

308909

14

UNIVERSIDAD PANAMERICANA
INCORPORADA A LA U.N.A.M.
FACULTAD DE DERECHO



EL CONCUBINATO EN LA LEGISLACION MEXICANA

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
JOSE MANUEL GOMEZ DEL CAMPO GURZA
DIRIGIDA POR EL LICENCIADO
FAUSTO RICO ALVAREZ
MEXICO, D.F. 1993.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

I N D I C E

Introducción

CAPITULO I

Derecho Público y Derecho Privado	2
a) Concepto de Derecho de Familia.	18
b) El derecho de Familia, Derecho Público, Privado o Social.	18

CAPITULO II

Antecedentes Históricos	20
a) Babilonia.	21
b) Asiria.	22
c) Persia.	23
d) China.	23
e) Egipto.	24
f) India.	25
g) Grecia.	26
h) Roma.	28
i) Israel.	28
j) Alemania.	31
k) Cristianismo.	32
l) Edad Media.	32
m) Inglaterra.	33
n) España.	34
ñ) Francia.	35
o) México.	38
a) Epoca Pre-Hispánica.	38
b) Epoca Colonial.	41
c) México Independiente.	43

CAPITULO III

Derecho Comparado	56
a) Legislación Cubana.	56
b) Código Civil de Tamaulipas.	56
c) Legislación de Guatemala.	57

d) Legislación Paraguaya.	58
e) Legislación Panameña.	59
f) Legislación Soviética.	60
g) Corriente Actual.	61

CAPITULO IV

El Concubinato	63
a) Generalidades.	63
b) Definición.	67
a) Definición del Concubinato en Sentido Amplio.	73
b) Clasificación de la Noción de Concubinato y Definición en el Sentido Propio.	77
c) El Matrimonio y los esponsales.	73
d) Naturaleza Jurídica del Matrimonio.	77
e) Matrimonio y Concubinato.	79
f) Efectos Jurídicos del Concubinato.	82
a) Parentesco.	88
b) Efectos Respecto a los Hijos.	107
Conclusiones.	118
Bibliografía	121

INTRODUCCION

INTRODUCCION

En este trabajo que pretende dar un panorama de lo que es el concubinato, como una realidad que existe y que no por estar fuera de la ley se puede ignorar puesto que en nuestra América Latina dentro de la cual se incluye México, el concubinato es un problema social el cual no se puede ignorar y por lo tanto el derecho tiene que regularlo, aunque esto pudiera parecer absurdo puesto que la única unión reconocida por el Derecho para que un hombre y una mujer se unan legítimamente para desarrollarse es el matrimonio.

El concubinato es un problema que tiene varios siglos, no es algo nuevo, pero conforme ha ido avanzando el tiempo, el Derecho lo ha tenido que tomar en cuenta como lo que es una realidad, y aunque no lo reconozca como válido puesto que es algo que va en contra del Derecho mismo, le ha tenido que reconocer al concubinato ciertos efectos jurídicos.

Este es un tema muy polémico puesto que independientemente de que es un problema jurídico, es un problema moral y el Derecho lo tiene que estudiar en su conjunto para poder llegar a buscar una solución al problema.

En este trabajo se buscará hacer un análisis del concubinato a la luz de la historia y de la legislación para poder dar una opinión respecto si el concubinato debe ser o

no regulado por el derecho o si solamente se deberán reconocer algunos efectos.

Comenzaremos por dar una introducción de lo que es el derecho público y el derecho privado para poder enmarcar el derecho de familia en alguno de los dos y de ahí tener el punto de partida para poder analizar nuestro tema.

Posteriormente tendremos un panorama histórico de la evolución de la familia desde la antigüedad hasta el México Independiente.

En el tercer capítulo tendremos un análisis de derecho comparado para tener un panorama más general de como se regula el concubinato en otras legislaciones.

En el cuarto y último capítulo daremos un panorama general de lo que es el concubinato, posteriormente analizaremos el matrimonio y su naturaleza jurídica, para posteriormente hacer una comparación entre el matrimonio y el concubinato para terminar con los efectos jurídicos del concubinato.

CAPITULO I

DERECHO PUBLICO Y DERECHO PRIVADO

DERECHO PUBLICO Y DERECHO PRIVADO

La palabra "derecho" connota la idea de rectitud.

Se relaciona en nuestra mente, con lo que se ajusta a una regla establecida y a la vez, parece también referirse a aquello que se mueve directamente hacia un punto determinado.

Si por otra parte atendemos a la etimología de palabra, el vocablo "derecho" toma su origen de la voz latina directum o la palabra regere, expresa la idea de algo que es dirigido y que por lo tanto esta sometido a una fuerza rectora, a un mandato. La voz latina jus, con la que se designa en Roma el concepto de derecho, no es sino una contracción de jussum, participio del verbo jubere que significa mandar.

Parece claro que la palabra "mandar" evoca en nuestra mente la representación de alguien que ordena, frente a otro u otros sujetos que estan sometidos al mandato y que por lo tanto, obedecen.

Esta breve reflexión acerca de la morfología y de la raíz de la palabra derecho es sólo un primer paso que nos acerca al objeto del presente estudio.

Denota: a) el conjunto de reglas o preceptos de conducta de observancia obligatoria que el Estado impone a

sus súbditos b) se refiere también a la disciplina científica que tiene por objeto el conocimiento y la aplicación de esas reglas de conducta, ciencia a la cual los romanos llamarán jurisprudencia; c) alude, en fin, al conjunto de facultades que el individuo tiene y que le permiten hacer o dejar de hacer algo frente a los demás y frente al Estado mismo. Se habla entonces de mi derecho de propiedad, mi derecho de libertad, etc.

Desde otro punto de vista, con la palabra derecho se designa a veces, lo que es justo y equitativo. Empleando ésta última acepción se alude a un derecho ideal, cuya fuerza de obligar es independiente de la ley positiva. Es el patrón de justicia para juzgar el valor intrínseco de un precepto o conjunto de preceptos legales y concretos.

Frente a esta multiplicidad de conceptos que abarca el término derecho, fácilmente se comprenderán las graves dificultades con que se tropieza para encontrar una definición que los comprenda a todos.

La pretensión de definir el derecho, constituye uno de los problemas más espinosos de la Filosofía Jurídica; es, sin embargo, una exigencia de método, pues ha de ser definido previamente, aunque en rigor, debiera ser el coronamiento de un estudio completo de la ciencia y de la Filosofía del Derecho, después de abarcar y conocer todas sus ramas.

Es necesario, sin embargo, ofrecer una noción sintética del Derecho que sirva de punto inicial, junto con otros conceptos fundamentales, para el estudio de esa rama del conocimiento.

Dentro del mundo de definiciones existentes que podríamos dar para efectos del presente estudio, son las que dan el maestro Rafael Rojina Villegas y el Doctor Miguel Acosta Romero respectivamente:

"El Derecho puede definirse como un conjunto de normas bilaterales, externas, generalmente heterónomas y coercibles, que tienen por objeto regular la conducta humana en su interferencia intersubjetiva"^{1/}

El Dr. Miguel Acosta Romero en su libro de Derecho Administrativo manifiesta lo siguiente:

"..... El Derecho es un sistema normativo con profundo contenido consuetudinario, espiritual y ético y que sirve de instrumento a una determinada sociedad humana para encauzar y regular la interferencia intersubjetiva de sus componentes, así como las relaciones con otras sociedades humanas, en busca de la realización de los fines comunes y en vista de valores que le son correlativos como la justicia, la libertad, la seguridad y la justicia social".^{2/}

1/ Rojina Villegas Rafael., "COMPENDIO DE DERECHO CIVIL"... Décima Octava Edición., Tomo I., Editorial Porrúa. S.A., México., 1982., página 7.

2/ Acosta Romero Miguel., "TEORIA GENERAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO".. Quinta Edición., Editorial Porrúa S.A., México., 1983., Página 6.

Las normas jurídicas nacen dentro del grupo social, en la cual tiene lugar la vida de relación de los miembros de ese grupo.

Cuando se habla del Derecho como producto social, se ha de entender el concepto de los siguientes sentidos: aparte de que el derecho sólo es concebible dentro de un grupo o agregado humano, este agrupamiento requiere una organización en cierto grado elaborada, que permite a los miembros del grupo y al grupo mismo, la cohesión y solidaridad necesarias para su subsistencia y desarrollo.

Por nacer el derecho del grupo social y porque la vida del grupo social requiere de la existencia de normas jurídicas, el derecho lejos de estar desvinculado de la realidad de los datos que surgen de la convivencia efectiva del grupo, de la cual el derecho es una de sus más claras manifestaciones.

Es importante señalar que el Derecho considerado como ciencia o como conjunto de normas que lo constituyen, y también desde el punto de vista de la relación jurídica que nace entre el sujeto obligado y el sujeto pretensor, es un todo unitario. Todas sus ramas se encuentran coordinadas entre sí. Las normas de derecho, las relaciones jurídicas y la conducta humana, en tanto que ésta es objeto de la regulación jurídica, tienen una naturaleza común, que hace posible desde el punto de vista científico, el conocimiento

y la organización de un todo coordinado y armónico, que se presenta como unidad.

El concepto o la noción del Derecho, tiene en manera uniforme los mismos caracteres bilateralidad, heteronomía, coercibilidad y abstracción; desde el punto de vista objetivo, el derecho positivo está constituido por un conjunto de normas que forman parte de un sistema coherente armónicamente dispuesto en forma tal, que entre cada una de las normas que lo constituyen no puede admitirse teóricamente oposición, que significaría la negación misma del principio lógico de contradicción: lo jurídicamente permitido excluye lo jurídicamente prohibido; desde el otro punto de vista, es decir, en consideración a la conducta establecida por el derecho objetivo, la relación jurídica siempre se dará entre dos o más sujetos, de los cuales, uno o más podrían exigir como acreedores de otro o de otros como deudores, una determinada prestación.

La división del derecho en diversas ramas, se explica y se justifica solamente desde dos puntos de vista:

- a) Porque la mente humana para alcanzar un conocimiento claro y distinto del objeto, debe proceder por etapas, aprendiendo diversas porciones de este objeto, y
- b) Porque en lo que atañe al derecho; considerando desde el punto de vista positivo, el estudio del mismo ha de ser dividido por ramas o secciones, en cuanto a que

cada una de esas ramas o secciones, no obstante la unidad misma del concepto de lo jurídico, presentan diversas estructuras.

Sólo en este sentido y sin perder de vista la unidad a que me he referido, desde el Derecho romano se considera el estudio del Derecho, desde diferentes posiciones o puntos de vista.

Dentro de los principales criterios de clasificación de las normas jurídicas encontramos aquellas que lo ordenan desde el punto de vista de su ámbito material de validez, clasificación que tiene su fundamento en la división del derecho objetivo en una serie de ramas. Desde este punto de vista, los preceptos jurídicos se agrupan en reglas de Derecho Público y de Derecho Privado, y recientemente Derecho Social.

En Derecho Público comprende: a) el Derecho Político, que se refiere a la estructura del Estado, b) el Derecho Administrativo que atañe al funcionamiento de los poderes públicos en sus distintas dependencias y organismos, c) el Derecho Penal que tiende a reprimir la conducta ilícita que implícitamente prohibida es castigada con las sanciones que establece de manera expresa el Código Penal, ch) el Derecho Procesal está constituido por aquel grupo de normas jurídicas que se refieren a la organización del Poder Judicial y al ejercicio de la función jurisdiccional.

En el Derecho positivo mexicano formaban parte del Derecho Público, por razones histórico políticas, y actualmente del Derecho Social, d) el Derecho Agrario que establece y organiza la distribución de la tierra entre los campesinos, e) el Derecho Laboral que norma las relaciones jurídicas obrero patronales.

El Derecho privado está constituido por la legislación civil y mercantil y en general, por el conjunto de normas que regulan las relaciones de los particulares entre sí o las relaciones entre éstos y el Estado, cuando éste último no ejerce en la relación de que se trata, funciones propias del poder público actuando en el ejercicio de la soberanía.

Presenta serias dificultades el precisar los conceptos de Derecho Público, Derecho Privado y Derecho Social entre otras causas, porque tanto en las leyes como en la vida jurídica, se coordinan y entrecruzan sus respectivas normas y órbitas, pero a pesar de ésto, la mayoría de los juristas y tratadistas, siempre han tratado de dar una solución al problema, y es por eso que encontramos en todos los países, idiomas y escuelas las diversas corrientes y los diferentes conceptos acerca de ésto.

Por ello, no se ha podido obtener un consenso general, que sea universalmente aceptado.

García Pelayo afirma que en 1904 Holliger había contado ya 17 teorías sobre la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado.

Hecha la anterior manifestación precisemos el concepto y distinción de Derecho Público y Derecho Privado.

Es una distinción de las más discutidas y difíciles de fundamentar jurídicamente; "... es la tradicional y nos viene desde el Derecho romano, sin embargo, el criterio de diferenciación no se ha considerado suficientemente fundado....".^{3/}

Pero los juristas han ensayado constantemente nuevos criterios para formular esa división de las normas Jurídicas.

Efectivamente, se debe a los romanos haber formulado la distinción de Jus publicum y Jus privatum, mediante las conclusiones de Ulpiano, que posteriormente pasa al derecho continental Europeo. En un principio la distinción romana fue muy vaga, en virtud de que se fundó en simples diferencias procesales, pero posteriormente llegó a alcanzar un significado muy semejante al que se le atribuye en la actualidad. Se le conoce a esto como la doctrina clásica y se encuentra sintetizada en la conocida frase del citado jurisconsulto Ulpiano:

"Publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat; Privatum quod ad singulorum utilitatem."^{4/}

3/ Rojina Villegas Rafael.. opus cit.. página 19.

4/ Petit Eugene.. "TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO ROMANO".. Editorial Porrúa. S.A.. México. 1990.. página 21.

A esta concepción se le conoce con el nombre de "Teoría del Interés en Juego", es decir que las normas del Derecho Público, son aquellas que corresponden a intereses son públicos y cuales son privados.

Las teorías que tratan de explicar la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado, pueden clasificarse en tres grandes grupos:

- a).- Aquellos que toman como fundamento de la distinción, el interés predominante: cuando protege al interés general, son normas de Derecho Público, en tanto que las que tienden a garantizar el interés particular, serán de Derecho Privado.
- b).- Las teorías que miran al contenido de la norma: serán Derecho Público aquellas normas que organizan y establecen la jerarquía de los órganos y las funciones del Estado, al paso que las normas de Derecho Privado organizan y regulan aquella parte de la vida en sociedad que el Estado no ha incorporado a su estructura.
- c).- Las teorías que toman en cuenta la situación de los sujetos de la relación jurídica: si las partes en la relación se encuentran en pie de igualdad una frente a la otra y la norma trata de coordinar sus derechos y

sus obligaciones, se trata de precepto de Derecho Privado; en tanto que si una de ellas se encuentra subordinada a la otra, que ejerce en dicha relación de derecho de imperio, las relaciones son de Derecho Público.

García Maynez señala:

"La doctrina más generalmente aceptada consiste en sostener que el criterio diferencial entre los derechos privado y público no debe buscarse en la índole de los intereses protegidos, sino en la naturaleza de las relaciones que las normas de aquellos establece. Una relación es de coordinación cuando los sujetos que en ella figuran encuentran colocados en un plano de igualdad, como ocurre, verbigracia, si dos particulares celebran un contrato de mutuo o de compraventa. Los preceptos del derecho dan origen a relaciones de subordinación, cuando, por el contrario, las personas a quienes se aplican no están consideradas como jurídicamente iguales, es decir, cuando en la relación intervienen el Estado, en su carácter de entidad soberana, y un particular. Las relaciones de coordinación o igualdad no sólo pueden existir entre particulares, sino entre dos órganos del Estado, o entre un particular y el estado, cuando el último no interviene en su carácter de poder soberano. La relación es de Derecho Privado, si los sujetos de la misma encuentran colocados por la norma en un plano de igualdad y ninguno de ellos interviene como entidad soberana. Es de Derecho Público, si se establece entre un particular y el Estado (cuando hay subordinación del primero al segundo) o si los sujetos de la misma son dos órganos del poder público o dos Estados soberanos".^{5/}

5/ García Maynez Eduardo.. "INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO".. Trigésima primera edición, Editorial Porrúa, S.A., México., 1980., página 134.

Es necesario mencionar que frente a las teorías que aceptan la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado, otras la niegan categóricamente.

Las relaciones del Derecho Privado, son de simple coordinación entre sujetos de igual categoría, los sujetos que en ella participan se encuentran colocados en un plano de igualdad, ya sea entre particular y particular, o bien entre particular y el Estado, cuando éste actúa sin el carácter de poder soberano.

Las relaciones del Derecho Público, son de supraordinación y de subordinación respectivamente, entre sujetos de distinta categoría, por ser uno superior y el otro inferior; es decir cuando en la relación interviene el estado, en su carácter de entidad soberana.

"Las relaciones es de Derecho Privado, si los sujetos de la misma encuentranse colocados por la norma en un plano de igualdad y ninguno de ellos interviene como entidad soberana. Es de Derecho Público, si se establece entre un particular y el Estado (cuando hay una subordinación del primero al segundo) o si los sujetos de la misma son órganos del poder público o dos Estados soberanos".^{6/}

En relación a esta distinción entre Derecho Público y Derecho Privado, algunos autores extranjeros señalan lo siguiente:

6/ García Maynez Eduardo, opus cit. página.

