



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

Escuela Nacional de Estudios Profesionales "ACATLAN"

**El Matrimonio y el Concubinato en
Roma, su Regulación en nuestra
Legislación**

T E S I S

Que para obtener el Titulo de :
LICENCIADO EN DERECHO

P r e s e n t a :

Carlos Trejo Guerrero



FALLA DE ORIGEN

Octubre, 1989



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

I N D I C E

Pág.

CAPITULO PRIMERO

L A F A M I L I A E N R O M A

INTRODUCCION

- Concepto de familia romana.....	1
- Origen y evolución de la familia romana.....	4
- Fundamento y estructura de la familia romana.....	10
- El patriarcado.....	14
- Potestades del Paterfamilias.....	17
- Acciones del paterfamilias.....	18

CAPITULO SEGUNDO

E L M A T R I M O N I O E N R O M A

- Los esponsales.....	20
- El matrimonio. Generalidades.....	23
- El matrimonio en el Derecho Romano (concepto).....	25
- Formas del matrimonio en Roma (Justas nupcias cum manu y sine manu).....	30
- Matrimonio sine Conubio.....	38
- Legislación matrimonial de Augusto.....	39
- Requisitos de validez de matrimonio en Roma.....	41
- Impedimentos Matrimoniales.....	44
- Efectos del Matrimonio.....	47
- Disolución del matrimonio	50

CAPITULO TERCERO

REGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO EN ROMA.

- Generalidades.....	57
- Noción y Desarrollo histórico de la dote.....	58
- Clases y formas de la constitución de la dote.....	65
- Restitución de la dote.....	66
- Donaciones nupciales.Aspecto histórico.....	70
- Donaciones matrimoniales (Donatiuz ante, propter nup- tias).....	73
- Regímenes matrimoniales de bienes (Régimen de absor- cion y de separación de bienes).....	75

CAPITULO CUARTO

EL CONCUBINATO EN ROMA.

- Antecedentes históricos.....	80
- Origen de la palabra concubinato.....	81
- El concubinato en Roma.....	83
- Causas de la desaparición del concubinato en Roma.....	91
- Efectos del concubinato.....	99

CAPITULO QUINTO

EL MATRIMONIO EN LA LEGISLACION MEXICANA

- Generalidades.....	99
- El matrimonio a través de nuestra legislación.....	101
- El matrimonio en el Código Civil de 1870.....	103
- El matrimonio en el Código Civil de 1884.....	110
- El matrimonio en la Constitución de 1917.....	111
- El matrimonio en la Ley sobre relaciones familiares...	112

	Pág.
- El matrimonio en el Código Civil de 1928.....	115
- El concubinato en el código Civil de 1870.....	118
- El Concubinato en el Código Civil de 1884	119
- El concubinato en el Código Civil de 1928.....	121
- Reformas al Código Civil en relación al matrimonio y al concubinato.....	124

C o n c l u s i o n e s .

B i b l i o g r a f í a .

INDICE DE ABREVIATURAS.

- Agnatio = Relación de parentesco.
- Alieni iuris = Ser o ente con Derechos y obligaciones.
- Cognatio = Vínculo de sangre que une a los descendientes de un tronco común.
- Communi iure = Sujetos en común por los lazos familiares.
- Conventio in manu = Cambio de la nacionalidad doméstica por parte de la mujer.
- Civitas = Ciudad romana.
- Digesto = Compilación de obras jurídicas. Dichas compilaciones fueron ordenados por Justiniano.
- Familia iure proprio = Familia propiamente dicha.
- Filiifamilias = hijos de familia.
- Gens = Agrupación de orden familiar.
- Iura patronatus = Obligaciones del liberto con su antiguo amo o patrón.
- Jus = Derecho.
- Manu = Poder del pater o del esposo si es que éste es alieni iuris.
- Poder marital = Poder del marido sobre su mujer, si esta se casaba bajo la conventio in manu.
- Paterfamilias = Jefe de la domus.

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

Una de las grandes preocupaciones del hombre a través - de su desarrollo histórico ha sido desentrañar el velo que cubre la historia de las diversas instituciones que aún rigen su vida social, debido principalmente a que estas han tenido y siguen teniendo una influencia real sobre la vida del hombre mismo.

Dichas figuras jurídicas poseen en sí mismas tal importancia que ocasionan que el hombre se detenga y reflexione sobre el origen de estas instituciones.

