



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
ACATLAN**

**TRASCENDENCIA Y REALIDAD SOCIAL
DEL MATRIMONIO Y DEL CONCUBINATO
EN MEXICO**

TESIS PROFESIONAL

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

ELSA PATRICIA VAZQUEZ MORFIN

No. C.T.A. 7809718-8

M-0036406

1987





Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

Por un logro mutuo, para expresar lo
que ha significado para mi su ayuda
comprensión y confianza. A mi Madre
MARTHA MORFIN VDA. DE VAZQUEZ.

A mi Padre:
JORGE VAZQUEZ RUIZ DE EZPARZA.

A mi Abuela:
LUCIA RUIZ DE EZPARZA VDA. DE V.

Como una manera de decirles
"los quiero", a mis hermanos:
JORGE, MARTHA, ALMA, RAUL,
IVONNE, ILLIANA, VIRGINIA,
CARLOS e IGNACIO.

Con agradecimiento por su especial
colaboración en la realización del
presente trabajo, a los señores:
Lic. LUIS MAGANA ANAYA,
Lic. MAGDALENA HERNANDEZ VALENCIA,
Lic. GUILLERMO LEON RAMIREZ,
Lic. JORGE SERVIN BECERRA,
Lic. ANSELMO LESCIEUR VELAZCO.

INDICE

PAGINA No.

INTRODUCCION

CAPITULO I.

ORIGEN Y EVOLUCION HISTORICA DE LA FAMILIA

A. En Europa	8
1. Roma	
2. Otros paises	
B. En Asia	19
C. En Africa	28
D. En América	30
1. México	
a) Epoca Indigena	
b) Epoca Colonial	
c) Epoca Independiente	

CAPITULO II.

GENERALIDADES DEL DERECHO DE FAMILIA Y LA FAMILIA

A. Derecho de Familia	39
1. Concepto	
2. Sujetos del derecho de familia	
3. Objeto del derecho de familia	
a) Deberes y derechos del derecho de familia	
b) Actos juridicos del derecho de familia	
c) Sanciones del derecho de familia	
4. Consecuencias del derecho de familia	
5. Relaciones juridicas del derecho de familia	
B. La familia	55
1. Concepto	
2. Naturaleza juridica	
3. Finalidades de la familia	

M-0036406

II

C. Instituciones conformadoras de la familia	62
1. Parentesco, sus clases	
a) Por afinidad	
b) Por consanguinidad	
b.1 Filiación	
c) Por adopción	
2. Matrimonio	
3. Concubinato	

CAPITULO III.

CONSTITUCION JURIDICA DEL MATRIMONIO.

A. Concepto de matrimonio	76
B. Naturaleza jurídica	78
C. Requisitos para contraer matrimonio	81
1. Elementos de existencia	
2. Elementos de validez	
D. Impedimentos para contraer matrimonio	87
1. Dirimientes	
2. Impedientes	
E. Formas de matrimonio	90
F. Regímenes matrimoniales	91
1. Sociedad conyugal	
2. Separación de bienes	
G. Efectos del matrimonio	98
1. Entre cónyuges	
2. Entre padres e hijos	
3. En relación con los bienes	
H. Formas de extinción del vínculo matrimonial	101
1. Nulidad del matrimonio	
2. Ilícitud del matrimonio	
3. Inexistencia del matrimonio	
4. Divorcio	
a) Clases	
b) Efectos	
5. Ausencia con presunción de muerte	

CAPITULO IV.

EL CONCUBINATO COMO INSTITUCION.

A. El concubinato como estado ajurídico	140
B. El concubinato como unión de grado inferior al matrimonio	140
C. Equiparación del concubinato con el matrimonio	141
D. Efectos jurídicos del concubinato	143
CONCLUSIONES	150
BIBLIOGRAFIA	152

INTRODUCCION.

Hemos observado en nuestra sociedad que el matrimonio y el concubinato como fuentes conformadores de la familia se realizan en gran escala, atreviendonos a afirmar que por las circunstancias económicas que padecemos en la actualidad la segunda de estas figuras, que es simplemente un estado de hecho y no de derecho, se lleva a cabo cada día con más frecuencia.

Situación por la que hemos decidido dedicar el presente al estudio de estas figuras, tratando de establecer la similitud que ambas tienen ya que como queda de manifiesto, las dos persiguen las mismas finalidades, llegando a establecer que el concubinato precisa en nuestro régimen jurídico de un apartado específico de regulación, que tenga como finalidad proteger a la familia que ha tenido como fuente esta figura que nace circunstancialmente de hecho entre las personas que la constituyen.

Para estudiar estas dos figuras trataremos de analizar sus aspectos más importantes, partiendo de la idea de que la familia surge con el hombre, y así designamos el primer capítulo para mencionar las diferentes facetas por las que ha pasado la familia, tomando las circunstancias particulares de diversos países, desprendiendo que en la antigüedad no existía una reglamentación

IV

especifica de la misma, la que se fue haciendo necesaria para protección de los miembros que la constituyen, surgiendo con ésto el Derecho de Familia que regula la constitución del organismo familiar y las relaciones entre sus miembros, en tal virtud se analizarán los derechos y obligaciones a que están sujetos estos individuos.

Si la principal finalidad de la familia consiste en la propagación de la especie y la formación integral del individuo podemos observar que ésta se conforma por el parentesco, el matrimonio y el concubinato. Respecto al parentesco, hacemos un tratado general del mismo, ya que no es indispensable su estudio para los propósitos planteados.

Posteriormente tratamos al matrimonio y al concubinato dándole un apartado especial a cada uno de ellos, para poder desprender sus concordancias y discordancias de manera más objetiva.

El matrimonio lo estudiamos desde su constitución hasta su extinción abarcando sus aspectos más relevantes, manifestando su carácter de verdadera institución ya que es un contrato que celebran dos personas de diferente sexo, con el propósito de convivencia permanente para el cumplimiento de todos los fines de la vida y de la naturaleza.

En breve tratamos al concubinato de manera general, ya que no existe una reglamentación adecuada de éste, y si bien el derecho es una reglamentación de los hechos que ocurren en la sociedad para proteger a las personas que se encuadran en determinado precepto jurídico el concubinato se encuentra en una situación de desprotección casi total, a pesar de la gran trascendencia que reviste en nuestra sociedad y de perseguir las mismas finalidades del matrimonio.

Por lo cual al finalizar el presente trabajo nos atrevemos a expresar algunos puntos sobre los cuales consideramos que debería estar versada la protección de esta figura, que de ninguna manera pretendemos abarcar en su totalidad, sino provocar una inquietud sobre el problema que nos ocupa y que aumenta día con día por las condiciones actuales de nuestro país.

CAPITULO I.

ORIGEN Y EVOLUCION HISTORICA DE LA FAMILIA.

A. En Europa; Roma, Grecia, Alemania, Cristianismo, Edad Media, Francia B. En Asia: Babilonia, Asiria, Persia, China, India, Israel C. En Africa: Egipto D. En Americas México; a) Epoca Indígena. b) Epoca colonial c) Epoca Independiente.

Al estudiar el origen de la familia no tratamos de saber cuando apareció ésta, ya que existe desde la aparición del hombre y evidentemente ha ido evolucionando con el hombre mismo, por lo que trataremos de explicar cómo y cuales han sido sus cambios y sus funciones a través del tiempo y de la historia.

La familia es la más antigua de las instituciones, pero ha cambiado significativamente a lo largo del tiempo. El primer cambio que podemos comprobar es el paso de una sociedad económica basada en la recolección de frutos y en la caza, a una sociedad económica sedentaria, que pide a la tierra una producción mayor y racionalizada mediante el cultivo agrícola, es decir, el hombre pasó de cazador y nómada a agricultor más o menos sedentario, modificando su comportamiento necesariamente. En esta fase la mujer desempeña un papel muy importante ya que

era la encargada de la conservación del fuego, de la recolección y preparación de alimentos para lo cual creaba utensilios y recipientes, además de transmitir el conocimiento y aprendizaje a los hijos.

Otro cambio importante, es cuando el hombre comienza a utilizar animales de tiro (arado y carro de ruedas) y se vale del viento (molinos y barcos de velas) que le son necesarios para la producción agrícola y de transporte con lo que el hombre reemplaza a la mujer como agente de producción, provocando así el nacimiento de la familia patriarcal.

En un principio la familia educa integralmente a sus hijos ya que esta educación era relativamente sencilla, enseñándoles las actividades básicas de la vida, todo lo necesario para irse integrando en los procesos productivos de la sociedad. Las familias se agrupaban en pequeñas comunidades de agricultores, herreros y talabarteros y ahí aprendían y vivían constituyendo un núcleo de producción, cuyos miembros estaban en función de ella, además la familia era el centro político y religioso.

La evolución familiar continua su trayectoria y debido a las necesidades económicas que existen por el desarrollo social el hombre y la mujer se ven en la necesidad de salir a trabajar fuera del núcleo, situación por la cual se le confiere parte de la educación de los hijos a las escuelas, en las que se forman

grupos de amistades que comparten a su vez formación y educación, delegándole muchas de esas funciones familiares y solicitando seguridad social. La familia pasa de un núcleo productivo a una sociedad de consumo y deja de ser el centro político y religioso.

Con lo anterior se denota que el matrimonio también presenta cambios, ya que anteriormente la familia conducía al matrimonio por el autoritarismo patriarcal y en la actualidad el matrimonio es el que da origen a la familia, que se forma por lazos de igualdad, libertad y comunicación.

Con todos los cambios que ha sufrido la familia se hace necesario un derecho de familia que contemple los intereses personales, familiares y sociales, buscando un equilibrio entre la autonomía, la libertad de la familia y la participación estatal en la satisfacción de las necesidades.

En términos generales, esto es lo que ha ocurrido con la familia, pero trataremos de dar una explicación más detallada de las fases o etapas por la que ha pasado de acuerdo con la opinión de diversos autores, haciendo alusión a las formas de organización y al tipo de familia de que se trate según la época histórica.

- FAMILIA POLIANDRICA. Se caracteriza por la unión de la

mujer con varios hombres, ésto es un hecho que suele llevar al matriarcado, es una forma de organización familiar en la cual la madre por ser el progenitor individual conocido, es el centro de la familia, quien ejerce la autoridad y en la cual los descendientes y los derechos de ésta se determinan sólo por la línea femenina. Según Kriche, el matriarcado se inició en algunos pueblos cuando la cultura inestable de los cazadores se transformó en sedentaria de los agricultores, ya que desde siempre la mujer fue recolectora de frutos en estrecho contacto con la tierra y sus productos, y cuando los progresos debido a la mujer arrebataron poco a poco el predominio económico al hombre y dieron a la mujer la preponderancia económica, tuvo lugar esta transformación trayendo como consecuencia a una época de cultura femenina.(1)

Recaséns Siches, dice que en todo caso matriarcado y familia poliéndrica - no son los mismos, ya que puede existir una familia matriarcal monógama, pero la poliandria lleva a una familia basada en la maternal.(2)

- **FAMILIA POLIGAMA.** Existió principalmente en las antiguas sociedades israelitas, musulmanes y mormonas y aún en sociedades muy primitivas, se dice que este tipo de familia se originó entre pueblos guerreros y cazadores por la baja del contingente masculino, produciéndose un exceso de mujeres. En otras sociedades se origina por el hecho de desear multiplicidad de

esposas para aumentar el número de hijos los cuales tienen importancia por la fuerza de trabajo, el poder o el prestigio.

- FAMILIA MONOGAMA MATRIARCAL. En la generalidad de las sociedades, el matrimonio estuvo unido a la poliandria, pero hay casos entre los pueblos primitivos y antiguos como los orientales del pacífico, de organización familiar monógama pero centrada alrededor de la madre y regida por la autoridad de ésta.

- FAMILIA MONOGAMA PATRIARCAL. Esta aparece en el antiguo testamento, en la política de Aristóteles y en el Derecho Romano, en la que la familia se funda en el culto a los muertos antepasados, el cual se practicaba privadamente en el hogar sólo para cada familia, este culto era transmitido del padre al hijo quien tenía la obligación de mantener el fuego sagrado del hogar. La familia monógama formaba una unidad religiosa, política y económica, dirigida por el padre, el ejemplo más clásico de esto es la organización de la familia romana.

Conforme a lo establecido por otros autores, las fases por las que ha pasado la familia son:

- PROMISCUIDAD SEXUAL. En esta etapa las relaciones sexuales se realizaban sin ningún obstáculo, de manera que cada mujer pertenecía de igual modo a todos los hombres del clan y

viceversa, el parentesco sólo se podía comprobar por la línea materna, como consecuencia de ésto las mujeres gozaban de una posición social muy elevada que llegó a constituir un matriarcado o ginecocracia. En esta etapa no existía el incesto ni moral pues no había reglas que violar. (3)

- CONSANGUINEA. Esta fase marca una diferencia básica entre la animalidad y la humanidad. Aparece la primera manifestación sobre la necesidad de prohibir las relaciones sexuales entre parientes próximos (para evitar el incesto), impidiendo la cohabitación entre ascendientes y descendentes. Estas familias consistían en grupos conyugales separados por generaciones, los integrantes de cada una de ellas se consideran cónyuges entre sí colectivamente; los abuelos y abuelas eran marido y mujer; sus hijos, los padres y las madres la eran también y los hijos de éstos formaban el primer círculo de cónyuges comunes.

- PUNALUA. En esta etapa se excluye a los hermanos y hermanas del comercio sexual, apareció un tipo de matrimonio por grupos, haciéndose costumbre el que los miembros de un clan sólo podían celebrar matrimonio con los miembros de otro clan o estirpe, así el varón de uno de ellos que se casa con la mujer de otro queda casado no solo con la mujer, sino también con las hermanas y primas hermanas de ésta, y a su vez la mujer queda vinculada con los hermanos y primos hermanos del varón. Con este

tipo de matrimonio se originó una raza más fuerte, debido a la mezcla de dos tribus avanzadas, pero estas comunidades dificultaron el saber con certeza quien era el padre, por lo que la descendencia sólo se podía demostrar por la línea materna.

- SINDIASMICA. Aquí se observa la familia conyugal, un hombre vive con una mujer a la que se castigaba severamente por su infidelidad, a la inversa, el varón gozaba del derecho de infidelidad ocasional e incluso a la poligamia, en esta etapa el vínculo conyugal puede disolverse fácilmente por ambas partes y los hijos sólo pertenecen a las madres.

- MONOGAMICA. En éstas se establecen lazos conyugales más duraderos y no pueden ser disueltos por el solo deseo de alguno de los cónyuges, pero se permite al hombre repudiar a la mujer por infidelidad. Este tipo de familia se funda en el poder del hombre que según Alberto Pacheco, consiste en la propiedad privada y que el hombre al apropiarse algo para sí que le era común quiere heredarlo, rompiendo con el matriarcado que hasta ahora había prevalecido dando origen a un patriarcado esclavizante. (4)

Por la situación social y económica la familia monogámica se ve en la necesidad de abarcar más campos cada día, designándose a la mujer el cuidado del hogar y de los hijos y al hombre se le encomienda la labor de conseguir el bienestar y la

alimentación. En la actualidad las condiciones más que nada económicas colocan al hombre y a la mujer en un plano de igualdad, ya que en algunos casos ambos estudian y se preparan para realizar igual tipo de actividades, colaborando los dos de semejante manera tanto en la alimentación, como en los quehaceres y educación de los hijos.

Ahora pasamos a explicar la organización familiar en algunos países a través de su historia, tratando de demostrar la importancia que reviste la institución familiar y destacando que en los pueblos primitivos aún sin contar con ordenamientos jurídicos que establecieran la constitución familiar, ésta ya existía hasta en los lugares más remotos.

A. EN EUROPA.

ROMA.- La familia no era una sociedad afectuosa y santa, sino un grupo sometido a los rigores de la política, Méteo decía que si la naturaleza hubiera sido bastante liberal para darnos vida sin necesidad de mujeres, estaríamos libres de un gran estorbo, consideraba al matrimonio como un gran sacrificio de un deber particular a un deber público. (2)

Las mujeres desconocían totalmente los intereses

domésticos, su educación era muy deficiente y los maridos eran completamente indiferentes al respecto.

Podemos considerar a la familia romana desde dos sentidos opuestos, es decir, constituida una unidad, política y económica que se fundaba en el parentesco civil o en la agnación.(6) En el sentido propio la familia o domus, es la reunión de personas bajo la autoridad de un jefe único, los descendientes de la mujer in manu que está en condiciones parecidas a las de una hija, desprendiéndose de esto que la familia romana se caracteriza por un dominante régimen patriarcal, ya que el padre o el abuelo con su soberanía eran dueños absolutos de las demás personas colocadas bajo su autoridad, y aún su poder se extendía sobre las cosas, todas sus adquisiciones y las de sus miembros forman un solo patrimonio sobre el cual tiene poder durante toda su vida. Otra cualidad del pater familias es de cumplir como sacerdote de dioses domésticos en las ceremonias del culto privado que tienen por objeto asegurar a la familia la protección de los ascendientes difuntos.

En el otro sentido la suprenacia del pater familias se demuestra cuando las personas que se encuentran bajo su autoridad están unidas por parentesco civil, ligadura que subsiste después de la muerte del padre, ya que los hijos posteriormente a la muerte de éste se convierten en jefes de nuevas familias, considerando a todas las personas que la forman

como una familia civil.

Existieron dos tipos de matrimonio, el cum manu, en el que la mujer salía de su familia original rompiéndose los lazos agnaticos y pasando a formar parte al poder de su marido, estando sometida a éste y cediendo su patrimonio al de su esposo; El sine manu, en el que no se rompen los lazos de agnación de la mujer, su padre sigue conservando sobre ella la patria potestad, pues no sale de su familia originaria y ante el marido tiene una situación de igualdad ya que no le está sometida y sus bienes aún le pertenecen.

En Roma se consideró integrado el matrimonio con el hecho o elemento físico que consiste en la conjunción del hombre con la mujer y se manifestaba con la cohabitación de los mismos en el domicilio marital, y con el hecho o elemento espiritual consistente en la intención de quererarse como marido y mujer, de crear y mantener la vida en común, de perseguir la consecución de los fines de la sociedad conyugal, la voluntad de afecto continuado, porque sin esto, la convivencia física y el matrimonio dejan de existir.

También se consideró al concubinato como una forma de unión legal, pero de grado inferior al matrimonio, diferenciándose de éste, tanto por su naturaleza como por sus efectos, el concubinato consistía en la cohabitación sin afecto marital de

un ciudadano con una mujer de baja condición (esclava o liberta) y en consecuencia la mujer no adquiría la condición social del marido, ni tampoco la dignidad de esposas; Los hijos de estas uniones no se consideran legítimos y sólo eran parientes de la madre y la familia de ésta, con el paso del tiempo estos hijos fueron considerados *liberi naturali* y adquirieron determinados derechos como la posibilidad de ser legitimados.

Augusto, en su legislación estableció que de tratarse de uniones de personas púberes, sin parentesco entre ellas que constituyera impedimento matrimonial, el varón debía ser soltero y la mujer no debía ser honesta, debido a esas condiciones los concubinatos proliferaron.

Constantino, creó la legitimación subsiguiente al matrimonio con carácter transitorio para los hijos naturales existentes en aquel entonces.

Justiniano, es quien vino a mejorar la condición de las concubinas y de los hijos de estas uniones concediéndoles a éstos últimos derecho a la sucesión legítima y el de alimentos en contra de sus padres, hizo institución permanente la legitimación, extendió para el concubinato los requisitos fundamentales del matrimonio, permitió éste a la mujer honesta, requiriendo para ello declaración expresa en tal sentido para que éste no se considerara como estupro.

GRECIA.- Aparentemente el padre ejerce el poder supremo, puede tener las concubinas que quiera y ofrecerlas a sus huéspedes, también puede exponer a sus hijos en las cimas de las montañas para que mueran e incluso sacrificarlos en los altares de los Dioses sedientos de sangre, pero en realidad es que el Estado manejaba un orden social rudimentario y la familia debía asentar en ese orden, precisando de estos poderes que más tarde el Estado se apropió, con la nacionalización del derecho de matar, disminuyendo con ésto la unión de la familia y aumentando la libertad y el individualismo.

El matrimonio tenía lugar por compra, pagando el novio al padre de la novia el precio correspondiente en bueyes o su equivalente, pero casi siempre la compra era recíproca, pues el padre entrega a la novia una importante dote, la ceremonia tiene un carácter familiar y a la vez religioso acompañada de grandes banquetes, danzas y bulliciosa alegría, las novias van por toda la ciudad a la luz de las antorchas, se escuchan cánticos nupciales.

Los griegos conocieron el amor romántico pero raramente tenía como consecuencia el matrimonio, éste se negociaba por medio de los parientes o casamenteros profesionales que miraban a la dote constituida, que pertenecían a la esposa y que volvía a ella en caso de separación, dicha dote servía en gran parte

para desanimar al marido de cualquier veleidad del divorcio. Las mujeres sin dote tenían pocas perspectivas para el matrimonio, cuando el padre no lo tenía los parientes reunían una cantidad con ese objeto. Hecha la elección y aceptada la dote, se celebran solamente los esponsales con la presencia de testigos, sin ser necesaria la presencia de la desposada para tal efecto, esto se lleva a cabo en el domicilio del padre de la novia, y unos días después en el mismo lugar se celebra una fiesta, para la cual los novios debían purificarse previamente en sus hogares mediante un baño ritual, a esa fiesta asistían ambas familias; a un lado de la habitación se sentaban los hombres y al otro lado las mujeres, comiéndose entre todos una torta nupcial y bebiendo mucho vino, concluido esto, el novio conducía a la novia en una carroza a la casa del padre, acompañados de amigos que alumbraban el camino con antorchas y entonaban el canto del himeneo, al llegar a la casa él la tomaba en brazos y franqueaba el umbral simulando un rapto, los padres del joven saludaban a la muchacha y la recibían con ritos religiosos en el círculo de la familia y en el culto de los dioses, los invitados acompañaban a la pareja a su aposento entonando un epitalamio o canto de la cámara nupcial y permanecían en la puerta moviendo gran jolgorio hasta que el joven les anunciaba la consumación del matrimonio.

En la época de Homero la familia aparece como una institución vigorosa y amable, en la que abundaban las esposas ejemplares y los hijos fieles, las mujeres actúan como madres, y

realizan diversos quehaceres como moler el grano, cargar la leña, tejer, bordar, coser, enseñar los usos, la moral y las tradiciones de su tribu; el hombre tenía una tarea propia, el cocinar. Con Solón se limitaban las dotes, buscando que los matrimonios se lleven a cabo sólo por motivos de afecto entre los cónyuges y para la adecuada educación de los hijos; se prohibía la soltería, pero ésto no se cumplía y aumentó considerablemente debido a la gran cantidad de diversiones y entretenimientos los hombres se casaban a los treinta años y pretendían por esposa a mujeres que no excedieran de quince años.

