



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

**FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ACATLAN**

**ANALISIS CRITICO AL ARTICULO 288 RELACIONADO CON
EL ARTICULO 291 QUINTUS DEL CODIGO CIVIL PARA EL
DISTRITO FEDERAL, RESPECTO A LA IGUALDAD JURIDICA
ENTRE EL HOMBRE Y LA MUJER.**

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

ASESOR: MARIA MARTHA LEON ORTIZ

SANTA CRUZ ACATLAN

SEPTIEMBRE DEL 2004



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



DEDICATORIAS

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO, CAMPUS ACATLAN...

Por la oportunidad que medio de ser parte integrante de su gran comunidad estudiantil, de recibir cátedra de su profesorado, pilar de mundo profesional del país, de disfrutar y utilizar sus instalaciones, siempre en pro de mi crecimiento intelectual y de todos los momentos, que como estudiante viví en sus aulas, momentos que no volverán, pero que sin embargo siempre guardare en mi corazón, por todo eso gracias a mi Universidad.

A TODOS Y CADA UNO DE LOS PROFESORES QUE INTERVINIERON EN MI FORMACIÓN COMO ESTUDIANTE, quienes me brindaron la oportunidad de ser mejor cada día y que gracias a ellos hoy sustento este trabajo, y en especial a la Maestra María Martha León Ortiz, quien me brindo su tiempo y atención para la elaboración de mi Tesis Profesional.

A MIS PADRES...

Quienes me inculcaron con amor los valores con los que he caminado por la vida, para llegar a ser un hombre de bien; y que son, el legado más grande que un hombre puede recibir.

A MIS HERMANOS...

Dany, Elenita y Gaby, compañeros que me envió Dios, quienes fueron cómplices de incontables travesuras de la infancia y a quienes agradezco su apoyo incondicional en la vida.

A MI HIJO ADRIAN BERNARDO MARTINEZ QUINTANAR...

Quien con su nacimiento me impulso a ser mejor; con su sonrisa me hizo ver la vida con alegría; con su primer palabra "papá" me hizo enorgullecerme de lo que soy; y es quien cada día me da la fuerza para luchar ante la vida.

A MI ESPOSA CLAUDIA ANGELICA QUINTANAR MORALES...

Que es lo mejor que me ha pasado en la vida, a quien debo los mejores momentos de mi vida, por lo que no tengo palabras para agradecerle, simplemente me resta decirle que la amo.

OBJETIVO:

El objetivo que se persigue es demostrar que la reforma al artículo 288 de Código Civil para el Distrito Federal, entrada en vigor el 1° de junio del 2000, viola la garantía de igualdad jurídica entre el hombre y la mujer, ya que en el caso de divorcio voluntario por vía judicial, únicamente reconoce a la mujer el derecho a recibir alimentos.

JUSTIFICACIÓN DEL TEMA:

El artículo 288 del Código Civil para el Distrito Federal, viola el principio Constitucional de igualdad entre el hombre y la mujer, consagrados en el artículo 4º, al desconocer el derecho a recibir alimentos, que tiene el conyuge en el divorcio voluntario, sin embargo el artículo 291 Quintus del Código Civil para el Distrito Federal, otorga el derecho a recibir alimentos al concubino, una vez que cesa la convivencia en el concubinato, afectando gravemente la Institución Matrimonial, ya que resulta que actualmente como hombre se tienen más derechos al vivir en concubinato, que al contraer matrimonio.

TITULO:

“ANÁLISIS CRÍTICO AL ARTÍCULO 288 RELACIONADO CON EL ARTÍCULO 291 Quintus DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, RESPECTO A LA IGUALDAD JURÍDICA ENTRE EL HOMBRE Y LA MUJER”.

**CAPITULADO TESIS PROFESIONAL ABEL MARINEZ MARTINEZ INTITULADA
"ANÁLISIS CRITICO AL ARTICULO 288 RELACIONADO CON EL ARTICULO
291 Quintus DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, RESPECTO
A LA IGUALDAD JURÍDICA ENTRE EL HOMBRE Y LA MUJER".**

INTRODUCCIÓN

CAPITULO I

RESEÑA HISTORICA, MATRIMONIO, CONCUBINATO Y DIVORCIO

| | |
|---|-----------|
| 1.1. EVOLUCIÓN DEL MATRIMONIO..... | 1 |
| 1.1.1. MATRIMONIO POR GRUPOS..... | 3 |
| 1.1.2. MATRIMONIO POR RAPTO..... | 7 |
| 1.1.3. MATRIMONIO POR COMPRA..... | 8 |
| 1.1.4. MATRIMONIO POR CONSENTIMIENTO..... | 9 |
| 1.1.4.1. Derecho romano..... | 10 |
| 1.1.4.2. Canónico..... | 16 |
| 1.1.4.3. Civil solemne..... | 21 |
| 1.2. PANORAMA HISTORICO DEL CONCUBINATO..... | 23 |
| 1.2.1. CIVILIZACIONES ANTIGUAS | |
| 1.2.1.1. Grecia..... | 24 |
| 1.2.1. 2. Roma..... | 27 |
| 1.2.1. 3. España..... | 31 |
| 1.2.2. MÉXICO..... | 35 |
| 1.2.2.1. Cultura tarasca..... | 35 |
| 1.2.2.2. Cultura azteca..... | 37 |
| 1.2.2.3. México independiente..... | 39 |
| 1.3. ANTECEDENTES DEL DIVORCIO..... | 42 |
| 1.3.1. EN EL DERECHO ROMANO..... | 43 |
| 1.3.2. EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA..... | 45 |
| 1.3.3. EN EL DERECHO CANONICO..... | 47 |

CAPITULO II

ASPECTOS JURÍDICOS DOCTRINARIOS

| | |
|---------------------------------|-----------|
| 2.1.MATRIMONIO..... | 50 |
| 2.1.1. CONCEPTO..... | 51 |
| 2.1.2. NATURALEZA JURÍDICA..... | 53 |

| | |
|--|-----------|
| 2.1.2.1. Acto jurídico complejo..... | 54 |
| 2.1.2.2. Contrato de derecho de familia..... | 57 |
| 2.1.2.4. Estado civil..... | 59 |
| 2.1.2.5. Institución jurídica..... | 61 |
| 2.2. CONCUBINATO..... | 62 |
| 2.2.1. CONCEPTO..... | 63 |
| 2.2.2. NATURALEZA JURÍDICA..... | 65 |
| 2.2.2.1. Como institución..... | 65 |
| 2.2.2.2. Es un contrato..... | 66 |
| 2.2.2.3. Acto jurídico..... | 68 |
| 2.2.2.4. Deriva de un hecho jurídico..... | 70 |
| 2.3. DIVORCIO..... | 72 |
| 2.3.1. CONCEPTO..... | 73 |
| 2.3.2. NATURALEZA JURÍDICA..... | 74 |
| 2.3.2.1. Acto jurisdiccional..... | 75 |
| 2.3.2.2. Acto administrativo..... | 76 |
| 2.4. ALIMENTOS..... | 78 |
| 2.4.1. CONCEPTO..... | 78 |
| 2.4.1.1. Derecho a recibir alimentos..... | 80 |
| 2.4.1.2. Obligación de proporcionar alimentos..... | 82 |
| 2.4.2. FUNDAMENTO..... | 85 |
| 2.4.2.1. Ético..... | 85 |
| 2.4.2.2. Jurídico..... | 87 |

CAPITULO III

ASPECTOS LEGALES

| | |
|--|------------|
| 3.1. MATRIMONIO..... | 89 |
| 3.1.1. CONCEPTO..... | 89 |
| 3.1.2. CONSECUENCIAS JURÍDICAS EN LA PERSONA DE LOS CÓNYUGES..... | 89 |
| 3.1.2.1. Igualdad y reciprocidad de derechos y deberes..... | 90 |
| 3.1.2.2. Ayuda mutua..... | 92 |
| 3.1.3. EL DIVORCIO COMO CAUSA DE DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO..... | 93 |
| 3.1.3.1. Concepto..... | 94 |
| 3.1.3.2. Divorcio voluntario..... | 95 |
| 3.1.3.3. Divorcio necesario..... | 99 |
| 3.1.3.4. Consecuencias jurídicas en relación a los cónyuge.. | 103 |
| 3.2. CONCUBINATO..... | 105 |

| | |
|---|------------|
| 3.2.1. CONCEPTO..... | 105 |
| 3.2.2. CONSECUENCIAS JURÍDICAS EN LA PERSONA DE LOS CONCUBINOS..... | 106 |
| 3.2.2.1. Igualdad y reciprocidad de derechos y obligaciones..... | 110 |
| 3.2.2.2. Derecho recíproco de proporcionarse alimentos..... | 113 |
| 3.3. MATRIMONIO Y CONCUBINATO SIMILITUDES Y DIFERENCIAS.. | 113 |
| 3.3.1. SIMILITUDES..... | 113 |
| 3.3.1.1. Constituyen familia..... | 114 |
| 3.3.1.2. Generan derechos y obligaciones..... | 115 |
| 3.3.2. DIFERENCIAS..... | 115 |
| 3.3.2.1. Matrimonio..... | 115 |
| 3.3.2.1.1. Acto jurídico solemne..... | 118 |
| 3.3.2.1.2. Para su disolución es necesario un proceso administrativo ó judicial..... | 119 |
| 3.3.2.1.3. Plenitud de efectos jurídicos..... | 120 |
| 3.3.2.1.4. Contrato de derecho de familia..... | 121 |
| 3.3.2.2. Concubinato..... | 121 |
| 3.3.2.2.1. Carece de formalidades..... | 121 |
| 3.3.2.2.2. En cualquier momento termina..... | 122 |
| 3.3.2.2.3. Efectos jurídicos limitados..... | 123 |
| 3.3.2.2.4. Dos voluntades en un hecho..... | 123 |

CAPITULO IV

LA REFORMA AL ARTICULO 288 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, VIOLA EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD JURÍDICA ENTRE EL VARON Y LA MUJER

| | |
|--|------------|
| 4.1. ANÁLISIS JURÍDICO DE LA GARANTÍA DE IGUALDAD PREVISTA EN EL ARTÍCULO 4º CONSTITUCIONAL..... | 126 |
| 4.2. LIMITACIÓN DE LOS DERECHOS DERIVADOS DEL DIVORCIO VOLUNTARIO EN FAVOR DEL CÓNYUGE, EN TERMINOS DEL ARTÍCULO 288 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL..... | 139 |
| 4.3. INCONGRUENCIA DE LAS REFORMAS ENTRADAS EN VIGOR EL 1º DE JUNIO DEL 2000, EN MATERIA DE ALIMENTOS..... | 146 |
| 4.3.1. SUPRIME DERECHOS PARA EL CÓNYUGE DIVORCIANTE..... | 148 |
| 4.3.2. CREA DERECHOS PARA EL CONCUBINO CUANDO CESA EL CONCUBINATO..... | 152 |

**4.4. OMISIÓN ILEGAL DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DEL
CÓNYUGE DIVORCIANTE A RECIBIR ALIMENTOS, POR LA REFORMA AL
ARTÍCULO 288 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.... 154**

CONCLUSIONES..... 157

NAUCALPAN DE JUÁREZ A 6 DE JULIO DEL 2001.

BIBLIOGRAFÍA:

1.- Derecho Romano. Instituciones de derecho romano. Juan Iglesias. Editorial Ariel S.A., Barcelona España. Séptima Edición. 774 páginas.

2.- Instituciones de Justiniano. Por M. Ortolán. Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, Argentina. 369 páginas.

3.- Derecho Romano. Colección Textos Jurídicos Universitarios. Marta Morineau Iduarte y Román Iglesias González. Editorial Harla. México, 292 páginas.

4.- Derecho Romano. Guillermo Flores Margadant S. Editorial Esfinge, S.A. de C.V., Décimo Sexta Edición, México 530 páginas.

5.- Derecho de Familia. Sara Montero Dalaht, Editorial Porrúa, S.A., México D.F., 429 Páginas.

6.- Derecho de Familia y Sucesiones, Colección Textos Jurídicos Universitarios. Edgard Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Báez. Editorial Harla. México 493 páginas.

7.- Instituciones de Derecho Civil. Jorge Mario Magallón Ibarra. Editorial Porrúa. Primera edición 1988, México D.F., 586 páginas.

8.- Derecho de Familia. Antonio de Ibarrola, Editorial Porrúa S.A.. 4 Edición 1993, México D.F., 606 páginas.

9.- Derecho Civil "Derecho de Familia" Tomo 2, Eduardo A. Zannoni Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, Buenos Aires, Argentina 2 Edición, 898 páginas.

10.- Derecho Civil Mexicano Tomo 2, Derecho de Familia. Rafael Rojina Villegas, Editorial Porrúa, 7 Edición, México D.F., 805 páginas.

11.- Obligaciones Civiles. Manuel Bejarano Sánchez, Editorial Harla, Colección Textos Jurídicos Universitarios, 3 Edición, México 1990, 621 páginas.

12.- Ley de Relaciones Familiares de 1917, Editorial Porrúa, México.

13.- Tratado de Derecho Civil. Jorge Ripert y Jean Boulanger, Tomo 3, Editorial la Ley, Buenos Aires Argentina.

14.- Diccionario de Derecho. Rafael de Pina. Editorial Porrúa S. A.. 9 Edición. México 1989, 624 páginas.

15.- Revista de la Escuela de Derecho XXVIII Aniversario. Universidad de Sonora. Noviembre 1991. 95 páginas.

LEGISLACIÓN:

16.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 16 Edición 2000, 183 páginas.

17.- Código Civil para el Distrito Federal, Editorial Sista, S.A. de C.V. México 2001, 154 páginas.

18.- Código Civil para el Distrito Federal, Editorial Porrúa, 57 Edición, México 1989, 659 páginas.

19.- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, Editorial Sista, S.A. de C.V. México 2001, 238 páginas.

JURISPRUDENCIA:

20.- Compilación de Jurisprudencia y Ejecutorias Importantes en Materia de Familia de 1917 a 1998 tomo 4 Rogelio Alfredo Ruiz Lugo y Jorge Guillén Mandujano, México 1992 Imprenta Aldina Rosell y Sordo Noriega, S. de R. L. México D.F. 331 páginas.

21.- Compilación de Jurisprudencia y Ejecutorias Importantes en Materia de Familia de 1917 a 1998 tomo 5 Rogelio Alfredo Ruiz Lugo y Jorge Guillén Mandujano, México 1992 Imprenta Aldina Rosell y Sordo Noriega, S. de R. L. México D.F. 193 páginas.

CAPÍTULO 1

RESEÑA HISTÓRICA, MATRIMONIO, CONCUBINATO Y DIVORCIO

1.1 EVOLUCIÓN DEL MATRIMONIO.

Como nota introductoria del tema en estudio, consideramos necesario apuntar, que atendiendo a nuestro particular punto de vista, resulta indudable que el hablar de la evolución del matrimonio como una institución civilizada para constituir una familia, resulta tarea ardua, pero al mismo tiempo apasionante y significativa, dado que como lo sabemos, aún en la actualidad, tanto el matrimonio y la familia que se deriva de éste, son considerados por la literatura y el orden jurídico como dos de las más grandes instituciones en las que se fundamenta nuestro Estado Mexicano y por consecuencia lógica la sociedad misma.

Estos argumentos adquieren mayor relevancia, si tomamos en cuenta que coexistentes con el sentido jurídico y social del matrimonio, existen hoy en día dos figuras jurídicas que por las propias y

especiales características que contienen, obligan necesariamente a su estudio, nos referimos al concubinato y por supuesto al divorcio.

En tal virtud, también queremos manifestar que dentro del presente apartado, nos abocaremos de manera metodológica y crítica a realizar el estudio de cada una de estas figuras normativas, a efecto de que mediante su comprensión, tengamos reunidos los elementos fundamentales que nos permitan disertar acerca de los procesos evolutivos que las mismas han sufrido hasta llegar a la regulación jurídica, que en la actualidad tanto la doctrina especializada, así como nuestro sistema jurídico, les reconocen.

Atento a las premisas anteriores, principiaremos por decir que a lo largo de la historia de la humanidad, el matrimonio como lo conocemos en la actualidad, ha sido realizado y regulado en su momento, según sea la comunidad y la época de la que se trate. Es decir, en la época civilizada de la humanidad y dependiendo de las leyes o costumbres de éstas, la forma de contraer matrimonio y por consecuencia, de formar una familia, ha sido tan variada como variada es la geografía, idiomas y costumbres de este planeta. Sin embargo, y como lo veremos en los subsecuentes apartados de nuestro estudio, antes de que se regularan normativamente el matrimonio, el

concubinato y el divorcio, existieron otras formas de unión, mismas que como ya lo manifestamos, se pueden remontar a las épocas más remotas de los orígenes del hombre, tal es el caso del matrimonio por grupos, raptó, por compra, etcétera, según lo estudiaremos a continuación.

1.1.1 Matrimonio por grupos.

Decíamos en el apartado anterior, que el origen de la familia y sus propias y especiales características ha estado ligado a la evolución misma de la humanidad. Así entonces, según la literatura especializada y siguiendo las teorías de Henry Lewis Morgan, citado por el maestro Julián Güitrón Fuentevilla, la familia se puede clasificar de la siguiente manera:

- I. ***Dentro del salvajismo.***- En esta época la humanidad se ubica en tres etapas, siendo éstas, la etapa inferior (considerada como la infancia del género humano); etapa media, (aparece el fuego y la alimentación era fundamentalmente a base de pescado); etapa superior, (como consecuencia de la caza regular, es inventado el arco y la flecha).

- II. **Barbarie.**- Igualmente en esta época se divide la evolución de la humanidad en tres etapas, mismas que son: etapa inferior, (se empieza a domesticar y criar a los animales, surge la alfarería y cultivo de plantas); etapa media, (se obtiene carne y leche mediante la domesticación de animales, además de que se dan avances en la agricultura); etapa superior, (se origina la fundición de minerales de hierro, y la producción de la agricultura en gran escala);
- III. **Era Civilizada.**- Surgimiento de las grandes culturas y primeras instituciones sociales y jurídicas.¹

Ahora bien, dentro de estos primeros estadios de evolución de la humanidad, tuvo verificativo el llamado matrimonio por grupos, mismo que en palabras de la maestra Sara Montero Duhalt, es conocido también como cenogamia, y consistía en la relación sexual que se practicaba entre un grupo de hombres con un determinado grupo de mujeres, dentro del cual todos eran cónyuges en común, de tal suerte que, la relación sexual se entablaba únicamente entre los miembros del grupo matrimonial, constituyéndose una primitiva regulación de derechos y deberes en razón de la convivencia grupal.

¹ Cfr. GÚITRÓN FUENTEVILLA, JULIÁN. *Derecho Familiar*. 3ª edición, Editorial Promociones Jurídicas y Culturales, México, 1988, pág. 39.

Por esto, agrega la maestra Montero Duhalt, posiblemente los orígenes del matrimonio por grupos, estuvo cimentado en los tabúes derivados del totemismo y la exogamia. En este sentido, el matrimonio por grupos de carácter exogámico, presenta asimismo dos características principales, a saber:

- a) La más amplia que consistía en que los diferentes varones de una tribu, se casan con diferentes mujeres de otra; y
- b) La que consistía en que un grupo determinado de varones, tienen por esposas a un grupo de mujeres hermanas entre sí, o bien, un grupo de hermanos en común, teniendo por esposas a diversas mujeres. ²

Como lo podemos inferir de las anteriores citas, en sus primeros estadios de evolución, la familia tenía una constitución basada en la promiscuidad. Es decir, según lo precisa el maestro Güitrón Fuentevilla, haciendo alusión a las teorías de Engels, en esta etapa, existió un comercio sexual promiscuo, de tal suerte que cada mujer pertenecía igualmente a todos los hombres y cada hombre a todas las mujeres.

² Cfr. MONTERO DUHALT, SARA, *Derecho de Familia*, 3ª edición, Editorial Porrúa, México, 1987, págs. 101 y 102.

Posteriormente, la relación familiar permitió, por así decirlo, el matrimonio por grupos, en una promiscuidad relativa, dado que los hombres de una tribu buscaban la unión sexual con las mujeres de otras tribus u hordas, determinándose la filiación que es la relación que de hecho y en forma natural existe entre el padre o la madre y su hijo.³

Así entonces, entre otros argumentos, se puede denominar al matrimonio por grupos, como la unión sexual que se originó en la segunda etapa de la humanidad primitiva, en virtud de una de las necesidades fisiológicas más importantes del hombre adulto.

Sin embargo, no se tienen antecedentes fidedignos de que esta clase de matrimonio, y como forma de constituir familia hubiera existido, dado que como lo afirma Federico Engels:

“El matrimonio por grupos aún habiendo existido, pertenece a una época tan remota que de ningún modo podemos prometeros encontrar pruebas directas de su existencia, ni aún en los fósiles sociales entre los salvajes más atrasados.”⁴

³ Cfr. *Ibidem*, MONTERO DUHALT, SARA, pág. 42.

⁴ Citado en GÚITRÓN FUENTEVILLA, JULIÁN. *Ibidem*, pág. 42.

Por lo tanto, siguiendo con el carácter intelectual que la doctrina establece del matrimonio por grupos, podemos manifestar que éste se constituyó después de superada la etapa salvaje del ser humano, en donde sólo reinaba la promiscuidad sexual como una forma de apareamiento, lo que nos permite asegurar que en aquél entonces, no se podía concebir al grupo familiar como unidad orgánica más allá de la horda.

En suma, podemos asegurar que una vez iniciado el segundo período de la época salvaje de la humanidad, dentro del largo proceso del desarrollo de la familia, y al surgir las primeras manifestaciones de afecto, solidaridad y parentesco entre los miembros de las tribus se fue consolidando la permanencia del grupo por ellas unido y la existencia de alguna forma de matrimonio por grupos, que como ya lo manifestamos substituyó a la promiscuidad sexual a la que ya nos hemos referido.

1.1.2 Matrimonio por rapto.

Siguiendo con nuestro estudio, podemos establecer que por medio del matrimonio, lo fue el matrimonio por rapto en donde, atento a los argumentos del maestro Güitrón Fuentevilla: *“En el matrimonio por*

rapto, encontramos un fundamento monogámico y patriarcal, el cual hace entrar a la raptada bajo el dominio sexual y doméstico exclusivo del raptor.”⁵

En virtud de lo anterior, resulta indudable que conforme a la evolución de la humanidad y con esta de las diversas formas en que dos personas se unían o ligaban, surge el referido matrimonio por rapto, mismo que como nota distintiva tenía el de ser inminentemente monogámico y patriarcal, lo que colocaba a la mujer bajo el mando absoluto y soberano del varón. Aspectos estos que se fueron heredando hasta la época moderna en muchas legislaciones del mundo, según lo estudiaremos más adelante.

1.1.3 Matrimonio por compra.

Según los argumentos del maestro Julián Güitrón: en el matrimonio por compra, se considera a la mujer como objeto de comercio, la cual entra como cosa al patrimonio del comparador. En este punto se trata de encontrar un apoyo a la tesis monogámica del matrimonio, argumentando que al haber una propiedad absoluta del hombre sobre la mujer, como consecuencia se estableció una relación sexual exclusiva entre esa mujer y su dueño.

⁵ GÜITRÓN FUENTEVILLA, JULIÁN. Ibidem pag. 42.

