



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ARAGON"

"INEXISTENCIA DE IMPEDIMENTO PARA CONTRAER
MATRIMONIO CUANDO HAY PARENTESCO POR
AFINIDAD ILEGITIMA EN EL CODIGO CIVIL VIGENTE
PARA EL DISTRITO FEDERAL"

TESIS PROFESIONAL

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

HUGO EMILIO MARTIN LECONA CASTILLO

"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"



MEXICO, 1989



Universidad Nacional
Autónoma de México



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.

Der 1193

A EL,

Porque me ha dado la virtud de disfrutar de todo lo que tengo, en especial la esperanza de vivir un nuevo día.

A MIS PADRES,

Marfa del Socorro y Felipe Othón,

Porque me han dado el mejor de los regalos como lo es el poder realizar una carrera profesional y por si fuera poco lo mejor de ellos durante mis 26 años de vida.

A MIS HERMANOS,

Marfa Lizbeth,
Laura Coralia,
Adrián Othón,
Areli Asenet,
Cesar Armando y
mi sobrino José Antonio,
por su forma de ser conmigo

A MIS ABUELOS,

María del Refugio,
María del Rosario,
Salomón y
Baldomero.

A LOS LICENCIADOS,

Jesús Enrique Landeros Camarena y
Felipe V. Consuelo Soto,
Porque dan sin esperar nada a cambio

A ELLA,

Porque siempre estuvo y ha estado
presente apoyándome y dándome es-
peranza, especialmente cuando la
había perdido por completo.

A TODOS MIS FAMILIARES, COMPAÑEROS Y AMIGOS,

Porque sin su ayuda no hubiera sido posible-
este trabajo y muchas coasa mas que me han -
dado.

A MIS COMPAÑEROS DE GRUPO,

En especial a los de Xalostoc, porque
con su tiempo, dedicación, confianza,
apoyo y ejemplo me han enseñado que -
poseo el mas preciado de los tesoros-
y ese es a quienes me refiero con an-
terioridad, así como ellos mismos.

I N D I C E .

"INEXISTENCIA DE IMPEDIMENTO PARA CONTRAER MATRIMONIO CUANDO HAY PARENTESCO POR AFINIDAD ILEGITIMA EN EL CODIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL".

Pág.

I N T R O D U C C I O N 1.

C A P I T U L O P R I M E R O

EVOLUCION HISTORICA DEL CONCUBINATO.

I. La Cultura Azteca.....	3.
A. El matrimonio como unión definitiva.....	4.
B. El matrimonio provisional.....	5.
C. El concubinato.....	5.
II. Epoca Colonial.....	6.
III. México Independiente.....	8.
A. Primer Período (de 1810 a 1870).....	8.
1. Ley Orgánica del Registro Civil de 1857.....	8.
2. Ley de Matrimonio Civil de 23 de julio de 1859.....	8.
3. Código Civil del Imperio Mexicano de 1866.....	9.
B. Segundo Período (de 1870 a 1884).....	12.
C. Tercer Período (de 1884 a 1917).....	15.
D. Cuarto Período (de 1917 a 1928).....	17.
E. Quinto Período (de 1928 a la fecha).....	19.

CAPITULO SEGUNDO

CONCEPTUALIZACION DEL CONCUBINATO.

	Pág.
I. Diversos conceptos del concubinato.....	23.
A. Rafael de Pina.....	23.
B. Galindo Garfias.....	24.
C. Joaquín Escriche.....	25.
D. Julián Bonnecase.....	25.
E. Derecho Canónico.....	26.
F. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.....	27.
G. Código Civil para el Distrito Federal.....	28.
H. Marcel Planiol y Jorge Ripert.....	29.
I. Eduardo Zannoni.....	29.
J. Betancourt Jaramillo.....	30.
K. Eduardo Le Riverend.....	31.
L. Angel Osorio.....	32.
II. Elementos del concubinato.....	33.
A. Elementos que sin implicar una formalidad jurídica son.....	
necesarios para la existencia del concubinato.....	33.
1. Cohabitación.....	33.
a. Comunidad de lecho.....	33.
b. Unión sexual habitual.....	33.
2. Permanencia.....	34.
a. Continuidad.....	34.
b. Constancia.....	34.
3. Fidelidad.....	34.
a. Honestidad.....	34.
b. Moralidad.....	34.
c. Singularidad.....	35.
4. Publicidad.....	35.

a. Notoriedad.....	36.
b. "Formando un hogar".....	36.
5. Equiparable al matrimonio.....	37.
6. En caso de haber hijos, que se encuentren en estado de hijos.....	37.
a. Nomen.....	37.
b. Tractus.....	37.
c. Fama.....	37.
B. Elementos que constituyen una formalidad jurídica.....	38.
1. Sin formalidad legal.....	38.
2. Inexistencia de impedimento para contraer matrimonio.....	38.
3. Cualquiera que sea el estado de ambos.....	38.
4. Unión mínima de cinco años o nacimiento de un hijo.....	39.
III. Nuestra conceptualización del concubinato.....	40.
A. Cohabitación.....	40.
B. Permanencia.....	40.
C. Moralidad.....	41.
D. Publicidad.....	41.
E. Sin formalidad legal.....	41.
F. Inexistencia de impedimento para contraer matrimonio.....	41.
G. Voluntaria.....	41.

C A P I T U L O T E R C E R O

MARCO REFERENCIAL OPERATIVO DE LA RELACION SEXUAL Y SUS -- CONSECUENCIAS JURIDICAS.

I. Relaciones sexuales lícitas.....	43.
A. Matrimonio.....	43.
1. Efectos entre los cónyuges.....	44.
a. Igualdad y reciprocidad.....	45.

b. Cohabitación.....	45.
c. Ayuda mutua.....	47.
d. Fidelidad.....	49.
e. Igualdad jurídica entre consortes.....	50.
2. Efectos respecto a los hijos.....	52.
3. Efectos respecto a los bienes.....	56.
a. Donaciones antenuptiales.....	57.
b. Donaciones entre consortes.....	57.
c. Capitulaciones matrimoniales.....	58.
d. Régimen de Separación de Bienes en el matrimonio.....	59.
B. Concubinato.....	60.
1. Efectos entre concubinos.....	63.
a. Igualdad y reciprocidad.....	63.
b. Cohabitación.....	64.
c. Ayuda mutua.....	64.
d. Fidelidad.....	66.
e. Igualdad jurídica entre concubinos.....	67.
2. Efectos respecto a los hijos.....	67.
3. Efectos respecto a los bienes.....	68.
II. Relaciones sexuales ilícitas.....	70.
A. Violación.....	70.
B. Estupro.....	71.
C. Rapto.....	71.
D. Bigamia.....	71.
E. Incesto.....	72.
F. Adulterio.....	72.
III. Relaciones sexuales ajurídicas.....	74.
A. Normales.....	74.
1. Relaciones sexuales eventuales.....	74.
2. Relaciones sexuales permanentes.....	74.
a. Amasiato.....	75.

b. Unión libre.....	75.
B. Relaciones sexuales anormales.....	75.
1. Homosexuales.....	76.
2. Bestialismo.....	76.

C A P I T U L O C U A R T O

EL PARENTESCO POR AFINIDAD ILEGITIMA.

I. Parentesco por consanguinidad.....	78.
II. Parentesco por adopción.....	80.
III. Parentesco por afinidad.....	81.
A. Afinidad.....	81.
B. Afinidad ilegítima.....	83.
IV. Filiación.....	86.
A. México Prehispánico.....	87.
B. Epoca Colonial.....	87.
C. México Independiente.....	87.
D. Código Civil actual.....	90.

C A P I T U L O Q U I N T O

EL PARENTESCO POR AFINIDAD ILEGITIMA COMO IMPEDIMENTO PARA
CONTRAER MATRIMONIO DENTRO DEL CODIGO CIVIL VIGENTE PARA -
EL DISTRITO FEDERAL.

I. Análisis a la fracción IV. del artículo 156 del Código Civil.....	
Vigente para el Distrito Federal.....	93.
II. Equiparación del concubinato con el matrimonio en razón a	
dicho impedimento.....	97.
III. Razones morales.....	100.

IV. Criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.....	
al respecto.....	104.

CONCLUSIONES.....	111.
-------------------	------

BIBLIOGRAFIA GENERAL.....	116.
---------------------------	------

I N T R O D U C C I O N .

La sociedad mexicana desde sus inicios ha manifestado ciertas características, tendencias o costumbres como el resto de las civilizaciones, a esto le llamamos cultura.

En el aspecto sexual nuestros antecesores siempre mostraron ciertas limitaciones, las cuales con el paso del tiempo y aún con la fuerte influencia de los conquistadores no han podido ser cambiadas.

En nuestra sociedad, aún en la actualidad no es fácil aceptar a una mujer que tiene relaciones sexuales fuera de matrimonio aún a pesar de su mayoría de edad y de hacer uso de su libertad sexual; máxime si lo hace con diversas personas (y especialmente si estas son parientes entre si), además de que si estas relaciones son de una manera pública, encontramos que esta situación no es moral, no concuerda con la idiosincrasia de la sociedad mexicana.

Dentro de nuestra legislación Civil vigente no se permite que las personas que han sido casados y han terminado su relación mediante alguna de las formas establecidas por la ley, vuelvan a contraer matrimonio con ascendiente o descendiente en línea recta de su ex pareja, esto, sin límite de grado.

Por lo tanto si el ex marido quiere contraer con posterioridad a la extinción de la relación conyugal nuevo matrimonio con la hija de su ex esposa (la cual es de ella pero no de él), estará impedido para hacerlo. Lo mismo sucederá si pretende contraer matrimonio con la madre --

de la ex esposa y viceversa, si la ex esposa pretende unirse en matrimonio con el padre o hijo o nieto incluso de su ex esposo estará impedido para hacerlo. El fundamento es meramente moral.

Sin embargo cuando hablamos del concubinato o relación que frecuentemente es cimiento para una familia, pero que no reúne las formalidades de ley, sabemos que es una situación equiparable al matrimonio, - desde el punto de vista práctico, pero no jurídico.

Esta relación equiparable al matrimonio puede reunir los mismos elementos que tiene este, pero no la formalidad jurídica del matrimonio, por lo tanto, si una pareja se ha constituido en concubinato e incluso ha procreado hijos, la relación ha sido del conocimiento de la comunidad que les rodea y con posterioridad cualesquiera de los concubinos, - habiéndose "disuelto" la relación concubinaria pretende contraer matrimonio con ascendiente o descendiente de la ex pareja en los términos que están impedidos los cónyuges conforme al artículo 156 fracción IV del Código Civil, conforme a este mismo código el matrimonio es posible efectuarlo para los concubinos, aún a pesar de tratarse de situaciones con características iguales pero con una pequeña diferencia formal y aún a pesar de que ambas situaciones no concuerdan con la moral.

CAPITULO PRIMERO

EVOLUCION HISTORICA DEL CONCUBINATO.

I. LA CULTURA AZTECA.

Derivado de diversas circunstancias de hecho como lo es el transcurso excesivo del tiempo y consecuentemente la pérdida de las fuentes de las que proceden multitud de datos que utilizamos en este capítulo, no es posible precisar ciertas situaciones de manera absoluta, sin embargo se intenta que nuestras referencias sean lo más exactas posibles.

Precisamente por su importancia y consecuente influencia -- que tuvo sobre las demás culturas que se desarrollaron en el territorio nacional, creemos conveniente mencionarla.

Los Aztecas, como es bien sabido, en 1325 fundaron Tenochtitlán (actual centro de la Ciudad de México), quedando entonces bajo el dominio de los tecpanecas de Atzacapotzalco. Al fortalecerse con el aumento de población y actividades económicas, se acrecentó la necesidad de independizarse. Usaron las diferencias internas y los problemas que Atzacapotzalco tenía con otros pueblos, para aliarse con Texcoco y Tlacopan, formando la triple alianza, para finalmente derrotar a Atzacapotzalco hacia el año 1428 (1).

Al lograr su independencia, los aztecas iniciaron un poderoso señorío que abarcaba, por el norte el río Lerma, y el Valle de Toluca;-

(1) Alonso, Alvarez Alberto, Ciencias Sociales 2, p. 266.

por el oeste, los márgenes del Balsas de Michoacán; y, por el sureste, -- llegaba hasta Guatemala (2).

Comenta la maestra Raquel Sagaón que dentro de los Aztecas existió la poligamia, derecho que era preferencial para los guerreros, es ta situación se justificaba por el hecho de que como los aztecas eran emi nentemente guerreros, no había un equilibrio cuantitativo entre los sexos, y por lo tanto era necesario, lógico y justificable (3).

Dentro de la familia azteca existían tres tipos de unión -- sexual permitida:

- A. El matrimonio como unión definitiva,
- B. El matrimonio provisional, y
- c. El concubinato.

- A. El matrimonio como unión definitiva.

"Derivado del hecho de que los aztecas eran demasiado religiosos, consideraban el matrimonio como "un acto religioso que carecía de validez alguna cuando no se celebraba de acuerdo a las ceremonias del ritual; pero cuando se cumplía con estas, se le consideraba como un lazo in disoluble" (4). Creemos importante hacer notar que en esas condiciones ya dentro del matrimonio azteca había formalidades para la celebración y validez del mismo.

(2) Idem.

(3) Memoria del II Congreso de Historia del Derecho Mexicano, p. 107.

(4) *ibíd.* p. 101.

B. El matrimonio provisional.

"Este era como una especie de concubinato, pero tenía la condición de procrear y posteriormente contraer matrimonio, la mujer o sus padres podían exigir si nacía su hijo, que el varón se casara con ella permanentemente o que la devolviera. Así pues, era un matrimonio temporal, por-tiempo indefinido, sujeto al nacimiento de un niño"(5).

Por lo tanto aún a pesar de no celebrarse la acostumbrada ceremonia ritual, el matrimonio existía, y además estaba sujeto a una condición determinada.

C. El concubinato.

"Se concretaba a voluntad de quienes así se unían. Cuando -- esta unión duraba mucho tiempo y era de manera pública, la ley reconocía -- esta unión concubinaria y eran castigados con la pena de muerte la mujer -- que violaba la fidelidad del concubino y el hombre con quién ella tuviera relaciones sexuales" (6). En esas condiciones creemos importante hacer notar que los aztecas ya reconocían la unión concubinaria y además existían -- ciertas leyes al respecto que de alguna manera regulaban esta unión, y la fidelidad ya dentro de la misma era protegida por los aztecas.

Algo que consideramos importantísimo dentro de esta cultura -- es que ya existían impedimentos para contraer matrimonio y tomando como referencia el tema que estudiamos, no se permitía el matrimonio entre padrastro y entenados, o el de la concubina del padre con el hijo (7), este impe

(5) Kohler, José. El Derecho de los Aztecas, p. 50.

(6) Sagaón, op. cit. p. 102.

(7) Idem.

dimento ya existía entre los aztecas, prácticamente reúne las mismas características del ideal de impedimento que pretendemos que se incluya y no -- existe en la legislación vigente.

Ya los aztecas concebían como impedimento para el matrimonio lo que actualmente es el que consideramos parentesco por afinidad ilegítima y por ello la concubina del padre no podía contraer matrimonio con el - hijo de este, pero como en un principio de este trabajo se mencionaba, no nos es posible determinar la intención que el emperador azteca tuvo para -- emitir esta orden, en especial no podemos asegurar que la intención sea -- eminentemente moral, sin embargo nos tenemos que conformar con solo saber -- que existía y además funcionó muchos años en esa sociedad, y derivado de - la gran importancia que tenía el imperio Azteca hasta la época de llegada -- de los españoles a América, es un hecho que infundió sus costumbres grande -- mente sobre los demás pueblos de nuestro territorio.

II. EPOCA COLONIAL.

Sin emgargo a la llegada de los españoles a América, las cosas cambiaron considerablemente aún a pesar de lo arraigado de las costumbres que tenía la cultura azteca, la que dominaba gran parte de nuestro te rritorio en esa época. En el momento en que se conquista a los nativos es bien sabido que se tuvieron que someter a lo que los conquistadores orde -- naron, en esas condiciones y como los mismos procuraron enseñar y transmi -- tir sus costumbres, les establecieron a los nativos mexicanos los matrimo -- nios con ceremonias y requisitos, pues las principales preocupaciones de - los misioneros españoles, fueron convertir a los nativos en fieles a la re -- ligión cristiana y en suprimir a toda costa la poligamia (8).

(8) Barrera Barranco, Reyna, Naturaleza Jurídica del Concubinato, p. 21.

Los misioneros se encontraron con que la poligamia para ellos era un problema y como no sabían como resolverlo y tenían que hacer algo, decidieron (por si mismos, logicamente), que la esposa legítima fue ra la primera (9).

Derivado de que a los mal llamados indios, que tenían una-
idiosincracia propia, y no les funcionaban las leyes que a los españoles-
(en este caso el Derecho de Castilla), "se tuvieron que dictar nuevas nor
mas jurídicas para ellos, naciendo así el Derecho Indiano" (10).

"En la recopilación de Leyes de los Reinos de Indias de -
1680, el concubinato es poco tratado, es conocido como amancebamiento y-
es considerado como delito en el cual se duplica la sanción que ese deliti
to tenía en el Derecho de Castilla, para los españoles, mas no así para-
los indios en general" (11).

"A fines del siglo XVI, realizada la Conquista, aparecie-
ron los postulados establecidos en el Concilio de Trento, y con esto los
matrimonios de los indígenas que no se celebraban con todas las ceremo--
nias que establecía la Iglesia, eran considerados como uniones concubinari
as" (12).

Por lo tanto podemos considerar que a los indios se les obl
iga a cambiar radicalmente sus costumbres, y derivado de la serie de -
requisitos o ceremonias que establecía la Iglesia para que se celebrara-
el matrimonio concluimos que toda unión sexual que no los tuviera se le-

(9) Chávez Asencio, Manuel F., La Familia en el Derecho, p. 42.

(10) Morales Mendoza, Hector Benito, El Concubinato en revista de la --
Fac. de Derecho de Méx. , num 118, p. 244.

(11) Idem

(12) Barrera, op. cit. p. 21.

consideraría unión concubinaria y no generaría derecho alguno.

Practicamente la religión católica absorbió por completo - la vida familiar. "El matrimonio religioso se convirtió durante la colonia en única forma que dá legitimidad a las uniones" (13).

III. EL MEXICO INDEPENDIENTE.

Para su estudio, éste tema lo dividimos en cinco períodos, que son: Primero, de 1810 a 1870, segundo de 1870 a 1884, tercero de 1884 a 1917, cuarto de 1917 a 1928 y quinto de 1928 (o creación del Código Civil vigente) a la fecha, ésta división es porque consideramos que en estos períodos podemos precisar los puntos más importantes para este trabajo, dentro de esta última etapa.

A. Primer período (de 1810 a 1870).

1. "Ley Orgánica del Registro Civil de 1875: Bajo la presidencia de Ignacio Comonfort se estableció en toda la República el registro del estado civil de nacimiento, matrimonio, adopción, arrogación, sacerdocio, voto religioso y muerte. El matrimonio debía registrarse antes o después de la ceremonia religiosa, pero la omisión del registro negaba los efectos civiles al mismo" (14). Encontramos en esta ley el primer dato --- cierto que dentro del México Independiente existió respecto del matrimo--nio y logicamente, futuro cimientto de sus impedimentos.

2. "Ley de Matrimonio Civil de 23 de julio de 1859.

(13) Chávez, op. cit. p. 47.

(14) Montero, op. cit. p. 656.

Hace referencia a los requisitos que debe reunir el matrimonio civil, y otras características no de vital importancia para este -- trabajo, sin embargo "esta ley fué complementada por un decreto que para nosotros es importantísimo, de fecha dos de mayo de 1861, el cual contiene cinco artículos y dentro de su texto no explica en cuales impedimentos para contraer matrimonio cabe dispensa, ni la autoridad que debe otorgarla, pero adiciona la ley de 1859 con el impedimento de afinidad y en su artículo primero previene que: Es impedimento para celebrar el contrato de matrimonio civil la relación de afinidad en línea recta sin limitación alguna" (15). Nuevamente aquí aparece el impedimento que había "desparecido" durante la época colonial y que estuvo presente en la época prehispánica, aunque el impedimento que se menciona aquí es afinidad únicamente y por lo tanto no hace referencia a la afinidad ilegítima.