En Atenas clásica, se permiten las relaciones extramatrimoniales, las mujeres respetables debían ir castas al matrimonio, entre los hombres solteros una vez pasada la edad de los efevos se les ponían pocas trabas morales para sus deseos. En los grandes festivales religiosos se concedían licencias sexuales para el apetito carnal de la gente, con la finalidad de que el resto del año se observara fielmente la monogamia.

El marido podía tomar una concubina además de su esposa, las leyes de Dracon autorizaban el concubinato, después fue expedida la ley Sicilia que permitió los matrimonios dobles a causa de la guerra y debida a ésta muchas mujeres no podían encontrar marido.

Se reconocía la prostitución gravando un impuesto a quienes

la ejercieran por lo que constituía una profesión de gran éxito, el divorcio era sencillo para el hombre ya que podía repudiar a su mujer en el momento que deseaba sin declarar motivo alguno, la esterilidad era suficiente razón para ello por ser el objetivo primordial del matrimonio, pero en caso contrario de que el hombre fuera estéril, la ley lo permitía y la opinión pública lo aconsejaba, buscar la ayuda de algún pariente, en cuyo caso el hijo que naciera se consideraba hijo del marido. La mujer no podía abandonar libremente a su esposo, pero por el contrario, si solicitar el divorcio basándose en la crueldad o los excesos del cónyuge, también se otorgaba el divorcio por mutuo consentimiento, que se expresaba por medio de una declaración formal ante el Arconte. (6)

A la mujer para disolver el matrimonio le bastaba escaparse del domicilio conyugal, pudiendo además llevarse consigo cuanto le pertenecía en este caso el marido tomaba medidas para cerrarle la puerta si por casualidad trataba aquella de volver después de la fuga del domicilio conyugal. (7)

ALEMANIA.- Entre los germanos se distinguen dos círculos familiares, el estricto, la casa que es una comunidad fincada bajo la potestad y protección del señor de la casa, aunándose a ésta la mujer, los hijos, los siervos y los extraños acogidos a la hospitalidad de la casa; el círculo amplio es la sippe, que está representada por los grandes no sujetos a la ajena

potestad, y cuyos vinculos tanto de hecho como de derecho se manifestaban en servicios de las armas y en la guerra, en la colonización, en el culto y por juramento y que posteriormente es titulo de la potestad que se tiene sobre los miembros de la sippe huérfanos y necesitados de tutela y fuente de todo derecho sucesorio. (8)

Con el tiempo la sippe se descompone y los vinculos agnaticos ceden su lugar a la familia Cognatica.

El matrimonio se basa en un acuerdo de voluntades que una vez celebrado no se puede disolver, tal acuerdo se materializa en un contrato que primeramente es de compra de la esposa y luego se espiritualiza con la adquisición del poder sobre ella, este contrato se celebra en el matrimonio legitimo entre el varón y el tutor de la mujer, existe también el matrimonio libre, contrato que celebran directamente los esposos, en el primero se distinguen dos partes sobre la adquisición de la propiedad, se celebra un contrato de esponsales en el cual no se requiere la voluntad de la mujer y después un acto de entrega formal de la novia en presencia de los parientes y con ofrecimiento de determinados símbolos.

CRISTIANISMO.- La iglesia católica elevó al matrimonio a la categoría de sacramento, (8) reconoció el alto nivel de la mujer en la familia y puso a toda la sociedad económica al servicio de

los hijos, proclamó los principios de la igualdad, dignidad de los esposos y la indisolubilidad del vínculo, contribuyó a mitigar la antigüa rudeza de la patria potestad. (9)

La familia y el matrimonio han sido regidas por el Derecho Canónico como sacramento y tiene como base una asociación tanto de cuerpos como de almas sin que exista la necesidad de que domine una persona sobre otra, ya que si hubiera necesidad de alguna autoridad marital correspondería a la concepción católica que más que poder sería tutela y protección.

El cristianismo primitivo se vió obligado a reconocer al concubinato como institución legal, tratando de mantener la unión de los concubinos. San Agustín permitió el bautismo de la concubina con tal que se obligará a no dejar a su compañero. San Hipólito negaba el matrimonio a quien lo solicitaba cuando se pretendía abandonar a su concubina, salvo que ésta le hubiera engañado, por su parte el primer Concilio de Toledo, autorizó el concubinato con la condición de que tuviera el carácter de perpetuidad mantenido por Isidro de Sevilla, después se le dió el matrimonio carácter de sacramental y el concubinato no pudo subsistir con la disposición del Concilio que establecía que incurrieran en excomunión los concubinos que no se separasen a la tercera advertencia actualmente subsiste en el Código de Derecho Canónico el impedimento matrimonial dirimente de pública honestidad, fundado en el concubinato público e notorio entre

uno de los concubinos y los parientes del otro en primero y segundo grado de la línea recta y excluye de los actos eclesiásticos a los seglares que vivan públicamente en concubinato hasta que den señales de verdadero arrepentimiento.

EDAD MEDIA.- La familia fue un organismo económico que tenía como fin primordial bastarse a si mismo, sembraba y cosechaba sus propios alimentos, hilaba sus telas en el desarrollo de la industria doméstica.

La familia medieval aparece como un organismo de ética muy elevado y como uno de los núcleos sociales más fuertemente constituido, continúa la unidad de mando, aunque en menor escala ya que la autoridad sobre la mujer es una especie de tutela que proporciona al marido una situación predominantemente, especialmente en el aspecto patrimonial, esto sin anular la personalidad de la esposa, que es la dueña de la casa.

La patria potestad se convierte en protección de padre, pero sin excluir a la madre en beneficio de los hijos. La situación era ideal para el primogénito y pésima para los demás y para las mujeres.

Se señaló necesario el matrimonio y se establecieron diferentes penas para los solteros por la necesidad de aumentar la población, por lo que el grupo de familia comprendía aún a

los parientes más lejanos.

La baja edad Media marcó la reducción de la familia a los parientes más cercanos y desarraigo de ésta al crecer en número de familias ciudadanas en relación en las familias campesinas. (10)

FRANCIA.- A consecuencia de la revolución francesa el matrimonio posee un carácter religioso y fue conceptuado como un contrato con la manifestación de la voluntad, admitiendo el divorcio por mutuo consentimiento por la demencia o locura de uno de los esposos y la probabilidad del divorcio por voluntad de uno de los cónyuges.

También se estableció la igualdad de los hijos naturales y los legítimos, a abos se les conceden iguales derechos hereditarios, se destruye la patria potestad, se restablece la autoridad marital absoluta, siendo la mujer incapaz en el manejo de sus bienes.

B. EN ASIA

BABILONIA.- Las uniones libres eran lícitas y hasta bien vistas, pero para señalar su condición especial de concubina, la

mujer debía llevar un olivo de piedra o arcilla como insignia.

Los matrimonios se convenían entre los padres e iban acompañados por un intercambio de regalos que en algunos casos se convertían en compra, la patria potestad concedía derechos absolutos y atroces, el padre podía entregar a su hija por dinero y en otros casos no matrimoniales podía vender a su esposa y a sus hijos.

De acuerdo con los términos del Código de Hamurabi la mujer adúltera y su cómplice debían pagar su delito con su vida a menos que el marido, más benévolo prefiera arrojarlos desnudos por la calle pero esta disposición tan drástica, quedaba atenuada por otra que establecía que se juzgaría a los culpables del adulterio únicamente en el caso de que el marido no perdonase a su mujer o el Rey a su súbdito, y por las costumbres de este pueblo era muy fácil que uno de los dos cónyuges perdonase. (11)

Existía el repudio y el divorcio produciéndose este último cuando el hombre le devolvía la dote a su mujer y con el solo hecho de decirle "tu ya no eres mi mujer", también se concedía por esterilidad, por adulterio, por incompatibilidad de humor y por negligencia demostrada en la administración del hogar, en los casos de que alguna de estas causas emitiera gravedad, el hombre podía hacer caer a su mujer en esclavitud e incluso arrojarla al río.

ASIRIA.- Se encontraba organizada de acuerdo a un severo régimen patriarcal uno de sus objetos más importantes (por tratarse de un país esencialmente guerrero), era la perpetuación y el aumento de la especie. El aborto era considerado como un crimen capital y las mujeres que lo provocaban eran castigadas con la empalada.

Los matrimonios se celebraban por contrato y algunas veces se limitaban a una compra pura y simple. Las leyes colocaron a la mujer en una situación de inferioridad. Debía aparecer velada en público; obedecer ciegamente a su marido; y serle estrictamente fiel, sin que esta última obligación tuviera carácter reversible, por el contrario los hombres podían tener tantas concubinas como les permitieran sus medios económicos, sin recibir por ello ninguna sanción moral o legal. (122)

PERSIA.- Su legislación está consignada en el Libro Sagrado y Trascendente. Debido a las situaciones bélicas por las que pasaba el país, le era imprescindible aumentar la población para lo cual protegía todas las situaciones que tendieran a lograrlo.

Los padres convenían el matrimonio de sus hijos apenas éstos llegaran a la pubertad. El incesto era considerado como pecado y las uniones siempre se realizaban entre extraños.

Antes de Darío, la mujer ocupaba un lugar privilegiado, tanto dentro de la familia como en la sociedad, podían circular libremente por las calles con el rostro descubierto, podían poseer bienes y disponer de ellos, incluso intervenían en los asuntos de su marido, pero con el tiempo la situación decayó afectando principalmente a las mujeres en un plano de inferioridad absoluta.

El aborto y el adulterio eran castigados con la pena de muerte, pero este último podía ser perdonado.

CHINA.- Cuentan los Anales Chinos, (8) que en el comienzo, los hombres no diferían en nada de los animales en su manera de vivir; erraban por los bosques y las mujeres eran comunes, los niños nunca conocieron a sus padres sino sólo a sus madres. Fue el emperador Fouhi, quien abolió esta promiscuidad e instituyó el matrimonio. (13)

Cada casa es un pequeño Estado, ésta es una casa bastísima, regulada por los mismos principios de sociabilidad y sometidas a las mismas obligaciones, el individuo se pierde en la familia y ésta en el reino, sin que el privilegio de casta, ni derecho de sacerdocio descompongan aquella unidad absoluta y plena.

La familia tenía carácter patriarcal. El matrimonio es un acto religioso que permite perpetuar el culto del antepasado, a

través de sus descendientes. Los padres de los contrayentes arreglaban el matrimonio, pues eran los que elegían a los contrayentes, los cuales no se conocían hasta el día de la boda, pero a pesar de esto se establecían entre ellos fuertes lazos de respeto y afecto.

Algunos padres de los novios procuraban examinar a la joven para descubrir si tiene defectos y luego la compran a sus padres pagándoles la dote a la que añaden regalos de más o menos valor; el día de la boda, la conducen a la casa del marido un acompañamiento espléndido de parientes, amigos y criados, con música, guirnaldas, perfumes y regalos. La esposa va en un heroso palanquín cerrado con llave, que abre el marido cuando llega y entonces ve por primera vez a aquella con quien tiene que pasar la vida, si ésta no le gusta la despide algunas veces; si le agrada la introduce en la sala donde después de hacer algunas reverencias a ella y a los nuevos parientes, la deja con las señoras convidadas, el marido debía habitar en la casa paterna sin disminuir en nada su antigua sumisión a sus padres.

Se admite la poligamia para los grandes y para los mandarines, y era una de las mujeres la que tenía el carácter de esposa. El chino recibe a las concubinas sin formalidad alguna, dando sólo a los padres la suma convenida y prometiéndoles no matarla, éstas estaban sometidas y no participaban en la administración doméstica; los hijos de ésta son considerados

como si fueran de la mujer legítima a la que le den el título y honores de madre, y participan al igual que los otros en la herencia del padre. (14)

Eran considerados motivos del divorcio: la desobediencia habitual, la esterilidad, el adulterio, los celos cuando la mujer no quiere tolerar a otra, las enfermedades esqueléricas y contagiosas, el carácter hablador y pendenciero el hurto hecho al marido para enriquecer a la propia familia y la antipatía del marido.

INDIA.- La antigua sociedad estaba dividida en vanas o colores para distinguir a los conquistadores aricos (de piel blanca), de los druidas y dominados (de piel oscura), Las agrupaciones jerárquicas se basaban en la ocupación; los Brahmanes (sacerdotes y estudiosos); los Kashatryas (soldados y gobernantes); los Vaisyas (agricultores y comerciantes); los Sudras (sirvientes), que limitaban al indú en su matrimonio, en sus prácticas religiosas, y en su libertad para moverse en sociedad.

Hubo ocho modos de contraer matrimonio en el modo Brahman el padre da a su hija vestidos y adornos para entregarla a un hombre versado en las sagradas escrituras y virtuoso, por él invitado; el Divino, cuando el padre después de haber preparado a su hija, la otorga al sacerdote que oficia; el de los Santos,

el padre da la mano de su hija después de haber recibido del pretendiente una vaca y un toro para el cumplimiento de la ceremonia religiosa, y no como gratificación; el de las Criaturas, el padre casa a una hija con los honores convenientes, estableciendo que los dos deben practicar conjuntamente los deberes prescritos; el de los Malos Génius, el pretendiente recibe de su plena voluntad la mano de una hija y le hace obsequios a ella y a los padres de ésta; el de los Músicos Celestiales, cuando la unión resulta de mutua atracción; el de los Gigantes es aquel en que se rapta a la joven y ella grita y llora; por último el de los Vaspiros es aquel en el que el amante se introduce secretamente en el domicilio de la mujer y se embriaga de licor espirituoso. Los cuatro primeros dan a luz infantes brillantes y virtuosos, los otros cuatro producen hijos crueles, mentirosos que invariablemente sentirán horror a la Sagrada Escritura. (15)

La unidad de mayor importancia es la familia, centro de intereses superiores a los individuos. Algunas veces comprende hasta cuatro generaciones en forma patriarcal, el progenitor más anciano es la cabeza de la familia. El divorcio y el segundo matrimonio de la mujer están prohibidos en las castas superiores, pero son muy frecuentes en los estratos inferiores.

La religión impone como necesidad del alma los sacrificios expiatorios que los hijos deben hacer por sus padres el que no

tenía hijos podía entregar a su mujer a uno de los hermanos para que la fecundara, acto que se realizaba con mucha solemnidad, en medio de las tinieblas el hombre ungido en manteca como en los sacrificios funerarios, se acerca a la mujer sin hablar, sin tocarle los cabellos y sin aspirar el perfume que éstos exhalaban y una vez cumplido el deber no debía volver a verla.

ISRAEL.- La misión de las relaciones entre hombre y mujer se encuentra en las primeras páginas de la Biblia, en este relato el creyente descubre la idea de pueblo, sobre la pareja y el matrimonio. En el Génesis se encuentra la unión monogámica, indisoluble la mutua ayuda que se interpone a la procreación. En la época de los patriarcas, el matrimonio se orientaba a la propagación de la raza, teniendo la obligación de contraerlo dentro de su propio clan, admite y consagra el matrimonio entre los hermanos, está orientado hacia la poligamia, la ley exalta la paternidad y considera al celibato como pecado o crimen, el matrimonio era obligatorio después de los veinte años, éste les era impuesto a los sacerdotes, porque consideraban que serían más puros llevando una vida normal, estimaban inferior a la mujer estéril, a tal grado que constituía una causal de repudio o de divorcio, dispusieron que el aborto, el infanticidio o cualquier otro medio destinado a controlar la natalidad eran abominaciones paganas.

El matrimonio era ocasión de esparcimientos, el novio se presentaba en la casa de la novia y ésta, vestida y alhajada lo esperaba, cubierta con un velo que conservaba hasta la cama nupcial.

La novia era conducida por sus amigos cerca de su esposo entre cantos de amor: la novia trata, por juego, de escaparse de su novio, que debe simular conquistarla por la fuerza. Luego se celebraba un festín de siete días, pero, el matrimonio se consumaba en la primera noche y de ella se conservaba el lienzo manchado de sangre que probaba la virginidad de la novia, mismo que servía de prueba en caso de calumnia del marido. (16)

Los esposos bajo la figura de Javhé, esposo fiel de Israel descubren que también la unión matrimonial, es una forma de obligación de todo ser a una compañera, a un juramento de fidelidad.

Malaquías prescribe con autoridad las uniones, e indicará la razón profunda: la complacencia ante éste género de compromisos. El profeta alude el concepto ideal y divino del matrimonio; "los dos serán una sola carne". (17)

Moisés no reconoce el divorcio y aunque es lícito al hombre repudiar y separar de su lado a su mujer, los casos de repudio estaban regulados por el capricho del marido.

La familia se orienta hacia la bigamia, cuando el padre puede pagarse una sirvienta. Más tarde la mujer gana respeto y libertad, la esposa es una compañera y no una esclava, se establece el divorcio, con la condición de que el marido fuera infiel. En el año 662 A.C. el Libro Deuteronomios que trata de restringir el divorcio, se esfuerza por estrechar los lazos familiares, ya que en la familia es donde se deben enseñar las leyes. Después del exilio de Babilonia se prohíben los matrimonios con extranjeros, se apoya la fidelidad, se pretende preservar la pureza mediante el impedimento para contraer matrimonio por lazos de consanguinidad, algunas prohibiciones temporales y de reglas morales.

C. EN AFRICA.

EGIPTO.- Los antiguos egipcios debieron a Manes la institución del matrimonio, desgraciadamente en un principio no fue debidamente regulado: no se tenía idea de la unión conyugal. Adquirían los hombres únicamente una mujer que satisficiera sus deseos, y los hijos de ésta unión irregular llevaban el nombre de la madre, no siendo responsable el padre en ningún sentido, fue Creops, el que vió que este abuso perjudicaba altamente a la

sociedad y entonces estableció leyes y reglas para el matrimonio, reglamentándolo debidamente. (18) Hombres y mujeres gozaron de iguales derechos ante la ley, mismos que no eran exclusivos de la clase privilegiada, el deber filial era muy severo entre los egipcios, mencionan las Inscripciones de Tebas y de acuerdo con los preceptos de Ptah-Hoter contenidos en el libro más antiguo del mundo, es el esposo o padre, quien deben mandar y la esposa e hijas obedecer. (19)

El matrimonio era monogámico salvo excepciones introducidas en favor del rey y de los príncipes, por otra parte el contrato de matrimonio era sumamente estricto, existió la propiedad conyugal en la que el hombre gozó de las dos terceras partes y la mujer del resto, el hombre administró la propiedad y vigiló que las adquisiciones fueran distribuidas en la proporción descrita, aún cada parte podía tener propiedad exclusiva, la mujer podía enajenar su propiedad, ser parte en los contratos, entablar procedimientos, otorgar testamentos y rendir testimonio sin ser asistida de su padre ni de su esposo.

Los niños fueron el mayor tesoro del matrimonio, a las familias sin hijos les era bien visto que los adoptasen, la adopción traía consigo el derecho a heredar.

D. EN AMERICA.

MEXICO.

a) EPOCA INDIGENA. El régimen jurídico de los pueblos precortesianos fue rudimentario, pero los antiguos cronistas hablan de diversos contratos que existían entre los indios a la llegada de los españoles, ésto a pesar de que no tenían una educación sino que más bien su derecho era consuetudinario, pero se cree que en este periodo se inicia la ley escrita por los geroglíficos, esta ley era promulgada por el Rey.

En los antiguos tiempos de los Chichimecas, Nopaltzin, dictó algunas leyes, condenando a los adúlteros y a los que incendiaban los sembrados con pena de muerte, prohibía la caza en terrenos ajenos y al que tomaba animales que no le pertenecían se les privaba del derecho de cazar perdiendo su arco y sus flechas, siendo el único objeto de esta legislación proteger a la familia y a la propiedad.

Con Netzahualcoyotl, el derecho evolucionó, aumentó las fórmulas y las instituciones, en este estado los encontraron los españoles, con costumbres muy variadas tanto en principios

básicos del matrimonio como en las costumbres de influencia social de la familia. El hombre era el jefe de la familia, pero en derecho, estaba en igualdad de circunstancias con su mujer. (20)

La poligamia era una especie de privilegio entre los pudientes, teniendo el Rey las mujeres que quería de todo género y linaje y entre todas tenía una por legítima, la cual procuraba que fuera de linaje principal y alta sangre, realizando con ella ciertas ceremonias que no hacía con las demás, consistentes en colocar una estera (8) enfrente de la chimenea o fogón de la casa, se sentaban ahí los novios con los vestidos atados, entonces llegaban los principales del reino a dar el parabien, que Dios les diera en quien como sucesión respondiera a su nobleza y memoria, luego llegaban los embajadores de los señores reyes de México y Tacuba que hacían lo mismo en el nombre de sus señores, tras ellos los señores de sus señores y sus inferiores, después se despedían de todos y los novios eran conducidos al lecho donde consumaban su matrimonio y cuatro días después regresaban a saber de ellos con muchas palabras amorosas y tiernas.

La poligamia fue una de las causas que más dificultó la evangelización porque los pudientes no querían dejar esta costumbre, situación por la cual los frailes decidieron conceder derechos únicamente a la primera mujer ya que era la única

legítima.

Los Otomies, en sus costumbres dejan mucho que desear, ya que a los chicos se les daban niñas de su edad y se les buscaban como mujeres, con este derecho se les permitía abusar de cualquier doncella antes de casarse, pero si de algún modo la mujer no le satisfacía él podían despedirla y tomar otra, este derecho también es para las mujeres.

En relación con los Nahuas, se sabe que no tuvieron un lugar fijo de asentamiento por ser unos salvajes que vestían con la piel de los animales que cazaban para comer, desconocían el lugar donde se encontraba su señor principal, por lo que hacían al anochecer un hueso por señal para llevar ante éste lo que habían cazado aquel día para que fuera repartido entre todos, de tal manera que quedasen satisfechos. Las parejas se unían en matrimonio y eran muy leales entre ellos, practicaban la monogamia. (21)

Los Chichimecas, practicaban el matrimonio y tenían mujer propia, este matrimonio lo celebraban por contrato de tercerías de parientes.

Entre los Olmecas y los Teotecas existían ritos matrimoniales, consistentes en colocar los nahuas en los cuatro ángulos de la estera que debían servir de talazo nupcial, cuatro

manojos de caña, algunas plumas y un Chalchihuti, que eran los emblemas de la fecundidad cuadruplicados en razón de los hijos que pedían a Quetzalcoatl. Por ésto cuando alguna criatura venía a este mundo, se le dirigía la palabra, diciendo al nonato como si lo pudiera entender "Cuando fuiste creado y enviado a este mundo, limpio y bueno, y tu padre y tu madre Quetzalcoatl te formó como una piedra preciosa y como una cuenta de oro muy resplandeciente y pulida" a Quetzalcoatl se le llamaba padre y madre por presentar los fecundantes incluidos en los cuatro elementos. (22)

Existía el divorcio aunque se presentaba en muy raras ocasiones, por que los jueces procuraban conformar y poner en paz al inocente riñendo duramente al culpable, diciéndoles que mirasen con cuanto acuerdo se habían casado y que no hechasen en vergüenza y deshonra a sus padres y parientes que los habían casado que por esta situación iban a ser notados en el pueblo, todo ésto con la finalidad de que recapacitaran.