Así entonces, podemos asegurar que con esta forma de matrimonio, también se pretendió sustentar el origen del patriarcado y la monogamia como un modo de convivencia familiar entre el hombre y la mujer. Empero, retomando un poco los argumentos vertidos anteriormente, consideramos que, los tipos de matrimonio a los que nos hemos referido, solo sientan las bases de una relación en pareja así como las primeras manifestaciones afectivas entre los miembros de una familia perteneciente a una tribu, originándose al mismo tiempo el dominio lacerante del varón hacia la mujer, en el que según hemos visto, la fuerza que no la inteligencia, fue el factor que lo permitió, así, no podemos asegurar que en estas etapas evolutivas de la humanidad y la familia, hubieran existido normas de otro tipo que no fueran las del derecho natural.

1.1.4 Matrimonio por consentimiento.

Sin lugar a dudas, el antecedente más remoto de la actual institución matrimonial, lo encontramos dentro del denominado matrimonio por consentimiento, mismo que en sus orígenes primitivos se caracterizaba por la libre manifestación de voluntad del hombre y la mujer para constituir un estado de vida permanente, con la finalidad de ayudarse mutuamente y perpetuar la especie.

Por tanto, al ser considerado como el antecedente del matrimonio moderno, dentro de éste, se fundamentan las teorías que estudiaremos más adelante, como lo son: la que lo considera un contrato; una institución; un acto solemne, o bien un acto jurídico, etcétera.

En mérito de lo anterior, podemos concluir el estudio de estas formas primitivas de contraer matrimonio y constituir familia, reiterando que en virtud de la “supremacía” mal entendida, que debería haber sido, especialización de funciones morfológicas y fisiológicas, que el hombre ejerció sobre la mujer, desencadena con el paso del tiempo, un sometimiento y carácter desigual de derechos, en contra de la mujer por miles de años. Situación que como veremos aún en la actualidad persisten, atento a los postulados constitucionales de igualdad jurídica entre hombre y mujer.

1.1.4.1 Derecho Romano.

Durante el estudio que realizamos de las formas primitivas en las que se celebraba el matrimonio en los inicios de la humanidad, aseguramos que el matrimonio por consentimiento es el antecedente moderno de la actual institución matrimonial que se regula dentro de nuestro Derecho positivo. Asimismo, también afirmamos que con el paso del tiempo y dentro de la era civilizada, la preeminencia del

poder y por consecuencia de los derechos del hombre sobre la mujer, se consolidaron inadmisiblemente, de manera tan desigual, que merced a éstos, la misma historia ha sido testigo de los incontables abusos, inequidades y desigualdades que éstas han sufrido en todo el mundo.

Tales argumentos los podemos ubicar y sustentar dentro de la época romana, atendiendo a las consideraciones del maestro Chávez Asencio, mismo que, en relación con la familia nos dice:

La Familia no era una Sociedad afectuosa y Santa sino un grupo sometido a los rigores de la política. Decía Metelo, el censor nómida: 'si la naturaleza hubiera sido bastante liberal para darnos vida sin necesidad de mujeres, estaríamos libres de un gran estorbo'. Añadía que el matrimonio debía ser considerado como el sacrificio de un deber particular a un deber público. Las mujeres conocían mucho menos que los esclavos de los intereses domésticos y su educación era tan deficiente que tomábase su grosería por virtud. Los maridos observaban su conducta con la mayor indiferencia y los celos no tenían nombre en Roma. ⁶

⁶ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. *La familia en el Derecho*. 5ª edición, Editorial Porrúa, México, 1999, pág. 44.

Luego entonces, no queda lugar a dudas el carácter que la mujer tenía dentro del Derecho Romano, debiéndose agregar además que el concepto de familia se limitaba a la cantidad de miembros que dependían del paterfamilias; correspondiéndole a ésta un nivel inferior que el de un esclavo.

Bajo tales premisas, es menester apuntar que la relación familiar dentro del Derecho Romano se emplea en dos sentidos contrarios, a saber:

El primero, entiende por familia la reunión de personas colocadas bajo la autoridad o la *Manus* de un jefe único. Así, la familia comprende el *Paterfamilias* que es el jefe; los descendientes que están sometidos a su autoridad paternal y la mujer *in manu*, que está en condición análoga a la de una hija.

Ahora bien, la constitución de la familia, así entendida, se encuentra caracterizada por el rasgo dominante del régimen patriarcal, es decir, la soberanía del padre o del abuelo paterno, quienes serán dueños absolutos de las personas colocadas bajo su autoridad, abarcando su poder, hasta las cosas. De tal suerte que todas sus adquisiciones y aún las de los miembros de la familia, se

concentran en un patrimonio único, sobre del cual, el Paterfamilias ejerce durante toda su vida los derechos de propietario.

En este sentido, una vez celebrado el matrimonio, la mujer romana pasaba a formar parte de la *domus* de su esposo y por consiguiente de la *manus* del *paterfamilias*, con todo su patrimonio. En donde, igualmente el *paterfamilias*, cumple como sacerdote de Dioses domésticos mediante la *Sacra Privata*, que consistía en las ceremonias del culto privado que tenían por objeto asegurar a la familia, la protección de los ascendientes difuntos.

Por su parte el maestro Eugene Petit, al respecto nos dice:

*Esta organización que tiene por base la preeminencia del padre y donde la madre no jugó ningún papel, es del tiempo del origen de Roma, habiendo quedado intacta durante varios siglos. Se modificó muy lentamente sobre todo bajo el Imperio donde la autoridad del jefe llegó a ser menos escueta.*⁷

Por lo que respecta al otro, significa que las personas colocadas bajo la autoridad paternal, se encuentran unidos entre ellos por el parentesco civil, mismo que el propio maestro Petit considera:

⁷ PETIT, Eugene. *Tratado elemental de Derecho Romano*. Editora Nacional, México, 1971, pág. 96.

*Esta ligadura subsiste a la muerte del jefe lo mismo entre sus hijos que hechos sui-juris, después de muerto el padre, son jefes a su vez de nuevas familias, o domus, que entre los miembros de los cuales está formada. Todas estas personas se consideran como pertenecientes a una misma Familia Civil. En este sentido de familia se compone de agnados, es decir del conjunto de personas unidas entre ellas por el Parentesco Civil.*⁸

Dentro de este contexto, podemos asegurar que en el matrimonio Romano también se derivan efectos jurídicos entre los cónyuges, por lo que, a continuación transcribiremos los que tienen relación directa con nuestro trabajo de investigación.

1. “Los cónyuges se deben mutuamente alimentos, y éstos determinan en vista de las posibilidades del que los debe y de las necesidades del que los pide”.⁹

Como se puede notar, este criterio jurídico se encuentra reconocido actualmente en nuestra legislación positiva; siendo uno de los aspectos, que consideramos hoy en día, dejan endeble la obligación

⁸ Ibidem PETIT, Eugene, pág. 96.

⁹ MARGADANT S. Guillermo Floris. *El Derecho Privado Romano*, Editorial Esfinge, México, 1989, pág. 210.

del pago de alimentos por parte del deudor alimentario, como lo expondremos mas adelante en el desarrollo del presente trabajo.

2. En materia civil, la condena que obtenga un cónyuge contra el otro, no puede ir más allá de las posibilidades de la parte vencida (*beneficium competentiae*), de manera que tal condena puede privar al vencido de sus bienes suntuarios, etc., pero debe dejarle un mínimo para poder subsistir de acuerdo con su rango social. Esta idea no ha sido recogida por el derecho moderno. Además la culpa que es tomada en cuenta en relación con las reclamaciones entre cónyuges es la *culpa in concreto*.¹⁰

En este sentido podemos afirmar que el matrimonio del antiguo Derecho Romano, implica como factor esencial, poderes maritales absolutos sobre la persona de la mujer *-manus mariti-* por virtud de los cuales ésta pasa a formar parte de la casa del marido, a cuyo Imperio queda sometida. Así se explica la institución tradicional de la compra de la novia *-cōemptio-* como forma primitiva de matrimonio; por la cual el paterfamilias da a sus hijas en casamiento.

¹⁰ Ibidem MARGADANT S. Guillermo Floris, pág. 211.

Otra forma ritual de celebración de matrimonio es la *confarreatio*, que consiste en un sacrificio ofrendado a Júpiter con determinadas ceremonias y palabras solemnes, por cuyo medio se consagra formalmente la comunidad de ritos y de vida entre los cónyuges haciendo entrar a la mujer al mismo tiempo –por ser exigencia –inexcusable- bajo la *manus mariti*. Para facilitar las solemnidades acabó por admitirse que el marido pudiera adquirir la *manus marital*, sin necesidad de que mediase forma alguna de celebración por el simple transcurso de un año ininterrumpido de vida matrimonial.

Finalmente y durante las tres etapas de vida del Imperio Romano, la institución del matrimonio fue modificada por las autoridades de cada época, pero como ya se dijo las modificaciones no procuraron cambios sustanciales en la dependencia de la mujer a su marido.

1.1.4.2 Derecho Canónico.

Como nota introductoria del presente apartado, consideramos adecuado establecer de inicio, algunas cuestiones atinentes al Derecho Canónico, para lo cual recurriremos primero a su definición.

En tal virtud, la enciclopedia Encarta define al Derecho Canónico como sigue:

Derecho canónico (del griego, kanon, 'ley' o 'medida'), cuerpo legislativo de diversas Iglesias cristianas que, por regla general, se ocupa de materias fundamentales o disciplinarias. Aunque todas las religiones se rigen por normas concretas, el término hace referencia, de modo principal, a los sistemas formales de la Iglesia católica, de la Iglesia ortodoxa y de la Iglesia anglicana. Se distingue de la ley civil o secular, pero el conflicto puede surgir en áreas de relación mutua (por ejemplo, matrimonio y divorcio).

En sus orígenes, el Derecho canónico consistía en promulgaciones realizadas por concilios o sínodos de obispos, por lo que las Iglesias anglicanas y ortodoxas así la restringen en la actualidad. La Iglesia católica también reconoce la autoridad del papa para promulgar leyes universales y que ciertas prácticas puedan adquirir el rango de leyes. La Iglesia católica tiene, con diferencia, el cuerpo legal más elaborado y ha establecido facultades de Derecho canónico en universidades de todo el mundo. El doctorado en Derecho canónico exige al menos cuatro años de estudio, además de la licenciatura en Teología o en Derecho civil. Cada diócesis tiene tribunal eclesiástico o tribunal de

abogados, peritos en Derecho canónico. En la actualidad los tribunales eclesiásticos han llevado, casi de forma exclusiva, los casos de nulidad matrimonial. Dichos tribunales son llamados tribunales de la Rota. Existen Rotas nacionales y la Rota Romana. ¹¹

Por su parte el maestro José Luis Soberanes, establece:

En términos generales, podemos afirmar que el derecho canónico es el derecho de la Iglesia, o sea el sistema jurídico que regula la conducta externa de los miembros de ésta. Por extensión, se refiere también al sistema jurídico de cualquier corporación religiosa no católica aunque, en nuestro medio, parece que se reserva al ordenamiento legal de la Iglesia Católica. ¹²

De las anteriores citas se deduce que, el Derecho Canónico es el conjunto de disposiciones normativas de carácter religiosos que le son aplicables a todos aquéllas personas que profesen algún tipo de fe.

Ahora bien, con respecto a la Iglesia Católica es menester apuntar, que si bien es cierto que existieron normas canónicas desde

¹¹ *Enciclopedia Microsoft Encarta*, México, 2001.

¹² *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo II, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 12ª edición, Editorial Porrúa, México, 1998, pág. 958.

la fundación de la Iglesia, en un principio ésta no pretendió crear un sistema jurídico dado que el mismo se fue constituyendo al pasar de los años como una necesidad de la sociedad y pastoral.

Así, precisa la maestra Alicia Pérez Duarte y Noroña que:

*Durante la Edad Media prevaleció el concepto canónico en virtud del cual el matrimonio es una sociedad creada por mandato divino y por lo tanto es celebrado por un rito solemne y elevado a la categoría de sacramento.*¹³

Por lo tanto, siguiendo los argumentos de los maestros Juan Carrillo y Miriam Carrillo,¹⁴ El autor del Contrato Matrimonial Religioso es para los Cristianos Jesucristo, que lo instituyó, y por ello se considera como un sacramento que imprime gracia para santificar el estado, y por ello es que, dice Santo Tomás que el Matrimonio ha sido establecido por el Derecho Natural, por el Derecho Civil y por el Derecho Divino.

En este sentido, San Agustín le llama “Sacramento Celeste”, San Ambrosio “Bendición Santificante” y San Anastasio “Vínculo de Gracia”.

¹³ *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo III, *Ibidem*, pág. 2087.

¹⁴ Cfr. CARRILLO, JUAN y MIRIAM CARRILLO, *Matrimonio, Divorcio y Concubinato*, Editora e Informática Jurídica, Guadalajara, Jalisco, México, 2001, pág. 20.

Tales argumentos nos obligan a sustentar que dentro del Derecho Canónico, el Matrimonio religioso se ha considerado siempre como la unión más estrecha que se puede imaginar, es decir, dos en una misma carne, unión estrecha para bien del Matrimonio, de la sociedad y de los hijos.

De lo que podemos concluir, que dentro del Derecho Canónico, no obstante se cometa adulterio, lo único permitido es la separación de los esposos, toda vez que como lo explican los Maestros Carrillo ¹⁵ San Agustín defiende la indisolubilidad del Matrimonio en el Libro 2 de "*Adulter conjugis*" San Pablo, en la 7ª de la Epístola de los Romanos, y así lo han resuelto varios concilios; el 1º Aurelianense, el Milebitano; el de Nantes, celebrado en el siglo IX, y el de Trento. Sosteniendo lo mismo San Basilio, en el Libro de la Virginidad, San Ambrosio en el Libro 1º de Abraham, San Crisóstomo en la Homilía 17, San Jerónimo en la carta 3 A. Axipero, San Marcos, San Francisco de Chartres, Inocencio III en el Capítulo "*Gaudemus de divortiis*" y todos los Pontífices, siendo por ello regla constante de la Iglesia Católica.

¹⁵ Cfr. CARRILLO, JUAN y MIRIAM CARRILLO, *Ibidem*, pág. 21.

1.1.4.3 Civil Solemne.

En virtud de que el matrimonio regulado por la legislación civil, será motivo de amplio estudio dentro de los subsecuentes apartados, a continuación sólo haremos referencia de los aspectos históricos más relevantes de esta institución, a efecto de precisar brevemente sus alcances y efectos jurídicos fundamentales.

Por lo que, siguiendo los argumentos de la maestra Alicia Pérez Duarte ¹⁶ la tradición del matrimonio civil, surgen en 1580 en la legislación holandesa; es impulsada en 1784 por la Revolución Francesa y consagrada definitivamente por la legislación de este país en 1871.

En México, esta institución ha evolucionado en forma similar. En la época prehispánica se encuentra el matrimonio poligámico sobre todo entre los grandes señores, cuyas esposas tenían varias categorías, la primera esposa recibía el nombre de cihuapilli; además se distinguían las cihuanemaste, esposas dadas por su padre; y las tlacihuasanti o esposas robadas o habidas en guerra.

¹⁶ Cfr. *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo III, *Ibidem*, pág. 2087.

El matrimonio era decidido por la familia del varón, solicitado por medio de las casamenteras y realizado mediante ritos religiosos.

Durante la Colonia rigieron en nuestro territorio las leyes españolas tales como el Fuero Juzgo, el Fuero Real, las Siete Partidas, las Cédulas Reales y, en especial, para el matrimonio, la Real Pragmática del 23 de noviembre de 1776, en donde privaba el derecho canónico y se prohibían los matrimonios celebrados sin noticia de la iglesia.

En los códigos civiles de 1870 y 1884, se consideró a esta institución como “una sociedad legal de un sólo hombre con una sola mujer, que se unen con un vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida”, pudiendo celebrarse sólo ante los funcionarios establecidos por la Ley.

Es hasta la ley sobre Relaciones Familiares cuando se incluye la característica de la disolubilidad para el matrimonio, evitando definitivamente el rigorismo que privó en ese sentido por la influencia del derecho canónico.

Dentro de este contexto, tenemos que los alcances y efectos jurídicos de la institución del matrimonio, habiéndose originado dentro

de la legislación Holandesa en el año de 1580, y consolidada por la legislación Francesa en 1871, es reconocida por nuestras leyes civiles hasta el año de 1917, después del largo proceso histórico que nuestro país sufrió a partir de la conquista española. Con la ley de Relaciones Familiares, en donde se consagra el criterio de que la familia se funda y constituye en virtud del parentesco por consanguinidad y principalmente en los lazos que se derivan de la filiación. Así, el matrimonio como tal, pierde su carácter necesario para regular y determinar los nexos jurídicos de maternidad, paternidad y patria potestad, dado que tanto los hijos naturales como legítimos se equiparan y se les reconoce en la legislación civil los mismos derechos, sometiéndolos a la potestad de sus progenitores. Criterios estos que además aún perduran en nuestro Código Civil en vigor.

1.2 PANORAMA HISTÓRICO DEL CONCUBINATO.

Si retomamos algunos de los conceptos e ideas que estudiamos en el apartado anterior, nos daremos cuenta que el concubinato como forma de unión marital entre dos personas no es tan reciente como podría pensarse; pudiéndose incluso suponer que esta figura en su contexto sociológico ha corrido de forma paralela a la idea y concepto sociológico primero y jurídico después del matrimonio.

Es decir, consideramos que dada la imposibilidad de comprobar tangiblemente la concepción del matrimonio en sus primeras etapas relacionadas con el origen del ser humano (según lo señala Engels) y que las ideas y teorías relacionadas con el matrimonio en sus formas de raptó, compra, etcétera, se sustentan en los primeros estadios evolutivos de la humanidad, atento a concepciones sociológicas no es del todo inadmisibile que el concubinato bajo la concepción con que actualmente lo conocemos, se haya efectuado al igual que el matrimonio en aquellos ayeres.

Sin embargo, siguiendo las teorías de la literatura especializada, a continuación realizaremos un breve estudio del contexto histórico del Concubinato en algunas culturas del mundo antiguo.

1.2.1 Civilizaciones antiguas.

1.2.1.1 Grecia.

Como ya lo expusimos al inicio de nuestro estudio, la humanidad de forma paulatina evolucionó hasta lo que los estudiosos consideran las épocas civilizadas, con lo que dentro de la comunidad Griega, también se desarrollaron matrimonios por compra, en virtud de la

notable influencia patriarcal que en estas civilizaciones se homogeneizaron indiscutiblemente.

Ahora bien, en este período el papel de la concubina no está bien definido, pudiendo ser considerada al igual que la mujer romana, como un objeto, en donde como lo afirma el maestro Chávez Asencio:

“En teoría el padre ejerce el supremo poder; puede tomar cuantas concubinas quiera y ofrecerlas a sus huéspedes.”¹⁷

Con lo que se sustenta el carácter que la concubina tenía en la Grecia de sus inicios.

Ya dentro de la Grecia clásica y toda vez que se permitían las relaciones extramatrimoniales, dada la creencia de que por este modo podía observarse más fielmente la monogamia, el papel de la concubina no cambió en absoluto, al grado de que como lo preceptúa el propio maestro Chávez Asencio:

“El marido podía tomar, amén de su esposa, una concubina”. “Nosotros tenemos cortesanas para el deleite –dice Demóstenes-

¹⁷ CHÁVEZ ASENCIO, MANUEL F., op. cit. pág. 32.

concubinas para la diaria salud de nuestro cuerpo y esposas para darnos legítima descendencia y para que sean fieles custodios de nuestros hogares;” en cuya tremenda frase aparece condensado el punto de vista sobre la mujer de los griegos de la época clásica.”¹⁸

En este sentido, las leyes Greconianas, autorizaban el concubinato e incluso los matrimonios dobles, habiéndolo realizado, entre otros, Eurípides y el mismo Sócrates.

A este respecto, el maestro Manuel Chávez Señala:

“La esposa solía aceptar a la concubina con resignación oriental, segura de que, cuando se marchitasen los encantos de la “segunda mujer”, se convertiría, de hecho en una esclava doméstica, y de que sólo la prole del primer matrimonio era reputada legítima.”¹⁹

De lo que podemos concluir, que ya desde aquéllas épocas, el concubinato representa una unión sexual diversa al matrimonio y determinadas ocasiones semejante al mismo.

¹⁸ Ibidem CHÁVEZ ASECIO, MANUEL F., pág. 35.

¹⁹ Ibidem CHÁVEZ ASECIO, MANUEL F., PAG. 35.

1.2.1.2 Roma.

Como lo podemos inferir de las palabras de la maestra María del Mar Herrerías,²⁰ en la época romana, el concubinato surge como la convivencia de la pareja integrada por un hombre y una mujer que viven como esposos, pero que, por alguna causa política o por falta del derecho para casarse, no se podían unir en matrimonio.

En tal virtud, el concubinato adquirió el carácter de unión monogámica e incluso fue socialmente aceptado, al grado de no constituir ninguna deshonra. Por tanto, el concubinato dentro de la era romana, fue admitido conjuntamente al matrimonio, llegando a ser el *usus* de más de un año una de las formas del casamiento.

Sin embargo, es menester hacer notar, que la principal desventaja que tuvo el concubinato frente al matrimonio, fue que aquél no producía efectos jurídicos, a diferencia del matrimonio, que como ya lo explicamos, generaba consecuencias jurídicas entre los esposos. Así, las *justae nuptiae* eran contraídas por los ciudadanos romanos quienes gozaban del derecho al matrimonio, consolidándose de esta relación la

²⁰ Cfr. HERRERÍAS SORDO, MARÍA DEL MAR, *El Concubinato*. Análisis histórico, jurídico y su problemática en la práctica. 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 2000, págs. 3 a 5.

affectio maritalis, a diferencia del concubinato en virtud de existir algún impedimento.

Ahora bien, en la época romana, sólo se permitió tener una concubina, lo que originó que éste fuese semejado con el matrimonio, llegando a tal grado, que el concubinato generaba una apariencia tal al matrimonio, que comúnmente era causa de error en los contratantes.

Así entonces, para que la relación concubinaria se considerara como tal, debía reunir los siguientes requisitos:

1. Se encontraba prohibido entre aquellos que hubieran contraído *justae nuptiae* previamente con tercera persona.
2. La prohibición se extendía a aquellos que estuvieran en los grados de parentesco no permitidos.
3. Debía existir el libre consentimiento tanto del hombre como de la mujer y no haber mediado violencia o corrupción.
4. Sólo se le permitía a personas púberes.
5. Era prohibido tener más de una concubina.

Dentro de este contexto, podemos asegurar que en la época preclásica, el concubinato tenía un carácter muy inferior de aquél, en que se consideró al matrimonio conformado por medio de las *justae*

nuptiae. Dado que la concubina, no participaba como la esposa de la dignidad del marido, ni entraba en su familia. De tal suerte que, el concubinato hasta antes de la República, se consideró como una simple relación de hecho de la que la ley no se ocupó. Siendo hasta la época de Augusto quien denominó *concubinatus*, a estas relaciones de rango inferior al matrimonio.