3. "Código Civil de Imperio Mexicano de 1866.

Siete meses después de haberse iniciado los dispositivos -- expuestos para dar un Código Civil, el día 6 de julio de 1866, una vez -- que la comisión había aprobado de hecho el libro primero del Código Civil como eran los deseos del Emperador, lo publicaron en el órgano periodístico oficial del Imperio, llamado Boletín de las Leyes, no obstante que en las disposiciones que hasta entonces contenían estaban limitadas a la parte introductoria, a la eficacia y naturaleza de las leyes y a los derechos de familia, apareció ya con el nombre de Código Civil del Imperio Mexicano" (16).

En relación al matrimonio y en especial a lo que se refiere a los impedimentos para contraerlo, el Código del Imperio en su artículo

(15) Chávez, op. cit. p. 52.

(16) Ibíd. p. 54.

lo octavo en siete fracciones nos dá a conocer cuales son éstos y dice:

"I.- El error cuando recae esencialmente sobre la persona.

II.- El parentesco de consanguinidad, legítima o natural, sin limitación de grado en línea recta ascendente o descendente. En línea colateral igual, el impedimento se extiende solamente a los tíos y sobrinas, o al contrario, siempre que estén en el tercer grado. La clasificación de estos grados se hará siguiendo la computación civil.

III.- El atentar contra la vida de alguno de los casados, para casarse con el que quede libre.

IV.- La violencia o fuerza con tal de que sea tan grave y notoria que baste para quitar la libertad del consentimiento.

V.- Los esponsales legitimos, siempre que consten por escrito público y no se disuelvan por el mutuo disenso de de los mismos que los contrajeron.

VI.- La locura constante e incurable.

VII.- El matrimonio celebrado antes legitimamente con persona distinta de aquella con quién se pretenda contraer.

Al final de ellos nos dice: Cualquiera de estos impedimentos bastará para que no se permita la celebración del matrimonio o para -

dirimirlo en el caso de que existiendo alguno de ellos se haya celebrado menos al error sobre la persona que puede salvarse ratificando el consentimiento después de conocido el error" (17).

Pero no solamente estos son los únicos impedimentos que contenía el Código de Imperio, sino que hace mención de algunos otros como son que "se prohibía el matrimonio en línea recta, entre todos los ascendientes y descendientes legítimos e ilegítimos y afines en la misma línea (art 111), así como también en la línea colateral se prohíbe el matrimonio entre hermanos legítimos o ilegítimos y asimismo entre los afines en el mismo grado, a no ser respecto de estos últimos, se haya obtenido la dispensa por justos motivos (art 112), por lo que hace al impedimento de afinidad de que se habla en los artículos anteriores, solamente se producirá por el matrimonio, nace luego este se celebre, y se extiende a los descendientes y ascendientes legítimos o naturales reconocidos de cualquiera de los cónyuges (art 113), por otro lado también se prohíbe el matrimonio entre tío hermano de padre o madre, de abuelo o de abuela sobrina, entre tía hermana del padre o de la madre, del abuelo o de la abuela y sobrino a no ser que se haya obtenido dispensa (art 114)" -- (18).

En esas condiciones el impedimento a que hace referencia el decreto de dos de mayo de 1861, adicional de la ley de matrimonio civil de fecha 23 de julio de 1859 se repite dentro del Código Civil de Imperio Mexicano, con las mismas características y como ya se dijo no incluye a los parientes por afinidad legítima.

(17) Batiza, Rodolfo, Las fuentes del Código Civil de 1928, p. 263.

(18) Ibíd. p. 265.

B. Segundo Período (de 1870 a 1884).

Código Civil de 1870.

Su creación fue de la siguiente manera: "Desde el inicio de la vida independiente, los gobernantes mexicanos atendieron a la necesidad de crear un Código Civil, ya que la tendencia codificadora se había extendido por entonces en todos los países civilizados. En noviembre de 1822, el Gobierno Provisional nombró una comisión encargada de redactar un proyecto de Código Civil. Integraron la comisión los jurisconsultos -- José María Lafragua, Andrés Quintana Roo y otros, pero por diversas razones el proyecto no llegó a cristalizar. Transcurrieron los años, hasta -- que en 1859, Benito Juárez encomendó al abogado Justo Sierra la redacción de un proyecto de Código Civil. La intervención francesa y el reinado de Maximiliano impidieron que la comisión nombrada a efecto de revisar el -- proyecto de don Justo Sierra, de 1862, pudiera finalmente terminar el trabajo. No obstante los dos primeros libros de ese proyecto fueron aprobados por el gobierno de Maximiliano. Cuando el gobierno republicano se restableció, Juárez ordenó de inmediato la constitución de una comisión codificadora, misma que formó el Código Civil de 1870" (19).

"El 13 de diciembre de 1870, por decreto número 6855, se publica el Código Civil, el que expresamente deroga toda la legislación anterior" (20).

Este nuevo Código Civil aún a pesar de que las uniones libres crecían en número se abstuvo de comentar respecto de el concubinato.

(19) Montero, op. cit. p. 291.

(20) Chávez, op. cit. p. 56.

Este Código, como es practicamente una réplica de la mayoría de los preceptos que contenía el Código anterior, o sea el Código Civil de Imperio Mexicano, respecto a los impedimentos amplía en dos fracciones más el numeral que las contiene, así tenemos que el artículo 163 - expresa:

"Son impedimentos para celebrar el matrimonio los siguientes:

I.- La falta de edad requerida por la ley.

II.-La falta de consentimiento del que conforme a la ley - tiene la patria potestad.

III.- El error, cuando sea esencialmente en la persona.

IV.- El parentesco de consanguinidad legítima o natural -- sin limitación de grado en línea recta ascendente o -- descendente. En la línea colateral igual el impedimento se extiende a los hermanos y medios hermanos. En la misma línea colateral desigual el impedimento se ex--- tiende solamente a los tíos y sobrinas y al contrario, siempre que estén en el tercer grado y no hayan obtenido dispensa. La computación de estos grados se hará en los términos prevenidos en el capítulo segundo de este título.

V.- La relación de afinidad en línea recta sin limitación- alguna.

VI.- El atentado contra la vida de alguno de los casados -

para casarse con el que quede libre.

VII.- La fuerza o miedo graves. En caso de raptó subsiste el impedimento entre el raptor y la raptada, mientras que ésta no sea restituida a lugar seguro, donde libremente manifieste su voluntad.

VIII.- La locura constante e incurable.

IX.- El matrimonio celebrado antes legitimamente con persona distinta de aquella con quien se pretende contraer.

En relación al parentesco, sus líneas y grados el artículo 192 que trataba de la afinidad, estableció que este es el parentesco que se contrae por el matrimonio consumado o por cópula ilícita entre varón y los parientes de la mujer y viceversa. A diferencia del Código anterior, la afinidad también se adquiría por el concubinato" (21).

Por lo tanto, ya en este artículo se reconoce el parentesco que nace por virtud del concubinato, entre el concubino y los parientes de la concubina y entre ésta y los parientes de su compañero.

Y en esas condiciones ya se legisla respecto del impedimento que pretendemos, y de esta manera hay impedimento para contraer matrimonio cuando existe relación de afinidad en línea recta sin limitación de grado (art 163). Y por otra parte la relación de afinidad no es indispensable que se contraiga por el matrimonio, sino que puede ser por cópula ilícita (art 192), por lo tanto hay impedimento para contraer matrimonio-

(21) *Ibíd.* p. 57

cuando existe parentesco por afinidad ilegítima en el Derecho Positivo de 1870.

C. Tercer período (de 1884 a 1917).

Código Civil de 1884.

La redacción de este Código fué de la siguiente manera: --
La comisión redactora estuvo formada por los señores licenciados D. Pedro Collantes Buenrostro, D. Eduardo Ruiz y D. Miguel S. Macedo. Este código, casi copia textualmente el de 1870, y tuvo solo una modificación de trascendencia que fue el establecimiento de la libre testamentación.

En lo referente a los impedimentos matrimoniales se encuentran contemplados en su artículo 159, que manifiesta:

"Art. 159.- Son impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio:

- I.- La falta de edad requerida por la ley cuando no haya sido dispensada.
- II.- La falta de consentimiento del que, conforme a la ley tiene la patria potestad, del tutor o del juez en sus respectivos casos.
- III.- El error, cuando sea esencialmente sobre la persona.
- IV.- El parentesco de consanguinidad legítimo o -- natural sin limitación de grado en línea rec-

ta ascendente y descendente. En la línea colateral igual, el impedimento se extiende a los hermanos y medios hermanos. En la línea colateral desigual, siempre que estén en el tercer grado y no hayan obtenido dispensa. La computación de estos grados se hará en los términos prevenidos en el capítulo II de este título.

V.- La relación de afinidad en línea recta sin limitación alguna.

VI.- El atentado contra la vida de alguno de los casados, para casarse con él el que quede libre.

VII.- La fuerza o miedo graves, En caso de raptosubsieste el impedimento entre el raptor y la robada, mientras sea restituida a lugar seguro donde libremente manifieste su voluntad.

VIII.- La locura constante e incurable.

IX.- El matrimonio celebrado antes legitimante con persona distinta de aquella con quién se pretende contraer".

Asimismo el concepto de afinidad es el mismo que en el Código anterior. Esto significa que en este Código respecto de este tema no hay modificación alguna; todo es exactamente igual.

D. Cuarto Período (de 1917 a 1928).

Ley de Relaciones Familiares.

Fué la primera ley del mundo dada con autonomía de la legislación civil.

Entró en vigor antes que la propia Constitución Política - Mexicana de 1917, la Ley de Relaciones Familiares empezó a regir los destinos de este país a partir de la fecha de su publicación, que se efectuó en el Diario Oficial de la Federación del 14 de abril al 11 de mayo de -- 1917. Esta ley en su artículo noveno transitorio dispuso que queda deroga da expresamente toda la parte correspondiente al Derecho Familiar del Código Civil de 1884. La presente ley estuvo vigente hasta el día 30 de septiembre de 1932.

La ley de Relaciones Familiares, tampoco regula de manera expresa el concubinato y al igual que en los códigos anteriores solo se refiere a él de manera indirecta.

Entrando en materia, diremos que los impedimentos para contraer matrimonio, en esta ley se encuentran englobados dentro del capítulo II en su artículo 17, que a la letra dice:

"Son impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio:

I.- La falta de edad requerida por la ley, cuando no haya sido dispensada.

II.- La falta de consentimiento del que o de los que ejerzan la patria potestad.

- III.- El error, cuando sea esencialmente sobre la persona.
- IV.- El parentesco de consanguinidad legítima o natural sin limitación de grado en línea recta ascendente y descendente. En la línea colateral igual, el impedimento se extiende a los hermanos y medios hermanos. En la colateral desigual el impedimento se extiende solamente a los tíos y sobrinos y al contrario, siempre que estén en el tercer grado y no hayan obtenido dispensa. La computación de estos grados se hará en los términos que previene la ley.
- V.- La relación de afinidad en línea recta sin limitación alguna.
- VI.- El atentado contra la vida de alguno de los casados, para casarse con el que quede libre.
- VII.- La fuerza o miedo graves. En caso de raptó, subsiste el impedimento entre el raptor y la robada, mientras ésta no sea restituida a lugar seguro, donde libremente manifieste su voluntad.
- VIII.- La embriaguez habitual, la impotencia por causa física para entrar en el estado matrimonial, siempre que sea incurable; la sífilis, la locura y cualquier otra enfermedad crónica e incurable que sea además contagiosa o hereditaria.
- IX.- El matrimonio subsistente con persona distinta de aquella con quien se pretende contraer.

X.- El fraude, las maquinaciones o artificios para inducir en error a alguno de los contrayentes, siempre que verse sobre hechos substanciales, que si hubieren sido conocidos de la otra parte, no habría ésta consentido en celebrar el matrimonio, y que dichos hechos se prueben por escrito precedente de la parte que empleó el fraude las maquinaciones o artificios. De estos impedimentos solo son dispensables la falta de edad y el parentesco de consanguinidad en línea colateral desigual".

El concepto de afinidad es el mismo que aparece en el código anterior, por lo tanto en esta ley tampoco hubo cambio alguno que se relacionara con el tema que estudiamos, todo es exactamente igual.

E. Quinto Período (de 1928 a la fecha).

Código Civil para el Distrito Federal de 1928; (vigente -- desde el 1o. de octubre de 1932).

Dentro de la exposición de motivos de este nuevo Código Civil, se justifican las reformas diciendo que "solo se contaba con veintemeses y con mucha ignorancia y por lo tanto este no es perfecto", y únicamente: "La comisión alienta la esperanza de haber interpretado con fidelidad las ideas progresistas sustentadas en materia social por el C. Presidente de la República" (22). Para nosotros, los legisladores ya desde este momento y derivado de la real falta de conciencia respecto de las reformas implantadas, y lo importante que estas son para el país, se justifican, ya que conocen el fondo de estas reformas y no fueron estudiadas -

(22) Editorial Andrade, Nuevo Código Civil para el Distrito Federal y toda la República en Materia Federal, p. 9.

por completo, más aún no se tuvo cuidado en analizar las consecuencias -- que podrían tener respecto de los demás artículos relacionados y por lo tanto fallaran, como lo fue.

La exposición de motivos de este código pretende actualizar las normas jurídicas, ya que considera que no van acorde con las necesidades que demanda el momento, y respecto de el concubinato dice: "El -- concubinato hasta ahora se habían quedado al margen de la ley y no se había tomado en cuenta a las que en tal estado vivían, pero el legislador -- no debe cerrar los ojos para darse cuenta de un modo de ser muy generalizado en algunas clases sociales, y por eso en el proyecto se reconoce que produce algunos efectos jurídicos, en favor de los hijos de la concubina" (23). Tómese en cuenta que solo dice: "algunos efectos jurídicos", y sin embargo derivado del descuido muchos otros los excluye.

Sin encontrar el porqué dentro de la exposición de motivos el artículo 300 se modifica y queda como actualmente lo conocemos, esto -- es, anteriormente se entendía al parentesco por afinidad: como el que se contrae por el matrimonio consumado o por cópula ilícita entre el varón y los parientes de la mujer y viceversa e injustificadamente se modifica para quedar: "El parentesco de afinidad es el que se contrae por el matrimonio entre el varón y los parientes de la mujer y entre la mujer y los parientes del varón".

El maestro Manuel Chávez, expresa en su libro "La familia -- en el derecho", respecto de las modificaciones, "en general este código -- observó pobreza en las reformas habidas, pues no se aborda una revisión -- del Derecho Familiar, ya que se trata de simples ajustes que rompen, en -- muchas ocasiones la estructura y congruencia de la norma. Es lógico que --

(23) Idem.

al modificar un artículo, si no se hacen modificaciones con los que se relaciona, se rompe la armonía y congruencia que el legislador de 1928 obtuvo para este cuerpo legal. Se impone una revisión a fondo y total de la legislación familiar" (24). Con todo esto estamos total y absolutamente de acuerdo, ya que eso fue exactamente lo que sucedió con el impedimento a que se hace referencia. Sin embargo el legislador no se dió cuenta de esa situación.

Dentro de la exposición de motivos se menciona la justificación de muchas situaciones, pero no se menciona nada en absoluto acerca de la modificación dentro del parentesco de afinidad ilegítima y sin embargo si dice: Estas reformas son las más importantes .

A partir de este código el impedimento para contraer matrimonio cuando hay parentesco por afinidad legítima continúa exactamente igual, pero varía el concepto de afinidad, ya que antes se daba la afinidad independientemente del matrimonio, esto es aún dentro del concubinato y con la nueva modificación se da la INEXISTENCIA DE IMPEDIMENTO PARA CONTRAER MATRIMONIO CUANDO EXISTE PARENTESCO POR AFINIDAD ILEGITIMA.

(24) p. 64.

CAPITULO SEGUNDO

CONCEPTUALIZACION DEL CONCUBINATO.

I. DIVERSOS CONCEPTOS DEL CONCUBINATO.

Consideramos que es conveniente tratar de definir esta figura jurídica, que independientemente de que ya ha sido tomada en cuenta por la ley con el objeto de que produzca consecuencias jurídicas en algunos aspectos, existen muchos otros aspectos en los que aún no se ha hecho, y derivado de la inexactitud de la raíz, esto es, de la exacta definición del concubinato, así como también de la integración de los elementos necesarios para la constitución de esta figura derivan muchas fallas que aún actualmente son parte de la Legislación Civil Vigente.

Distintos autores han procurado definir al concubinato, -- pero hemos encontrado que cada uno de ellos tiene su definición propia, -- con elementos también propios, pero que no concuerda en todo, por lo tanto no hay una definición homogénea.

A. Rafael de Pina.

El maestro Rafael de Pina, opina que la legislación mexicana reconoce junto al matrimonio de Derecho, la existencia del matrimonio de hecho o concubinato que define como: "La unión de un hombre y una mujer, sin formalización legal, para cumplir los fines atribuidos al matrimonio" (1).

(1) Aldana Aldana, Baldemar, El matrimonio de hecho, p. 73.

Por lo tanto, y derivado de esta definición, podemos obtener que según el maestro De Pina, para que se constituya la figura jurídica del concubinato son necesarios los siguientes elementos:

1. Que no haya formalidad legal en la unión.
2. Que tenga la misma finalidad que el matrimonio.
3. Que se dé con individuos de distinto sexo.

B. Galindo Garfias

Por su parte el maestro Galindo Garfias define al concubinato como: "La cohabitación entre hombre y mujer, la vida en común más o menos prolongada y permanente es un hecho lícito que, produce efectos jurídicos, pero requiere, para que el concubinato sea reconocido como tal, que tanto el hombre como la mujer que lleven esa vida en común sin estar unidos en matrimonio entre sí sean solteros" (2).

Por lo tanto, en esta definición son necesarios para que exista el concubinato, según el autor los siguientes elementos:

1. Cohabitación.
2. Permanencia.
3. Que se dé con individuos de distinto sexo.
4. Que no haya impedimento para contraer matrimonio.

Pensamos que la opinión del maestro Galindo Garfias, es poco clara, especialmente en lo relativo al período por el que debe existir ya que con la sola expresión "más o menos prolongada", deja al criterio del lector el interpretar el período necesario para que la relación exis-

(2) Idem.

ta como tal, pudiendo oscilar este "prolongado período" entre todos los - criterios que existen.

C. Escriche.

Para el maestro Joaquín Escriche, el concubinato es "la co municación o trato de un hombre con su concubina", además entiende por -- concubina a "cualquier mujer que hace vida maridable con un hombre que no es su marido, cualquiera que sea el estado de ambos", además, al hacer re ferencia al concubino dice que es "el que hace vida maridable con alguna- mujer sin estar casado con ella" (3).

El autor considera que para que se dé la unión concubina-- ria son necesarios los siguientes elementos:

1. Que no haya formalidad legal en la unión.
2. Que la unión sea "equiparable" al matrimonio.
3. Que se dé con individuos de distinto sexo.

D. Julián Bonnecase.

El maestro Julián Bonnecase, dice que "la noción de concu- binato en general se reduce unicamente a la continuidad unida a una manco munidad de habitaciones más o menos íntima pero cierta" (4).

Para el maestro Bonnecase son suficientes los elementos:

(3) Escriche, Joaquín, Diccionario Razonado de Legislación y Jurispruden- cia, p. 478.

(4) Citado por Barrera, op. cit. p. 30.

1. Continuidad.
2. Cohabitación.

Consideramos que esta definición es extremadamente simple, siendo exactamente una noción de lo que pudiera ser el concubinato.- Además de ser considerablemente imprecisa, especialmente por el hecho de que al definirnos esta figura nos hace referencia a una intimidad que debe existir, pero es también demasiado impreciso al decirnos que debe ser más o menos íntima y consideramos que con la expresión "más o menos", no se puede llegar a nada concreto.

E. Derecho Canónico.

Para el Derecho Canónico y la Etica Católica, el concubinato es definido como: "la unión carnal habitual entre dos personas de sexo diverso que no se hallan unidas en matrimonio válido, siendo indiferente que los dos cohabiten o no, que uno o ambos se encuentren casados o que entre ellos subsista o no un matrimonio inválido" (5).