Con el presente trabajo pretendemos analizar tanto la figura del matrimonio como la del concubinato -no sin antes mostrar a la familia romana-, realizando un breve recorrido a través de la historia, partiendo de la antigua Roma donde se conocen y regulan ambas instituciones, dándose en un principio mayor importancia al matrimonio, mientras que al concubinato paulatinamente se le reconocieron también algunas consecuencias de Derecho.

Consideramos importante conocer las características particulares de ambas instituciones, partiendo como ya habíamos mencionado de Roma, pasando por nuestra reglamentación civil, hasta el código de la materia que actualmente nos rige.

En otro sentido, resulta indudable la importancia que revisten las diversas formas de unión entre-hombre y una mujer, sean estas reguladas o no por el Derecho, ya que de dichas unio

nes se originan las familias, las que en su conjunto conforman a la compleja sociedad en la que nos desarrollamos como integrantes de ella.

Así mismo, es insoslayable la importancia que posee la familia, puesto que ésta es considerada en nuestros días como -- la base de toda sociedad.

Por otra parte, una situación sumamente importante y -- sin embargo poco conocida por la generalidad de la gente, es el hecho de que el matrimonio que hoy conocemos en la antigua Roma -- carecía en sí mismo de formalidad alguna; y que como consecuencia de esto, no fué considerado como un acto jurídico y solemne. Esto, en principio nos podría resultar sorprendente. Sin embargo fué posible debido a que como veremos más adelante, el matrimonio no se encontraba regulado por el Derecho romano, ya que -- lo importante para éste último eran aquellas situaciones que producían alguna modificación de cosas y seres humanos entre las diversas "monarquías domésticas", y el "simple" hecho de las nupcias no producían dichos cambios dentro de las domus. Por el -- contrario un matrimonio que se efectuaba por medio de la convéntio in manu, --por éste solo hecho-- sí importaba al Derecho en Roma, -- debido --como lo veremos-- a que éste sí cambiaba la potestad de -- un paterfamilias --el de la mujer-- a favor del pater del hombre.

Así, nos percatamos como el matrimonio se convierte en una institución jurídica al comienzo de nuestra era -- y cómo desde entonces la convivencia sexual en el mundo antiguo se basa -- entonces antiguo se basa sobre todo en dos figuras, ambas de --

carácter informal, casi de igual aceptación social, pero con -- consecuencias jurídicas distintas, a saber: el "matrimonio jus-- to" y el concubinato.

En este sentido, en ambas instituciones se presenta un fenómeno análogo ya que, contrario a lo que se piensa, en un -- principio no fueron reguladas por el "derecho romano", situa-- ción extraña sobre todo para el matrimonio que en la actuali-- dad es considerado como un acto jurídico eminentemente formal.

Otra situación curiosa resulta el hecho de que, el concubinato durante la época clásica romana, no fué considerado -- como una unión indecorosa, ya que varios emperadores se encon-- traban unidos en forma concubinaría.

CAPITULO PRIMERO.

" LA FAMILIA EN ROMA "

INTRODUCCION.

- Concepto de la familia romana.
- Origen y evolución de la familia romana.
- Fundamento y estructura de la familia romana.
- El Patriarcado.
- Potestades del Paterfamilias.
- Acciones del Paterfamilias.

CONCEPTO DE FAMILIA EN ROMA.

La familia. Concepto.- Afirma Ralph Linton que la historia de la humanidad permite observar que siempre han existido en las diversas regiones, ciertas unidades cooperativas compactas, organizadas, internamente y que son intermedias entre el individuo y la sociedad total (1).

Para Linton la familia debió comenzar como un "hecho biológico", fundamentado en las necesidades sexuales y las funciones de reproducción, para convertirse con el tiempo en un "Fenómeno Social". Quiero esto decir, que la evolución ha descrito una trayectoria iniciada desde el momento en que es una "unidad reproductora", hasta su transformación a una forma institucional, eminentemente social.

Por lo tanto, la familia es el núcleo fundamental de la organización social.

Como asociación primaria que es, ejerce una influencia poderosa sobre la personalidad de sus integrantes. Ella constituye el primer vehículo de socialización del individuo.

Situándonos dentro del Derecho romano, el término familia ha sido utilizado en diversas acepciones, ya sea la definición se refiere a las personas, a las cosas o al patrimonio.

(1). Linton, Ralph. "El Estudio del hombre" Revista de la Facultad de Derecho México, No.6. Enero 1975.