Así entonces, es claro que las leyes romanas, durante esta época, se mostraron totalmente proteccionistas de la institución del matrimonio. Empero, durante el periodo clásico la unión concubinaria fue tolerada, al grado de que no le fueron impuestas sanciones de ningún tipo. Más aún, la *Lex Julia Adulteriis*, consideró al concubinato como una unión estable de carácter no matrimonial constituida con una mujer “con las que no se comete estupro”.

Con esta ley, a la mujer que se unía en concubinato, se le llamó *Pellex*, posteriormente con Justiniano, el concubinato adquirió el carácter de una institución legal a la que se le cambiaron los títulos de *Concubinis*, siendo éstos más honorables que el de *Pellex*.

Asimismo, es menester apuntar, que el concubinato en la época romana tuvo sus límites, pues sólo podía constituirse con mujeres púberes o esclavas, sin embargo en la época de Augusto, con la *Lex Papia Popaea* el concubinato se permitió inclusive con manumitidas e

ingenuas, siempre que estas últimas manifestaran expresamente su voluntad de descender a la calidad de concubinas. El concubinato, muy extendido, surge así como una forma de convivencia basado en el consentimiento de los interesados como una consecuencia más del libre juego de la voluntad privada en Roma.

En cuanto a los hijos nacidos de esta relación concubinaria, no originaban ningún parentesco con el padre, con lo que aquellos nacían *sui iuris* (libres, asumiendo la condición y el nombre de la madre), siendo hasta la época de Constantino, que se reconoció el derecho del padre de legitimar a los hijos.

Ya dentro del derecho justiniano, la unión concubinaria fue vista como una relación estable con mujeres de cualquier condición o de cualquier rango social. Así, esta legislación eliminó los impedimentos matrimoniales de índole social, por lo que el concubinato varió su anterior estructura, quedando a partir de ese momento como una cohabitación estable de un hombre con una mujer de cualquier condición social sin que existiera la *affectio maritalis*.

Con lo que podemos concluir, que solo hasta la época de Justiniano, fue que se reconoció el lazo entre el padre y los hijos producto del concubinato, legislándose el derecho del padre a legitimar

a sus hijos, reconociendo el derecho de éstos a recibir alimentos, así como también se les reconocieron algunos derechos sucesorios.

1.2.1.3 España.

Dentro de los países de la Europa Occidental, España, adoptó mediante la figura de la “barraganía” las uniones fuera de matrimonio, a través de las Siete Partidas de Alfonso X, El Sabio. Así, en la comunidad española, el concubinato se conocía con este calificativo y era el que constituían personas aún casadas o bien entre personas de distintas clases sociales.

Sin embargo, debemos resaltar, que precisamente en esta época es donde se le imponen límites a esta forma de unión, de tal suerte que según lo apunta la maestra María del Mar Herrerías, tales límites consistían en los siguientes:

1. Sólo debe haber una barragana y un hombre.
2. Ambos deben estar libres de matrimonio y no tener impedimento alguno para contraerlo.
3. Esta unión debe ser permanente.
4. Deben tratarse como marido y mujer.

5. Deben ser considerados en su comunidad como si fueran esposos.²¹

A este respecto, debemos de agregar que el concubinato o barraganía, se reguló en virtud de ser un tipo de relación demasiado común en España, misma que se derivó debido a diversos factores como el de no ser un vínculo indisoluble (dado el carácter de indisolubilidad de la unión matrimonial, consagrada en el Derecho Canónico al que ya nos hemos referido) permitiéndoseles además el concubinato con mujeres de condición social inferior.

Ahora bien, con respecto a los descendientes, las Siete Partidas de Alfonso X, El Sabio, distinguían entre los hijos legítimos e ilegítimos, siendo los primeros los nacidos dentro del matrimonio, y los segundos, los nacidos fuera de él.

Asimismo, las Siete Partidas, clasificaban a los hijos ilegítimos en dos clases, a saber:

- a) **Hijos naturales:** Aquellos cuyos padres pudieron haber contraído nupcias en el momento de la concepción, viviendo estos en concubinato.

²¹ *Ibidem*, HERRERÍAS SORDO, MARÍA DEL MAR, pág. 6.

- b) ***Hijos de dañado ayuntamiento:*** Los nacidos de adúlteras, con motivo de actos incestuosos, del segundo ayuntamiento de mujer, de cristiana con moro o judío, de la concubina, nodriza o esclava con los ciervos o esclavos de su señor, y los nacidos de mujer ilustre prostituída.²²

Así entonces, la patria potestad de los hijos legítimos recaía sobre la madre, de tal suerte que el Fuero de Plasencia, establecía que la concubina que probara haber sido fiel y buena con su señor, tenía derecho a heredar la mitad de los gananciales, e incluso el Fuero de Cuenca concedía a la concubina encinta el derecho de solicitar la prestación de los alimentos a la muerte de su Señor, elevándose a la categoría de una viuda encinta.

En cuanto a los hijos, el Fuero de Soria autoriza al padre a dar a los hijos habidos de barragana, hasta la cuarta parte de sus bienes en vida y los que desee por testamento, siempre que hayan sido concebidos antes del nacimiento de los legítimos.

Más tarde, dentro del Siglo XII, se emitieron ciertas restricciones a los derechos de los hijos ilegítimos debido a la influencia de las

²² Partida Cuarta, Título XIII, 2, citado en HERRERÍAS MARÍA DEL MAR, *Ibidem*, pág. 7.

modas escolásticas, que resaltó la importancia del matrimonio así como de la familia constituida sobre de éste.

En suma, la barraganía o concubinato, ha permanecido vigente dentro de las diversas disposiciones legislativas Españolas, pasando por la Constitución Española de 1931, que otorgó igualdad jurídica a los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, hasta las reformas del 13 de mayo de 1981 en la materia.

Finalmente, y acorde con los argumentos de la maestra María del Mar Herrerías, debemos apuntar que con las reformas del 13 de mayo de 1981, hechas al Código Civil Español, se procuró la igualdad de los hijos, buscándose eliminar la discriminación entre estos por razón de la unión matrimonial o extramatrimonial de los padres. Sin embargo, permanece la distinción entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales.

De lo que podemos concluir, que la barraganía o concubinato en España, se originó en virtud de los siete siglos de dominación musulmana en la Península Ibérica y que al igual que en la cultura Griega y Romana, se consideró y se permitió a esta unión fuera del matrimonio, dado el inminente carácter patriarcal que se había venido heredando por estas civilizaciones.

1.2.2 México.

Dentro de nuestro país y concretamente en la época precolonial, se tiene noticias de que en las diversas culturas que conformaban nuestro territorio, se practicaba tanto la poligamia así como la bigamia, es decir, dependiendo de la etnia, la familia se podía constituir con una o más concubinas o bien sin éstas, atento a los siguientes argumentos.

1.2.2.1 Cultura Tarasca.

Al decir de los historiadores, la formación del Imperio Tarasco, fue obra de siete generaciones y de unos dos siglos, a partir del siglo XIII, asentándose en Pátzcuaro, donde obtiene la hegemonía entre los señoríos de su misma lengua, al grado de ensanchar su territorio expandiendo sus fronteras hasta llegar al frente del Imperio Mexica, con el que celebró victoriosas guerras.

Ahora bien, atento a lo que establece la maestra Herrerías, de acuerdo con historiadores y cronistas Españoles de los siglos XV y XVI, entre los indígenas se acostumbraba la poligamia, aunque ésta no se practicó por la totalidad de los pueblos. Los indígenas también practicaron la monogamia.

Estos argumentos de la maestra Herrerías, se pueden sustentar al decir del maestro Toribio Esquivel, mismo que al respecto establece:

“La Cultura Tarasca se ofrece con rasgos originales entre los que se dibuja como más fuerte el de su apretada organización –siempre en grupos consanguíneos- que les hace impenetrables a las armas extranjeras[...] A su Rey llamado Cazonci todos le tenían reverencia y respeto y lo obedecían en todo [...] Al morir éste, le acompañaban a ultratumba siete de sus mujeres y más de cuarenta de sus servidores.”²³

En este sentido, podemos afirmar que tanto el concubinato, como la poligamia era efectivamente practicada en la comunidad tarasca sobre todo por los Reyes, los caciques y los señores principales, constituyendo una forma de vida así como de estructura familiar.

Luego entonces, el concubinato se constituía bajo el mando y autoridad del Rey, los Caciques, etcétera, y tenía una composición interna sumamente complicada, ya que como lo acabamos de explicar, dentro del núcleo familiar se encontraban las diferentes esposas o mujeres, los hijos procreados de tales relaciones además de sus

²³ ESQUIVEL OBREGÓN, TORIBIO. *Apuntes para la historia del Derecho en México*, Editorial Polis, México, 1938, págs. 69 y 70.

parientes, etcétera. Con lo que podemos concluir, que dentro de la Cultura Tarasca, también tuvo lugar el concubinato como una forma de vida familiar.

1.2.2.2 Cultura Azteca.

A este respecto, podemos inferir de los estudios de la maestra María del Mar Herrerías, que entre la Cultura Azteca fue difícil precisar una separación entre uniones legítimas e ilegítimas, dado que la poligamia era muy recurrente además de lícita en las castas de los nobles Aztecas. Así, el hombre ya fuese casado o soltero, podía tomar cuantas mancebas quisiera con el único requisito de que estuviesen libres de matrimonio.

En este sentido, el concubinato se constituía cuando la pareja se unía mediante su consentimiento y sin ningún tipo de formalidad. En tal virtud, la mujer adquiría o tomaba el nombre de Temecauh, mientras que el hombre el de Tepuchtli.

Dentro de este contexto, el Derecho Azteca sólo equiparaba al matrimonio con el concubinato, cuando los concubinarios tenían tiempo de vivir juntos y con fama pública de casados, con lo que dado el rigorismo del Derecho Azteca, eran considerados como adúlteros,

tanto la mujer que violaba la fidelidad de su compañero, así como el hombre que tenía relaciones sexuales con ella. Por lo tanto, la concubina que duraba un lapso largo de tiempo como tal, se convertía en esposa de aquél recibiendo el nombre de Tlacarcavilli. De tal suerte, que para unirse en concubinato, no se necesitaba siquiera el pedimento de la mano de la doncella, ni la realización de ningún rito, toda vez que esta unión se debía casi siempre a la carencia de recursos económicos para poder realizar los gastos de las fiestas que traía consigo un matrimonio definitivo, es decir si se realizaba la ceremonia nupcial.

Por lo que podemos finalizar el tema aludido, reiterando que en la comunidad prehispánica, las diferentes etnias o culturas constituidas practicaban tanto la monogamia como la poligamia, teniendo una absoluta libertad premarital, en donde a las mujeres y a los hijos producto de estas relaciones no se les marginó, permitiéndoseles seguir formando parte de la comunidad, al resguardo y protección de la familia de la mujer.

1.2.2.3 México Independiente.

Como es de suponerse, con la caída de la Corona Española, a manos de los insurgentes mexicanos, y después de las vicisitudes y preeminencia de las leyes españolas que tuvieron que sufrir los pueblos conquistados, podemos ubicar las principales disposiciones legislativas en materia de concubinato, a partir del Código Civil para el Distrito Federal y Territorios de Baja California de 1870, mismo que si bien no regulaba la figura expresamente, sí toca el tema relativo a los hijos naturales, nacidos como fruto fuera del matrimonio.

Así, nos dice la maestra María del Mar Herrerías, lo siguiente:

“El artículo 370 del mencionado ordenamiento contenía la prohibición absoluta de investigación, de la paternidad, tanto a favor como en contra del hijo. [...] en el numeral 371, establecía el Derecho del hijo natural a reclamar la paternidad pero solo en el caso de que se hallare en posesión de su estado civil de hijo, pudiendo acreditar esto, cuando hubiere sido reconocido constantemente como hijo legítimo y cuando concurrieran algunas de las siguientes circunstancias:

1. *Que el hijo haya usado constantemente el apellido del que pretende ser su padre con anuencia de éste.*
2. *que el padre le haya tratado como a su hijo legítimo proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento.*"²⁴

Posteriormente, el Código de referencia de fecha 31 de marzo de 1884, tampoco regulaba esta figura ni demarca sus límites. Empero, encontramos la palabra concubinato en el Capítulo Quinto, denominado "Del Divorcio" que en su numeral 228 establece:

El adulterio de la mujer, es siempre causa de divorcio, el del marido lo es, solamente cuando con él concurre alguna de las circunstancias siguientes:

II. Que haya habido concubinato entre los adúlteros, dentro o fuera de la casa conyugal.

Así entonces, resulta que el Código de mérito, no regula expresamente el concubinato, en cambio tiende a confundirlo con lo que actualmente conocemos como adulterio. Luego entonces, este Código equiparó el concubinato a la figura del amasiato de naturaleza totalmente distinta a la del concubinato.

²⁴ HERRERÍAS SORDO, MARÍA DEL MAR. op. cit. pág. 18.

Años más tarde y con la Ley de Relaciones Familiares, del 14 de abril de 1917, de nuevo se confunde por parte del legislador la figura del concubinato con el adulterio, al consagrarlo como una causal de divorcio en su artículo 77 fracción II, al prescribir: *“Que haya habido concubinato entre los adúlteros dentro o fuera de la casa conyugal.”*

Ahora bien, en cuanto a los hijos naturales la Ley en comento, sí efectuó una regulación más extensa, al establecer que aquellos podían ser reconocidos por el padre o la madre, o por ambos, pero siempre que fuere una acción voluntaria de estos, toda vez que la investigación de la paternidad quedaba prohibida absolutamente, tanto a favor como en contra del hijo, teniendo sólo dos excepciones, a saber:

- a) Cuando el hijo estuviere en la posesión de estado de hijo natural, podía obtener el reconocimiento del padre o de la madre, siempre y cuando la persona no se encontrara ligada por vínculo conyugal al momento de pedir el reconocimiento.
- b) Los Tribunales a petición de parte, tenían la facultad de declarar la paternidad, cuando hubiera delito de raptó o violación, siempre que la época del delito coincidiera con la concepción.

Finalmente, para que pudiera darse un reconocimiento de un hijo natural por parte de una mujer casada, era necesaria la autorización del marido de ésta. En contrasentido, el hombre podía reconocer al hijo sin necesidad de su cónyuge, pero sí debía contar con esa autorización si pretendía llevar al hijo a vivir al domicilio conyugal.

1.3 ANTECEDENTES DEL DIVORCIO.

Es indudable que a la par del matrimonio y del concubinato, como figuras coexistentes, se agrega otra que por sus propias y especiales características también ha corrido dentro de la evolución de las primeras. Es decir, atento a lo dispuesto por la maestra Sara Montero Duhalt:

“Los más antiguos testimonios de la historia de la humanidad, hablan de alguna manera del divorcio, normalmente permitido como un derecho exclusivo del varón de repudiar a su mujer por causas diversas[...] así, el repudio fue la forma usual de romper el matrimonio en las culturas inscritas en la historia antigua tales como Babilonia, China, India, Israel, Egipto, etcétera.”²⁵

²⁵ MONTERO DUHALT, SARA, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo II, op. cit. págs. 1184 y 1185.

Así entonces y dadas las premisas a las que nos remite la maestra Sara Montero, y a efecto de particularizar nuestro estudio, a continuación realizaremos una breve cronología del Divorcio en la cultura Romana, Española y bajo la influencia del Derecho Canónico.

1.3.1 En el Derecho Romano.

Dentro del Derecho Romano, fue siempre conocido y regulado el Divorcio, el cual tenía lugar en diferentes formas dependiendo de cómo se haya celebrado el matrimonio. Es decir, si se había celebrado *cum manum* o *sine manus*, además de si se había celebrado con la formalidad de la *confarreatio*, por *coemptio* o por el simple *usus*, (figuras estas a las que ya nos hemos referido en los apartados anteriores).

Así entonces, si el matrimonio se celebró atento a las formalidades de la *confarreatio*, el divorcio se celebraba por la *disfarreatio*, si se había celebrado por la *coemptio*, el divorcio se efectuaba por virtud de la *remancipatio*, que equivalía realmente a un repudio, conociéndose además el divorcio por mutuo consentimiento, denominado divorcio *bonagratia*, así como el repudio unilateral tanto del hombre como de la mujer, consistente en el *repudium sine nulla*

cauda, sin intervención de la autoridad y con repercusiones económicas en perjuicio del que repudiaba.

Dentro de este contexto, podemos resumir la Institución del divorcio dentro del Derecho Romano, siguiendo los argumentos del maestro Eduardo Pallares, que al respecto nos dice:

“Parece cierto que el Divorcio, en cuanto al vínculo, existió en el Derecho Romano desde las épocas más remotas y que podía pedirse sin causa jurídica que lo justificase [...] explican los romanistas que no era necesario una causa determinada para legitimar el divorcio, dado que la institución del matrimonio se fundaba no solo en el hecho de la cohabitación, sino en el afecto conyugal. Por tanto, cuando éste desaparecía era procedente el divorcio.[...] Ya con Constantino, se permitió únicamente el divorcio cuando existiera una causa justa para obtenerlo, en caso contrario se castigaba al infractor de esta norma, pero no se nulificaba el Divorcio[...] Dentro del período del Derecho Justiniano, se prohibió el divorcio por mutuo consentimiento, teniéndolo que restablecer, merced a la opinión pública que así lo exigió.”²⁶

²⁶ PALLARES, EDUARDO. *El Divorcio en México*, 5ª edición, Editorial Porrúa, México, 1987, págs. 11 a 13.

Como se desprende de las anteriores citas, podemos concluir, que las justas nupcias dentro del Derecho Romano, se perfeccionaban en virtud del consentimiento para celebrarlo, mediante la tradición o entrega de la mujer de manera solemne, autorizadas en su momento. Así, y atento a los argumentos anteriores, las formas solemnes para contraer matrimonio, era el requisito *sine qua non* para ejercitar el divorcio.

1.3.2 En la legislación Española.

Las Siete Partidas de Alfonso X, El Sabio, se ocupaban del divorcio en el Título Noveno, destacando las siguientes: La Ley Segunda, que autoriza el divorcio por causa del adulterio, y ordena al marido que tiene conocimiento de este delito, que acuse a su mujer, so pena de no hacerlo, de pecado mortal debiendo presentar la acusación ante el Obispo o alguno de sus oficiales.

La Ley Tercera, autoriza la separación de los esposos, cuando el matrimonio se celebró, existiendo un impedimento para ello, en este caso, se trata de pedir la anulación del matrimonio y no el divorcio.

A este respecto, debemos agregar que la Ley Cuarta, prohíbe la acción de nulidad a las siguientes personas, el que se supiese que

estaba en pecado mortal o que se le probase estarlo. Tampoco se oía al que lo hiciese con intención de utilizar alguna cosa de aquellos a quienes acusa, etcétera.

Ahora bien, dentro del Fuero Juzgo, encontramos en su Libro Tercero, Sexto Título, las siguientes disposiciones:

- Se prohíbe que alguno se case con la mujer que dejó el marido, a no ser que supiese que fue dejada por escrito o por testigos.
- Si el marido abandona a su mujer sin motivo legal, pierde la dote que recibió, y no tiene derecho a ninguno de los bienes de su mujer.
- Si la mujer abandonada injustamente, le hubiere dado a su esposo algún bien, aunque fuera por escrito, tal donación no valdría.

En este sentido podemos concluir, que no debe de resultar extraño el que en las Leyes Españolas no aparezcan, sino en algunas de ellas, normas relativas al divorcio. Toda vez que esta omisión, la podemos sustentar, recordando que todo lo concerniente al matrimonio, así como el propio divorcio, pertenecía a la jurisdicción eclesiástica y que

la Iglesia, mediante resoluciones de concilios y el propio Código Canónico, era la que reglamentaba esta materia, debiéndose tomar en cuenta, las disposiciones legislativas del Derecho Civil Español, a las que nos hemos referido al inicio del presente apartado.

1.3.3 En el Derecho Canónico.

Como lo acabamos de comentar, el Derecho Canónico se caracteriza en esta materia, por consignar la indisolubilidad del matrimonio, dado el carácter de sacramento perpetuo que le reconoce. Así, la maestra Montero Duhalt, establece:

“El Matrimonio válido, rato y consumado, no puede ser disuelto por ninguna potestad humana, ni por ninguna causa, fuera de la muerte. Solamente permite disolver el vínculo por dos causas, el matrimonio no consumado y el matrimonio entre no bautizados, llamado este último, privilegio Paulino en favor de la Fe.”²⁷

Por su parte, el maestro Pallares, acorde con estas doctrinas nos dice:

²⁷ MONTERO DUHALT, SARA. *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo II, op. cit. pág. 1185.

“De esta manera, la Iglesia condena el divorcio en cuanto al vínculo, y en cánones posteriores que tratan de la nulidad del matrimonio, y de la separación del lecho y habitación, permitiendo únicamente esta última en los siguientes casos:

Canon 1128.- Los cónyuges deben hacer en común vida conyugal, si no hay una causa justa que los excuse.

Canon 1129.- Por el adulterio de uno de los cónyuges puede el otro, permaneciendo el vínculo, romper, aún para siempre, la vida en común, a no ser que él haya condonado expresa o tácitamente, o el mismo lo haya también cometido.

Canon 1130.- El Cónyuge inocente, una vez que se ha separado legítimamente, ya sea por sentencia del Juez o por autoridad propia, jamás tiene obligación de admitir de nuevo al cónyuge adúltero al consorcio de la vida; pero puede admitirlo o llamarlo, a no ser que consintiéndole él, haya abrazado un estado contrario al matrimonio.”²⁸

De las citas señaladas, podemos inferir que el Derecho Canónico, aún hasta nuestros días, se rige bajo el principio de que el matrimonio no puede ser disuelto por ninguna potestad humana, ni por ninguna

²⁸ PALLARES, EDUARDO. op. cit. págs. 22 y 23.

causa fuera de la muerte, regulando a este respecto, el llamado divorcio-separación, mismo que consiste en la separación del lecho, mesa y habitación, con persistencia del vínculo, predominando como causas para pedir este tipo de divorcio canónico, (no vincular), el adulterio, la separación de uno de los cónyuges de los principios católicos, llevar vida de ignominia, la sevicia etcétera.

Ahora bien, una vez que hemos estudiado la reseña histórica del matrimonio, concubinato y divorcio, consideramos necesario entrar al estudio de los aspectos jurídicos doctrinarios de dichos conceptos, toda vez que, la doctrina ha formado parte de los principios generales del derecho que han regulado al matrimonio, concubinato y divorcio, haciendo que el derecho positivo evolucione en cuanto a su regulación.

CAPÍTULO 2

ASPECTOS JURÍDICOS DOCTRINARIOS

2.1 MATRIMONIO.

Continuando con el desglose de nuestro estudio, y como quedó precisado dentro del precedente capítulo, hemos realizado un breve recorrido acerca de los procesos evolutivos que dentro de los anales de la historia jurídica, se le han reconocido a la institución del matrimonio.

En tal virtud, al tener reunidos los criterios fundamentales de esta trascendental institución, dentro del presente apartado, estudiaremos algunas consideraciones doctrinarias que nos permitan dimensionar los alcances y efectos jurídicos que en la era moderna se les reconocen al matrimonio, por los estudiosos en la materia, toda vez que esto nos permitirá, en el siguiente capítulo destacar sus principales aspectos legales.

