta;
- VI. Si el autor de la herencia no deja descendientes, ascendientes, cónyuge o parientes colaterales dentro del

cuarto grado, la mitad de los bienes de la sucesión pertenece a la concubina y la otra mitad a la beneficencia pública.

En los casos a que se refieren las fracciones II, III y IV, debe observarse lo dispuesto en los artículos 1624 y 1625, si la concubina tiene bienes.

Si al morir el autor de la herencia tenía varias concubinas en las condiciones mencionadas al principio de este capítulo, ninguna de ellas heredará.

Todas estas fórmulas para la sucesión han sido eliminadas por medio de la reforma, para que el artículo 1635 quede de la siguiente forma:

Artículo 1635.- La concubina y el concubinario tienen derecho a heredarse recíprocamente, aplicándose las disposiciones relativas a la sucesión del cónyuge, siempre que hayan vivido juntos como si fueran cónyuges durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte, o cuando hayan tenido hijos en común, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato.

Si al morir el autor de la herencia le sobreviven varias concubinas o concubinarios en las condiciones mencionadas al principio de este artículo, ninguno de ellos heredará.

Ya habíamos comentado que al concubinario se le abandona a su suerte en caso de morir la concubina y este estuviera imposibilitado para trabajar, entonces, el concubinario no tenía

ninguna defensa para que los bienes de la sucesión quedaran en su poder. Ahora con las reformas, el concubinario va a tener al igual que la concubina, el derecho a heredar según los términos del artículo 1635.

Las reformas mencionadas obedecen al trato igualitario que el hombre y la mujer deben tener ante la Ley. Esto último es un derecho constitucional consagrado en el artículo cuarto de la Constitución. Con las reformas se buscó equiparar al concubino en todos sus derechos a la concubina.

Es con las reformas que el concubinato alcanza un paso más hacia su reglamentación total. Con esto se va borrando el olvido legal en que se tenía al concubinato, recordemos lo que dice Héctor Benito Morales Mendoza "la voluntad del legislador plasmada en la ley, ha olvidado, o no ha querido reconocer, el cúmulo de relaciones de reglamentación necesaria para el concubinato, situación que lo coloca en un plano de desequilibrio jurídico, a pesar del gran número de uniones concubinarias existentes, que deben tener otro tratamiento normativo, permitiendo a la familia que así se origina y se funda, un mejor desarrollo económico, político y social, acorde con sus necesidades y las del mundo actual".^{2/}

^{2/} Morales Mendoza, Héctor B. El Concubinato. Revista de la Facultad de Derecho, UNAM, México, 1981, p. 252.

III. IMPLICACIONES SOCIO-ECONÓMICAS

Se ha dicho que la legislación no debe ser más que un trasunto de las costumbres, una cristalización de las necesidades de una sociedad.

De lo anterior podemos ubicarnos en la realidad social de nuestro país, en el cual existen un sinnúmero de costumbres y por lo tanto un sinnúmero de necesidades sociales. Podemos decir que existe una división de clases sociales y dentro de éstas, existe una separación de los grupos que se hayan dentro de las ciudades, en el campo, e incluso grupos indígenas marginados.

Si el legislador busca su finalidad sobre bases objetivas y para esto se apoya en el conocimiento de realidades sociológicas y económicas, va a encontrar una de las mejores formas para saber como legislar.

Es el caso de la familia legal o de la familia natural (concubinato), en donde el legislador debe conocer los medios económicos y las costumbres de las clases que forman la sociedad, ya sean éstas morales, religiosas, de necesidades económicas, por razones de tipo geográfico, de necesidades psicológicas, urbanas, rurales, de trabajo, etc., sin desconocer la trascendencia histórica, de los grupos sobre los cuales se ha de legislar, y teniendo como finalidad la no intromisión en los lazos naturales del hombre y como mira la justicia social.

Podemos definir la clase social como "un grupo social cua-

siorganizado, cuyos miembros están unidos por la similitud de sus vínculos económicos y especialmente culturales. Como tales, tienen un standar de vida semejante, maneras y costumbres semejantes y una perspectiva mental también semejante".^{3/}

En los países de cultura moderna, la población se divide en clases, cuyo papel es muy importante en la organización y en la vida de las sociedades.