Por lo que se refiere a las personas, podemos utilizar el término familia en dos sentidos:

a). En forma restringida o en sentido propio (familia iure proprio). Difemos que familia es un grupo de personas unidas entre sí pura y simplemente por la autoridad que una de ellas ejerce sobre las demás para fines que van a trascender -- del orden doméstico ⁽²⁾.

Tanto en su estructura como en su función misma, la familia romana se nos presenta como nacida para fines de orden -- y defensa social, es decir, como un organismo de carácter político.

b).-En un sentido lato (communi iure), la familia significa también el conjunto de -- aquellos individuos que estarían sujetos a la misma autoridad, si el común paterfamilias no hubiere muerto.

c).- En el ámbito del Derecho Civil, como sinónimo de familia agnática; implicó el conjunto de personas unidas por un mismo vínculo de parentesco civil, llamado agnatio. ⁽³⁾

En el Derecho antiguo* se utilizaba la palabra familia para designar al patrimonio, especialmente el transmitido por la herencia ⁽⁴⁾.

(2). Ulp. l. 1. 195., De v.c.50,16: iure proprio familiam dicimus - plures personas, qua sunt unius potestate aut aut iure subie ctate.

(3). Agnatio no indica la relación de parentesco, sino el aumento del grupo por nacimientos.

(*) El Derecho antiguo abarca del año.

(4). Paterfamilias es el que tiene el poder sobre el patrimonio-doméstico. Margadant Guillermo, Floris. Derecho Privado Romano, Editorial Esfinge, 1983 pág.196 y s.s.

Por lo que se refiere a las cosas y al patrimonio, encontramos que el término familia se utilizaba para designar al conjunto de bienes pertenecientes al paterfamilias⁽⁵⁾.

(5). Oderigo, N. Mario. Sinopsis de Derecho Romano. 6a. Ed. Edit. De Palma, Buenos Aires, 1982., pág. 227 y s.s.

ORIGEN Y EVOLUCION DE LA FAMILIA ROMANA.

Para entender con más exactitud la génesis y el desarrollo que la familia romana tuvo dentro del acontecer histórico, - se hace indispensable, atribuirle un carácter eminentemente patriarcal, ya que se encontraba constituida por el padre y la esposa, además de los descendientes varones, las esposas de estos y sus respectivos hijos.

Las mujeres al contraer matrimonio en algunos casos - - (siempre que así lo decidiera su paterfamilias) ingresaban a la familia del marido.

Es así como la familia romana era una especie de comunidad más o menos "cerrada" en la que no penetraba todavía el derecho, y por lo tanto ni el Estado mismo. Era como un pequeño "Estado dentro del Estado" donde el paterfamilias ejercía las funciones de un soberano absoluto. El era, titular exclusivo de la patria potestad, consistente en una serie de Derechos sin limitaciones por parte del Estado.

Así, a la familia romana, la podemos considerar como - una especie de "unidad cerrada" tanto en el aspecto político, - jurídico, económico como religioso. En lo político, ya sabemos - que el paterfamilias gobernaba a semejanza de un pequeño monarca absolutista, dotado de amplios poderes. Era un primitivo patriarca que gobernaba su propia tribu". En lo jurídico la familia romana también era una "unidad cerrada" donde el jefe máximo de - la domus administraba justicia como Juez; por lo que el Derecho

casi no penetraba la órbita familiar. En el aspecto económico-- la familia romana era una unidad de producci3n y consumo. Producia los bienes dentro del 3mbito familiar para el consumo de -- sus propios miembros.

Desde el 3ngulo religioso, la domus se encontraba sometida al llamado culto familiar con car3cter privado, donde el -- paterfamilias oficiaba como sacerdote.

En las sociedades primitivas no se constituy3 un s3lo -- organismo o un s3lo poder supremo para mantener el orden y cuidar de la defensa de las familias, sino que se crearon varios organismos, de modo que la autoridad suprema del organismo pol3tico no se ejerce como en nuestro Estado, es decir, directamente sobre los individuos, sino sobre los grupos subordinados y no tiene -- por l3mite la libertad individual, sino la autoridad de los paterfamilias.