Los elementos que integran esta definición son:

1. Relaciones sexuales.
2. Que la relación sea habitual.
3. Se dá con individuos de distinto sexo.
4. No es indispensable la cohabitación.
5. Pudiendo haber impedimentos para contraer matrimonio.

(5) Pio Cipriotti "Concubinato" en Enciclopedia del Diritto Guiffre, Tomo VIII, p. 695, Citado por Zannoni en obra el concubinato.

Esta definición es y contiene elementos muy propios, ya que es la única que considera válida la unión concubinaria con estos elementos, siendo que para cualquier autor o la ley misma, las relaciones -- sexuales que tienen los casados con otra persona que no es su cónyuge --- constituyen un delito, y la religión no lo considera así, pensamos que es porque su fundamento no es jurídico sino eminentemente moral (o religioso por supuesto).

F. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

El Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, nos determina quién es la concubina y dice que: "Concubina es la mujer -- que vive y cohabita con un hombre como si fuera este su marido, es decir, faltándole la solemnidad legal del matrimonio, es la compañera fiel, honesta y obligada del hombre con quién realiza el concubinato llegando a ser la madre de sus hijos, y formando con él un hogar" (6).

Los elementos de esta definición son:

1. Unión equiparable al matrimonio,
2. Cohabitación,
3. Se dá con individuos de distinto sexo,
4. Fidelidad,
5. Honestidad.

Consideramos es muy importante este criterio por su procedencia, aún apesar de que no se haga referencia concretamente al concubinato, ya que se refiere especialmente a la concubina, cada uno de sus elementos serán estudiados en el punto siguiente.

(6) Anales de Jurisprudencia, Tomo LIII, p. 5.

G. Código Civil para el Distrito Federal.

En la Legislación Civil Mexicana, se entiende por concubinato, la unión sexual de un solo hombre y una sola mujer que no tienen impedimento legal para casarse y que viven como si fueran marido y mujer en forma constante y permanente por un período mínimo de cinco años o -- procrearon hijos.

Para la legislación mexicana, los elementos de la unión concubinaria son:

1. Unión sexual,
2. Se dá con individuos de distinto sexo,
3. No hay impedimento para contraer matrimonio,
4. La unión es equiparable al matrimonio,
5. Constancia,
6. Permanencia,
7. Por un período mínimo de cinco años, o el nacimiento de un hijo.

Un elemento que únicamente dentro de nuestra legislación encontramos, es el que para que esta unión sea considerada como tal es indispensable el que haya transcurrido más de cinco años de que se inició la unión o que hayan tenido al menos un hijo. Esto significa que en una unión concubinaria que haya reunido todos los elementos jurídicos y morales necesarios, pero haya sido por unos cuantos días inferior al término exigido por la ley, no se le considera unión concubinaria. Este punto lo trataremos con amplitud en los capítulos posteriores.

Existen algunos autores que no nos definen que es el concubinato, pero que nos mencionan que elementos son necesarios para que -

se constituya y ellos son:

H. Marcel Planiol y Jorge Ripert.

Ellos dicen que el concubinato es como un sinónimo de vivir en matrimonio falso, que su definición estricta está descartada.

Consideran que los elementos legales para que se integren son:

1. Continuidad de relaciones,
2. Un cierto género de vida (o al menos cierta actitud -- por parte de la mujer que haga verosímil la fidelidad)
3. Notoriedad en las relaciones (que no hayan quedado en secreto) (7).

Por lo tanto y para concretizar estos tres elementos los podemos reunir en: Continuidad, fidelidad por parte de la mujer y publicidad.

I. Eduardo Zannoni:

El maestro Zannoni considera que son necesarios para la existencia del concubinato los siguientes elementos:

1. Comunidad de vida,
2. Fidelidad,

(7) Planiol Marcel y Georges Ripert, Tratado Práctico de Derecho Civil-- Francés, Tomo II, p. 708.

3. Posesión de estado de concubino (8).

Derivado de estos elementos encontramos que para este autor son necesarios tres elementos, el primero es la comunidad de vida o podríamos llamarle también cohabitación, el segundo fidelidad y al no especificar por parte de quien, entendemos que es por parte de ambos, y el tercero o posesión de estado de concubino que lo podemos equiparar dentro de una situación en la que hay publicidad y ésta es equiparable al matrimonio.

J. El maestro Betancourt Jaramillo, dice que el concubinato perfecto o notorio se dá con estos elementos:

1. Unión entre un hombre y una mujer,
2. Comunidad de techo,
3. Permanencia en el tiempo y en el espacio en forma notoria,
4. Correlativa fidelidad,
5. Inexistencia de impedimento para poder casarse entre sí.
6. Sin el lleno de formalidades exigidas para las uniones legítimas (9).

Estos mismos elementos como los hemos venido manejando, - son:

1. Se dá con individuos de distinto sexo,
2. Cohabitación,

(8) Zannoni, Eduardo, op. cit. p. 133.

(9) Ibíd. p. 127.

3. Permanencia,
4. Fidelidad mutua,
5. No hay impedimento para contraer matrimonio,
6. Que no haya formalidad legal en la unión.

K. El profesor cubano Eduardo Le Riverend Brusone en su obra matrimonio anómalo, señala los siguientes elementos:

1. La posesión de estado como elemento de hecho para tener el nomen, el tractus y la forma de casados,
2. Una condición de temporalidad que puede ser entendida implicando regularidad y duración en las relaciones sexuales; o bien frecuencia, permanencia o hábito en las mismas,
3. Publicidad,
4. Fidelidad y respeto recíproco,
5. Singularidad,
6. Capacidad legal para contraer matrimonio,
7. Moralidad de las relaciones (10).

Estos elementos los podemos considerar de la siguiente manera ya conocida para nosotros:

1. Posesión de estado, que contiene el nombre, trato y forma de casados descrita como una unión equiparable al matrimonio.
2. Temporalidad o permanencia,
3. Publicidad, ya conocida,
4. Fidelidad, también ya conocida,

(10) Ibíd. p. 129.

5. Singularidad, un elemento que sólo lo menciona como -- tal el maestro Le Riverend, significando que sólo haya concubina única.
6. Capacidad legal para contraer matrimonio o inexistencia de impedimento para contraerlo.
7. Moralidad en las relaciones: también un elemento propio del maestro y que mas adelante estudiaremos.

L. Angel Osorio, considera que para que el concubinato -- tenga caracter de institución jurídica, y por lo tanto dé origen a obligaciones naturales necesita:

1. Que la vida en común sea notoria y pública,
2. Que se haya mantenido con carácter de permanencia, es decir, durante una etapa de tiempo considerable en relación a la edad de los concubinos.
3. Que la mujer sea honesta,
4. Que si hay hijos se encuentren en la posesión de tal estado aunque no se hallen reconocidos (11).

Estos elementos los hemos venido tratando como:

1. Publicidad y notoriedad,
2. Permanencia,
3. Honestidad, por parte de la mujer,
4. Que los hijos sean considerados como tales, aún sin haberse efectuado las formalidades de ley.

Este último elemento y la notoriedad, son los únicos que-

(11) Osorio, Angel, Matrimonio, Divorcio y Concubinato, p. 98.

varían respecto del resto y serán estudiados en el siguiente punto de este capítulo.

II. ELEMENTOS DEL CONCUBINATO.

Creemos muy importante analizar el contenido de cada uno de los elementos de todas las definiciones para poder conceptualizar el concubinato.

Para su estudio dividiremos a la serie de elementos que integran esta definición en dos grupos siendo los siguientes:

A. Elementos que sin implicar una formalidad jurídica son necesarios para la existencia del concubinato.

1. Cohabitación, entendiéndola como tal el hecho de vivir juntos en el mismo domicilio o bajo el mismo techo, el cual se divide a su vez en:
 - a. Comunidad de lecho: Entendiéndola desde el punto de vista matrimonial como el cumplimiento del débito carnal, y
 - b. Unión sexual habitual: Entendiéndola en el mismo sentido que la comunidad de lecho o como su nombre lo dice: Unión sexual habitual (hecho un hábito o con regularidad), para el derecho canónico no es indispensable la cohabitación y por lo tanto se constituye el concubinato aún apesar de que físicamente no se comparte el mismo techo.

Con la opinión del derecho canónico no estamos de acuerdo por considerar que solo relaciones sexuales sin el elemento para nosotros básico de la cohabitación no puede ser unión concubinaria, sino que mas bien constituiría otro tipo de relación sexual, como veremos más adelante.

2. Permanencia, entendiéndolo como tal un período de tiempo que no es posible precisar en virtud de no haber sido señalado por la ley, pero si es constante o estable, y se divide a su vez en:

a. Continuidad: Cuyo significado es "que continua ininterrumpidamente" o para nuestro objetivo, lo encontramos con un sentido similar a la permanencia.

b. Constancia: sinónimo de continuidad o permanencia.

Utilizado por la gran mayoría de autores que de una manera u otra lo integran a su definición, lo que nos parece completamente correcto, porque el concubinato como relación de pareja "regular", necesita como elemento indispensable para su constitución eso precisamente, que haya permanencia, continuidad o constancia.

3. Fidelidad: para algunos autores la obligación es solo por parte de la mujer, para otros es mutua e implica la exclusividad sexual de la pareja (o concubinos en este caso), entre sí y su elemento paralelo:

a. Honestidad: entendida como decencia o decoro.

b. Moralidad: Entendemos como tal el hecho de que este e-

lemento concuerde con los principios de moral, y si -- particularmente hablamos de la sociedad mexicana, debe mos de decir que la pareja de concubinos debe de ser - formada por individuos de distinto sexo.

- c. Singularidad: entendiéndose este, no como una particularidad, sino como una individualidad, o sea que existe solo una concubina.

Pocos autores toman en cuenta este elemento, especialmente por tratarse de un elemento tan propio de una relación formal, algunos consideran que es sólo obligación de la mujer, muchos otros de ambos.

Consideramos que si debe de formar parte de la unión, ya que no podríamos hablar de una unión sexual hasta cierto punto regular - que produce ciertos efectos jurídicos y sin embargo se llevan a cabo relaciones sexuales con diversos individuos que resultan ser no un concubinato sino una promiscuidad. Por ello creemos que esta debe ser y cumplirse como lo que es, una exclusividad sexual de ambos.

Ya varias veces se ha mencionado que esta relación sexual no es tan irregular o incierta como otras, ni tan formal como el matrimonio, derivado de ello y concordante al elemento anterior, consideramos - que debe haber moralidad en el concubinato y por lo tanto no podemos un concubinato entre homosexuales, ni entre más de dos personas y que concuerde con los principios básicos que respecto a la moral la sociedad mexicana ha impuesto.

4. Publicidad. Lógicamente no nos referimos a la publicidad a nivel masivo, sino que la relación de pareja se haya divulgado o se haya hecho extensivo el conocimiento

de ello, dentro del círculo social en que se desenvuelve la pareja.

- a. **Notoriedad:** Sabido de todos o sinónimo de publicidad.
- b. "Formando un hogar": Refiriéndonos estrictamente al aspecto físico, diremos que el hogar más propicio para - considerar como elemento y que forme parte de un ideal, sería el domicilio conyugal, considerado como el lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges, en el - cual ambos disfrutan de autoridad propia y considera-- ciones iguales, por lo tanto el autor que exige como - elemento la formación de un hogar deberá aproximarse - la formación de ese hogar a la de éste.

Muy importante es para nosotros, dentro del desarrollo de este trabajo, el hecho de que la relación haya sido pública, y la colectividad a la que la pareja pertenece o el núcleo social dentro del que - regularmente se desenvuelven los concubinos haya tenido conocimiento de- la relación, pensamos que esto es mucho más importante que la constitu-- ción física de un hogar, que muy lógicamente con frecuencia en estas u-- niones por circunstancia se tiene que formar.

Dentro de este mismo punto, mencionábamos es muy importante el elemento publicidad, porque como a futuro veremos, no es aceptable para la sociedad mexicana y sus lineamientos de moral el hecho de que una pareja lleve una vida sexual como la de los concubinos y posteriormente sin inconveniente alguno contraiga matrimonio con ascendiente o des-- cendiente en línea recta del ex concubino.

5. Equiparable al matrimonio: Consideramos que el término equiparable es muy amplio, porque exactamente ¿hasta - que grado de elementos se le tiene que equiparar para- que constituya una unión concubinaria?, ¿quién puede - establecer el "porcentaje mínimo de equiparación" para que a la unión se le pueda definir como concubinaria?

Opinamos que no es nada claro el hecho de simplemente e-quiparar la unión, sino pensamos es mucho más productivo el señalar los- elementos constitutivos que el dejar la definición en una noción tan in- cierta, y creemos es mejor "equipararle" precisando los puntos concretos en que concuerda.

6. En el caso de haber hijos, que se encuentren así preci- samente, en el estado de hijos.

Para que se dé el estado de hijo son necesarios los ele- mentos:

- a. Nomen: Esto significa que el individuo haya llevado -- siempre el apellido del padre que pretende tener.
- b. Tractus: Esto significa que el padre lo haya tratado-- como hijo suyo siempre, y haya atendido como tal a su- educación y manutención.
- c. Fama: O que haya sido conocido por todos.

En relación con este punto consideramos que si es impor-- tante, más no indispensable el que así sea, porque para este trabajo no- nos es necesario el contar con esas formalidades, sino con la sola publi

cidad que a futuro podría ser elemento constitutivo de una inmoral relación

B. Elementos que constituyen una formalidad jurídica.

1. Sin formalidad legal: Esto es, como su nombre lo dice que no haya formalidad legal alguna, y el ejemplo concreto de esta formalidad lo es el matrimonio civil.

Este elemento si lo utiliza la generalidad de los autores dentro de sus definiciones y lógicamente el Código Civil para el Distrito Federal también lo exige, lo cual no tiene duda alguna.

2. Inexistencia de impedimento para contraer matrimonio.

Entre los concubinos no debe haber ninguno de los impedimentos matrimoniales que enumera la ley, en la legislación mexicana vigente, estos aparecen enumerados en los artículos 156, 157, 158, 159 y - 289 del Código Civil.

Consideramos que este hecho es muy valioso, porque apesar de que el concubinato es una figura jurídica irregular, produce efectos jurídicos, y esto es porque si nos referimos a una relación de pareja -- con sus respectivos elementos constitutivos, pero con impedimentos no -- nos encontraríamos dentro de un concubinato, sino muy posiblemente dentro de una situación delictiva. Este tema está ampliamente tratado en el capítulo siguiente.

3. Cualquiera que sea el estado de ambos: Este elemento -- es solo particular del criterio religioso, y se entien -- de que pueden los concubinos encontrarse dentro de ---

cualquier estado civil y aún así considerarse la unión -- concubinaria.

Nosotros no estamos de acuerdo con lo que opina la religión, ya que consideramos que no es posible otorgarle a una relación --- sexual demasiado irregular o a una relación sexual ilícita el beneficio de la ley.

4. Unión mínima de cinco años o el nacimiento de un hijo.

Criterio exclusivo de la legislación mexicana, con la intención de que produzca efectos jurídicos la relación, y este término-comienza a correr a partir de la integración de los elementos necesarios para que se dé la unión concubinaria.

En este aspecto el legislador exige el que haya transcurrido un tiempo determinado (el transcurso de cinco años), o un hecho de terminado (el nacimiento de un hijo). Creemos que es muy difícil llegar a cumplir en términos estrictos con este criterio independientemente de que no es fácil determinar el momento en que se inicia la unión y comienza a correr el término, todo esto porque es una unión que muchas veces - hemos mencionado irregular.

Ahora bien, el satisfacer estos requisitos, es sólo con la intención de que a la concubina que ha cumplido con su papel de pareja o de madre, se le beneficie en el aspecto sucesorio o se le concedan alimentos. Situaciones que tienen una justificación real.

Pero ¿qué ocurre cuando hablamos de ese elemento desde -- nuestro punto de vista, qué ocurre cuando hablamos de una relación de pareja que no satisface este, siendo por ejemplo que no ha transcurrido e

se término y el concubinato es tan "regular" que todos lo han conocido, - que incluso pudieron haber intentado procrear, que ha reunido por completo los elementos necesarios para constituirse de una manera lo más "perfecta" posible, y sin embargo no ha sido por un término de cinco años?

Si el parentesco por afinidad en línea recta, subsiste -- después de desaparecer el matrimonio que lo originó, independientemente del tiempo que haya durado el mismo constituye un impedimento para contraer un nuevo matrimonio, porque no lo es para una relación como ésta - que como se verá cuando hablemos de parentesco es también una afinidad - ilegítima o informal pero afinidad y sin embargo se le exige por la legislación mexicana que transcurra un término de cinco años para que se - le tome en cuenta para producir efectos jurídicos en este aspecto.

III. Nuestra conceptualización del concubinato.

Derivado del estudio de los distintos conceptos del concubinato según los autores mencionados, así como de los elementos que integran estos y del punto de vista que tenemos para cada uno de ellos, diremos que al concubinato lo integran los siguientes elementos:

- A. Cohabitación: Porque creemos indispensable el hecho de que los concubinos vivan juntos o habiten bajo el mismo techo, y dentro de esta idea englobamos sinónimos - como comunidad de lecho y unión sexual habitual.
- B. Permanencia: Creemos indispensable el que la constitución del concubinato tenga este elemento como parte de su "regularidad", y lógicamente en este abarcamos a -- los elementos continuidad y constancia que no son distintos, sino con un sentido igual.

- C. Moralidad: Pensamos que no es posible equiparar los beneficios que la ley concede al matrimonio, con los que pudiera conceder a una relación que no cumpla con los principios de moral que la sociedad mexicana exige, -- por lo tanto no podemos concebir un concubinato con individuos del mismo sexo, o integrada por más de dos o dentro de la cual no se cumplan los principios mínimos de moral.
- D. Publicidad o notoriedad; ya que una relación que se oculta por completo o como la concibe la religión, no atenta contra los principios morales, porque como la sociedad la ignora, simplemente no existe.
- E. Sin formalidad legal: porque concretamente si esa formalidad existiera (refiriéndonos concretamente al ma--trimonio), nos encontraríamos frente a la afinidad --- legítima ya prevista por la ley.
- F. Inexistencia de impedimento para contraer matrimonio:- ya que existiendo nos encontraríamos frente a una figura delictiva o ajurídica según sus características, su tipicidad y su sanción. Este punto aparece más ampliamente explicado en el capítulo siguiente.
- G. Voluntaria: porque la pareja, haciendo uso de su libertad de elección opta por el no celebrar el contrato de matrimonio.

Por ello nuestro concepto de concubinato es:

Concubinato es la unión de dos personas en la que existe cohabitación, permanencia, moralidad, publicidad, sin formalidad alguna y no tienen impedimento para contraer matrimonio, sin celebrarse por pro pia voluntad de la pareja.

CAPITULO TERCERO

MARCO REFERENCIAL OPERATIVO DE LA RELACION SEXUAL Y SUS CONSECUENCIAS JURIDICAS.

Con este capítulo pretendemos distinguir al concubinato - de el resto de las relaciones sexuales que los seres humanos pueden llevar a cabo, para poder determinar si es posible que esta relación sea -- protegida por la ley (en particular sea considerada como impedimento para contraer matrimonio) o no.

En su libro Derecho de Familia, la maestra Sara Montero, - expone, un cuadro sinóptico en el que practicamente considera todas las - formas de relación sexual suceptibles de llevarse a cabo, por lo tanto - tomaremos como referencia el mismo haciendo las aclaraciones y comenta-- rios que consideramos convenientes (1).

Por lo tanto las relaciones sexuales las dividiremos en-- los tres siguientes grupos:

I. RELACIONES SEXUALES LICITAS.

Son aquellas que se llevan a cabo con apego a lo estable-- cido por la ley, siendo estas:

A. Matrimonio.

(1) p. 161.

Entendemos al matrimonio como la "forma legal de constitución de la familia a través del vínculo jurídico establecido entre dos - personas de distinto sexo, que crea entre ellos una comunidad de vida -- total y permanente con derechos y obligaciones recíprocas, determinadas por la propia ley" (2).

Asimismo el autor José Mario Magallón Ibarra en su obra-- "El matrimonio", nos dice que se comprende como "estado matrimonial", a-- aquel conjunto de derechos y obligaciones que nacen del matrimonio mismo afirmando que este criterio ha sido de hecho recogido por el Código Ci-- vil (3).