"... El Derecho no puede ser estudiado continuamente, ésto es, sin intermisión, porque: a) es una ordenación de distintos preceptos que responden diferentes razones de existencia y b) tanto la naturaleza del Derecho que ejerce el individuo como la finalidad que persigue no son siempre iguales.... El sostenido según el cual el Derecho Público y el Derecho Privado no son más que aspectos reales y opuestos de todo derecho en juego, está justificado con la afirmación de que el Derecho Privado es el derecho propio de la personalidad sustantiva e independiente de cada ser con relación a los fines de su vida y el Derecho Público es el derecho inherente al Estado, al cual están subordinadas las personas entre sí respecto de lo común de que son parte.... De la índole de las normas propias de cada uno de estos derechos se coligen una formal distinción:... en efecto, el Derecho Público trasunta una contención de normas que, en primer término, obligan a todos los individuos y entidades de un Estado, y, en segundo lugar, a los individuos directamente afectados por esas entidades; mientras que el Derecho Privado refleja el haber de normas que obligan a los principalmente interesados en su cumplimiento".

José Castán Tobeñas, en su obra "Derecho Civil Español, Común y Floral", opina sobre las líneas divisorias entre el Derecho Público y el Derecho Privado:

"... a) Por la naturaleza del fin o interés protegido.... El Derecho Público protege los intereses generales, mientras que el Derecho Privado, tutela los intereses particulares. Pero este criterio tiene grandes inconvenientes entre el interés público y el particular no existe la contraposición que se supone; como el interés general no es

7/ Neri Argentina I.. "TRATADO TEORICO Y PRACTICO DE DERECHO NOTARIAL".. Volumen 1.. (Parte General).. Ediciones Depalma.. Buenos Aires Argentina.. 1969.. página 140.

más que la suma de los intereses individuales, no hay oposición, sino armonía entre ellos, lo que protege el interés general, protege los intereses particulares y viceversa.... Aún así, es sumamente imprecisa la diferenciación y no tiene más que un valor relativo, porque dice Ferrara, el fin del derecho es siempre la persecución del interés general, y las mismas ramas del Derecho Privado son establecidas para el bien de la sociedad..... b) Por la

patrimonialidad o no del interés definido. Se ha pretendido algunas veces identificar el Derecho Privado con el Derecho Patrimonial, que tutela intereses económicos, considerando como Derecho Público el que regula los demás intereses, de un orden más elevado. Pero el criterio es erróneo, porque hay normas del Derecho Público que tienen objeto patrimonial (impuestos....) y relaciones de Derecho Privado que tienen carácter exclusivamente personal (derecho de familia)..... c) Por la

forma de protección. Según Thon, lo característico del Derecho Privado, es que su defensa ha de ser impartida por el titular lesionado (acción privada). mientras que lo peculiar del Derecho Público es que se restablece de oficio, es decir, por virtud de una acción que los órganos del Estado, tienen no sólo el derecho sino el deber de promover en caso de violación (acción pública); no es esta doctrina más admisible que las anteriores, pues, aparte de que la forma de acción es la consecuencia y no la causa de la naturaleza de la norma, la contraposición hecha no siempre es verdadera. Hay normas de Derecho Privado cuyo imperio puede, a veces, ser restablecido de oficio, y, a la inversa, normas que se consideran de Derecho Público (como las relativas a los llamados delitos privados), cuya actuación o restauración precisa instancia de parte interesada".^{8/}

8/ Castán Tobeñas, José., "DERECHO CIVIL, ESPAÑOL, COMÚN Y FORAL". Tomo primero. Volumen Primero., Introducción y Parte General.. Undécima Edición., Reus, S.A., Madrid. 1978. Páginas 99. 100 y 101.

Para el tratadista francés, Marcel Planiol, la división del Derecho Público y del Derecho Privado, es:

"Una distinción capital y muy usual; pero cuya razón de ser no siempre se advierte con claridad. El Derecho Público reglamenta los actos de las personas que obran en interés general, en virtud de una delegación directa y mediata del soberano; el Derecho Privado reglamenta los actos que los particulares realizan en su propio nombre y por sus intereses individuales".^{9/}

Pero es importante ver que piensan al respecto nuestros tratadistas. Tenemos al maestro Eduardo García Maynez, quien señala al respecto lo siguiente:

"... Creemos que ninguna de las teorías elaboradas para distinguir el Derecho Privado y el Público y de las cuales únicamente hemos expuesto las más conocida, resuelve satisfactoriamente el punto. En última instancia, todas ellas hacen depender de la voluntad estatal la determinación del carácter de cada norma o conjunto de normas. Si se acepta que el criterio válido es el del interés en juego, la división se deja al arbitrio del legislador o de el juez, según los casos; si, en cambio, se admite la otra teoría, reconocese implícitamente que la determinación de la índole, privada o pública, de un precepto de derecho, depende también de la autoridad del Estado. Pero entonces hay que aceptar que la distinción carece de fundamento, desde el punto de vista teórico y sólo posee importancia práctica, primordialmente política....".^{10/}

9/ Planiol Marcel., Ripert George., "TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL". Tomo I., Traducción por el Lic. Jose M. Cajica Jr., Cárdenas, Editor y Distribuidor., México., 1981., Página 28.

10/ García Maynez Eduardo, opus cit., página 135.

Para el Doctor Miguel Acosta Romero el Derecho Público

es:

"..... El conjunto de normas que regulan la estructura, organización y funcionamiento del Estado y su actividad encaminada al cumplimiento de sus fines, cuando intervenga en relaciones con los particulares, con el carácter de autoridad.... El Derecho Privado será el conjunto de normas que regulan las relaciones entre los particulares entre sí y aquellas en las que el estado intervenga y en las que no haga uso de su carácter de autoridad, sin que por ello pierda su carácter de ente público.....".^{11/}

En fin se podrian señalar todas las definiciones de todos los tratadistas, pues cada una de ellas encierra en general lo mismo pero, también en esencia cada una de ellas tiene un enfoque y una idea diferente.

La determinación de la índole, privada o pública, de un precepto, así como la inclusión del mismo en alguna de las ramas que hemos mencionado, no sólo posee interés teórico, sino enorme importancia práctica. Para demostrarlo, citaremos por vía de ejemplo algunas disposiciones del Derecho Civil en vigor para el Distrito Federal.

"Artículo 6o. La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la Ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero.

Artículo 8o. Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de

^{11/} Acosta Romero Miguel, opus cit., página 14.

interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario."^{12/}

Finalmente no se debe olvidar, como ya lo he señalado, que a pesar de las diferencias clasificaciones que se hacen del derecho en general éste sigue siendo uno, es decir, unitario, que regula la interferencia intersubjetiva de los componentes de una sociedad humana organizada como Estado, percibiéndolo bajo la perspectiva de su unidad y sólo desde el punto de vista teórico, se estudian las diferentes ramas del Derecho, teniendo una utilidad práctica muy escasa, pues resulta que todas las relaciones humanas no son iguales y las necesidades que el derecho satisface tampoco lo son.

a) Concepto de Derecho de Familia.

Es el conjunto de normas jurídicas de Derecho Privado y de interés público que regulan la constitución, la organización y la disolución de las relaciones familiares, consideradas las mismas como de interés público.

b) El derecho de Familia, Derecho Público, Privado o Social.

Al Derecho de Familia tradicionalmente se le ha ubicado en el derecho civil o sea en el Derecho Privado.

En la explicación anterior respecto al Derecho Público y Derecho Privado, este resulta de la posición que tiene el

^{12/} Código Civil para el Distrito Federal en materia Común y para toda la república en Materia Federal.. Octava Edición.. Miguel Angel Porrúa.

individuo frente al estado, en el Derecho Público cuando hay una posición de dependencia y el Estado ejercita su dominio y en el Derecho Privado en el cual lo preponderante es la libertad de los intereses particulares.

En el Derecho de Familia no se puede hablar de que predomina el interés del individuo, por que las normas que regulan este derecho son de carácter imperativo o prohibitivo, no se deja al juego de la libre voluntad del individuo las principales relaciones que se derivan de este derecho.

Las normas del Derecho de Familia se podrían decir que se asemejan más al Derecho Público que al Derecho Privado, pero no significa que el Derecho de Familia sea de Derecho Público puesto que este regula la organización funcionamiento del Estado y de los organismos públicos.

Analizando esto el Derecho de Familia no sería ni Derecho Público, ni Derecho Privado, se podría pensar en una tercera rama del derecho el llamado Derecho Social se refiere a individuos en cuanto a integrantes de grupos sociales o de sectores de la sociedad bien determinados, lógicamente la familia no pertenece a un grupo especial de individuos.

Se podría hablar que el Derecho de Familia podría ser autónomo dado que reúne las pautas que determinan si a una rama del derecho se le puede declarar autónoma.

La maestra Sara Montero Duhalt nos da ciertos criterios para determinar si una rama del derecho puede ser autónoma:

"Ciertos criterios de autonomía han sido ya elaborados por varios autores, de los cuales cabe destacar al argentino Guillermo Cabanelas que ocupandose del derecho laboral, en el tema relativo o si el mismo puede declararse rama autónoma de derecho, señala las siguientes pautas que pueden determinarla. Estos criterios son los siguientes: a) Legislativo (sustantivo y procesal), b) Científico, c) Didáctico, d) Jurisdiccional."^{13/}

Atendiendo a estos criterios como el legislativo, el Derecho de Familia tiene la suficiente regulación para poder hacer un código de derecho familiar dondole así su independencia legislativa.

En cuanto al criterio científico hay una basta investigación en cuanto a los problemas que engloba el Derecho de Familia, hay gran cantidad de obras de Juristas muy conotados en las cuales se nos habla únicamente del Derecho de Familia.

En cuanto al criterio jurisdiccional, ya existen desde hace mucho tiempo juzgados y tribunales especializados en problemas del Derecho de Familia.

Vistos estos cuatro criterios se podría concluir que el Derecho de Familia podría tener su total autonomía.

13/ Sara Montero Duhalt DERECHO DE FAMILIA.. Editorial Porrúa. 1987. p.p. 28.

CAPITULO II

ANTECEDENTES HISTORICOS

ANTECEDENTES HISTORICOS

a) Babilonia - b) Siria - c) Persia - d) China - e) Egipto
f) India - g) Grecia - h) Roma - i) Israel - j) Alemania
k) Cristianismo - l) Edad Media - m) Inglaterra - n) España
ñ) Francia - o) México.

En el presente tema daremos un panorama de lo que han sido las relaciones hombre-mujer a través de la historia.

Podremos apreciar diversas costumbres de los diferentes pueblos hasta que aparece la institución del matrimonio.

Al efecto y siguiendo el orden propuesto por el maestro Chávez Ascencio, analizaremos los aspectos generales de los pueblos, y sus características más relevantes que nos sirvan para el desarrollo de este estudio, las culturas que analizaremos serán las más representativas de sus respectivas épocas entre las que encontramos a Babilonia, Asiria, Persia, China, Egipto, India, Grecia, Roma, Israel, Alemania, El Cristianismo, La Edad Media, Inglaterra, España, Francia, para terminar con México en sus épocas pre-hispánica, colonial y el México Independiente.

a) Babilonia.

Entre los babilonios encontramos, como una primera manifestación, la aceptación de la unión libre entre hombre y mujer, sin existir un lazo que los uniera permanentemente.

Se reconoció asimismo el matrimonio, el cual se celebró mediante arreglos entre las familias de los contrayentes, por lo cual no existió un libre acuerdo de voluntades al respecto, llegándose inclusive a la venta de la mujer al hombre que mejor pagara por ella. La mujer estuvo sujeta a la patria potestad ilimitada del hombre.

En el matrimonio predominó la monogamia y la fidelidad. El adulterio fue rechazado por la sociedad e inclusive estuvo penado con la muerte.

Se reconoció el divorcio, cuyas causales estuvieron bien determinadas en sus leyes y entre las que se encontraban la esterilidad, el adulterio, la incompatibilidad de humor y la torpeza o negligencia en la administración del hogar.

b). Asiria.

El pueblo Asirio fue un país guerrero por excelencia y, por lo tanto, carente de población, dadas las constantes luchas en las que intervinieron. Es por eso que se explica la razón del porqué hubo una motivación y apoyo a las familias para fomentar la procreación, por lo cual el aborto estuvo terminantemente prohibido.

Aparece por vez primera el matrimonio como un contrato asemejándolo al de compraventa.

La familia estuvo sujeta a un régimen patriarcal donde la mujer fue colocada por debajo del hombre, y su labor se concretó primordialmente a la procreación de la prole.

Esta cultura aceptó por razones obvias, el concubinato mismo que estuvo encaminado también a la contribución del crecimiento de la población.

c) Persia.

Persia se caracterizó por ser un pueblo bólico, y por lo tanto, necesitado de población.

El incesto estuvo penado y el aborto fue considerado como un delito cuya sanción consistió en la pena de muerte. los adulterios estuvieron penados, asimismo, con la muerte, pero dicho delito admitió el perdón del esposo ofendido.

La mujer estuvo colocada en un plano inferior respecto al hombre.

La regulación de lo anterior se encontró plasmado en su libro sagrado y trascendente: El Zend-Avesta.

d) China.

Es en esta cultura donde encontramos una gran aceptación del concubinato.

La familia se encontró regida bajo un sistema patriarcal, donde la poligamia fue aceptada entre los

miembros de la clase alta, con la salvedad de que una mujer era considerada como la esposa legítima.

El concubinato fue considerado como una simple relación extra-matrimonial, sin ser necesario algún otro elemento para su existencia.

Los hijos habidos con la concubina fueron considerados como procreados por la esposa legítima, y por lo tanto hubo igualdad en cuanto a los derechos existentes entre los hijos naturales e hijos legítimos.

El matrimonio operó como un acto religioso y su celebración estuvo sujeta al previo arreglo de los padres de los contrayentes (carencia de autonomía de voluntades).

La mujer fue considerada inferior al hombre desde su nacimiento e inclusive debía respeto y obediencia a su marido.

Se aceptó el divorcio y se penó el adulterio.

e) Egipto.

Es entre los egipcios donde el matrimonio se consideró como la base de la sociedad, aspecto que se mantiene vigente en las sociedades actuales; fue monógamo por excelencia aunque la poligamia se toleró.

Hubo en general igualdad de derechos en las relaciones hombre-mujer, siendo la única diferencia importante a saber la relacionada a la propiedad conyugal donde al hombre le perteneció un 75 por ciento del caudal conyugal y a la mujer el 25 por ciento restante.

f) India.

Los hindúes fueron los primeros en considerar al hombre y a la mujer como una sola persona, argumentando que: "El hombre completo es aquél compuesto por el hombre mismo, su mujer y su hijo".

La familia fue considerada como la unidad básica social teniendo como principales características, la monogamia y el predominio del patriarcado.

El matrimonio estuvo regulado de manera muy especial atendiendo siempre a las clases sociales de las personas interesadas en contraer nupcias, las cuales podían clasificarse en:

"... los Brahmanes (sacerdotes y estudiosos), Kashatriyas (soldados y gobernantes), Vaishyas (agricultores y comerciantes) y Soudras (sirvientes)".

Hubo ente los hindúes ocho modos de contraer matrimonio por las cuatro clases:

1. El modo Brahmán.
2. El de los dioses (Devas).
3. El de los santos (richis).
4. El de las criaturas (Paradja patis).
5. El de los malos genios (Asouras).
6. El de los músicos celestiales (Grand habas).
7. El de los gigantes (Rakchusa).
8. El octavo y el más vil, fue el de los vampiros (Pisactches).

Los legisladores consideraron los cuatro primeros convenientes a un Brahmán; los permitidos por la ley a los Kashatriyas fueron los modos sexto y séptimo, el de los Soudras y Vaisyas es el quinto".^{14/}

Por último, citaremos que no estuvo permitido el divorcio ni los segundos matrimonios.

g) Grecia.

Grecia vivió diversas etapas. Comenzaremos por la de Homero, quien rigió bajo un sistema de patriarcado donde se permitió al hombre tener concubinas y el matrimonio se

14/ Cantú César. HISTORIA UNIVERSAL. Tomo I. pág. 319. Gasso Hermanos Editores. Barcelona. Citado por el Lic. Manuel F. Chávez Asencio en su obra "La Familia en el Derecho". pág. 21 (Editorial Porrúa. S.A. México, 1985 1a. Edición).

arreglaba por compra de la mujer, quien a su vez era respaldada por la entrega de una dote por parte de sus parientes. Estas dotes fueron limitadas posteriormente por Solón.

El objeto primordial del matrimonio en esta etapa fue el de tener hijos y la mujer casada con un hombre estéril le fue permitido tener relaciones sexuales, para alcanzar el embarazo, con un pariente de su marido, pero solamente a la muerte del marido.

Durante la Atenas clásica fueron permitidas las relaciones extra-matrimoniales e inclusive estuvo autorizada la prostitución, misma que fue objeto de gravamen fiscal para las mujeres que la ejercían.

Fue Pericles quien reguló al matrimonio por compra de la mujer que realizaba el amo. Como paso anterior para este matrimonio se exigió la celebración de esponsales (acuerdo del hombre y la mujer de contraer en lo futuro matrimonio). Siguió siéndole permitido el hombre el tener una o varias concubinas, lo cual estuvo regulado en la Ley Dracón.

El adulterio de la mujer fue penado con la muerte de los adúlteros.

Se permitió el divorcio en dos casos: a solicitud del hombre o mediante mutuo disenso.

h) Roma.

Los romanos consideraron a la ignorancia y a la educación íntima de la mujer como una virtud de ella, con lo cual podemos apreciar la notable condición de inferioridad en que vivió la mujer respecto al hombre.

La familia tuvo un doble aspecto:

- La "domus": encabezada por un pater-familia que gozaba de un potestad ilimitada sobre los miembros de su agrupación incluyendo a la mujer la cual estuvo colocada "inmanu" del mismo jefe familiar. Era un verdadero régimen patriarcal.
- La "agnatio": el parentesco civil.

La familia representaba asimismo dos hechos esenciales:

- El hecho físico, que significa la conjunción hombre mujer: era la "Deductio" de la esposa "Indomun mariti".
- Afecto marital; era la manifestación de voluntades del hombre y la mujer encaminados a la intención que tenían de co-habitar, de hacer una vida en común.

i) Israel.

El pueblo hebreo nos legó la Biblia, libro revelado para los creyentes.