Por su parte la civitas(*) romana abati3 muy pronto a -- los grupos de menores y de esta manera, paulatinamente se fu3 -- constituyendo como centro pol3tico muy vigoroso. Solamente la -- familia queda como un organismo compacto e independiente frente al Estado. Sin embargo, es verdad, que en las relaciones m3s esenciales de la acci3n pol3tica (es decir, la participaci3n en los cargos p3blicos, en el derecho de veto, y en las obligaciones -- de la milicia) la civitas no se detuvo ante la autonom3a familiar

(*)

Civitas romana consiste en lo que los romanos reconocieron como ciudad.

para considerar al pater y a las filifamilias, individualmente con igual derecho. Pero en las demás relaciones, -sean estas, - internas, es decir, entre personas de la familia, o sean externas- el Estado romano respetó esta singular autonomía y con - - ello la importante autoridad de su jefe.

Por lo que podemos concluir que el Derecho privado romano es, durante toda la época clásica romana^(*), el Derecho de los paterfamilias o jefes de la familia⁽⁶⁾.

En este sentido ya el maestro Ortolan señala que el fundamento principal de la familia romana era el poder absoluto -- ejercido por el Jefe de la familia⁽⁷⁾.

La analogía histórica puede acaso inducir a la opinión - de que el Estado romano, en sus orígenes había no solo querido conservar, sino aún consolidar la independencia y la fuerza del grupo más reducido que era el que representaba menos peligro, - esto con el fin de agotar a los grupos mayores y por lo tanto -- más peligrosos. Solamente después de que el estado se había -- librado plenamente de aquéllos comenzó su obra de disminución - del poder familiar interno. Sin embargo, a pesar de esto en - - cuanto a la organización exterior, la familia conserva su carácter primitivo en el derecho Justiniano^(*).

-
- La época clásica romana abarca del año --
 (**). 753 a.C. hasta la promulgación de la Ley de las XII tablas.
 (6). En los textos de corpus iuris, y en los razonamientos económicos antiguos utilizan la expresión paterfamilias, donde se refiere a la palabra, hombre, persona, patrón.
 (7). Ortolan, M. Legislation Romaine, Paris 1876 Edit. Leocadio López, Madrid. p.p. 234.
 (*). El derecho Justiniano abarca del año 527 d.c. al 565 d.c.

Parte importante dentro de la evolución de la familia romana lo es, sin duda el conjunto de facultades del paterfamilias, es decir, aquella especie de autoridad soberana ejercida por él. A dichas facultades en general se les llamó manus en la edad antigua (**), y más tarde, en el uso corriente, potestas, términos que designan igualmente la autoridad de los reyes y magistrados.

Así mismo, desde tiempos muy remotos, los dos aspectos esencialmente diversos de ésta potestad se designaron de un modo específico con términos diversos ya que el poder sobre las personas se llamaba manus, mientras que el poder sobre las cosas mancipium.

En orden a las personas, se distinguió además: 1o.- La potestad ejercida sobre las mujeres que forman parte de la familia y por lo supeditadas al jefe de esta. 2o.- La potestad ejercida sobre los otros filiufamilias. 3o.- La potestad ejercida sobre los esclavos y, finalmente. 4o.- La potestad ejercida sobre los filiufamilias de otros, vendidos al paterfamilias o cedidos para la expiación de algún delito cometido por ellos. La primera de las citadas potestades, se refiere a la manus paterna o patria potestas; sin embargo, el término manus, un poco en desuso, acabó por designar sin otra adición la potestad sobre las mujeres entradas a formar parte de la familia, mien-

(**). La edad antigua abarca de la fundación de Roma a la promulgación de la Ley de las XII tablas.

tras que para indicar la potestad sobre los filiufamilias, se adoptó como expresión técnica la palabra potestas o patria-potestad. Por su parte, la potestad sobre los esclavos no se indica de otra manera, sino con la palabra potestad, porque los esclavos eran objeto de dominio.

Mientras que la potestad sobre las filiufamilias de otros, vendidos al paterfamilias, se acostumbró indicarla con la palabra mancipium (8). Por tanto, en el Derecho Justiniano, la fórmula ordinaria y legal para abarcar a todas las personas sujetas al paterfamilias es: *personae in potestate in manu mancipium*.

Por otra parte, durante el Derecho Justiniano la manus y el mancipium han desaparecido; subsisten todavía la patria-potestad y la potestad sobre los esclavos, por lo que la fórmula es reducida sencillamente a la expresión: *personae in potestate* (9).

En otro sentido debemos afirmar que la antigua familia romana es como una especie de comunidad soberana.