2.1.1 Concepto.

Dentro de la literatura específica en la materia se constituyen varias conceptualizaciones acerca del matrimonio, así, los maestros Juan I. Carrillo y Miriam F. Carrillo, definen como:

“Matrimonio.- Consumar el matrimonio, tener los legítimos casados el primer contacto carnal.

Matrimonio.- Institución social, reconocida como legítima por la sociedad, consistente en la unión de dos personas de distinto sexo para establecer una comunidad de vida, más o menos estable.

Matrimonio.- El matrimonio puede ser monogámico o poligámico. Si bien las religiones le otorgan un carácter sagrado y sacramental, la mayoría de los estados modernos lo contemplan como una unión contractual. En estos casos, el matrimonio civil, único válido, es independiente del religioso. Entre los efectos del matrimonio se encuentra la obligación de vida en común de los cónyuges, que deben ayudarse, respetarse y guardarse fidelidad, y el establecimiento de un régimen patrimonial. Para contraer matrimonio se establecen requisitos de capacidad libre consentimiento y ausencia de impedimentos legales. Las constituciones

avanzadas establecen la plena igualdad jurídica del hombre y la mujer para contraer matrimonio. Se contempla también la posibilidad de separación, anulación y divorcio. ²⁹

Por su parte, el maestro Rafael De Pina, establece:

Matrimonio. Unión legal de dos personas de distinto sexo, realizada voluntariamente, con el propósito de convivencia permanente, para el cumplimiento de todos los fines de la vida, (arts. 139 a 265 del Código Civil para el Distrito Federal). ³⁰

Asimismo, la maestra Alicia Elena Pérez Duarte, preceptúa:

Son tres las acepciones jurídicas de este vocablo. La primera se refiere a la celebración de un acto jurídico solemne entre un hombre y una mujer con el fin de crear una unidad de vida entre ellos; la segunda, al conjunto de normas jurídicas que regulan dicha unión, y la tercera, a un estado general de vida que se deriva de las dos anteriores.

De ahí que se pueda afirmar que el matrimonio es una institución o conjunto de

²⁹ CARRILLO, JUAN y MIRIAM CARRILLO, op. cit. pág. 9.

³⁰ DE PINA RAFAEL Y DE PINA VARA RAFAEL, *Diccionario de Derecho*. 26ª edición, Editorial Porrúa, México, 1998, pág. 368.

*normas que reglamentan las relaciones de los cónyuges creando un estado de vida permanente derivado de un acto jurídico solemne.*³¹

Como se desprende de las anteriores citas, no obstante no existir un concepto único de la institución del matrimonio, por tanto, nosotros particularmente y para los efectos de nuestro trabajo de investigación, habremos de destacar que el matrimonio dentro de nuestro derecho positivo, es la unión formal y legal de dos personas de diferente sexo, que buscan realizar una vida en común, perpetuar la especie y por consecuencia establecer una familia.

2.1.2 Naturaleza Jurídica.

Atento a los lineamientos anteriormente expuestos, tenemos que el matrimonio, como una institución perfectamente reconocida por nuestro Estado de Derecho, en su contexto general y por su orden normativo, en su ámbito particular, tiene imperiosamente una esencia, propiedades o características fundamentales, que en sí misma le dotan de lo que se denomina naturaleza jurídica.

³¹ *Diccionario Jurídico Mexicano*. Tomo III, 12ª edición, Editorial Porrúa, México, 1998, pág. 2085.

Es decir, el matrimonio, según lo veremos a continuación, como todas las instituciones y figuras normativas reconocidas por nuestro derecho, deviene de una serie de esencias o caracteres específicos, que por una parte la diferencian del resto de las instituciones y por la otra son los fundamentos y premisas, sin los cuáles carecería de su fin jurídico.

2.1.2.1 Acto jurídico complejo.

En concordancia con los argumentos anteriores, es prudente precisar que dentro de la doctrina jurídica en la materia, se han elaborado varias teorías en torno a la naturaleza jurídica del matrimonio, así, por lo que atañe al matrimonio como acto jurídico complejo conviene hacer las siguientes precisiones.

Al decir del maestro Francisco Cornejo Certucha,³² el acto jurídico es fundamentalmente la manifestación de voluntad de una o más personas, encaminada a producir consecuencias de derecho (que pueden consistir en la creación, modificación, transmisión o extinción de derechos subjetivos y obligaciones) y que se apoya para conseguir esa finalidad en la autorización que en tal sentido le concede el ordenamiento jurídico. Así, podemos considerar que los actos jurídicos

³² Cfr. *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo I, *Ibidem*, pág. 85.

constituyen en una especie o categoría dentro del conjunto de los hechos jurídicos, dado que estos últimos son todos aquellos acontecimientos que el orden normativo toma en consideración para atribuirles efectos de derecho.

Ahora bien, la doctrina y legislación mexicana, han reconocido las teorías de los civilistas franceses Bonnecase, Colín y Capitant que dividen a los hechos jurídicos en dos grupos, siendo estos A) el de los hechos jurídicos en sentido estricto, en el que están comprendidos los fenómenos naturales o accidentales, que siendo ajenos a la voluntad del hombre, provocan consecuencias de derecho (nacimiento, muerte) y también los hechos verificados o realizados por el hombre, pero en los que los efectos o consecuencias jurídicas, se producen independientemente y aún contra la voluntad del autor o autores materiales, pudiendo ser lícitos o ilícitos (la gestión de negocios; el homicidio). B) El de los actos jurídicos que está integrado sólo por los hechos que son efectuados voluntariamente por el hombre, con la intención manifiesta de producir consecuencias jurídicas (el contrato de compraventa, el matrimonio).

Dentro de este contexto, para los juristas franceses la noción de hecho jurídico es susceptible de revestir un sentido general y una significación específica. En el primer sentido comprende la noción de

acto jurídico. El hecho jurídico es entonces un acontecimiento engendrado por la actividad humana o puramente material, que el Derecho toma en consideración para hacer derivar de él, a cargo o en un provecho de una o varias personas, un estado, es decir, una situación jurídica general o permanente o, por el contrario un efecto de Derecho limitado.

Luego entonces, si el hecho jurídico en sentido estricto, no consiste en sucesos puramente materiales sino llamados según los casos cuasi-contratos, delitos o cuasi-delitos en oposición al contrato, que representa el tipo más caracterizado del acto jurídico. Con lo que, el acto jurídico es una manifestación exterior de voluntad bilateral o unilateral, cuyo fin directo consiste en engendrar, con fundamento en una regla de derecho o en una institución jurídica, a cargo o en provecho de una o varias personas, un estado, es decir, una situación jurídica general y permanente o por el contrario un efecto de derecho limitado que conduce a la formación, modificación o extinción de una relación de derecho.³³

En tal virtud y atento a estas premisas, la naturaleza jurídica del matrimonio, por cuanto hace a su carácter de acto jurídico complejo, alude a su elemento esencial, tal y como lo afirma el maestro Rafael de

³³ Cfr. *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo I, *Ibidem*, pág. 85.

Pina³⁴ al decir, los actos jurídicos esenciales, son los que concurren a formar un acto jurídico en general como imprescindibles para obtener un tipo determinado de acto. Con lo que, los elementos esenciales no pueden ser alterados por la voluntad. Así, el elemento verdaderamente esencial del acto jurídico es la voluntad manifestada expresa o tácitamente por un sujeto capaz. La producción del acto jurídico requiere, en todo caso, de este elemento, sin el cual no existe, en virtud de su propia esencialidad.

De tal suerte que el matrimonio, se reputa como acto jurídico complejo, por el requisito esencial de manifestación de voluntad de las partes en crear consecuencias de derecho mediante el cumplimiento estricto de los derechos y obligaciones que emanan de tal acto y que se encuentran sancionados por la Ley positiva mediante la declaración formal que al efecto realice el juez del registro civil.

2.1.2.2 Contrato de Derecho de Familia.

Por lo que atañe a la naturaleza jurídica del matrimonio, en base a su calidad de contrato, es prudente advertir que como lo señalan los maestros Juan I. Carrillo y Miriam F. Carrillo, ³⁵ el matrimonio

³⁴ Cfr. DE PINA RAFAEL. *Derecho Civil Mexicano*, 13ª edición, Editorial Porrúa, México, 1983, pág. 266.

³⁵ Cfr. CARRILLO, JUAN y MIRIAM CARRILLO, op. cit. págs. 10 y 11.

contrato, es el resultado de circunstancias históricas de un momento dado, como fue el interés por evitar que la Iglesia siguiera teniendo el control sobre dicha institución, interés que refleja claramente la ideología de la Revolución Francesa. Por otro lado, el contrato tendrá siempre un carácter eminentemente patrimonial, no así el matrimonio; el Contrato por otra parte, puede ser revocado o rescindido por la sola voluntad de las partes sin intervención del poder judicial, en cambio, el matrimonio no. Con lo que estas observaciones desvirtúan por completo la teoría de la naturaleza contractual del Matrimonio.

Asimismo, los autores que postulan la teoría del Matrimonio Contrato de adhesión, explican que es el Estado quien impone el régimen legal del Matrimonio y los consortes simplemente se adhieren a él. Sin embargo, a esta teoría se le oponen las mismas observaciones esgrimidas en el anterior, ya que conserva el concepto contractual.

Por su parte la maestra Sara Montero Duhalt, sostiene:

El matrimonio es un contrato solemne de derecho de familia, y de interés público que hace surgir entre los que lo contraen el estado civil de casados con todos los derechos y obligaciones determinados por el orden

*jurídico a través de la institución del mismo nombre.*³⁶

Como podemos inferir de los argumentos anteriores, la doctrina jurídica no es uniforme en considerar al matrimonio como un contrato.

Por lo que respecta a nuestra opinión, particularmente nos adherimos a los criterios de la maestra Montero Duhalt, toda vez que al ser el convenio el género jurídico, tendiente a modificar o extinguir derechos y obligaciones, en tanto que el contrato como especie, crea o transmite derechos y obligaciones, resulta que el matrimonio, perfectamente cabe dentro de los contratos, pero como contrato de derecho de familia en virtud de los derechos y obligaciones recíprocos que se generan con su celebración, mismos que además, están regulados en las normas positivas en la materia.

2.1.2.3 Estado Civil.

La naturaleza jurídica del matrimonio que atiende al estado civil, se sustenta en el entendido de la cualidad diferente y única que adquieren a la vez, los cónyuges, esposos, etcétera, después de celebrado el mismo, es decir, como lo sabemos el carácter o estado civil

³⁶ MONTERO DUHALT, SARA. *Derecho de Familia*. 3ª edición, Editorial Porrúa, México, 1987, pág. 113.

de soltero, se pierde, tal y como lo apunta la maestra Sara Montero, al decir:

*Los que contraen matrimonio cambian su estado civil anterior por el de casados. Hemos señalado que el matrimonio establece entre los sujetos que lo realizan una comunidad de vida total y permanente. Esta característica de la permanencia es precisamente la que configura la categoría de estado civil, pues eso y no otra cosa es lo que se llama estado de las personas: Una situación de carácter permanente en la que se encuentra un sujeto en relación con la nación, con los miembros de su familia o con el grupo social en que vive. El estado civil de casados es la situación de los consortes frente a la familia y frente a la sociedad. Este estado civil sólo puede cambiarse mediante las formas de extinción del matrimonio que son: la muerte, la nulidad o el divorcio. Mientras no se den cualquiera de estos tres supuestos: muerte de un cónyuge o sentencia que cause ejecutoria que declare la nulidad o el divorcio, no se extingue el estado de casado que tiene un sujeto.*³⁷

³⁷ Idem, MONTERO DUHALT, SARA, PAG. 113.

2.1.2.4 Institución Jurídica.

Según se desprende de los argumentos del maestro Rafael De Pina, esta posición ha sido defendida, entre otros por D'aguanno, en Italia; por Sánchez Roman en España, y por Bonnecase, en Francia.

Así para estos ilustres juristas, el matrimonio es desde luego, una institución, en donde Bonnecasse, especialmente, ha dedicado una atención y un esfuerzo extraordinarios en defensa de esta tesis.

Por lo que para el maestro Francés, el matrimonio no puede ser otra cosa que “una institución formada de un conjunto de reglas de derecho, esencialmente imperativas, cuyo objeto es dar a la unión de los sexos, y, por lo mismo, a la familia, una organización social y moral, que a la vez corresponde a las aspiraciones del momento y a la naturaleza permanente del hombre, como también a las directrices que en todos los dominios proporciona la noción de derecho.”³⁸

A su vez la maestra Montero Duhalt, afirma, dentro de las diferentes acepciones de la palabra institución señalaremos aquella que dice que “la institución es un conjunto de normas de carácter imperativo que regula un todo orgánico y persiguen una finalidad de interés público. Efectivamente, el matrimonio está regulado como un

³⁸ Cfr. DE PINA, RAFAEL. *Derecho Civil Mexicano*, op. cit. pág. 321.

todo orgánico en la parte correspondiente del Código Civil (Título Quinto, del matrimonio). En esas normas se establecen los diferentes aspectos del matrimonio, requisitos para contraerlo y derechos y deberes derivados del mismo, que surgen con independencia de la voluntad de los sujetos, emanados directamente de la ley en forma imperativa. Así, una vez contraído el matrimonio, nacen para los cónyuges, independientes de su voluntad, ciertos derechos y deberes recíprocos derivados directamente de la ley, por el matrimonio una auténtica institución jurídica en la que la voluntad de los sujetos es inoperante en ese sentido”.³⁹

En este sentido, podemos concluir que de alguna manera, tanto el acto jurídico, el contrato, el estado civil y la institución jurídica, expresamente reconocidos por nuestro derecho positivo, son coexistentes y dotan al matrimonio de su auténtica naturaleza jurídica.

2.2 CONCUBINATO.

Según lo pudimos precisar dentro del estudio de los antecedentes de esta figura jurídica, al no existir la posibilidad material de comprobar su existencia en los primeros estadios de aparición y

³⁹ Cfr. MONTERO DUHALT, SARA. op. cit. págs. 113 y 114.

evolución del hombre, recurriremos a situar esta figura en la denominada época civilizada, concretamente a partir del periodo greco-romano. Por lo que a continuación estudiaremos sus especiales características.

2.2.1 Concepto.

Dentro de la doctrina jurídica, el concubinato se puede definir de la siguiente manera:

Concubinato. Unión de un hombre y una mujer, no ligados por vínculo matrimonial a ninguna otra persona, realizada voluntariamente, sin formalización legal para cumplir los fines atribuidos al matrimonio en la sociedad. Matrimonio de hecho. ⁴⁰

Asimismo, nuestro Diccionario Jurídico lo define de la siguiente manera:

Del latín concubinatus, comunicación o trato de un hombre con su concubina). Se refiere a la cohabitación más o menos prolongada y permanente entre un hombre y una mujer solteros, hecho lícito que produce efectos jurídicos. Se le considera como uno de

⁴⁰ DE PINA RAFAEL Y DE PINA VARA RAFAEL. *Diccionario de Derecho*. op. cit. pág. 178.

*los problemas morales más importantes del derecho de familia.*⁴¹

Por su parte la maestra María del Mar Herrerías Sordo, haciendo alusión a varios autores nos proporciona las siguientes definiciones:

Edgard Baquerio Rojas y Rosalía Buenrostro Báez lo definen como "la unión libre y duradera entre un hombre y una mujer que viven y cohabitan como si estuvieran casados, y que puede o no producir efectos legales.

Para Galindo Garfias es, "la vida marital de varón y mujer solteros, sin que hayan celebrado el acto solemne del matrimonio.

*El magistrado Edgar Elías Azar ha manifestado que "se trata de relaciones similares a las del matrimonio, estables, permanentes en el tiempo, con trascendencia jurídica y que muchas veces se identifican por su estabilidad y solidez con el matrimonio.*⁴²

Como se desprende de las citas en comento, al igual que con el matrimonio, la doctrina jurídica, no reconoce una definición unitaria con respecto al concubinato. Por lo que para los efectos de nuestro estudio, nosotros nos adherimos a los criterios expuestos por la maestra Alicia Elena Pérez Duarte, consignados en el Diccionario

⁴¹ *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo I, op. cit. pág. 573.

⁴² HERRERÍAS SORDO, MARÍA DEL MAR, op. cit. págs. 23-26

Jurídicos Mexicano, en virtud de que alude expresamente a la calidad de solteros hombre y mujer, con lo que contrapone perfectamente la relación surgida del concubinato con la de adulterio, comúnmente confundidas por el grueso de nuestra sociedad. Asimismo, porque establece correctamente la idea de que el concubinato es un hecho perfectamente lícito.

2.2.2 Naturaleza Jurídica.

Desde nuestro particular punto de vista, y con los argumentos y sustentos que hemos precisado a lo largo del presente trabajo de investigación, podemos inferir que la naturaleza jurídica del concubinato no obstante no estar debidamente definida y soportada en nuestra doctrina jurídica, por criterios uniformes de los estudiosos en la materia, la misma puede entenderse como el conjunto de derechos y obligaciones que en la forma de hechos o actos jurídicos, se constituyen por la unión de dos personas de distinto sexo, reguladas en la Ley.

2.2.2.1 Como Institución.

Si recontextualizamos los argumentos de la maestra Sara Montero Duhalt, cuando establecíamos que el matrimonio tiene como naturaleza jurídica el estar considerado como una institución, en virtud de que es un conjunto de normas de carácter imperativo que

regulan un todo orgánico y persiguen una finalidad de interés público, y los aplicamos en su justa dimensión jurídica a la figura del concubinato, desde luego que podemos afirmar que éste, no tiene los alcances y efectos jurídicos y sociales, para ser considerado como una institución. Toda vez que en nuestro derecho, no existe una reglamentación propia del concubinato, únicamente se prevén algunos efectos derivados de él con relación a los concubinos y a los hijos habidos, caso contrario al de la institución del matrimonio, en donde la ley reglamenta plenamente su constitución orgánica y el establecimiento de derechos y obligaciones entre los cónyuges.

2.2.2.2 Es un contrato.

Si para algunos estudiosos en la materia, considerar la institución del matrimonio como un contrato resulta inadmisibles, fundamentalmente porque se pone en tela de juicio el objeto de tal contrato, es decir, según lo podemos inferir de los argumentos expuestos por el maestro De Pina, “en opinión de Sánchez Román, aunque el matrimonio ofrece “una inicial apariencia contractual, por consecuencia de la necesidad del consentimiento o voluntad acorde y manifestada por los que lo celebran, y aún de la incorporación de órdenes verdaderamente contractuales, que se le agregan; hay que considerar que lo primero, o sea la intervención de voluntades

concordantes, no es bastante para hacerlo entrar de lleno en la categoría de contrato; y lo segundo, que las llamadas usualmente capitulaciones matrimoniales, o contratos sobre bienes con ocasión del matrimonio, representan un accidente, un aspecto secundario que no afecta a la esencia misma de la unión matrimonial, ya que puede existir o no y estar de una u otra manera establecido”.⁴³

Asimismo, el profesor Chávez Asencio, señala al opinar al respecto:

*Con mayor razón se puede aplicar la misma argumentación al concubinato, abundando que esta unión no está reglamentada en el derecho. Le falta el supuesto legal necesario para que exista como contrato. El hecho de que exista voluntad de convivir entre los concubenarios no significa necesariamente un acuerdo de voluntades, orientado a generar ciertos efectos jurídicos. No todo acto jurídico es contrato[...]*⁴⁴

Coincidimos con la postura de éste último, pues al concubinato como figura análoga al matrimonio, no necesariamente se le puede aplicar lo concerniente a la institución del matrimonio. A mayor

⁴³ Cfr. DE PINA, RAFAEL, op. cit. pág. 316.

⁴⁴ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel. *La Familia en el Derecho*. Relaciones jurídicas conyugales, 3ª edición, Editorial Porrúa, S.A. México, 1995, pág. 305.

abundamiento, porque el contrato es el acto jurídico por excelencia en tanto que el concubinato, no es un acto jurídico.

2.2.2.3 Acto Jurídico.

En concordancia con las premisas doctrinarias establecidas en el punto 2.1.2.1 del presente capítulo, y que resultan del todo aplicables al tema en estudio, podemos asegurar que el concubinato tampoco puede ser estudiado a la luz del acto jurídico. Por virtud de las especiales características que nuestra doctrina jurídica le reconocen a éste y que como dijimos, le resultan aplicables a la figura del concubinato. Por lo tanto, y para robustecer más estos criterios, sólo apuntaremos algunas reflexiones que la maestra María del Mar Herrerías Sordo⁴⁵ nos brinda al respecto, al exponer entre otras cosas que para el maestro Rafael Rojina Villegas, el acto jurídico “es una manifestación de voluntad que se hace con la intención de producir consecuencias de derecho, las cuales son reconocidas por el ordenamiento jurídico.” Por lo que el acto jurídico, se puede desglosar en tres elementos principalmente:

a) Es una manifestación de voluntad.

⁴⁵ Cfr. HERRERÍAS SORDO, MARÍA DEL MAR, op. cit. pág. 45.

Sin embargo, aunque el concubinato se constituye habiendo la voluntad de los concubinos; ésta sólo se refiere a su relación, a la convivencia, ya sea por razones económicas, de vivienda o afectivas, pero no podemos decir que exista el elemento voluntad desde la perspectiva jurídica.

b) Que se hace con la intención de producir consecuencias de derecho.

En el concubinato también crea determinados derecho y deberes, tales como el derecho sucesorio, el derecho a la indemnización en caso de fallecimiento por accidente de trabajo el concubino o la concubina o el deber de alimentos, sin embargo, éstos sólo son algunos efectos que reconocen las leyes y muchas veces el hombre y la mujer toman la decisión de vivir en “unión libre” o concubinato sin que previamente estén enterados de los derechos que confiere la ley a quienes viven bajo esta figura.

En realidad, los concubinos no se unen con el fin de producir efectos de derecho, lo que buscan es cohabitar como si fueran marido y mujer sin estar atados a un compromiso formal de vida, su voluntad no va encaminada a producir consecuencias jurídicas.

c) Las cuáles son reconocidas por el ordenamiento jurídico.

Si hacemos una comparación de lo anterior, con el concubinato, nos daremos cuenta de que la ley reconoce algunos efectos a esta unión, pero no regula absolutamente todas las hipótesis que se presentan en la práctica.

En esta materia hay muchas consecuencias que no se encuentran previstas por la ley y que constituyen lagunas que el legislador no previó o no quiso reglamentar, tal vez en el afán de proteger la institución del matrimonio.

En conclusión, no es posible afirmar que los escasos efectos que se le reconocen al concubinato por algunas leyes sean todas las consecuencias de derecho que el ordenamiento jurídico podría reconocerle a esta unión, por lo que habrá de estarse al caso concreto para que el juzgador determine lo conducente.

2.2.2.4 Deriva de un hecho jurídico.

Para finalizar el estudio del concubinato, toda vez que como lo hemos expuesto, ninguna de las características anteriores, permiten que se defina con exactitud esta última. Consideramos que solo como figura que deriva de un hecho jurídico, es como se puede enfocar alguna idea lo bastante sólida que nos permita dimensionar al concubinato en atención a su naturaleza jurídica. Si como lo dice la

propia maestra María del Mar Herrerías ⁴⁶ al referirnos a “hecho jurídico”, estaremos hablando del hecho jurídico *stricto sensu*. El hecho jurídico es el acontecimiento puramente material o de la naturaleza, o bien aquel en que se da una intervención del hombre, que genera consecuencias de derecho, sin que exista la intención de crear esas consecuencias.