El adulterio era considerado como delito grave y lo castigaban con pena de muerte para ambos adúlteros pero se le concedía al marido la facultad de ejecutar la sentencia que en algunos casos era revocable conformándose con cortar al adúltero la nariz, las orejas o los labios.

En los matrimonios intervenían los padres que se encargaban

de buscar a la novia, previa conformidad del interesado, se reunían los parientes en consejo de familia para escoger a la novia. Había mujeres honradas que tenían la misión de pedir a la novia, misión que cumplían con mucha ceremonia, los padres de ésta se hacían del rogar y a la tercera visita respondían que dada la insistencia no ponían dificultades en que se celebrara el matrimonio. Después se efectuaban ceremonias previas, tanto en la casa del novio como en la de la novia con la finalidad de prepararlos en su vida del matrimonio, al anochecer todos los presentes en procesión con telas encendidas acompañaban a los novios a su nueva casa que era la del novio, donde se celebraban nuevas ceremonias. La suegra vestía a la novia con un guipiyi y las casamenteras ataban la capa del novio con el guipiyi de la novia, les lavaban la boca y les daban de comer cuatro bocados de un tamal para que los terminaran juntos, concluido esto se encerraba a los novios en su recámara que era vigilada por las casamenteras ministras del matrimonio durante toda la noche, las fiestas duraban cuatro días y durante ellas todos los parientes vivían en la casa de los novios para tratarse como familiares.

b) EPOCA COLONIAL.- Debido a las condiciones particulares que presentaban las indias, se motivaron disposiciones particulares con el propósito de levantar a la raza autóctona al nivel de la colonizadora, no poniendo trabas a los matrimonios e individuos de otras razas (indios, negros y castas).

Las reglas del Derecho Civil acerca del matrimonio indio señalan que los menores de veinticinco años necesitaban para contraerlo, la autorización de su padre o en su defecto la de su madre, de los abuelos o de los parientes más cercanos, a falta de éstos el de los tutores pero para éstos dos últimos casos debían de obtener la autorización judicial, exceptuando a los negros mulatos y castas, que no fueran oficiales de milicia y los indios que tuvieran alguna dificultad para solicitarla, en cuyo caso deberían obtenerlo de sus curas y doctrineros, los españoles cuyos padres o tutores se encontraran en otro reino o en España podían solicitar la licencia de la autoridad judicial. Los matrimonios celebrados sin licencia no producían efectos en relación a los cónyuges ni para con los hijos, se prohibieron los matrimonios ventajosos, tanto económica como políticamente.

Felipe II, dispuso "Prohibimos y defendemos, que sin nuestra licencia particular, como en estos nuestros reinos se hace, los virreyes, presidentes y oidores, alcaldes del crimen y fiscales de nuestras audiencias de las Indias, se pueden casar, ni casen en sus distritos; y lo mismo prohibimos a sus padres que nos sirven en los dichos cargos, pena de que por el mismo caso queda en sus plazas vacas y desde luego los declararemos por tales, para las proveer en otras personas que fueran en nuestra voluntad". (23)

c) EPOCA INDEPENDIENTE. Hasta las leyes de Reforma el matrimonio fue de competencia exclusiva de la iglesia, ya que

según el derecho natural, basta con el consentimiento de los cónyuges, y hasta el siglo XVI no existía ley que exigiera determinada formalidad para que el matrimonio fuera válido, sólo bastaba el acto conyugal con la intención de perpetuar.

A partir del Concilio de Trento, la iglesia considera que los matrimonios son de su exclusiva competencia, por virtud del sacramento del bautismo, aunque sólo uno de los contrayentes sea bautizado; La jurisdicción de la iglesia sobre el matrimonio fue definida por el Concilio de Trento expresando la potestad de la iglesia para constituir impedimentos dirimentes y dispensar de ellos, la competencia para juzgar causas matrimoniales, quedando implícito con esto que la iglesia posee jurisdicción por derecho propio y no por concesión de las autoridades civiles, y que en relación con personas no bautizadas sólo la potestad del Romano Pontífice puede celebrar estos matrimonios por virtud del privilegio de la fé. Por lo que el Estado tratando de restar poder a la iglesia, establece el matrimonio como contrato, justificando su intervención manifestando que la voluntad de los contrayentes se traducía en la existencia del contrato mismo.

En la Revolución Francesa los esfuerzos del poder civil triunfaron definitivamente, concebiéndose en la Constitución Mexicana al matrimonio como contrato civil, posteriormente en la ley de 1792 se siguen observando los preceptos de la constitución antes mencionada, con la asimilación del matrimonio

a un contrato social admite el divorcio voluntario y por la incompatibilidad de caracteres.

A partir de estas leyes se ha venido regulando a la familia, de tal modo que en la actualidad se reconocen algunas formas fundamentales para su constitución, formas que como ya quedó establecido son muy antiguas y que se siguen utilizando en la actualidad, de ellas hablaremos más adelante.

- 1.- Rincón Siches Luis, **TRATADO GENERAL DE SOCIOLOGIA** México, Porrúa, 17a. ed., 1979, p. 467.
- 2.- *Idea.*
- 3.- Pacheco E. Alberto, **LA FAMILIA EN EL DERECHO CIVIL MEXICANO**, México, Porrúa, 1984, p. 209.
- 4.- *Idea.*
- 5.- Chávez Anuncio Manuel, **LA FAMILIA EN EL DERECHO**, Porrúa, México, 1984, p. 124.
- 4.- Galindo Garfias Ignacio, **DERECHO CIVIL**, México, Porrúa, 5a. ed., 1982, p. 430.
- (8) Primer registrado de las Repúblicas Griegas.
- 7.- De Ibarrola Antonio, **DERECHO DE FAMILIA**, México, Porrúa, 13a. ed., 1984 p. 7.
- 8.- Galindo Garfias Ignacio, **Op. Cit.**, p. 431.
- 7.- *Idea.*
- (8) Sacramento es el signo que contiene en sí lo que significa y realiza, aquello que significa unión de sentimientos.
- 10.- Chávez Anuncio Manuel. **Op. Cit.**, p. 34.
- 11.- *Ibidem.* p. 14.
- 12.- *Ibidem.* p. 17.
- (8) Obra que relata los acontecimientos año con año.
- 13.- De Ibarrola Antonio, **Op. Cit.**, p. 84.
- 14.- Chávez Anuncio Manuel. **Op. Cit.**, p. 19.
- 15.- De Ibarrola Antonio, **Op. Cit.**, p. 81.
- 16.- *Ibidem.* p. 77.
- 17.- Chávez Anuncio Manuel, **Op. Cit.**, p. 30.
- 18.- De Ibarrola Antonio, **Op. Cit.**, p. 87.
- 19.- *Ibid.*
- 20.- *Ibidem.*, p. 98.
- (8) Estera. Tejido de palma con que se cubre el suelo de las habitaciones.
- 21.- Chávez Anuncio Manuel, **Op. Cit.**, p. 97.
- 22.- *Ibidem.* p. 43.
- 23.- *Ibidem.* p. 44.

CAPITULO II.

GENERALIDADES DEL DERECHO DE

FAMILIA Y LA FAMILIA.

A. Derecho de familia. 1.- Concepto. 2.- Sujetos del derecho de familia. 3.- Objeto del derecho de familia. a) Deberes y derechos del derecho de familia b) Actos jurídicos del derecho de familia c) Sanciones del derecho de familia. 4.- Consecuencias del derecho de familia. 5.- Relaciones jurídicas del derecho de familia. B. La familia. 1.- Concepto. a) Amplio. b) Restringido. 2.- Naturaleza jurídica. 3.- Finalidad de la familia. C. Instituciones conformatoras de la familia. 1.- Parentesco, sus clases. a) Por afinidad. b) por adopción. c) Por consanguinidad. c.1) Filiación. 2.- Matrimonio. 3.- Concubinato.

A. DERECHO DE FAMILIA.

Si partimos de que la familia desde los orígenes del hombre ha sido considerada como el núcleo principal de la sociedad, la cual se basa en lazos de afecto, amor y respeto de todos los miembros que la componen, se hace necesaria una transformación de su organización en cuanto a época y lugar se refiere, y si por otro lado consideramos al derecho como un medio de dirigir la conducta humana, podemos afirmar que la familia es el hecho y el derecho de familia es la reglamentación jurídica de la misma.

Esta conjunción es necesaria para lograr una estructura sólida de la familia que pudiera llegar a evitar conflictos que surgieran dentro de la misma.

1.- CONCEPTO.

Como se desprende de lo anterior no podríamos estudiar a la familia como institución, sin estudiar al derecho que es el que reglamenta a la familia, procederemos ahora a exponer algunas opiniones de diferentes autores al respecto de este tema, para dejar claro el mismo.

Puig Peña, define al derecho de familia estableciendo que la familia como institución, precisa de un ordenamiento, de un disciplinamiento, de un conjunto de normas y disposiciones que la articulen y organicen dentro del panorama general del orden jurídico. (1)

Galindo Garfias, lo entiende como el conjunto de normas jurídicas destinadas a regir la conducta de los miembros de un grupo familiar entre si, creando las relaciones conyugales constituidas por un sistema de derecho y obligaciones, poderes, facultades y deberes entre consortes y parientes. (2)

Rafael de Pina, nos dice que es aquella parte del derecho civil que regula la constitución del organismo familiar y las relaciones entre sus miembros.

Este puede ser entendido en sentido objetivo, como el conjunto de reglas que presiden la constitución, existencia y disolución de la familia; y en sentido subjetivo es el derecho que a la familia le toca desenvolver en la vida.(3)

Castan Toboñas, hace la misma clasificación del derecho familiar y lo entiende en sentido subjetivo como las facultades o poderes que nacen de aquellas relaciones que dentro del grupo familiar mantiene cada uno de los miembros con los demás, para el cumplimiento de los fines superiores de la entidad familiar, y en sentido objetivo, el derecho de familia es el conjunto de normas o preceptos que regulan esas mismas relaciones entre sí los miembros de la familia.(4)

Chávez Asencio, lo define como el conjunto de normas jurídicas de un fuerte contenido moral y religioso que regula a la familia y las relaciones familiares, personales y patrimoniales que existen entre sus miembros y entre éstos con otras personas y el Estado, que protegen a la familia y a sus miembros y promueven a ambas para que la familia pueda cumplir con su fin.(5)

De las anteriores definiciones se desprende que el derecho de familia es la reglamentación de los actos de familia tanto personales como patrimoniales que tiene como objetivo principal la protección de ésta con la finalidad de cumplir con su cometido.

2.- SUJETOS DEL DERECHO DE FAMILIA.

En el derecho de familia los sujetos que intervienen son generalmente personas físicas, pero es frecuente la intervención del Estado, produciéndose relaciones mixtas, como sucede con el matrimonio, la adopción, el reconocimiento de los hijos, la patria potestad y la tutela y en algunos casos el Consejo de Tutela.

Los sujetos del derecho de familia son los parientes que comprenden los de consanguinidad, afinidad y adopción, como los cónyuges, las personas que ejerzan la patria potestad o la tutela, los concubinarios, dado que en nuestra legislación civil se reconocen algunas consecuencias jurídicas al concubinato, tanto entre las partes como en relación a los hijos nacidos en el mismo. También deben ser considerados como sujetos del derecho de familia a la madre soltera, a los padres e hijos y

al pupilo. (6)

A continuación mencionaremos las categorías de los sujetos familiares:

a) Parientes, categoría esencial del derecho de familia por la diversidad de consecuencias jurídicas que se presentan, ya sea en el de consanguinidad, de afinidad o el civil.

b) Cónyuges, nuestro derecho no considera esta categoría como parientes, pero éstos son sumamente importantes ya que no sólo crea los sujetos especiales del matrimonio, con el conjunto de derechos que la ley les concede e impone, sino que también los proyecta sobre los parientes legítimos y especialmente en las relaciones paterno-filiales.

c) Concubinos, de esta categoría se derivan relaciones jurídicas y parentesco, con la excepción del de afinidad.

d) Personas que ejercen la patria potestad y menores sujetos a la misma, dentro del parentesco se originan las relaciones específicas que impone la patria potestad entre padres e hijos y entre abuelos y nietos, relaciones que se diferencian de los demás parientes, por lo que debe separarse a estos sujetos de los demás del derecho familiar.

e) Tutores e incapaces, la incapacidad de algunas personas, por ejemplo los menores de edad no sujetos a patria potestad y mayores de edad privados de inteligencia, origina que se regulen relaciones específicas mediante la institución de la tutela, con el conjunto de derechos y obligaciones que éstos implican.

f) Curadores, Consejos de Tutela y Jueces Pupilares, en relación a la tutela se hace necesaria la existencia de otros sujetos que cumplan con funciones específicas, desprendiéndose de ésto que el Estado puede actuar en algunos casos como sujeto de familia.

g) Padre y madre soltera, esta categoría genera el parentesco consanguíneo y natural.

3.- OBJETO DEL DERECHO DE FAMILIA.

El derecho es el conjunto de normas que tienen por objeto regular la conducta intersubjetiva que se manifiesta en facultades, deberes y sanciones.(7).

Así el objeto del derecho de familia es el de regular las relaciones jurídicas familiares de las personas y los derechos, deberes y sanciones que se desprenden de estas relaciones. De

tal suerte que existen derechos subjetivos familiares, que se manifiestan en el matrimonio entre los consortes; en las relaciones de parentesco entre los parientes por consanguinidad, afinidad y adopción; en las relaciones específicas de la patria potestad entre padres e hijos, abuelos y nietos; así como en todas las consecuencias de la filiación natural; y en la tutela como institución independiente de la misma.

a).- DERECHOS SUBJETIVOS FAMILIARES.

Estos derechos debido a los tipos de sujeción que se establecen en las relaciones conyugales, paternales, paterno-filiales y tutelares, pueden afectar no sólo la conducta del sujeto pasivo, sino también su propia persona, su actividad jurídica y su patrimonio.

Las sanciones propias del derecho de familia generalmente consisten en la inexistencia, la nulidad, la revocación, la reparación del daño a través de formas compensatorias o de indemnización, o la ejecución forzosa.

Los derechos subjetivos familiares se clasifican en:

- Patrimoniales y extrapatrimoniales. Los primeros son susceptibles de valorarse en dinero y los segundos no lo son.

Estas características son aplicables a los derechos familiares extrapatrimoniales, ya que en los derechos de familia patrimoniales tales como el de pedir alimentos y el derecho de heredar en la sucesión legítima, pero entre ellos existen algunas diferencias.

En ambas existe como naturaleza común el ser valorables en dinero pero el derecho a exigir alimentos se distingue del derecho a heredar, en que los primeros son intransigibles, intransmisibles, inalienables, imprescriptibles e irrevocables, en cambio el derecho a heredar como todos los derechos patrimoniales tiene características opuestas.

- Absolutos y relativos. El estado civil de las personas crea situaciones oponibles a todo el mundo pero los derechos familiares no se derivan del estado civil, sino de las relaciones jurídicas familiares, es decir, la calidad de cónyuge, pariente, tutor o persona que ejerza la patria potestad, son valores erga omnes y las prestaciones que cada uno puede hacer valer sólo serán oponibles al sujeto señalado expresamente como sujeto pasivo de la relación.

- Públicos y privados. Esta clasificación es de acuerdo al interés público o privado que existe en su constitución o ejercicio, los primeros son los que principalmente organiza el derecho objetivo de familia, tanto en las relaciones conyugales, como los que nacen del parentesco, la patria potestad o la tutela, tanto esos derechos familiares no patrimoniales como los de valoración tanto económica, principalmente el derecho de alimentos se constituyen y se ejecutan tomando en cuenta un interés familiar y no un interés particular. (8)

- Transmisibles e intransmisibles. Todos los derechos que no tienen carácter patrimonial son intransmisibles, ya que se conceden en consideración a la persona titular o a la relación jurídica que se constituye. Los derechos familiares patrimoniales se encuentran ligados a las relaciones jurídicas personales de que dependen y no cabe la posibilidad de transmitirlos.

- Temporales y vitalicios. Los derechos inherentes a la patria potestad y a la tutela son considerados temporales, ya que se confiere durante la minoría de edad o durante el tiempo que dure la interdicción, estos derechos también se extinguen por la emancipación de los menores. (9)

En cambio los derechos de familia que surgen del parentesco son vitalicios ya que se conceden durante la vida del pariente, en el matrimonio los derechos familiares que surgen pueden ser considerados temporales cuando está permitido el divorcio (como en nuestro país) pero manteniéndose el matrimonio, las facultades de cada consorte tendrán el carácter de vitalicias.

- Renunciables e irrenunciables. Son irrenunciables los derechos extrapatrimoniales de familia, pero puede haber excusa para desempeñar algunos cargos, como la patria potestad, la tutela y la curatela, en cambio en las relaciones conyugales no cabe renuncia de ninguna de las facultades que el matrimonio confiere, de igual manera la facultad de exigir alimentos para el futuro, ya que se puede renunciar a pensiones ya causadas, al igual que con el derecho a heredar.

- Transigibles e intransigibles. En términos generales no puede realizarse contrato de transacción respecto de los derechos familiares extrapatrimoniales, ya que en el artículo 2948 del Código Civil se establece que no se pueda transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre la validez del matrimonio. (10)

En cuanto a los derechos familiares patrimoniales el artículo 949 de la ley mencionada, establece que es válida la transacción sobre los derechos pecuniarios que de la declaración del estado civil pudieran deducirse a favor de una persona, pero la transacción en tal caso no importa la adquisición del estado. Como excepción a esto encontramos la materia de alimentos, ya que está expresamente prohibida su transacción en los artículos 321 y 2950 fracción V, pudiéndose hacer transacción sólo en las cantidades ya causadas, es decir, las que ya son debidas por

alimentos.(11)

- Transmisibles por herencia y extinguidos por la muerte de su titular. Todos los derechos conyugales terminan con la muerte de su titular, es decir, con la muerte de uno de los cónyuges, pero el cónyuge superviviente tiene facultad para heredar en la sucesión legítima.

Los derechos derivados del parentesco se extinguen con la muerte del titular, aún en sus consecuencias patrimoniales relativas a alimentos, ya que no cabe la posibilidad de transmitirlos hereditariamente, pues este derecho se concede sólo a la persona del titular y en razón de sus necesidades individuales.(12)

DEBERES SUBJETIVOS FAMILIARES.

Estos son distintos estados de sujeción jurídica en los que se encuentran colocados repetidamente un cónyuge frente al otro, los incapaces en relación con los que ejercen la patria potestad o tutela y los parientes entre sí.

El estado de sujeción es inherente a todo deber jurídico y consiste en la subordinación, que desde el punto de vista del derecho guarda un sujeto obligado frente a otro pretensor. Este estado de sujeción es permanente en el derecho de familia, ya que se manifiesta en un conjunto de obligaciones que se renovan

continuamente.

Los deberes de familia tendrán las características de los derechos correlativos y esto no permite dar el mismo contenido a la facultad y al deber, pero vistos desde el ángulo del pretensor o del obligado, así la misma clasificación señalada para los derechos la podemos aplicar a los deberes subjetivos familiares.

b) ACTOS JURIDICOS FAMILIARES.

Son aquellas manifestaciones de voluntad unilateral o plurilateral que tienen por objeto crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones de carácter familiar o crear situaciones jurídicas permanentes en relación con el estado civil de las personas. (13)

Los actos jurídicos familiares se clasifican en públicos, privados y mixtos, los primeros se realizan por la intervención única de un órgano del Estado, sin que para su celebración sea necesaria la voluntad de las partes que resulten afectadas por el acto, estos actos son las sentencias que se pronuncien en los conflictos familiares como divorcio necesario, nulidad de

matrimonio, etc., los segundos se realizan por la simple intervención de los particulares, es decir, que para su constitución no requieren de la intervención de un funcionario público; y por último, los actos jurídicos mixtos requieren para su constitución tanto de los particulares, como de algún funcionario del Estado, tales actos serían por ejemplo, el matrimonio, la adopción, el reconocimiento de un hijo, el divorcio voluntario, etc.

c) SANCIONES DEL DERECHO FAMILIAR.

Entendiendo a la sanción como la pena establecida para el caso en que se infrinja una ley, encontramos como principales sanciones en el derecho de familia a la inexistencia, la nulidad, la revocación, el divorcio, la reparación del daño, la ejecución forzosa y el uso de la fuerza pública.

1.-Inexistencia. Es una sanción que tiene por objeto declarar que un acto jurídico carece de sus elementos esenciales, por lo que se le desconoce toda existencia al acto jurídico y se le priva totalmente de efectos.

2.-Nulidad. Esta tiene por objeto privar de efectos y consecuencias al acto jurídico, esta privación de sus efectos es retroactiva, ya que el derecho destruye todas las consecuencias que pudo haber producido un acto nulo, impidiendo eficacia al acto contrario a la ley, o bien al acto que tiene vicios internos como son la incapacidad, los vicios de la voluntad, la inobservancia de las formalidades legales.

3.-Revocación. Esta puede tener dos aspectos como sanción.

cuando una de las partes está facultada para dejar sin efectos un acto jurídico, bien como simple acuerdo de los interesados por destruir por mutuo consentimiento todas las consecuencias de un acto jurídico. La revocación por mutuo consentimiento está permitida por nuestra legislación, ya que en el artículo 405 del Código Civil se regula la revocación de la adopción por mutuo disenso, que no se caracteriza como sanción al igual que el divorcio voluntario, y en la fracción segunda de dicho precepto se contempla la revocación como sanción por la ingratitud del adoptado; la tutela también es considerada para la revocación, al respecto el artículo 504 señala los casos en que serán separados los tutores del cargo. (14)

4.- Divorcio. En esta hablamos de divorcio necesario el que es considerado como sanción por ser éste en perjuicio de uno de los cónyuges, en este se extingue el vínculo matrimonial existente entre los cónyuges, no así las consecuencias jurídicas familiares que haya originado.

5.- Reparación del daño. Esta es una sanción del derecho privado en general y tiene mayor aplicación en las relaciones patrimoniales, ésta aparece bajo la forma de indemnización de daños y perjuicios, y en materia familiar se puede presentar en el matrimonio, en los casos de divorcio que causen daño al cónyuge inocente, en la administración de bienes de los que ejercen la patria potestad, en las responsabilidades del tutor y el curador.