En dicho libro encontramos la intención de Dios de crear la pareja y de unirla en forma monogámica e indisoluble, por ser una creación del propio Dios. Se reconoció al matrimonio con un carácter religioso, cuyo objeto principal consistió en la ayuda mutua de los cónyuges y en la procreación de la especie, siendo de gran importancia esta última finalidad ya que se les reconoció personalidad jurídica a los efectos inclusive antes de su nacimiento. Dentro de la Biblia encontramos asimismo una igualdad de dignidad de los dos sexos.

En la época posterior al diluvio y bajo el gobierno de los patriarcas apareció la familia poligámica y el matrimonio se orientó a la propagación de la raza, admitiéndose inclusive matrimonios celebrados entre medios hermanos (esto hasta la era del Rey David).

El celibato fue considerado como un pecado o un crimen estableciéndose como una obligación la de contraer matrimonio una vez cumplidos los veinte años de edad. Se permitió asimismo el matrimonio de sacerdotes por ser considerados más puros. La mujer estéril fue considerada como un ser inferior al resto de la comunidad y la misma esterilidad fue considerada como una causal de divorcio o como causa de repudiación.

Bajo el mandato de Moisés no se reconoció el divorcio, pero fue lícito el repudio por simple capricho del marido mediante la elaboración de una carta de despedido.

En el Canaán apareció la bigamia permitida a quiénes podían darse ese lujo, entre los que se encontraban los reyes y los jueces.

Posteriormente la mujer ganó respeto y mayores libertades. Se aceptó el divorcio solicitado por el marido alegando el repudio hacia su mujer, así como el solicitado por la propia mujer alegando y justificando infidelidad de su marido.

El Deuteronomio (año 662 A.C.), restringió de manera severa el divorcio y, por el contrario, se realizaron grandes esfuerzos por estrechar los lazos de la familia, por ser ésta última donde debían enseñarse las leyes fundamentales.

Después del exilio de Babilonia, el matrimonio se consideró como un sinónimo del amor que Jehová tenía por Israel mediante un juramento de fidelidad.

Fue Malaquías quien decretó la indisolubilidad de los matrimonios dándoles el carácter de permanentes ya que "... los dos serán una sola carne". (Génesis 2.24).

Con Cristo, la unión fue monogámica y estrictamente indisoluble por responder a los planes concebidos por Dios desde la creación del hombre.

El divorcio se consideró como una libertad temporal o transitoria, ya que lo que Dios ha unido el hombre jamás lo separará.

El Kibutz hebreo permite la intervención del estado en las relaciones familiares de una manera ilimitada, sin embargo es necesario e importante que el estado apoye a la familia pero siempre y cuando no intente sustituirla en cuanto a la educación de los hijos.

i) Alemania.

En los pueblos germanos se distinguieron dos círculos familiares: uno sentido estricto (das Haus), y otro en sentido amplio (sippe).

Dentro del primero, la casa fue una comunidad erigida sobre la potestad (munt) del señor de la familia y abarcó hasta a los individuos extraños y acogidos por dicha familia, tales como los sirvientes.

En el segundo aspecto, la sippe estuvo compuesta por los agnados no sujetos a potestad ajena (guerra y armas, colonización, culto y juramento), y a los huérfanos sin tutela.

El matrimonio pasó por dos momentos: el primero, como un acuerdo de voluntades, el cual una vez otorgado no podría disolver el vínculo; y el segundo, como un acto previo a la celebración del matrimonio donde fue intrascendente la voluntad de la mujer, terminando dicho momento con la entrega a formal de la novia al novio.

k) Cristianismo.

La era del cristianismo tuvo como una característica entre otras tantas, la de investir de un alto sentido ético a matrimonio llevándolo inclusive a la categoría de Sacramento, proclamado principios de igualdad y dignidad de los esposos y calificando a la vez el vínculo como indisoluble.

El matrimonio contraído por mutuo consentimiento se celebró bajo el signo sacramental.

l) Edad Media.

En este período la familia fue considerada como un órgano económico tendiente a basarse en sí misma, organizándose en gremios la sociedad. Se caracterizó por estar compuesta de un núcleo social fuertemente constituido.

La mujer estuvo sujeta a la tutela marital pero sin anularle su personalidad; al igual que en el Cristianismo la

potestad marital fue ante todo un poder de protección en favor de la mujer.

El hijo primogénito fue preferido ante los hijos sobrevivientes por temor al debilitamiento del señorío feudal ya que el régimen de propiedad de la tierra se rigió por la propiedad familiar, no por la propiedad individual, por lo cual se dio paso al mayorazgo.

Hubo necesidad de aumentar la población, por lo cual se otorgaron privilegios a las personas casadas para así incentivarlos a tener una gran cantidad de hijos, imponiendo penas a los solteros.

Entre las mencionadas sanciones encontramos la manería la cual fue una incapacidad impuesta a los célibes y a los casados que no tuvieron hijos en cuanto a la libre disposición de sus bienes mediante testamento.

m) Inglaterra.

Hubo algunos pueblos en los que la unión del hombre y la mujer no era definitiva sino la precedía un ensayo matrimonial, llevándose el novio a su prometida a su propia casa, o pasando él a casa de los padres de ella durante un lapso de tiempo establecido.

Antes de la reforma luterana existió en Escocia una costumbre parecida a ésta y denominada de "ayuno de las

manos". Los hombres escogían en días de feria a las mujeres de su agrado y las invitaban a cohabitar con ellos durante un año. Terminando el plazo, ambos quedaban totalmente libres para vivir independientemente a contraer matrimonio.

En Irlanda y en el país de Gales, nadie se casaba sin antes haber conocido, mediante la previa cohabitación el modo de ser y la capacidad fecundadora de la persona con la cual se deseaba contraer matrimonio. ^{15/}

n) España.

En España, durante la Edad Media, las uniones sexuales permanentes entre hombre y mujer no ligados por matrimonio, fueron objeto de cierto tipo de regulación jurídica. Se le conoció con el nombre de "barraganería", la cual tiene sus raíces en tradiciones romanas ante la existencia de dos razas entre las que en un principio no podía celebrarse el matrimonio, y también en la influencia del islamismo.

La palabra barraganería un contrato de amistad, bajo condiciones de fidelidad y permanencia voluntaria. Se consintió esta forma de convivencia porque con ella se evitaba en parte la prostitución, siendo que se vivía en un ambiente de inmoralidad.

15/ Vestermarck Eduard. HISTORIA DEL MATRIMONIO. Laertes S.A. de Ediciones, Barcelona 1984. pág. 16.

Las siete partidas consagran todo un título (XIV Partida Cuarta) que se denominaba: "De las otras mujeres que tienen los hombres, que no son de bendiciones". En esta legislación se autoriza a los solteros a tener barragana "siempre que pueda casarse con ella, si quisiere".^{16/}

La barraganería tenía como requisitos la aptitud nupcial, soltería de ambos y singularidad. Además, la barragana no debía ser virgen ni viuda honesta, y debía tener cuando menos doce años. Sin embargo, éste último caso, así como el de la viuda honesta, se permitía si la pareja se manifestaba ante testigos honorables.^{17/}

ñ) Francia.

En el Código Francés de 1804, no se encuentra disposición alguna sobre el concubinato. Se consideró a éste como un hecho material únicamente.

Los legisladores creyeron que la mejor solución era dejar al margen de la Ley del Derecho los efectos de las relaciones que habían sido creadas a sus espaldas, y llevó esta norma al extremo de prohibir la investigación de la paternidad natural e ilegítima.

De esta manera, se procuró desalentar a las personas que intentaran vivir al margen del matrimonio, evitando que

16/ Galindo Garfias Ignacio. DERECHO CIVIL. Primer Curso. Porrúa, México, 1983. pág. 481.

17/ Zannoni Eduardo A. EL CONCUBINATO. Ediciones Reforma. Buenos Aires, 1970. pág. 111.

el concubinato se constituyera como un matrimonio de segundo orden.

Pero tal postura no podía tener buenos resultados, la de desentenderse de las uniones ilegítimas, la ley eximía a los que convivían en esa forma de toda responsabilidad, concediendo una ventaja al libertinaje. ^{18/}

El concubinato en Francia en este siglo XIX tuvo una práctica multiforme. En ocasiones se trató de uniones cuya regularización era impedida por los gastos que impondría el matrimonio. Además los documentos exigidos por la administración resultaban difíciles reunir para la gente desarraigada.

Otras veces el concubinato se presenta como una relación de dependencia, que une a estudiantes burgueses con costureras, planchadoras o alguna otra mujer de clase mediana. El joven iba dando orientación más conyugal a su vida, y al terminar sus estudios, declina a su concubina para entregarse a una mujer galante.

Para otros hombres, contar con una mujer se convirtió en una necesidad, pues ciertas tareas domésticas reclamaban presencia continua. Aparece entonces la solución del concubinato con una buena mujer, cuya abnegación no se sabe

18/ Castán Tobeñas José. DERECHO CIVIL ESPAÑOL COMÚN. T. Forel. Tomo Tercero. Reus, Madrid, 1941. pág. 455.

muy bien si se debe considerar como la de una esposa o la de una sirvienta.

Ante tal situación, los tribunales no pudieron desconocer la realidad a través de la jurisprudencia se resolvieron numerosos problemas derivados del concubinato.

La jurisprudencia francesa de fines del solo pasado reconoció la obligación natural del concubino de subvenir las necesidades futuras de su pareja.

Existió entonces una obligación de conciencia que obligaba al concubino a asegurar el porvenir de la que abandonaba. Su causa válida era el compromiso contraído.

Sin embargo, a fines del Siglo XIX, los tribunales de Francia anulaban donaciones que tuvieran como causa el mantener relaciones irregulares. La anulación se fundó en la causa inmoral, pues de otra forma la liberalidad podría ser una remuneración por ciertas complacencias (*pretium stupri*).^{19/}

Algunas leyes francesas también reaccionaron contra el sistema del Código Civil. Destaca la del 16 de noviembre de 1912 que autorizó, bajo ciertas circunstancias la investigación de la paternidad en el caso del concubinato.

19/ Planiol, Marcelo y Jorge Ripuert. TRATADO PRACTICO DE DERECHO CIVIL FRANCÉS. Tono Segundo. Editorial Cultural, S.A. La Habana, 1946. pag. 62.

Asimismo, la ley del 5 de agosto de 1914, concedió los mismos socorros a las concubinas que a los cónyuges de los combatientes en la guerra.^{20/}

o) México.

a) Epoca Pre-Hispánica.

En los pueblos indígenas mexicanos anteriores a la conquista española predominó el Derecho Consuetudinario. En las costumbres familiares se practicó la monogamia, aunque la poligamia fue aceptada entre las clases sociales altas con un sistema parecido al de la Cultura China, o sea, sin importar el número de mujeres que tuviera el hombre únicamente una de ellas era la legítima y se le conocía con el nombre de "cihuatlahuti"; las demás eran las "cihuapilli", o damas distinguidas, las cuales se subdividían en dos clases: Las que eran entregadas por sus padres ("cihuanemastli") y las que habían sido robadas por el hombre ("tlacihuasantin") con lo cual se demuestra lo fuertemente arraigado que estuvo el concubinato en el pueblo azteca.

La noción de matrimonio entre los aztecas fue confusa aunque se tiene la certeza de la existencia de dicha institución en la sociedad, misma que se asemejó a un contrato de compraventa por el cual el padre enajenaba a

^{20/} *Ibid.* p. 64.

futuro esposo la Potestad que ejercía en forma ilimitada sobre su hija. Dicho contrato se formalizaba mediante la atadura de los vestidos de los cónyuges.

La edad que se requirió para poder contraer matrimonio fue la de veintidós años para el hombre y entre los diez y los dieciocho para la mujer. Se consideró como una obligación para los hombres el hecho de contraer matrimonio, siendo mal vistos aquellos que permanecían solteros.

Hubo un casos en el cual operó una especie de esponsales o matrimonio sujeto a condición suspensiva, y este fue cuando una mujer tenía un hijo producto de su unión con un hombre los padres de aquellos estaban facultados para poder exigir al segundo que se casara con su hija o de lo contrario devolverla a su casa.

"Era reconocido el derecho al divorcio, al hombre y a la mujer. En cuanto al primero lo fundaba el que la mujer fuera estéril o pependciera, impaciente, descuidada y perezosa. En cuanto a la mujer no se sabe cuales eran las causas aceptadas de separación. Los tribunales dificultaban y retardaban la resolución, y cuando al fin la daban no decretaban el divorcio, sólo autorizaban a los esposos a hacer lo que quisieran; pero el hombre y la mujer que se habían divorciado y volvían a unirse eran castigados con la muerte".^{21/}

21/ Equivel Obregón Toribio. APUNTES PARA LA HISTORIA DEL DERECHO EN MEXICO. Tomo I. pág. 177. Editorial Porrúa. S.A. México. 1984. Segunda Edición.

Asimismo se reconocieron efectos de matrimonio legítimo a las uniones irregulares del hombre y de la mujer a aquellas que tras varios años de permanencia, sus vecinos las llegaban a considerar como parejas unidas en matrimonio.

La mancebía se aceptó en el pueblo azteca a tal grado que los padres daban a sus hijos, mancebas mientras éstos alcanzaban la edad requerida para poder casarse.

La unión accidental y la transitoria entre un hombre, ya fuera casado o soltero, y una mujer soltera no tuvo pena alguna.

El adulterio, contenido en la rama del Derecho Penal Azteca, se encontraba expresado en los Códigos con escenas pintadas, siendo por excepción dicha rama del derecho materia de tradición escrita y no oral como lo fue el Derecho Civil.

Dicho delito fue severamente castigado generalmente con la muerte de los adúlteros, pena que se ejecutaba bajo torturas muy dolorosas, No existió la posibilidad de llegar a un convenio entre ofendido y ofensor, por el cual desapareciera la acción penal. El marido que mataba a los culpables sorprendidos "infraganti", fue castigado también como homicida.

Se desconoce el régimen patrimonial que rigió entre los aztecas en cuanto a los bienes de los cónyuges.

b) Epoca Colonial.

La conquista de los españoles de la Nueva España, especialmente al pueblo azteca, trajo consigo una civilización totalmente distinta. Las costumbres y las leyes familiares, sobre todo las referencias al matrimonio se interrumpieron para permitir la aplicación de una nueva legislación basada principalmente en la cristianización.

Es así como los conquistadores, para poder superar las condiciones tan especiales con que se toparon en tenochtitlán, tales como la poligamia y el concubinato, y para proceder a la cristianización de los indígenas, otorgaron facilidades para la celebración de matrimonios entre españoles y otras razas entre las que comprendían los indios, a los negros y a las castas. Todo esto comprendido en las Cédulas del 19 de octubre de 1541 y del 22 de octubre de 1556.

Se requirió de la autorización del padre o de la madre, a falta de ambos de los abuelos o parientes más cercanos, y únicamente a falta de todos los anteriores, de los tutores, previa autorización judicial, para que los menores a veinticinco años pudieran contraer matrimonio. El matrimonio celebrado sin la licencia requerida no produjo efectos civiles en cuanto a los cónyuges ni respecto a los hijos.

Para evitar los matrimonios celebrados por una persona ejerciendo coacción sobre la otra o aquellos que se

celebraron por medio de coacción de los padres hacia sus hijos o hijas. por así convenirles ya fuera económica o políticamente, o para producir un perjuicio al servicio público o a la administración de justicia, Felipe II, el día 10 de febrero de 1575 dispuso:

"Prohibimos y defendemos que sin nuestra licencia particular, como en estos reinos se hace a los virreyes, presidentes y ordenes, alcaldes del crimen y fiscales del crimen y fiscales de nuestras audiencias de las Indias se pueden casar, ni casen en sus distritos, y lo mismo prohibimos a sus hijos e hijas durante el tiempo que sus padres nos sirven en los dichos cargos, pena de que por el mismo caso queden sus plazas vacías y desde luego os declararemos por tales, para la proveer en otras personas que fuera nuestra voluntad".^{22/}

La personas mayores de veinticinco años que desearan contraer matrimonio únicamente estuvieron obligadas a pedir consejo a sus padres o ulteriores ascendientes, en su caso, bajo los mismos términos y con las mismas condiciones a que se sujetó el matrimonio de menores de edad. Si los padres negaban la licencia sin causa justificada, esta podía suplirse por autoridad judicial. Tanto el matrimonio como el bautismo, fueron considerados sacramentos.

La mujer azteca no fue más que una servidora obligada a los trabajos que se le imponían. Hubo muy poca diferencia entre la mujer legítima y la concubina lo cual descontroló a los españoles ya que la Iglesia aceptaba la existencia del

22/ Enquível Obregón Toribío. Op. cit. pág. 592.

matrimonio únicamente cuando había consentimiento mutuo y la intención de unirse para toda la vida. La solución a dicho problema la encontramos parcialmente mediante la emisión de la Bula "Altitudi divini consilii" del Papa Paulo III, del primero de junio de 1537 y la cual ordenó, entre otras cosas que:

"... cuando el idilio hubiera tenido en su gentilidad muchas mujeres se quedase con la primera que tomó y si no recordaba cual había sido la primera eligiera la que quisiera".^{23/}

El Virrey Mendoza ordenó, respecto a la Bula antes citada, la comparecencia del indio y de todas las mujeres para que éstas alegaren y probaren sus pretensiones para poder designar de entre ellas a la que habría de considerarse como legítima.

c) México Independiente.

En esta etapa el matrimonio fue exclusivamente competencia de la Iglesia hasta la expedición de las Leyes de Reforma de Benito Juárez en el año de 1857.

En el Concilio de Trento (s. XVI) se estableció la inexistencia de ley alguna que obligase a observar más formalidades para que el matrimonio fuera válido que el simple consentimiento de los cónyuges, y estableció asimismo que la Iglesia poseía jurisdicción por derecho propio no por concesión de las autoridades civiles, respecto a la matrimonio de los bautizados.