También nos menciona que de el matrimonio se desprenden e-- lementos personalísimos e intrínsecos en las relaciones de los esposos,- como otras conductas extrínsecas y aún menos personales entre ellos. La-- doctrina general ha llamado a esto los efectos del matrimonio (4).

Las consecuencias jurídicas de las personas de los cónyuges o efectos del matrimonio se encuentran reguladas en los artículos -- 162 a 177 del Código Civil vigente.

La tradición jurídica ha recogido la clasificación de los efectos del matrimonio en relación con la persona de los contrayentes, - en relación con los descendientes y en relación con sus bienes.

1. Efectos entre los cónyuges.

(2) Ibíd. p. 97.

(3) p. 265.

(4) Idem.

a. Igualdad y reciprocidad.

"El primer dato importante a señalar es, que en la legislación actual se establece la igualdad y reciprocidad de derechos y deberes entre los cónyuges. Así ambos, están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente. En -- vista de ello los dos decidirán de mutuo acuerdo el número y espaciamiento de sus hijos" (5).

Muy aparte de la procreación, "los cónyuges tienen el derecho recíproco de entablar entre ellos relaciones sexuales, la ley no -- lo señala con estas palabras, sino expresando que ambos están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio. Uno de -- los fines del matrimonio, naturalmente aceptado en forma universal, es -- la relación sexual lícita entre los cónyuges. Llegando al extremo de que la negativa permanente e injustificada puede constituir causal de divorcio (6).

b. Cohabitación.

"La cohabitación como obligación personalísima e íntima -- de la relación, encuentra su origen en la naturaleza propia del matrimonio. Se llama casamiento en castellano porque al contraerlo los cónyuges forman su casa u hogar. Es el deber de los esposos vivir bajo un mismo -- techo. Implica su relación carnal. Llamado también débito carnal o conyu gal, es el medio para realizar uno de los fines del matrimonio" (7).

(5) Montero, op cit. p. 140.

(6) Ibíd. p. 141.

(7) Magallón, op. cit. p. 267.

Por lo tanto, el ya mencionado autor Magallón nos dice - que la cohabitación comprende entonces dos ideas que han sido recogidas por nuestra legislación vigente, estas son: que los esposos deben vivir juntos, y, que deben contribuir a la procreación.

Los cónyuges deben vivir juntos en el domicilio conyugal, este es "el que ellos, de mutuo acuerdo escojan libremente para vivir.- La reciente reforma al artículo 163 (D0 27 X 83), consistió en determinar el domicilio conyugal, con las siguientes palabras: Se considera domicilio conyugal, el lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges, en el cual ambos disfrutan de autoridad propia y consideraciones - iguales (8).

"No basta para tener constituido un domicilio conyugal y pretender la incorporación a él, de la esposa y de los hijos, que el marido se limite a señalar como lugar en que debe establecerse el hogar, - la casa en que viven, sino que tienen que justificar que la misma es adecuada para hacer posible el cumplimiento de las obligaciones y el e-jercicio de los derechos derivados del matrimonio; lo que requiere, además de ciertas condiciones materiales como espacio, servicios, etcétera, la demostración de que es un domicilio propio y no el de algún familiar o amigo de los consortes (informe rendido por el Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al Pleno de este Tribunal, 1980, num. 38, pág. 42 Amparo directo 1397/75), (9).

Este principio de cohabitación se encuentra expuesto en el artículo 162 del Código Civil de 1928:

(8) Montero, op. cit. p. 140.

(9) Idem.

"Los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal..".

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha confirmado-- el criterio anterior:

"Matrimonio, convenios nulos a los fines del... Es indiscutible que un convenio en el cual se pacta por los esposos que harán vida separada de manera indefinida, es contrario a los fines del matrimonio, y por lo tanto, nulo. Rodríguez Graciano, Pág. 266 Tomo C. de 18 de abril de 1949, 3 votos".

c. Ayuda mutua.

Una situación de muy difícil acceso para el derecho de familia es el amarse, respetarse y comprenderse que se deben los cónyuges mutuamente. Estas son esferas pertenecientes a la moral, a la afectividad, a la buena crianza, a las cuales no alcanza el orden jurídico (10).

Menciona la maestra Montero que posiblemente la ayuda mutua sea la consecuencia de mayor trascendencia en el matrimonio, ya que "implica una serie de conductas variadas y permanentes de solidaridad entre los casados, que no pueden ser perfectamente señaladas por la ley, y debido a lo personal o interior no es posible que la ley intervenga dentro de la intimidad de la pareja" (11).

La ayuda recíproca, impone a los cónyuges el deber de aportar los bienes materiales que son necesarios para la subsistencia mutua y de su familia; entiéndase esta idea como el que éstos son los ali-

(10) Ibíd. p. 143.

(11) Idem.

mentos, nuestro Código Civil nos señala que son comida, vestido, habitación, asistencia en casos de enfermedad, independientemente que respecto de los menores comprenden además, los gastos necesarios para educación y proporcionarles algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales (12).

Al respecto el artículo 164 del Código Civil dice: "Los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de éstos en los términos que la ley establece, sin perjuicio de distribuirse la carga en la forma y proporción que acuerden para este efecto, según sus posibilidades. A lo anterior no está obligado el que se encuentre imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios, en cuyo caso el otro atenderá íntegramente a esos gastos. Los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio serán siempre iguales para los cónyuges e independientes de su aportación económica al sostenimiento del hogar".

"El marido tiene la obligación preferente de aportar los gastos necesarios para el sostenimiento del hogar; pero la mujer estará obligada también a hacerlo en igual proporción que lo haga el esposo, -- siempre y cuando tuviere bienes propios o ingresos por su trabajo. Dicha obligación se acrecentará hasta el total de los gastos, si el marido careciere de posibilidad para trabajar y no tuviere bienes. Sin embargo, la mujer tiene derecho preferente sobre los sueldos del esposo y también sobre los bienes y productos para su alimentación y sus hijos menores; pudiendo inclusive pedir el aseguramiento de bienes para garantizar sus derechos" (13).

(12) Magallón, op. cit. p. 286.

(13) Ibíd. p. 269.

"La ayuda mutua entre consortes debe manifestarse no solamente en el terreno económico, sino también de manera preeminente en el terreno económico, sino también de manera preeminente en el terreno moral y afectivo. Mas estos aspectos escapan a la legislación. No puede ordenarse ni exigirse coercitivamente que los esposos se amen y respeten, que sean legales, indulgentes y corteses o amables entre sí, siendo esas precisamente las conductas que implican el estado de casados" (14).

Concordamos perfectamente con la idea anterior y como se menciona en el inicio de este punto el terreno afectivo es una situación tan propia e íntima que la ley no tiene acceso y por lo tanto el aspecto interior del individuo respecto de su comportamiento la ley no puede influir, no así en el aspecto económico, que siendo una situación externa, la ley puede ordenar que coercitivamente se dé cumplimiento a esta última obligación.

La asistencia: es propiamente el auxilio mutuo que se deben los esposos, no solo en casos de enfermedad, sino en todas las cargas de la vida. Se distingue pues el deber de ayuda en que mientras este es constante, sucesivo y permanente, el deber de asistencia, aunque debe prolongarse durante la vida del matrimonio, es esporádico, aislado y se presenta de vez en cuando.

d. Fidelidad.

La fidelidad significa "la exclusividad sexual de los cónyuges entre sí y la violación a la misma implica un ataque a la lealtad que puede herir muy gravemente los sentimientos del cónyuge ofendido, --

(14) Montero, op. cit. p. 143.

hasta el grado de terminar con la relación conyugal" (15).

La fidelidad es un deber recíproco, personalísimo y también íntimo de los cónyuges, invariablemente ligado con la cohabitación. "Esta fidelidad no debe entenderse únicamente desde el punto de vista material; sino debe incluir el moral, y esta considerada tanto como deber-jurídico como deber moral. Además de que la fidelidad no se limita a la sexual; sino abarca la intimidad exclusiva que se debe al compañero de toda la vida. Su inobservancia se sanciona con el adulterio tanto civil como penalmente" (16).

Si bien la ley no nos da una definición concreta de lo que es la fidelidad, creemos muy provechoso y estamos totalmente de acuerdo con la definición anterior porque nosotros también creemos eso, que la fidelidad es simplemente la exclusividad sexual que se tiene un cónyuge para el otro y viceversa.

e. Igualdad jurídica entre consortes.

El Código Civil en su artículo 168 establece la igualdad en lo que respecta a las situaciones de carácter moral y conductas con respecto a los hijos y dice:

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

(15) Idem.

(16) Rojina Villegas, Rafael, Derecho Civil Mexicano, Derecho de Familia p. 314.

Existe una norma igualitaria consistente en el derecho -- que tienen ambos cónyuges de desempeñar cualquier actividad excepto las que dañan la moral o la estructura familiar. En este caso, cualquiera de los cónyuges puede oponerse a que el otro desempeñe la actividad correspondiente, y el juez de lo familiar resolverá sobre la oposición: art -- 169 Código Civil.

Respecto de la intervención que los artículos 168 y 169 - del Código Civil otorgan en favor del juez y a efecto de determinar ciertas situaciones conyugales "íntimas", la maestra Montero expresa: "Esta última disposición en el sentido de que el juez resolverá, no es más que una utopía, un buen deseo del legislador de que los casados ocurran a -- los buenos oficios de un tercero (el juez), para que dirima los desacuerdos entre los cónyuges. Pero si no se ponen de acuerdo en algo tan importante como es la formación o educación de los hijos ¿van a estar de a--- acuerdo en concurrir ante el juez presentándole sus diferencias o dificultades?, por lo tanto trata de darle el legislador al juez el importante papel de consejero matrimonial, y, si bien, esto sería lo deseable, esta fuera de nuestra realidad y nuestras costumbres (17).

En lo relativo a este punto concordamos completamente con la opinión de la maestra Montero, porque en todos los aspectos íntimos o internos del individuo, no se puede obligar a nadie a que tenga ciertas preferencias aún a su pesar, cierto, la intención del legislador es buena pero debido a muchos factores que influyen en este tipo de situaciones - ya sean propias del individuo o pertenecientes a las circunstancias, no es posible que el juez dé una determinación "ideal", sino que de tomar - una determinación consideramos sería la "menos mala".

(17) Montero, op. cit. p. 144.

La multicitada autora menciona, y creemos lo hace muy atinadamente: "La verdad es que en todas estas cuestiones que significan la comunidad de vida, si no existe el mutuo acuerdo entre el marido y mujer, se darán cualquiera de estas dos circunstancias: La imposición de hecho-- de una voluntad sobre la otra, con la consiguiente frustración de quien - resulte sojuzgado, o la desarmonía originada por dos distintas posiciones opuestas entre sí y que conducen lentamente a la quiebra del matrimonio.- Una vez mas expresamos que, en la intimidad de la vida conyugal y del hogar, el derecho es inoperante, ya sea a través de sus normas o de la in--tervención judicial" (18).

Por lo que concluimos que respecto a los efectos que el matrimonio produce en relación a los cónyuges entre sí, es indispensable el mutuo acuerdo de la pareja, que en todo lo relativo a la convivencia conyugal desafortunadamente el derecho no tiene mucho por hacer. Creemos importante mencionar que a pesar de su irregularidad, esta convivencia, para los concubinos se presenta de una manera muy propia y será estudiada - en el inciso siguiente.

2. Efectos respecto a los hijos.

Los hijos de mujer casada tienen la calidad de hijos de matrimonio. El matrimonio subsecuente de los padres que ya han procreado -- tiene por objeto legitimar a los hijos habidos antes del matrimonio. Estas son las consecuencias que trae el matrimonio respecto a los hijos de pareja casada (19).

Es decir, por el matrimonio los hijos nacidos durante su--

(18) Ibíd. p. 145.

(19) Ibíd. p. 147.

existencia tienen la certeza de que son, no solo de la mujer casada, sino también de su marido.

El fundamento de lo expuesto se encuentra en el Código Civil y es el siguiente:

Art. 324. Se presumen hijos de los cónyuges:

I. Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio.

II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga esta de nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio. Este término se contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.

En el derecho mexicano, el matrimonio no atribuye efectos en cuanto a la patria potestad, sino al hecho de que hubiere descendientes, es decir, que la patria potestad existe independientemente del matrimonio (20).

La patria potestad está regulada dentro de nuestra legislación independientemente de las características de la unión que le dió origen.

La patria potestad respecto de los hijos de matrimonio se regula dentro de la legislación civil en el siguiente artículo:

(20) Chávez, op. cit. p. 317.

Art. 414. La patria potestad sobre los hijos de matrimonio se ejerce:

- I. Por el padre y la madre;
- II. Por el abuelo y la abuela paternos;
- III. Por el abuelo y la abuela maternos.

Respecto de los hijos nacidos fuera de matrimonio el artículo 417 dice:

Art. 417. Cuando los padres del hijo nacido fuera de matrimonio que vivían juntos se separen, continuará ejerciendo la patria potestad, en caso de que no se pongan de acuerdo sobre ese punto, el progenitor que designe el juez, teniendo siempre en cuenta los intereses del hijo.

Esto significa que los derechos y obligaciones que se tienen tanto de los hijos nacidos dentro del matrimonio como fuera de él se encuentran regulados dentro del Código Civil vigente.

Los artículos 354 y 355 del Código Civil señalan:

Art. 354. El matrimonio subsecuente de los padres hace que se tenga como nacidos de matrimonio a los hijos-habidos antes de su celebración.

Art. 355. Para que el hijo goce del derecho que le concede el artículo que precede, los padres deben recono

cerlo expresamente antes de la celebración del matrimonio, en el acto mismo de celebrarlo o durante él, haciendo en todo caso el reconocimiento a ambos padres, junta o separadamente.

Esto significa que para que la patria potestad surta sus efectos como se menciona es necesario que los padres reconozcan a su hijo antes del matrimonio, durante el acto o celebración del matrimonio o durante el matrimonio mismo. Esta es la forma más sencilla de ejercer la patria potestad como efecto del matrimonio.

Consideramos sumamente importante para los efectos de este trabajo el contenido de los artículos 341 y 342 con el siguiente texto:

Art. 341. A falta de actas o si estas fueren defectuosas, incompletas o falsas, se probará con la posesión constante de hijo nacido de matrimonio. En defecto de esta posesión son admisibles para demostrar la filiación todos los medios de prueba que la ley autoriza, pero la testimonial no es admisible si no hubiere un principio de prueba por escrito o indicios o presunciones resultantes de hechos ciertos que se consideren bastante graves para determinar su admisión.

Si uno solo de los registros faltare o estuviere inutilizado y existe duplicado, de este duplicado, deberá tomarse la prueba sin admitir la de otra clase.

Art. 342. Si hubiere hijos nacidos de dos personas que han

vivido públicamente como marido y mujer, y ambos hubieren fallecido, o por ausencia o enfermedadles fuere imposible manifestar el lugar en que se casaron, no podrá disputarse a estos hijos haber nacido de matrimonio por solo la falta de -- presentación del acta del enlace de sus padres, -- siempre que se pruebe que tienen la posesión de estado de hijos de ellos o que por los medios de prueba que autoriza el artículo anterior, se demuestre la filiación y no este contradicha por -- el acta de nacimiento.

Todo esto nos lleva a lo que ya hemos mencionado varias veces y que es que la filiación de los hijos de matrimonio o de los hijos -- nacidos fuera de él no se altera en lo mas mínimo por el solo hecho de -- existir o no existir matrimonio, e incluso cuando no existe acta de matrimonio cuando se trata de hijos "de matrimonio", es más que suficiente a -- creditar la relación a través de los medios de prueba establecidos por el mismo artículo para que la relación surta efectos.

Por lo anterior podemos afirmar que tanto en el matrimonio como en el concubinato la filiación no se altera en los más mínimo.

3. Efectos respecto a los bienes.

Algunos autores como lo es el jurista José Mario Magallón, han considerado que la estructura orgánica de la familia podría ser reforzada, especialmente las relaciones conyugales si se incluía en ellas su -- aspecto patrimonial, para estimular un mayor número de lazos, no solo a --fectivos, sino económicos en el seno del hogar (21).

(21) op. cit. p. 272.

El aspecto patrimonial o económico como efecto del matrimonio presenta diversos aspectos: las cargas económicas que trae consigo la vida en común (vistas en el primer inciso), las donaciones antenuupciales, las donaciones entre consortes y los regímenes patrimoniales que establezcan los cónyuges con respecto a sus bienes propios. Los cuales serán estudiados a continuación.

a. Donaciones Antenuupciales.

Se llaman donaciones antenuupciales las que se hacen antes del matrimonio por uno de los pretendientes al otro, o por un tercero a alguno de los futuros cónyuges o a ambos, pero siempre en consideración al matrimonio que habrá de celebrarse (22).

Basándonos en el contenido del artículo 221 del Código Civil podemos decir que hay una limitación para este tipo de donaciones, y esto es, cuando estas, reunidas excedan de la sexta parte de los bienes del donante. Y para el caso de serlo la donación será inoficiosa.

b. Donaciones entre consortes.

Estas son las que hace un cónyuge al otro durante la vigencia del matrimonio. Con fundamento en el artículo 233 del Código Civil estas serán válidas si no son contrarias a las capitulaciones matrimoniales ni perjudiquen el derecho de los ascendientes o descendientes a recibir alimentos. Las donaciones entre consortes pueden ser revocadas por los donantes mientras subsista el matrimonio, cuando exista causa justificada para ello a juicio del juez (23).

(22) R. Rojina, op. cit. p. 359.

(23) Montero, op. cit. p. 149.

c. Capitulaciones matrimoniales.

Etimológicamente el término "capitulaciones", deriva del verbo latino capitulare, "hacer una convención", de capitulum, literalmente "capítulo" de donde proviene "cláusula" (24).

Llámesese en esa forma a los pactos que los esposos celebran para constituir tanto la Sociedad Conyugal o la Separación de Bienes así como para reglamentar su administración. Esto es, dichas capitulaciones consisten expresamente en el convenio que celebran los pretendientes, si es antes de la celebración del matrimonio, o los cónyuges, si es durante la existencia de este, para regular el funcionamiento del régimen económico que hayan elegido, así como para normar su administración (25).

Todo lo anterior concuerda totalmente con el contenido del artículo 179 del Código Civil vigente.

La ley también regula la situación económica para el menor o menores que contraigan matrimonio, y por lo tanto: El menor que con arreglo a la ley pueda contraer matrimonio, puede también otorgar capitulaciones, las cuales serán válidas si a su otorgamiento concurren las personas cuyo consentimiento previo es necesario para la celebración del matrimonio (26).

El artículo 180 del Código Civil señala:

Art. 180. Las capitulaciones matrimoniales pueden otorgar-

(24) Magallón, op. cit. p. 279.

(25) Idem.

(26) Montero, op. cit. p. 151.

se antes de la celebración del matrimonio o durante él, y pueden comprender no solamente los bienes de que sean dueños los esposos en el momento de hacer el pacto, sino también los que adquieran después.

Esto significa que las capitulaciones matrimoniales pueden celebrarse antes o durante el matrimonio, y debe tomarse en cuenta los bienes que pertenezcan a los esposos en el momento de la celebración del mismo, así como todos los que durante éste ingresen a su propiedad.

d. Régimen de Separación de bienes en el matrimonio.

Comprendido por los artículos 207 a 218 del Código Civil.

La Separación de Bienes se puede dar en virtud de capitulaciones anteriores al matrimonio o durante éste, por convenio de los conyugales, o bien por sentencia judicial. La separación puede comprender no solo los bienes de que sean dueños los conyugales al celebrar el matrimonio, sino también los que adquieran después.(27).

La ley dá a los conyugales la posibilidad de cambiar de régimen patrimonial de sus bienes, por lo tanto "los conyugales pueden libremente cambiar, durante su matrimonio el régimen de Separación de Bienes por el de Sociedad Conyugal, debiendo al respecto cumplir con todos los requerimientos legales que exige la constitución de la misma, y, si uno o los dos conyugales fueren menores requieren del consentimiento de las personas que lo otorgaron para su matrimonio"(28).

(27) R. Rojina, op. cit. p. 355.

(28) Montero, op. cit. p. 156.