6.- Ejecución forzosa y uso de la fuerza pública. En general la ejecución forzosa se refiere al embargo de bienes de todo el que resulte condenado en juicio, también puede imponerse como acto inicial en los casos en que proceda la vía ejecutiva. En materia familiar éste se da en los supuestos en que es necesario proceder al embargo de bienes del deudor o del sujeto responsable de los daños y perjuicios causados y como acto inicial, el ejemplo más explícito es el de alientos.

7.- Sanciones especiales en el derecho de familia. Además de las sanciones ya mencionadas podemos señalar la pérdida y suspensión de la patria potestad, las incapacidades para desempeñar el cargo de tutor y la pérdida y sanción de la misma.

4.- CONSECUENCIAS DEL DERECHO DE FAMILIA.

En el derecho civil en general hablamos de consecuencias de

la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos y obligaciones, de estados jurídicos y de consecuencias de la aplicación de determinadas sanciones, aplicaremos ésto al derecho familiar, tratando de explicar cada una de estas consecuencias.

En el derecho de familia las consecuencias constitutivas o de creación de derechos y obligaciones y de los estados jurídicos se presentan respecto a éstos, que a su vez originan un conjunto de derechos y obligaciones de manera más o menos permanente. Los estados que se crean dentro del seno de la familia constituyen las diferentes manifestaciones del estado civil de las personas en sus diferentes calidades de parientes, cónyuges, incapaces sujetos a la patria potestad o tutela y tales estados originan derechos y obligaciones.

El matrimonio, la adopción, la legitimación, el reconocimiento de hijos y los regímenes patrimoniales que reconoce la ley en las relaciones de los consortes se presentan como consecuencias de actos jurídicos que aún cuando operan dentro de los límites de la ley, ésta les atribuye un radio de acción con ciertas dosis de libertad en la constitución de tales estados jurídicos.

Las consecuencias de la transmisión de derechos, deberes y estados jurídicos pueden presentarse en la adopción y en la

tutela testamentaria; en la adopción se da una transferencia de la patria potestad de los padres consanguíneos al adoptante; en la tutela testamentaria, se encuentra un efecto de transmisión de derechos, por virtud del nombramiento del tutor testamentario se excluye del ejercicio de la patria potestad a los ascendientes de ulteriores grados. (15)

Las consecuencias de modificación de derechos operan como un efecto de las consecuencias constitutivas, traslativas o extintivas, por ejemplo, el matrimonio y la adopción, instituciones cuya función principal es la de crear estados respectivos, pero por virtud de tal creación la situación jurídica de las partes se modifica. En las consecuencias extintivas como las de emancipación, pérdida o transmisión de la patria potestad o de la tutela se producen efectos de modificación, pues extingue un estado jurídico y se cambia el estado general de capacidad de las personas o la situación de la misma dentro de grupo familiar.

Las consecuencias de extinción se presentan por virtud de la disolución del matrimonio, en casos de divorcio, nulidad o muerte de alguno de los cónyuges. En la patria potestad y en la tutela se presentan por muerte de los incapaces o porque salgan de ese estado. (16)

5.- RELACIONES JURIDICAS DEL DERECHO DE FAMILIA.

Las relaciones jurídicas familiares son la convivencia que se establece entre personas, originadas por vínculos jurídicos derivados del matrimonio, la patria potestad, el parentesco, el divorcio, la tutela, como instituciones sancionadas por el derecho, situaciones de hecho (concubinato, madre soltera), indirectamente previstas en la norma. La relación jurídica hace referencia por un lado a un hecho humano y por el otro a una norma jurídica, refiriéndose al primero como el hecho que puede ser de orden físico (grado de parentesco entre ascendientes y descendientes), de orden económico (apropiación de una riqueza o aprovechamiento de un servicio), de orden moral (respeto del hijo para con los padres), o de orden social (obediencia debida de un oficial a un superior jerárquico). (17)

Las relaciones familiares son de carácter privado ya que sólo intervienen particulares como sujeto activo y pasivo de las mismas, y aunque intervenga el Estado en muchos actos jurídicos no se puede considerar a éste como sujeto activo ni pasivo de las relaciones.

I. Parentesco. Comprende todas las relaciones específicas de la filiación legítima o natural.

II. Concubinato. Se originan ciertos derechos como el de heredar, exigir alimentos y los hijos habidos en el mismo se reglamentan por separado.

III. Madre soltera. A este respecto no existe ninguna reglamentación jurídica, pero de hecho surgen consecuencias de derecho.

IV. Divorcio. Origina relaciones especiales que no pueden comprenderse dentro de las matrimoniales por ser éste un acto jurídico diferente al matrimonio, que trae consecuencias y efectos especiales que en algunos casos origina relaciones conyugales como una prolongación de las consecuencias de matrimonio.

V. Tutela. Las relaciones de tutela deben ser estudiadas por separado de las que se originan de la patria potestad porque tienen contenidos diferentes, la tutela es una institución que supone la no existencia de la patria potestad, sólo en casos excepcionales pueden incurrir ambas instituciones pero entonces se trata de casos que la ley considera como tutela especial.

B. LA FAMILIA.

La palabra familia significa la opinión más general, procede del osco *fame*, que significa siervo, y más remotamente, del sánscrito *vana*, hogar o habitación, significando por consiguiente, el conjunto de personas y esclavos que moraban con el señor de la casa. (10)

1.- CONCEPTO.

Castan Tobefias, define a la familia en un sentido amplio

como el conjunto de personas unidas por el matrimonio o por los vínculos del parentesco (natural o de adopción), este significado engloba tres órdenes de relaciones; las conyugales, las paterno-filiales y las que généricamente se llaman paternales.

En el sentido estricto se llama actualmente familia al grupo restringido formado por los cónyuges o hijos, con exclusión de los demás parientes o al menos de los colaterales, en esta acepción se integran sólo relaciones paterno filiales.
(17)

Galindo Garfias, establece que 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. En sentido amplio (parientes), es el conjunto de personas que proceden de un progenitor o tronco común más o menos lejano. En sentido estricto comprende únicamente a los padres y ascendientes en línea recta y en la colateral hasta el cuarto grado (padres, abuelos, hermanos, tíos, primos y sobrinos).(20)

Rafael de Pina, por su parte dice que la familia es la expresión de un estado social, que debe calificarse de familiar, y aún se dice doméstico dentro del cual se desenvuelven diversas relaciones que lo integran, relaciones patrimoniales entre padres e hijos, y en sentido lato, son las relaciones de

parentesco entre las personas que proceden de un origen más o menos remoto. En este aspecto el estado doméstico de la familia que engendra, pudiera ser distinguido en sociedad conyugal y paterno-filial. (21)

Puig Peña, la entiende como una institución que asentada sobre el matrimonio, enlaza en una unidad total a los cónyuges y sus descendientes para que, presidida por lazos de la autoridad y sublimada por el amor y el respeto, se de satisfacción a la conservación, propagación y desarrollo de la especie humana en todas las especies de la vida. (22)

2.- NATURALEZA JURIDICA DE LA FAMILIA

Acercas de la naturaleza jurídica de la familia los tratadistas se han referido a la personalidad jurídica de la familia; la familia como organismo jurídico y la familia como institución. Estos autores se refieren a la familia tradicional que se funda en el matrimonio.

1. PERSONALIDAD JURIDICA. Desde el siglo pasado se sostuvo esta teoría en Francia, Salvatier, sostiene que la personalidad moral de la familia estaría dada fundamentalmente por la existencia de derechos extrapatrimoniales y patrimoniales que a

ella pertenecian. Los - derechos extrapatrimoniales y patrimoniales serian el nombre patronimico, los derechos de potestad, el defender la memoria de los muertos y el de ejercer defensa juridica contra sus enemigos; y los derechos patrimoniales la propiedad del bien de familia, la de los bienes que constituyen recuerdos de familia, la de los sepulcros, la reserva hereditaria, las asignaciones y prestaciones familiares, los derechos de familia agraria y en la legislación sobre arrendamientos rurales y el patriconio particular que reconocian algunos regimenes matrimoniales. (23)

Esta tesis ha sido sostenida por el profesor Jean Davin, cuya opinión comparten Ripert y Boulanger, quienes afirman que no hay institucion familiar, es decir, derechos y deberes familiares; no hay persona familiar de la que los miembros serian los organos. (24)

Otros impugnadores de la persona moral o juridica de la familia, señalan que para que una familia pueda llamarse persona moral, es necesario que el vinculo constitutivo de la colectividad sea un vinculo de asociacion en sentido propio del termino. (25)

Estos autores consideran a la familia como una comunidad solemene muy profunda pero que falta el fin comun tanto en los padres como en los hijos, por ejemplo, los padres tiene la tarea

fundamental de educar a sus hijos y éstos la tiene de recibir esa educación.

Castan Tobeñas, llega a las siguientes conclusiones:

Que el derecho positivo es el único que puede resolver - la cuestión de la personalidad jurídica de la familia reconociéndole o negándole esa personalidad.

Que en el derecho constituido, la familia no tienen personalidad jurídica, ya que el derecho civil moderno se estructura sobre la base de la persona individual y no de la familia, por lo que los derechos y obligaciones van dirigidos a los miembros de ella en relación a la posición familiar que ocupen.

Que desde el punto de vista de los ideales jurídicos merece ser bien acogida la tesis de la personalidad de la familia, ese reconocimiento daría solidez a la institución familiar frente al Estado, frente a los individuos y con esto la estructura familiar sería más orgánica y contaría con una técnica clara y precisa.

Por las anteriores conclusiones pensamos que la personalidad de la familia es creada por la naturaleza y reconocida por el Estado, que debe estar regulada, estudiándola

como un todo, es decir la familia debe tener personalidad definida. (26)

Nuestro derecho no considera a la familia como persona moral ya que sólo la trata como un grupo sociológico pero a pesar de ésto los estudios acerca de este tema no se han agotado pudiendo llegar un día a otorgarle derechos y obligaciones independientemente de los miembros que la constituyen.

II. ORGANISMO JURIDICO. Esta teoría ha sido sostenida por Antonio Circú, para el que la familia es un hecho social indiscutible y acepta que la familia no es persona jurídica, pero indudablemente constituye un organismo jurídico. Augusto Bellucio, establece que el organismo jurídico estaría dado por las circunstancias de que entre los miembros de la familia no hay derechos individuales, sino vínculos recíprocos de interdependencia entre los sujetos y subordinación de todos ellos a un fin superior, con asignación de funciones que son ejercidas por aquellos de sus miembros a quienes la ley se lo confiere, en relación a esta teoría no ha surgido ningún otro seguidor. (27)

III. FAMILIA COMO INSTITUCION. La mayoría de los doctrinarios ven a la familia como institución.

Jauriu, dice que institución es todo elemento de la

sociedad cuya duración no depende de la voluntad subjetiva de individuos determinados; tal es la familia, la propiedad, un estado particular, que no puede ser destruidos ni siquiera por la legislación.

Bellucio, sostiene que la teoría del sociólogo Biersted es la más adecuada ya que debez que una familia es la unión o asociación de persona, pero la familia es una inst tución de la que se vale la sociedad para regular la procreación de los hijos y la transmisión por herencia de la propiedad. (28)

3.- FINALIDAD DE LA FAMILIA.

Los fines de la familia no se agotan en las funciones de generación y defensa de sus miembros, a la necesidad de la conservación de la especie, se agrega la foreación integral del individuo y en función de ella se requiere la solidaridad del grupo doméstico, es decir, los fines familiares son supraindividuales, sin embargo entre los fines de sus miembros y los fines de la familia como institución debe haber un equilibrio.

El hombre vive en sociedad, pero es éste lo primordial y fundamental, no individualmente considerado, sino formando parte

de la comunidad del hombre, dentro de una sociedad, al tener relaciones con otros aplica normas jurídicas en relación a sus derechos y obligaciones, buscando un valance entre sus intereses personales y los intereses del núcleo familiar, de esto se desprenden dos clases de intereses, los que se refieren a los miembros de familia y otros a la institución familiar, no pudiendo hablar de uno sin tomar en cuenta al otro.

De lo anteriormente expuesto se desprende que la familia como institución natural pretende formar a sus miembros como personas y a la vez debe participar como núcleo en el desarrollo integral de la sociedad, lográndolo mediante las relaciones interpersonales de los miembros de la familia y de éstos con los demás miembros de la sociedad, preparando y proveyendo a las personas de todo lo necesario para que asuman y desempeñen el papel que les corresponde dentro de la sociedad.

C. INSTITUCIONES CONFORMADORAS DE LA FAMILIA.

Las fuentes del derecho de familia están constituidas por el hecho biológico de la conservación de la especie y el hecho social de la protección de la persona humana en el caso de menores e interdictos. De esta fuente nacen las instituciones básicas del derecho de familia que son: el parentesco, la

filiación, el matrimonio y el concubinato.

1.- PARENTESCO.

Es el vínculo jurídico que liga a varias personas entre sí, bien por proceder unas de otras, bien por creación de la ley, el primero se llama natural y el segundo legal, (29) de éste se derivan derechos y obligaciones muy importantes ya que forma por así decirlo la línea que acota o limita la aplicación de las normas relativas al derecho de familia.

Existen tres formas de parentesco, el de afinidad, el de adopción y el de consanguinidad, los cuales deben estar declarados y reconocidos por la ley, ya que en la medida en que el derecho reconozca la existencia de estos vínculos, éstos tendrán consecuencias jurídicas.

a) PARENTESCO POR AFINIDAD.

Es el que nace por virtud del matrimonio y surge entre cada cónyuge y los parientes del otro, la joven que contrae matrimonio se convierte en hija por afinidad del padre y de la

madre de su esposo, en hermana de sus hermanos, etc., este tipo de parentesco puede ser legítimo, natural o adoptivo si los parientes del cónyuge poseen alguna de estas calidades.

b) PARENTESCO POR ADOPCION.

A este parentesco también se le conoce como civil y se produce por la adopción y únicamente liga al adoptado con el adoptante.

c) PARENTESCO POR CONSANGUINIDAD.

Es el vínculo natural que une a los que proceden del mismo tronco por generación. Este tipo de parentesco puede ser bilateral si procede del mismo padre y madre y unilateral si sólo es común el padre o la madre.

Para medir el parentesco hay que considerar: El tronco, que es aquella persona de la cual proceden los demás y en la que se unen; la línea, que es la serie de personas unidas por consanguinidad y que descienden del mismo tronco; y el grado, que es la medida o distancia entre personas de la misma línea o

generación que se interponen entre ellas, es decir, cada generación forma un grado y la serie de grados forma lo que llamamos línea de parentesco. (30)

La línea puede ser recta y transversal o colateral, la primera se compone de la serie de grados entre personas que descienden unas de otras, y la segunda es la serie de grados entre personas que sin descender unas de otras proceden de un progenitor o tronco común.

La línea recta a su vez puede ser ascendente, tomando la relación que existe entre una persona y su progenitor o demás ascendientes, tales como padre, abuelo, bisabuelo, etc.; y descendente si se parte del progenitor o demás ascendientes hacia los hijos, nietos, etc.

A su vez la línea colateral puede ser igual, cuando los parientes se encuentran a igual distancia del tronco común (hermanos); y desigual, cuando la descendencia entre parientes sea diferente del tronco común.

La forma de computar el parentesco en línea recta consiste en contar el número de generaciones o de personas, excluyendo al progenitor común.

En la línea colateral los grados se cuentan por número de

generaciones, subiendo por una de las líneas y descendiendo por la otra, o por el número de personas que hay de uno a otro lado de los extremos que se consideran, excluyendo al progenitor o tronco común.

El parentesco produce efectos muy numerosos y de naturaleza diversa, otorgando derechos, creando obligaciones y entrañando incapacidades.

I. DERECHOS.

a) Tienen derecho los parientes vivos, en determinados casos, de adueñarse de los bienes del que haya muerto (derecho sucesorio).

b) La ley concede diversos derechos a los padres sobre la persona y los bienes de sus hijos (patria potestad).

c) Los padres también tienen derechos cuando se hayan necesitados (derecho a alimentos).

II. OBLIGACIONES.

a) Los padres tienen la obligación de educar a sus hijos dándoles alimentos, impartiendoles vigilancia y educación y elevándolos mediante la interdicción.

b) Existe por parte de los descendientes un deber de respeto y veneración para con sus ascendientes.

c) En términos de ley los padres deben proporcionar alimentos a sus hijos.

d) Los parientes tienen la obligación de alimentar a otros más necesitados, menores de edad o sujetos a interdicción.

III. INCAPACIDADES.

a) La imposibilidad de contraer matrimonio a los parientes en grado próximo.

b) Los parientes del marido están imposibilitados para heredar al testador, al igual que los parientes de los testigos por la presunción de influjo contrario a la verdad o integridad del testamento.

c) Los parientes del médico que hayan asistido al testador durante su última enfermedad, si entonces hizo su testamento, a no ser que sean herederos legítimos.

d) Los notarios no pueden actuar como tales en caso de que intervengan por sí o por tercera persona, su cónyuge, sus parientes consanguíneos o afines en línea recta sin limitación de grado, los consanguíneos en la colateral hasta el cuarto grado y los afines en la colateral hasta el segundo.

e) Se prohíbe al funcionario actuar en negocios en los que intervienen sus parientes.

f) No se puede obligar al tutor, curador, pupilo, cónyuge o parientes consanguíneos o afines en línea recta sin limitación de grado y en la colateral hasta el tercero, a que declare en contra de alguien de los ya mencionados.

c.1) FILIACION.

Es la relación de parentesco que se establece entre los descendientes y los ascendientes, constituida por un parentesco ascendente, pero cuando esta misma relación es examinada por los progenitores comunes, es decir, descendientemente toma el nombre de paternidad o maternidad, tomando al padre o madre como el otro extremo de la relación.

La filiación puede ser natural, legítima o legitimada, el matrimonio constituye una fuente de la familia y éste une a los esposos entre sí, la filiación une a los hijos con sus ascendientes y produce sus más amplios efectos tanto con los hijos legítimos como con los hijos naturales, ya que la ley no hace distinción entre unos y otros.

FILIACION NATURAL.

Es la concepción del hijo cuando la madre no está unida en matrimonio, al respecto de esta encontramos las siguientes formas:

- Filiación natural simple, que es aquella que corresponde al hijo concebido cuando su madre no se había unido en matrimonio, pero pudo legalmente hacerlo, es decir, que no había ningún impedimento para contraerlo.

- Filiación natural adulterina que es cuando el hijo es concebido por la madre estando ésta unida en matrimonio y el padre es diferente al marido o cuando el padre es casado y la madre no es su esposa.

- Filiación natural incestuosa, que es cuando el hijo es procreado por parientes en el grado en que la ley impide el matrimonio sin que llegue a celebrarse éste.

FILIACION LEGITIMA.

Es el vínculo que se crea entre el hijo concebido en matrimonio y sus padres.

FILIACION LEGITIMADA.

Es la que corresponde a los hijos que habiendo sido concebidos antes del matrimonio de sus padres nacen durante él, o éstos lo reconocen antes de celebrarlo, durante la celebración o posteriormente a ella. Dentro de este tipo de filiación encontramos la legitimada por ministerio de ley, que comprende el caso especialísimo del hijo que nació dentro de los ciento ochenta días después de celebrado el matrimonio y que no fue reconocido, pero que tampoco fue impugnado el estado de hijo.

La filiación toma en cuenta la concepción del ser y el nacimiento, ya que puede legitimarse al hijo que aún no ha nacido, y al que hubiere fallecido con anterioridad a la celebración del matrimonio de sus padres. (31)

- Los hijos nacidos dentro de los ciento ochenta días de celebrado el matrimonio, quedan legitimados de pleno derecho en

virtud del matrimonio.

- En los hijos nacidos después de ciento ochenta días de celebrado el matrimonio su presunción de legitimidad es casi absoluta.

- Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio se consideran legítimos.

- Los hijos nacidos después de los trescientos días siguientes a la separación judicial en los casos de divorcio o nulidad de matrimonio, ésto es porque en algunos casos los juicios duran mucho tiempo y los hijos nacen después de los trescientos días siguientes a la separación judicial, pero antes de que se dicte sentencia de divorcio o nulidad, por lo que aún existe el matrimonio, de ésto se desprende que el hijo que fué concebido durante el matrimonio y por tanto que es legítimo, porque la sentencia no ha causado ejecutoria, o bien, se presume como legítimo, el hijo en el caso en que el marido hace vida conyugal con su esposa a pesar de estar en trámite el juicio de nulidad o divorcio.

Por último trataremos el caso de la filiación adoptiva, la cual otorga la calidad de hijo adoptivo y le concede los mismos derechos y obligaciones que para los demás descendientes, con la única excepción de que ésta puede ser revocada.

2.- MATRIMONIO.

De acuerdo a la opinión más generalizada el matrimonio es la base sobre la cual descansa la sociedad, y ha sido estudiado a fondo por su trascendencia en el orden jurídico, en el moral y en el social. (32)

Podemos considerar al matrimonio desde dos puntos de vista; desde el punto de vista religioso es un sacramento, y desde el punto de vista civil, es un contrato bilateral solemne por el cual se unen dos personas de sexo diferente.

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

El derecho matrimonial comprende: el conjunto de relaciones que nacen entre marido y mujer y que norman la vida en común entre los consortes y se ocupa a la vez de establecer normas relativas a la administración, disfrute y disposición de los bienes que antes del matrimonio, o durante el adquieren los consortes y los que se refieren al patrimonio de familia y a los sistemas que regulan la propiedad, administración y disfrute de bienes de los cónyuges, se les denomina regimenes patrimoniales, finalmente el derecho matrimonial comprende el estudio de la disolución del vinculo matrimonial, a saber el divorcio y la nulidad del matrimonio. (33) Estos temas serán tratados en el capítulo siguiente por ser de gran amplitud e importancia.

3.- CONCUBINATO.

Junto al matrimonio la legislación mexicana reconoce la existencia del matrimonio de hecho o concubinato, que se define como la unión de un hombre y una mujer sin formalización legal, para el cumplimiento de los fines atribuidos al matrimonio.

Las leyes atribuyen a esta unión determinados efectos (en particular con la sucesión hereditaria), pero el Código Civil no protege el concubinato, ni los efectos que le reconoce son susceptibles de fomentarlo y el legislador se limita a reconocer su existencia.

Para que la concubina pueda ser considerada como tal, el Tribunal Superior de Justicia el Distrito Federal, ha señalado los requisitos que se deben cubrir en los siguientes términos: "Concubina es la mujer que vive y cohabita con un hombre, como si fuera éste su marido, es decir, que faltando únicamente la solemnidad legal del matrimonio, es la compañera fiel, honesta y obligada al hombre con quien realiza el concubinato, llegando a ser la madre de sus hijos y formando con él un hogar". Esta figura ha sido respetada hasta por la insurgencia religiosa, pues desde el Concilio de Toledo se excomulgó al hombre casado

que tenia tratos sexuales con una barragana (concubina), pero no fué excomulgado el soltero que tenia concubina, dándole el lugar de esposa.