23/ Idem. Op. cit., pág. 587 y siguientes.

"La lucha por asumir por parte del Estado lo relativo al matrimonio hizo que se elaborara la teoría del matrimonio como contrato y como tal aparece hasta le siglo XVIII como un medio de justificar en él la intervención del Estado, implicando que su esencia estuvo constituida por la libertad de los contrayentes".^{24/}

Es así como en la Constitución Francesa de 1791, en su artículo séptimo, se establece: "La Ley sólo consideraba al matrimonio como contrato civil".

Al admitirse posteriormente en la Ley de Septiembre de 1792 el divorcio por mutuo consentimiento, aún por incompatibilidad de caracteres, se asimiló al matrimonio como un contrato de sociedad.

C.I. Ley Orgánica del Registro del Estado Civil del 27 de Enero de 1857.

Esta ley consideró en la fracción segunda de su artículo 12, al matrimonio como un estado civil junto con el nacimiento, la adopción y arrogación, el sacerdocio y la profesión de algún voto religioso temporal o perpetuo y la muerte.

Se dividió en dos etapas al matrimonio: la primera consiste en la celebración del matrimonio religioso, considerado éste como sacramento con sus respectivas solemnidades canónicas, y posteriormente la segunda etapa compuesta de la presentación de los consortes ante el Oficial del Registro Civil para el registro del matrimonio dentro de las 48 horas siguientes a su celebración, bajo la pena de no producir "efectos civiles" el matrimonio en cuestión en caso de no celebrarse dicha presentación, atento a lo dispuesto por los Artículos 72 y 73.

24/ Chaves Asencio Manuel F. LA FAMILIA EN EL DERECHO. pág. 47. Porras, S.A., México, 1985. Primera Edición.

El Artículo 73 de dicha ley, señaló cuales eran los efectos civiles a saber: "... la legitimidad de los hijos, la patria potestad, el derecho hereditario, las ganancias, la dote, las arras, y demás acciones que competen a la mujer, la administración de la sociedad conyugal que corresponde al marido y la obligación de vivir en uno".

Con lo anterior pueden apreciarse las series consecuencias que produjo un matrimonio no registrado.

En resumen, esta ley conservó aun la jurisdicción de la Iglesia sobre el matrimonio, excluyendo por consiguiente al Estado.

C.2. Ley de Matrimonio Civil, del 21 de Julio de 1857.

El artículo primero excluyó a la Iglesia de toda competencia respecto al matrimonio, estableciendo: "El matrimonio es un contrato civil que se contrae lícita y validamente ante la autoridad civil".

La bigamia y poligamia estuvieron prohibidas ya que el matrimonio se contraía por un sólo hombre con una sola mujer.

En esta ley se calificó al concubinato como una relación sexual ilícita habida fuera del matrimonio, siendo considerado como una causal de divorcio el concubinato público practicado por el marido (artículo 21, fracción primera).

Encontramos una filtración de Derecho Canónico en la Ley de referencia al establecer en su artículo cuarto, como

característica del matrimonio, la indisolubilidad del vínculo dejando lugar únicamente a la separación temporal de los cónyuges, separación que no dejó a los consortes en libertad para casarse con otra persona. La muerte fue considerada como un medio natural reconocido para poder disolver el vínculo.

La edad mínima para contraer matrimonio fue la de 14 años para el hombre y la de 12 para la mujer.

Como único requisito se estableció que se expresara libremente la voluntad por parte de los pretendientes de unirse en matrimonio, así como la lectura efectuada por el Juez del Registro Civil de la Epístola de Melchor Ocampo, transcrita en el Artículo 15 de la referida Ley, misma que establece, entre otros puntos, que el matrimonio es el único medio moral de fundar la familia.

C. 2. Ley Orgánica del Registro Civil del 28 de Julio de 1859.

Dicha ley facultó a los jueces del Registro Civil para registrar el estado civil de los mexicanos y extranjeros residentes en el territorio nacional.

El matrimonio se comprobaba mediante acta levantada por un Juez del Registro Civil.

Como reacción de la Iglesia, la cual no aceptaba aún el hecho de haber perdido la competencia respecto al matrimonio, se comenzaron a declarar ilícitos los matrimonios contraídos civilmente argumentando que el único

y verdadero matrimonio entre católicos era el contraído ante la propia Iglesia. Los matrimonios civiles fueron equiparados por la Iglesia a concubinato, como relación ilícita e irregular.

C.4. Decreto Número 5124. Ley sobre Libertad de Cultos (Promulgado por Benito Juárez el 4 de Diciembre de 1860 y Publicado el día 5 de Enero de 1861).

En él, se estableció que las normas dictadas por el clero tendrían un contenido netamente espiritual y por tanto la Iglesia era incapaz de ejercer coacción alguna sobre las personas para hacerse respetar, ya que en el orden civil no hubo obligación ni pena respecto a los asuntos, faltas y delitos religiosos.

Para reafirmar la supremacía del Estado sobre la Iglesia en materia de matrimonio, éste fue considerado nuevamente como un contrato.

C.5. Decreto Sobre Rendimientos, Dispensas y Juicios por lo Relativo al Matrimonio Civil (de Fecha 2 de Mayo de 1861).

Estableció por primera vez como un impedimento para contraer matrimonio la relación de parentesco de afinidad en línea recta sin limitación de grado.

C.6. Decreto de la Esposa del Segundo Imperio (Maximiliano).

- a) Decreto número 180 del 3 de noviembre de 1864: Sometió a los miembros de la Iglesia a proporcionar a las jefaturas políticas del Imperio copia fiel de sus

registros para así poder determinar, entre otras, el estado civil que guardaban las personas.

- b) Ley del Registro del Estado Civil en el Imperio (1865). Esta ley ordenó que se hiciera constar en el Registro Civil el estado civil de los habitantes. Asimismo estableció como edades mínimas para poder contraer matrimonio la de 18 años para el hombre y la de 15 años para la mujer, pero siempre requiriendo el consentimiento de sus padres hasta no alcanzar la edad de 24 años el hombre y de 22 años la mujer.

El artículo 24 exigió la celebración de 2 matrimonios para los católicos: Uno civil y uno religioso. En el caos de celebrarse únicamente el religioso, dicha unión fue considerada concubinato.

- c) Código Civil del Imperio Mexicano (Publicado en el Boletín de las Leyes el 6 de Julio de 1855): Dicho código definió el matrimonio en su artículo 99 como la "... Sociedad legítima de un sólo hombre y de una sola mujer, que se unen en el vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida".

Las edades mínimas para contraer matrimonio fueron las de 18 años para el hombre y la de 15 años para la mujer.

El divorcio no devolvió el vínculo, únicamente, suspendió determinadas obligaciones civiles.

d) Decreto del 5 de diciembre de 1867: Expedido por Juárez, una vez restaurada la República y en el cual se revalidaron los actos del estado civil registrados durante la existencia del Imperio.

C.2. Código Civil de 1870.

Este Código, al entrar en vigor tuvo como primer efecto el derogar toda legislación anterior al mismo.

En su artículo 159, siguiendo el Código Civil de Napoleón definió el matrimonio como "La sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida".

Estableció como solemnidad del matrimonio acto, la de su celebración entre los funcionarios establecidos por la Ley y con las formalidades que la misma exigía (Art. 161).

Impuso el carácter de obligatoriedad al hecho de guardarse fidelidad los cónyuges, así como el de socorrerse mutuamente. Hizo énfasis especial respecto predominio del marido quien inclusive fue considerado como representante legal de su esposa.

El Art. 239 al hablar del divorcio y en relación con el concepto de matrimonio estipulado en el Art. 159 antes mencionado, hizo referencia al carácter indisoluble del vínculo matrimonial, siendo su principal efecto el de la suspensión de algunas obligaciones conyugales.

Asimismo hizo la odiosa clasificación de los hijos, dividiéndolos en legítimos y en hijos nacidos fuera del matrimonio, mismos que a la vez podían subdividirse en naturales o adulterinos y en espurios o incestuosos, y a quiénes se les establecieron proporciones desiguales en materia de derechos hereditarios.

El padre fue quien ejerció la patria potestad sobre los hijos, quiénes adquirirían la mayoría de edad a los 21 años y la capacidad para contraer matrimonio a los 14 años el hombre y a los 12 la mujer. No hizo distinción entre los impedimentos dirimentes e impedientes.

El parentesco por afinidad se adquiría tanto por el matrimonio como por cópula ilícita (Art. 192).

Respecto al régimen patrimonial de bienes de los cónyuges se estableció la sociedad legal, la sociedad conyugal y la separación de bienes, previéndose las capitulaciones matrimoniales.

Contemplo a la dote definiéndola como: "Cualquier cosa o cantidad que la mujer u otro hombre da al marido con objeto expreso de ayudarle a sostener las cargas del matrimonio (Art. 2251).

C.B. Ley Constitucional de 25 de Septiembre de 1871.

Por decreto número 7200 se adicionó y reformó la Constitución Federal de 1857, teniendo como principales innovaciones la de establecer la independencia recíproca

entre el Estado y la Iglesia, limitando al Congreso su facultad de dictar leyes que establecieran o prohibieran religión alguna.

Se confirma la naturaleza jurídica del matrimonio al considerarle nuevamente un contrato civil, de exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades civiles.

El Art. 40 cambió el juramento religioso, el cual producía efectos e inclusive estaba penado en caso de pronunciarse con falsedad, por el de la simple promesa de decir verdad.

C. 9. Decreto del 14 de Diciembre de 1874.

Dicho decreto se refirió principalmente a las Leyes de Reforma en cuanto a las relaciones independientes existentes entre el Estado y la Iglesia.

Nuevamente, pero ahora en su Art. 22, consolidó al matrimonio como un contrato civil celebrado entre un hombre y una mujer cuya esencia fue la voluntad de los contrayentes libremente expresada en la forma establecida por la Ley y cuya única forma de disolverle fue la muerte, admitiéndose únicamente las separaciones temporales.

No hubo ni obligación ni prohibición de contraer matrimonio eclesiástico, el cual no produjo efectos legales.

Por último, la bigamia y la poligamia fueron castigadas; no se aceptaron en la sociedad.

C.10. Código Civil de 1884.

Adoptó para el matrimonio la misma definición establecida por el Art. 159 del Código Civil de 1870, y su única innovación importante fue la de introducir el principio de la libre testamentificación acabando de esa manera con la herencia forzosa.

C.11. Decreto del 12 de Diciembre de 1914 que Modifica y Adiciona al Plan de Guadalupe.

En su artículo primero hace referencia a la subsistencia del Plan de Guadalupe del 26 de marzo de 1913.

Se reconoció como Primer Jefe de la Revolución Constitucionalista a Venustiano Carranza, quien dejó entrever que a futuro expediría y pondría en vigor nuevas leyes y disposiciones, entre las que encontraban las relativas al matrimonio.

C.12. Decretos de Venustiano Carranza.

Dos decretos fueron expedidos por Carranza desde el Puerto de Veracruz, uno el 29 de diciembre de 1914 y el otro el 29 de enero de 1915, básicamente estableciendo el divorcio vincular, considerando al matrimonio ya no como indisoluble al establecer el divorcio vincular.

En la exposición de motivos de dichos decretos se expresó:

"El divorcio que disuelve el vínculo es un poderoso factor de moralidad porque facilitando la formación de nuevas uniones legítimas, evita la multiplicidad de los concubinatos..."

Es decir, los divorciados fueron aptos para contraer una nueva unión legítima.

C.13. Constitución de 1917.

Publicada el día 5 de febrero de 1917 y vigente hoy en día.

El Art. 130 establece que: "El matrimonio es un contrato civil. Este y los demás actos de estado civil de las personas son de exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil en los términos prevenidos por las leyes y tendrán fuerza y validez que las mismas atribuyan.

C.14. Ley Sobre Relaciones Familiares.

Expedida por Carranza el día 9 de abril de 1917.

El Art. 13, definió al matrimonio como un contrato civil entre un sólo hombre y una sola mujer unidos por vínculo disoluble teniendo como finalidad perpetuar la especie y la ayuda mutua.

El divorcio se reguló en el Capítulo VI de la referida Ley, expresando en su Ar. 75:

"El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro".

Pero, además el Art. 76 en su fracción XII permitió inclusive el divorcio por mutuo consentimiento, ya no únicamente el divorcio voluntario.

Se le reconoció capacidad legal a la mujer mayor de edad para administrar sus propios bienes y para disponer de ellos sin autorización de su esposo, más si requirió licencia de su marido para poder obligarse a prestar servicios personales en favor de personas extrañas.

Se equiparó a los cónyuges en materia de patria potestad, estableciendo el Art. 241 fracción primera que su ejercicio correspondía al padre y a la madre.

Por otro lado, tomó la distinción entre hijos naturales y espurios (adulterinos e incestuosos), pudiendo los primeros (naturales) llevar únicamente el apellido de quién los había reconocido omitiendo el derecho a alimentos y el derecho a heredar en relación con dicho progenitor, derechos ya otorgados en los Códigos de 1870 y 1884.

También se concedió la acción investigación de la paternidad, además de los casos de raptó o violación. Cuando existía la posesión de estado de hijo natural o se tuvieran otras pruebas aunando a un principio de pruebas por escrito (Artículos. 197 y 198).

Los Artículos. 220 y 236 introducen en nuestro derecho la adopción y en materia de patrimonio conyugal "... sustituyó el régimen legal de Gananciales por el régimen legal de Separación de Bienes (Art. 270 y 274)."^{25/}

25/ Sánchez Medel Ramón. LOS GRANDES CAMBIOS EN EL DERECHO DE LA FAMILIA EN MEXICO. pág. 27. Editorial Porrúa. S.A., México, 1979. Primera Edición.

CAPITULO III

DERECHO COMPARADO

DERECHO COMPARADO

- a) Legislación Cubana -- b) Código Civil de Tamaulipas
c) Legislación de Guatemala - d) Legislación Paraguay
e) Legislación Panameña - f) Legislación Soviética
g) Corriente Actual.

a) Legislación Cubana.

En 1940 se promulgó una Constitución en Cuba, cuyo Artículo 43 disponía, en su párrafo sexto, como facultad de los tribunales el determinar los casos en que, por razones de equidad, la unión entre personas con capacidad legal para contraer matrimonio fuese equiparada, por sus estabilidades y singularidad, al matrimonio civil.^{26/}

Por consiguiente, la equiparación de la unión libre con el matrimonio no tiene efectos hasta que un tribunal así lo declare.

La jurisprudencia cubana elaboró una vasta doctrina en torno a las características que debe presentar el concubinato para que proceda la equiparación.

b) Código Civil de Tamaulipas.

El Artículo 70 del Código Civil del Estado de Tamaulipas de 1940 disponía:

26/ Nuñez y Nuñez Eduardo Rafael. "UNION EXTRAMATRIMONIAL", Jesús Montero Editor., La Habana.. 1947.. pág. 11.

"Para los efectos de la ley, se considerará matrimonio, la unión, convivencia y trato sexual continuando de un solo hombre con una sola mujer".

En el Artículo 71 señalaba que para que se considerará la unión como matrimonial, no debían mediar impedimentos.

Este código, ya abrogado, consigno un capítulo dedicado al registro de los matrimonios, aun cuando la omisión de registro no producía invalidez.

De esa forma, se daba lugar a un matrimonio registrado y a un matrimonio no registrado. Este último se fundamentaba en que lo esencial es la unión bajo ciertos requisitos, aunque la mejor prueba de su existencia es el acta del registro civil.

c) Legislación de Guatemala.

En Guatemala, el estatuto de las uniones de hecho de 1947, disponía acerca de los requisitos que debían de reunir las uniones extramaritales a fin de alcanzar los efectos que corresponden al matrimonio.

En su Artículo 173, se decía: "La unión de hecho de un hombre y una mujer con capacidad para contraer matrimonio puede ser declarada por ellos mismos ante el alcalde de su vecindad o un notario, para que produzca efectos legales, siempre que exista hogar y la vida en común se haya mantenido constantemente por más de tres años antes sus

familiares y relaciones sociales, cumpliendo los fines de procreación, alimentación, educación de los hijos y auxilio recíproco.^{27/}

También podía una de las partes dentro de esta misma legislación solicitar el reconocimiento de la unión de hecho ya sea por existir oposición de alguna de las partes o por haber muerto la otra persona, la tendrá que solicitar ante el Juez de Primera Instancia el cual investigaría sin procedía o no la declaración.

Adicionalmente, se hacía excepción del requisito de los tres años, y se inscribían en el Registro Civil, las uniones mantenidas por indígenas de acuerdo con sus costumbres, tradiciones y ritos.

d) Legislación Paraguaya.

En el anteproyecto del Código Civil Paraguayo de 1964 en el capítulo único de las uniones de hecho se nos habla en el Artículo 281 que se reconocería la unión de hecho entre un hombre y una mujer y le daría efectos jurídicos para que las partes pudieran contraer legítimas nupcias con el fin de vivir juntos, bajo un mismo techo, compartir la misma mesa y lecho, procrear, alimentar, educar a los hijos habidos en su unión y auxiliarse mutuamente, se tenía que haber mantenido en forma pública dicha unión y también en forma continuada

27/ Zannoni Eduardo A., opus cit., pág. 211.

por más de cinco años, siempre que las partes hubieran fundado su hogar y que se hubieran tratado como esposos ante sus parientes y relaciones sociales.

Este trámite lo tenía que hacer ante el Juez de su domicilio, y una vez terminado el trámite y que el Juez hubiera pronunciado su declaración o su asistencia, el hombre como la mujer tendrán los derechos y obligaciones personales de los casados en legítimas nupcias y en cuanto a los bienes los de casados bajo el régimen de separación de bienes.

e) Legislación Panameña.

En la ley del 6 de diciembre de 1956 en cuanto al matrimonio de hecho nos dice que: "La unión de hecho entre personas legalmente capacitadas para contraer matrimonio mantenida durante diez años consecutivos en condiciones de singularidad y estabilidad, surtirá todos los efectos del matrimonio civil".