Así, la doctrina francesa ha considerado a los hechos jurídicos como aquellos acontecimientos naturales o del hombre que originan consecuencias de derecho.

Para la doctrina alemana, el hecho jurídico *stricto sensu*, se reserva para calificar a los acontecimientos en cuya realización no interviene la voluntad. Con lo que la diferencia entre ésta y la teoría francesa, radica en que la última sí reconoce al hecho jurídico en el que interviene la voluntad, calificándolo como “hecho voluntario”.

Por tanto, para la doctrina alemana, aquellos acontecimientos en los que interviene la voluntad, entran en la categoría de actos jurídicos.

⁴⁶ Cfr. *Ibidem*, HERRERÍAS SORDO, MARÍA DEL MAR, pág. 48.

En tal virtud, sólo los hechos considerados por la doctrina francesa como “puramente materiales o de la naturaleza” son los que la doctrina alemana considera como “hechos jurídicos stricto sensu”.

De lo anterior, se infiere que el concubinato puede catalogarse como un hecho jurídico lícito del hombre, porque es un hecho originado por el ser humano que no pretende ir más allá del querer entablar una relación sin ataduras ni compromisos de ninguna especie.

2.3 DIVORCIO.

Dentro de este apartado, queremos reiterar que en virtud de la metodología que hemos seguido dentro del desarrollo de nuestro trabajo de investigación, el divorcio ha corrido paralelo a la institución del matrimonio, de tal suerte que al decir de los doctrinarios, éste es la auténtica antítesis de aquél. Así, el matrimonio, según lo hemos visto alude a la unión, comunidad, encontrarse dos seres enlazados, etcétera. Por su parte, el divorcio es el rompimiento del vínculo, de la unión, seguir caminos diferentes.

Dentro de este contexto, a continuación especificaremos todo lo relacionado con esta figura, en virtud de su necesaria coexistencia con el matrimonio.

2.3.1 Concepto.

Por cuanto hace a su concepto o definición legal, la maestra Sara Montero, nos dice:

*Divorcio es la forma legal de extinguir un matrimonio válido en vida de los cónyuges, decretada por autoridad competente que permite a los mismos contraer con posterioridad un nuevo matrimonio válido.*⁴⁷

Asimismo, el maestro De Pina, nos dice:

*De acuerdo con la legislación mexicana, disolución legal del matrimonio que deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro. En algunos regímenes matrimoniales, se comprende dentro del término divorcio la mera separación de cuerpos, sin disolución del vínculo.*⁴⁸

Tal y como se desprende de las citas en comento, el divorcio es el rompimiento total del lazo o vínculo jurídico que unía legalmente a los cónyuges, acto que adquiere legalidad jurídica y social, una vez que ha causado ejecutoria la sentencia que así lo consigne sin que las partes interesadas la hayan recurrido o impugnado.

⁴⁷ MONTERO DUHALT, SARA, op. cit. págs. 196-197.

⁴⁸ DE PINA RAFAEL, Y DE PINA VARA RAFAEL, op. cit. pág. 253.

2.3.2 Naturaleza Jurídica.

En consonancia con estos argumentos, tenemos que la naturaleza jurídica del divorcio, se deriva precisamente de que mediante el divorcio se disuelve o cesan los efectos del vínculo matrimonial. Recobrando las partes la aptitud de contraer otro, a este respecto, el maestro Eduardo Pallares nos dice:

*Naturaleza jurídica del divorcio en cuanto al vínculo. El divorcio es un acto jurisdiccional o administrativo por virtud del cual se disuelve el vínculo conyugal y el contrato del matrimonio deja de producir sus efectos, tanto con relación a los cónyuges como respecto de terceros.*⁴⁹

Luego entonces, podemos concluir que la naturaleza jurídica del divorcio, atento a los criterios establecidos dentro de nuestro Derecho positivo, es la disolución del vínculo matrimonial, decretada por autoridad competente, por causas posteriores a la celebración del matrimonio y establecidas expresamente en la Ley, si se trata de divorcio necesario, o bien a solicitud de los cónyuges para lo que se refiere al divorcio por mutuo consentimiento.

⁴⁹ PALLARES, EDUARDO, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, 22ª edición, Editorial Porrúa, México, 1996, pág. 261.

2.3.2.1 Acto Jurisdiccional.

En términos generales, nuestra doctrina jurídica reconoce como acto jurisdiccional a la tarea propia de juzgamiento que para resolver los conflictos de intereses que tienen efectos jurídicos, realizan los titulares del Poder Judicial, aún cuando con un significado vulgar, se amplía dicha significación a los actos administrativos y hasta los de otra índole.

Así entonces, el divorcio necesario o voluntario judicial, adquiere su carácter de acto jurisdiccional, en virtud de que necesariamente tiene que ser tramitado ante la autoridad judicial competente, para que mediante su imperio y atento a las formalidades esenciales de cada asunto, emita la resolución definitiva que ordene la disolución del vínculo matrimonial.

Por último debemos expresar que como lo señala nuestro sistema jurídico, las formas obvias para acceder a la petición de divorcio son la judicial a la que ya nos hemos referido y la administrativa que estudiaremos a continuación.

2.3.2.2 Acto Administrativo.

Al decir del maestro Alfonso Nava Negrete,⁵⁰ el acto administrativo, es el acto que realiza la autoridad administrativa. Dentro del cual se expresa la voluntad de la autoridad administrativa, creando situaciones jurídicas individuales, a través de las cuales se trata de satisfacer las necesidades de la colectividad o la comunidad. A veces, las autoridades legislativas o las judiciales realizan también el acto administrativo, cumpliendo funciones de autoridad administrativa.

Así, en sentido formal, acto administrativo es todo acto del Poder Ejecutivo, que es el órgano administrativo del Estado. En sentido material, es el acto del Estado, intrínsecamente administrativo sin importar que el órgano estatal que lo realice sea el legislativo, el judicial o el administrativo.

Ahora bien, el divorcio como un acto administrativo, se encuentra regulado dentro del actual Código Civil para el Distrito Federal, en el artículo 272 y que señala los requisitos y características que los divorciantes deben de cumplir para que proceda siendo éstas:

a) Que los consortes convengan en divorciarse.

⁵⁰ Cfr. *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo I, op. cit. pág. 77.

- b) Que ambos sean mayores de edad.*
- c) Que no tengan hijos o si los tienen sean mayores de edad y no requieran alimentos.*
- d) Que hayan liquidado la sociedad conyugal.*
- e) Que tengan más de un año de casados.*
- f) Que la cónyuge no esté embarazada.*

En este sentido, el Oficial del Registro Civil, previa identificación de los consortes, levantará un acta en que hará constar la solicitud de divorcio y citará a los cónyuges para que se presenten a ratificarla a los quince días.

Si estos, hacen la ratificación, el Oficial del Registro Civil los declarará divorciados, levantando el acta respectiva y haciendo la anotación correspondiente en la del matrimonio anterior.

En el caso de que los consortes no reúnan los requisitos señalados, el divorcio no producirá efectos. El Código añade que, entonces los cónyuges sufrirán las penas que establezca el Código de la materia.

Bajo los criterios anteriores, podemos concluir que el divorcio en su contexto amplio, tiene perfectamente reconocida la viabilidad jurídica para constituirse en acto jurisdiccional así como en acto administrativo.

2.4 ALIMENTOS.

Al igual que lo hemos realizado dentro de los anteriores apartados, dentro del presente tema y como breve nota introductoria, es menester apuntar que los alimentos constituyen dentro de nuestro sistema jurídico mexicano, una de las consecuencias principales del parentesco, mismas que se encuentran debidamente sancionadas en la ley, al grado de estar consideradas de orden público, por el legislador, no obstante que en la practica jurídica, sea en demasiados casos, sumamente difícil coaccionar al deudor alimentario a cumplir con su obligación. Lo que es de suma gravedad atento a los postulados constitucionales establecidos en la materia y lo que obliga al legislador a revisar estas disposiciones a efecto de dotarlas de legalidad y eficacia normativa.

2.4.1 Concepto.

Siguiendo los lineamientos reconocidos por nuestra doctrina jurídica mexicana, los alimentos se pueden conceptualizar de la siguiente manera:

*“En el lenguaje jurídico se usa para afirmar lo que se da a una persona para atender a su subsistencia”.*⁵¹

El maestro Rafael De Pina, afirma que *“reciben la denominación de alimentos las asistencias que se presentan para el sustento adecuado de una persona, en virtud de disposición legal.”*⁵²

*En el lenguaje común, alimentos, se entiende como lo que el hombre necesita para su nutrición. En derecho, el concepto alimentos, implica en su origen semántico, aquello que una persona requiere para vivir como tal. La persona en derecho, necesita un elemento económico que le sirva de sustento en su aspecto no solo biológico sino social, moral y jurídico, normalmente el hombre por sí mismo se procura lo que necesita para vivir.”*⁵³

En la doctrina francesa, Alimentos designa todo lo que es necesario para la vida, el importe del crédito varía en función de las necesidades del acreedor y los recursos del deudor, por eso su fijación es siempre provisional. La obligación se hace efectiva en dinero, sabiéndose hacer entre cónyuges, o si el tribunal ordena el cumplimiento en la especie, lo que puede ser

⁵¹ DE IBARROLA, ANTONIO. *Derecho de Familia*. 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 1993, pág. 119.

⁵² DE PINA VARA, RAFAEL. Op. cit. pág. 305.

⁵³ GALINDO GARFIAS, IGNACIO. *Derecho Civil. Primer curso, parte general, Personas, Familia*. Editorial Porrúa, México, 1973, pág. 307.

ya sea cuando el deudor de alimentos justifique que no puede pagar la pensión, ya sea cuando los padres se ofrezcan para recibir en su casa al hijo.⁵⁴

A este respecto, es menester señalar que dentro de nuestro Código sustantivo en la materia, no se define lo que son los alimentos, por tanto, y haciendo eco de las citas anteriormente señaladas, para los efectos de nuestro trabajo de investigación, habremos de considerar a estos como las asistencias de comida, sustento, y en general todo tipo de aportaciones de esta naturaleza, que se verifican entre los cónyuges, sus ascendientes y descendientes, a efecto de tener una vida digna.

2.4.1.1 Derecho a recibir alimentos.

El derecho y obligación de recibir y otorgar alimentos, nace de las relaciones familiares, que se derivan del parentesco, su fundamento estriba en el derecho que tiene todo individuo a la vida digna, por lo que es un deber de orden moral, social y jurídico. Es moral, por los lazos de sangre que impiden a las personas abandonar a quienes necesitan de su ayuda para subsistir. Es de interés social, dado que la subsistencia de grupo familiar, compete a la propia familia, quien debe

⁵⁴ MAZEUD LEÓN, HENRY, Y MAZEUD JEAN. *Organización y Disolución de la Familia*. Volumen IV, ediciones Jurídicas Europa, América, Buenos Aires, pág. 148.

vigilar que sus miembros no carezcan de lo necesario para su desarrollo y formación. En cuanto al derecho y obligación de tipo jurídico, implica el derecho de hacer efectivo el cumplimiento de la obligación alimentaria. De tal suerte que, como lo afirma el maestro Rafael Rojina Villegas:

Los alimentos constituyen una de las consecuencias principales del parentesco y comprenden de acuerdo al Artículo 308 del Código Civil para el D.F., en materia común y para toda la República en materia Federal, la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en caso de enfermedad. Respecto de los menores de edad, comprenden además de los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista, para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales.⁵⁵

A este respecto, conviene aclarar que hoy en día el Código Civil a que hace referencia el maestro Rojina Villegas sólo es de aplicación local, además de que por reformas publicadas en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, del 25 de mayo del 2000, la actual redacción del artículo de mérito establece el derecho que tienen para recibir alimentos las personas con discapacidad o declarados en estado de

⁵⁵ ROJINA VILLEGAS RAFAEL. *Derecho Civil Mexicano*, Tomo II, Editorial Porrúa, México, 1987, pág. 165.

interdicción, incluyendo también a las personas mayores que carezcan de capacidad económica.

Tienen derecho a recibir alimentos los cónyuges y concubenarios, atento a lo dispuesto por el artículo 302 del Código Civil en vigor, los padres, los hijos, hermanos y parientes colaterales hasta el cuarto grado y por último, entre adoptante y adoptado.

Para finalizar el tema en comento, debemos reiterar que el derecho a recibir alimentos subsiste dentro del concubinato, así como también aún decretado el divorcio.

2.4.1.2 Obligación de proporcionar alimentos.

Según lo preceptúa la maestra Sara Montero Duhalt, la obligación alimentaria, se puede conceptuar de la siguiente manera:

Es el deber que tiene un sujeto llamado deudor alimentario de ministrar a otro, llamado acreedor, de acuerdo con las posibilidades del primero y las necesidades del segundo, en dinero o en especie, lo necesario para subsistir.⁵⁶

⁵⁶ Idem, MONTERO DUHALT, SARA, op. cit. pág. 60.

Ahora bien, como lo pudimos precisar dentro del apartado anterior, el derecho a recibir alimentos, implica siempre, como lo sabemos, la obligación de alguien a proporcionarlos, por ejemplo, el artículo 164 del actual Código Civil, impone a los cónyuges, la obligación de otorgarse alimentos y de contribuir al sostenimiento del hogar, en proporción de sus posibilidades; esta obligación la reitera el artículo 302 del citado ordenamiento, agregando que la ley determinará los casos en que subsista la obligación tratándose de divorcio, separación y nulidad del matrimonio o concubinato.

Por lo que respecta al concubinato, subsiste el derecho de los concubinarios a recibir alimentos, una vez que éste termina y por lo que hace al divorcio, dependerá de las circunstancias del caso, es decir, si se trata de divorcio necesario, o bien, de divorcio por mutuo consentimiento solamente subsiste el derecho para la cónyuge.

Nuestra legislación civil, regula algunos supuestos en los que la obligación alimentaria queda subsistente en estos casos, a saber:

Por muerte.- Tales casos los encontramos en los artículos 1368, 1372, 1374, 1375 y 1376 del Código Civil, referente a los bienes de que se puede disponer por testamento y de los testamentos inoficiosos.

Por sucesión legítima.- En este sentido encontramos dos casos en el Código Civil; el artículo 1611 que dispone: "*Concurriendo hijos con ascendientes, éstos sólo tendrán derecho a alimentos que en ningún caso pueden exceder de la porción de uno de los hijos*", y el 1613 que dice: "*Concurriendo padres adoptantes y descendientes del adoptado en forma simple los primeros sólo tendrán derecho a alimentos*".

Viuda en cinta.- Tratándose de cónyuges, la viuda que quedare encinta aún cuando tenga bienes, deberá ser alimentada con cargo a la masa hereditaria, obligación que es muy independiente.

Divorcio.- En los casos de divorcio necesario, éste se hará tomando en cuenta las circunstancias del caso y entre ellas la capacidad para trabajar de los cónyuges y su situación económica, sentenciará al culpable al pago de alimentos a favor del inocente.

En el caso de divorcio por mutuo consentimiento, la mujer tendrá derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio, derecho que disfrutará si no tiene ingresos suficientes mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.

- Cuando el deudor alimentario no estuviere presente, o estándolo rehusare entregar los alimentos a que está obligado,

será responsable de las deudas que los acreedores contraigan para cubrir sus exigencias.

- El cónyuge que se haya separado del otro, si no fuere el que haya dado lugar a tal separación, puede solicitar al Juez de lo familiar, que obliga al otro a seguir contribuyendo con los gastos del hogar, en la proporción en que lo venía haciendo hasta antes de ésta, así como también satisfaga los adeudos contraídos en los términos del artículo 322 del Código Civil.

Dentro de este contexto, podemos concluir, que las formas legalmente establecidas para satisfacer la obligación alimentaria, variarán dependiendo del caso concreto.

2.4.2 Fundamento.

2.4.2.1 Ético.

Concordando las ideas expuestas con anterioridad, podemos asegurar que en el Derecho contemporáneo, existe la unanimidad de criterios en considerar a los cónyuges recíprocamente obligados a prestarse alimentos, obligación que subsiste en determinadas circunstancias, aún después de roto el vínculo entre ambos.

Ahora bien, si comparamos esta obligación de los deberes de asistencia y socorro que nacen del matrimonio; la distinción es válida si se considera que estos últimos nacen y terminan con la unión conyugal; en cambio los alimentos se proyectan más allá de esos límites; aquellos tienen una connotación específicamente inmaterial, y éstos la tienen netamente económica-material.

Sin embargo, las diferencias y distinciones no son absolutas, sobre todo mientras los cónyuges viven y cohabitan juntos. Así, el cumplimiento en estos casos, de unos y otros se da como resultado de un mismo compromiso afectivo, de una misma respuesta de vida en común.

Luego entonces, y atento a los argumentos del maestro Rojina Villegas, tenemos que:

Las relaciones entre cónyuges y las relaciones entre progenitores e hijos (más en general entre parientes) están reguladas por el afecto, por el sentido del honor, por el impulso altruista, espíritu de sacrificio, sentido del deber, desinterés patrimonial, y por espíritu de solidaridad antes que por el ordenamiento jurídico.⁵⁷

⁵⁷ Ibidem, ROJINA VILLEGAS RAFAEL. Derecho Civil Mexicano, Tomo II, Ed. Porrúa, México, 1987. pág. 37.

En tal virtud, y según lo preceptúa la maestra Sara Montero Duhalt,⁵⁸ la obligación alimentaria encierra un profundo sentido ético, ya que significa la preservación del valor primario, la vida, impuesto por la propia naturaleza a través del instinto de conservación individual y de la especie, y por innato sentimiento de caridad que mueve a ayudar al necesitado. A este respecto, la doctrina Italiana, considera que la obligación alimentaria es un deber de piedad impuesto por la ley, como elemento indispensable para el mantenimiento de la familia como institución social. De lo que se deriva que la obligación legal de los alimentos reposa en el vínculo de solidaridad que une a todos los miembros de la familia, y en la comunidad de intereses, causa de que las personas pertenecientes a un mismo grupo, se deban recíproca asistencia.

2.4.2.2 Fundamento jurídico.

En igual sentido, la maestra Montero Duhalt,⁵⁹ establece que esta obligación constituye un deber natural en los casos en que la ley ha omitido consagrarla. Sin embargo, tal deber de caridad, al que hacíamos mención en el apartado anterior, es demasiado vago para

⁵⁸ Cfr. MONTERO DUHALT, SARA, op. cit. pág. 60.

⁵⁹ Cfr. Idem MONTERO DUHALT, SARA, op. Cit. Pág. 60.

crear una obligación legal o natural, de allí que la ley la consagra cuando el vínculo familiar resulta particularmente estrecho.

Bajo tales características, dentro de nuestro derecho positivo, la Suprema Corte de Justicia ha sentado el siguiente criterio:

La razón filosófica de la obligación alimentaria tiene su origen, en la naturaleza misma de las relaciones sociales, y en el sentimiento de altruismo que debe existir entre todos los miembros de la sociedad en que vivimos, por ello el legislador, estimando que la asistencia pública no sería posible extenderla a todos los desvalidos que existen en el conglomerado social, ha impuesto la obligación a los parientes más cercanos, y en determinados casos, a los que fueran decisivos para determinar la necesidad alimentaria de las personas [...]

(Anales de Jurisprudencia, T. XCV, pág. 120.)

Por lo tanto, podemos concluir el estudio del presente trabajo de investigación, considerando que dentro de nuestro Derecho positivo mexicano, el aspecto ético, de los alimentos coexiste indisolublemente dentro de los criterios legales establecidos en la norma jurídica aplicable en la materia.

Ahora bien, corresponde al pasar al estudio de la norma jurídica que regula los conceptos de matrimonio, concubinato y divorcio, como marco legal de la investigación realizada en la presente obra.

CAPÍTULO 3

ASPECTOS LEGALES

3.1 MATRIMONIO.

3.1.1 Concepto.

En virtud de que el ámbito doctrinario del matrimonio ya fue estudiado dentro del capítulo segundo de nuestro trabajo de investigación, solo con fines metodológicos reubicaremos su concepto a efecto de que nos de la pauta necesaria, para estudiar los diversos aspectos legales que se constituyen con su ejercicio.

Así entonces, el matrimonio se puede conceptualizar como la unión formal y legal de dos personas de sexo diferente, que buscan realizar una vida en común, formando una familia y perpetuando la especie.

3.1.2 Consecuencias Jurídicas en la persona de los cónyuges.

Dentro de los criterios jurídicos contenidos en nuestro derecho positivo, las consecuencias legales en las personas de los cónyuges,

atienden en un contexto general a los derechos y obligaciones, que de manera recíproca se tienen que dar. Así entonces, como lo veremos a continuación la igualdad, la reciprocidad, la solidaridad en su forma de ayuda mutua, son entre otros, algunos de los conceptos que expresamente sanciona nuestro Derecho Civil, con motivo de un matrimonio.

3.1.2.1 Igualdad y reciprocidad de derechos y deberes.

Partiendo de los extremos literales a que hace mención el tema en comentario, asimismo, y tomando en consideración los argumentos que hemos expuesto a lo largo de nuestro estudio. Tenemos que, de inicio, nuestra carta fundamental establece claramente la igualdad de derechos y por consecuencia de obligaciones recíprocamente entre los cónyuges. A mayor abundamiento, el Código Civil en vigor dentro de los artículos 162 al 177, regula de manera particular este sentido de igualdad y reciprocidad legal entre marido y mujer.

Ahora bien, el sentido de igualdad y reciprocidad dentro de los artículos anteriormente señalados se refieren a la libre procreación, al

deber de cohabitación en el domicilio conyugal, al derecho-deber de relación sexual a la ayuda mutua, a la fidelidad, etcétera.

Así, nos dice la maestra Sara Montero,⁵⁸ que además de los artículos 162 y 164 del Código Civil, que regulan las decisiones en común con respecto a la procreación y deberes de carácter económico, el propio ordenamiento en su artículo 168, precisa la igualdad en aspectos de carácter moral, otra norma igualitaria consiste en el derecho que tienen ambos cónyuges de desempeñar cualquier actividad excepto las que dañan la moral o la estructura de la familia. En este supuesto, cualquiera de los dos puede oponerse a que el otro desempeñe la actividad de que se trate, y el Juez de lo familiar resolverá sobre la oposición (artículo 169 del Código Civil). Sin embargo, la decisión del juez no tiene ninguna fuerza obligatoria, pues el incumplimiento de la decisión judicial respectiva, no da causa de divorcio, como sí se configura la causal en el desacato a la decisión judicial de que nos hablan los artículos 164 y 168, en el hipotético caso de que hubieren concurrido los cónyuges al arbitrio judicial.

Con respecto al mando de los bienes propios de cada uno de los cónyuges, ambos son libres para administrar, contratar, disponer y ejercer las acciones y excepciones que les correspondan, sin

⁵⁸ Cfr. MONTERO DUHALT, SARA. op. cit. pág. 145-147.

intervención de su pareja. Solamente si son menores de edad necesitarán autorización judicial para actos de dominio con respecto a sus bienes.

Por último, la prescripción no corre entre consortes, aunque el marido y la mujer, durante el matrimonio, puedan ejercitar los derechos y acciones que tengan uno contra el otro, (artículo 177 del Código Civil).