Ha habido una diversidad de teorías que tratan el problema de la clasificación de las clases sociales; las principales son:

- a) La teoría del factor congénito.
- b) Teoría del factor racial.
- c) Teoría del factor trabajo.
- d) Teoría del factor económico.
- e) Teoría del factor cultural.
- f) Teoría de la mezcla de factores.

a) *Teoría del factor congénito.* - Esta teoría nos dice que las aptitudes personales congénitas influyen en la posición social de los individuos, pero en definitiva este factor es solo una parte que influye en la formación de las clases sociales. Al respecto Platón nos dice: "El ser humano nace con las facultades o aptitudes que determinan la clase social a la que habrá de pertenecer. El Dios que nos ha formado, ha puesto oro

3/ Mendieta y Núñez, Lucio. Las Clases Sociales, Edit. Porrúa, México, 1967, p. 8.

en la composición de los que, entre nosotros, son a propósito para gobernar a los demás, y que, por lo tanto, son los predilectos; plata en la composición de los guerreros; hierro y bronce en la de los labradores y artesanos".

b) *Teoría del factor racial.*- Este factor no es fundamental en el concepto de clase social, pero no podemos omitir que en la realidad existen países en los cuales ciertos grupos étnicos constituyen determinadas clases de sociedad.

c) *Teoría del factor trabajo.*- Esta teoría divide a las clases sociales según las diferentes actividades de trabajo que hay en dicha sociedad. Pero se puede decir que esta teoría no es del todo correcta, ya que, aún dentro de las actividades del trabajo encontramos distintas categorías sociales.

d) *Teoría del factor económico.*- Este es un factor de gran valor en la teoría de la división de las clases sociales pero no lo podemos considerar como el único factor. Carlos Marx en su obra "El capital" sostiene esta postura, al decirnos que los que no tienen sino fuerza de trabajo, los dueños del capital, y los terratenientes, cuyas respectivas fuentes de ingreso son el jornal, el beneficio y la renta, es decir, trabajadores retribuidos, capitalistas y terratenientes, forman las tres grandes clases de la sociedad, que se fundan en el modo de producción capitalista.

e) *Teoría del factor cultural.*- Para comprender esta teoría debemos entender por cultura, el saber de cada grupo o de cada individuo, el conjunto de ideas, modos de vivir, hábitos, Prejuicios, etc. Esta teoría nos dice, que cultura y clase social son conceptos equivalentes que nacen y aparecen como unidad.

f) *Teoría de la mezcla de factores.*- Esta teoría como su nombre lo dice, mezcla factores de las teorías antes mencionadas, para así tener la identificación de las clases sociales. Es en esta teoría, en donde podemos generalizar la división de clases, y en el conocimiento de estos factores encontrar la forma de ser de las personas sujetas de derechos y obligaciones, y adentrarnos al por qué del concubinato, y el por qué del matrimonio legal.

Por lo anterior podemos clasificar a la sociedad en clase alta, clase media y clase baja. Cada una de estas clases tienen un contenido cultural y económico que le son propios, y al mismo tiempo diferente del contenido de las otras clases.

En base a esta concepción, podemos decir que el concubinato en México se lleva a cabo fundamentalmente en la clases bajas.

El factor que influye para que el concubinato se desenvuelva principalmente en las clases bajas, es el factor cultural, el cual incluye costumbres, educación, sentimientos, prejuicios, forma de vida, conocimientos, etc., conforme a estos factores se llevan a cabo los cambios de clase social.

Dentro de cada una de las tres clases señaladas anteriormente existen muchas variantes, por lo que trataré ahora de ca racterizar a grandes rasgos cada una de ellas; para saber por qué el concubinato incide en la clase baja:

Características de la clase alta.- Se puede afirmar que es ta clase se haya formada por propietarios de tierras y edificios, rentistas, capitalistas, etc. En esta clase existe una situación económica privilegiada que se transmite de padres a hijos. Tiende a ser una élite muy cerrada, las personas de esta clase social tienen un gran sentimiento de seguridad, su comportamiento se haya dominado por convencionalismos sociales estrictamente cumplidos, y tienen un espíritu reaccionario y conservador; de estas características podemos deducir el afán de cumplimiento de las normas legales y su adhesión a ellas; es por esto último que prefieren contraer matrimonio civil, a vivir en concubinato.

Características de la clase media.- Principalmente las per sonas de esta clase tienden a imitar la forma de vida de la clase alta, tienen un alto sentido ético y religioso, le conce den gran importancia a las profesiones con la mira de conseguir un bienestar económico, son personas conservadoras que respetan la propiedad privada debido al esfuerzo para adquirir la, y a su temor de perderla. Por tratar de imitar a la clase alta, es difícil que el concubinato se desenvuelva entre las personas que integran la clase media.

Características de la clase baja.- Esta clase en general se integra por obreros, artesanos, campesinos, desempleados, etc. Generalmente las personas de esta clase tienen una instrucción rudimentaria, si no es que nula; su trabajo depende del empleo de la fuerza física; son muy religiosos y carecen de sensibilidad moral; su mentalidad no es constructiva.

Es por estas características que las personas de la clase baja no llegan a conocer la ley, y su mentalidad y su cultura en general, así como los medios económicos los lleva a tomar como una costumbre al concubinato.