También se dice en esta legislación que el único requisito para poderle dar efectos a esta relación, es que las partes se presentaran ante el Registrador General del Estado Civil para solicitarle la inscripción del matrimonio de hecho. Si no se efectuaba esa solicitud se podrá hacer el trámite ante el Juez con la presentación de cinco testigos contando con la presencia del Ministro Público.

f) Legislación Soviética.

El Código del Matrimonio, la familia y la tutela soviético de 1926 equiparó al concubinato o matrimonio no registrado o de hecho, al matrimonio registrado.

Se fundó esta posición en el concepto de que el concubinato no implica disvalor alguno, y se regulo a un matrimonio exento de formalidad.

"En estos casos -estatuía el Art. 2- se aconseja a los ciudadanos que hagan levantar un acta en las oficinas del Registro Civil para llenar un interés estadístico y para facilitar la aplicación de reglas jurídicas diversas, tales como la adquisición que permite heredar al cónyuge supéstitute." 28/

Las condiciones que debía reunir el concubinato para ser equiparado al matrimonio eran la cohabitación marital, la economía común entre las partes, la exteriorización de la relación ante terceros y el sustento recíproco de los hijos.

Esta regulación soviética dependió, en gran parte, de la libertad importante conforme a la cual, basta la voluntad de cualquiera de los consortes para la disolución del matrimonio.

Posteriormente la actitud legislativa del Código Soviético fue abandonada, y se asumió una posición

28/ Zannoni Eduardo A., opus cit., pág. 149.

totalmente inversa mediante decreto del Presidente del Soviet Supremo.

g) Corriente Actual.

Dentro del derecho de familia, como en toda legislación, ha logrado mucho terreno la tendencia intervencionista. El estado cada vez más, intensifica su participación en la vida social, pretendiendo lograr el bien común en las relaciones familiares.^{29/}

Durante este siglo han aparecido interesantes regulaciones jurídicas en torno a la familia. En algunos países hay una defensa muy grande amor libre, a través de la protección y los derechos que da el estado a las uniones irregulares.

Sin embargo, en una época en la que se hacen esfuerzos por modificar el derecho positivo familiar, es importante ver las instituciones en toda su amplitud y siempre tratando de buscar la mejor forma de regular una institución tan importante como la familia.

29/ Chávez Aaencio Manuel F., opus cit., págs. 37 y 38.

CAPITULO IV

EL CONCUBINATO

EL CONCUBINATO

a) Generalidades - b) Definición - c) El matrimonio y los esponsales - d) Naturaleza jurídica del matrimonio e) Matrimonio y concubinato - f) Efectos jurídicos del concubinato.

a) Generalidades.

La actitud que debe asumir el derecho en relación con el concubinato, constituye, a no dudarlo, el problema moral más importante del derecho de familia.

Para el maestro Rafael Rojina Villegas: "El derecho puede asumir diferentes actitudes en relación con el concubinato, las principales serían las siguientes:

"a) Ignorar en lo absoluto las relaciones que nacen del concubinato, de tal manera que este permanezca al margen de la Ley, tanto para estatuir consecuencias jurídicas por virtud del mismo, cuanto para sancionar ni en forma civil ni penalmente dicha unión, si no existe adulterio.

b) Regular exclusivamente las consecuencias del concubinato, pero sólo en relación con los hijos, sin preocuparse de consagrar derechos y obligaciones entre los concubinos.

- c) Prohibir el concubinato y sancionarlo bien sea desde el punto de vista civil o penal, permitiendo incluso la separación por la fuerza de las partes.
- d) Reconocer el concubinato y regularlo jurídicamente, para crear y lograr una unión de grado inferior a la matrimonial, concediéndoles facultad de poder contraer derechos y obligaciones, principales el derecho otorgado a la concubina para exigir alimentos o heredar en la sucesión legítima.
- e) Equiparar al concubinato que reúna ciertas condiciones, con el matrimonio para crear por virtud de ley o de una decisión judicial, en cada caso, un tipo de unión que consagre entre los concubinos los mismos derechos y obligaciones que se conceden a los cónyuges".

En las diferentes soluciones que encontramos en la historia del derecho por adoptar alguna de las actitudes antes indicadas, existe siempre un criterio moral que determina de manera casi exclusiva, la regulación del derecho positivo.

En la doctrina encontramos también representadas las diversas actitudes antes mencionadas, esgrimiéndose argumentos de carácter ético para fundarlas.

...La primera posición que ha asumido el derecho en relación con el concubinato ignorándolo de manera absoluta,

implica una valorización moral por cuanto que ni se le considere un hecho ilícito para sancionarlo, ni tampoco un hecho lícito para que produzca relaciones jurídicas entre las partes. En tal actitud se estima que el concubinato es un hecho jurídico, como podría serlo la amistad a los convencionalismos sociales (reglas de educación, de cortesía, de urbanidad, de moda etc).

...La segunda forma asumida por el derecho para reconocer sólo consecuencias jurídicas al concubinato, respecto a los hijos, parte también de un criterio moral pues considera que si entre los concubinos no debe de tomar partido alguno de la regulación jurídica, si es necesario que lo haga para proteger a los hijos, determinado sobre todo su condición en relación con el padre. Tal es la posición adoptada por nuestro Código Civil vigente, además de reconocer ciertos derechos a la concubina para heredar o recibir alimentos en la sucesión testamentaria.

El artículo 383, declara:

"Se presumen hijos del concubinato y de la concubina":

1. Los nacidos después de ciento ochenta días contados desde que comenzó el concubinato.
2. Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes al en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina".

...La tercera postura rara vez ha sido asumida por el derecho. En la legislación romana, en la época de la república, el concubinato se consideró como un simple hecho que pudo ser stuprum o adulterio, según que mediasen las circunstancias constitutivas de esos delitos.... En el derecho canónico primero se siguió la tendencia romana, pero después se consideró que el concubinato implicaba un delito de naturaleza que constituía un estado continuo de fornicación. Posteriormente se llegó a excomulgar a los concubinos y se autorizó el uso de la fuerza pública para romper tales uniones.

...La cuarta actitud asumida por el derecho en relación con el concubinato ha consistido en regularlo jurídicamente para reconocer una unión de grado inferior.

Ya en el derecho romano encontramos en un principio esa tendencia. En la actualidad podemos considerar que nuestro Código Civil vigente tiende a dar efectos al concubinato entre las partes y no sólo para beneficiar a los hijos.

Independientemente de las disposiciones que facilitan la investigación de la paternidad y la prueba de la filiación, se ha reconocido en el artículo 1635 el derecho de la concubina para heredar en la sucesión legítima del concubinario si vivió con éste como si fuere su marido durante los cinco años anteriores a su muerte o tuvo hijos con él, siempre que ambos hayan permanecido solteros o libre de matrimonio durante el concubinato y el de cujus no haya tenido varias concubinas. También para el caso de sucesión testamentaria se permite a la concubina, cumpliendo las

condiciones antes citadas, exigir una pensión de alimentos dentro de las limitaciones mismas del caudal hereditario."^{30/}

b) Definición.

Dentro de la gran variedad de definiciones que hay sobre el tema del concubinato daremos la que presenta el Maestro Eduardo A Zannoni:

"a) Definición del Concubinato en Sentido Amplio.

En su más amplio significado, recurriendo a la raíz, etimológica del vocablo -del latín concubinatus, de cum (con) y cubare (acostarse)-, el concubinato como hecho jurídico constituye toda unión de un hombre y una mujer, sin atribución de legitimidad. Por legitimidad, a su vez, entendemos la situación jurídica y social que se desprende de un matrimonio válido, ya canónico, ya civil, según los diversos ordenamientos.

Unión sin atribución de legitimidad será, pues, toda aquella no reputada como matrimonio por la ley.

b) Clasificación de la Noción de Concubinato y Definición en el Sentido Propio.

Pero, es obvio, la idea de concubinato que acabamos de ofrecer, en su dilatado ámbito, no es por sí misma útil. De

30/ Rojina Villegas Rafael. DERECHO CIVIL MEXICANO. Tomo II. Editorial Limusa S.A., México, 1987. 7a. Edición.

allí que la doctrina haya tratado de clasificar el concepto según sus principales tipos.

Los autores franceses son los que con mayor minuciosidad se han ocupado del problema. Así, René Jourdain distingue entre unión libre o concubinato y "stuprum". Este último designa las uniones pasajeras entre dos amantes (adulterio, seducción, ruptura de esponsales, etc.). Separa Jourdain asimismo tres situaciones: un simple hecho no constitutivo de estado en las relaciones pasajeras; un estado que denomina de la femme entreténue (mujer a cargo) y el estado de matrimonio aparente (concubinato en sentido propia: faux ménage). Se trata de similar distinción efectuada por Libotte que contrapone el hecho del concubinato. El primero es toda clase de unión entre un hombre y una mujer fuera de los vínculos creados por el matrimonio legítimo. El segundo, en cambio, constituye una unión que reviste ciertos caracteres de estabilidad, entre los que no puede faltar: comunidad de vida, habitación y techo; existencia de relaciones sexuales y cierta duración de la unión. Son éstos los caracteres fundamentales que la doctrina francesa contemporánea coincide como básicos en la noción de faux ménage; entre los autores: Fernex de Mongey, Beucher, Laskine-Dubrujeaud, Martín, Leroy y Rodiere, entre otros. A veces se aceptan distinciones de grado. Tal en Guijard que concibe dos formas de concubinato: la concubina adopta el apellido de su amante y frente a terceros se hace

pasar por casada, o en vez, cada uno de los concubinos conserva su propia personalidad, aun sin ocultar a los terceros el faz ménage simple o existente entre personas libres de todo vínculo matrimonial y de impedimentos para contraer matrimonio, el adulterino que se configura cuando alguno de los concubinos, o ambos, sufren impedimento de ligamen, e incestuoso cuando los concubinos son parientes en grado prohibido para casarse entre sí."^{31/}

La maestra Sara Montero Duhalt:

Nos dice que: "en la doctrina y 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. Este plazo puede ser menor, si han procreado. Así, cuando una pareja no realiza la ceremonia matrimonial, pero viven juntos y procrean, desde el momento en que nace el primer hijo se convierten en concubinos y si, no obstante no haber procreado, han permanecido juntos por más de cinco años, se entiende que viven en concubinato".^{32/}

Para el Doctor Alberto Pacheco:

"El concubinato se nos presenta siempre como la situación de hecho, en que se encuentran un hombre y una

31/ Zannoni Eduardo A., EL CONCUBINATO., Ediciones de Palma, Buenos Aires.. 1970., páge 125-127.

32/ Montero Duhalt Sara., DERECHO DE FAMILIA., Editorial Porrúa., México., 1987., pág. 165.

mujer que sin estar casados hacen vida marital". 33/

"Entre los autores iberoamericanos, Betancourt Jaramillo efectúa una clasificación tripartita:

- a) Según las apariencias de la unión como constitutiva de un verdadero estado conyugal, el concubinato puede ser propio regular, cuando la posibilidad de poder contraer matrimonio quiénes en tal estado viven y el consenso general que los reputa como casado, configuran una especie de estado civil en ciernes o en expectativas, e irregular cuando la unión lo es entre personas que no pueden casarse (adulterino o incestuoso).

- b) Según la presencia de todos o algunos de los elementos que lo configuran, el concubinato puede ser perfecto o notorio, cuando reúne los siguientes 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 impedimentos para poder casarse entre si;

33/ Pacheco Escobedo Alberto.. LA FAMILIA EN EL DERECHO CIVIL MEXICANO.. Panorama Editorial.. México.. 1984.. pág. 200.

- 6) Sin el lleno de formalidades exigidas para las uniones legítimas.

En cuanto al concubinato imperfecto (simple concubinato) se caracteriza sólo por la comunidad de lecho en forma más o menos estable, pudiendo faltar los otros elementos (permanencia, fidelidad, etc.).

- c) Según su origen o intención inicial, el concubinato puede ser directo si los concubinos persiguen el único fin de establecer o mantener una unión de hecho que remede en todo o en parte al matrimonio. En cambio será indirecto por defectos de forma o de fondo, o por falta de aceptación legal de una unión que degenera en un estado distinto del que los concubinos se proponían al establecerla (matrimonio nulo, religiosos sin consagración civil, etc.).^{34/}

Algunos estudiosos de la materia, proponen determinadas condiciones que debe llenar el concubinato para que sea tomado en cuenta por el derecho, las cuales podemos resumir en los siguientes términos.

- a) Un elemento de hecho consistente en la posesión de estado de los concubinos para tener el momento, el tractus y la fama de casados, es decir, cohabitar o vivir como marido y mujer imitando la unión matrimonial. Se discute en la

34/ Zannoni Eduardo A., opus cit., pág. 125-128.

doctrina si debe haber una vida en común con el deber de la cohabitación.

- b) Una condición de temporalidad que puede ser entendido implicando continuidad, regularidad o duración en las relaciones sexuales; o bien, frecuencia, permanencia o hábito en las mismas. Respecto a este elemento, ya hemos indicado que el artículo 1635 de nuestro Código Civil reduce el elemento temporal a una duración de cinco años, en tanto que el Código Civil de Chile exige diez años.
- c) Una condición de publicidad. La Ley Francesa de 1912 requiere para la investigación de la paternidad que se trate de un concubinato notorio, por lo tanto, la clandestinidad en el mismo impide que se le tome en cuenta para ese efecto jurídico.
- d) Una condición de fidelidad.
- e) Una condición de singularidad. Esta condición en la existencia de una sola concubina.
- f) Un elemento de capacidad. Este elemento consiste en exigir a los concubinos la misma capacidad que se requiere para contraer matrimonio, principalmente el de que sean célibes o sea, que no exista el impedimento de un vínculo anterior.
- g) Elemento moral. Este último requisito es el que tiene desde luego mayor valor para que el derecho pueda tomar en cuenta al concubinato.

c) El Matrimonio y los esponsales.

- a) Concepto. El matrimonio se considera desde dos puntos de vista: como acto jurídico y como estado permanente de vida del cónyuge: al efecto del acto jurídico de la celebración del matrimonio.

La celebración del matrimonio, produce un efecto primordial: da nacimiento a un conjunto de relaciones jurídicas entre los cónyuges.

El matrimonio como estado civil, se compone de un complejo de deberes y facultades, obligaciones y derechos, en vista y para protección de los intereses superiores de la familia, a saber: la protección de los hijos y de mutua colaboración y ayuda de los cónyuges.

El conjunto de deberes y facultades, obligaciones y derechos que constituyen ese complejo de relaciones jurídicas matrimoniales, se presentan convergentes y coordinadas hacia los fines antes dichos, que para ser realizados requieren el esfuerzo de ambos cónyuges.

El conjunto de deberes y facultades, obligaciones y derechos que constituyen ese complejo de relaciones jurídicas matrimoniales, se presentan convergentes y coordinadas hacia los fines antes dichos, que para ser realizados requieren el esfuerzo de ambos cónyuges.

Tan altas finalidades exigen que la colaboración conyugal sea permanente, prolongada mientras subsiste el lazo conyugal. Tal colaboración y coordinación de intereses, encuentra en el derecho los medios para reforzar a través de diversas disposiciones jurídicas, la solidez y permanencia de la unión entre los consortes. Esa comunidad de vida entre el varón y la mujer, es un hecho natural que se impone al derecho y que ésta eleva a la categoría jurídica, para organizarlo y sancionarlo por medio del complejo de relaciones jurídicas que constituyen ese estado.

Los romanos definían el matrimonio así: "Individua vitae consuetudo, consortium omnis, vitae, divine ataque humane juris comunicario".

Aunque la definición romana no puede tener hoy en día el sentido que dentro de aquella legislación tenía, porque esencialmente el efecto del matrimonio en Roma era establecer la igualdad religiosa entre el marido y la mujer, no puede perderse de vista que aún en aquel derecho, el legislador se refería a la unidad de vida entre los consortes, al consorcio que existe entre ellos, para toda la vida.

No puede penetrarse el sentido de la institución jurídica del matrimonio, si se olvida que éste se constituye en esencia, por se propósito permanente de

llevar, marido y mujer, una vida en común (individual vitae consuetudo).

El Código de Napoleón reprodujo la definición que Portalis dió del matrimonio es la sociedad del hombre y la mujer, que se unen para perpetuar su especie, para ayudarse mutuamente a llevar el peso de la vida y para compartir su común destino.

La perpetuación de la especie y la ayuda recíproca entre los cónyuges para realizar los fines individuales o particulares o para compartir su común destino, no agota ciertamente, el concepto esencial del matrimonio.

La ayuda mutua, la perpetuación de la especie, el destino común de los cónyuges pueden ser los motivos para celebrar el matrimonio; todos ellos pueden realizarse más o menos satisfactoriamente fuera del matrimonio. Lo esencial en el matrimonio, desde el punto de vista jurídico, radica en que a través de él, la familia como grupo social, encuentra edecuada organización jurídica, la seguridad y la certeza de las relaciones entre los consortes, la situación y estado de los hijos, de sus bienes y sus derechos familiares.

El estado de matrimonio, a través de la seguridad y la certeza que le imparte el Derecho, fortalece al grupo familiar y permite que cumpla las finalidades sociales

éticas y aún económicas que le compete dentro de la comunidad.

Donde quiera que se encuentre a un varón y a una mujer, compartiendo una vida común, hallamos también una forma de matrimonio y una familia. Siempre se trata de un grupo social primario constituido por la comunidad de los padres y de los hijos. Aunque ese grupo pueda variar considerablemente en cuanto a su forma y actividad, según los diferentes pueblos, hallamos algunos datos comunes o constantes. Existe siempre una forma de matrimonio a través de la cual, el varón y la mujer se unen para la ceremonia de la celebración del matrimonio a través del cual la relación de la pareja es públicamente reconocida y respetada y también aparecen ciertos arreglos relativos a las necesidades económicas del alumbramiento y del cuidado de los hijos. Además, hallamos la existencia de una habitación común y un sistema que otorga autoridad o preeminencia a los parientes ya del padre o ya de la madre que preve que tratamiento habrían de darle los esposos a esos parientes.