Por todo lo anterior, podemos concluir, que en todo lo relacionado con la igualdad y reciprocidad entre los cónyuges dentro de lo que es su vida en común, si no existe el mutuo acuerdo, prevalecerá la desigualdad e inequidad, mediante la imposición (disfrazada si se quiere) pero imposición al fin, de una voluntad, sobre la otra, así como la desintegración familiar, en virtud de la falta de armonía solidaria entre estos.

3.1.2.2 Ayuda mutua.

Como lo decíamos en el apartado anterior, la ayuda mutua entre los cónyuges, supone una identidad de intereses, tanto morales, como materiales y legales. Empero, dentro de nuestra legislación civil, la ayuda mutua se traslada al aspecto económico únicamente, (esto

debido a que el ámbito moral y afectivo que debería de prevalecer entre los cónyuges no se puede normar legalmente), con lo que el artículo 164 del Código de mérito, prescribe:

Artículo 164.- Los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de éstos en los términos que la ley establece, sin perjuicio de distribuirse la carga en la forma y proporción que acuerden para este efecto, según sus posibilidades. A lo anterior no está obligado el que se encuentre imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios, en cuyo caso el otro atenderá íntegramente a esos gastos.

Los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio serán siempre iguales para los cónyuges e independientes de su aportación económica al sostenimiento del hogar.

En tal virtud, la ayuda mutua entre los esposos, atenderá a la corresponsabilidad de contribuir y repartirse la carga del sostenimiento del hogar, según sean sus posibilidades.

3.1.3 El divorcio como causa de disolución del matrimonio.

Considerado como tal, dentro de nuestra legislación civil, el divorcio al igual que la nulidad y la muerte de alguno de los cónyuges son causa de la disolución matrimonial. Dentro de este contexto, la muerte de alguno de los cónyuges, es sin duda una causa natural de disolución, en tanto que las otras dos serán causas eminentemente civiles. Así, el Código Civil considera que se produce la nulidad del matrimonio cuando ha existido error acerca de la persona con quien se contrajo, cuando el matrimonio se celebra concurriendo alguno de los impedimentos legales, o cuando se ha realizado sin llenarse los requisitos necesarios que para tal efecto la ley señala.

Por último, cabe reiterar, que la nota característica del divorcio, es que deja la posibilidad a los cónyuges divorciantes que una vez que cause estado la sentencia, podrán válidamente celebrar otro matrimonio, sin perjuicio de la obligatoriedad de cumplir con las disposiciones alimentarias, que haya dictado el juez de lo familiar.

3.1.3.1 Concepto.

Recordemos que literalmente la palabra divorcio, alude a la separación, es decir, jurídicamente a como se desprende del artículo

266 del Código Civil en vigor el divorcio, es la disolución del vínculo matrimonial, que deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.

Con esto, se diferencia al divorcio con las otras dos causas de disolución del matrimonio, en que éste, presupone un matrimonio válido y que se disuelve en vida de los cónyuges.

3.1.3.2 Divorcio voluntario.

En términos generales, nuestra legislación positiva en materia civil, reconoce varios tipos de divorcio, a saber: necesario y voluntario (el cual se divide en administrativo y Judicial, distinción que es motivada por la autoridad ante la cual se practica).

Dentro de este contexto, el divorcio voluntario, es aquél que tiene lugar solamente a solicitud de ambos cónyuges, como lo hemos establecido, tiene como base el mutuo consentimiento sin expresión de causa alguna. Aunque en la práctica profesional, se considera que un divorcio voluntario muchas veces oculta hechos que se dejan al margen con el propósito de no dañar la reputación familiar, dando lugar a un escándalo.

Ahora bien, como ya lo decíamos, el divorcio voluntario de tipo administrativo, facilita la disolución de matrimonio, ya que cuando ambos cónyuges, convengan en divorciarse y sean mayores de edad, no tengan hijos y de común acuerdo hubieren liquidado la sociedad conyugal (si bajo ese régimen se casaron), se presentarán personalmente ante el Oficial del Registro Civil del lugar de su domicilio, comprobarán con las copias certificadas respectivas que son casados y mayores de edad y manifestarán de una manera terminante y explícita su voluntad de divorciarse.

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

Sin embargo, el divorcio así obtenido no surtirá efectos legales si se comprueba que los cónyuges tienen hijos, son menores de edad y no han liquidado su sociedad conyugal, y entonces aquellos sufrirán las penas que establezca el Código de la materia.

Por otra parte, el divorcio voluntario del tipo judicial existe cuando no se llenan los requisitos mencionados en los párrafos anteriores, pero los cónyuges están de común acuerdo en divorciarse.

Por tanto los cónyuges, están obligados a presentar en el juzgado familiar respectivo, la demanda de divorcio, acompañada de una copia certificada del acta de matrimonio, y de las de nacimiento de los hijos menores. Están obligados, además, a presentar un convenio en que se fijará:

- I. Designación de la persona que tendrá la guarda y custodia de los hijos menores o incapaces, durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio;
- II. El modo de atender las necesidades de los hijos a quien deba darse alimentos, tanto durante el procedimiento, como después de ejecutoriado el divorcio, especificando la forma de pago de la obligación alimentaria, así como la garantía para asegurar su debido cumplimiento;
- III. Designación del cónyuge al que corresponderá el uso de la morada conyugal, en su caso, y de los enseres familiares, durante el procedimiento de divorcio;

- IV. La casa que servirá de habitación a cada cónyuge y a los hijos durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio, obligándose ambos a comunicar los cambios de domicilio aún después de decretado el divorcio, si hay menores o incapaces u obligaciones alimenticias;
- V. La cantidad o porcentaje de pensión alimenticia en favor del cónyuge acreedor, en los términos de la fracción II;
- VI. La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y hasta que se liquide, así como la forma de liquidarla, exhibiendo para ese efecto, en su caso, las capitulaciones matrimoniales, el inventario, avalúo y el proyecto de partición; y
- VII. Las modalidades bajo las cuales, el progenitor que no tenga la guarda y custodia, ejercerá el derecho de visitas, respetando los horarios de comidas, descanso y estudio de los hijos.

Con lo que, el divorcio por mutuo consentimiento, no puede pedirse sino pasado un año de la celebración del matrimonio.

Por último, en el divorcio por separación de cuerpos, el vínculo matrimonial perdurará; pero los cónyuges se separan no estando

obligados a vivir juntos. Es decir, el esposo que no quiera pedir el divorcio, por cualquiera de las causas enumeradas en las fracciones VI y VII del artículo 267 del Código de mérito, (padecer sífilis, tuberculosis o cualquier otra enfermedad crónica o incurable que sea, además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio, así como la enajenación mental incurable), podrá solicitar que se suspenda su obligación de cohabitar con el otro cónyuge, y el juez con conocimiento de causa podrá decretar esa suspensión, dejando subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio.

3.1.3.3 Divorcio necesario.

En contrasentido con los argumentos anteriores, tenemos que el divorcio necesario, sólo procede cuando alguno de los cónyuges, comete algún hecho que sea suficiente para que el otro demande la disolución matrimonial. Esto sólo ocurre cuando existe alguna de las causas señaladas en las fracciones I a XXI del artículo 267 del Código Civil. Por tanto estas causas son:

- I. El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges;

- II. El hecho de que durante el matrimonio nazca un hijo concebido, antes de la celebración de éste, con persona distinta a su cónyuge, siempre y cuando no se hubiere tenido conocimiento de esta circunstancia;
- III. La propuesta de un cónyuge para prostituir al otro, no sólo cuando él mismo lo haya hecho directamente, sino también cuando se pruebe que ha recibido cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que se tenga relaciones carnales con ella o con él;
- IV. La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito;
- V. La conducta de alguno de los cónyuges con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción;
- VI. Padecer cualquier enfermedad incurable que sea además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia sexual irreversible, siempre y cuando no tenga su origen en la edad avanzada;
- VII. Padecer trastorno mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge enfermo;
- VIII. La separación injustificada de la casa conyugal por más de seis meses;

- IX. La separación de los cónyuges por más de un año, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos;
- X. La declaración de ausencia legalmente hecha, o la de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga ésta que preceda la declaración de ausencia;
- XI. La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro, o para los hijos;
- XII. La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el Artículo 164, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendentes a su cumplimiento, así como el incumplimiento, sin justa causa, por alguno de los cónyuges, de la sentencia ejecutoriada en el caso del Artículo 168;
- XIII. La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión;
- XIV. Haber cometido uno de los cónyuges un delito doloso por el cual haya sido condenado, por sentencia ejecutoriada;

- XV. El alcoholismo o el hábito de juego, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desaveniencia;
- XVI. Cometer un cónyuge contra la persona o bienes del otro, o de los hijos, un delito doloso, por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada;
- XVII. La conducta de violencia familiar cometida o permitida por uno de los cónyuges contra el otro, o hacia los hijos de ambos, o de alguno de ellos. Se entiende por violencia familiar la descrita en este Código;
- XVIII. El incumplimiento injustificado de las determinaciones de las autoridades administrativas o judiciales que se hayan ordenado, tendientes a corregir los actos de violencia familiar;
- XIX. El uso no terapéutico de las sustancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de Salud y las lícitas no destinadas a ese uso, que produzcan efectos psicotrópicos, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desaveniencia;
- XX. El empleo de métodos de fecundación asistida, realizada sin el consentimiento de su cónyuge; y

XXI. Impedir uno de los cónyuges al otro, desempeñar una actividad en los términos de lo dispuesto por el artículo 169 de este Código.

En suma, el divorcio necesario, significa la disolución del vínculo matrimonial, a petición de un cónyuge, decretada por autoridad judicial competente y con base en alguna de las causas específicamente señaladas en la Ley. Pudiendo tener el nombre de contencioso, al poder ser demandado por cualesquiera de los cónyuges en contra del otro, en oposición al voluntario, mismo que como ya lo expresamos, se ponen de acuerdo y no establecen controversia alguna entre ellos.

3.1.3.4 Consecuencias jurídicas en relación a los cónyuges.

Según lo establece la licenciada Sara Montero, las consecuencias jurídicas directamente emanadas del divorcio, que haya causado estado pueden ser de tres clases, a saber:

- a) *En cuanto a las personas de los cónyuges.*
- b) *En cuanto a sus bienes; y*

- c) *En cuanto a los hijos nacidos o adoptados durante el matrimonio.*

En este sentido, por lo que atañe a los cónyuges, la propia maestra Montero Duhalt, nos dice:

El efecto directo del divorcio, es la extinción del vínculo conyugal. Los cónyuges dejan de serlo y adquieren libertad para contraer un nuevo matrimonio válido. El cónyuge declarado inocente puede contraer nuevas nupcias en cualquier momento; la cónyuge inocente deberá esperar que transcurran trescientos días contados desde la fecha de la separación judicial para volver a casarse, plazo que tiene por objeto evitar la confusión de la paternidad con respecto al hijo que la mujer pudiera dar a luz dentro de los plazos legales que se establecen para imputar certeza de paternidad con respecto al marido (180 días después de celebrado el matrimonio y dentro de los 300 días posteriores a la extinción del mismo por muerte del marido, o de la separación judicial en los casos de divorcio o nulidad de matrimonio).⁵⁹

⁵⁹ *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo II, op. cit. pág. 1189.

Al respecto de la cita en comento, consideramos importante precisar, que desafortunadamente, con motivo de las reformas de que fue objeto nuestro Código Civil para el Distrito Federal, que entraron en vigor en mayo del 2000 se derogaron los criterios normativos relacionados con el tiempo de espera para contraer nuevas nupcias, referidos al cónyuge culpable, así como los 180 días anteriormente reconocidos para dar certeza de paternidad, es decir, el actual artículo 289 del Código de mérito, se reformó por virtud de tal reforma, se omite la anterior sanción de dos años de espera para contraer nuevas nupcias, con lo que desde nuestro particular punto de vista, el legislador (Quizá por error), premia al cónyuge culpable, lo que de alguna manera se vuelve inequitativo, en contra de aquél cónyuge que no dio motivo al divorcio necesario.

3.2 CONCUBINATO.

3.2.1 Concepto.

A este respecto, debemos recordar que el concubinato, consiste en la unión de un hombre y una mujer, sin reunir los requisitos legales que para el matrimonio se han establecido, para cumplir los fines atribuidos a éste. Es pues, esta institución un matrimonio de hecho, al que la ley le tiene que atribuir necesariamente efectos jurídicos. Así

nuestro Código Civil vigente tiende a dar protección al concubinato, tanto para beneficiar a estos, así como a los hijos.

Por tanto, el concubinato lo habremos de entender como a continuación se expresa.

Concubinato. Artículo 291 Bis.- La concubina y el concubinario tienen derechos y obligaciones recíprocos, siempre que sin impedimentos legales para contraer matrimonio, han vivido en común en forma constante y permanente por un periodo mínimo de dos años que precedan inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones a los que alude este capítulo.

No es necesario el transcurso del periodo mencionado cuando, reunidos los demás requisitos, tengan un hijo en común.

Si con una misma persona se establecen varias uniones del tipo antes descrito, en ninguna se reputara concubinato. Quien haya actuado de buena fe, podrá demandar del otro, una indemnación por daños y perjuicios.

3.2.2 Consecuencias jurídicas en la persona de los concubinos.

A manera de resumen del tema en estudio, consideramos adecuado realizar una breve reseña de las consecuencias jurídicas

entre los concubinos, para lo cual, recurriremos a los argumentos de la maestra Montero Duhalt,⁶⁰ quien señala, entre otras cosas que en materia de concubinato, el Código Civil ha tenido algunas reformas, así en diciembre de 1974, en razón de establecer la igualdad jurídica para las personas de ambos sexos, se otorgó el derecho a alimentos al concubino a través del testamento inoficiosos (fracción V del artículo 1368), pues originalmente sólo se concedía este derecho a la concubina. Empero, en esa fecha, no se extendió el derecho a heredar por vía legítima, al varón en el concubinato. Omisión que ha sido corregida en las reformas al Código Civil de diciembre de 1983.

En tal virtud, la regulación del concubinato, una vez reformado, produce las siguientes consecuencias jurídicas:

- 1) *Derecho a alimentos en vida de los concubinos, a semejanza del derecho de los cónyuges entre sí;*
- 2) *Derecho a alimentos por causa de muerte a través del testamento inoficiosos;*
- 3) *Derecho a la porción legítima en la sucesión ab-intestato, y*
- 4) *Presunción de paternidad con respecto a los hijos.*

⁶⁰ Cfr. MONTERO DUHALT, SARA, op. cit. pág. 167.

Así entonces, los alimentos en vida para los concubinos, que recién regula el Código Civil, fueron previamente un derecho otorgado por la seguridad social, al establecer que el trabajador podía inscribir a sus dependientes económicos, como sujetos de la seguridad social. No se exigía el requisito del matrimonio para que el trabajador pudiera inscribir a su compañera como dependiente económica.

En igual sentido, los concubinos tienen derecho a recibir alimentos por testamento, toda vez que el artículo 1368 prescribe que “el testador debe dejar alimentos a las personas que se mencionan en el mismo.

Uno de estos casos, es precisamente a la persona con quien el testador vivió como si fuera su cónyuge durante los 5 años que precedieron inmediatamente a su muerte o con quien tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres del matrimonio durante el concubinato y que el superviviente esté impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes. Este derecho sólo subsistirá mientras la persona de que se trate no contraiga nupcias y observe buena conducta. Si fueren varias las personas con quien el testador vivió como si fueran su cónyuge, ninguna de ellas tendrá derecho a alimentos.

Más aún, el legislador, no sólo extendió el derecho que tenía a heredar por vía legítima la concubina a su compañero, sino que igualó en forma total al derecho a heredar de los concubinos y de los cónyuges. Por lo que actualmente la redacción del artículo 1635 quedó de la siguiente manera:

Artículo 1635.- La concubina y el concubinario tienen derecho a heredarse recíprocamente, aplicándose las disposiciones relativas a la sucesión del cónyuge, siempre que reúnan los requisitos a que se refiere el Capítulo XI del Título Quinto del Libro Primero de este Código.

Así, el artículo transcrito determina las condiciones para que se entienda la vida en común de la pareja como concubinato, a saber:

- 1) *Que vivan como cónyuges, o sea, con exclusividad y permanencia;*
- 2) *Que duren en su convivencia (si no han procreado entre sí), un mínimo de dos años;*
- 3) *Que viviendo como marido y mujer, sin importar la duración de su convivencia, hayan tenido hijos en común;*
- 4) *Que ambos estén libres de matrimonio;*

- 5) *Que no tengan otra relación permanente con individuo distinto al concubino (a).*

En cuanto a los hijos, y de acuerdo con el artículo 383, se establece una presunción de paternidad con respecto al concubino y los hijos de su compañera, a los que ya nos hemos referido.

3.2.2.1 Igualdad y reciprocidad de derechos y obligaciones.

Como sustento de los argumentos expuestos dentro del presente capítulo, a continuación transcribiremos los artículos del Código Civil en vigor, que norman la reciprocidad e igualdad de derechos y obligaciones entre los concubinos.

Artículo 291 bis.- La concubina y el concubinario tienen derechos y obligaciones recíprocos, siempre que sin impedimentos legales para contraer matrimonio, han vivido en común en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años que precedan inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones a los que alude este capítulo.

No es necesario el transcurso del período mencionado cuando, reunidos los demás requisitos, tengan un hijo en común.

Si con una misma persona se establecen varias uniones del tipo antes descrito, en

ninguna se reputará concubinato. Quien haya actuado de buena fe podrá demandar del otro, una indemnización por daños y perjuicios.

Artículo 291 Ter.- *Regirán al concubinato todos los derechos y obligaciones inherentes a la familia, en lo que le fueren aplicables.*

Artículo 291 Quáter.- *El concubinato genera entre los concubinos derechos alimentarios y sucesorios, independientemente de los demás derechos y obligaciones reconocidos en este código o en otras leyes.*

Artículo 291 quintus.- *Al cesar la convivencia, la concubina o el concubinario que carezca de ingresos o bienes suficientes para su sostenimiento, tiene derecho a una pensión alimenticia por un tiempo igual al que haya durado el concubinato. No podrá reclamar alimentos quien haya demostrado ingratitud, o viva en concubinato o contraiga matrimonio.*

El derecho que otorga este artículo podrá ejercitarse solo durante el año siguiente a la cesación del concubinato.

Artículo 301.- *La obligación de dar alimentos es recíproca. El que los da tiene a su vez el derecho de pedirlos.*

Artículo 302.- *Los cónyuges están obligados a proporcionarse alimentos. La ley determinará cuándo queda subsistente esta obligación en los casos de separación, divorcio, nulidad de matrimonio y otros que la ley señale. Los concubinos están obligados en términos del artículo anterior.*

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

[...]

- V. *A la persona con quien el testador vivió como si fuera su cónyuge durante los 5 años que precedieron inmediatamente a su muerte o con quien tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres del matrimonio durante el concubinato y que el superviviente esté impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes. Este derecho sólo subsistirá mientras la persona de que se trate no contraiga nupcias y observe buena conducta. Si fueren varias las personas con quien el testador vivió como si fueran su cónyuge, ninguna de ellas tendrá derecho a alimentos;*

3.2.2.2 Derecho recíproco de proporcionarse alimentos.

Al ser aplicables las disposiciones alimentarias del matrimonio, al concubinato y como lo preceptúan los artículos 301 y 302 del Código Civil, anteriormente transcritos, el derecho recíproco de proporcionarse alimentos entre los concubinos, en la actualidad se instituye en el artículo 296 quintus al que nos referiremos con más detalle en el último capítulo de nuestro trabajo de investigación.

3.3 MATRIMONIO Y CONCUBINATO SIMILITUDES Y DIFERENCIAS.

3.3.1 Similitudes.

Después de haber particularizado en lo que consideramos los puntos básicos del matrimonio, divorcio y concubinato, a continuación estudiaremos de manera concreta, todo lo relacionado con sus especiales similitudes así como diferencias, para lo cual, recurriremos a las opiniones de los maestros especialistas en la materia, así como a las disposiciones normativas al respecto.

3.3.1.1 Constituyen familia.

Desde luego que el concubinato a semejanza del matrimonio, es una forma de constituir una familia. Tal es el caso, de que como lo hemos expuesto, el legislador ha reconocido los derechos y obligaciones emanados del concubinato a los que se derivan del matrimonio. Sin embargo, debemos precisar que la nota característica entre el matrimonio y el concubinato, radica en la idea, verbigracia, acuerdo de voluntades, de realizar una vida en común, cohabitando en un mismo lugar y procrear descendencia, bajo los principios éticos y jurídicos ya enunciados.

Esto cobra sentido si recordamos, que en la legislación mexicana, en el Código Civil en vigor, por primera vez se reconocen los efectos jurídicos que de esta unión se derivan, como son: el derecho de los concubinos a los alimentos en los términos del reformado artículo 302 del Código Civil; a participar en la sucesión hereditaria, según lo estipulado en el artículo 1635 del Código Civil, la posibilidad de investigar la paternidad de los hijos habidos entre los concubenarios en los términos de los artículos 382 y 383 del citado Código, y una vez establecida la filiación de los hijos habidos durante el concubinato,

éstos tendrán derecho a los alimentos y a ser llamados a la sucesión del padre.

Además, están el derecho de la concubina a recibir la indemnización por la muerte del trabajador por riesgo profesional en los términos del artículo 501 de la Ley Federal del Trabajo; el derecho de la concubina a recibir la pensión establecida por los artículos 73 y 152 de la Ley del Seguro Social, en los casos de muerte del asegurado por riesgo profesional, accidente o enfermedad no profesional, y a las pensiones de viudez cuando el concubino ha fallecido y disfrutado de pensión de invalidez, vejez o cesantía.

3.3.1.2 Generan derechos y obligaciones.

Como es lógico suponer y más aún por los argumentos vertidos con anterioridad, tanto el matrimonio así como el concubinato generan en la actualidad derechos y obligaciones que como dicho se llevan al campo específico de ellos mismos, con sus bienes y con sus hijos.

3.3.2 Diferencias.

3.3.2.1 Matrimonio.

Las diferencias centrales del matrimonio y el concubinato nos las proporciona lúcidamente la maestra María del Mar Herrerías,⁶¹ por lo que a continuación las transcribiremos: Como ya se ha referido el matrimonio es una institución, un estado civil, un contrato y un estado de derecho. El concubinato es una simple unión de hecho que no reúne las características de la institución.

Por todo lo anterior, podemos decir que no existe uniformidad en cuanto a este aspecto, pero si nos guiamos conforme a lo establecido por el código civil, el concubinato no constituye un estado civil.

En cuanto al aspecto contractual, el matrimonio, como ya se ha dicho, está considerado por nuestra Constitución como un contrato, lo que no sucede con el concubinato, que constituye un hecho jurídico del hombre.

- El matrimonio, además de originar el parentesco por consanguinidad respecto de los hijos y sus descendientes, crea el parentesco por afinidad, que es el que se crea entre un cónyuge y la familia del otro.

⁶¹ Cfr. HERRERÍAS SORDO, MARÍA DEL MAR, op. cit. págs. 60-62.