"Es de hacerse notar la importancia básica, que tiene en cuanto al legislador el conocimiento de que una gran mayoría de los habitantes de México pertenece a los que hemos llamado de clase baja, con las consecuencias reales e históricas que esto trae consigo".^{4/}

IV. CONCEPTO DE CONCUBINATO

El maestro Rafael de Pina lo define como "la unión de un hombre y una mujer, sin formalización legal, para cumplir los fines atribuidos al matrimonio".^{5/}

El doctor Silvestre Tovar Lange señala que "el concubinato es la vida marital del varón y la mujer, sin estar casados.

4/ Movshovich Rothfeld, Enrique. El Foro, Órgano de la Barra Mexicana, México, 1979.

5/ Pina, Rafael de. Op. cit., pp. 333-334.

Tendrá carácter de institución jurídica y dará origen a obligaciones naturales siempre que reúna las condiciones siguientes:

- Que la vida en común sea notoria y pública.
- Que se haya mantenido con caracteres de permanencia, es decir durante una etapa de tiempo considerable en relación a la edad de los concubinos.
- Que los concubinos tengan capacidad legal para contraer matrimonio.
- Que la mujer sea honesta.
- Que si hay hijos se encuentren en la posesión de tal estado aunque se hayan reconocidos".^{6/}

Planiol considera que existirá concubinato, "siempre que existan relaciones entre un hombre y una mujer que implique:

- 1) La continuidad de relaciones.- Es necesario que las relaciones hayan sido frecuentes y regulares y las ausencias fueran debidas a otras causas que no sea una ruptura.
- 2) Un cierto género de vida.- O al menos cierta actitud por parte de la mujer que haga verosímil la fidelidad.
- 3) Notoriedad del Concubinato.- Que las relaciones no deben haber quedado en secreto".^{7/}

^{6/} Tovar Lange, Silvestre. El Cuasicontrato de Comunidad en el Concubinato según la Legislación Venezolana, Edit., Edime, Madrid-Caracas, 1951, pp. 98-99.

^{7/} Planiol, Marcelo y Ripert Jorge. Tratado práctico de Derecho Civil Francés, Tomo II. Edit. Cultural S.D., Habana, Cuba, 1946, pp. 709 y ss.

Por su parte Julián Bonnecase señala: "es necesario que el concubinato sea notorio, lo cual es explicable. Pero fuera de este dominio, nos parece que la noción de concubinato se reduce únicamente, a la continuidad de las relaciones, unida a una comunidad de habitación más o menos íntima, pero cierta".^{8/}

"Los legisladores de todos los tiempos, en aquellas sociedades que el concubinato se presenta como una realidad insoslayable, han tenido, necesariamente, que otorgarle efectos más o menos considerables, por razones de humanidad, en defensa de la concubina y de los hijos nacidos de la unión libre que el concubinato representa".^{9/}

Fueyo Laneri señala que el concubinato: "está caracterizado por vida en común, asidua y permanente, con toda la complejidad que le es propia y con una semejanza tan grande con el matrimonio, exteriormente, que a los ojos de los demás, no hay distinción de importancia.

Se trata pues, de un matrimonio al cual han faltado las normas de constitución formal".^{10/}

^{8/} Bonnecase, Julian. Op. cit.

^{9/} Pina, Rafael de. Op. cit., p. 334

^{10/} Fueyo Laneri, Fernando. Derecho de Familia, Edit. Imprenta Lito Universo, S.A., Chile, 1959, p. 279.

V. EL CONCUBINATO EN LA SOCIEDAD

No podemos cerrar los ojos ante la realidad social que representa el concubinato.

Tampoco podemos sorprendernos del mismo, ya que sería tanto como ignorar que existe.

La solución posible para que el concubinato no se dé, consistiría: en elevar el nivel económico, moral y principalmente el cultural, de nuestra población.

En nuestro país, las autoridades han estado realizando una intensa campaña social, encaminada a la regularización legal de estas uniones de hecho, acción que ha dado hasta ahora un resultado positivo, al lograr poner término a estas situaciones irregulares, mediante la aceptación del matrimonio civil, por parte de los interesados.

Esta acción es, desde luego, más conveniente y eficaz, y sobre todo, más respetuosa del principio de igualdad de los ciudadanos frente a la ley.

A este respecto, el artículo 4^a Constitucional establece:

El varón y la mujer son iguales ante la Ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada, sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.

CONCLUSIONES

En el desarrollo de la presente tesis, he tratado la idea fundamental, atendiendo al fenómeno social del concubinato, el cual presenta gran semejanza con el matrimonio, ya que los dos forman parte de la constitución de la familia.

Primera.- El concubinato es un hecho social innegable, y como tal, susceptible o capaz de crear relaciones de carácter jurídico.