- 1.- Puig Peña, TRATADO DE DERECHO CIVIL ESPECIAL, T II. V, 1, Madrid 1933. pp. 13 y 14.
- 2.- Galindo Garfias Ignacio, DERECHO CIVIL, México Porrúa, 5a. ed., 1982, p. 425
- 3.- De Pina Rafael, ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL, MEXICANO, T.I México, Porrúa, 13a. ed., 1983, p. 300.
- 4.- Castan Toboñas José, DERECHO CIVIL ESPECIAL COMÚN Y FORAL, T.V. V I, Madrid, Reus, 1967, p. 44.
- 5.- Chávez Asencio Manuel, Op. Cit., p. 148
- 6.- Chávez Asencio Manuel, Op. Cit., p. 148
- 7.- Rojas Villegas Rafael, DERECHO CIVIL MEXICANO, T.I México, Porrúa, 6a. ed., 1972, p. 230.
- 8.- Rojas Villegas Rafael, Op. Cit., p. 234.
- 9.- Chávez Asencio Manuel, Op. Cit., p. 369
- 10.- Confere, Código Civil del Distrito Federal, artículo 2949
- 11.- Confere, Código Civil del Distrito Federal, artículo 2951, 2950 y 2951.
- 12.- Chávez Asencio Manuel, Op. Cit., p. 371.
- 13.- Confere, Código Civil del Distrito Federal, artículo 237
- 14.- Confere, Código Civil del Distrito Federal, artículo 504
- 15.- Rojas Villegas Rafael, Op. Cit., p. 251.
- 16.- Ibidem, p. 252.
- 17.- Chávez Asencio Manuel, Op. Cit., p. 233.
- 18.- Castan Toboñas José, Op. Cit. pp. 23 a 25.
- 19.- Confere, De Ibarrola Ignacio, DERECHO DE FAMILIA México, Porrúa, 1981, 2a. ed., p. 2.
- 20.- Galindo Garfias Ignacio, Op. Cit., p. 427.
- 21.- De Pina Rafael, Op. Cit., p. 404.
- 22.- Puig Peña Federico, Op. Cit., p. 4.
- 23.- Cit. For., Bellucio Augusto, Op. Cit., pp. 10 y 11.
- 24.- Cit. For. Castan Toboñas José, Op. Cit. p. 30.
- 25.- Bellucio Augusto, Op. Cit., p. 11.
- 26.- Castan Toboñas José, Op. Cit. pp. 30 y 31.
- 27.- Bellucio Augusto, Op. Cit., p. 14.
- 28.- Ibidem. p. 16.
- 29.- De Pina Rafael, Op. Cit., p. 304.
- 30.- De Ibarrola Ignacio, Op. Cit., p. 109.
- 31.- Confere, Código Civil del Distrito Federal, artículo 359.
- 32.- De Pina Rafael, Op. Cit., p. 314.
- 33.- Galindo Garfias Ignacio, Op. Cit., p. 426.

CAPITULO III.

CONSTITUCION JURIDICA DEL MATRIMONIO.

A. Concepto de matrimonio. B. Naturaleza jurídica. C. Requisitos para contraer matrimonio. 1. Elementos de existencia 2. Elementos de validez. D. Impedimentos para contraer matrimonio. 1. Dirimentes 2. Impedientes. E. Formas para contraer matrimonio. F. Regímenes matrimoniales 1. Sociedad conyugal. 2. Separación de bienes G. Efectos del matrimonio 1. Entre cónyuges 2. Entre padres e hijos 3. En relación con los bienes. H. Formas de extinción del vínculo matrimonial. 1. Nulidad del matrimonio. 2. Ilícitud del matrimonio. 3. Inexistencia del matrimonio a) Efectos. 4. Divorcio a) Clases b) Efectos 5. Ausencia con presunción de muerte.

El tema del matrimonio es muy conocido para todos nosotros, y como quedó precisado en el capítulo anterior, éste ha sido una institución requerida por la propia naturaleza del hombre, pero no puede dejarse al capricho de los que pretenden celebrarlo, sino que debe estar regulado por un ordenamiento jurídico que le da forma y le organice. concediendo facultades e imponiendo obligaciones a aquellas personas que lo contraen.

Podemos ver al matrimonio desde el punto de vista religioso, en el que es considerado como un sacramento y desde el punto de vista legal, en el que constituye un conjunto de reglas jurídicas que le son necesarias desde su constitución hasta su disolución.

A. CONCEPTO.

La palabra matrimonio procede del latín matrimonium, palabra que deriva a su vez, de las voces matris y munium, que significan carga gravamen y cuidado de la madre. (1)

Desde el punto de vista jurídico el matrimonio es un contrato 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 contrayentes. (2)

Es un contrato porque hay un acuerdo de voluntades para contraerlo, como se desprende del artículo 130 Constitucional, aunque al respecto han surgido desavenencias, ya que algunos tratadistas estiman que el matrimonio no debe rebajarse a una mera relación extracontractual.

Es bilateral, porque lo celebran un sólo hombre con una sola mujer teniendo ambos recíprocos derechos y obligaciones. Es requisito indispensable que se de entre personas de diferente sexo, porque la identidad sexual de los contrayentes

ocasionaria un obstáculo insuperable de carácter legal, además de ser en contra de la naturaleza, esto porque si uno de los fines del matrimonio es hacer vida marital, se deduce que éste no se puede realizar cuando hay similitud de sexos por lo que, tanto para la naturaleza como para la legislación este tipo de uniones es inexistente y por consiguiente no produce efectos jurídicos; otra de las finalidades del matrimonio es perpetuar la especie y tratándose de sexos iguales esto no podría suceder aunque esta finalidad puede darse el caso de no llevarse a cabo, aun en personas de diferente sexo, ya que es lícito que se celebren matrimonios entre ancianos, por un escribundo, etc.

Es solemne porque precisa la presencia de los contrayentes y un Oficial del Registro Civil que interviene para otorgar al matrimonio su carácter público.

B. NATURALEZA JURIDICA.

Existen diversas posiciones doctrinales en torno a la naturaleza jurídica del matrimonio, el cual desde el punto de vista exclusivamente jurídico es considerado:

a. Como Contrato. Esta tesis ha sido sostenida tradicionalmente desde la separación del matrimonio civil del religioso, y al respecto han surgido infinidad de opiniones unas a favor, basándose en el artículo 130 Constitucional que establece que el matrimonio es un contrato civil, al respecto Esteban Calva opina que el matrimonio es el contrato más antiguo que existe entre los hombre, ya que es la causa de la familia, por lo que su existencia debe remontarse hasta el origen de la humanidad.(3)

Otros autores por el contrario opinan que no es un contrato como Rojina Villegas que establece que debe deshecharse totalmente la tesis contractual del matrimonio, porque si bien esta tesis tuvo por objeto separarlo del religioso, también el legislador no pretendió equipararlo con los efectos y disolución al régimen general de los contratos, sino que su intención fue unicamente negar toda ingerencia en la regulación del matrimonio.(4)

Por su parte Ignacio Galindo Garfias, dice que es un acuerdo de voluntades que produce derechos y obligaciones entre los consortes y sus hijos, pero que esta naturaleza se la dan el artículo 130 Constitucional y el Código Civil de 1928, pero que en realidad carece de objeto jurídico ya que el objeto de los contratos es una cosa o un derecho que se encuentra en el comercio y en tal caso la entrega de los cónyuges no puede considerarse como objeto.

b. Como Contrato de Adhesión. Se basa en la voluntad de las partes, estableciendo que es un contrato de adhesión, pero esta tesis no es aplicable en nuestro derecho ya que en éstos, una de las partes impone a la otra el conjunto de derechos y obligaciones derivadas del mismo contrato, en tanto que en el matrimonio, ninguna de las partes por si misma puede imponer a la otra el conjunto de derechos y deberes propios de su estado civil.

c. Como Acto Jurídico Condición. Por virtud del matrimonio se condiciona la aplicación de un estatuto que regirá la vida de los esposos permanentemente, de aquí se desprende que el matrimonio puede ser considerado como acto jurídico condición porque implica una manifestación plurilateral de voluntades (la de los contrayentes y la del Oficina del Registro Civil), que tiene por objeto crear un estado permanente de vida entre los

consortes originando derechos y obligaciones.

d. Como Acto Jurídico Mixto. Se considera acto jurídico mixto porque concurren la voluntad de los contrayentes y la voluntad del Estado, pero esto se puede aplicar sólo a la celebración del matrimonio y no al acto matrimonial mismo.

e. Como Estado Jurídico. El estado jurídico produce situaciones de derecho y permite la aplicación de todo un estatuto legal a situaciones determinadas que se renovan, de lo que se desprende que el matrimonio constituye un estado jurídico entre los consortes, pues crea una situación jurídica permanente que origina consecuencias constantes por aplicación del estatuto legal para todas y cada una de las situaciones matrimoniales.

f. Como Acto de Poder Estatal. Esta es una posición sostenida por Cicú, quien dice que la declaración de voluntad de los consortes debe ser dada al Oficial del Registro Civil y por él recogida personalmente en el momento que se prepara para el pronunciamiento, el que es constitutivo del matrimonio. (5)

g. Como Institución Jurídica. El matrimonio es una institución formada por un conjunto de reglas de derecho, esencialmente imperativas cuyo objeto es dar a la unión de sexos y a la familia una organización social y moral, que a la vez corresponden a las aspiraciones naturales y permanentes del

hombre, como también a las directrices que en todos los dominios proporciona el derecho.

C. REQUISITOS PARA CONTRAER MATRIMONIO.

Para contraer matrimonio es necesario que los prometidos cumplan ciertas disposiciones sin las que dicho acto no podría realizarse.

1. ELEMENTOS DE EXISTENCIA.

Son aquellos sin los cuales el acto jurídico no puede existir, pues faltaría al mismo un elemento de definición, estos elementos son: (4)

a) CONSENTIMIENTO.

El acuerdo de voluntades de los contrayentes para celebrar el matrimonio es un elemento de existencia del mismo. Este consentimiento debe manifestarse libremente en forma expresa e

incondicional, se manifiesta primero en la solicitud, después en el momento de la celebración en presencia del Oficial del Registro Civil.

El menor de edad requiere del consentimiento de quienes ejercen la patria potestad o la tutela, este consentimiento en defecto de las personas señaladas lo podrá otorgar el Juez de lo Familiar, el Jefe del Departamento del Distrito Federal o los Delegados; el consentimiento dado no puede ser revocado sino por justa causa debidamente probada.(7)

El consentimiento debe ser liso y llano expresado libremente, ya que si la manifestación se obtiene por medio de coacción, violencia física o moral invalida el matrimonio.

Además del consentimiento de los contrayentes, es necesaria la concurrencia de la voluntad estatal por medio del Oficial del Registro Civil, quien la declarará en forma solemne.

b) OBJETO.

Consiste en que la vida en común sea posible física y jurídicamente, ya que por su propia voluntad se sujetan a un conjunto de relaciones jurídicas. Encontramos un objeto directo

que implica la creación de derechos y obligaciones entre los consortes y en relación con los hijos.

c) SOLEMNIDAD.

Consiste en cumplir con las formalidades establecidas en la ley, ya que son necesarias para la existencia del matrimonio, si llegaran a faltar este acto sería inexistente. Las solemnidades que deben observarse en el matrimonio son:

- Que se otorge el acta matrimonial;
- Que se haga constar en ella tanto la voluntad de los consortes para unirse en matrimonio, como la declaración del Oficial del Registro Civil, considerándolos unidos en matrimonio en nombre de la ley y de la sociedad; y
- Que se determinen los nombres y apellidos de los contrayentes.

2. ELEMENTOS DE VALIDEZ.

Son aquellos elementos no necesarios para la existencia del acto jurídico, pero cuya inobservancia trae consigo la nulidad absoluta o relativa según lo disponga la ley.

a) CAPACIDAD.

Dentro de este requisito encontramos la capacidad de goce que alude a la aptitud de la cópula entre los consortes, que la ley fija en la edad requerida para contraer matrimonio, en la salud física y mental de los contrayentes y a la no existencia de hábitos viciosos. En cuanto a la edad requerida en la mujer la ley señala catorce años y en el hombre dieciséis años, de aquí surge la capacidad de ejercicio, pero en este caso en que los contrayentes no han cumplido dieciocho años no pueden celebrar matrimonio sin el consentimiento de las personas que ejercen la patria potestad, en primer lugar a los padres del menor, a falta o por imposibilidad de éstos lo deberá otorgar primero los abuelos paternos y después los maternos, a falta de éstos el consentimiento lo podrá dar el tutor, y en caso de no contar con el consentimiento de alguno de los anteriores, éste puede ser suplido por alguna autoridad administrativa siempre que los anteriores se negará injustificadamente. (8)

b) AUSENCIA DE VICIOS EN LA VOLUNTAD.

El error vicia el consentimiento si recae sobre la persona

del contrayente, la violencia consistente en fuerza o miedo grave también vicia la voluntad, y en caso de rapto, la voluntad de la raptada tendrá validez cuando se le restituya a lugar seguro.

c) LICITUD EN EL OBJETO.

La ilicitud del matrimonio tiene lugar si: existe parentesco por afinidad o por consanguinidad entre los consortes; si ha habido adulterio entre las personas que pretenden contraer matrimonio y ha sido jurídicamente probado; si se ha atentado contra la vida de uno de los cónyuges para casarse con el que quede libre; si se constituye el delito de bigamia.

d) FORMALIDADES.

Además de la solemnidad mencionada anteriormente, la celebración del matrimonio requiere para su validez otros elementos de forma que en caso de inobservancia, el matrimonio sería existente pero nulo. No todas las formalidades son necesarias para la validez del matrimonio, pudiéndose omitir

algunas de importancia secundaria que no afectan la validez del acto jurídico, como no mencionar la ocupación y domicilio de los testigos.

Los que pretendan contraer matrimonio, deberán presentar un escrito al Oficial del Registro Civil del domicilio de cualquiera de ellos, expresando los nombres, apellidos, edad, ocupación, domicilio de sus padres, su estado civil actual (si se es divorciado mencionará el nombre de la persona con la cual estuvo casada la causa de la disolución y la fecha de ésta), que no tienen impedimentos legales para casarse y que es su voluntad unirse en matrimonio; este escrito debe ser firmado por los solicitantes. (9)

Además de los datos anteriores en la solicitud los pretendientes deberán presentar la siguiente documentación:

I. El acta de nacimiento de los solicitantes y en su defecto un dictamen médico que compruebe su edad, cuando por su aspecto no sea notorio que el varón es mayor de dieciseis y la mujer mayor de catorce años;

II. La constancia de que prestan su consentimiento las personas que ejerzan la patria potestad sobre ellos en caso de que sean menores de edad;

III. La declaración de dos testigos mayores de edad que conozcan a los pretendientes y les conste que no tienen impedimento legal para casarse. Si no existan dos testigos que conozcan a ambos pretendientes, deberá presentarse dos por cada uno de ellos;

IV. Un certificado suscrito por un médico titulado que asegure bajo protesta de decir verdad que los pretendientes no padecen sífilis, tuberculosis, ni enfermedad crónica, incurable,

hereditaria o contagiosa.

V. El convenio que los contrayentes deben celebrar respecto a sus bienes presentes y a los que adquirieran durante el matrimonio.

VI. Copia certificada de la dispensa del impedimento si la hubo.

El acto de la celebración del matrimonio se llevará a cabo el día, hora y lugar señalados para tal efecto, en este acto deberán estar presentes los contrayentes, los testigos, el Oficial del Registro Civil, quien leera en voz alta la solicitud y se cerciorará de que la documentación esté completa, después preguntará a los testigos si los pretendientes son las personas a que se refiere la solicitud, contestando afirmativamente preguntará a los contrayentes si es su voluntad unirse en matrimonio, y ante su contestación afirmativa los declarará unidos en matrimonio en nombre de la ley y de la sociedad, por último el Oficial del Registro Civil levantará el acta circunstanciada.

D. IMPEDIMENTOS PARA CONTRAER MATRIMONIO.

La palabra impedimento significa cualquier circunstancia que produzca prohibición, en este caso de llevar a cabo el matrimonio para que se de el debido cumplimiento a las disposiciones se establecieron estos impedimento que hacen

imposible la celebración del matrimonio cuando no se cumplen las condiciones legales que deben llenarse antes de la celebración del mismo.

Los impedimentos se clasifican de acuerdo a su gravedad en dirimientes e impedientes:

I. DIRIMIENTES.

Del latín *-dirimere-* romper, son aquellos que originan la nulidad absoluta del matrimonio si éste se lleva a cabo, estos impedimentos son:

a) La falta de edad requerida por la ley, cuando no haya sido dispensada, salvo cuando haya habido hijos, o cuando se haya llegado a la edad de veintiun años y ninguno de los cónyuges haya intentado la nulidad.

b) La falta del consentimiento de los contrayentes, de los que ejercen la patria potestad, del tutor en sus respectivos casos, constituye un impedimento, por tanto el matrimonio requiere del consentimiento del que corresponda darle para su celebración, en caso de que no se de, las personas que deben darle podrán alegar la nulidad.

c) El parentesco por consanguinidad legítima o natural, sin limitación de grado en línea recta; en la línea colateral igual se extiende a hermanos y medios hermanos, en la colateral desigual por consanguinidad comprende a tíos y sobrinos esta en tercer grado es dispensable.

d) El parentesco de afinidad en línea recta sin limitación de grado, este impedimento supone que el matrimonio que dió origen al citado parentesco de afinidad, se ha disuelto por divorcio, nulidad o por muerte de uno de los cónyuges, que de

otra manera si tal enlace subsistiera constituiría bigamia con motivo del segundo matrimonio, por lo que la ley considera que no obstante la disolución del primer matrimonio el parentesco continúa y constituye un impedimento legal para contraer nuevo matrimonio.

e) El adulterio de los que pretendan celebrar matrimonio cuando haya sido declarado judicialmente, la ilicitud misma del acto origina la nulidad, ya que este impedimento se estableció con la finalidad de castigar a los adúlteros porque se presupone que estas relaciones ilícitas existieron antes de la disolución del primer matrimonio.

f) El atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre, este hecho constituye un impedimento en razón de constituir un delito.

g) La violencia y el miedo grave que vician la voluntad producen la nulidad. En caso de rapto el impedimento no cesa mientras la raptada no sea restituida a lugar seguro, donde pueda declarar libremente el sentido de su voluntad.

h) El idiotismo, la imbecilidad, la embriaguez, la morfomanía, la eteromanía, el uso indebido y persistente de drogas enervantes, la impotencia incurable para la cópula, la sífilis, la locura y las enfermedades crónicas e incurables, contagiosas o hereditarias son impedimentos, para preservar la salud física y mental de las personas con quien se pretende contraer matrimonio.

i) Otro impedimento para contraer matrimonio es la relación paterno filial entre adoptante y adoptado mientras dure este lazo ya que el parentesco civil es semejante y sustituto del parentesco por consanguinidad.

II. IMPEDIENTES.

Son aquellas prohibiciones que han sido establecidas por la ley para la celebración del matrimonio que no producen la nulidad, sino sólo su ilicitud. Estos impedimentos consisten en severas advertencias al Oficial del Registro Civil para que en

presencia de los contrayentes de abstenga de celebrar el matrimonio. Estos impedimentos son:

a) El matrimonio que se celebre si está pendiente la decisión de un impedimento que sea susceptible de dispensa.

b) Cuando se ha otorgado dispensa al tutor para que pueda contraer matrimonio con la persona que ha estado bajo su guarda, dicha autorización sólo se concederá cuando hayan sido aprobadas las cuentas de la tutela. Lo mismo sucede con el curador, a los descendientes de éste y del tutor, si se llegara a celebrar el matrimonio, el juez nombrará inmediatamente un tutor que reciba los bienes y los administre si se obtuvo la dispensa.

c) Cuando la mujer contrae nuevo matrimonio antes de trescientos días transcurridos de la disolución del anterior, por muerte, nulidad o divorcio, a menos que dentro de este plazo diera a luz un hijo.

d) Cuando la disolución del matrimonio fue por divorcio contencioso, el cónyuge culpable no podrá contraer matrimonio sino pasados dos años desde que se decreto el divorcio.

e) Si el divorcio fue por mutuo consentimiento los divorciantes no podrán volver a contraer matrimonio hasta después de un año de la disolución del anterior.

E. FORMAS DE MATRIMONIO.

I. Canónico y Civil. El primero es el celebrado ante el Sacerdote Eclesiástico y con arreglo a los ritos y formalidades de la legislación de la iglesia; el segundo es el celebrado ante el Oficial del Registro Civil de acuerdo con lo establecido en las legislaciones de este orden.

II. Ordinario y Extraordinario. El ordinario también llamado

regular, es aquel en que se han observado todas las formalidades y requisitos que las leyes establecen; el extraordinario es cuando se dispensa el cumplimiento de alguna formalidad substancial, o por el contrario, se exigen mayores requisitos que para el ordinario, por ejemplo en el matrimonio en inminente peligro, el matrimonio por poder, el de los militares, el contraído a bordo de buques mercantes o de guerra.

III. Válido y Nulo. El primero es el celebrado conforme a las prescripciones legales, contraído sin ningún impedimento dirimente, éste además de ser válido es lícito cuando no existe impedimento impediente, ni falta requisito alguno, e ilícito cuando ocurre alguno de ellos; en cambio el nulo es lo opuesto al válido, y puede ser noto (8) o conocido, si es notoria la nulidad del mismo o putativo si la nulidad es desconocida para ambas partes o sólo para una de ellas.(10)

F. REGIMENES MATRIMONIALES.

Los regímenes matrimoniales constituyen el conjunto de reglas que delimitan los intereses pecuniarios que se derivan del matrimonio, ya en las relaciones de los cónyuges entre sí, ya en sus relaciones con terceros.(11)

Anteriormente a la celebración del matrimonio o durante el, los consortes deben celebrar un pacto en el que consten los bienes que aporten y los derechos que sobre ellos se otorguen, a estos pactos se les conoce como capitulaciones matrimoniales, y pueden comprender no solamente los bienes de que sean dueños en el momento de hacer el pacto, sino también los que adquieran durante el matrimonio.

Este convenio puede celebrarse por cualquiera de los dos regímenes que establece la ley, que son la sociedad conyugal y la separación de bienes de los consortes.

El Código Civil obliga a los contrayentes a unir este convenio a su solicitud de matrimonio cualquiera que sea el régimen que se pretenda adoptar.

Es nula la capitulación en cuya virtud uno de los consortes haya de percibir todas las utilidades, así como en la que se establezca que alguno de ellos es responsable por las pérdidas y deudas comunes en una parte que exceda a la que proporcionalmente corresponde a su capital o utilidades.

Todo pacto que importe cesión de una parte de los bienes propios de cada cónyuge, será considerado como donación.