La elección del régimen que funcionará durante el matrimonio es voluntaria para los cónyuges, si dentro de esta elección se opta por la Separación de Bienes, esta puede ser pactada con anterioridad al matrimonio o durante el mismo, por convenio entre los consortes, y forzosa cuando las circunstancias del caso lo ameriten mediante sentencia judicial que declare extinguida la Sociedad Conyugal.

Dentro del régimen de Separación de Bienes sucede lo mismo que respecto de la Sociedad Conyugal, puede incluir tanto los bienes presentes como los futuros de cada uno de los cónyuges, así como sus productos. Para el caso de que algunos bienes no estén comprendidos dentro del régimen de Separación, estos serán objeto de la Sociedad Conyugal que deben constituir los esposos, todo esto conforme a lo dispuesto por el artículo 208 del Código Civil vigente.

La ley prohíbe que entre cónyuges se cobren retribuciones ni honorarios de ninguna clase por los servicios, consejería o asistencia que prestaren, lo anterior lo prevee el artículo 216 del multicitado ordenamiento, pero si serán responsables recíprocamente de los daños y perjuicios que se causaren por el dolo, culpa o negligencia (art 218 C.C.).

Después de haber mencionado los tres principales efectos - que produce el matrimonio solo resta mencionar las formas legales de extinción del mismo que son tres: Muerte de uno de los cónyuges, nulidad y divorcio.

B. Concubinato.

Para el derecho positivo, el concubinato es la unión sexual de un hombre y una mujer que no tienen impedimento legal para casarse y que viven como si fueran marido y mujer en forma constante y permanente

por un período mínimo de cinco años o precrearon al menos un hijo.

Dentro de la exposición de motivos del Código Civil vigente, (1928), y con la intención de actualizar las normas que regían hasta entonces, como ya lo mencionamos en el primer capítulo se señala: que --- "hay que reconocer que hay entre nosotros, y sobre todo en las clases populares la manera peculiar de formar la familia, que es el concubinato. - Que eso no va contra el matrimonio ni es demérito de esa forma moral y le gal de constituir la familia, pero que el legislador no puede quedar al - margen de estos problemas sociales que en alguna forma se reconocen.

Art. 1368.- El testador debe dejar alimentos a las perso--
nas que se menciona en las fracciones siguientes:

V. A la persona con quien el testador vivió como si fue--
ra su cónyuge durante los cinco años que precedieron--
inmediatamente a su muerte o con quien tuvo hijos, --
siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimo--
nio durante el concubinato y que el superviviente es--
té impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes.
Este derecho solo subsistirá mientras la persona de -
que se trate no contraiga nupcias y observe buena con--
ducta. Si fueran varias las personas con quien el tes--
tador vivió como si fueran su cónyuge, ninguna de e--
llas tendrá derecho a alimentos.

Art. 1635.- La concubina y el concubinario tienen derecho--
a heredarse recíprocamente, aplicándose las disposi--
ciones relativas a la sucesión del cónyuge, siempre -
que hayan vivido juntos como si fueran cónyuges duran--
te los cinco años que precedieron inmediatamente a su

muerte o cuando hayan tenido hijos en común, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato.

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

La legislación civil, al hacer referencia al concubinato-- para definirlo, nos remite a los artículos anteriores, como sucede en el artículo 302 del mismo ordenamiento, el cual dice: "Los concubinos están obligados, en igual forma, a darse alimentos si se satisfacen los requisitos señalados por el artículo 1635".

La ley por lo tanto exige que para que se generen ciertos derechos como el caso del artículo 302, o sea alimentos, es indispensable que se cumpla con lo establecido por el artículo 1635 el que aparece como dijimos en 1928.

Consideramos erróneo el que en todos los aspectos del concubinato se nos remita a estos limitados y para la actualidad absurdos requisitos, porque sucede que la concubina que aún no ha dado a luz no ha tenido un hijo, o la concubina que ha vivido casi cinco años con el concubino y por lo tanto ha destinado ya varios años de su vida al mismo no ha vivido por cinco años con él, y en esas condiciones no se cumple con lo establecido por el artículo 1635, (creado hace sesenta años), y como lo ordena el artículo 302 del mismo código y por lo tanto de acuerdo a estos artículos "no se ha generado el derecho a recibir alimentos".

Pensamos que esta definición integrada por los elementos que nos dan los artículos citados es inoperante en la actualidad, ya que en todos los aspectos del concubinato se nos remite a estos artículos, ---

siendo que existen situaciones en las que se pudieron haber generado derechos aún sin cumplir con los requisitos enumerados por estos y los derechos de los concubinos que deberían protegerse quedan totalmente al margen de la ley. Algunas de estas hipótesis las veremos más adelante.

También dentro del concubinato se desprenden elementos personalísimos e intrínsecos en las relaciones de los concubinos así como -- conductas externas, que por llamarles de alguna manera diremos ~~les diere-~~mos efectos del concubinato, pero a diferencia del matrimonio, en este no están perfectamente establecidos por la ley, muchos de esos derechos y obligaciones que la ley ha señalado respecto del matrimonio, respecto del concubinato son situaciones solo de hecho, esto sin la posibilidad de hacerse valer mediante la facultad coercitiva de la ley, por no preverse - por la misma.

Tal como sucede con el matrimonio, dentro del concubinato, hemos tomado en cuenta los efectos que este produce respecto de los concubinos entre sí, respecto de los bienes de éstos y respecto de los hijos, - tal vez este último punto sea el mas completo de los tres efectos, dentro del que más se ha profundizado, porque desgraciadamente en los dos primeros de los efectos mencionados es muy poca la protección o atención que - la ley les brinda.

1. Efectos entre concubinos.

a. Igualdad y reciprocidad.

Respecto del matrimonio, la ley, como ya vimos, ha señalado igualdad y reciprocidad, así como la obligación de contribuir cada una de las partes a los fines del matrimonio, elementos estos que dentro del concubinato no han sido tomados en cuenta.

La relación sexual que recíprocamente entablan los concubinos es una cuestión que la doctrina y la ley, y en especial esta última -presumen que existe, pero no se establece el derecho mutuo de entablarse- o como menciona el Código Civil: "La obligación de contribuir cada uno --por su parte para los fines del matrimonio", como si sucede con el matrimonio.

b. Cohabitación.

Al igual que en la situación anterior, encontramos que los doctrinarios, en interpretación a lo previsto por la ley entienden a la cohabitación matrimonial como obligación personalísima, el hecho de compartir el mismo techo se considera como ese "contribuir con su parte para los fines del matrimonio", pero a diferencia de este, dentro del concubinato no es una obligación, y no se puede exigir el cumplimiento de esta cohabitación.

La ley no les impone a los concubinos la obligación de tener un domicilio en el cual ambos disfruten de autoridad o lo que dentro del matrimonio se le denomina domicilio conyugal.

c. Ayuda mutua.

Dentro de los efectos del matrimonio, como ya se mencionó se desprende la idea de la ayuda mutua, entendido como el respeto, amor y comprensión que los cónyuges se deben, lo cual tampoco es tomado en cuenta dentro del concubinato.

Paralelo a esta idea de ayuda mutua, encontramos la obligación de ayudar o contribuir económicamente aportando los bienes materiales necesarios para la subsistencia mutua y de la familia, o sea, cumplir-

con la obligación de dar alimentos. Esta obligación, respecto de los concubinos si aparece contemplada por el Código Civil, en su artículo 302, - que dice:

Art. 302. Los cónyuges deben darse alimentos, la ley determinará cuando queda subsistente esta obligación-- en los casos de divorcio y otros que la misma -- ley señale. Los concubinos están obligados en igual forma, a darse alimentos si satisfacen los-- requisitos señalados por el artículo 1635.

El artículo 1635 hace referencia como dijimos a la suce---sión de los concubinos, y menciona que tendrán derecho a heredarse siem--pre que hayan vivido juntos como si fueran cónyuges durante los cinco a--ños que precedieron inmediatamente a su muerte o cuando hayan tenido hi--jos en común, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato.

Todo esto significa que si una pareja de concubinos, que - lógicamente ha permanecido libre de matrimonio, han vivido juntos por cin- co años o han tenido hijos en común, tienen la mutua obligación de darse- alimentos, pero ¿que sucede si no han transcurrido los cinco años, o si - la concubina aún no ha dado a luz un hijo del concubino?, este, aunque e- lla destine su vida al hogar, haga las veces de esposa o incluso su papel lo desempeñe mejor de lo que la ley ordena respecto de una esposa, no tie- ne derecho a recibir alimentos, ya que no se cumple con lo establecido -- por el artículo 1635 del Código Civil ya que una mujer que ha concebido - el producto del concubino no ha dado a luz y por lo tanto no ha tenido -- aún ningún hijo, aún a pesar de que en ocasiones la necesidad de ayuda mutua que se plantea en este punto sea mayor durante el embarazo que a par-

tir de que ha nacido el producto y por lo tanto entendemos que para obtener alimentos la concubina va a... ignoramos que pueda hacer para hacer efectivo un crédito alimenticio que debiera existir.

Al menos en este último punto ya se empieza a tomar en --- cuenta al concubinato dentro de la legislación civil vigente.

d. Fidelidad.

La fidelidad dentro del concubinato es un elemento que los estudiosos del derecho consideran necesario para que este se constituya, pero no así nuestra legislación, si tomamos como referencia el hecho de que la fidelidad es exclusividad sexual. Encontraremos que en ningún momento la legislación vigente menciona a este elemento como necesario para la constitución del concubinato, y menos aún lo sanciona, como si sucediera dentro del matrimonio civil y penalmente.

Creemos importante dentro de este elemento analizar el contenido del segundo párrafo del artículo 1635 del Código Civil, el que menciona:

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

El primer párrafo del mismo menciona los elementos para sucederse recíprocamente y son:

- a) Vivir por cinco años juntos como si fueran cónyuges, o,
- b) Haber tenido hijos en común, y,
- c) Haber permanecido libres de matrimonio durante el concu

binato.

De lo cual entendemos que si se trata del primero de los e lementos nos referiremos a una sola concubina, ya que no se puede vivir - junto con varias "concubinas", ahora bien, si tomamos en cuenta el segun- do de los requisitos encontraremos que para tener hijos con varias "concu- binas", no es posible que haya exclusividad sexual. Al hacer referencia a esas varias concubinas logicamente no hay fidelidad aunque debiera exigir- se. Y creemos sería más justo sucederle a la mujer que ha hecho las veces de esposa o como decíamos con anterioridad ha mejorado ese papel, que a - la serie de amantes, que a nuestro parecer son, y no concubinas.

e. Igualdad jurídica entre concubinos.

Por demás está señalar que el Código Civil no hace referen- cia alguna a la igualdad jurídica que debería establecerse entre concubi- nos y logicamente opera "la ley del más fuerte" o se impone un criterio - sobre el otro, o el que mas depende del otro y la ley no menciona absolu- tamente nada al respecto.

Consideramos que muchos de los efectos que se generan en-- tre los concubinos escapan al alcance de la ley, pero también considera-- mos que muchos otros si deben ser tomados en cuenta por la ley para, den- tro de lo posible aportarle los beneficios necesarios a esta unión.

2. Efectos respecto a los hijos.

A diferencia del punto anterior, la ley en este aspecto si ha tomado en cuenta la situación que se genera respecto de los hijos naci- dos fuera de matrimonio, y les dá el mismo trato que se les dá a los de - matrimonio, por lo tanto como ya habíamos mencionado, la patria potestad-

existe independientemente del matrimonio o sea que la patria potestad se regula dentro de nuestra legislación independientemente de las características de la unión que le dió origen.

Respecto a los alimentos, el artículo 303 del Código Civil señala:

Art. 303. Los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos. A falta o por imposibilidad de los padres la obligación recae en los demás ascendientes -- por ambas líneas que estuvieren mas próximos en grado.

Esto significa que la ley no señala como requisito indispensable que exista un matrimonio previo para que se genere la obligación de dar alimentos.

Por lo tanto los concubinos al igual que los cónyuges están obligados a dar alimentos a sus hijos.

3. Efectos respecto a los bienes.

Muy poco tomado en cuenta ha sido este aspecto por la ley en lo que respecta a los bienes que son propiedad de los concubinos.

Como ya habíamos mencionado algunos autores consideran que la estructura orgánica de la familia podría ser reforzada si se incluía el aspecto patrimonial, en virtud de que el concubinato es una forma de constituir la familia (no la idónea), pero lo es, creemos, no estaría mal tomar en cuenta esta idea como manera para reforzar la unión.

Dentro del concubinato encontramos que no se ha previsto - la situación que le corresponde a las donaciones que los concubinos se ha cen antes de que se inicie el mismo, por uno de los concubinos al otro, - así como por un tercero. Por lo tanto no podemos decir que en cuanto al - concubinato hay limitación alguna respecto de estas donaciones.

Tampoco hay determinación alguna respecto de las donacio- nes que durante el concubinato las partes se hacen entre sí.

Por supuesto tampoco existe determinación alguna respecto- de los pactos que los concubinos pudieran celebrar en relación a sus bie- nes, no existe un régimen determinado para el concubinato, cada uno de e- llos es propietario de lo suyo al igual que sucede con los desconocidos.

La única determinación al respecto es el multicitado artí- culo 1635, en donde se nos señala la manera de disponer de los bienes de- un concubino que ha muerto, pero no hay disposición alguna respecto de es tos en vida de los concubinos como tales.

Por todo lo mencionado, particularmente el concepto que la legislación civil mexicana tiene respecto del concubinato, consideramos es inoperante en esta época, como consecuencia de ello se generan diversos - problemas como son los ya planteados, así como otros no señalados.

Por lo tanto consideramos sería mas conveniente que dentro de nuestra legislación civil vigente se utilizara el concepto que para de- finir el concubinato proponemos: Unión de dos personas en la que existe - cohabitación, permanencia, moralidad, publicidad, sin formalidad legal al guna y que no tienen impedimento legal para contraer matrimonio, sin cele brarse por propia voluntad de la pareja.

Ya que tomando como referencia esta definición (que como una de sus características mas importantes excluye ese término excesivo de cinco años para constituirse el concubinato), se estará en aptitud de que realmente se imparta justicia a "esa forma peculiar de constituir la familia": El concubinato.

La forma de extinguirse el concubinato es de dos tipos: la primera que es la muerte de uno de los concubinos y la segunda que consiste en que derivado de que el concubinato es una relación que se constituye sin formalidad legal alguna, tampoco es necesario ningún procedimiento ni mucho menos, la sola voluntad de los concubinos es suficiente.

II. RELACIONES SEXUALES ILICITAS.

Las relaciones sexuales ilícitas ocupan el segundo lugar de la división siendo éstas:

A. Violación.

El maestro Carrara define a la violación como el conocimiento carnal de una persona ejercido contra su voluntad mediante el uso de la violencia verdadera o presunta (30).

Regulado por los artículos 265, 266, 266 bis del Código Penal.

Este es un tipo de relación sexual, pero en ella existen diversos elementos que la sitúan muy lejos de lo que es una relación sexual "regular" como lo es el concubinato.

(30) Gonzalez Blanco, Alberto, Delitos Sexuales, p. 139.

B. Estupro.

Es el conocimiento carnal de una mujer libre y honesta, -- precedido de seducción verdadera o presunta y no acompañada de violencia- (31).

Al igual que la violación, el estupro se encuentra muy alejado de lo que es una relación sexual regular.

C. Rapto.

Regulado por los artículos 267, 268, 269, 270 y 271 del Código Penal. Es la sustracción de una mujer sacándola del lugar en que se encuentra con el fin de casarse con ella o con miras deshonestas, Puig Peña (32).

El jurista Alberto Gonzalez cita a Carrara quien lo define como "la violenta o fraudulenta reducción o retención de una mujer contra su voluntad, con fines libidinosos o de matrimonio" (33).

Este es un tipo de relación sexual que puede ser semejante al concubinato en muchos aspectos, pero en él no existe la libre voluntad de una de las partes y en ese caso lógicamente no puede haber concubinato.

D. Bigamia.

El artículo 279 del Código Penal nos señala la penalidad -

(31) *Ibíd.* p. 91.

(32) *Ibíd.* p. 121.

(33) *Ibíd.* p. 122.

que se impondrá al que estando unido con una persona en matrimonio no disuelto ni declarado nulo, contraiga otro matrimonio con las formalidades legales.

La característica principal de esta unión sexual es el que la forma legal o matrimonio existe y para efectos de este trabajo diríamos "en exceso".

E. Incesto.

El artículo 272 del Código Penal lo regula mencionando la penalidad que se aplicará a los ascendientes que tengan relaciones sexuales con sus descendientes, así como aquellos hermanos que tengan relaciones sexuales entre sí.

Pudiendo existir la gran mayoría de elementos que integran una unión concubinaria, la pareja que en estas condiciones vive, se encuentra impedida para contraer matrimonio, lógicamente es solo una situación sexual ilícita más.

F. Adulterio.

Comprendido por los artículos 273, 274, 275 y 276 del Código Penal. El multicitado jurista González, lo define como el acto carnal cometido por una persona casada con otra distinta de su cónyuge (34).

Elemento básico de esta relación es la infidelidad que lleva a cabo uno de los cónyuges en perjuicio del otro, situación esta que -

(34) Ibíd. p. 213.

que va contra la moral, y por supuesto, no es posible se le conceda beneficio alguno a esta situación ilícita.

Algunas de estas relaciones sexuales tienen algunos o muchos de los elementos necesarios para que se dé el concubinato, pero la particularidad de estas relaciones sexuales es que derivado de algunas de sus características constituyen delito.

La intención principal de comparar estas relaciones sexuales con el concubinato es eso precisamente, que si bien tienen un poco o algunas veces un enorme parecido con dicha figura jurídica, no es posible que se proteja una situación sexual que esta en contravención de la legislación penal.

Por poner un ejemplo, el adulterio es una forma de relación sexual dentro de la cual pueden existir elementos tales como la cohabitación, permanencia, continuidad e incluso publicidad, varios de estos elementos son los que anteriormente señalamos necesarios para que se constituyera el concubinato, sin embargo esta forma sexual lleva un elemento que es imposible dejar de tomar en cuenta y este es la ilicitud que es parte de la misma, porque se esta configurando un delito previsto por las leyes penales y lógicamente no es posible que la pareja contraiga matrimonio, esta impedida para ello.

Otro ejemplo claro, consideramos lo es el rapto, siendo una forma más de relación sexual, dentro de si misma es posible contenga varios elementos que podrían constituir el concubinato, en esta podemos hablar de que existe cohabitación, de que es habitual, habiendo permanencia, continuidad, "fidelidad", singularidad, pero no se expresa la librevoluntad, por eso una vez mas tiene la característica peculiar de este tipo de formas sexuales, se constituye en contravención a las leyes penales

III. RELACIONES SEXUALES AJURIDICAS.

La tercera y última división la constituyen las relaciones sexuales ajurídicas.

Las relaciones sexuales ajurídicas constituyen un tipo más de las formas sexuales pero característico de estas es que si bien no violan ninguna disposición prohibitiva, no se encuentran contempladas por la ley o se podría decir que para esta "no existen", y estas son:

A. Normales:

Siendo estas, todas aquellas relaciones sexuales que se --llevan a cabo de una manera normal, pero no son tomadas en cuenta por la ley.

1. Relaciones sexuales eventuales.

Caracterizadas por la inconstancia o irregularidad. Este tipo de relaciones se puede establecer con individuos que se encuentran libres de matrimonio y sin impedimento legal para contraerlo, así como contienen otros de los elementos constitutivos del concubinato, pero no tienen en absoluto firmeza, frecuencia o regularidad y en esas condiciones - una situación eventual o excepcional como esta no la podemos considerar - como parte del derecho de familia.

2. Relaciones sexuales permanentes.

Son aquellas que tienen cierto carácter de firmeza, permanencia o regularidad.

a. Amasiato: Son aquellas relaciones sexuales que se constituyen entre parejas con capacidad para contraer matrimonio, con cierto grado de moralidad, publicidad, permanencia o periodicidad dentro de las relaciones, completamente voluntaria pero no hay cohabitación, la pareja no comparte o vive bajo el mismo techo, así como no existe la formalidad legal.

b. Unión libre:

Esta figura puede ser exactamente igual que el concubinato que proponemos, con todos y cada uno de sus elementos, o sea que puede haber cohabitación, permanencia, moralidad, publicidad, no haber formalidad legal alguna y pueden incluso no tener impedimento para contraer matrimonio, además de ser completamente voluntaria.