"Los Códigos Civiles de 1870 y 1884, así como la Ley de Relaciones familiares de 1917, copiaron la definición del Código de Napoleón y por dicha copia, esos cuerpos legislativos son acreedores a las mismas críticas de que fue objeto la definición de Portalis y que resumidas por Beudant consisten en que tal definición ignora el fin esencial del matrimonio.

Planiol dice del matrimonio que es el "acto por el cual el hombre y la mujer establecen entre sí una unión que la ley sanciona y que no pueden romper por su voluntad".

d) Naturaleza Jurídica del Matrimonio.

Para el derecho canónico el matrimonio es un sacramento en el cual los esposos son los ministros del acto y en el que intervienen el sacerdote como testigo de su celebración, con objeto de asegurarse la ejecución de las disposiciones de derecho canónico, a efecto de registrar el acto mismo.

Independiente de la naturaleza sacramental del matrimonio canónico, para el derecho de la Iglesia es un contrato de naturaleza indisoluble, que celebran entre sí los cónyuges, por libre y espontánea voluntad. En el derecho civil los autores discuten sobre la naturaleza jurídica del matrimonio; como sigue:

- a) Como contrato.
- b) Como contrato de adhesión.
- c) Otros autores siguiendo a León Duguit, afirman que el matrimonio es un acto condición.
- d) Para Cicu, el matrimonio es simplemente un acto de poder estatal cuyos efectos tienen lugar no tanto en virtud del acuerdo de los contrayentes sino en razón del pronunciamiento del Juez de Registro Civil, sino

que se requiere también la declaración de voluntad previa de los contrayentes. El estado no puede imponer, por un acto universal soberano, los deberes, ni hace nacer entre los cónyuges, las obligaciones propias de los consortes.

e) Como acto mixto o complejo, en el que ocurre la voluntad de los consortes y la voluntad del Estado, algunos han pretendido explicar el carácter jurídico del matrimonio.

f) Planiol dice que el matrimonio como acto es un contrato y como género de vida es un estado. Para esta explicación valen las críticas que se han hecho al matrimonio como contrato.

g) Siguiendo a Bonnecase, el matrimonio es una institución. Dentro del concepto de institución se explica no solo la celebración del mismo, sino todos los efectos jurídicos que nacen ex-lege del acto y del estado propiamente dicho.

La Institución del matrimonio está conformada por un conjunto de reglas de derecho, dice Bonnecase, esencialmente imperativas, cuyo objeto es dar a la unión de los sexos una urbanización social y moral, que corresponda a las aspiraciones que le imprime el derecho.

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

e) Matrimonio y Concubinato.

En el Código Civil francés de 1804 y en nuestros códigos civiles de 1870 y 1884, no se encuentra disposición alguna sobre el concubinato.

El derecho romano, reglamenta el concubinato y reconoce la producción de ciertos efectos, a la unión entre un varón y una mujer, que sin haber contraído *justae nuptiae*, llevaban vida en común.

La cohabitación por un tiempo prolongado, como marido y mujer (si ambos son púberes y célibes) fue la base para que en Roma se aceptara una figura particular del matrimonio (el matrimonio por sus), a través del cual podría regularizarse ante el derecho, las relaciones entre quienes vivían en esa situación, adquiriendo así aquel estado de hecho, carta de legitimidad ante el derecho, con las consecuencias propias del matrimonio.

Durante el Medievo, en España, este tipo de uniones sexuales permanentes entre hombre y mujer no ligados por matrimonio, fue objeto de un cierto tipo de regularización jurídica. Se le conoció con el nombre de "barragania". Las partidas consagran todo un título (XIV Partida Cuarta) que se denomina: "De las otras mujeres que tienen los omes, que no son de bendiciones". En esta legislación se autoriza a los solteros a tener barragana "siempre que pueda casar con ella, si quisiere".

En Francia, el Código de Napoleón no se ocupa de reglamentar esta situación de hecho; pero ante la realidad y en vista de los intereses de la concubina y de los hijos, la jurisprudencia se ha visto precisada a resolver los numerosos problemas que derivan del concubinato.

Si para los preceptos de la ley, el concubinato fue en Francia un hecho simplemente material, incapaz de producir efectos de derecho, las sentencias de los tribunales no pudieron cerrar los ojos ante la realidad que se impone a las prescripciones del legislador y los jueces han tenido que reconocer algunos efectos de derecho, producidos por tal situación de hecho.

En nuestro medio jurídico el Código Civil de 1928, actualmente en vigor, ha reconocido efectos de derecho derivados del concubinato, atribuyendo ciertos derechos de carácter económico a la concubina y al concubino y algunos otros, en relación con la investigación de la paternidad respecto de los hijos de los concubinos.

La cohabitación entre hombre y mujer (si ambos son solteros) 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 llevan vida en común sin estar casados entre sí, sean célibes. La unión sexual que exista entre un hombre y una

mujer, cuando alguno de ellos o ambos, son casados, constituye el delito de adulterio.

Se distingue el matrimonio del concubinato, en que el matrimonio produce plenitud de efectos jurídicos, derechos y obligaciones, facultades y deberes, tanto entre los cónyuges y con relación a los hijos; da lugar al parentesco por afinidad y se proyecta sobre los bienes de ambos consortes; en tanto que los efectos del concubinato reconocidos por la ley, son limitados. El matrimonio es un acto y un estado que el derecho sanciona y protege plenamente.

Aún en legislaciones como la nuestra, que reconoce la disolubilidad del vínculo matrimonial por medio del divorcio, esta ha de ser pronunciado por un órgano del poder público, después de que ha quedado probada plenamente la existencia de causas graves y que hacen imposible o no deseable socialmente la vida conyugal; mientras que el concubinato puede ser disuelto, en cualquier momento por voluntad de cualquiera de los concubenarios, sin que el derecho intervenga o deba intervenir para procurar el mantenimiento de esa situación de hecho, cuya solidez, permanencia es jurídicamente indiferentes y queda abandonada a la sola voluntad de los concubenarios.

El concubinato o unión libre como situación de hecho, no está reglamentado por el derecho. El ordenamiento jurídico sólo se ocupa de algunas de las consecuencias que

derivan de ese tipo de uniones irregulares, en protección de los intereses particulares de los concubinos (y sólo algunos de carácter económico) y de los hijos habidos durante tal situación.

f) Efectos Jurídicos del Concubinato.

El Código Civil de 1928 (y luego en la reforma de 1974) por primera vez en nuestro medio, reconoce a este tipo de uniones libres, la posibilidad de producir algunos efectos jurídicos en favor de los concubinos y en favor de los hijos de éstos, a saber: el derecho de los concubinos a participar recíprocamente en la sucesión hereditaria, el de recibir alimentos, la posibilidad de investigar la paternidad de los hijos habidos entre los concubinarios y el derecho a percibir alimentos en favor de los hijos habidos durante el concubinato. Establecida la paternidad de los hijos de la concubina, nace el derecho de éstos a ser llamados a la herencia del padre.

Conviene precisar esos conceptos: en primer lugar, no son jurídicamente concubinato las uniones transitorias entre un hombre y una mujer. El derecho sólo reconoce ciertos efectos jurídicos en favor de los concubinos y en favor de los hijos de éstos, a saber: el derecho de los concubinos a participar recíprocamente en la sucesión hereditaria, el de recibir alimentos, la posibilidad de investigar la paternidad de los hijos habidos entre los concubinarios y el

derecho a percibir alimentos en favor de los hijos habidos durante el concubinato. Establecida la paternidad de los hijos de la concubina, nace el derecho de éstos a ser llamados a la herencia del padre.

Conviene precisar estos conceptos: en primer lugar, no son jurídicamente concubinato las uniones transitorias entre un hombre y una mujer. El derecho sólo reconoce ciertos efectos a la vida en común permanente que de hecho, sin formalidad alguna legal, tiene lugar entre un hombre y una mujer. La permanencia de esta vida en común, debe prolongarse por cinco años como mínimo, lapso en el cual debe tener lugar la cohabitación (el disfrute de una casa común entre los concubinos) y en segundo lugar, como es natural, se requiere que ninguno de los concubinos sea casado. Sólo en estas circunstancias nace el derecho a heredarse recíprocamente (artículo 1635 del Código Civil). El concubinato da lugar a que se presuman hijos del concubinato y de la concubina, los hijos concebidos por ésta durante el tiempo en que vivieron juntos, habitando bajo el mismo techo (artículo 382 del Código Civil). Asimismo se presumen hijos del concubinario y de la concubina, los nacidos después de 180 días contados desde que comenzó el concubinato y los que nazcan dentro de los 300 días siguientes a aquel en que cesó la cohabitación entre el concubinario y la concubina (artículo 283 del Código Civil).

Establecida la paternidad a través del ejercicio de la acción de investigación de la paternidad, concede a los hijos de los concubenarios, el derecho a llevar el apellido del padre y de la madre, el de percibir los alimentos que fija la ley y el de adquirir la porción hereditaria en la sucesión del concubinario (artículo 389 y 1607) y siguientes del Código Civil).

Es preciso insistir en que para que el concubinario produzca los efectos mencionados se requiere que: los concubinos, durante todo el tiempo en que dure el concubinato, hayan permanecido libres de matrimonio. El concubinario y la concubina, tienen derecho a recibir alimentos, en la sucesión testamentaria de la persona con quien el testador vivió en concubinato durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o con quien tuvo hijos si el acreedor alimentario está impedido para trabajar y no tiene bienes suficientes y no contraiga nupcias (artículos 1368, fracción V del Código Civil).

Los concubinos (siempre que el concubinato haya subsistido durante los cinco años inmediatos anteriores a la muerte del autor de la herencia o si ha habido hijos entre los concubenarios, si ambos han permanecido libres durante el concubinato), tienen derecho a participar en la sucesión legítima en la proporción de un consorte (artículo 1635 del Código Civil).

a) Otros efectos. La ley federal del trabajo (artículo 501) establece que a falta de cónyuge supérstite, la indemnización por la muerte de un trabajador debida a riesgo profesional, corresponderá a las personas que económicamente dependan parcial o totalmente del trabajador fallecido. Entre dichas personas se cuenta la concubina o el concubinario, con quien el trabajador que ha muerto, a causa de un riesgo profesional, hacia vida en común.

La Ley del Seguro Social (artículo 73) a falta de esposa, a derecho a la concubina, a recibir la pensión que establece la ley en los casos de muerte del asegurado, por riesgo profesional, si vivió con el trabajador fallecido durante el concubinato.

Los mismos derechos tendrá la concubina, si la muerte es debida a accidente o a enfermedad no profesional. También tendrá derecho a la pensión de viudez, la concubina del asegurado que ha fallecido y que disfrutaba de una pensión de invalidez, de vejez o de cesantía en edad avanzada (artículo 152 de la Ley del Seguro Social).

La exposición de motivos del Código Civil para el Distrito Federal, dice: "Hay entre nosotros, sobre todo en las clases populares, una manera peculiar de formar la familia; el concubinato. Hasta ahora se habían quedado al margen de la ley los que en tal estado vivían; pero el

legislador no debe cerrar los ojos para no 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 el concubinato, ya en bien de los hijos, ya en favor de la concubina, que al mismo tiempo es madre y que ha vivido por mucho tiempo con el jefe de la familia.

Estos efectos se producen cuando ninguno de los que viven en concubinato es casado, pues se quiso rendir homenaje al matrimonio, que la Comisión considera como la forma legal y moral de constituir la familia, y si se trata del concubinato, es como se dijo antes, porque se encuentra muy generalizado, hecho que el legislador no debe ignorar".^{35/}

El concubinato es la vida marital del varón y mujer solteros sin que hayan celebrado el acto solemne del matrimonio. La unión de esta naturaleza produce los siguientes efectos: Derecho a alimentos en vida de los concubinos, Derecho a alimentos por causa de muerte a través del testamento inoficioso, Derecho a la porción legítima en la sucesión ab-intestato y presunción de paternidad con respecto a los hijos.

De acuerdo con la Ley Federal del Trabajo, y la ley del Seguro Social, a falta de cónyuge superviviente e hijos menores

35/ Montero Duhalt Sara.. opus. cit., pág. 165-166

de 16a años la concubina o el concubinario tienen derecho a la indemnización por muerte del trabajador.

Por lo anterior, surge el hablar de la posesión de estado consistente, en este caso, en el hecho de que las personas de que se trata hayan vivido como marido y mujer: hayan asumido tal condición en todas las circunstancias; que hayan observado mutuamente los derechos del matrimonio; que la mujer haya llevado el nombre del marido y que la pública opinión los haya considerado como casados.

La posesión de estado, que es un medio de prueba de la filiación, no tiene en principio, efecto alguno en cuanto al matrimonio. Es interesante mencionar que el artículo 342 del Código Civil se consigna un caso excepcional en que la sola posesión de estado de matrimonio de los padres basta para probar que los hijos de ambos, son hijos nacidos de matrimonio y es aquél en que cuando dos personas han vivido públicamente como marido y mujer, y ambos hubieran fallecido o por ausencia o por enfermedad les fuera 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 de enlace de sus padres.

Los hijos deberán además tener la posesión de estado de hijos de aquellos. En este único caso al exteriorización de la vida matrimonial de los padres concurriendo con la posesión de estado de hijos de ambos, cuando se trate de

probar la filiación legítima, basta para tener por probado el matrimonio de aquellos.

Después de esta introducción en los efectos que produce el concubinato, podemos adentrarnos en el tema primeramente analizando los dos tipos de efectos que produce el concubinato:

- a) Entre los concubinarios.
- b) Respecto a los hijos y demás parientes.

Estos pueden subdividirse a su vez en nueve:

El Parentesco.

Nuestra legislación reconoce únicamente tres clases de parentesco: el consanguíneo, el de afinidad y el civil (Art. 292 del Código Civil).

El parentesco de consanguinidad es el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor (Art. 293 del Código Civil), y el parentesco civil que es el que nace de la adopción y sólo existe entre el adoptante y el adoptado (Art. 295).

El Art. 294 del citado ordenamiento, define el parentesco por afinidad como aquél que: "Se contrae por el matrimonio entre el varón y los parientes de la mujer y entre la mujer y los parientes del varón".

Como consecuencia de lo anteriormente dicho en el derecho positivo mexicano vigente, el concubinato no genera ningún tipo de parentesco ni entre los concubenarios ni entre los parientes de cada uno de ellos en relación al otro.

alimentos.

En esta materia es donde se han producido grandes cambios a partir de 1983 en que por establecer la igualdad jurídica para las personas de ambos sexos, se otorgó el derecho a alimentos al concubinario a través del testamento inoficioso, ya que originalmente sólo se concedía este derecho a la concubina.

Dicha obligación recíproca se encontraba hasta entonces regulada en el Código Civil de 1928, pero limitada a los cónyuges.

Al efecto transcribimos el Art. 302 del Código Civil anterior a la adición del 30 de diciembre de 1983 así como el texto vigente el día de hoy.

Texto anterior: "Art. 302. Los cónyuges deben darse alimentos. La ley determinará cuando queda subsistente esta obligación en los caso de divorcio y otros que la misma ley señale".

Texto vigente: "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 concubenarios están obligados, en igual forma, a darse alimentos si se satisfacen los requisitos señalados por el Art. 1635".

A este respecto, el Lic. Chávez Asencio, expresa que: "... el haber modificado el Art. 302 del Código Civil para generar la obligación de alimentos recíprocos entre concubenarios, responde sólo a una situación especial más no resuelve el problema de las relaciones sexuales distintas al concubinato o al matrimonio que en nuestro país se presentan. Al proteger a los concubenarios especialmente a la concubina estableciendo la obligación civil de los alimentos recíprocos parece una solución incompleta con el peligro de ir asemejando el concubinato al matrimonio... debería el Código Civil proteger primordialmente a la mujer embarazada y a la que tuviere hijos con una pensión alimenticia con cargo al varón y con posibilidad de asistencia social con cargo a la comunidad y al Estado".^{36/}

Dicho lo anterior somos de la idea de que a quien habrá que proteger únicamente en el concubinato es a los hijos que nazcan de dicha relación y por ende en su caso a su madre hasta que el menor alcance la mayoría de edad.

36/ Chávez Asencio Manuel F. opus cit., pág. 297-298.

No estamos de acuerdo en que se reconozcan derechos recíprocos a los concubinarios tales como el de recibir alimentos una vez concluida la relación por muerte de uno de los concubinarios, ya que el hecho de suprimir dichos derechos, aunque resultaría una medida drástica, minaría poco a poco la fuerza adquirida por el concubinato con respecto al matrimonio.

Luego entonces, en caso de no ocurrir el nacimiento de hijos en dicha unión extra-matrimonial y, pese haber transcurrido los cinco años establecidos en el Código Civil, justo y conveniente consideramos resultaría el suprimir el derecho de percibir alimentos con el que actualmente cuentan los concubinarios en nuestra legislación en caso de fallecimiento de una de las partes.

Lo anterior con el simple propósito de no asemejar al concubinato con el matrimonio ya que en el primero las partes pese a tener la posibilidad de contraer matrimonio no es su voluntad hacerlo y por lo tanto renuncian tácitamente a los beneficios que este les brinda.

Estamos de acuerdo en que se les reconozca el derecho a percibir alimentos, pero únicamente mientras dure el concubinato, extinguiéndose dicho derecho, como lo acabamos de expresar con la muerte de uno de los concubinarios.

Lo mismo pensamos acerca del derecho que tienen las partes a participar en la sucesión legítima del concubinario

fallecido, pero esto será objeto de estudios en el punto en cuestión.

Respecto al testamento inoficioso y su regulación en nuestro derecho, juzgamos pertinente comentarlo al analizar más adelante a la sucesión como efecto jurídico derivado entre los concubenarios.