Pueden hacerse capitulaciones matrimoniales por menores de

edad que contraer matrimonio, cuando las personas que deban dar su autorización para el mismo no se opongan.

1. SOCIEDAD CONYUGAL.

Este tipo de régimen matrimonial se caracteriza porque en virtud del mismo, todos los bienes que el marido y la mujer aporten al tiempo de contraer el matrimonio y los que adquieran con posterioridad, se hace propiedad de ambos esposos. (12)

Las capitulaciones matrimoniales de la sociedad conyugal deberá constar en escritura pública cuando los esposos pacten hacerse coparticipes o transferirse la propiedad de bienes que ameriten tal requisito para que la transacción sea válida, en este caso toda reforma que se haga de las capitulaciones deberá otorgarse en escritura pública.

Este régimen establece una verdadera comunidad entre los consortes sobre la totalidad de los bienes, ya sean presentes o futuros o bien sobre una parte de ellos y sus frutos, o solamente sobre éstos y el dominio de ellos reside en ambos cónyuges mientras subsista la sociedad, de donde se desprende que no constituye una persona diferente a la de sus componentes.

Podemos hablar de sociedad conyugal universal cuando ella se establece como un acervo común la totalidad de sus bienes, frutos de éstos, es decir, que el marido y la mujer llevan cuanto tienen y lo que obtengan cada uno en lo futuro. (13)

Los cónyuges pueden establecer una sociedad conyugal parcial cuando aporten a la sociedad un parte de la propiedad de sus bienes o los frutos de éstos, o bien cuando se establece la sociedad sólo en los bienes venideros, en ambos casos nos encontramos en un régimen mixto porque abarca la sociedad conyugal y la separación de bienes.

En este régimen de sociedad, además de incluir los bienes de cada consorte también se pueden incluir las deudas existentes en el momento de contraer matrimonio y las que contraiga cada uno en lo personal durante el matrimonio .

Las ganancias que resulten de la sociedad no pueden renunciarse anticipadamente, pero una vez disuelto el matrimonio o establecida la separación de bienes, pueden renunciarse las que correspondan.

En las capitulaciones se establecerá quien será el administrador de los bienes de la sociedad y las facultades que tendrá, también se incluirá en dichas capitulaciones las bases para disolver la sociedad.

La sociedad conyugal se puede suspender por medio de la sentencia que declare la ausencia de uno de los cónyuges.

El abandono de uno de los cónyuges por más de seis meses sin causa justificada suspende desde el primer día del abandono los efectos de la sociedad, sólo si éstos favorecen al causante que abandonó el domicilio y los demás efectos subsisten en su contra, salvo común acuerdo establecido en las capitulaciones. La sociedad conyugal puede concluir:

- Antes de que se disuelva el matrimonio, si así lo convinieran los esposos, o a petición de alguno de los cónyuges, si el socio administrador amenaza arruinar a su consorcio o disminuir considerablemente los bienes; cuando el socio administrador hace cesión de bienes a sus acreedores o es declarado en quiebra.

- Por disolución del matrimonio, por nulidad o por muerte de uno de los cónyuges.

- Por la sentencia que declare la presunción de muerte del cónyuge ausente.

Se considerará subsistente la sociedad hasta que se pronuncie sentencia ejecutoriada, si los cónyuges procedieron de buena fé; si sólo uno es el que actuó de buena fé será de igual manera si la continuación es favorable al cónyuge inocente, en caso contrario será nula desde el principio; cuando los dos cónyuges hayan procedido de mala fé, la sociedad es nula desde la celebración del matrimonio, quedando a salvo los derechos de terceros en contra del fondo social.

Cuando la disolución proceda de nulidad, las utilidades del cónyuge se aplicará a los hijos, si no los hubiera se repartirá entre los cónyuges en proporción a lo que cada uno de ellos llevo al matrimonio.

La disolución de la sociedad produce su extinción, previo inventario de los bienes y el pago de créditos en contra del fondo social y la devolución de lo que llevó cada uno al matrimonio, repartiéndose el sobrante en la forma convenida. Si la disolución proviene de muerte de uno de los cónyuges el que sobreviva, continuará en posesión y administrará el fondo social, con intervención del representante de la sucesión, mientras no se verifique la partición.

2. SEPARACION DE BIENES.

Se caracteriza este régimen en su forma pura porque cada uno de los esposos conserva la propiedad y la administración de su peculio particular. (14)

La separación de bienes puede ser absoluta o parcial, y se establece en virtud de capitulaciones anteriores a la celebración del matrimonio o durante éste, por convenio de los

cónyuges o por sentencia judicial y puede comprender los bienes de que sean dueños al celebrarse, así como los que adquieran después.

Como en este régimen los bienes pertenecen a cada consorte, también son propietarios de los frutos y accesorios correspondientes. También son propios de cada consorte los salarios, sueldos emolumentos y ganancias que obtengan por profesión, comercio o industria. (15)

Los bienes que los cónyuges adquieran en común por donación, herencia, legado o por cualquier otro título gratuito, serán administrados por ambos cónyuges, o por uno sólo con acuerdo del otro mientras se hace la división.

El marido y la mujer que ejerzan la patria potestad, se repartirán en partes iguales el usufructo que la ley expresamente les concede, (16) pero como el usufructo debe destinarse a los alimentos de los menores, sólo en el caso de que queden satisfechos, podrán los que ejercen la patria potestad dividir el excedente.

El artículo 208 del Código Civil, permite la separación de bienes que sea parcial o absoluta, en el primer caso los bienes que no queden comprendidos dentro de la separación de bienes, serán objeto de la sociedad conyugal, que deben constituir los

esposos.

Si las capitulaciones son de separación de bienes no es necesario que consten en escritura pública, si se celebraron antes del matrimonio, pero si éstas se pactan durante el matrimonio serán necesarias ciertas formalidades para la transmisión de los bienes de que se trate. Este régimen termina:

- Por convenio entre las partes para constituir una sociedad conyugal.
- Por disolución del matrimonio.

Aunque se establezca la separación de bienes, ninguno de los cónyuges queda eximido de la obligación de prestarse ayuda y asistencia recíproca gratuitamente.

G. EFECTOS DEL MATRIMONIO.

El complejo de las relaciones jurídicas que surgen de la celebración del matrimonio se caracteriza porque su regulación escapa a la voluntad de las partes, es decir, las posiciones normativas aplicables, son irrenunciables.

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

sus hijos, por lo que este derecho le toca a la pareja y será decidido de común acuerdo.

En cuanto a los efectos que surgen del matrimonio, podemos hablar de tres clases.

1. EFECTOS ENTRE LOS CONYUGES.

Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a lograr las finalidades del matrimonio y a socorrerse mutuamente. También deben vivir juntos en el hogar conyugal, con la finalidad de contribuir a la convivencia mutua, tanto espiritual como sexual, ya que este deber lleva implícita una función biológica que es la perpetuación de la especie y una función jurídica, para dar cumplimiento a los fines del matrimonio, así mismo, se les impone a los cónyuges correlativamente el derecho de fidelidad, concepto de carácter moral que tiene por objeto proteger la dignidad y el honor de los cónyuges, así como la monogamia que actualmente es la base de la familia, en el orden jurídico este deber se encuentra en la reglamentación de los delitos de adulterio y de bigamia, con la finalidad de evitar lesionar la unidad familiar. Otro de los deberes que tienen los consortes es la ayuda recíproca, es decir, el mutuo auxilio que deben proporcionarse, que

espiritualmente consiste en el consejo, la dirección, el apoyo moral, etc. De esta obligación se desprende la de proporcionarse mutuamente alimentos, ya que obliga al sostenimiento del hogar, y a la vez proporcionarse ayuda en los casos de enfermedad.

2. EFECTOS ENTRE PADRES E HIJOS.

Uno de estos efectos es facilitar la prueba de la filiación de los hijos de matrimonio, que se acredita con el acta de matrimonio y la partida de su nacimiento.

Crea una presunción de hijo de matrimonio si éste nace a los ciento ochenta días siguientes a su celebración y los nacidos en los trescientos días siguientes a su disolución.

Los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos mientras éstos no lleguen a la edad de dieciocho años, si el matrimonio por cualquier motivo llegó a su disolución y durante todo el tiempo necesario, si los hijos sobrepasan esta edad, pero si se encuentran en estado de interdicción, esta obligación subsiste hasta que cese dicho estado.

M-0036406

3. EFECTOS EN RELACION CON LOS BIENES.

Aun antes de celebrarse el matrimonio los futuros cónyuges pueden hacerse regalos entre sí o recibirlos de terceras personas en razón del futuro matrimonio, a estos regalos se les denomina donaciones antenuptiales y a los regalos que se realizan dentro del matrimonio se les denomina donaciones entre consortes.(17)

En la celebración del matrimonio los cónyuges deben presentar con la solicitud, un convenio en donde se establezca la situación de sus bienes, es decir, el régimen patrimonial bajo el cual se pretende contraer matrimonio, que en nuestro derecho puede ser el régimen de sociedad conyugal y el de separación de bienes, los cuales ya quedaron establecidos con anterioridad por lo que no consideramos oportuno ahondar más en su contenido.

H. FORMAS DE EXTINCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL.

A la extinción del vínculo matrimonial producida por una causa sobrevenida a su constitución que origina la terminación

de los efectos del matrimonio se le denomina disolución del vínculo. (18)

Dentro de este capítulo encontraremos varias formas de disolver el matrimonio, como son la ilicitud, la nulidad, la inexistencia y el divorcio, ya que cada una constituye una forma de extinción del vínculo, bien porque faltan requisitos para que el vínculo subsista, o bien porque por alguna causa voluntaria o involuntaria éste se disuelva.

1. NULIDAD DE MATRIMONIO

Supone la nulidad de matrimonio, la destrucción legal retroactiva de un vínculo imperfectamente establecida, por concurrir en la celebración de las nupcias un vicio consubstancial de ellas, suficientemente acreditado. (19)

En el derecho patrimonial la invalidez del acto da lugar a la restitución de lo que las partes han recibido con motivo del acto, tratándose de matrimonio los efectos de la sentencia que decreta la nulidad no son restitutorios, sino que en forma patrimonial tienden a hacer cesar para lo futuro el estado matrimonial. El juez por la fuerza de las cosas, tiene que respetar aquellas situaciones creadas que por su propia

naturaleza no pueden ser destruidas sin causar males mayores. (20)

Para estudiar la nulidad del matrimonio debemos tomar en cuenta algunos principios:

- El matrimonio tiene a su favor una presunción de validez, mientras no se haya pronunciado una sentencia que declare su nulidad.

- El matrimonio declarado nulo, pero contraído de buena fé produce todos sus efectos en favor del que ignore los vicios del acto mientras dure.

- Se presume la buena fé de los consortes salvo prueba en contrario.

- La sentencia de nulidad no destruye los efectos del matrimonio en favor de los hijos.

- La posesión de estado de matrimonio, unida a la existencia del acto, subsana los vicios de forma de que adolezca el acto e impide la impugnación de su validez.

En base a ésto nos damos cuenta como la legislación civil restringe las consecuencias de una nulidad de matrimonio. Así se puede hablar de inexistencia, nulidad absoluta y nulidad relativa.

Podemos aplicar la teoría clásica de las nulidades al matrimonio, estableciendo que son nulidades absolutas las que reúnan las tres características contenidas en el artículo 2226 del Código Civil, consistentes en la naturaleza imprescriptible de la acción de nulidad, en la imposibilidad de convalidar el acto, por ratificación expresa o tácita para que desaparezca la

nulidad y la posibilidad de que todo interesado pueda hacer valer la acción.

De acuerdo con las características de la nulidad encontramos que sólo hay dos causas de nulidad absoluta en el matrimonio.

Cuando se contrae un matrimonio existiendo otro de celebración anterior de uno de los cónyuges con otra persona, aunque el segundo matrimonio haya sido de buena fé y crean ambos cónyuges con razón fundada que el matrimonio ha sido disuelto éste será nulo, si el primero fue validamente contraído. Además de la nulidad se comete el delito de bigamia penado por la ley. La nulidad proveniente de esta causa es insaneable y se puede hacer valer en cualquier tiempo por el cónyuge del primer matrimonio, por sus hijos o herederos, por el cónyuge del primer matrimonio, por sus hijos o herederos, por los cónyuges que contrajeron matrimonio y por el Ministerio Público.

El parentesco consanguíneo ó por afinidad en línea recta sin limitación de grado es causa de nulidad de matrimonio, al igual que el que se celebra en línea colateral igual entre hermanos o medios hermanos, ya que se constituiría el delito de incesto. La acción de nulidad puede ejercerse por cualquiera de los cónyuges, por sus ascendientes, por el Ministerio Público o por cualquier interesado, no puede ser ratificado o convalidado y es

imprescriptible la acción para declararla. (21)

Serán nulidades relativas aquellas que surjan como resultado de una circunstancia subjetiva y sólo pueden invocarla determinadas personas, pueden ser convalidadas. (22)

Son causas de nulidad relativa el error acerca de la persona con quien se contrae; que se haya celebrado con la existencia de algunos de los impedimentos legales; que se haya efectuado en contravención a las formalidades exigidas para su celebración.

a) Error en la persona. Es la falta de conocimiento de la verdad o un defectuoso conocimiento de ésta, en tal caso se habla de identidad de la persona con quien se contrae. Esta causa de nulidad se extingue si la persona que se encuentra en el engaño no intenta la acción de nulidad en forma inmediata, si se abstiene se entiende como ratificación tácita del matrimonio. Esta nulidad es relativa por la posibilidad de ratificación y porque sólo puede ser por el cónyuge que está en el error.

b) La existencia de impedimentos produce la nulidad si éstos son dirimentes, tales como la menor edad de dieciseis años en el hombre y catorce en la mujer, ya que el matrimonio queda convalidado si hay hijos y por el transcurso del tiempo, si los cónyuges llegan a la mayoría de edad y ninguno ha intentado la nulidad.

Los menores de dieciocho años para contraer matrimonio necesitan autorización de quienes ejercen sobre ellos la patria potestad o la tutela en su caso, dicho consentimiento puede ser suplido por alguna autoridad administrativa, esto porque aunque haya llegado a la pubertad tiene incapacidad jurídica para disponer de sus bienes y de su persona, la acción de nulidad

sólo podrá intentarse por aquellos a quienes toca prestar su consentimiento, dentro de treinta días contados desde que tenga conocimiento del matrimonio. El matrimonio declarado nulo por esta causa puede ser convalidado si las personas señaladas anteriormente manifiestan su consentimiento expresa o tácitamente.

El parentesco consanguíneo en línea colateral desigual constituye nulidad relativa y se extiende a tíos y sobrinos dentro del tercer grado, este impedimento se subsana si después de celebrado el matrimonio se obtiene dispensa y se ratifica ante el Oficial del Registro Civil, el matrimonio tendrá efectos desde que se celebró, esta nulidad puede ser invocada por los cónyuges, por sus ascendientes o por el Ministerio Público.

La nulidad en el caso de adulterio habido entre las personas que pretendan contraer matrimonio, se otorga al cónyuge ofendido y al Ministerio Público en caso de divorcio del matrimonio anterior, y sólo a éste último funcionario si el matrimonio se disolvió por muerte del cónyuge ofendido. La acción en ambos casos debe intentarse dentro de los seis meses siguientes a la celebración de matrimonio.

El atentado contra la vida de uno de los cónyuges para casarse con el que queda libre, (Simple tentativa de homicidio) la acción puede ejercerse por los hijos del cónyuge víctima o

por el Ministerio Público en seis meses desde que se celebró el segundo matrimonio.

La coacción moral provoca la nulidad del matrimonio, ya que la voluntad manifestada bajo violencia por miedo o temor no corresponde a la realidad, por no manifestarse libremente. El contrayente cuya voluntad ha sido violentada, debe encontrarse bajo los efectos de la coacción en el momento de la celebración; la amenaza es grave si importa el peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del cónyuge de sus ascendientes o tutores. La acción puede ser deducida por el cónyuge agraviado dentro de sesenta días de la fecha en que cesó la violencia o intimidación. (23)

El alcoholismo, la toxicomania o los estados patológicos por parte de alguno de los cónyuges, impotencia incurable para la cópula, la sífilis, la demencia y otras enfermedades crónicas e incurables, contagiosas o hereditarias son causas de nulidad relativa, pueden ser deducidas por los cónyuges dentro de los sesenta días después de celebrado el matrimonio. La acción proveniente de idiotismo o imbecilidad puede ser intentada por el cónyuge sano o por el tutor del incapaz y es imprescriptible.

c) Falta de formalidades. El artículo 235 fracción III del Código Civil establece que el matrimonio es nulo si se ha celebrado con omisión de alguna de las formalidades que la ley establece para la celebración del acto. (24)

Este tipo de nulidad puede alegarse por los cónyuges, el Ministerio Público o cualquiera que tenga interés en probar que no hay matrimonio.

El acto de la celebración del matrimonio que se llevó a cabo en forma irregular, puede tener validez si existe el acta matrimonial levantada en los registros del estado civil, cuando contengan los datos necesarios para probar que el matrimonio se celebró y que las partes prestaron su consentimiento ante el Oficial del Registro Civil, es decir, que tal acta es elemento indispensable para dar validez al matrimonio aunque dicha acta de la celebración adolezca de vicios de forma. (22)

La sentencia pronunciada en el juicio de nulidad tiene efectos declarativos, que se retrotraen a la fecha de la celebración del matrimonio y son:

1. Con relación a los cónyuges. La separación de éstos y la disolución del vínculo matrimonial, en éstos se distingue si el matrimonio fue contraído de buena o mala fé (S), para así atribuirles consecuencias según el caso, ya sea que ambos cónyuges procedan de buena o mala fé o sólo uno de ellos.

Todo matrimonio tiene a su favor la presunción de ser válido de haberse contraído de buena fé. Cuando este matrimonio es declarado nulo se deniega matrimonio putativo y produce todos los efectos civiles en favor de los cónyuges mientras dure, y en todo tiempo en favor de los hijos nacidos antes y durante él y trescientos días después de la declaración de

nulidad, si no se hubieran separado los consortes, o desde su separación; si sólo uno de los cónyuges actúa de buena fé produce efectos para él y para los hijos; si ambos actuaron de mala fé el matrimonio producirá efectos sólo en relación a los hijos.

Por virtud de la nulidad del matrimonio, los cónyuges pierden su derecho a heredar, si ambos sobreviven a la sentencia de nulidad; si uno de los esposos muere antes de que ésta se dicte el cónyuge superviviente tiene el derecho a heredar al de-cujus, en virtud de que el matrimonio todavía subsistiría hasta ese momento.

II. Con relación a los hijos. Los hijos sufren las consecuencias de la nulidad del matrimonio, pues se supone que el matrimonio existió validamente para ellos, ya sean legítimos o legitimados tienen derecho a exigir alimentos y a heredar.

III. En relación con los bienes. Declarada la nulidad del matrimonio se procederá a la división de los bienes comunes si ambos cónyuges actuaron de buena fé, los productos repartibles se dividirán entre ellos, en la forma convenida en las capitulaciones; si sólo uno actuó de buena fé éste obtendrá los productos, y en el caso de que ambos actuaran de mala fé los productos se aplicarán a los hijos.

El matrimonio que se celebre sin que se hayan cumplido algunos de los requisitos cuya omisión no esta sancionada con la nulidad, el caso es valido, aunque produce sanciones de otra naturaleza diferentes a la nulidad, es un matrimonio ilicito pero no pierde su eficacia. (26)

La ilicitud en el matrimonio es una reprobación juridica contra el acto que no debió celebrarse por no haberse cuaplido con determinadas condiciones juridicas, previas a su celebración. Las causas que producen la ilicitud comprenden los impedimentos susceptibles de dispensa si ésta se ha pedido al Oficial de Registro Civil. La sanción a estos matrimonios no es dirigida a la destrucción del acto, sino que son penas contra los autores, dicho Oficial puede ser sancionado por celebrar actos matrimoniales ilicitos con la destitución del cargo.

Son ilicitos los matrimonios que se celebran estando pendiente de resolución un impedimento susceptible de dispensa, cuando ésta no se ha otorgado, como en el caso del tutor con la persona que ha estado o esté bajo su guarda, cuando se celebre sin que hayan transcurrido los términos señalados en los casos de disolución de otro anterior, cuando se casen un mayor con un menor de edad sin que éste haya obtenido autorización, en estos casos el matrimonio no es nulo pero incurrirán en las penas que señale el Código de la materia.

2. INEXISTENCIA DEL MATRIMONIO.

Puede ocurrir que el matrimonio como acto jurídico sólo tenga apariencia en su celebración, y el acto en si sea la nada para el derecho, esto será cuando falte la declaración de voluntad, las solemnidades o el objeto. (27)

Nuestro Código Civil no se ocupa expresamente de los matrimonios inexistentes, pero es evidente que si uno de los cónyuges no expresa su voluntad para contraer matrimonio en forma fehaciente o terminante, si esta declaración no se hace ante un Oficial del Registro Civil autorizado legalmente para recibirla, si éste no los declara unidos en legítimo matrimonio, si no constan las firmas en los libros del Registro Civil, si el matrimonio no se celebró entre un hombre y una mujer, el matrimonio que se pretendía celebrar carece de alguno de los elementos esenciales y por lo tanto es inexistente.

No es lo mismo hablar de matrimonio inexistente y de concubinato, la vida marital de los concubinos se realiza sin que se haya declarado formalmente, es decir, se trata de una situación de hecho y no de un acto jurídico, en el matrimonio inexistente ha habido una apariencia de acto que exterioriza la declaración expresa de celebrar matrimonio que a la postre no

llegó a existir, en cambio el concubinato no es siquiera la apariencia del acto, no hay una tentativa de celebración.

A. EFECTOS DE LA INEXISTENCIA.

Como ya sabemos si un acto jurídico se declara inexistente, tal hecho no tendrá en ningún momento vida jurídica, así en el matrimonio, si éste ha sido declarado inexistente no tendrá vida jurídica y los hechos que se hayan realizado en virtud de tal acto no tienen ninguna validez ni consecuencia jurídica, aunque se hayan efectuado en la creencia de que el acto existía, en cuanto a los hijos nacidos antes de la celebración del mismo y durante el tiempo en que dos personas vivieron juntas aparentemente casadas, los padres tendrán todas las obligaciones inherentes a la patria potestad, ya que éstas nacen de la filiación y no esencialmente del vínculo matrimonial.

3. DIVORCIO COMO ACTO DE DISOLUCION.

Divortium deriva del latín divertire, irse cada uno por su lado, separación de algo que estuvo unido. Es la ruptura de un matrimonio válido, en vida de los cónyuges y fundada en alguna de las causas expresamente establecidas en la ley. (20)

Juridicamente el divorcio se entiende como la disolución del vínculo matrimonial, y sólo tiene lugar mediante la declaración de la autoridad jurídica o administrativa en ciertos casos, dentro de un procedimiento señalado por la ley en que se compruebe debidamente la imposibilidad de que subsista la vida matrimonial.