Si bien es cierto que con la relación concubinaria también se origina el parentesco por consanguinidad con respecto de los hijos y sus descendientes, en ningún momento se crea un lazo de parentesco con la familia de la pareja. En el concubinato no existe el parentesco con la familia por afinidad.

- Por el matrimonio se crea un régimen matrimonial de bienes. Este régimen matrimonial es un estatuto que regula los aspectos económicos entre los cónyuges y entre éstos y los terceros. En nuestro país existen el régimen de separación de bienes y el régimen de sociedad conyugal.

Por último, en el concubinato no existe régimen alguno que regule los aspectos económicos de los concubinos entre sí ni con respecto a terceros, por lo tanto, en caso de que se disolviera esta unión, cada uno de los concubinos retendría los bienes que le pertenecen. En caso de que los concubinos hubieran adquirido bienes en forma conjunta, al momento de disolverse la unión, se seguirán las reglas de la copropiedad, ya que se entenderá que la pareja adquirió el bien o los bienes en partes iguales, salvo pacto en contrario.

3.3.2.1.1 Acto jurídico solemne.

Como ha quedado establecido, el matrimonio es reconocido tanto por nuestra doctrina jurídica, así como por el derecho positivo, como un acto jurídico que para su constitución, requiere de las formalidades y solemnidades que la propia ley establece al respecto, tales argumentos se pueden sustentar al decir del artículo 146 que a continuación se transcribe:

Artículo 146.- Matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que esta ley exige.

En concordancia con el artículo en cita, y en oposición a esta formalidad, resulta que al decir de maestro Rafael De Pina,⁶² junto al matrimonio de derecho, la legislación mexicana reconoce la existencia del matrimonio de hecho, o concubinato, que se define como la unión

⁶² Cfr. DE PINA, RAFAEL. op. cit. págs. 333-334.

de un hombre y una mujer, sin formalización legal, para cumplir los fines atribuidos al matrimonio.

Así, el Código Civil no protege el concubinato, ni los efectos que le reconoce son susceptibles de fomentarlo. El legislador se limita a reconocer la existencia de esta realidad, ante la cual no puede cerrar los ojos, y a sacar de ella conclusiones legales, bien moderadas y discretas.

Por lo tanto, no se puede hablar de la necesidad de solemnidad del concubinato, aspecto éste únicamente reconocido al matrimonio.

3.3.2.1.2 Para su disolución es necesario un proceso administrativo o judicial.

Al ser el matrimonio un acto jurídico investido de toda la solemnidad que la ley positiva le impone, y como ya lo hemos precisado, es indudable que para su disolución se requiera de la misma solemnidad, con lo que para disolver el vínculo matrimonial legalmente celebrado entre hombre y mujer, las únicas vías que reconoce nuestro sistema jurídico, lo son la administrativa y la judicial. Sin las cuáles y al no existir una sentencia ejecutoriada, los efectos del matrimonio proseguirán.

Situación ésta que no acontece en el concubinato, toda vez que al no estar revestido de esta solemnidad, lo único que se requiere para disolverlo será la simple separación de los concubinos sin perjuicio de quedar subsistentes los derechos y obligaciones que se hayan generado con el mismo, verbigracia, derecho de alimentos para el concubino que carezca de ingresos o bienes suficientes para su sostenimiento (artículo 291-Quintus del Código Civil para el Distrito Federal).

3.3.2.1.3 Plenitud de efectos jurídicos.

Para no ahondar más allá de lo estrictamente necesario dentro de nuestro trabajo de investigación, a este respecto habremos de precisar que como ha quedado debidamente establecido, se considera que existe plenitud de efectos y consecuencias jurídicas derivadas del matrimonio, en virtud que desde la época romana, y hasta nuestros días es una de las principales instituciones que se norman dentro de nuestro sistema jurídico mexicano, tanto en su aspecto civil como penal, sustantiva y adjetivamente, criterios normativos que en el mismo sentido se reconocen de alguna u otra manera en las legislaciones de todo el mundo.

Luego entonces, podemos concluir, asegurando que sin que se confunda el que la norma jurídica se tenga que reformar y actualizar, atendiendo a los cambios y costumbres del ente social, el matrimonio como institución jurídica y núcleo de la sociedad deviene dentro de nuestro Estado de Derecho y su orden normativo en total plenitud de efectos jurídicos, atendiendo al caso concreto que se pudiera presentar o derivar de ésta.

3.3.2.1.4 Contrato de derecho de familia.

En oposición al concubinato, y según lo precisamos en el capítulo precedente de nuestro trabajo de investigación el matrimonio tiene la cualidad de ser considerado como un contrato de derecho de familia, además de tener pleno interés público, toda vez que hace surgir entre los que lo contraen, el estado civil de casados, con todos los derechos y obligaciones que de éste se derivan y que se encuentran plenamente determinados por el orden jurídico mediante la institución a la que hacemos alusión y como lo es el matrimonio.

3.3.2.2 Concubinato.

3.3.2.2.1 Carece de formalidades.

Como ya lo mencionamos, dentro de la lectura de nuestro Código Civil en vigor, no se encuentra disposición normativa alguna, que haga suponer la obligatoriedad que esta figura jurídica requiera para su constitución. Visto lo cual, y atento a los argumentos doctrinarios que hemos venido exponiendo durante nuestro presente estudio, tenemos que, el concubinato en oposición a la institución del matrimonio, carece de todo tipo de formalidades, por lo que única y exclusivamente han sido regulados sus efectos y consecuencias después de que se haya verificado bajo las condiciones (que no son formalidades) a que hace mención nuestro Código Civil, anteriormente estudiados.

3.3.2.2 En cualquier momento termina.

Al decir de los estudiosos en la materia, la nota distintiva del concubinato en oposición al matrimonio, lo es sin duda, el que en cualquier momento, puede terminar, sin la necesidad administrativa o judicial de que sea decretada tal terminación. Lo que es entendible si partimos de la base que hemos expuesto en el sentido de que para que se constituya el concubinato tampoco se requiere formalidad legal alguna, bastando únicamente el acuerdo de voluntades entre los concubinos tanto para su creación como para su terminación, reiterando que única y exclusivamente nuestra legislación positiva en

materia civil, protege las posibles consecuencias y efectos jurídicos que se hayan originado dentro de la vida concubinaria.

3.3.2.2.3 Efectos jurídicos limitados.

En consonancia con los argumentos anteriores, y también tomando como base nuestro Código Civil en vigor, tenemos que efectivamente dentro de sus disposiciones normativas existen una serie de preceptos que tutelan y protegen ciertos derechos y obligaciones, derivados del concubinato, por lo que de una breve compulsión en cuanto a la cantidad y calidad de disposiciones normativas entre el concubinato y la institución del matrimonio, fácilmente nos podremos dar cuenta que los efectos jurídicos de aquél son limitados, esto desde luego, a que como ha quedado debidamente manifestado, históricamente la familia y más aún, la familia legalmente reconocida, es la institución que goza de toda la tutela por parte del Estado mediante su sistema jurídico e instituciones públicas destinadas al efecto.

3.3.2.2.4 Dos voluntades en un hecho.

Según lo hemos manifestado, el hecho jurídico dentro de nuestra doctrina y derecho positivo, es considerado como el género, en tanto

que el acto jurídico, lo será desde luego la especie. En tal virtud, tenemos que existen hechos jurídicos que sin que medie la voluntad plena del individuo generan consecuencias jurídicas, en tanto que existen actos jurídicos que con pleno conocimiento de causa generan las mismas consecuencias. Así, dentro del concubinato se considera que existen dos voluntades (concubinario y concubina), tendientes a realizar una vida en común (hecho jurídico) y que ésta a su vez generará derechos y obligaciones recíprocos entre aquellos.

Por lo tanto, podemos concluir el estudio del presente capítulo, asegurando que al igual que el matrimonio, el concubinato requiere para su constitución del acuerdo de voluntades entre las partes interesadas para que se pueda verificar el hecho jurídico (para el concubinato) y el acto jurídico (para el matrimonio) con la salvedad de que además de este acuerdo de voluntades, el matrimonio exige por disposición normativa expresa una serie concatenada de actos posteriores para que quede debidamente legitimado por el Estado. En contraposición al concubinato que tendrá que cumplir solamente este requisito, para que el hecho jurídico se constituya.

Es ahora que, en este punto del estudio realizado, debemos analizar el artículo 288 relacionado el artículo 291-Quintus ambos del

Código Civil para el Distrito Federal, respecto de la igualdad jurídica entre el hombre y la mujer, toda vez que hemos realizado el análisis necesario para comprenderlo; en primer lugar, los antecedentes sociales tanto del matrimonio, el concubinato y del divorcio, los razonamientos doctrinarios esgrimidos por los estudiosos del derecho respecto de dicha realidad social e histórica y, por último, el contenido normativo de dichas figuras jurídicas, lo cual nos lleva a realizar la crítica mas o menos acertada de los artículos 288 y 291-Quintus, ambos del Código Civil para el Distrito Federal, en relación la igualdad jurídica entre el hombre y la mujer.

CAPÍTULO 4

LA REFORMA AL ARTÍCULO 288 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, VIOLA EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD JURÍDICA ENTRE EL VARÓN Y LA MUJER.

4.1 ANÁLISIS JURÍDICO DE LA GARANTÍA DE IGUALDAD PREVISTA EN EL ARTÍCULO 4º CONSTITUCIONAL.

De acuerdo al tema central de nuestro estudio y en relación a los lineamientos que hemos expuesto durante su desarrollo, corresponde ahora exponer las causas por las que consideramos que la reforma al artículo 288 del Código Civil para el Distrito Federal en vigor, viola el principio constitucional de igualdad jurídica entre el hombre y la mujer, tomando en consideración los siguientes argumentos.

Dentro de la dogmática jurídica, se reconocen diversas garantías que de manera general suelen ser aplicadas a la ciencia del derecho, es decir, como lo apunta el maestro José Luis Soberanes ⁶³ al término garantía, referido al Derecho Constitucional, se le han dado diversas connotaciones, entre las cuales se pueden destacar, atento al pensamiento del jurista Fix Zamudio, los siguientes:

⁶³ Cfr. SOBERANES FERNÁNDEZ, JOSÉ LUIS, en *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo II, op. cit. pág. 1512.

- a) En primer lugar se han denominado garantías a los Derechos humanos, fundamentales reconocidos o garantizados por la Constitución, tal es el significado que le ha dado nuestra Carta fundamental vigente, al enumerar y describir dichos derechos en sus primeros veintinueve artículos, integrantes del Capítulo Primero, Título Primero, cuando los califica como garantías individuales.

- b) En segundo lugar, tenemos las ideas de Carl Schmitt, ya que para él las garantías constitucionales son aquellos derechos que sin ser estrictamente constitucionales, por no referirse a la estructura fundamental del Estado ni a los Derechos Humanos, el Constituyente ha considerado conveniente incluir en la Ley Suprema para darles mayor solidez, para garantizarlos mejor, como sería el caso del artículo 123 de nuestra Constitución Política.

- c) Finalmente, se ha identificado el término garantía constitucional, con el concepto de defensa de la Constitución, es decir, englobando tanto a los medios preventivos como a

los represivos, siendo que, se debería referir exclusivamente a estos últimos.

Como se puede apreciar de los planteamientos del maestro José Luis Soberanes, dentro de la doctrina jurídica, el término garantía ha tenido diversas conceptualizaciones y aplicaciones, al grado de que algunos tratadistas las han considerado incluso como principios generales del derecho, tal es el caso del maestro Rodolfo Lara Ponte,⁶⁵ cuando nos dice:

“Con relación al artículo 4º constitucional, puede plantearse el concepto de seguridad familiar como contenido básico del mismo, bordeado por conceptos relativos a la igualdad jurídica de los sexos y de derechos de estos en cuanto a la organización y desarrollo familiares. Así, la consagración constitucional de las garantías de la persona en su aspecto físico y social, constituye un elemento jurídico primario de la seguridad familiar, por ejemplo, la voluntad para unirse en pareja y de procrear, supone el ejercicio de una garantía individual de libertad, pero a la vez de la igualdad jurídica entre hombre y mujer, ya que ella permite asumir una decisión y un compromiso en condiciones semejantes de derechos y obligaciones. Por

⁶⁵ Cfr. LARA PONTE, RODOLFO. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, comentada*, Tomo I, 13ª edición, Editorial Porrúa, México, 1998, pág. 39-42.

lo tanto, se estimó conveniente elevar al plano constitucional este principio de igualdad, mismo que vino a enraizarse entre los principios rectores más importantes de nuestra vida social, y que ha dado la pauta a importantes reformas tanto en el Derecho del Trabajo, el Derecho de Familia, la adquisición de los Derechos Agrarios etcétera, pero fundamentalmente ha permitido el abatimiento de injusticias y rasgos discriminatorios en diversas disposiciones normativas y procedimientos jurídicos y administrativos, así como una mayor contribución de las mujeres al proceso de desarrollo”.

Visto lo cual, nos permite precisar que dependiendo del especial tratamiento (dogmático, axiológico y exegético), que se le dé a determinado tema, la utilización de los términos garantía constitucional o principio general del derecho, pueden ser entendidos, como lo expone el maestro Fix Zamudio, como el conjunto de Derechos Humanos fundamentales reconocidos o garantizados por la Constitución.

Dentro de este contexto y una vez precisados los alcances y aplicaciones doctrinarias anteriormente expuestas, tenemos que el artículo 4º constitucional en su parte conducente preceptúa:

Artículo 4º.- *La Nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. La Ley protegerá y promoverá el desarrollo de sus lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social, y garantizará a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado. En los juicios y procedimientos agrarios en que aquellos sean parte, se tomarán en cuenta sus prácticas y costumbres jurídicas en los términos que establezca la ley.*

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

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

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.

Toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar.

Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo.

Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

Así entonces, reconocida como una garantía constitucional, la igualdad, prevista en el artículo 4 constitucional, se debe entender en su sentido más amplio, como una regla general que reconoce a todos los miembros de la sociedad la misma capacidad en el ejercicio de sus derechos, es decir, los derechos reconocidos para el ser humano, pueden ser ejercitados en igual forma tanto por el hombre como por la mujer, de ahí que se trate de una igualdad ante la ley; en este sentido, el maestro Rafael De Pina, que respecto al concepto del derecho igualdad tenemos podemos entender:

Igualdad ante la Ley. Trato igual en circunstancias iguales, que significa la prohibición de toda decisión o norma legal de carácter discriminatorio por parte de los órganos estatales.

La igualdad ante la Ley –se ha dicho– es un caso de razonabilidad de las Leyes que representa una garantía constitucional y una valoración vigente en todos los países constituidos sobre la ideología demoliberal [...] este principio se encuentra reconocido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La expresión igualdad ante la Ley debe ser entendida en sentido de “igualdad ante el Derecho”.⁶⁶

Asimismo, el maestro Miguel Borrell Navarro,⁶⁷ ha sostenido que, atento a lo establecido en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, este vocablo que viene del latín, significa conformidad de una cosa con otra en naturaleza, forma, calidad o cantidad y también principio que reconoce a todos los ciudadanos capacidad para los mismos derechos. Por tanto, la igualdad de derechos se puede considerar en que las Leyes que deben ser generales, no pueden establecer excepciones a favor o en contra de

⁶⁶ DE PINA, RAFAEL Y DE PINA VARA RAFAEL, op. cit. pág. 313.

⁶⁷ Cfr. BORRELL NAVARRO, MIGUEL. *Derecho Mexicano del Trabajo*, 6ª edición, Editorial Sista, México, 1998, pág. 36.

personas o grupos determinados, ni para restarles o negarles derechos ni para concederles privilegios o prerrogativas. Luego entonces, la igualdad como garantía individual podemos concebirla en el sentido de que se deben considerar como iguales ante la Ley, únicamente a los que se encuentran en la misma situación jurídica.

En este orden de ideas y, atendiendo a criterios doctrinarios antes mencionados, resulta indudable que en sentido estricto, la igualdad jurídica como garantía constitucional o principio general de Derecho, alude a la especial cualidad o condición de idéntico tratamiento o reconocimiento de derechos y obligaciones entre las personas, aspectos que resultan del todo aplicables, si tales personas (hombre y mujer) son legalmente casados o vivan en concubinato, ya que su condición sexual, no los diferencia en el ejercicio de los derechos que puedan ejercitarse en dichos rubros.

A mayor abundamiento, debemos precisar que dentro de nuestro Estado de Derecho así como en todo Estado democrático, la igualdad jurídica entre los seres humanos, alude a la participación igualitaria de ambos sexos como condición indispensable y elemento fundamental de justicia.

En tal virtud, resulta indudable que los extremos y alcances jurídicos y sociales que se consignan de manera expresa dentro del último párrafo del artículo 288 del Código Civil en vigor, son notoriamente violatorios del principio constitucional de igualdad jurídica al que nos hemos referido, precepto legal que por principio establece en forma expresa:

Artículo 288.- En los casos de divorcio necesario, el Juez de lo Familiar sentenciará al cónyuge culpable al pago de alimentos a favor del cónyuge inocente, tomando en cuenta las circunstancias del caso, entre ellas, las siguientes:

[...]

En el caso del divorcio voluntario por vía judicial, la mujer tendrá derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio, derecho que disfrutará si no tiene ingresos suficientes y mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.

Analizando el contenido de dicho precepto legal, es claro que el mismo se refiere a la regulación de las relaciones de matrimonio habida entre hombre y mujer, que dicha relación se haya terminado por causa de divorcio voluntario, es decir, que ambos contrayentes de propia voluntad hayan querido dar por terminado su matrimonio y es

claro que, dicho precepto consagra el derecho UNICO para LA MUJER o LA DIVORCIANTE en este caso, de recibir alimentos de EL HOMBRE o EL DIVORCIANTE por los años que estuvieron casados, para el caso de que no tenga ingresos suficientes para subsistir, derecho que no le es reconocido a favor de EL HOMBRE o EL DIVORCIANTE, haciendo por ello una clara diferencia entre el hombre y la mujer que se encuentren en dicha hipótesis normativa, porque el hombre no tiene el derecho de recibir dichos alimentos aún cuando esté en el mismo caso de la mujer divorciante y no tenga ingresos económicos propios.

Ahora bien, los propios artículos 2º y 13 fracción II, del propio ordenamiento sustantivo civil en comento, evidencian la violación al principio de igualdad del artículo que se encuentra ahora en tela de juicio, ya que los mismos a la letra disponen:

Artículo 2º.- La capacidad jurídica es igual para el hombre y la mujer. A ninguna persona por razón de edad, sexo, embarazo, estado civil, raza, idioma, religión, ideología, orientación sexual, color de piel, nacionalidad, origen o posición social, trabajo o profesión, posición económica, carácter físico, discapacidad o estado de salud, se le podrá negar un servicio o

prestación a la que tenga derecho, ni restringir el ejercicio de sus derechos cualquiera que sea la naturaleza de estos.

Artículo 13.- La determinación del derecho aplicable en el Distrito Federal se hará conforme a las siguientes reglas:

[...]

- II. El estado y la capacidad de las personas se rige por las leyes aplicables en el Distrito Federal;*

Es claro que a la luz de análisis de dichos preceptos legales, podemos concluir que, no solo La Constitución reconoce el principio de igualdad que existe entre hombre y mujer sino que también, el propio Código Civil establece que dicho principio de igualdad entre hombre y mujer, se refiere a que el ejercicio de un derecho, no puede ser limitado ni restringido SEA CUAL FUERE LA NATURALEZA DE DICHO DERECHO, por lo tanto, en las relaciones que derivan del matrimonio, el hombre y la mujer gozaran de los mismos derechos en forma idéntica sin que los mismos puedan limitarse con motivo del sexo de la persona que los ejercite, a contrario de lo analizado en el artículo 288 del propio ordenamiento legal que, en forma clara, hace una diferencia entre la mujer y el hombre, es decir, otorga derechos a la mujer divorciante por el simple hecho de ser mujer, motivo que no es suficiente para limitar el derecho del hombre a ser igual ante la ley

que la mujer, porque como lo hemos manifestado, en términos de los artículos 2 y 13 antes expuesto, no importa cual sea la naturaleza de los derechos reconocidos, los mismos no pueden ser limitados ni restringidos, es decir, no puede limitarse el derecho del hombre a recibir alimentos por ser hombre, porque al ser titular de la garantía de igualdad, es igual que la mujer ante la ley y por tanto, tiene derecho a que se le otorguen alimentos en los casos de divorcio voluntario por los años que estuvo casado si no tiene medios suficientes para subsistir, en forma idéntica a la que se le han sido otorgados a la mujer divorciante, ya que no existe en la ley otro motivo para que le sea otorgado dicho derecho a la mujer sino el simple hecho de ser mujer y, dicha naturaleza no es suficiente para restringir su ejercicio al hombre.

Bajo los lineamientos expuestos con anterioridad, consideramos que la redacción del último párrafo del artículo 288 del Código Civil en vigor, se debe de modificar para quedar como sigue:

Artículo 288.- [...]

*En el caso del divorcio voluntario por vía judicial, la mujer y el varón, tendrán derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio, derecho que **disfrutarán** si no **tienen** ingresos*

suficientes y mientras no contraigan nuevas nupcias o se unan en concubinato.

El Juez de lo Familiar de manera escrupulosa y bajo sus más amplias facultades e imperio, cuidará de que el Derecho a que alude el párrafo anterior, se encuentre debidamente comprobado.

Con tal reforma, el principio de la igualdad jurídica, previsto en el artículo 4º constitucional, y regulado de manera expresa en el artículo 2º del Código Civil en relación con el 13º fracción II del propio ordenamiento, adquirirá la verdadera relevancia y connotación que según hemos expuesto, se reconoce por nuestra doctrina jurídica mexicana a la igualdad legal entre hombre y mujer, toda vez que este principio o garantía no significa, sino que en las relaciones jurídicas no deben hacerse diferencias de trato, según lo hemos expuesto acontece claramente hoy en día con la actual redacción del último párrafo del artículo 288 del Código Civil en vigor.

4.2 LIMITACIÓN DE LOS DERECHOS DERIVADOS DEL DIVORCIO VOLUNTARIO EN FAVOR DEL CÓNYUGE, EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 288 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Para abordar el estudio del presente apartado, es menester que recordemos algunas notas características que de manera directa tienen preponderancia con el divorcio voluntario.

Así entonces, según lo establece nuestro Código Civil en vigor el divorcio es la disolución del vínculo matrimonial que deja a los cónyuges en aptitud de celebrar otro.

De esto, nuestra legislación civil reconoce dos formas específicas para la consecución del divorcio, la jurisdiccional dentro de la cual encontramos la necesaria así como la voluntaria y la administrativa, misma que necesariamente tendrá que ser con carácter voluntario.

Bajo tales características, el divorcio voluntario es la disolución del vínculo matrimonial, decretado por la autoridad competente ante la solicitud por mutuo acuerdo de ambos cónyuges, en tal virtud, y por lo que respecta al divorcio voluntario con carácter administrativo, podemos manifestar que es el que se solicita por mutuo acuerdo ante el Juez del Registro Civil, del domicilio conyugal y que además debe de

reunir los extremos señalados en el artículo 272 del Código sustantivo en la materia, y que a continuación se transcribe:

Artículo 272. Procede el divorcio administrativo cuando habiendo transcurrido un año o más de la celebración del matrimonio, ambos cónyuges convengan en divorciarse, sean mayores de edad, hayan liquidado la sociedad conyugal de bienes, si están casados bajo ese régimen patrimonial, la cónyuge no este embarazada, no tengan hijos en común, o teniéndolos sean mayores de edad, y estos no requieran alimentos o alguno de los cónyuges. El Juez del Registro Civil, previa identificación de los cónyuges, levantara un acta en que hará constar la solicitud de divorcio y citará a estos para que la ratifiquen a los quince días. Si los cónyuges lo hacen, el Juez los declarará divorciados y hará la anotación correspondiente en la del matrimonio anterior.