Segunda.- La familia es una institución socio-jurídica que se da por el matrimonio, o por el concubinato, donde existe una relación sexual lícita y permanente; hay normas jurídicas, religiosas, sociales y morales, que regulan las relaciones entre los miembros de la familia; se cuenta con la relación bien definida del parentesco, la familia cuenta con un hogar, en el que conviven los miembros que la integran.

Tercera.- El Derecho es dinámico, y por lo tanto está sujeto a cambios sociales, los cuales son producto de diversos factores que se dan en la sociedad misma.

Cuarta.- El Legislador debe estar enterado de las necesidades de la sociedad, las que surgen como consecuencia de la evolución; ya que estas necesidades son las que permiten que el derecho continúe vigente.

Quinta.- La especial protección que la ley debe dar a la familia, debe ser sin distinción de ninguna especie, y dicha protección debe darse con mayor razón a la familia natural, to da vez que desde su nacimiento se encuentra con un sinnúmero de trabas y prejuicios, los cuales a veces llegan a degenerar seriamente, como podrían ser los hijos con complejos o traumas.

A este respecto, cabe señalar que los artículos que rigen sobre este tema del concubinato, son los Arts. 1602 y el 1635, de acuerdo a las últimas reformas hechas al Código Civil Vigente, el 27 de diciembre de 1983.

Sexta.- Por lo tanto, es preciso que el legislador dicte lo conducente, a efecto de que los hijos nacidos en concubinato, adquieran los mismos derechos que los hijos legítimos.

Séptima.- Uno de los inconvenientes del concubinato, es el desmembramiento de la familia, debido a la facilidad que existe para la disolución del concubinato.

BIBLIOGRAFIA

AZUARA PEREZ, LEANDRO

1983 *Sociología*, Edit. Porrúa, S.A., México.

CASTAN TOBEÑAS, JOSE

1956 *Familia y Propiedad*, Madrid.

CLEMENTE DE DIEGO, F.

1930 *Instituciones de Derecho Civil Español*, Imprenta de Juan P., Madrid.

DIAZ, ELIAS

1976 *Sociología y Filosofía del Derecho*, Edit. Taurus, Madrid, España.

ENGELS, FEDERICO

1975 *El origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado*, Edit. de Cultura Popular, México.

FUEYO LANERI, FERNANDO

1959 *Derecho de Familia*, Edit. Imprenta Lito Uníverso, S.A., Chile.

FUSTEL DE COULANGES

1961 *La Ciudad Antigua*, Edit. Ibero, S.A., Barcelona.

GALINDO GARFIAS, IGNACIO

1976 *Derecho Civil*, Primer Curso, Edit. Porrúa, S.A., México.

JOSSERAND, LUIS

Tratado de Derecho Civil y El espíritu de los Derechos y su Relatividad.

JULIEN, BONNECASE

Elementos de Derecho Civil.

KASER, MAX

1968

Derecho Romano Privado, Instituto Editorial REUS, S.A., Madrid, España.

KURI BREÑA, DANIEL

1960

La Filosofía del Derecho en la Antigüedad Cristiana, Imprenta UNAM, México, D.F.

MENDIETA Y NUÑEZ, LUCIO

1961

El Derecho Precolonial, Instituto de Investigaciones Sociales UNAM, México.

MORALES MENDOZA, HECTOR

1981

El Concubinato, Revista de la Facultad de Derecho, UNAM, México.

MORENO M., MANUEL

1964

La Organización Política y Social de los Aztecas, SEP, México, D.F.

MOVSHOVICH ROTHFELD, ENRIQUE

1979

El Foro, Órgano de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, México.

ORTIZ URQUIDI, RAUL

1955

Matrimonio por Comportamiento, Edit. Estylo, México, D.F.

- PETIT, EUGENIO
1953 *Tratado Elemental de Derecho Romano*, Edit. Nacional, S.A., México, D.F.
- PINA, RAFAEL DE
1980 *Elementos de Derecho Civil Mexicano*, Edit. Porrúa, S.A., México.
- PLANIOL, MARCELO y JORGE RIPERT
1946 *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, Edit. Cultural S.D., La Habana, Cuba.
- RIPERT y BOULANGER
1970 *Derecho Civil de las Personas*, Edit. La Ley, Buenos Aires, Argentina.
- ROJINA VILLEGAS, RAFAEL
1959 *Derecho Civil Mexicano*, Edit. Antigua, Librería Robredo, México, D.F.
- TOVAR LANGE, SILVESTRE
1951 *El Cuasicontrato de Comunidad en el Concubinato, según la Legislación Venezolana*, Edit. Edime.
- VERDUGO, AGUSTIN
1885 *Derecho Civil Mexicano*, Tipografía de González A. Esteva, México.