III. Sucesión Patrimonial.

En cuanto al aspecto patrimonial, éste lo dividiremos para su estudio en dos grupos: el primero en cuanto a la constitución del patrimonio familiar; y el segundo, respecto a los bienes muebles e inmuebles que pueden tener los concubenarios.

En relación al primer aspecto el Art. 723 del Código Civil expresa que el patrimonio de familia está compuesto de la casa-habitación de la familia, y en algunos casos una parcela cultivable, y que puede constituirse por cualquier miembro de la familia, según lo dispuesto por el Art. 731 del propio ordenamiento, exigiéndose como único requisito el comprobar la existencia de su familia lo cual se podrá demostrar según la fracción III del citado artículo, mediante la exhibición de las copias certificadas de las actas expedidas por los jueces del Registro Civil.

Sobre éste punto conviene ahora hacer una distinción, recordando los presupuestos que se requieren para la

existencia del concubinato: bien sea la co-habitación de los concubinarios, como si fueran cónyuges durante los últimos cinco años, o bien cuando los concubinarios hubieran tenido dos hijos sucesivos en común además de haber permanecido ambas partes libres de matrimonio durante la relación extra-matrimonial.

Respecto al primer presupuesto, en principio no encontramos fundamento alguno para que los concubinarios puedan constituir el patrimonio de la familia ya que aunque el concubinato si es fuente de la familia, no hay forma alguna para comprobar la existencia de los vínculos familiares a través de las copias de las actas correspondientes expedidas por los jueces del Registro Civil, atento a lo dispuesto por los Art. 35, 39 y 731 Fracción III del Código Civil, preceptos ya analizados.

La única forma que podemos encontrar para que se constituya el patrimonio de familia en el concubinato derivado del presupuesto en cuestión será analizado e interpretando el Artículo 725 del Código Civil, el cual enumera a los sujetos que tendrán derecho a habitar la casa o parcela cultivable objeto del patrimonio familiar, limitándose al cónyuge del que lo constituye y a las personas a quienes tenga la obligación de suministrar alimentos, siendo intransmisible dicho derecho, lo cual deja aparentemente en imposibilidad a los concubinarios de habitar la casa o parcela cultivable objeto del patrimonio

familiar, limitándose al cónyuge del que lo constituye y a las personas a quienes tenga la obligación de suministrar alimentos, siendo intransmisible dicho derecho, lo cual deja aparentemente en imposibilidad a los concubenarios de habitar la casa o parcela cultivable al no ser cónyuges ya que el mencionado precepto no hace mención a ellos.

Pero habrá que recordar al respecto que dentro de las características que debe reunir el concubinato encontramos la unión, la cual exige una comunidad de lecho en un mismo domicilio para que puedan vivir los concubenarios como si fueran cónyuges. O sea, habrá obligación de cohabitar en una misma casa, de donde podemos desprender el derecho que tienen los concubenarios de constituir el patrimonio de familia.

Ahora bien, si nos ubicamos en el segundo presupuesto para la existencia del concubinato, o sea cuando los concubenarios procreen en común dos hijos en forma sucesiva y el segundo ya se encuentre registrado, entonces sí será posible comprobar la existencia de los mencionados vínculos familiares mediante la exhibición del acta de nacimiento de los descendientes habidos dentro de la relación, mismos que pasan a formar parte de la familia ya constituida.

Es así como encontramos una protección más a los hijos que llegaren a nacer producto del concubinato, no así a los concubenarios.

En cuanto al segundo aspecto referente a los bienes de los concubenarios, es menester preguntarnos primeramente si dicha relación genera alguna sociedad de hecho respecto a los bienes que pertenezcan a cada uno de los concubenarios.

Al respecto nuestro Código Civil vigente, en su Art. 178 reconoce dos regímenes matrimoniales en relación a los bienes de los consortes: el de sociedad conyugal y el de separación de bienes.

Por lo tanto, dicho precepto legal únicamente será aplicable a la institución del matrimonio, no así a concubinato, por lo cual desprendemos que de dicha unión extra-matrimonial no se genera sociedad alguna en cuanto a los bienes de los concubenarios.

Dicho lo anterior, serán propiedad exclusiva de cada uno de los concubenarios los bienes que pertenezcan a su titular, o sea, no habrá aportación de ninguna especie ni aún mediante la celebración de algún equivalente a las capitulaciones matrimoniales. Para que un bien pueda ser compartido por ambas partes se requerirá que ambas lo hubieran adquirido en copropiedad o bien que se realice una transmisión de propiedad mediante cualquier contrato traslativo de dominio.

El Código Civil vigente ya no priva a la mujer de capacidad jurídica lo hacían los Códigos anteriores al expresar en su artículo segundo que:

"La capacidad jurídica es igual para el hombre y la mujer; en consecuencia, la mujer no queda sometida, por razón de su sexo, a restricción alguna en la adquisición y ejercicio de sus derechos civiles".

Asimismo en el libro cuatro del multicitado Código Civil se establece que: "Ninguno puede vender sino lo que es de su propiedad" (Art. 2269).

En resumidas cuentas en el concubinato los concubenarios conservarán las propiedad y administración de los bienes que respectivamente les pertenezcan, y por ende, todos los fueros y accesiones de dichos bienes no serán comunes, sino del dominio exclusivo cada uno.

Al Nombre.

Sobre éste punto, no encontramos fundamento legal alguna que obligue a la concubina a utilizar el apellido del concubinario con quien hace vida en común, como tampoco lo encontramos en el matrimonio.

Será por costumbre y no por exigencia legal el hecho de que la mujer utilice el apellido de su pareja sea omitiendo el suyo o bien agregándolo como un apellido más en su nombre mediante la preposición "de".

Al Domicilio.

Volviendo nuevamente a las características que debe reunir el concubinato encontramos la referente a que los concubenarios deben vivir como si fueran cónyuges, para lo

cual requerirán establecer un domicilio común para co-habitación.

Lo que no comprende nuestra legislación positiva vigente es el carácter obligatorio de establecer dicho domicilio en común por parte de los concubinarios, carácter que si establece como obligatorio en el caso de los cónyuges según lo dispuesto por el Art. 163 del Código Civil reformado en el mes de diciembre de 1983, el cual contiene la obligación que los cónyuges tienen para establecer domicilio conyugal común, en el cual ambos disfrutan de autoridad propia y de consideraciones iguales. Asimismo, dicho precepto indica la facultad que tienen los tribunales para que, con conocimiento de causa, eximan de dicha obligación a alguno de los cónyuges cuando el otro traslade su domicilio a país extranjero a no ser que lo haga en servicio público social, o se establezca en lugar insalubre o indecoroso.

Pero aún así, estimamos como un presupuesto esencial del concubinato el establecer un domicilio común para los concubinarios ya que lo contrario no concebiríamos la posibilidad de asemejar el trato de cónyuges que se deben los concubinarios al no cohabitar juntos.

Además hay que recordar que el Art. 267 del propio Código Civil en su fracción VIII establece como causal de

divorcio la separación de la casa conyugal por más de seis meses, sin causa justificada, con lo cual se reitera la necesidad por parte de los concubinarios de establecer un domicilio común donde cohabiten, y que si la separación del domicilio conyugal motiva la disolución del vínculo matrimonial con mayor razón motivará el término del concubinato.

46) Sucesión.

En materia sucesoria encontramos grandes reformas en los años de 1975 y de 1983, preceptos transcritos en sus textos originales y en sus textos vigentes.

Encontramos el Art. 1368 Fracción V, mismo que establece la obligación que tiene el testador de dejar alimentos a la persona con quien vivió durante los cinco años inmediatos anteriores a su muerte, o con quien tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato y que el superviviente esté impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes, este derecho subsistirá mientras la persona de que se trate no contraiga nupcias y observe buena conducta. Si el testador no contemplare dicha obligación a su cargo en el testamento, éste será declarado inoficioso en términos del Art. 1374 del Código Civil.

Dicho precepto reformado en 1975, establecía en su texto original la obligación de referencia pero únicamente con cargo al hombre en beneficio de la mujer.

Por otro lado el código Civil en su Art. 1602 Fracción I establece el derecho recíproco a heredarse por sucesión legítima a los concubinarios una vez satisfechos los requisitos establecidos en el Art. 1635 del citado ordenamiento, mismo que contiene la posibilidad de aplicar las disposiciones relativas a la sucesión legítima del cónyuge en lo referente al derecho a heredarse de los concubinarios, con lo cual se igualaron a éstos últimos con los cónyuges en materia sucesoria, igualdad que no encontramos justificada ya que equivale a tanto como promover las relaciones extra-matrimoniales en contra del propio matrimonio.

Podría ir inclusive en contra de la voluntad de los concubinarios esta disposición legal. Será distinto el supuesto en que hubiese hijos en común ya que habrá que proteger a éstos por encima de cualquier otra cosa.

Por último, cabrá hacer mención a las leyes de carácter social que otorgan el derecho de sucederse a los concubinarios, entre las que se encuentran las siguientes:

1) Ley Federal del Trabajo.

En cuanto a las personas que tienen derecho a recibir la indemnización en los casos de muerte, expresa en su Art. 501 fracciones III, IV lo siguiente:

"... III. "A falta de cónyuge supérstite concurrirá con las personas relacionadas en las dos fracciones anteriores (hijos menores de 16 años y los mayores de esa edad con incapacidad del 50 por ciento o más, así como los ascendientes que dependían económicamente del trabajador), la persona con quien el trabajador vivió como si fuera su cónyuge durante los cinco años que procedieron inmediatamente a su muerte, o con la que tuvo hijos, siempre que ambos hubieran permanecido libres de matrimonio durante el concubinato.

Más sin embargo constituye un gran acierto al referirse en su fracción IV a la relación de dependencia económica que deberá existir entre trabajador fallecido, y aquellas personas que tendrían derecho a recibir la indemnización correspondiente, ya que se producían efectos por el simple hecho de existir una dependencia económica, independiente de haber o no haber concubinato.

IV. A falta de cónyuge supérstite, hijos y ascendientes, las personas que dependían económicamente del trabajador concurrirán con la persona que reúna los requisitos

señalados en la fracción anterior, en la proporción en que cada una dependía de él..."

Este artículo no hace mención a la característica de singularidad en el concubinato, o sea, a la necesidad de que dicha unión se forme por un solo hombre y una sola mujer, de donde se desprende que es posible que reciban la indemnización varias concubinas o concubinarios si los hubiera.

III Ley de Instituto Mexicano del Seguro Social.

Al referirse a los beneficios, el Art. 72 previene que:"...

... a falta de esposa tendrá derecho a recibir la pensión señalada en la fracción II del artículo anterior la mujer con quién el asegurado vivió como si fuera su marido, durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o con la que tuvo hijos, siempre que ambos hubieran permanecido libres de matrimonio durante el concubinato. Si al morir el asegurado tenía varias concubinas ninguna de ellas gozará la pensión".

En el artículo recién citado se hace referencia como beneficiario únicamente a la concubina ignorando el concubinario como posible beneficiario, lo que nos demuestra una falta de uniformidad en nuestra legislación al respecto.

III Ley de Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores:

En su Art. 40 inciso d se adopta la misma postura que la Ley Federal del Trabajo, con la salvedad de que si

establece como requisito para gozar de tal derecho el carácter de singularidad en la relación por lo que si al morir el trabajador tenía varias concubinas o concubenarios ninguna de las personas con quiénes mantuvo dichas relaciones tendrá derecho.

III. Ley Federal de Reforma Agraria.

Esta Ley en su Art. 81, establece la facultad que tiene el ejidatario de designar a quiénes le sucederán en sus derechos sobre la unidad de dotación y en los demás inherentes a su calidad de ejidatario de entre su cónyuge e hijos, y, en defecto de ellos, a la persona con la que haga vida marital siempre que dependa económicamente de él.

Asimismo el Art. 82 del citado ordenamiento establece el orden de preferencia que se seguirá para la transmisión de los derechos agrarios, orden motivado por omisión del titular al respecto o por imposibilidad para heredar de los designados por él. Dicho orden es el siguiente:

- a) El cónyuge que sobreviva.
- b) A la persona con la que hubiera hecho vida en común y procreado hijos.
- c) A uno de los hijos del ejidatario.
- d) A la persona con la que hubiera hecho vida marital durante los dos últimos años y.

e) A cualquier otra persona de las que dependan económicamente de él.

A este respecto, no encontramos fundamentación alguna para que se declare como heredero a quien hizo vida marital durante los dos últimos años con el ejidatario fallecido.

En cambio, es considerable la diferencia de años que existe en materia civil y en materia agraria al respecto cinco en la primera y dos en la segunda.

2) Donaciones.

Estas liberalidades en materia de concubinato seguirán las reglas generales del contrato y únicamente podrían ser declaradas inoficiosos cuando el donante omita la obligación de administrar alimentos a aquellas personas a quienes los debe conforme a la ley según lo dispone el Art. 2348 del Código Civil.

A diferencia de las donaciones entre consortes (las cuales pueden ser revocadas por los donantes mientras subsista el matrimonio y cuando exista causa justificada para ellos a juicio del juez, atento lo dispuesto por el Art. 233 del citado ordenamiento), las donaciones entre concubenarios se perfeccionarán desde el mismo momento en que el donatario acepta y hace saber dicha aceptación al donante (Art. 2340 del Código Civil).

Asimismo las donaciones antes nupciales hechas de un esposo al otro, no podían exceder de la sexta parte de los bienes del donante, so pena de ser declaradas inoficiosas (Art. 221); en cambio en las donaciones entre concubenarios, serán nulas cuando comprendan la totalidad de los bienes del donante, si éste no se reserva en propiedad o en usufructo lo necesario para vivir según sus circunstancias (Art. 2347).

Es decir, la primera conlleva a la donación inoficiosa y la segunda a la donación nula.

a) Celebración de Contratos.

El concubinato no origina incapacidad alguna para contratar entre los concubenarios a diferencia de lo que ocurre en relación a los cónyuges, quienes requerirán autorización judicial para poder, contratar entre ellos, salvo cuando el contrato sea el de mandato para pleitos y cobranzas o para actos de administración, según lo ordenado por el Art. 174 del Código Civil.

Asimismo, no se requerirá dicha autorización judicial para el concubinario o concubina sea fiador de su pareja o se obligue solidariamente con él en asuntos que sean de interés exclusivo de éste, autorización judicial que se requerirá en dichos casos a los cónyuges (Art. 175 del Código Civil).

En términos generales, el contrato a celebrarse entre los concubenarios, para que surta efectos jurídicos, deberá de reunir los elementos esenciales y de validez que para todo contrato se requieren.

421. Terminación del Concubinato.

Dada la falta de coercitividad y obligatoriedad de que adolece el concubinato, a diferencia del matrimonio, podrá dicha relación extra-matrimonial terminar en cualquier momento, por cualquier circunstancia e inclusive por voluntad de una de las partes, sin que se exija ningún formalismo como es el caso del matrimonio, el cual requerirá para su disolución de un trámite de divorcio ya sea necesario, voluntario o administrativo.

Por vías de consecuencias y una vez terminado el concubinato, quedarán los sujetos en libertad y plena capacidad para entablar una nueva relación en cualquier momento, incluyendo una relación que culmine con el matrimonio.

De tal suerte, resulta palpable lo inestable que es una relación de concubinato y por ende el gran daño y perjuicio que acarrea a la familia y consiguientemente a la sociedad y al Estado.

Por otro lado, al no regularse impedimento alguno al respecto y como muestra de lo inmoral que es el concubinato,

llegamos al extremo de que al no originarse parentesco entre los concubenarios, podrá el concubinario contraer nupcias con los parientes consanguíneos de la concubina con quien vivió y viceversa, posibilidad que habrá que cerrar en nuestro derecho positivo en defensa de la ética por la cual tanto se ha luchado.

En términos generales la terminación del concubinato no originará indemnización alguna a causa daños y perjuicios provocados por el concubinario culpable por la disolución de relación, indemnización que tendrá lugar en el matrimonio al disolverse éste vía divorcio necesario con cargo al cónyuge culpable y en los términos del Art. 288 del Código Civil, precepto que califica al divorcio que origine daños y perjuicios como un hecho ilícito.

Peor si decimos que lo anterior ocurre en términos generales es porque queda abierta la posibilidad de demandar la reparación del contravertido daño moral que puede haberse causado en el concubinato, con cargo al concubinario culpable de su terminación. El Art. 1916 del Código Civil expresa al respecto:

"Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás.

Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero ... La acción de reparación no es transmisible a terceros por acto entre vivos y sólo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida.

El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, a la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso ..."

Por último, cesará la obligación recíproca de proporcionarse alimentos entre los concubinatos, obligación que, en caso de terminar el concubinato por causa de muerte de alguno de los concubenarios, perdurará hasta que el sobreviviente contraiga nupcias o deje de observar buena conducta (por ejemplo el hecho de entablar una nueva relación de concubinato), y demás esté impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes (Art. 1368 Fracción V del Código Civil).

b) Efectos Respecto a los Hijos.

La Filiación y Entestaca.

La filiación natural, misma que se presenta respecto a los hijos nacidos durante una relación de concubinato, se establece respecto del padre por medio de su reconocimiento expreso o por medio de una sentencia que declare la

paternidad, atento a lo dispuesto por el Art. 360 del Código Civil.

El reconocimiento expreso puede otorgarlo el padre mediante alguna de las siguientes formas, mismas que se encuentran establecidas en el Art. 369 del ordenamiento citado.

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

Para lograr un amplio campo de protección para el menor, el reconocimiento, una vez otorgado, no es revocable (Art. 367 del Código Civil) e inclusive, cuando es otorgado ante Notario Público por testamento éste tendrá la obligación de dar aviso de ello al Archivo General de Notarías del Distrito Federal, para que tome nota de ello, según lo ordena el Art. 80 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal.