Podemos hablar de divorcio no vincular o separación de cuerpos y divorcio vincular, el primero se da cuando por alguna causa grave alguno de los consortes pide al juez familiar la autorización para no cohabitar con el otro, sin pedir la disolución del matrimonio, quedando subsistentes las demás obligaciones del mismo tales causas son, que uno de ellos sufra alguna enfermedad crónica o incurable, contagiosa o hereditaria y cuando después de celebrado el matrimonio se sufre impotencia o enajenación mental incurable.

La separación de cuerpos no procede por el mutuo consentimiento. La causa que da lugar a este divorcio no entraña sanciones al cónyuge enfermo, por lo que no rompe el vínculo conyugal. Esta autorización debe ser mediante sentencia judicial y la reconciliación no pone fin al procedimiento sólo procede en este caso el desistimiento. Como consecuencia de esta sentencia desaparece el domicilio conyugal ya que implica la residencia común de los cónyuges.

Por su parte el divorcio vincular se caracteriza por la disolución del vínculo, otorgando capacidad a los cónyuges para contraer nuevo matrimonio, como supuesto para ese tipo de divorcio se requiere la existencia de un matrimonio válido, la capacidad de las partes y la legitimación procesal, el primero de estos requisitos es lógico y necesario para que pueda haber disolución del vínculo, tal requisito queda satisfecho con la presentación del acta del Registro Civil de quienes pretenden divorciarse. En cuanto a la capacidad de las partes, en los mayores de edad no hay ningún problema, pero si se trata de menores aun emancipados se debe contar con la presencia de un tutor dativo, los menores deben expresar su voluntad de manera fehaciente, en el sentido de querer divorciarse, mediante la firma que otorguen. Por último en lo que se refiere a la legitimación procesal, los consortes que pretendan divorciarse tienen un interés personalísimo, por lo tanto es improcedente la solicitud presentada por el tutor en el nombre del menor, los mayores de edad en cambio, pueden instruir apoderado tratándose de divorcio necesario, pero no así en el voluntario cuando proceda el divorcio administrativo queda excluida la posibilidad de apoderado ya que son los consortes quienes personalmente presentarán la solicitud y la ratificarán en su momento oportuno. (29)

a) CLASES DE DIVORCIO.

El divorcio vincular puede ser dividido en dos clases: el divorcio por mutuo consentimiento, en el que la solicitud de divorcio es hecha por ambos cónyuges, en virtud de que no hay disputa entre ellos; y el divorcio necesario o contencioso, en el que uno de los cónyuges que se considera inocente u ofendido pide la disolución del vínculo, apoyándose para tal efecto en las causales que mencionaremos más adelante y que para defensa del inocente ha establecido la ley.

I. DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO.

Existen dos formas para obtener este tipo de divorcio, la primera consiste en un procedimiento simplificado ante el Oficial del Registro Civil y se conoce con el nombre de divorcio administrativo; la otra forma se lleva a cabo ante el Juez de lo Familiar y se le denomina divorcio judicial.

Cualquiera que sea la vía para hacer valer el divorcio debe intentarse hasta pasado un año de la celebración del matrimonio

DIVORCIO VOLUNTARIO ADMINISTRATIVO.

Para que este tipo de divorcio se de, es necesario que los cónyuges reúnan ciertos requisitos, primeramente deben estar de acuerdo en la disolución del matrimonio, y para poder solicitarlo los consortes deben ser mayores de edad, no tener hijos, haber disuelto la sociedad conyugal si bajo este régimen se casaron, si se llenan estos requisitos los divorciantes se presentarán ante el Oficial del Registro Civil del Lugar de su domicilio y comprobarán con documentos los requisitos anteriores.

El Oficial del Registro Civil, previa identificación de los consortes, levantará un acta en la que hará constar la solicitud de divorcio y citará a los cónyuges para que se presenten a ratificar a los quince días. Si los consortes se presentan a la ratificación, el Oficial del Registro Civil los declarará divorciados, levantando el acta respectiva y haciendo la anotación correspondiente en la del matrimonio anterior.

El divorcio así obtenido, no surtirá efectos legales si se prueba que los cónyuges tienen hijos, son menores de edad o no han liquidado la sociedad conyugal.

En este divorcio la intervención del Oficial del Registro Civil, sólo se limita a la comprobación de los requisitos legales.

DIVORCIO VOLUNTARIO JUDICIAL.

Cuando no se llenen los requisitos anteriores, pero los cónyuges estén de común acuerdo en divorciarse, los consortes están obligados a presentar al Juez de lo Familiar la demanda de divorcio, el acta de matrimonio, las del nacimiento de sus hijos y un convenio en el cual se fijara: a quien se confiaran los hijos durante el procedimiento y después de él; la manera de sobrevivir de los mismos; la casa habitación de los divorciantes; la cantidad que por alimentos un cónyuge debe pagar al otro; la forma de hacer el pago; y la garantía que debe darse para asegurarlo; la manera de liquidar los bienes de la sociedad conyugal, acompañando un inventario y avalúo de todos los muebles e inmuebles de la sociedad.

Presentada la solicitud el Juez Familiar, citará a los cónyuges y al Ministerio Público a una junta que se efectuará después de los ocho días y antes de los quince, en la que se exhortará a los solicitantes a reconciliarse, si no hay avenimiento, el juez aprobará el convenio presentado y dictará

las medidas necesarias para asegurar los alimentos de los menores y citará a una segunda junta de aveniencia que se efectuará después de los ocho días y antes de los quince y si en ésta los cónyuges no desisten de su solicitud el juez dictará a sentencia disolviendo el vínculo matrimonial, aprobando el convenio con las modificaciones que estime convenientes.(30)

Una vez ejecutoriada la sentencia, se enviará copia de la misma al Oficial del Registro Civil que celebró el matrimonio para que levante el acta de divorcio y efectúe la anotación correspondiente en el acta de matrimonio. ~~anterior.~~

En este tipo de divorcio, la intervención del juez familiar y del Ministerio Público, es con el fin de cerciorarse de la identidad de los divorciantes, de su firme voluntad de divorciarse, garantizar el interés de los hijos y la disolución de la sociedad conyugal.(31)

Debido a que se trata de divorcio voluntario los cónyuges no podrán apelar a la sentencia que lo decreta, pero si a la que lo niegue, a la que modifique uno o varios puntos del convenio, el Ministerio Público podrá apelar en ambos casos si se resuelve sobre la situación y guarda de los hijos, así como a la disolución y liquidación de la sociedad. Una vez aprobado el convenio en la sentencia, no puede ser rescindido por incumplimiento, sólo tiene lugar la ejecución forzada de las

obligaciones que en el han contraído los consortes.

II. DIVORCIO NECESARIO O CONTENCIOSO.

Este tipo de divorcio tiene sus orígenes en el artículo 267 del Código Civil y dentro de éste podemos encontrar dos clases, el divorcio sanción, que se encuentra previsto por aquellas causales (8) que señalan un acto ilícito o contra la naturaleza misma del matrimonio; y el divorcio remedio, que se instituye como la protección en favor del cónyuge sano o de los hijos, contra enfermedades crónicas e incurables, que sean además contagiosas o hereditarias. (32)

El divorcio necesario, sólo procede cuando alguno de los cónyuges comete algún hecho que sea suficiente para que el otro demande la disolución matrimonial, es decir, cuando existe una de las causales señaladas en el artículo 267, con excepción de la fracción XVII que es de mutuo consentimiento y el artículo 268 del Código Civil, que establece cuando un cónyuge puede pedir el divorcio o la nulidad del matrimonio por causas que no haya justificado o se hubiere desistido de la acción sin conformidad del demandado, éste tiene a su vez el derecho de pedir la disolución del vínculo, pero no podrá hacerlo sino

pasados tres meses de la última notificación o del auto que recayó al desistimiento. Esta causa es absoluta y sólo se tiene que comprobar que existió una sentencia previa, negando la acción y se establece por las mismas causas anteriores.

El divorcio sólo puede demandarse por el cónyuge inocente y debe presentarse dentro de los seis meses al día de que tenga conocimiento de los hechos en que funde su demanda.

CAUSALES DERIVADAS DE CULPA O DIVORCIO SANCION.

I. El adulterio debidamente probado por uno de los cónyuges entendiéndose como adulterio la relación sexual entre dos personas de diferente sexo cuando al menos una de ellas es casada. Esta relación para ser castigada penalmente, debe realizarse precisamente en el hogar conyugal, con escándalo y en presencia de testigos, pero en materia civil, la violación del deber conyugal es suficiente para disolver el vínculo matrimonial, es decir, basta la comprobación de las relaciones sexuales en cualquier circunstancia, para tener por probada la causa de divorcio, además de que no se exige una condena penal previa del delito de adulterio, simplemente ésta debe ser directa y absoluta, siendo suficiente la presunción del mismo. La disolución puede ser pedida por cualquiera de los esposos, ya

que el cónyuge adúltero se hace culpable respecto del inocente, quien cuenta con seis meses de que tuvo conocimiento del adulterio de su consorte para pedir el divorcio.

II. Es causa de divorcio que la mujer de a luz un hijo concebido antes de la celebración del matrimonio y que jurídicamente sea declarado ilegítimo. Esta causal es absoluta, pero se presumen hijos de los cónyuges los nacidos ciento ochenta días después de la celebración del matrimonio, por lo que para fundar la acción de divorcio debe existir sentencia ejecutoriada que declare al hijo ilegítimo.

III. La propuesta del marido para prostituir a su mujer no sólo cuando lo haya hecho directamente, sino cuando hubiere recibido dinero o cualquier otra remuneración para permitir que otro tenga relaciones sexuales con su mujer. Esta causa es absoluta y además de ser causa civil suficiente para la disolución del vínculo, también constituye un delito, ya que el lenocinio se castiga penalmente, pero para efectos del divorcio no es necesario que se configure el delito para considerar culpable al marido, ésto es porque puede ser cometido por personas que no estén unidas en matrimonio, es decir, se puede pedir el divorcio civilmente sin que la esposa ofendida intente la acción penal del lenocinio. Esta causal se funda en la

degradación moral del cónyuge comprometiéndose la formación física y mental de la prole.

IV. La insitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer un delito aunque no sea de incontinencia carnal, para pedir el divorcio por esta causa no es necesario que el delito de que se trate sea cometido con un acto violento, esta causa opera de modo absoluto.

V. Los actos inmorales del marido o de la mujer para corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción, entendiéndose por esto todas las conductas que atenten contra la moral de los hijos. Este precepto puede realizarse de dos maneras; una de ellas consiste en actos positivos de corrupción ejecutados por alguno de los cónyuges y la otra consiste en actos negativos que impliquen la tolerancia del padre o de la madre respecto a la inmoralidad de sus descendientes. (33)

VI. La separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada, los esposos deben vivir juntos en la casa conyugal para cumplir con las finalidades del matrimonio, pero en algunos casos las autoridades permiten a alguno de los consortes cuando con conocimiento del otro se traslade a un país extranjero, cuando no se tiene causa justificada para abandonar la casa que sirve de habitación, el cónyuge ofendido puede pedir la disolución del vínculo, ya que no se está cumpliendo con los

fines del matrimonio.

VII. La separación del hogar conyugal originada por una causa que sea bastante para pedir el divorcio si se prolonga por más de un año sin que el cónyuge entable demanda de divorcio. Esta causa presupone que uno de los esposos se separó por causa suficiente para pedir el divorcio, pero si no lo hace el otro, que fue quien motivó la separación podrá pedir la disolución del matrimonio. El titular para ejercitar esta acción es el esposo abandonado, aunque de hecho haya sido el causante de la falta, esto es porque la ley protege primeramente al ofendido, pero se presume que si éste después de un año no ha promovido el divorcio no tiene en realidad bases para pedirlo, por lo que la ley concede al agresor el derecho a pedir la separación.

VIII. La declaración de ausencia legal hecha o la de presunción de muerte. Esta se basa en la culpa del cónyuge cuyo paradero se ignora, ya que además de abandonar sus obligaciones matrimoniales, le ocasiona al cónyuge inocente una situación de incertidumbre, que le perjudica al igual que a los hijos, opera de modo absoluto, para que proceda la disolución del vínculo, se debe comprobar que el cónyuge culpable ha sido judicialmente declarado ausente o presuntivamente muerto.

IX. La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro. Sevicia significa maltrato continuo aunque

no sea grave, pero que por su permanencia, continuidad o repetición, llegue a hacer imposible la vida conyugal, puede también haber sevicia si el maltrato no es continuo, pero si grave, puede ser de palabra o de obra, la sevicia debe ser entendida en función de su finalidad (que haga imposible la vida marital, que los malos tratos de palabra o de obra que la constituyen den como resultado que se rompa definitivamente la armonía entre los esposos). La injuria debe ser grave desde el punto de vista del juez a efecto de resolver si hace imposible la vida conyugal.

X. La negativa injustificada de los conyuges de cumplir con la obligación de alimentos, educación y el incumplimiento sin causa de la sentencia ejecutoriada por alguno de los cónyuges en el caso del artículo 168. Se puede pedir el divorcio cuando se demuestre que no ha sido posible asegurar los ingresos del cónyuge que debe dar los alimentos.

XI. La acusación calumniosa hecha por uno de los cónyuges contra el otro, por un delito que merezca pena mayor de dos años de prisión. Calumnia es la imputación de un hecho determinado y calificado como delito por la ley, cuando este hecho fuere falso o es inocente la persona a quien se le imputa, para fundar el divorcio en esta causa es necesario que se siga primero el juicio penal y sea declarado inocente el cónyuge acusado, entonces ya absuelto podrá pedir la disolución del matrimonio,

contando con elementos suficientes para ello.

XII. Los hábitos de juego o de embriaguez, el uso indebido y persistente de drogas enervantes, cuando amenazen causar la ruina de la familia, o constituyen un continuo motivo de desavenencia conyugal. Esta causa es relativa, ya que el juez es quien debe calificar si estos hábitos han perturbado tan gravemente la armonía familiar que hagan imposible la convivencia de los cónyuges.

XIII. Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro un acto que sería punible si se tratara de persona extraña, siempre que tal acto tenga señalada en la ley una pena que pase de un año de prisión. En este caso por el vínculo que existe entre ambos el cónyuge inocente no puede ejercitar la acción penal (abuso de confianza y robo), pero si puede demandar el divorcio, esta acción debe ser analizada por el juez para decidir si los hechos constituyen o no delito, y entonces decretará el divorcio como una sanción al culpable, esta sanción no es por mera conformación del delito, sino porque se ha roto la constitución del matrimonio, si no existir la debida protección entre los esposos.

XIV. La separación de los cónyuges por más de dos años independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualquiera de ellos.

CAUSALES NO DERIVADAS DE CULPA O COMO REMEDIO.

Fueden ser las que provienen de enfermedad mental o física, de impotencia incurable para la cópula carnal, no son imputables al cónyuge que la originó, por lo que el cónyuge sano puede demandar al juez el divorcio vincular o solicitar se suspenda su obligación de cohabitar con el enfermo, quedando subsistentes las demás obligaciones derivadas del matrimonio .

Como estas causas pertenecen a las eugenésicas del matrimonio tienen por objeto proteger al cónyuge sano y a los hijos en su salud.

Las enfermedades padecidas deben ser crónicas o incurables y además contagiosas o hereditarias, pero en enagenación mental sólo se requiere que sea incurable. (34)

La acción de divorcio en la enagenación mental puede ser intentada por el cónyuge sano, después de dos años desde que el demandado empezó a sufrir la enfermedad.

La acción de divorcio está sujeta a caducidad, que es la extinción de una acción de una facultad jurídica o de una obligación, por el transcurso del tiempo que determine la ley,

sin que se puede evitar esa extinción, interrumpiendo el plazo o suspendiéndolo. De tal manera que la caducidad es la extinción fatal, necesaria o inevitable de la acción, del derecho o de la obligación por el sólo transcurso del tiempo y para evitar que se extinga la situación jurídica sujeta a caducidad, no queda otra posibilidad de hacer valer respectivamente el derecho o la acción, ya que de no hacerse así, el derecho o la obligación se extinguen. (35)

No todas las acciones de divorcio están sujetas a caducidad porque de ello dependerá la naturaleza de la acción de que se trate, pero hay que distinguir entre causas de tracto sucesivo y acciones de realización momentánea; las primeras quieren decir que día a día se comete el acto que da motivo al divorcio y por lo tanto, no puede correr el término de seis meses tomando en cuenta los primeros actos que originaron esa causa, supuesto que vienen en seguida otros en los que se reincide en la misma falta que origina el divorcio o bien cuando no implique una falta como las enfermedades crónicas e incurables que sean contagiosas o hereditarias. Estas causas de tracto sucesivo son el abandono injustificado del domicilio conyugal por más de seis meses, la ausencia, las enfermedades, la locura incurable y la impotencia incurable para la cópula.

En cambio las causas de realización momentánea no implican una situación que se ponga en el tiempo sino que se realiza en

un momento dado como las injurias, el adulterio, la propuesta del marido para prostituir a la mujer, la corrupción de los hijos, que pueden definirse en el tiempo, para esto se toma el momento en que el cónyuge inocente tenga conocimiento de los mismos.

La ley dispone que el menor de edad debe estar asistido de un tutor especial para divorciarse, en este caso para saber que el menor desea divorciarse la demanda debe ser firmada por él y éste deberá ratificar su contenido reconociendo su firma ante el juez.

Otro caso de representación del menor es cuando el tutor representa al cónyuge inocente en los casos de interdicción, del menor de edad que por su incapacidad locura, idiotismo, imbecilidad, uso excesivo de drogas enervantes o embriaguez consuetudinaria trae consigo la representación total através del tutor para hacer valer la acción del divorcio, cuando exista causa suficiente para pedirlo.

La acción de divorcio se extingue por perdon o reconciliación poniendo fin al juicio de divorcio en cualquier estado en que se encuentre, siempre que no haya causado estado la sentencia de divorcio.

Esta acción es susceptible de desistimiento o renuncia,

pero sólo pueden renunciarse las causas de divorcio ya consumadas, excepto la locura incurable y demás enfermedades ya mencionadas, el desistimiento implica una renuncia a la acción intentada, es decir, el cónyuge inocente renuncia a la causa de divorcio ya sea antes o después de intentar la acción, en la renuncia no hay perdón ni reconciliación, simplemente no se ejercita la acción y debe consistir en no ejercitar el derecho cuando se tienen suficientes motivos para hacerlo, ya que si el actor se desiste cuando se convence de que la sentencia favorecerá a su contrario o no se ha probado la acción debidamente, éste podrá ejercitar el mismo derecho haciendo mención de que se llevo a juicio indebido y que injustamente se le hicieron cargos.

La acción de divorcio se extingue por muerte y se da por terminado el juicio, partiendo de la consideración fundamental de que esta acción tiene por objeto la disolución del vínculo matrimonial.

El procedimiento del divorcio necesario se tramitará ante el juez familiar y se regirá de acuerdo a lo establecido en el Código Procesal de la materia.

b) EFECTOS DEL DIVORCIO.

Los efectos que surgen del divorcio pueden ser provisionales o definitivos, los primeros surgen durante la tramitación del juicio. Al admitirse la demanda de divorcio el juez debe ordenar se tomen ciertas medidas cautelares que atañen a los cónyuges, a los hijos y a los bienes de los consortes, en sus obligaciones patrimoniales.

En cuanto a los cónyuges el juez ordenará que ellos vivan separados; resolverá sobre la custodia provisional de los hijos; señalará la cuantía de los alimentos y el aseguramiento de los mismos en favor de los hijos y del cónyuge que deberá recibirlos; en su caso tomará las medidas cautelares respecto de la mujer que quede encinta.

Los efectos definitivos se determinarán con la sentencia que disuelva el matrimonio.

En cuanto a los cónyuges, el divorcio disuelve el vínculo matrimonial dejándolos en aptitud de contraer otro pero el cónyuge que ha dado causa al divorcio no podrá volver a casarse sino dos años después de la sentencia y el cónyuge inocente no podrá hacerlo hasta después de un año; el marido no podrá desconocer a los hijos que nazcan dentro de los trescientos días siguientes a la separación judicial, a menos que durante el

juicio el padre compruebe que le fué físicamente imposible tener cópula con su mujer dentro de los ciento veinte días anteriores al nacimiento; tratándose de la mujer culpable podrá contraer nuevo matrimonio si da a luz dentro de los trescientos días siguientes a la separación judicial.

En cuanto a los hijos el cónyuge culpable pierde definitivamente la patria potestad, aun cuando después muera el cónyuge inocente y los menores quedarán bajo la patria potestad de los abuelos, a falta de ellos los hijos quedarán sujetos a tutela; si la pérdida fuere parcial se priva al cónyuge culpable de la patria potestad mientras viva el inocente; en los casos de divorcio por causa de enfermedad se le restringe la patria potestad al cónyuge enfermo sólo para evitar cualquier contagio.

La pérdida de la patria potestad será definitiva cuando la conducta que haya observado el condenado a ello revele un grado de inmoralidad tan grave que si conserva esta facultad constituiría un verdadero peligro para la educación de los hijos. En todo caso la pérdida o la suspensión de este derecho no extingue las obligaciones que tienen los padres para con los hijos.

En cuanto a los bienes el divorcio originará la disolución de la sociedad conyugal si bajo este régimen se casaron haciendo una liquidación y pagando todas las deudas sociales,

disuelta la sociedad se hará un inventario y se devolverá a cada cónyuge lo que llevó al matrimonio, si hubiere un sobrante se dividirá entre los consortes en la forma convenida, en caso de que hubiere pérdidas el importe de éstas se deducirá del haber de cada consorte en proporción a las utilidades que debían corresponderle; el cónyuge culpable tendrá la obligación de indemnizar al inocente de todos los daños y perjuicios que le hubiere ocasionado por virtud del divorcio. En nuestro derecho éstos son de orden moral y patrimonial, en virtud de que en este tipo de divorcio el cónyuge culpable comete un hecho ilícito y como tal se obliga no sólo al daño patrimonial sino al moral, siempre y cuando éste no exceda de la tercera parte de aquél. (36)

Una vez disuelto el vínculo matrimonial el juez sentenciador deberá enviar copia de la resolución de divorcio al Oficial del Registro Civil ante quien se celebró el matrimonio para que levante el acta correspondiente.

4. AUSENCIA CON PRESUNCION DE MUERTE.

Si el ausente nombró apoderado con el podrán tratar todos los asuntos que se tratarían con el ausente si no hay apoderado a petición de parte, el juez nombrará depositario de los bienes

del ausente y lo citará por edictos en los principales periódicos del último domicilio, señalándole para que se presente en un término de tres a seis meses y dictará las providencias necesarias para asegurar los bienes, remitirá copia de los edictos a los Consules Mexicanos en que se presume pueda encontrarse el ausente, en caso de que existan hijos del ausente menores de edad y no haya quien ejerza la patria potestad, el Ministerio Público pedirá que se nombre tutor.