La diferencia entre ésta y la unión concubinaria desde el punto de vista jurídico, es que esta unión no cumple con un elemento, esto es, que la unión haya durado más de cinco años o se haya procreado un hijo como mínimo, esto por supuesto con la intención de que produzca efectos.

Pero para efectos de nuestro trabajo si la podemos considerar como un sinónimo del concubinato por reunir sus elementos constitutivos.

B. Relaciones sexuales anormales.

Aquellas que se llevan a cabo en contravención a la naturaleza misma de los seres que la efectúan.

1. Homosexuales:

Todas aquellas relaciones sexuales que se efectúan entre seres humanos del mismo sexo.

Este tipo de relación puede contener la gran mayoría de los elementos que forman el concubinato, puede dentro de una pareja de varones o mujeres haber cohabitación, permanencia, publicidad, propia voluntad, pero en la sociedad mexicana esta unión es considerada como completamente inmoral y no es posible que esta pareja, aquí en México contraiga matrimonio civil.

2. Bestialismo.

El diccionario nos dice que un ser bestial es un ser irracional, brutal o con características propias de las bestias (35).

En este tipo de relaciones sexuales son características la bestialidad brutalidad o irracionalidad de las mismas.

Esta relación puede constituirse con algunos de los elementos que forman el concubinato, pero su característica esencial es que es completamente anormal.

Con base en el análisis anterior, podemos concluir que el concubinato es una forma de relación sexual que también constituye la familia y aunque no es la idónea no se constituye violando ninguna ley ---- prohibitiva, y que debe ser protegida por la ley, ya que dentro de los tres efectos que esta produce respecto de los concubinos entre si, respec

(35) Enciclopedia Salvat Diccionario, Tomo 2., p. 484.

to de los hijos de estos así como de sus bienes es necesario hacer algunas modificaciones a lo establecido, así como legislar ampliamente en este sentido.

CAPITULO CUARTO

EL PARENTESCO POR AFINIDAD ILEGITIMA.

El parentesco es la relación que existe entre dos personas de las cuales una desciende de la otra, como el hijo y el padre, el nieto y el abuelo, o que descienden de un autor común como dos hermanos o dos primos.

La maestra Sara Montero, en su libro Derecho de Familia -- nos dá el concepto biológico de parentesco y dice: "es la relación que se establece entre los sujetos que descienden unos de otros o de un tronco común".

El parentesco implica en realidad un estado jurídico por cuanto que es una situación permanente que se establece entre dos o más personas por virtud de la consanguinidad, del matrimonio o de la adopción para originar de manera constante un conjunto de consecuencias de derecho.

Estos tres tipos de parentesco estan regulados en nuestro Código Civil en el artículo 292, el cual dice: "La ley no reconoce más parentesco que los de consanguinidad, afinidad y el civil", pasemos al estudio de cada uno de ellos.

I. Parentesco por consanguinidad.

(1) p. 161.

El artículo 293 del Código Civil regula este parentesco diciendo: "El parentesco de consanguinidad es el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor".

El maestro Rafael Rojina, nos define al parentesco por consanguinidad diciendo: "El parentesco consanguíneo es aquel vínculo jurídico que existe entre personas que descienden las unas de las otras o reconocen un antecesor común" (2).

En el artículo 297 de nuestro Código Civil se nos habla de dos líneas (recta y transversal) dentro del mismo parentesco consanguíneo: "La línea es recta o transversal: la recta se compone de la serie de grados entre personas que descienden unas de otras; la transversal se compone de la serie de grados entre personas que, sin descender unas de otras, proceden de un progenitor o tronco común".

A efecto de explicar estas líneas diremos: "La serie de parientes que descienden uno de otro, forma lo que se llama una línea. Este es el parentesco directo; se representa por medio de una línea recta yendo de uno de los parientes al otro, cualquiera que sea el número de intermediarios. En cuanto al parentesco que une a dos personas que descienden de un autor común, se llama parentesco colateral; su representación gráfica forma un ángulo; los dos parientes ocupan la extremidad inferior de los lados, y el autor común el vértice. Por tanto, los parientes colaterales no se hallan en la misma línea, forman parte de dos líneas diferentes separadas a partir del autor común, el cual representa el punto de bifurcación; las dos líneas se prolongan a cada uno de los lados, explicando esto la expresión colateral; cada uno de los parientes esta, con relación

(2) op. cit. p. 154.

al otro, en una línea paralela a la suya, Collateralis" (3).

Respecto de la línea recta el artículo 298 del mismo Código nos dice: "La línea recta es ascendente o descendente: ascendente es la que liga a una persona con su progenitor o tronco de que procede; descendente es la que liga al progenitor con los que de él proceden." La misma línea es, pues, ascendente o descendente según el punto de partida y la relación a que se atiende.

Creemos importante hacer notar el que la ley al describirnos el parentesco de consanguinidad en su artículo 293 no distingue entre legítimos o naturales, en esas condiciones, hay relación de parentesco entre los hijos de los concubinos y sus familias, es decir, con sus abuelos bisabuelos, etcétera, tanto paternos como maternos.

II. El parentesco por adopción.

El artículo 295 del Código Civil nos dice que "el parentesco civil es el que nace de la adopción y solo existe entre el adoptado y el adoptante".

"El parentesco por adopción resulta del acto jurídico que lleva ese nombre y que para algunos autores constituye un contrato. Por virtud del mismo se crean entre adoptante y adoptado los mismos derechos y obligaciones que origina la filiación legítima entre padre e hijo" (4).

Las consecuencias en cuanto a la adopción principalmente se reducen a "aplicar todo el conjunto de derechos y obligaciones que im

(3) Idem.

(4) Ibíd. p. 158.

pone la filiación legítima entre padre e hijo, al adoptante y adoptado" - (5).

III. PARENTESCO POR AFINIDAD.

A. Afinidad.

El Código Civil, en su artículo 294 nos define el parentesco por afinidad diciendo: "El parentesco de afinidad es el que se contrae por el matrimonio, entre el varón y los parientes de la mujer y entre la mujer y los parientes del varón".

"La esposa entra en parentesco de afinidad con los ascendientes, descendientes o colaterales de su marido, en los mismos grados - que existan respecto a los parientes consanguíneos. Es decir, se encuentra en el parentesco el primer grado en línea recta ascendente con sus suegros, en parentesco colateral igual de segundo grado con sus cuñados y así sucesivamente" (6).

La ley considera para los efectos del parentesco por afinidad que un cónyuge substituye al otro, de aquí que "por virtud de esa substitución existan consecuencias de una verdadera ficción legal, pues el cónyuge substituido se encuentra en los mismos grados de parentesco y en las mismas líneas que su consorte" (7).

"No hay vínculos entre las familias, sino sólo entre un con

(5) Idem.

(6) Ibíd. p. 156.

(7) Ibíd. p. 157.

sorte y los parientes del otro" (8).

El parentesco de afinidad solo constituye impedimento matrimonial en línea recta, es decir, con relación a los ascendientes y descendientes del antiguo cónyuge, pero no así con sus parientes colaterales, como sería el caso de la hermana o de la tía de la que fué esposa. Las razones por las cuales se estableció este impedimento, son de carácter exclusivamente moral.

Por virtud del divorcio se extingue el parentesco por afinidad, así como en los casos de disolución del matrimonio por muerte de uno de los cónyuges o por nulidad. Sin embargo, para efectos de nuestro trabajo la consecuencia principal, por no decir la única, subsiste, o sea "el impedimento para contraer matrimonio entre afines de la línea recta - ya que justamente sólo en la hipótesis de disolución del vínculo por divorcio, nulidad o muerte de uno de los cónyuges, es cuando existirá el impedimento para que pueda celebrarse el matrimonio entre afines" (9).

El maestro Rojina Villegas, en su libro Derecho de Familia, cita a Planiol, quien se expresa en los siguientes términos: "El impedimento para el matrimonio derivado de la afinidad subsiste también (aunque se disuelva el matrimonio) siendo de advertirse que este impedimento para el matrimonio sólo puede producir efectos después de la disolución, por el divorcio, por el matrimonio que crea la afinidad: En efecto, mientras el matrimonio dura, si el marido no puede casarse con su cuñada, no se debe a que esta sea hermana de su mujer sino que él mismo está casado, y si se casara con ella sería bigamo; por otra parte ni siquiera podría casarse con una extraña. Para que la afinidad que existe entre los cuñados sea

(8) Idem.

(9) Idem.

un obstáculo para su matrimonio, es preciso que la unión que produjo esta afinidad esté disuelta" (10).

Podemos decir que este impedimento supone que el matrimonio que dió origen al citado parentesco de afinidad, se ha disuelto por divorcio, por nulidad o por muerte de alguno de los cónyuges, porque si tal enlace subsistiera habría bigamia con motivo del segundo matrimonio. Por poner un ejemplo, si un varón pretende contraer matrimonio con su suegra estaría impedido para hacerlo no por existir el parentesco de afinidad, sino que no podría hacerlo porque es su suegra, es decir, porque está casado con la hija de la persona con quien trata de contraer matrimonio: Aquí habría dos obstáculos para hacerlo: el parentesco por afinidad, y la subsistencia de un matrimonio anterior que como ya dijimos si se contrae un segundo matrimonio se constituiría el impedimento por el matrimonio celebrado con anterioridad.

B. Afinidad ilegítima.

La afinidad ilegítima se dá cuando ha habido concubinato anterior.

Creemos importante hacer notar que la ley no hace referencia a este parentesco, sino que simplemente le llamamos de esa manera porque se constituye con las mismas características que la afinidad pero dentro de la relación que la originó (concubinato) no ha habido formalidad legal, no se constituyó como la ley lo ordena, es "ilegítima". Al llamarle y describirle de esta manera lo hacemos simplemente porque le tenemos que llamar de algún modo y creemos que este es el mas práctico y parecido dentro de esta situación.

(10) Idem.

Expresamente en nuestro derecho, según la definición que - dá el artículo 294, se alude respectivamente al "varón y parientes de su - mujer" o a la "mujer y parientes del varón". No dice el precepto que el - parentesco por afinidad se contraiga entre el marido y los parientes de - su esposa y entre ésta y los parientes de aquel, pero como señala el cita - do artículo 294 que el parentesco por afinidad se contrae por el matrimo - nio, es claro que al mencionar varón y mujer, se refiere al esposo y la - esposa. Sobre el particular dice Planiol: "La afinidad nace siempre por - el matrimonio. El concubinato no la engendra, por lo menos según la ley - civil. Por consiguiente, el matrimonio es posible entre dos personas, aun - que una de ellas haya tenido anteriormente relaciones ilícitas con el a - scendiente de la otra, y aún cuando haya tenido hijos con ella" (11).

Pensamos es claro el comentario anterior y aunque no esta - mos de acuerdo con el contenido del artículo 294 del Código Civil creemos - que como dice el autor es evidente el hecho de que la ley civil no recono - ce el parentesco por afinidad en relación con el concubinato.

Creemos que es sumamente importante la opinión que el maes - tro Rojina Villegas tiene en relación a la afinidad ilegítima como impedi - mento para contraer matrimonio, y es la siguiente: "De acuerdo con el tex - to literal del artículo 156, fracción IV en relación con el artículo 294 - que define el parentesco de afinidad refiriéndolo exclusivamente al matri - monio, no existe en nuestro derecho el citado impedimento de afinidad ile - gítima y aún cuando pudiera decirse que el acto es ilícito en si mismo, - sería bastante la prueba de afinidad ilegítima, para obtener con apoyo en - el artículo octavo, y por violación notoria de las buenas costumbres, la - nulidad del matrimonio, no obstante que el artículo 235 parece limitar -- las causas de nulidad de los tres casos que enumera: Error, existencia de

(11) Idem.

impedimentos y falta de formalidad" (12).

"Posteriormente en la regulación que se hace en los artículos 236 a 251, se tratan exclusivamente los casos de nulidad relacionados respectivamente con el error, la existencia de impedimentos y la inobservancia de las formalidades legales. Sin embargo cabría objetar que el artículo 235 no dice que las causas enumeradas son las únicas, por lo que quedaría en pie, con carácter de general el artículo 8o. si el matrimonio se celebra violando manifiestamente las buenas costumbres, en relación -- con los artículos 1830, 1831 y 2225. Debemos reconocer, no obstante, que en todo caso, podría llegarse a la conclusión aplicando por analogía el artículo 264, de que se trata de un matrimonio ilícito, pero válido. Es decir, que la afinidad ilegítima constituye un impedimento impediente" -- (13).

En este caso el maestro Rojina Villegas considera que si en juicio se intentase hacer valer la nulidad de un matrimonio en el que existe parentesco por afinidad ilegítima, procedería, por que es notorio que este se efectúa violando las buenas costumbres y con apoyo en los artículos 1830, 1831 en relación con los artículos 8o., y 2225 del Código Civil se le consideraría como un impedimento impediente.

Estamos totalmente de acuerdo con el criterio del autor -- multicitado, y aunque no nos corresponde a nosotros determinar la procedencia del impedimento en el aspecto práctico, consideramos que si debía serlo, ya que es totalmente contrario a las buenas costumbres.

A efecto de hacer más clara esta situación, empezaremos de

(12) Ibíd. p. 272.

(13) Ibíd. p. 273.

la siguiente manera:

Si tomamos como referencia la definición que de buenas cos-tumbres nos da el maestro Gutiérrez y González, diremos que:

"Buenas costumbres son el conjunto de hábitos, prácticas o inclinaciones observadas por un grupo humano en un lugar y momento determinado" (14).

Luego entonces, diremos que derivado de una situación eminentemente moral y a efecto de concordar con las buenas costumbres o inclinaciones de la sociedad mexicana se constituye como impedimento para contraer matrimonio el parentesco por afinidad legítima y sin embargo aún a pesar de que hay notoria violación de las buenas costumbres cuando se celebra el matrimonio, cuando existe afinidad ilegítima este si es posible y por lo tanto consideramos que en las mismas condiciones en que los afines legítimos están impedidos para el matrimonio deberían estarlo los afines ilegítimos, creemos, no solo debería intentarse la procedencia de la nulidad derivada del impedimento en juicio, sino que especialmente se debería legislar al respecto y considerar ya a la relación de parentesco de afinidad ilegítima como impedimento para contraer matrimonio.

IV. FILIACION.

Brevemente hablaremos acerca de la evolución que ha tenido en la sociedad mexicana. "En el derecho el término filiación tiene dos -- connotaciones; una amplia, que comprende el vínculo jurídico que existe -- entre ascendientes y descendientes, sin limitación de grado; y además en-

(14) Derecho de las obligaciones, p. 265.

un sentido estricto la entendemos como la relación de derecho que existe entre el progenitor y el hijo" (15).

Para efectos de este trabajo tomaremos como referencia la segunda de las definiciones referidas.

A. México Prehispánico.

Sobre la situación social de las concubinas y de sus hijos no pesaba ningún estigma. "No hay duda de que en un principio sólo los -- hijos de la mujer principal sucedían a su padre"; pero eso es lo que dicen algunos autores, creo importante mencionar una vez mas que debido al transcurso del tiempo en exceso esto es algo practicamente imposible de demostrar, todo ello en virtud de que hay autores que mencionan lo contrario, y dicen que "los hijos de esposas secundarias podían suceder a su padre, incluso podían llegar, si eran dignos de ello a las más altas funciones. Además no hay que olvidar que entre los mexicanos era lícita y muy - frecuente la poligamia" (16).

B. Epoca Colonial.

El desarrollo normal de la cultura azteca se destruye con la llegada de los españoles quienes les implantan sus costumbres y concepciones religiosas, algunas de ellas influyen definitivamente en la doctrina sobre la legitimidad e ilegitimidad de los hijos según nacieran dentro o fuera de matrimonio, calificándoseles de otra manera distinta y teniendo incluso consecuencias económicas en perjuicio de los ilegítimos.

(15) R. Rojina, op cit. p. 591.

(16) Chávez, op. cit. p. 118.

Como los españoles tenían distintas concepciones del matrimonio, monogamia y filiación imponen sus costumbres a los mexicanos y estas a futuro se verían expresadas dentro de la legislación mexicana, costumbres como la monogamia que substituyó a la poligamia y un espíritu que agravaría la situación de los hijos "ilegítimos".

C. México Independiente.

En el Código Civil de 1870, en el capítulo relativo a las actas de nacimiento, se disponía que cuando el hijo no fuera legítimo solo se asentaría el nombre del padre o de la madre si estos lo pidieran, - si no lo pidieren se asentará que el presentado es hijo de padres no conocidos (arts 30 y 82). Se hacía referencia al hijo adulterino, en la misma forma que se hace referencia en nuestro código vigente. Se mencionaba que si el hijo fuere incestuoso, "no se podía asentar más que el nombre de uno de los padres" (art 85) (17).

En el capítulo relativo al reconocimiento de los hijos naturales, se señaló como tales a aquellos cuyos padres o uno de ellos, hubiera "estado libre para contraer matrimonio en cualquiera de los primeros ciento veinte días que precedieron al nacimiento", agregaba que "la ley presume en este caso que el hijo es natural" (art 365). A diferencia, los hijos espurios son los que nacen fuera de matrimonio y de padres que no podían casarse al tiempo de la concepción o nacimiento. El artículo -- 384 prevenía que si por virtud de la sentencia resultare que el hijo reconocido procedía de unión adulterina o incestuosa no dispensable, el mismo no tenía más derechos que los que la ley concedía a los espurios (18).

(17) Ibíd. p. 121.

(18) Idem.

En materia de sucesiones se distinguía a los hijos legítimos o legitimados de los naturales y espurios quedando éstos en desventaja en relación a los primeros (art 3865), (19).

En el Código Civil de 1884 se mantiene la división hecha - en el código anterior, haciéndose referencia también a los hijos adulterinos y a los incestuosos en el capítulo relativo a las actas de nacimiento (20).

En los derechos sucesorios se marcan también diferencias en perjuicio de los hijos naturales y espurios, quienes están en desventaja, según lo prevenían los artículos 3595, 3596, 3597 y 3598 (21).

No es sino hasta la Ley sobre Relaciones Familiares de --- 1917, en donde se expresa en la exposición de motivos que "en materia de paternidad y filiación, ha parecido conveniente suprimir la clasificación de hijos espurios pues no es justo que la sociedad los estigmatice a consecuencia de faltas que no les son imputables a los hijos, la infracción a los preceptos que rigen el matrimonio solo debe perjudicar a los infractores y no a los hijos, terceros en el contrato, que antes se perjudicaban solamente porque, reputado el matrimonio como un sacramento, se veían privados de los efectos de la gracia, razón que no puede subsistir hoy -- que nuestra sociedad liberal no debe estigmatizar con designaciones infamantes a los inocentes a quienes la ley era la primera en desprestigiar.- Se ha facilitado el reconocimiento de los hijos y aumentado los casos especiales en que puede promoverse la investigación de la paternidad o maternidad, aunque restringiendo los derechos de los hijos naturales a la -

(19) Idem.

(20) Idem.

(21) Ibíd. p. 122.

sola facultad de llevar el apellido de su progenitor, a fin de darles una oposición definida en la sociedad, evitando a la vez el fomentar las uniones ilícitas, los abusos que la concesión de otros derechos pudiera originar, y teniendo presente los derechos y obligaciones de la mujer, en caso de matrimonio se previene que ella no pueda reconocer a sus hijos naturales, sin el consentimiento del marido y que éste, pudiendo reconocer a -- los suyos, no tenga la facultad de llevarlos a vivir al domicilio conyugal, sin permiso de la esposa" (22).

D. Código Civil actual:

Dentro de la exposición de motivos de éste se menciona: -- "Se comenzó por borrar la odiosa diferencia entre los hijos legítimos y -- los nacidos fuera de matrimonio; se procuró que unos y otros gozasen los mismos derechos pues es una irritante injusticia que los hijos sufran con secuencias de las faltas de sus padres, y que se vean privados de los mas sagrados derechos, unicamente porque no nacieron de matrimonio del cual -- no tiene culpa alguna" (23).

Aún el día de hoy hay cierto desequilibrio en el Código Civil dentro de la definición que se dá a los hijos según su "procedencia", el maestro Chávez comenta: "siguen conservándose las referencias a hijos-adulterinos e incestuosos en los artículos 62 y 64 los que debieron haber se cambiado de redacción" (24).