Además y completando lo anterior, el reconocimiento del hijo natural mayor de edad requerirá el consentimiento expreso de éste en el acta respectiva. Pero si el

reconocimiento recae sobre un hijo natural menor de edad éste podrá reclamar contra dicho reconocimiento una vez que alcance la mayoría de edad, o sea a los dieciocho años (Art. 646 del Código Civil), acción que podrá deducir en el término de dos años contados a partir de su mayoría de edad, en caso de haber tenido noticia de ello antes de alcanzar la referida mayoría, o bien a partir de que tenga conocimientos de ellos, aún después de alcanzar la susodicha mayoría de edad (Art. 376 y 377 del Código Civil).

Más en el caso de que el hijo nacido fuera de matrimonio no fuera reconocido por su parte, tendrá derecho de ejercitar la acción de investigación de paternidad en los casos de raptó, estupro o violación (cuando la época del delito coincida con la de la concepción); cuando se encuentre en posesión de estado de hijo del presunto padre; cuando hubiera sido concebido durante el tiempo en que la madre habitaba bajo el mismo techo con el pretendido padre viviendo maritalmente; y cuando tuviere a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre, posibilidad contenida en el Art. 382 del Código Civil.

Respecto a la posición de estado de hijo de pretendido padre, éste se justificará demostrando por los medios ordinarios de prueba que el hijo ha sido tratado pro el presunto padre, o por su familia, como hijo del primero, y éste ha proveído a su subsistencia, educación y establecimiento (Art. 384 del Código Civil), pero con la

aclaración de que el hecho de dar alimentos no constituye por sí solo prueba ni presunción de paternidad o maternidad ni podrá alegarse como razón para investigar (Art. 387 del citado ordenamiento).

Cabe mencionar que el ya citado Art. 360 del Código Civil establece que la filiación natural resulta, con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento.

Finalmente el Art. 383 del Código Civil establece una presunción de filiación natural en los mismos plazos señalados en el Art. 324 del mismo ordenamiento y referente a la filiación legítima. Dichos preceptos dicen a la letra:

"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".

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

I. Los nacidos después de ciento ochenta días contados desde que comenzó el concubinato.

II. Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes al en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina".

Será en éste punto donde, a pesar de quererse establecer una similitud entre filiación natural y filiación legítima se termina con toda posible semejanza ya que el concubinato no tiene una fecha fija y legalmente declarada de inicio y de terminación, por carecerse de documentos, con autenticidad legal; es decir, cuando no exista el reconocimiento expreso y voluntario del concubinario respecto al hijo que nazca de su mujer, habrá que probar las fechas de inicio y terminación del concubinato por cualquiera de los medios de prueba mencionados en el punto V de éste capítulo.

Por el contrario, en la filiación legítima las fechas de inicio y extinción del matrimonio tienen una certeza jurídica indudable duda la existencia de las copias certificadas de las actas de Registro Civil extendidas por jueces facultados para ello.

Por lo tanto, y como lo expresa el Doctor Alberto Pacheco Escobedo:

"... la presunción de la filiación de legítima opera por el sólo matrimonio y sólo se desvirtúa en los casos que la ley señala: los hijos de la esposa, son legalmente hijos del marido los hijos de la concubina, no son en cambio necesariamente hijos de su concubinario, pues se requiere un juicio contencioso

en el que este sea condenado y la filiación se establece por tanto por sentencia del juez, que declara la paternidad, no por la sola presunción".

h21 Igualdad.

El Código Civil vigente ya no realiza la diferencia establecida en Códigos anteriores respecto a los hijos naturales e hijos legítimos, llegándose a la conclusión muy atinada de que los hijos no son responsables ni tienen la culpa de responder de los actos irresponsables realizados por sus padres.

La exposición de motivos del mencionado ordenamiento establece:

"Por lo que toca a los hijos, se comenzó por borrar la odiosa diferencia ente hijos legítimos y los nacidos fuera de matrimonio; se procuró que unos otros gozasen de los mismos derechos, pues es una irritante injusticia que los hijos sufran las consecuencias de las faltas de sus padres y que se vean privados de los más sagrados derechos únicamente por que no nacieron de matrimonio, de lo cual ninguna culpa tienen; se ampliaron los casos de la investigación de la paternidad, porque los hijos tienen derecho de saber quiénes los trajeron a la vida, de pedir que los autores de su existencia le proporcionen a los medios de vivir; pero se procuró que la investigación de paternidad no constituya un fuente de escándalo, de explotación por parte de mujeres sin pudor que quisieran sacar provecho de su prostitución.

Se concedió al hijo nacido fuera de matrimonio, el derecho de investigar quién es su madre, y se estableció en

favor de los hijos nacidos de concubinato la presunción de ser hijos naturales del concubinario y de la concubina".

Aún dicho lo anterior, encontramos en nuestra legislación términos infamantes tales como el de hijos adulterinos e hijos incestuosos (Art. 62 y 64 del Código Civil), conceptos que impiden en un cien por ciento la igualdad proclamada en la exposición de motivos antes citada.

b31. Alimentos.

Bastará para que se establezca la obligación alimenticia recíproca la comprobación de la relación de parentesco derivado del hijo nacido en concubinato y su presunto padre, conforme ha quedado expresado en el punto referente a la filiación y parentesco, motivo por el cuál a él nos remitimos.

Asimismo, el Código Civil en su Art. 389 Fracción III establece el derecho que tiene el hijo nacido en concubinato a ser alimentado por las personas que lo reconozcan.

b41. Incapacidad para Adoptar.

Si se parte del supuesto de que el concubinato es un hecho jurídico ilícito que produce consecuencias jurídicas, y que es ilícito por ser contrario a las buenas costumbres es de suponerse y se supone que los concubenarios no son aptos para poder adoptar, ya que según lo dispone el Art.

390 Fracción III del Código Civil se requiere que el adoptante sea una persona de buena costumbre.

b51 Patrimonio de familia.

Sobre éste punto nos remitimos a lo ya expresado en lo relativo al patrimonio de familia visto como un efecto jurídico entre los concubinarios.

b61 Nombre.

El ya referido Art. 389 en su Fracción I reconoce como derecho del hijo nacido fuera de matrimonio al de llevar el apellido paterno de sus progenitores, o ambos apellidos del que lo reconozca.

Lo anterior resulta ya que, independientemente de ser el nombre uno de los atributos de la personalidad inherente a la persona misma, es de derecho natural que todo hijo tenga derecho a llevar el nombre de sus progenitores.

b71 Sucesión.

El Art. 1313 del Código Civil establece como regla general la siguiente:

"Todos los habitantes del Distrito Federal de cualquier edad que sean, tienen capacidad para heredar".

Pero dicha capacidad puede perderse con relación a ciertas personas y a determinados bienes, enlistados que no

comprende a los hijos nacidos en concubinato, por lo cual les aplicamos la regla general.

A la vez el Art. 1334 del citado ordenamiento establece que para poder heredar al sucesor, bastará que sea capaz al tiempo de la muerte del autor de la herencia.

Por último, el Art. 1607 del multicitado ordenamiento, al hablar de la sucesión legítima concurriendo descendientes, establece que si la muerte de los padres quedaren solo hijos, la herencia se dividirá entre todos por partes iguales.

Consideramos un acierto la redacción del precepto antes invocado toda vez que no hace distinción alguna entre hijos naturales e hijos legítimos, temática que deba seguir nuestro derecho positivo.

DEL PATRIA POTESTAD.

Recordamos al efecto que la patria potestad, independientemente de referirse a los hijos nacidos de matrimonio, a los hijos nacidos fuera de matrimonio siempre deriva de la filiación.

El Código civil contempla reglas especiales para el caso de los hijos nacidos fuera de matrimonio (como lo son aquellos nacidos en concubinato), entre las que encontramos las siguientes:

"Art. 415. Cuando dos progenitores han reconocido al hijo nacido fuera de matrimonio y viven juntos ejercerán ambos la patria potestad". Si viven separados, se observará en su caso lo dispuesto en los Art. 380 y 381".

"Art. 380. Cuando el padre y la madre que no vivan juntos reconozcan al hijo en el mismo acto, convendrá cual de los dos ejercerá la custodia. En caso de controversia decidirá el Juez de la Familiar del lugar, oyendo a las partes y al Ministerio Público".

"Art. 381. En caso de que el reconocimiento se efectúe sucesivamente por los padres que no viven juntos, ejercerá la custodia el que primero hubiera reconocido salvo que se conviniera otra cosa entre los padres".

"Art. 416. En los caso previstos en los artículos 380 y 381, cuando por cualquier circunstancia deja de ejercer la patria potestad alguno de los padres, entrará a ejercerla el otro".

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

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

El concubinato es una situación de hecho que aunque nuestra legislación regule ciertos efectos jurídicos derivados de dicha relación, creo que se deberían de limitar dichos efectos a situaciones muy específicas y con las cuales no se beneficiara a los concubinos.

En el transcurso de la historia pudimos ver el comportamiento de los distintos pueblos en relación con la familia; había pueblos eminentemente guerreros los cuales le daban importancia a la procreación de los hijos en virtud de las necesidades que tenían, conforme transcurría la historia la evolución de los pueblos fue muy variada, pero en todos pudimos observar que el concubinato era una situación mal vista.

Una situación que es de llamar la atención es que al concubinato se le de en algunos casos el trato de un matrimonio, pero la gran diferencia con este es que se encuentra fuera de la ley, y es absurdo que el derecho únicamente acepte como el único medio para formar la familia al matrimonio y a su vez este dando una regulación a la figura del concubinato, la cual aunque esta muy arraigada en nuestro pueblo, el derecho no puede fomentarla dándole derechos a los concubinos como si fuera una especie de matrimonio pero fuera de la ley.

En cuanto a los efectos jurídicos que se derivan del concubinato, los únicos que creo que se deberían de mantener son el derecho de los hijos a recibir alimentos y el derecho a heredar, así como el derecho de la mujer únicamente para recibir alimentos pero sin poder por ninguna causa heredar.

Una solución para evitar estas relaciones tan comunes en nuestro pueblo sería el hacer campañas publicitarias, para concientizar a la población de que la única forma de formar una familia es por el matrimonio explicando las ventajas que tiene este sobre el concubinato.

El concubinato es una forma de atentar contra la familia, puesto que no da ninguna estabilidad y seguridad a los miembros que viven en concubinato y para los hijos los cuales son los más perjudicados por esta relación, el estado tiene que velar más por la familia y tratar de evitar que estas relaciones se sigan fomentando y así contribuir a la unión familiar, con la cual se fomentan los valores que son tan importantes para el progreso de un país.

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFIA

1. ARCE Y CERVANTES JOSE. De las Sucesiones, 1a. ed, Editorial Porrúa, S.A. México, 1983.
2. ALONSO HINOJAL ISIDRO. La Crisis de la Institución Familiar. Salvat Editores, S.A. Barcelona, 1973.
3. AMEGLIO ARZENO CARLOS. El Régimen Jurídico del Concubinato II. Edición Rosario, 1940.
4. ARIAS JOSE. Derecho de Familia, Editorial Guillermo Kraft. Limitada, Buenos Aires, 1952.
5. ARIES PHILIPPE Y OTROS. Historia de la Vida Privada. Altea, Taurus, Alfaguara S.A. Madrid, 1989.
6. BATIZA RODOLFO. Las Fuentes del Código Civil de 1928. 1a. ed. Porrúa, S.A. México 1979.
7. BOSSERT, GUSTAVO A. Concubinato. Ediciones Jurídicas Orbir, Rosario, Argentina, 1968.
8. BRUGI, BIAGIO Instituciones del Derecho Civil. Uteha, México, 1985.
9. CASTAN TOBEÑAS JOSE, Derecho Civil Español Común y Foral, 9a ed., Editorial Reus. Madrid, 1976.

10. CHAVEZ ASCENCIO MANUEL F., La Familia en el Derecho (Relaciones Jurídicas Conyugales), 1a. ed., Editorial Porrúa, S.A., México 1985.
11. CHAVEZ ASENSIO MANUEL F., La Familia en el Derecho., 1a. Editorial Porrúa, S.A. México, 1985.
12. CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL.
13. COLIN AMBROSIO Y H. CAPITAN. Curso Elemental de Derecho Civil. Tomo primero., Instituto Editorial Reus., Madrid, 1941.
14. CUEVA MARIO DE LA. El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo. Tomo II, 10a. edición, Editorial Porrúa, S.A. México, 1985.
15. ESQUIVEL OBREGON TORIBIO, Apuntes para la Historia del Derecho en México, Tomo II, 2a. Edición, Editorial Porrúa, México, 1984.
16. ESQUIVEL OBREGON TORIBIO; Apuntes para la Historia del Derecho en México. Tomo I, Los Origenes, Editorial Polis, México, 1937.
17. FAGOTHEY AUSTIN. Etica. Editorial Interamericana. México 1986.

18. FERNANDEZ MORIS RAMIRO. Equiparación del Concubinato al Matrimonio Civil. Jesús Montero, Editor, La Habana, 1954.
19. GALINDO GARFIAS IGNACIO. Derecho Civil (Primer Curso) 6a. ed., Editorial Porrúa, S.A. México 1983.
20. GARCIA MAYNEZ EDUARDO. Introducción al Estudio del Derecho, 34a. ed., Editorial Porrúa S.A., México, 1982.
21. GONZALEZ MARIA DEL REFUGIO. Introducción al Derecho Mexicano, (Historia del Derecho Mexicano), Universidad Nacional Autónoma de México, 1a. ed. México, 1981.
22. HERNANDEZ MEDIANA ALBERTO Y OTROS COMO SOMOS LOS MEXICANOS. Centros de Estudios Educativos, A.C. México, 1987.
23. IBARROLA ANTONIO. Cosas y Sucesiones. 6a. ed. Editorial Porrúa, S.A. México 1986.
24. IBARROLA ANTONIO. Derecho de Familia, 3a. ed. Editorial Porrúa, S.A., México, 1984.
25. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADISTICA. Geografía e Informática. Por Censo General de Población y Vivienda 1980. Resultados Preliminares, México, 1981.
26. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADISTICA, GEOGRAFIA E INFORMATICA. Diez Años de Indicadores Económicos y Sociales de México, México, 1986.

27. LEY DE INSTITUTO DEL FONDO NACIONAL DE LA VIVIENDA PARA LOS TRABAJADORES.
28. LEY DEL SEGURO SOCIAL.
29. LEY FEDERAL DE LA REFORMA AGRARIA.
30. LEY FEDERAL DEL TRABAJO.
31. LEY DE NOTARIADO PARA EL DISTRITO FEDERAL.
32. LOZANO NORIEGA FRANCISCO. Cuarto Curso de Derecho Civil. (Contratos). Asociación Nacional del Notariado Mexicano, 4a. ed. México, 1986.
33. MARGADANT GUILLERMO FLORIS. Derecho Romano, 12a. ed. Editorial Esfinge, S.A. México, 1983.
34. MARGADANT GUILLERMO FLORIS, Introducción a la Historia del Derecho Mexicano. 5a. ed., Editorial Esfinge, S.A., México, 1982.
35. MAZEAUD, HENRI Y OTROS LECCIONES DE DERECHO CIVIL. Parte Primera, Volumen III, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1959.
36. MAZZINGUI, JORGE ADOLFO. Derecho de Familia. Tomo I Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1971.
37. MENDIETA Y NUÑEZ LUCIO. El Problema Agrario en México y la Ley Federal de la Reforma. Agraria, 20a. ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 1985.

38. MONTERO DUHALT SARA. Derecho de Familia. 2a. ed. Editorial Porrúa, S.A. México, 1985.
39. NUÑEZ Y NUÑEZ, EDUARDO RAFAEL. Unión Extramatrimonial. Jesús Montero, Editor, La Habana, 1947.
40. PACHECO ESCOBEDO ALBERTO, La Familia en el Derecho Civil Mexicano, 1a. ed., Panorama Editorial, México, 1984.
41. PALLARES EDUARDO, El Divorcio en México, 4a. ed., Editorial Porrúa, S.A. México, 1984.
42. PAVON VASCONCELOS FRANCISCO. Manual de Derecho Penal Mexicano (Parte General), 7a, ed., Editorial Porrúa, S.a. México, 1985.
43. PLANIOL, MARCELO Y JORGE RIPERT. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. Tomo Segundo, Editorial Cultural, S.A. La Habana, 1946.
44. PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO BERNANDO. Derecho Notarial, 3a., ed., Editorial Porrúa., S.A., México, 1986.
45. PETIT, EUGENE. Tratado Elemental de Derecho Romano. Editorial Nacional, S.A., México, 1951.
46. PINA RAFAEL. Elementos de Derecho Civil Mexicano, Tomo I, 14a. ed. Editorial Porrúa, S.A. México 1985.
47. ROJINA VILLEGAS RAFAEL. Compendido de Derecho Civil. 19a. ed., Editorial Porrúa, S.A. México 1983.

48. ROJINA VILLEGAS RAFAEL, Derecho Civil Mexicano, 7a, ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 1987.
49. ROYO MARTINEZ MIGUEL. Derecho de Familia. Imprenta Suárez. Sevilla, 1949.
50. RUIZ HUMBERTO. El Concubinato como Fuente de Relaciones Jurídicas. Tesis para obtener el título de Doctor en Derecho y Ciencias Políticas. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1955.
51. SANCHEZ AZCONA JORGE. Familia y Sociedad. Editorial Joaquín Mortiz. México, 1976.
52. SANCHEZ MEDAL RAMON. Los Contratos Civiles. 7a. ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 1984.
53. SOMARIVA UNDURRAGA MANUEL. Derecho de Familia. Editorial Nacimiento. Santiago de Chile, 1946.
54. VILLOORO TORANZO MIGUEL. Introducción al Estudio del Derecho, 5a. ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 1982.
55. WESTERMARCK EDWARD. Historia del Matrimonio Laertes, S.A., De Ediciones Barcelona, 1984.
56. ZANNONI EDUARDO A. El Concubinato. Ediciones de Palma Buenos Aires, 1970.