Si no se puede nombrar depositario a los llamados a ello por la ley (37) por su mala conducta, se nombrará presunto heredero si hubiere varios se pondrán de acuerdo, y si ésto no es posible lo nombrará el juez.

Si cumplido el plazo del llamamiento, el ausente no se presenta se procederá a nombrar representante, lo que puede solicitar el Ministerio Público o cualquier interesado en tratar con el ausente. El representante será elegido de común acuerdo por el cónyuge superviviente y los presuntos legítimos herederos, si ésto no es posible lo elegirá el juez, el representante es el legítimo administrador de los bienes tiene las mismas facultades, obligaciones y restricciones que los tutores y cada año se publicarán edictos conforme a la ley de la materia llamando al ausente.

Pasados dos años en que haya sido nombrado representante se

podrá pedir la declaración de ausencia, pero si nombró apoderado deberán pasar tres años para pedir la mencionada declaración, tal pedimento lo podrán pedir los presuntos herederos legítimos y los demás que señale el artículo 673 del Código Civil.

Si el juez encuentra fundado tal pedimento, ordenará se publique durante tres meses con intervalos de quince días en el Diario Oficial y en los principales del último domicilio, pasados cuatro meses de la última publicación si no hubiera noticias del ausente, ni oposición de tercera persona el juez declarará en forma la ausencia, dicha declaración será publicada de igual manera cada dos años hasta que se declare la presunción de muerte.

La declaración de ausencia interrumpe la sociedad conyugal a menos que en las capitulaciones matrimoniales se estipule lo contrario, habiendo hecho la división de la sociedad se repartirán los bienes del ausente entre los legítimos herederos pero si el cónyuge presente no es heredero y no tiene bienes propios tendrá derecho a alimentos. Esta declaración de ausencia es una causal de divorcio ~~(C22)~~, poniendo fin con ésto al vínculo matrimonial.

Pasados seis años de la declaración de ausencia el juez a instancia de parte procederá a declarar la presunción de

muerte, pero si la ausencia fue por causa de siniestro o guerra se declarará la presunción de muerte sin necesidad de declarar la ausencia, pasados seis meses de la desaparición.

Declarada la presunción de muerte se procederá a abrir testamento del ausente, los poseedores provisionales darán cuenta de su administración a los herederos y demás interesados entrarán en la posesión definitiva de los bienes sin garantía alguna. Como efecto de la declaración de presunción de muerte de un ausente casado se pone término a la sociedad conyugal, si el cónyuge presente no es heredero, sólo tendrá derecho a alimentos.

Aunque nuestra legislación no hace mención al respecto, es lógico suponer que el vínculo matrimonial se extingue con esta presunción, ya que jurídicamente el consorte ha dejado de existir, es decir, ha muerto y no se puede mantener una relación jurídica con un *de cuius*, ya que si no hay sujeto, no hay acto jurídico y para el matrimonio es necesaria la existencia de dos personas de diferente sexo y si una de éstas faltará por su misma naturaleza el vínculo desaparece.

- 1.- De Ibarrola Antonio, Op. Cit., p. 123.
- 2.- De Pina Rafael. Op. Cit., p. 314.
- 3.- Cit. Puz. Rafael de Pina. Op. Cit., p. 316.
- 4.- Rojina Villegas Rafael, Op. Cit., p. 183.
- 5.- Cit. Puz. Ignacio Galindo Garfias, Op. Cit., p. 477.
- 6.- Rojina Villegas Rafael, Op. Cit., p. 270.
- 7.- Galindo Garfias Ignacio, Op. Cit., p. 492.
- 8.- Confere. Artículos 146 y sig., Código Civil del D. F.
- 9.- Floresgomez Fernando, Op. Cit., p. 80.
- (8) Del latín notus que significa sabido o conocido.
- 10.- Puig Peña Federico, Op. Cit., p. 52.
- 12.- Ibidem. p. 267.
- 13.- Galindo Garfias Ignacio, Op. Cit., p. 564.
- 14.- Puig Peña Federico. Op. Cit., p. 275.
- 15.- Rojina Villegas Rafael, Op. Cit., p. 335.
- 16.- De Pina Rafael, Op. Cit., p. 331.
- 17.- Confere. Artículos. 219, 132 y sig., Código Civil del D.F.
- 18.- Costan Toluías José, Op. Cit., p. 830.
- 19.- Puig Peña Federico, Op. Cit., p. 523.
- 20.- Galindo Garfias Ignacio, Op. Cit., p. 517.
- 21.- Ibidem. p. 527.
- 22.- Costan Toluías José, Op. Cit., p. 834.
- 23.- Confere. Artículo 245 Código Civil del D. F.
- 24.- Confere. Artículos 97, 98 y sig., Código Civil del D. F.
- 25.- Galindo Garfias Ignacio, Op. Cit., p. 134.
- (8) Se entiende por buena fé la ignorancia del impedimento que se opone a la celebración del matrimonio, o el vicio que ha hecho ineficaz las formalidades de su celebración.
- 26.- Galindo Garfias Ignacio, Op. Cit., p. 528.
- 27.- Costan Toluías José, Op. Cit., p. 857.
- 28.- Galindo Garfias Ignacio, Op. Cit., p. 573.
- 29.- Confere. Artículo 272., Código Civil del D. F.
- 30.- Confere. Artículo 273., Código Civil del D. F.
- 31.- Galindo Garfias Ignacio, Op. Cit., p. 571.
- (8) Se entiende por causa el acto, omisión, hecho o condición suficiente para causar la terminación o la rescisión del contrato matrimonial previa solicitud del cónyuge inocente.
- 32.- Rojina Villegas Rafael, Op. Cit., p. 351.
- 33.- Floresgomez Fernando, Op. Cit., p. 108.
- 34.- Galindo Garfias Ignacio, Op. Cit., p. 610.
- 35.- Rojina Villegas Rafael, Op. Cit., p. 370.
- 36.- Ibidem p. 421.
- 37.- Confere. Artículo 653, Código Civil del D. F.
- 38.- Confere. Artículo 267, Código Civil del D. F.

CAPITULO IV.

EL CONCUBINATO COMO INSTITUCION.

A. El concubinato como estado
ajuridico B. El concubinato como
unión de grado inferior al
matrimonio C. Equiparación del
concubinato con el matrimonio D.
efectos jurídicos del concubinato.

En el presente capítulo hablaremos de la figura del concubinato, que aunque no está debidamente regulada en nuestro derecho es muy importante por ser una forma de constitución de la familia, por lo que ésta no debe ser pasada por alto por nuestro régimen jurídico, ya que en nuestra sociedad por razones sociales, culturales y tal vez hasta económicas se da con gran frecuencia, así consideramos que hay una gran necesidad de que el derecho preste una mayor atención a esta institución, para proteger a los concubinos y a los hijos nacidos de estas uniones.

A continuación daremos una pequeña información del concubinato que por su similitud con el matrimonio podría ser considerado como un cuasicontrato consensual de matrimonio.

Del latín concubinatus de cum (con) y cubare (acostarse) el concubinato como hecho jurídico constituye toda unión de un hombre y una mujer, sin atribución de legitimidad para cumplir los fines atribuidos al matrimonio.(1)

Se nos presenta siempre como la situación de hecho en que se encuentra una pareja, que sin estar casados hacen vida marital, pero para que la concubina pueda ser considerada como tal, debe cohabitar con el concubinario como si fuera éste su marido, es decir, que sea la compañera fiel, honesta y obligada del hombre con quien realiza el concubinato llegando a ser la madre de sus hijos y formando con él un hogar.

Hay que distinguir esta figura de las demás uniones sexuales pasajeras o esporádicas o de aquellas relaciones sexuales habituales, pero en las que no hay cohabitación.

Para que esta figura sea reconocida por la ley debe reunir ciertos requisitos a saber:

- Debe ser la unión de un hombre y una mujer con la finalidad de hacer vida semejante a la de los cónyuges. La ley al tratar de los sujetos en este caso habla de concubina y concubinario.

- Debe consistir esta unión de hecho en una relación libre de matrimonio, es decir ambos concubinos deben permanecer solteros, ya que si cualquiera de ellas estuviera casada con otra constituiría el delito de bigamia.

- Debe tratarse de una unión permanente, es decir, cohabitando a la manera de cónyuge, no a ratos o por temporadas,

de tal manera que dicha unión pueda deducirse, como sucede en el caso de la presunción de un domicilio común de los concubinos.

- La unión debe ser estable, que haya durado al menos cinco años o que hubiera provocado el nacimiento de hijos en común, pues si alguno de los hijos es declarado de otro o es reconocido válidamente por otro, el concubinato no se podría configurar.

El computo del concubinato se puede hacer de dos formas, el primero es por el transcurso de cinco años de cohabitación ininterrumpida de los concubinos en el mismo domicilio con el ánimo de permanencia; y la segunda forma se determina por el nacimiento del segundo hijo común, al respecto la ley no establece un número determinado de hijos para que éste sea considerado como tal, pero al hablar de hijos se desprende que deben ser por lo menos dos de ellos, los cuales deben ser consecutivos y reconocidos conjuntamente por ambos concubinos conforme al artículo 1635 del Código Civil.

- La unión debe ser entre personas que no tengan entre sí un impedimento natural de matrimonio. Puede darse el caso que dos personas hagan vida marital y que tengan entre sí un impedimento dispensable, caso en el que aunque los impedimentos matrimoniales son de interés público, puede ser importante la protección de los hijos o aún del otro concubino que en ocasiones, por ignorancia o miseria, no han reparado en éste tipo de impedimentos y han vivido su unión de hecho sin saberlo o sin darles la importancia que la ley quiso darles.

- Por último, la unión debe darse entre un solo hombre y una sola mujer. (2)

La regulación del concubinato es fundamentalmente una cuestión de orden moral y el derecho puede asumir diferentes actitudes al respecto, las cuales son:

A. EL CONCUBINATO COMO ACTO AJURIDICO.

El derecho puede ignorar por completo las relaciones que nacen del concubinato, de tal manera que éste permanezca al margen de la ley, para no estatuir consecuencias jurídicas ni para sancionar civil o penalmente dichas uniones, si no existe adulterio.

Al ignorar al concubinato de manera absoluta se hace necesaria una valorización moral, debido a que no se considera como un hecho lícito para su sanción, ni tampoco constituye un hecho ilícito para que produzca relaciones jurídicas entre las partes, dicho de otra manera, al concubinato se le estima como un hecho ajurídico como podría serlo la amistad o los convencionalismos sociales.

B. EL CONCUBINATO COMO UNION DE GRADO INFERIOR AL MATRIMONIO.

La ley contempla la posibilidad de regular jurídicamente al concubinato, dándole ciertos efectos no solamente para beneficiar a los hijos, estos efectos serían independientes de las disposiciones que facilitan la investigación de la paternidad.

Otro de los efectos que se conceden a la concubina es el derecho de heredar en la sucesión del concubinario, pero condicionado ésto, es decir, para que la concubina pueda heredar es necesario que haya vivido con el concubinario como si fuera su marido durante los cinco años anteriores a su muerte o que haya tenido hijos con él, siempre que hayan permanecido libres de matrimonio durante la unión común y el de cujus no haya tenido varias concubinas, en el caso de que la concubina no sea heredera, pero cumple con las condiciones antes mencionadas puede exigir una pensión de alimentos dentro de las limitaciones del caudal hereditario.(3)

C. EQUIPARACION DEL CONCUBINATO CON EL MATRIMONIO.

El equiparar al concubinato con el matrimonio implicaría llenar más requisitos de los ya establecidos en el concubinato, con la finalidad de crear por virtud de la ley o de una decisión judicial, en cada caso, un tipo de unión que consagre entre los concubinos los mismos derechos y obligaciones que se conceden a los cónyuges.

Existen algunas leyes que equiparan ambas figuras como son:

La Constitución Cubana; que en su artículo 43 establece que "los tribunales determinarán los casos en que por razones de equidad, la unión entre personas con capacidad legal para contraer matrimonio será equiparada, por su estabilidad y singularidad al matrimonio civil".

En el Código del Matrimonio, la Familia y la Tutela que rige en Rusia, se hace una equiparación entre el matrimonio celebrado ante el Oficial del Registro Civil y la unión que por mutuo acuerdo se establece entre el hombre y la mujer que han llegado a la edad núbil, para originar un estado de vida más o menos permanente, siempre que se reúnan las siguientes condiciones: a) cohabitación marital; b) economía común entre las partes; c) exteriorización de las relaciones maritales ante terceras personas; y d) sustento marital recíproco o mutua educación de los hijos si los hubiera.

El Código derogado de Tzauulipas, en su artículo 70 equipara absolutamente estas figuras estableciendo que para los efectos de la ley, se considerará matrimonio la unión, convivencia y trato sexual continuado de un solo hombre con una sola mujer, el citado Código continúa diciendo en su artículo 71 las condiciones necesarias para que el concubinato produzca los mismos efectos que el matrimonio y a la vez sea considerado como tal, dichas condiciones son: la capacidad jurídica suficiente para poder unirse, para que ésto se sobreentienda se menciona en

dicho precepto los impedimentos para realizar estas uniones, es decir, el no haber cumplido la edad requerida, el parentesco por consanguinidad o por afinidad en línea recta, el parentesco colateral entre hermanos, la existencia de un matrimonio anterior del cual se pudiera desprender adulterio o bigamia, también este Código permite la regulación de estas uniones de hecho mediante un acta matrimonial ante el Registro Civil para tener la prueba auténtica de esa unión.

La Constitución Boliviana, en su artículo 131 dispone que se reconoce el matrimonio de hecho en las uniones concubinarias, con sólo el transcurso de dos años de vida en común, verificada por todos los medios de prueba o el nacimiento de un hijo, siempre que las partes tengan capacidad legal para contraer enlace. La Ley del Registro Civil perfeccionará estas uniones de hecho.

En Guatemala también se equiparan estas dos figuras siempre que se declaren judicialmente esas uniones y se inscriban en el Registro Civil jurisdiccional. (4)

D. EFECTOS JURIDICOS DEL CONCUBINATO.

El concubinato produce determinadas consecuencias jurídicas

aunque se diga que es un matrimonio de hecho.

- El derecho a heredar en la sucesión legítima. Manteniendo el Código Civil la libertad de testar, puede el testador disponer de sus bienes como guste, sin limitación alguna más que las pensiones alimenticias a que se refiere el artículo 368 del Código Civil, en el que se otorga igualdad de derechos entre concubinos en relación a las sucesiones con los cónyuges. Según esto, el concubinato modifica substancialmente la herencia legítima, restando a toda parentela consanguínea, diversos porcentajes de la masa hereditaria y excluyendo a los tíos, sobrinos y primos.

- El derecho a una pensión posmortem para alimentos en favor del sobreviviente necesitado. Esta pensión se pagará a cargo de la masa hereditaria en las sucesión testamentaria, si el concubino sobreviviente no tiene bienes propios o si teniéndolos, su producto no iguala a la pensión que debería corresponderle, la cual nunca excederá al concubino en la sucesión intestada, ni bajará de la mitad.

- Para la presunción de filiación. Debido a que no hay fecha exacta de la iniciación del concubinato es necesario probar en juicio la existencia del concubinato y sus fechas de comienzo y terminación para que tal presunción opere.

Como se ve el concubinato sólo produce efectos en relación con los alimentos y en la sucesión, notándose con ello lo árido de esta figura en nuestra legislación.

En base a lo anteriormente expuesto sugerimos algunos puntos que la ley podría considerar para otorgarle a esta figura un carácter más elevado del que actualmente tiene.

**CONSIDERACIONES Y SUGERENCIAS PARA LA
REGLAMENTACION DEL CONCUBINATO.**

- En virtud de que el concubinato es una figura que la ley sólo menciona, pero que no le otorga verdadera regulación jurídica porque como se puede ver esta figura sólo se contiene en el capítulo correspondiente al de los alimentos y en el de las sucesiones, y si bien ésta es considerada como fuente de la familia debería estar regulada en un capítulo aparte como las demás instituciones que dan origen a la familia. proponiendo que se incluya en el "Libro Primero del Título V Bis" (para no reformar los subsecuentes títulos), es decir, después del matrimonio de una manera específica y consistente, cuestión por la que si se exige la realización de determinadas circunstancias para la configuración del mismo, es justo que a las personas que lo constituyen se les concedan también algunas prerrogativas y obligaciones inherentes a dicha relación concubinaría.

- Si se contara con un capítulo especial para la regulación del concubinato, se podrían establecer obligaciones y derechos, y algunos de ellos podrían ser: la mutua fidelidad entre la pareja; sancionar al concubino que abandone el domicilio común por más de seis meses sin que medie causa

justificada y deje de cumplir las obligaciones que adquiere por su propia voluntad; el deber de proporcionarse alimentos durante el concubinato, así como cuando esta relación termine de igual forma que se regula para el matrimonio.

- De acuerdo con el artículo 130 Constitucional el matrimonio es un contrato, fundamento por el cual consideramos que al concubinato se le debería regular como un cuasi contrato consensual de matrimonio sin necesidad de formalidades legales, ya que entre estas dos figuras existe infinidad de similitudes en su constitución y desarrollo, con excepción de la formalidad y la solemnidad que requiere el matrimonio para su validez y constitución jurídica, y para darle un lugar en la legislación el concubinato precisa de esta equiparación.

- Respecto a los bienes encontramos la existencia de un problema no previsto en nuestra legislación, porque en caso de que adquirieran bienes durante su vida en común no hay protección alguna para los concubinos, por lo que se podría establecer que los bienes que se adquirieran por la pareja en su vida en común constituyeran una sociedad o un patrimonio familiar en favor de los hijos. No creemos que en este caso se deba establecer la separación de bienes porque en caso de abandono no habría ninguna protección para la concubina (que en la generalidad de los casos es la persona abandonada), ni para los hijos, así el porcentaje del concubino que abandone el hogar serviría para

garantizar los alimentos de la concubina y de los hijos.

- Para finalizar observamos que otro aspecto no previsto por nuestra legislación es la situación del hijo póstumo, el cuál tiene derecho a llevar el apellido de su padre, para lo cuál se podría establecer la existencia del concubinato por medio de testigos y así el hijo podrá llevar ^{e!} apellido paterno y materno a que tiene derecho.

- 1.- De pina Rafael, Op, Cit., p.337.
- 2.- Pacheco E. Alberto, Op. Cit., p. 201.
- 3.- Rojas Villegas Rafael, Op. Cit., P. 342.
- 4.- Confere. Artículo 1635 del Código Civil del DF.

CONCLUSIONES.

1.- La familia es la más antigua de las instituciones y tiene como principal objetivo la integración formación y propagación de la especie, podemos afirmar que con el paso del tiempo este concepto se ha ido adecuando a las circunstancias y necesidades de los miembros que la conforman y debido a la gran importancia que esta figura reviste, sólo dejará de existir cuando el hombre mismo desaparezca.

2.- El derecho de familia regula las relaciones familiares presupuesto lógico y necesario para la protección de los miembros que la constituyen, dado que la familia es una verdadera institución porque su duración no depende de la voluntad de las personas que la conforman prescinde de un ordenamiento jurídico, sin el cual predominaría el individualismo del ser humano y la comunidad dejaría de ser el tema principal de la sociedad.

3.- El matrimonio es un estado de derecho porque cuenta con un conjunto de normas destinadas a la regulación de la unión entre un hombre y una mujer y así coloca a la pareja en un plano de igualdad tanto de derechos como de obligaciones, con el objeto

de que se cumplan los fines derivados de la naturaleza y los preceptos legales que rigen esta institución.

4.- La doctrina ha considerado al concubinato como estado ajuridico, como unión de grado inferior al matrimonio o como figura equivalente al mismo, y a nuestra manera de ver ésta es la mejor forma de equipararla, porque en realidad ambas tienen la misma constitución y persiguen las mismas finalidades.

5.- El concubinato además de ser un estado de derecho es una realidad social que la ley debe contemplar y reglamentar no en detrimento del matrimonio, sino con el fin de regular los efectos y consecuencias jurídicas de esas uniones, tan prolíferas en nuestro medio social y que por el hecho de que la ley lo calle no deja de existir ni de provocar una verdadera problemática, cuya solución es indispensable para nuestra sociedad, primordialmente para los sectores de escasos recursos, donde se presenta con más frecuencia.

BIBLIOGRAFIA.

- 1.- Bellucio Augusto César. MANUAL DE DERECHO DE FAMILIA, Buenos Aires, De Palma, 1975, pp. 437.
- 2.- Catan Tobeañas José, DERECHO CIVIL ESPECIAL COMÚN Y FORAL, T.V. V.I. Madrid, Reus, 1976, pp. 1015.
- 3.- Chávez Asencio Manuel, LA FAMILIA EN EL DERECHO, México, Porrúa, 1984, pp. 505.
- 4.- De Ibarrola Antonio, DERECHO DE FAMILIA, México, Porrúa, 3a. ed. 1984, pp. 562.
- 5.- De Pina Rafael, ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL MEXICANO, México, Porrúa, 13a. ed., 1983, pp. 104.
- 6.- Floresgómez González Fernando, INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO Y DERECHO CIVIL, México, Porrúa, 4a. ed. 1983, pp. 386.
- 7.- Galindo Garfias Ignacio, DERECHO CIVIL, México, Porrúa, 5a. ed., 1982, pp. 754.
- 8.- González Juan Antonio, ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL, México, Trillas, 5a. ed., 1984, pp. 199.
- 9.- Lafalle Héctor, CURSO DE DERECHO CIVIL, Buenos Aires, De Palma, 1930, pp. 575.
- 10.- Pacheco E. Alberto, LA FAMILIA EN EL DERECHO CIVIL MEXICANO, México, Panorama editorial, 1984, p. 110.
- 11.- Planiol Marcel, TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL, Tomo I.1, México, Cajica, 12a. ed., 1980, pp. 567.
- 12.- Puig Peña Federico, TRATADO DE DERECHO CIVIL, Tomo II, Volumen I, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1971, pp. 564.
- 13.- Recasens Siches Luis, TRATADO GENERAL DE SOCIOLOGIA, México, Porrúa, 17a. ed., 1979, pp. 682.
- 14.- Rojina Villegas Rafael, DERECHO CIVIL MEXICANO, Tomo I, México, Porrúa, 6a. ed., 1983, pp. 803.
- 15.- Sánchez Meda! Ramón, LOS GRANDES CAMBIOS DEL DERECHO DE FAMILIA EN MEXICO, México, Porrúa, 1979, pp. 315.

LEGISLACION.

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, Porrúa, 1986, 79a. ed. pp. 126.
- Código Civil para el Distrito Federal, México, 54a. ed. México, Porrúa, 1986, pp. 692.