Art. 62.- Si el hijo fuere adulterino, podrá asentarse el nombre del padre, casado o soltero, si lo pidie-

(22) Idem.

(23) Idem.

(24) Idem.

re; pero no podrá asentarse el nombre de la madre cuando sea casada y viva con su marido, a no ser que este haya desconocido al hijo y exista -sentencia ejecutoria que declare que no es hijo-suyo.

Art. 64.- Podrá reconocerse al hijo incestuoso. Los progenitores que lo reconozcan tienen derecho de que conste su nombre en el acta, pero en ella no se expresará que el hijo es incestuoso.

Consideramos que si bien estos artículos no tienen la redacción ideal, es necesario mencionarles así para poder decirles de alguna manera a estos hijos o sea, para poder identificarlos, ahora bien, a diferencia de los códigos anteriores, en este código ya se le reconocen a todos los mismos derechos, con absoluta independencia de la relación que les dió origen.

Hemos hecho referencia de esta manera a la filiación, porque consideramos que es una situación que ha tenido una trayectoria muy similar a la que se presenta dentro del tema que estudiamos, esto es posiblemente dentro del México prehispánico no había desigualdad respecto de los hijos nacidos fuera de matrimonio o en caso de haberla no era tanta como lo fué con la influencia de los españoles, con su llegada cambia radicalmente la situación de los hijos según su origen y estas nuevas tendencias que pasan a formar parte de la nueva moral dentro de los mexicanos priva a seres inocentes de sus derechos como hijos y se ve plasmada esta situación dentro de la legislación multimencionada. A partir de la vigencia del Código Civil actual esta injusticia consideramos que se corrige.

Exactamente esto sucede con el impedimento materia del presente trabajo; hay un determinado espíritu imperante en nuestros antepasados mexicanos, influenciados por costumbres externas se cambia el concepto de afinidad y esta sólo se dá cuando ha habido un matrimonio celebrado con apego a la religión. Y finalmente de nuevo aparece la afinidad sin -- condicionarse a una ceremonia religiosa sino a una realidad: la unión de dos personas; tal y como ha sido el espíritu de los mexicanos.

El que actualmente no sea tomada en cuenta la afinidad que se dá fuera de matrimonio es como producto de la nueva redacción del Código Civil de 1928, pero acerca de nuestro tema lo comentaremos con detalles en el capítulo siguiente.

CAPITULO QUINTO

EL PARENTESCO POR AFINIDAD ILEGITIMA COMO IMPEDIMENTO PARA CONTRAER MATRIMONIO DENTRO DEL CODIGO CIVIL VIGENTE PARA - EL DISTRITO FEDERAL.

I. ANALISIS A LA FRACCION IV DEL ARTICULO 156 DEL CODIGO - CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Art. 156.- Son impedimentos para celebrar el contrato de - matrimonio:

IV.- El parentesco de afinidad en línea recta, sin - limitación alguna.

Para que dentro de un matrimonio no se constituya impedi-- miento alguno para contraer matrimonio, encontramos que debe reunir los si guientes elementos de existencia y de validez:

Elementos de existencia dentro del matrimonio:

A. El consentimiento de los consortes unido a la declarato-- ria que debe hacer el Oficial del Registro Civil, considerándolos unidos-- en matrimonio.

B. La posibilidad física y jurídica del objeto, compren--- diéndose aquí, principalmente, la diversidad sexual entre los contrayen--- tes, y,

C. La observancia de solemnidades que consagra la ley.

Elementos de validez dentro del matrimonio:

A. La capacidad de los contrayentes, tanto porque tengan-- la edad requerida por la ley, cuanto porque cuenten con el consentimiento de los que ejercen la patria potestad, del tutor o del juez en sus respec tivos casos, cuando se trate de menores de edad. Además se requiere tener el uso expedito de las facultades mentales, es decir, que no se encuentre afectado por las causas que señala la fracción VIII del artículo 156, ni se padezcan las enfermedades que en la misma se indican y en la fracción- IX del citado precepto:

B. Que el consentimiento se manifieste en forma libre y -- cierta, o sea, que no padezca de violencia ni este afectado por error;

C. Que se observen las formas legales requeridas por el ar tículo 103, independientemente de las solemnidades a que ya nos hemos re- ferido.

D. Que el acto tenga un objeto, motivo y fin lícitos (1).

Ahora bien, el Código Civil en su artículo 235 nos señala- cuales son las causas de nulidad de un matrimonio con el siguiente conte- nido:

Art. 235.- Son causas de nulidad de un matrimonio:

II.- Que el matrimonio se haya celebrado concurrien do algunos de los impedimentos enumerados en - el artículo 156.

(1) R. Rojina, op. cit. p. 264.

El hacer referencia a este artículo es con la intención de mencionar que tradicionalmente se han caracterizado los impedimentos distinguiendo dos tipos que son los impedimentos dirimentes y los impedientes (2).

"Los impedimentos dirimentes son aquellos que originan la nulidad del matrimonio; mientras que los impedientes no afectan su validez, aunque provocan determinadas consecuencias" (3).

El artículo 156 dentro del cual está el impedimento materia de este trabajo consagra exclusivamente impedimentos dirimentes, ya que todos ellos originan la nulidad del matrimonio. En cambio en el artículo 264 se reconocen los impedimentos impedientes, que no afectan la validez del acto (4).

En nuestro derecho los únicos impedimentos impedientes están enumerados por el artículo 264 en relación con los artículos 158, 159 y 289 (5).

En esencia el impedimento es la prohibición legal de un matrimonio por circunstancias que se refieren a la persona o a la situación de alguno de los contrayentes.

Y en cuanto a los efectos serán los siguientes:

A. Antes del matrimonio se lo puede invocar como causa de

(2) *Ibíd.* p. 259.

(3) *Idem.*

(4) *Idem.*

(5) *Ibíd.* p. 261.

oposición.

B. En el acto del mismo es causa suficiente para que el -- funcionario se niegue a la celebración.

C. Con posterioridad a la celebración del matrimonio puede en ciertos casos ser causa de nulidad del acto (6).

Esto significa que el mencionado artículo dá una hipótesis para que el contrato de matrimonio no se efectúe, o si se efectúa tenga - ciertas consecuencias; luego entonces un matrimonio que dió origen al parentesco de afinidad se ha disuelto por divorcio, por nulidad o por muerte de alguno de los cónyuges, en esas condiciones se entiende que, como - ya mencionamos, para efectos del matrimonio posterior, el parentesco de - afinidad subsiste respecto de los ascendientes o descendientes en línea - recta exclusivamente, por lo tanto, si el cónyuge, pretende contraer ma- - trimonio con el descendiente o ascendiente de su ex pareja estará impedi- do para hacerlo o si lo hiciere sería causa de nulidad del acto.

Sin embargo, cuando existe una unión equiparable al matri- monio dentro de la que encontramos el consentimiento o voluntad de partes la posibilidad física y jurídica de los mismos, estas como parte de los e - lementos de existencia, y la capacidad, el libre consentimiento de ambos, y teniendo el acto un objeto, motivo y fin lícitos, estos como parte de - los elementos de validez, pero dentro de la cual no existe el elemento de existencia "observancia de solemnidades que consagra la ley" ni el elemen - to de validez "atender a las formas legales requeridas por el artículo -- 103", y una de las partes pretende contraer matrimonio con su ascendiente o descendiente con el que existe parentesco por afinidad ilegítima, como-

(6) *Ibíd.* p. 259

esta hipótesis no ha sido incluida dentro del artículo 156 fracción IV -- del Código Civil y por lo tanto el parentesco de referencia solo es afinidad ilegítima conforme a la fracción IV de este artículo es válido.

Si el legislador simplemente hubiera procurado mantener el sentido del impedimento cuando dentro de la afinidad se incluía la ilegítima (hasta las reformas del Código Civil actual), encontraríamos que sería fácil evitar el matrimonio entre parientes de este tipo.

Consideramos que la sociedad actual no está preparada para que este tipo de relaciones se den, y en esas condiciones debe haber modificaciones a la ley en ese sentido, pero esto lo estudiaremos en los puntos siguientes.

II. EQUIPARACION DEL CONCUBINATO CON EL MATRIMONIO EN RAZON A DICHO IMPEDIMENTO.

En capítulos anteriores bastante hemos hablado acerca del matrimonio así como del concubinato, encontramos que entendemos al matrimonio como la forma legal de constitución de la familia a través del vínculo jurídico establecido entre dos personas de distinto sexo, que crea entre ellos una comunidad de vida total y permanente con derechos y obligaciones recíprocas, determinadas por la propia ley.

Vemos que respecto del concubinato la diferencia es mínima, esto es, porque el concubinato es también una forma lícita de constitución de la familia, a diferencia del resto de las relaciones sexuales que o --- bien son relaciones ajurídicas o ilícitas, como lo vimos en el capítulo -- tercero. Como ya muchas veces hemos manifestado, por propia voluntad de la pareja no se efectúa la formalidad jurídica del matrimonio, pero si se efectúa la unión entre dos personas de distinto sexo, y a semejanza del ma-

trrimonio para que sea concubinato se crea una comunidad de vida total y - permanente que como también dijimos en el capítulo segundo de este trabajo en esta comunidad de vida hay cohabitación, permanencia, moralidad, pu- blicidad o notoriedad, elementos algunos de estos que a veces no están -- presentes dentro del matrimonio, ya que en la práctica se llegan a presen- tar matrimonios en los que no existe cohabitación por ejemplo, o permanen- cia, etcétera, y así como en el matrimonio aún contra la voluntad de la - pareja de concubinos se generan derechos y obligaciones recíprocas (por - supuesto, a nuestro parecer, menos de los que deberían ser), esto porque- como ya lo dijimos también en el capítulo tercero de este trabajo este ti- po de derechos y obligaciones del matrimonio o como les mencionamos en su momento efectos del matrimonio, vimos que dentro de este se ha tomado en- cuenta por la ley la igualdad y reciprocidad que entre los cónyuges debe- existir, los cuales por la ley dentro del concubinato no han sido tomados en cuenta; la cohabitación como obligación personalísima e íntima de la - relación dentro del matrimonio también ha sido tomada en cuenta, y aunque dentro del concubinato ya muchas veces hemos mencionado que es indispensa- ble un elemento, para la ley no existe como tal, la ayuda mutua que los - cónyuges se deben el uno al otro aún a pesar de ser hasta cierto punto u- na hipótesis esta contemplada también dentro del Código Civil, lógicamen- te para el concubinato no esta comprendido por este. Como ya lo habíamos- dicho la ley protege la fidelidad entre los cónyuges tanto civil como pe- nalmente, pero cuando hablamos del concubinato nosotros al igual que la - mayoría de estudiosos del derecho de familia, consideramos como elemento- del concubinato la fidelidad, sin embargo encontramos que la ley no lo -- contempla de esta manera según se desprende del multicitado artículo 1635 del Código Civil, y por último para el matrimonio la ley señala la igual- dad jurídica entre cónyuges establecida en el artículo 168 del Código Ci- vil, lo que logicamente no sucede para la unión concubinaria.

Mencionamos también los efectos y diferencias que respecto

a los hijos se dá entre los cónyuges y concubinos y encontramos exactamente eso, que la ley respecto de los hijos de concubinos o nacidos fuera de un matrimonio les dá el mismo trato que a los hijos nacidos de la pareja que constituye un matrimonio válido, los derechos y obligaciones que existen entre los padres e hijos son exactamente los mismos habiéndose reunido la formalidad jurídica del matrimonio o aún sin haberse efectuado éste.

Respecto de los bienes ya mencionábamos que el Código Civil tomó en cuenta los bienes que pasan a formar parte del matrimonio antes de la unión o donaciones antenuptiales, de los bienes que pasan a formar parte de la unión antes de la misma pero hechas por un tercero, así como la forma de "distribuir" los bienes durante el matrimonio e incluso después de este para el caso de terminarse, pudiendo haber independenciado dentro de la propiedad de los bienes aún dentro de la familia así como una "mezcla" de estos, llamándose estos dos regímenes, separación de bienes y sociedad conyugal, así como la forma de modificar este pacto.

Ya manifestábamos que para el caso del concubinato el aspecto patrimonial de la familia no ha sido protegido por la legislación civil como debiera, ya que prácticamente nada se dice respecto del patrimonio que forma parte de la familia que no se ha constituido con la formalidad legal del matrimonio, esto es, nada se dice respecto de los bienes adquiridos con anterioridad a la unión sean producto de las partes o de un tercero, nada se menciona respecto de los bienes durante la unión y una disposición mínima se hace para el caso de que uno de los concubinos muera.

Derivado de esta comparación diremos que definitivamente si existe diferencia entre el matrimonio y el concubinato, pero la diferencia primordial es la formalidad o formalidades que la ley impone, para una y otra forma de constitución de la familia, volviendo nuevamente al

punto que estudiamos y para efectos de nuestro trabajo llegamos al siguiente resultado: El artículo 156 fracción IV del Código Civil nos señala que para que se constituya el impedimento de referencia es indispensable que se trate de afines legítimos, y por lo tanto excluye a los afines ilegítimos, es cierto que como vimos existen diversas diferencias tanto de una figura jurídica como de la otra, pero las diferencias son derivadas de la serie de imposiciones que la ley hace para que se constituyan, siendo la principal el requisito de efectuarse la formalidad del matrimonio, y por lo tanto la ley como ya lo mencionamos en el capítulo III de este trabajo, priva en ciertas circunstancias a los concubinos de algunos derechos que pudieron haberse generado. Consideramos que las dos maneras de constituirse la familia dentro de su propia naturaleza son correctas, lo que esta mal es la forma que el legislador interpreta a la una y a la otra, a la una (matrimonio), le da la protección necesaria, pero a la otra (concubinato), no la protege debidamente, al grado de que la excluye del beneficio moral y social que otorga el artículo 156 en su fracción IV.

III. RAZONES MORALES.

A lo largo de cuatro capítulos hemos venido hablando acerca del concubinato, hemos manifestado que desde antes de la llegada de los españoles, los Aztecas, pobladores de Tenochtitlán, dentro de su moral, ya conocían una figura jurídica a la que llamaban concubinato, figura que era reconocida, y no solo eso, sino que existían ya en esa época los impedimentos para contraer matrimonio y encontramos que entre ellos no era permitido el matrimonio entre la concubina del padre con el hijo, o sea que la que en este caso es pariente por afinidad ilegítima no puede contraer matrimonio con el descendiente en línea recta en primer grado del tronco (o concubino), si bien este no es un dato absolutamente comprobable, consideramos que es necesario creer en él como en la mayoría de --

los datos que nos aporta la historia, por lo tanto el impedimento materia de nuestro trabajo estaba contemplado dentro de lo que entenderíamos como moral Azteca, y además esto sucedió hace aproximadamente setecientos años lo que es mucho tiempo, pero en realidad hay muchas costumbres y tendencias que están tan arraigadas que aún el paso de tantos años no las alcanzan a borrar, por poner un ejemplo diremos que en esa misma época la mujer en el aspecto sexual estaba sumamente reprimida, y en la actualidad ésta no ha alcanzado totalmente la igualdad sexual respecto del hombre, a toda mujer que en la actualidad hace uso de su libertad sexual conforme a su voluntad, se le sigue calificando de liberal, libertina, "loca" o hasta prostituta, y la raíz proviene de hace más de setecientos años y aún esta muy marcada.

Consideramos es importante tomar en cuenta el transcurso de los años así como de las situaciones que dentro de estos setecientos años aproximadamente le tocó vivir a nuestro país, pero esta tendencia no ha sido completamente erradicada.

Como dijimos en el primero de nuestro capítulos, derivado de la serie de irregularidades que para el campo jurídico trajo la llegada de los españoles, no podemos afirmar que el impedimento materia de --- nuestro trabajo hubiera estado presente como limitante para poder contraer matrimonio durante la conquista.

Lo que sí es un hecho es que, como afirmamos en el tercer punto del capítulo primero de este trabajo, durante la época del México Independiente, que en el Código Civil de 1870 (publicado el 13 de diciembre de 1870), en su fracción V del artículo 163, en relación con el artículo 192, nos señalaba nuevamente que el parentesco de afinidad en línea recta sin limitación alguna, era impedimento para celebrar el contrato de matrimonio, y se nos afirmaba que el parentesco de afinidad se podía con-

traer mediante el matrimonio o mediante el concubinato, por lo tanto vemos que en el año de 1870, más de trescientos años después de la llegada de los españoles a México, y a pesar de sus influencias y tendencias propias se encuentra que dentro de la moral de los mexicanos se concebía que se efectuara un matrimonio entre afines lícitos e ilícitos en línea recta sin limitación de grado. Las legislaciones civiles posteriores traen consigo el mismo contenido que este Código, y por lo tanto aproximadamente sesenta años esta disposición permanece firme y entendemos que durante este período tampoco hubo modificación alguna dentro de la tendencia ideológica de la sociedad, y por lo tanto ésta era acorde con la legislación correspondiente.

Pero sucede que en el año de 1928 se modifica el Código Civil para quedar como actualmente lo encontramos, vemos que el legislador dentro de la exposición de motivos del mismo código manifiesta que se pretenden actualizar las normas jurídicas, por lo tanto entendemos que para el caso estas se modificarían para satisfacer las necesidades de la época se menciona que se tomarán en cuenta a las que en estado de concubinato y reconoce que esta figura produce algunos efectos jurídicos, aunque desgraciadamente solo menciona que son en favor de los hijos de la concubina.

Entendemos de todo esto que lógicamente mejorarían la serie de derechos que esta relación produce y respecto del impedimento materia de nuestro tema, si no se le considerara como una relación de pareja que era cimiento de la familia, al menos se conservaría tal como estaba, y resultó que al ser modificado el artículo 294 que daba la pauta para incluir el concubinato como relación de afinidad y por lo tanto como impedimento matrimonial, se modifica y se exige que para que esto suceda es indispensable una formalidad jurídica, sin analizar las consecuencias. Consideramos como ya muchas veces hemos manifestado, que si bien el legislador pretendía conseguir el mejor de los beneficios, en este punto tuvo

un error, en 1928 continuaba siendo inaceptada por la sociedad una relación dentro de la cual la ex pareja que es parte integrante de una familia establecida en concubinato contraiga matrimonio con el padre o hijo de su pareja, si aún a la fecha es mal visto, con mayor razón hace sesenta años.

Asimismo consideramos que la sociedad mexicana no está capacitada para aceptar o asimilar aún el día de hoy a una familia que se constituya en los términos planteados, esto es, consideramos sigue siendo inaceptado el hecho de que la madre de la ex concubina o como frecuentemente se le dice "amante" con posterioridad a una relación prolongada y en la cual incluso se procrearon hijos contraiga matrimonio con el padre de sus nietos e incluso tengan hijos, y así podemos hablar de muchas hipótesis que se presentan. No podemos decir que este tipo de matrimonios sean imposible o no deban ser, simplemente consideramos que para la moral mexicana, para el momento en que la sociedad se encuentra no está capacitada para aceptar que se produzca este tipo de matrimonios, desgraciadamente en el momento que nos encontramos muchas situaciones deberían ser trascendidas y no lo son, aún el día de hoy es difícil aceptar al hijo de una madre soltera, con mayor razón lo es el explicarle a éste, por ejemplo que su madre es madre de él pero a la vez esposa del padre de su padre (o sea su abuelo), en este aspecto no estamos ni a favor ni en contra de lo que dispone el impedimento, simplemente consideramos que la moral actual o la tendencia de la sociedad en este aspecto se inclina por no aceptar este tipo de matrimonios, y sin embargo consideramos que la ley no debe poner como determinante de esta situación la formalidad de un matrimonio, sino la realidad de una familia. Y por lo tanto poner en una situación igual los efectos que se producen dentro de la familia "de hecho y la de derecho".

IV. CRITERIOS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION AL RESPECTO.

Revisando la jurisprudencia que respecto del concubinato - existe, así como todas aquellas tesis que se pudieran relacionar con éste, encontramos que es mínimo lo que existe del mismo, especialmente si tomamos en cuenta la necesidad que existe de legislar acerca de esta figura jurídica, así como de la serie de hipótesis que planteamos, decimos esto, -- porque consideramos que si la familia es la célula de la sociedad debería dársele la debida importancia, y tal parece ser que es al contrario.