Si se comprueba que los cónyuges no cumplen con los supuestos exigidos, el divorcio así obtenido no producirá efectos, independientemente de las sanciones previstas en las leyes.

Como lo podemos observar, para los efectos de nuestro estudio, el divorcio administrativo no permite que se limiten ningún tipo de

derechos entre ambos cónyuges, por lo que consideramos innecesario realizar mayores comentarios al respecto.

Ahora bien, por cuanto hace al divorcio voluntario con carácter judicial, tenemos que este procede según el artículo 273 del Código Civil, el cual a continuación se transcribe:

Artículo 273. Procede el divorcio voluntario por vía judicial cuando los cónyuges que no se encuentren en el caso previsto en el artículo anterior, y por mutuo consentimiento lo soliciten al Juez de lo Familiar, en los términos que ordena el Código de Procedimientos Civiles, siempre que haya transcurrido un año o más de celebrado el matrimonio y acompañen un convenio que deberá contener las siguientes cláusulas:

I Designación de la persona que tendrá la guarda y custodia de los hijos menores o incapaces, durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio;

II El modo de atender las necesidades de los hijos a quien deba darse alimentos, tanto durante el procedimiento, como después de ejecutoriado el divorcio, especificando la forma de pago de la obligación alimentaria, así como la garantía para asegurar su debido cumplimiento;

III Designación del cónyuge al que le corresponderá el uso de la morada conyugal, en su caso, y de los enseres familiares durante el procedimiento de divorcio;

IV La casa que servirá de habitación a cada cónyuge y a los hijos durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio, obligándose ambos a comunicarse los cambios de domicilio a un después de decretado el divorcio, si hay menores o incapaces u obligación alimenticia;

V La cantidad o porcentaje de pensión alimenticia en favor del cónyuge acreedor, en los términos de la fracción II;

VI La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y hasta que se liquide, así como la forma de liquidarla, exhibiendo para ese efecto, en su caso, las capitulaciones matrimoniales, el inventario, avalúo y el proyecto de partición; y

VII Las modalidades bajo las cuales el progenitor que no tenga la guarda y custodia, ejercerá el derecho de visitas, respetando los horarios de comidas, descanso y estudio de los hijos.

Bajo tales criterios y para establecer con toda precisión la limitación de los derechos derivados del divorcio voluntario en contra del cónyuge varón, en los términos de la actual redacción del último

párrafo del artículo 288 del Código Civil en vigor para el Distrito Federal, habremos de recurrir a las palabras del maestro Eduardo Pallares, cuando expresa, que teniendo en cuenta la igualdad del hombre y de la mujer ante la Ley, y los derechos y privilegios de que goza en la legislación actual y en la sociedad, la mujer en general, no tiene razón de ser la estipulación relativa a designar la casa en que deba vivir durante la tramitación del juicio, toda vez que el artículo 273 del Código Civil es una supervivencia de la situación en que se encontraba la mujer, tanto social como legalmente, hasta fines del siglo pasado y principios de éste, en la actualidad se ha emancipado y adquirido derechos y libertades de las que antes no gozaba, por lo cual, es anacrónica la exigencia de obligarla a vivir en una casa determinada durante el procedimiento.⁶⁸

Respecto a las aseveraciones del maestro Eduardo Pallares, particularmente consideramos que no se pueden aplicar en un concepto amplio, dado que aún en la actualidad los derechos de la mujer no son plenamente reconocidos en su ámbito estricto de igualdad con relación a los del hombre.

⁶⁸ Cfr. PALLARES, EDUARDO, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, op. cit. pág. 271.

Por otra parte, sí coincidimos con el maestro Eduardo Pallares en el sentido de que en la actualidad, la mujer mexicana se ha emancipado, y por consecuencia, adquirido derechos y libertades que antes no gozaba, pero que entendemos perfectamente, toda vez que históricamente la mujer se desarrollaba bajo la sombra patriarcal de una figura masculina, dominada en consecuencia en derechos y obligaciones.

Decíamos que efectivamente, la mujer de nuestros tiempos y al menos en nuestra sociedad se ha emancipado, pero tenemos que reconocer que esta cualidad le ha costado siglos de lucha y sufrimiento por hacerse respetar y tener las mismas condiciones normativas o iguales ante la Ley de las cuáles disfruta el varón. Por lo mismo, buscando ante todo el estricto apego a los preceptos constitucionales, de derechos humanos y en general de igualdad irrestricta ante la Ley de hombres y mujeres, es que consideramos que hoy en día, muchas son las mujeres que trabajan y muchos los supuestos en los que la situación del hombre se invierte en lo concerniente al cuidado del hogar y de los menores, es decir, ante la modernidad de nuestra sociedad no resulta extraño encontrar familias en las que el factor cultural, profesional y preponderantemente económico, esté al cargo de la mujer, en donde su cónyuge por causas externas e internas de la

familia, sociales e incluso laborales, adquiere la especial cualidad de estar al cuidado del hogar en todos sus ámbitos, lo que se traduce en el entendido de que si se verificara por los cónyuges un divorcio voluntario, atento a los extremos literales de la norma civil expresamente consignados en el último párrafo del artículo 288, lo dejaría fuera de toda posibilidad legal de solicitar el pago y aseguramiento de alguna pensión alimenticia a su favor, lo que sin duda resulta ser totalmente limitante de sus derechos.

En tal virtud, podemos concluir que un plano estricto de igualdad jurídica y tomando como premisa lo estipulado por el propio legislador en le sentido y con respecto a que cuando se dé por terminado el concubinato, en este supuesto, ambos concubinos tienen derecho al pago de alimentos por un tiempo al que haya durado el concubinato, es claro que, también en el caso de divorcio voluntario, tanto el divorciante como la divorciante están en un plano de igualdad de circunstancias como se reconoce en el concubinato y, no existe limitación alguna a dicho derecho de los concubinos con motivo de su sexo, situación que nos obliga a reiterar que los efectos jurídicos del artículo 288 del Código Civil en vigor, son del todo limitantes a los derechos del cónyuge varón y mismos que precisaremos en los siguientes apartados de nuestro estudio.

4.3 INCONGRUENCIA DE LAS REFORMAS ENTRADAS EN VIGOR EL 1º DE JUNIO DEL 2000 EN MATERIA DE ALIMENTOS.

Para poder sustentar el que una reforma legislativa es incongruente con el orden social y con el propio orden jurídico, debemos precisar que no basta que existan buenas intenciones por parte del legislador o mejor dicho, legisladores que tienen en sus facultades la obligación y posibilidad real de retomar los textos normativos.

Es decir, según lo precisa el maestro Diego Valadés,⁶⁹ el orden jurídico se vicia cuando se da lo indebido, cuando se recibe lo inmerecido y cuando se recibe el inconveniente.

Asimismo, el maestro Miguel Carbonell al respecto precisa:

Si a un ordenamiento jurídico necesariamente complejo y disperso (como inevitable reflejo de la complejidad misma de la sociedad en la que se inserta) se une una defectuosa técnica legislativa, es probable que, aun sin hacerlo de forma

⁶⁹ Cfr. VALADÉS, DIEGO. *Constitución y Política*. 2ª edición, Editorial UNAM, México, 1994, pág.293.

*intencionada, muchas leyes no se cumplan en la práctica.*⁷⁰

Atento a estos criterios, resulta indudable que la reforma al artículo 288 del Código Civil, del 1º de Junio del año 2000, resulta incongruente con el hecho social que hoy en día se vive y que pretende regular, además de que limita notoriamente los derechos del cónyuge varón, para el caso de un divorcio voluntario con respecto a la igualdad jurídica, expresamente consignada en nuestro texto constitucional y en el mismo Código Civil para el Distrito Federal en vigor.

Asimismo, esta parte de las reformas son incongruentes porque desestiman el orden y movilidad social (entiéndase evolución) así como los principios más elementales del derecho que todo orden jurídico debe de contener, al concretarse y pretender únicamente que con la inclusión en el catálogo de disposiciones normativas de derechos a favor de la mujer, se acabará con una cultura machista que ha prevalecido en nuestra sociedad por muchos años, violentando los derechos ya existentes a favor de los demás miembros del núcleo social.

⁷⁰ CARBONELI, MIGUEL, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Editorial UNAM, No. 89, México, 1997, pág. 434.

Aspectos estos que consideramos, poco lógicos y entendibles en nuestro Estado de Derecho, toda vez que consideramos que lo que se requiere es que los derechos aún no reconocidos a favor de las mujeres y de los hombres, se inserten en un plano real de igualdad dentro de los diversos textos normativos, por lo que no basta que se pretenda mediante la norma jurídica, que se dejen de observar conductas discriminatorias en contra de la mujer y aún en contra del hombre, dado que como lo veremos a continuación, la verdadera igualdad jurídica se adquirirá cuando la norma legal, se encuentre debidamente sistematizada concordada y que en virtud de su objeto de tutela, se de trato igual a supuestos iguales.

4.3.1 Suprime derechos para el cónyuge divorciante.

En consonancia con los criterios expuestos con anterioridad, tenemos que el último párrafo del artículo 288 del Código Civil, suprime derechos para el cónyuge divorciante, toda vez que de manera expresa omite considerarlo en un plano de igualdad jurídica como sujeto de pensión alimenticia para el caso en concreto.

En tal virtud, y para ejemplificar claramente lo dicho, a continuación transcribiremos la parte conducente del artículo de

mérito así como el artículo 291 Quintus, del propio ordenamiento civil, mismos que preceptúan:

Artículo 288.- En los casos de divorcio necesario, el Juez de lo Familiar sentenciará al cónyuge culpable al pago de alimentos a favor del cónyuge inocente, tomando en cuenta las circunstancias del caso, entre ellas, las siguientes:

[...]

En el caso del divorcio voluntario por vía judicial, la mujer tendrá derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio, derecho que disfrutará si no tiene ingresos suficientes y mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.

Artículo 291 Quintus.- Al cesar la convivencia, la concubina o el concubinario que carezca de ingresos o bienes suficientes para su sostenimiento, tiene derecho a una pensión alimenticia por un tiempo igual al que haya durado el concubinato. No podrá reclamar alimentos quien haya demostrado ingratitud, o viva en concubinato o contraiga matrimonio.

El derecho que otorga este artículo podrá ejercitarse solo durante el año siguiente a la cesación del concubinato.

Como lo hemos venido sosteniendo, la figura del matrimonio, entre otras cosas, se da por terminada con motivo de la declaración de divorcio (no obstante queden subsistentes algunas obligaciones, generalmente alimenticias tanto entre los cónyuges mismos, así como con sus hijos). Ahora bien, dentro de nuestro Derecho positivo Mexicano, el divorcio voluntario se encuentra debidamente regulado en nuestra legislación civil, y para el caso al que nos referimos en el artículo 288 anteriormente transcrito.

Ahora bien, no existe motivo legal alguno por el cual puedan suprimirse los derechos del cónyuge divorciante, ya que inclusive, el propio Código Civil para el Distrito Federal, respeta la garantía de igualdad entre hombre y mujer en diversas relaciones como lo es el concubinato, ya que en el artículo 291 Quintus, de manera expresa consigna que al cesar la convivencia, la concubina o el concubinario que carezcan de ingresos o bienes suficientes para su sostenimiento, tienen derecho a una pensión alimenticia por un tiempo igual al que haya durado el concubinato, ejemplo claro de igualdad entre el hombre y la mujer que se encuentran en la misma hipótesis normativa, sin que ese derechos sea limitado o restringido con motivo de sexo, luego entonces, resulta in entendible el motivo por el cual el artículo 288

hace caso omiso a otorgar a EL DIVORCIANTE alimentos en los mismos términos que los otorga a LA DIVORICANTE.

Lo que nos obliga a sostener que la finalización de una relación en pareja o bien en familia, sea ésta por medio del divorcio voluntario, o del concubinato, presupone la tutela del Estado en igualdad de condiciones en cuanto a los derechos y obligaciones que se hayan generado por motivo de aquellas, debiéndose dirigir la facultad jurisdiccional a tutelar adecuadamente el objeto jurídico de tal terminación de relaciones familiares, dentro de las cuales se encuentran de manera preponderante en nuestra legislación las atinentes a los derechos alimentarios de todos los sujetos jurídicos que la conformaban.

Así, por cuanto hace a la terminación del concubinato, consideramos que se encuentra perfectamente normada dentro del plano de igualdad jurídica que debe prevalecer entre las partes, pero siendo notorio que, este plano de igualdad no se establece a favor del cónyuge divorciante; situación que resulta inadmisibles en la actualidad, si tomamos en cuenta que la esencia del divorcio voluntario, atiende a poner fin a una relación bajo los extremos y en

las condiciones expresamente sancionadas en la propia ley, y por decirlo de alguna manera, sin controversia alguna entre las partes.

En suma, podemos asegurar que ésta omisión de derechos debe de ser colmada en el texto de nuestro código sustantivo en materia civil, en atención a los argumentos expuestos relacionados con la igualdad jurídica de las partes que de manera expresa se reconocen en nuestro sistema normativo, además de que no resulta lógico que a dos supuestos, en el fondo semejantes, según su objeto jurídico, se les de distinto trato, en claro detrimento de los derechos de las personas.

4.3.2 Crea derechos para el concubinario cuando cesa el concubinato.

Efectivamente con los supuestos a que hace mención el artículo 291 Quintus, el legislador adecua perfectamente su quehacer normativo a proteger una realidad que hasta antes de la reforma no tenían los concubinos, por lo que es del todo plausible su inserción en nuestro código civil, dado que como ya lo expresamos ante la gran cantidad de concubinatos que existen en la actualidad y al no encontrarse perfectamente regulados sus efectos jurídicos, para el caso de que se disolviera tal relación, generalmente la mujer era la encargada de sortear las expensas alimenticias siendo prácticamente

imposible coaccionar a la contraparte a cumplir con sus obligaciones, lo que reiteramos, no acontece en la realidad, toda vez que con los extremos del artículo 291-Quintus, queda subsanada una falla legal que en muchas ocasiones permitió que la pretendida igualdad de la mujer y el varón, en nuestro derecho, en este aspecto, fuera solo letra muerta.

Por lo mismo y como es el caso de que mediante el divorcio voluntario, en sentido estricto, no habrá de constituirse un cónyuge culpable, que deba soportar las sanciones de una conducta negativa, como lo serian los supuestos contenidos como causales de divorcio en el artículo 267 del Código Civil, es que reiteramos que en sana lógica jurídica, los efectos de la disolución del concubinato y los del divorcio voluntario, con respecto a los derechos de las partes a recibir alimentos, atendiendo al caso específico se deberían de homologar, bajo la premisa que permite y obliga la igualdad jurídica expresamente reconocida por nuestro Estado de Derecho.

4.4 OMISIÓN ILEGAL DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DEL CÓNYUGE A RECIBIR ALIMENTOS, POR LA REFORMA AL ARTÍCULO 288 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Para finalizar el estudio de nuestro trabajo de investigación y con la intención de no caer en repeticiones innecesarias, al respecto solo habremos de agregar que para que un Estado de Derecho plenamente democrático se precie de serlo, debe de encontrarse sustentado sobre un adecuado marco normativo que se vaya actualizando conforme el desarrollo social se lo vaya exigiendo, para lo cual el Poder Legislativo tiene ante sí la importante encomienda de su quehacer legislativo que le es consagrado por la Ley y demandado por la sociedad.

Por tanto, la omisión ilegal de los derechos alimentarios del cónyuge divorciante debe de ser subsanada con prontitud, a efecto de dotar y consignar la verdadera igualdad jurídica de hombre y mujer, en todos los cuerpos de leyes en los que hoy en día es un requisito a priori, para que la norma legal sea realmente eficaz, eficiente y por consecuencia justa.

Dentro de este contexto, debemos puntualizar que como personas que han estudiado esta inagotable y apasionante carrera del Derecho, nos manifestamos en contra de aquéllas disposiciones que aún

persisten en diversos cuerpos normativos y que a todas luces son contrarias a los derechos igualitarios de la mujer, por lo que desde esta tribuna queremos hacer un llamado al legislador para que se dé a la tarea de retomar estas disposiciones discriminatorias y desiguales en contra de ésta, pero al mismo tiempo y partiendo de la premisa fundamental de dar trato igual a los iguales, creemos que en virtud de los usos y costumbres que hoy en día se verifican dentro de nuestra sociedad, no resulta extraño el que los otrora exclusivos roles desempeñados por la mujer como miembro de la familia y por consecuencia de la sociedad, sean perfectamente desarrollados por hombres, atendiendo a las especiales particularidades del caso, por lo que la Ley positiva no puede permitir omisiones ilegales a ningún tipo de derecho, menos aún cuando tal derecho, elevado a la jerarquía de garantía constitucional o principio general del derecho, se encuentra plenamente reconocido por nuestra Carta fundamental y sus Leyes reglamentarias a favor de todos los ciudadanos.

En tal virtud, y razón del estudio que hemos realizado, no encontramos motivo jurídico alguno que haga entendible, el por que el último párrafo del artículo 288 del Código Civil, es omiso en regular los derechos del cónyuge divorciante y menos aún encontramos dentro

de la doctrina jurídica en la materia, criterios doctos y especializados que pudieran pretender siquiera justificar tal omisión.

En consecuencia, aplicando en rigor los extremos legales a los que hemos hecho referencia en el transcurso de este trabajo, respecto de la igualdad entre el hombre y la mujer, podemos concluir de forma categórica, que hasta en tanto no se consagren de manera expresa y sistemática tales conceptos, en todos nuestros cuerpos normativos no será tangible en nuestra sociedad dicha igualdad, por tanto, es nuestro deber seguir pugnando por su pleno y cabal cumplimiento, sin que exista ninguna restricción en el conjunto de disposiciones normativas que hoy en día integran nuestro sistema jurídico mexicano.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Consideramos al matrimonio como la relación de dos personas de diferente sexo que buscan realizar una vida en común, y cuya unión a sido avalada por la ley, a mayor abundamiento nuestra legislación en el artículo 146 del Código Civil lo define como la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada, debiendo celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades de ley,

SEGUNDA.- En la actualidad el concubinato no tiene la calidad de institución, por lo que únicamente ha sido considerado por el legislador, para reconocerle ciertos derechos y obligaciones respecto de los concubinos en relación con los hijos nacidos de estos.

TERCERA.- El artículo 291-Bis del Código Civil señala que hay concubinato, cuando la concubina y el concubinario tienen derechos y obligaciones recíprocos, siempre que sin impedimento legal alguno para contraer matrimonio, hayan vivido en común en forma constante y permanente por un periodo mínimo de dos años, que precedan

inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones aludidos, no siendo necesario el transcurso del periodo mencionado cuando reunidos los demás requisitos, tengan un hijo en común.

Tomando como base que dentro de nuestro Derecho positivo, sólo se reconocen algunos efectos jurídicos que se producen por virtud del concubinato, es de concluirse, que tampoco puede ser estudiado a la luz del acto jurídico.

CUARTA.- Podemos concluir que en virtud de que en nuestro Código Civil no se da una definición precisa de lo que son los alimentos, consideraremos a estos como la asistencia de comida, sustento y en general las aportaciones necesarias para atender a la subsistencia de un ser humano, para que este a su vez tenga una vida digna, aportaciones que se verifican entre cónyuges, concubinos, sus ascendientes y descendientes.

QUINTA.- El Divorcio es una de las fuentes de la obligación alimentaria, ya que mediante el divorcio debidamente ejecutoriado se adquiere el carácter de acto jurisdiccional, toda vez que tiene que ser tramitado ante el Juez de lo familiar para que mediante su imperio ordene la disolución del vínculo matrimonial.

SEXTA.- Podemos concluir que al comparar los artículos 288 y 291 Quintus del Código Civil para el Distrito Federal, respecto a la igualdad jurídica entre el hombre y la mujer, el concubinario, en un error de técnica por parte del legislador, tiene más derecho, específicamente a recibir alimentos, que el cónyuge en el divorcio voluntario, a quien el legislador omitió, mediante el principio o garantía de igualdad jurídica entre el hombre y la mujer, otorgar la posibilidad de recibir alimentos mediante convenio judicial, en el divorcio voluntario, violando entonces dicha igualdad jurídica consagrada en nuestra carta magna específicamente en su artículo 4º, por lo tanto al desconocer el derecho del cónyuge a recibir alimentos en el divorcio voluntario y a contrario sensu, le reconoce el derecho a recibir alimentos al concubinario, cuando cesa la convivencia, afecta gravemente la Institución del Matrimonio, ya que actualmente se tienen más derechos como concubinario, que como cónyuge al dar por terminadas ambas relaciones y es de esperarse que muchas personas que tengan conocimiento sobre este tema, opten mejor por el concubinato, para así proteger sus intereses en caso de una separación con su pareja, es decir dichas disposiciones de alguna manera fomentan el hecho de que muchas parejas prefieran unirse en concubinato; por lo tanto, es claro que, el artículo 288 del Código

adjetivo en cita, es incongruente con los artículos 2, 13 fracción II, y 291 del mismo ordenamiento, que señalan que ambos sexos deben tener la misma capacidad de ejercicio y de goce ante la ley y por último, con el artículo 273 fracción III que establece que, en los casos de divorcio voluntario, el convenio presentado por los divorciantes debe contener, la cantidad o porcentaje de pensión alimenticia a favor del cónyuge acreedor.

SÉPTIMA.- Podemos concluir, que atento a los extremos en los que actualmente se encuentra redactado el último párrafo del artículo 288 del Código Civil en vigor, se omiten de manera ilegal los derechos alimentarios del cónyuge divorciante, por lo que es de proponerse que el artículo de mérito sea reformado para quedar como sigue:

Artículo 288.- [...]

*En el caso del divorcio voluntario por vía judicial, la mujer y el varón, tendrán derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio, derecho que **disfrutarán** si no **tienen** ingresos suficientes y mientras no **contraigan** nuevas nupcias o se **unan** en concubinato.*

OCTAVA.- La actual redacción del artículo 288 del Código Civil, no se constituye el principio o garantía de igualdad jurídica entre el

hombre y la mujer expresamente consignado dentro de nuestra Carta fundamental así como el propio Código Civil, por lo que resulta incongruente la reforma al precepto que se comenta del 1º de Junio del año 2000, dada la limitación y sobre todo la omisión que de manera expresa se consigna en contra del cónyuge divorciante.

NOVENA.- Por último es de concluirse, que a efecto de hacer materialmente posible la igualdad jurídica entre el hombre y la mujer, no basta con que el artículo 288 del Código Civil en vigor, sea reformado en lo que particularmente consideramos es un fallo de técnica legislativa. Sino que hace falta que la igualdad jurídica a la que alude nuestra Carta fundamental, sea reconocida de manera concreta y real en todos los cuerpos de Leyes en favor del hombre y la mujer.