Transcribimos a continuación algunas tesis jurisprudenciales existentes y haremos los comentarios correspondientes respecto de cada una de ellas, exceptuamos las que para efectos de nuestro trabajo no tienen absolutamente ninguna relación.

Pareciera ser que respecto de esta familia los efectos más importantes que existen inician a partir de que uno de los concubinos muere, ya que todas estas tesis hacen referencia a los derechos hereditarios que además únicamente los prevee un artículo que es el 1635 del Código Civil.

Primera Tesis Jurisprudencial:

"El simple contenido ideológico del artículo 1635 del Código Civil, entendido con el criterio jurídico que dá el conocimiento de las leyes anteriores que se han ocupado del concubinato, basta para establecer el principio de que el mismo requiere una unión temporal constante, y que la concubina no es cualquier madre de cualquier hijo, sino precisamente la mujer que ha vivido con un hombre, como esposa, por un tiempo mas o menos largo, y en lo que se refiere a la herencia cuando el derecho se sustenta-

sobre la base de que una mujer tuvo hijos con el de cujus, realmente no necesita probar que tuvo varios hijos, pero si es indispensable que demuestre, que además de haber tenido aunque sea uno, vivió con aquel como si fuera su marido, aunque no determine por que tiempo, pues la ley ninguno fija, pero siempre con la realidad objetiva de la propia convivencia, - misma que no puede ser suplica con el sólo propósito de hacerlo, o alegando que espiritualmente existe la convivencia, pues esta clase de unión meramente sentimental y de pura intención, podrá ser poderosa y respetable - y aún acaso noble, pero nunca puede constituir el concubinato, en los términos que lo reconozca la ley y el derecho" (tomo LXIV, pág. 83).

La Suprema Corte, con la intención de conceder derechos hereditarios respecto de la concubina (que como se mencionaba, no solamente es una amante), ha mencionado en esta tesis un término, pero excesivamente impreciso, ya que este es: "Un tiempo mas o menos largo", y en esas -- condiciones un juez podrá determinar que si ha habido un mes o varios meses de convivencia es suficiente, así como otro podrá decir que es indispensable un año o varios, ya que las dos posibilidades nos señalan períodos "mas o menos largos". Pudiera ser que el legislador tomara como referencia para determinar este período como mínimo el tiempo que dura la gestación, o el que determine justo, pero si necesariamente se precise éste.

Segunda Tesis Jurisprudencial:

"El artículo 1492 del Código Civil del estado de Michoacán establece el derecho a heredar, para la mujer con quién el autor de la herencia vivió como si fuera su marido, durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte, o con la que tuvo hijos, siempre que am - - ambos hayan permanecido libres de matrimonio, durante el concubinato. Ahora bien, el sentido natural de esa disposición legal, es que haya habido convivencia entre los concubinos, igual a la que existe entre el marido y mu

jer, y no puras relaciones sexuales, lo que implica la comunidad de lecho y de la habitación, por ser esta una unión que debe existir entre esposos" (Tomo LXIX, pág. 1957).

En esencia esta tesis, expresa dentro de su contenido la necesidad imperiosa que ya en el año de 1941 existía de determinar o definir que es el concubinato, sus elementos y sus efectos, lo cual aún el día de hoy no existe, de una manera correcta en este caso la Suprema Corte en interpretación al contenido del artículo 1492 del Código Civil del estado de Michoacán considera necesario para que la mujer tenga derecho a heredar el haber vivido con su pareja "como si fueran marido y mujer" y como textualmente se dice: "no puras relaciones sexuales" sea lo que hayan tenido, elementos éstos que nosotros en nuestro capítulo segundo manejábamos como permanencia y cohabitación.

Tercera Tesis Jurisprudencial.

"Si bien el artículo 1635 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, al referirse a los derechos hereditarios de la concubina, requiere que esta haya tenido hijos con el autor de la herencia, ello no significa que haya habido dos hijos o más, para que la mujer pueda disfrutar de los beneficios que le dá el precepto citado, y por tanto, basta con que haya tenido un hijo con el autor de la herencia, para que se encuentre en el caso de esta disposición", (Tomo LXXI, pág. --- 2072).

En 1942 fué necesario que la Suprema Corte interpretara el contenido del artículo 1635, ya que de su contenido aparentemente se encuentra que es indispensable para que la concubina adquiera derechos hereditarios respecto de los bienes del concubino que al menos hubiere tenido dos hijos con él. Esto apesar de haberlo hecho en otra tesis ya citada.

Consideramos que actualmente la tesis citada es inoperante porque encontramos que la concubina que cuenta con varios meses de embarazo y sin haber dado a luz un hijo del concubino concebido pero no nacido, no se encuadra dentro de lo establecido por el precepto.

Tal como manifestamos en nuestro capítulo tercero al hablar respecto de los efectos que entre concubinos debieran generarse, consideramos es necesario se modifique el contenido del citado artículo ya que creemos no es indispensable el parto para que a partir de ese momento se genere el derecho a recibir alimentos, o como en este caso a heredar respecto de la concubina si el hijo ha sido concebido y su padre es el concubino, ya repetidas veces hemos hablado de la inoperancia del mismo derivado del paso del tiempo y del cambio en la idiosincracia de la sociedad mexicana; en 1942 posiblemente funcionó, pero en la actualidad consideramos que no.

Cuarta Tesis Jurisprudencial:

"Concubina, acción de petición de herencia ejercitada por la".

"Si de las pruebas rendidas se ve que desde meses antes de la muerte del concubinario terminaron las relaciones, que aunque singulares y permanentes habían tenido en otra época, al no perdurar hasta la muerte del autor de la sucesión, no pudo cumplirse el requisito que la ley exige, de la vida de la concubina con el concubinario, como si fuera su marido durante los cinco años inmediatos a su muerte". Sexta época, cuarta parte: Vol. XXV, pág. 96. A.D. 5730/58 Victoria Granados Ortiz, -- 5 votos.

Encontramos que dentro de esta tesis claramente podemos --

desprender el hecho de que derivado de la ausencia de una precisa definición del concubinato, el legislador con las dos simples palabras "singulares y permanentes", cree obtener los elementos necesarios para que se dé una unión concubinaria, lo cual para nosotros no es suficiente, más aún creemos también necesario hacer modificaciones a la ley civil respecto de esta misma figura porque encontramos que el Código Civil en su artículo - 1635 solo concede el beneficio mencionado a "la concubina o concubino que hayan vivido juntos como si fueran cónyuges durante los cinco años que -- precedieron inmediatamente a su muerte", respecto de la hipótesis planteada en esta tesis, consideramos que la resolución se encuadra perfectamente con el contenido de la ley, pero también consideramos necesario que -- dentro de la ley se precise el término por el cual el período señalado -- sea susceptible de tomarse en cuenta y en especial acorde con la realidad, porque si tomamos como referencia el sentido estricto del artículo referido, encontraremos que la mujer que vivió diez años con el concubino haciendo las veces de esposa y se separa dos o tres días antes de la muerte de aquel, no se encuadra perfectamente dentro de lo establecido por este artículo y por lo tanto no tiene derecho a sucederle, al menos conforme a este precepto.

El artículo 196 del Código Civil establece:

Art. 196.- El abandono injustificado por más de seis meses del domicilio conyugal por uno de los cónyuges, hace cesar para él, desde el día del abandono, los efectos de la sociedad conyugal en cuanto le favorezcan; estos no podrán comenzar de nuevo sino por convenio expreso".

Del texto de este artículo encontramos que respecto del patrimonio de la familia constituida conforme a la ley y que ha establecido

como régimen la Sociedad Conyugal, ésta ha previsto que para el caso de - que uno de los cónyuges abandone sin causa justificada su domicilio y como consecuencia lógica la familia por un término determinado (seis meses para este caso), cesarán los beneficios que la misma sociedad conyugal le debiera otorgar, lo que no ocurre para el caso del concubinato, ya que a pesar de que dentro de este también estamos tratando el aspecto patrimonial de esta familia y para este caso su sucesora, no se ha señalado el término necesario para determinar con precisión el plazo que se requiere para que cesen los derechos correspondientes.

Por lo tanto creemos indispensable se señale el momento a partir del que se comenzará a contar el término que será necesario que -- transcurra para que se deje sin efectos los beneficios que se generaron.

Regresamos a nuestra ya muchas veces planteada pregunta: - ¿existe realmente alguna diferencia entre la familia que se ha constituido con un mínimo de formalidades respecto de la que se ha constituido de hecho?

Por lo tanto encontramos que el desequilibrio o diferencia que nuestro artículo 156 fracción IV del Código Civil señala dentro del parentesco por afinidad ilegítima, es solo una de muchas otras fallas, vemos que desgraciadamente apesar de que el concubinato es una forma en la actualidad ya común de constituir la familia se ha descuidado por completo y en esas condiciones creemos necesario hacer una serie de correcciones y además por desgracia dentro de las tesis jurisprudenciales existentes amen de ser muy poco el interés que se ha puesto, pareciera encontrarse que es una situación de mínima importancia.

Asimismo y sólo como resumen a este punto señalaremos que no existe jurisprudencia o tesis jurisprudencial alguna respecto de algu-

na situación en la que los afines ilegítimos pudieran estar impedidos para contraer matrimonio.

C O N C L U S I O N E S .

I.- Dentro de la cultura azteca no era permitido el matrimonio entre la concubina del padre con su hijo. Por lo tanto, hace más de quinientos años, aquí en el territorio nacional no se podía celebrar el matrimonio cuando existía parentesco por afinidad ilegítima en línea recta al menos en el primer grado.

II.- Ya en el año de 1870, el Código Civil establece que el parentesco por afinidad es el que se contrae por el matrimonio o por cópu la ilícita entre el varón y los parientes de la mujer y viceversa; por lo tanto la afinidad se contrae también por el concubinato. A partir de ese año en la legislación mexicana se contempla el parentesco por afinidad ilegítima como impedimento para contraer matrimonio en línea recta y sin limitación alguna.

III.- El legislador de 1928, derivado de la serie de necesidades que se presentaban, y con la intención de que la familia "de hecho", que es la que se constituye mediante el concubinato y hasta ese momento se había quedado al margen de la ley "con la intención de producir mejoras a la situación jurídica de ésta, dentro de su proyecto reconoce que la misma produce algunos efectos jurídicos.

IV.- En 1928 al ser modificado el contenido del actual artículo 294, que daba la pauta para incluir al concubinato como relación de afinidad y por lo tanto como impedimento matrimonial, se exige que para que esto suceda es indispensable el matrimonio, perjudicando de esta manera a la familia que se constituye en concubinato, en especial cesa el

impedimento matrimonial materia de este trabajo.

V.- La legislación civil vigente, al hacer referencia al concubinato siempre nos remite a los artículos 1368 y 1635 del Código Civil, de donde hemos obtenido los elementos del mismo, los que consideramos no son suficientes para satisfacer las necesidades jurídicas que la actualidad demanda, ya que existen situaciones en las que se pudieron haber generado derechos aún sin cumplir con los requisitos enumerados por éstos y los derechos de los concubinos que deberían protegerse quedan -- totalmente al margen de la ley, aún a pesar de no ser esa la intención -- del legislador.

VI.- Los derechos y obligaciones que se debieran producir respecto de los concubinos entre sí, así como los que se producen respecto de sus bienes, deberían de ser tomados en cuenta por la ley e incluirse dentro de la misma y en esas condiciones debe de intervenir ésta dentro de lo posible para proteger a esta familia. en especial tomando como referencia para estos efectos los que ya para el matrimonio se han previsto. Concretamente la ley nos dice que la concubina o concubino que -- satisface ciertos requisitos tiene derecho a recibir alimentos, pero no nos señala el tiempo por el cual conservará ese derecho para el caso de cesar la unión, lo cual si se ha previsto para el matrimonio.

VII.- Otra de las consecuencias que nos genera la inaplicabilidad del artículo 1635 como precepto protector de esos derechos hacia la concubina lo vemos claramente al encontrar que señala indispensable el nacimiento de un hijo (parto) y no la concepción del producto para poder hacer efectivo su crédito alimenticio o su derecho sucesorio según el caso.

VIII.- Vemos es indispensable se señale con precisión el-

término por el cual la pareja que reúne el requisito de tener un hijo deba de haber permanecido unida en concubinato, ya que no existe nada en -- concreto. Asimismo notamos la necesidad de señalar el momento a partir -- del que se comienza a contar el término que será necesario que transcurra para que se deje sin efectos los beneficios que se pudieron haber generado como producto de la unión, en especial cuando no se tuvieron hijos, pero la relación haya perdurado por el término que la ley señale para tal efecto.

IX.- El legislador acepta plenamente el que el concubinato es una forma de constituir la familia, (tal como lo es el matrimonio), -- sin embargo cuando dentro de esta unión no ha habido hijos, exige que ésta haya perdurado por un término mínimo de cinco años para que genere efectos. Refiriéndonos concretamente al impedimento materia de nuestro trabajo, vemos que los efectos que se producen como consecuencia del matrimonio se generan a partir de que se celebra el mismo y por lo tanto el impedimento matrimonial por afinidad se constituirá a partir de ese momento, -- no así el concubinato, por que como ya dijimos necesita transcurrir ese -- estado por más de cinco años.

X.- De acuerdo al contenido de la conclusión anterior en-- contramos que para el caso de reducirse este término señalado por el artículo 1635 del Código Civil, obtendíamos que la unión libre y el concubinato podrían ser sinónimos ya que ambas figuras contarían con los elementos necesarios para producir efectos jurídicos como familias "singulares" que son, ya que la diferencia entre ésta y la unión concubinaría es solo desde el punto de vista jurídico, porque la unión libre no cumple con ese -- multicitado término de cinco años o el haber procreado al menos un hijo.

XI.- Asimismo y como uno de los efectos de la unión concu-

binaria lo es la fidelidad que los concubinos se deben entre si, pero dentro del contenido del artículo 1635 se entiende que la ley concibe la unión concubinaria aún existiendo relaciones sexuales diversas, con lo que no estamos de acuerdo.

El sentido positivo que vemos dentro del mismo artículo es que para tal irregularidad sexual no se generará el derecho sucesorio.

XII.- Después de haber analizado los elementos constitutivos del concubinato y en comparación con el matrimonio, vemos que la diferencia primordial que existe entre uno y otro es que dentro del concubinato no se cumplió con las formalidades establecidas por la ley, ya que dentro de las dos figuras se constituye una familia que de hecho no tiene diferencia alguna.

En esas condiciones y derivado de la idiosincracia de la sociedad mexicana actual consideramos necesario se constituya el impedimento matrimonial que por afinidad ilegítima en línea recta sin limitación de grado se genera tal como lo es en el matrimonio en virtud de que la diferencia es una mera formalidad que no altera o justifica la diferencia que solo para la ley existe, porque consideramos que la sociedad mexicana aún el día de hoy no concibe una relación de ese tipo.

Creemos la ley no debe poner como determinante la formalidad de un matrimonio, sino la realidad de una familia, y por lo tanto debe colocar en una situación igual a los efectos que se producen dentro de la familia "de hecho y de derecho",

XIII.- Consideramos generaría mayor justicia el que dentro de nuestra legislación civil vigente se utilizara el concepto que para definir el concubinato proponemos: Unión de dos personas en la que existe -

cohabitación, permanencia, moralidad, publicidad, sin formalidad legal alguna y que no tienen impedimento legal para contraer matrimonio, sin celebrarse por propia voluntad de la pareja.

XIV.- Encontramos necesario el que la ley haga referencia al parentesco por afinidad ilegítima, el que es el que se constituye en las mismas condiciones que la afinidad, pero dentro de la relación que le dió origen no hay formalidad legal.

Pensamos que al igual que los afines están impedidos para el matrimonio deberían estarlo los afines ilegítimos, consideramos que al intentarse la nulidad derivada del impedimento en juicio, esta debería -- proceder, pero especialmente se debe legislar al respecto y tomar en cuenta a la relación de parentesco de afinidad ilegítima nuevamente como impedimento para contraer matrimonio.

Es necesario equiparar al concubinato con el matrimonio, - en especial respecto de todos los efectos que para este ya se han señalado, no como una manera de incrementar este tipo de uniones, sino como una manera de tutelar los derechos de la familia que es la célula de la sociedad.

B I B L I O G R A F I A G E N E R A L

- 1.- Aldana Aldana, Baldemar
El Matrimonio de Hecho
Tesis para obtener el título de Licenciado en Derecho,
UNAM, ENEP-ARAGON, 1982,
132 p.p.

- 2.- Bonnacase, Julián
Elementos de Derecho Civil
Trad. de Lic. José M. Cájica Jr.
Tomo I
Puebla, Editorial Cájica, 1946
792 p.p.

- 3.- Barrera Barranco, Reyna
Naturaleza Jurídica del Concubinato
Tesis para obtener el título de Licenciado en Derecho,
UNAM, ENEP-ARAGON, 1986,
146 p.p.

- 4.- Chávez Asencio Manuel F.
La Familia en el Derecho
México, Editorial Porrúa, 1984
478 p.p.

- 5.- Escriche, Joaquín
Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia
Ensenada, Baja California, Editorial Norbajacaliforniana, 1974,
562 p.p.

- 6.- Enciclopedia Salvat Diccionario
Tomo II
México, Salvat Editores de México, S.A., 1977.
584 p.p.

- 7.- González Blanco, Alberto
Delitos Sexuales
4a. Edición.
México, Editorial Porrúa, 1979
234 p.p.

- 8.- Gutierrez y González, Ernesto
Derecho de las Obligaciones
Puebla, Editorial Cájica, 1974
946 p.p.

- 9.- Kohler, José
El Derecho de los Aztecas
en Revista de Derecho
México, editada por la ANNMC, 1959
48 p.p.

- 10.- Magallón Ibarra, José Mario
El matrimonio
México, Tipográfica Editora Mexicana, 1965
269 p.p.
- 11.- Montero Duhalt, Sara
Derecho de Familia
México, Editorial Porrúa, 1984.
411 p.p.
- 12.- Morales Mendoza, Héctor Benito
El concubinato
en Revista de la Facultad de Derecho
Tomo XXXI, Enero-Abril, Num. 118, 1981
56 p.p.
- 13.- Moreno Alvarez, Alberto
Ciencias Sociales 2
México, Talleres de Corporación Litomex S.A., 1987.
448 p.p.
- 14.- Osorio, Angel
Matrimonio, Divorcio y Concubinato
La Habana, Editorial Lex, 1944
390 p.p.
- 15.- Pio, Cipriotti
Concubinato
en Enciclopedia del Diritto Guiffre
Tomo VIII
Milano, Italia, 1961,
862 p.p.

- 16.- Planiol Marcel y Georges Ripert
Tratado Práctico de Derecho Civil Francés
Tomo II
México, Editorial Porrúa, 1981
720 p.p.
- 17.- Rojina Villegas, Rafael
Derecho Civil Mexicano
Derecho de Familia
6a. Edición
México, Editorial Porrúa, 1983
792 p.p.
- 18.- Sagaón Infante, Raquel
Memoria del II Congreso de Historia del Derecho Mexicano
Coordinado por José Luis Soberanes Fernandez
Instituto de Investigaciones Jurídica U.N.A.M.
México, Talleres Alfe, 1981
982 p.p.
- 20.- Zannoni, Eduardo
El Concubinato
Buenos Aires, Editorial Depalma, 1970.
227 p.p.

LEGISLACION CONSULTADA

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
81a. Edición.

México, Editorial Porrúa, 1987,
126 p.p.

Código Penal para el Distrito Federal
34a. Edición.

México, Editorial Porrúa, 1987,
196 p.p.

Nuevo Código Civil para el Distrito Federal y toda la-
República en Materia Federal

14a. Edición.

México, Ediciones Andrade, 1976,
888 p.p.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Fede-
ral

31a. Edición.

México, Editorial Porrúa, 1987,
236 p.p.

JURISPRUDENCIA CONSULTADA

Jurisprudencia Mexicana 1917-1971,
Prol. Reginald. Cardenas
México, Cárdenas Editores, 1971
2371 p.p.

Esta tesis fué elaborada en su
totalidad en los Talleres de -
Impresos Moya, Rep. de Cuba -
No 99, Despacho 23 bis.
México 1, D.F. Tel. 657-24-74
Presupuestos 9 P.M. a 11 P.M.
Sr. Salvador Moya Franco