Hasta ahora hemos presentado un somero análisis de la evolución histórica que tuvo la familia romana en su devenir histórico: en donde el paterfamilias desempeñó un papel de gran trascendencia debido principalmente al poder casi ilimitado que poseía ante la complacencia del propio Estado romano.

(8). Mancipium era la potestad que se ejercía - Sobre un hombre libre entregado por los delitos que hubiera cometido.

(9). Así, en los textos clásicos los dos términos *manu mancipiove*, han sido suprimido por: *per quas per nobis*.

Es también importante que conozcamos la paulatina pero efectiva pérdida de potestades que sufrió el jefe de la domus - debido a la creciente intervención estatal.

En efecto, como consecuencia de lo anterior, la domus - se disgregaba, ya que las personas que se encontraban alrededor del pater eran las mismas, pero entre ellas la cohesión y la solidaridad era menores, y, respecto a él, su sujeción menos estrecha. Así, la autonomía casi soberana de la familia había sido atacada de diversas maneras con las leyes expedidas por el propio Estado.

Es así como el estatuto familiar había caído bajo la dependencia del poder público frente al cual no cabía iniciativa alguna. De esta manera, semidecaído el otrora jefe familiar, ya no podía presumir el culto religioso: La patria potestas, -- hasta ahora perpetua, se encontraba muy debilitada; la manus ya no representaba más que un recuerdo.

En conclusión podemos afirmar, que el paterfamilias ya no formaba ni regía la domus según su voluntad, sino que se encontraba bajo una marcada dependencia del Estado, ya que este, - de pronto había "despertado" de un letargo en donde el jefe de la domus gozaba de una libertad para ejercer sus potestades casi ilimitadas.

FUNDAMENTO Y ESTRUCTURA DE LA FAMILIA

ROMANA.

En el evolucionar del género humano, los seres fueron depurando sus relaciones, apareciendo una nueva forma de unión -- fundamentada en el apoderamiento en forma salvaje de las mujeres de otros grupos, como consecuencia de las prohibiciones para evitar el apareamiento de personas dentro de la gens materna.

Por otra parte, el establecimiento de la familia patriarcal se debe la etapa de transición final de la monogamia. Así, -- la familia monógama asegura la paternidad de los hijos, estatuyó la propiedad individual de los bienes, y establece la herencia -- exclusiva de los hijos.

La constitución de la familia romana, está caracterizada por el rasgo dominante del régimen patriarcal: la soberanía del padre o del abuelo paterno. Ya que, desde el momento en que se establece una familia u organización familiar de esta característica, el varón es la base de la familia, y por ende quedan -- bajo su poder y dirección, sometidos a su señorío, su mujer, hijos, sirvientes, esclavos y patrimonio familiar.

Tomando en consideración el aspecto jurídico, diremos -- que dentro de la organización familiar, sólo el paterfamilias -- fué considerado como persona libre de toda potestad y que sólo --

dependía de sí mismo (*).

Así pues la familia romana encuentra su fundamento principal en la idea de poder, en su sentido más amplio. Un poder--detentado por una sola persona: el paterfamilias romano.

Por lo tanto dirémos que el jefe familiar era el único-titular de Derecho, su poder sobre los miembros de la domus era originalmente absoluto. En este sentido, dentro de sus facultades se encontraba el hecho de ser el sacerdote del hogar ejerciendo la sacra privata (*)(*). Además todos los miembros de la domus dependían de él y solo por la voluntad en este último podían participar en la vida jurídica.

Por lo que se refiere a los bienes, cualquier adquisición del pater o de los miembros de la familia, ingresaban al patrimonio del jefe de la domus sobre los que podía ejercer - cualquier derecho.

En lo concerniente a la familia, encontramos el concepto de parentesco agnático (**), consistente en el vínculo de los miembros de una familia a través de la autoridad paterna o marital (paria potestas o manus).

(*) En Roma las personas que conformaban la familia, se dividen en dos clases según sean *alieni iuris*, es decir, personas--sujetas a la potestad del otro, o *sui iuris* que son personas libres de potestad alguna.

(*) * Ceremonia religiosa con carácter privado destinada a asegurar a la familia la protección de los ascendientes difuntos.

(**) Parentesco civil fundado sobre la potestad paterna. Descendencia por vía de los varones.

El antiguo Derecho civil romano, cimenta a la familia-- sobre este sistema que reconoce el parentesco exclusivamente -- por línea paterna, por lo que se establecía y se transmitía por vía de los varones.

Posteriormente el concepto de familia sufre una serie - de adecuaciones, esto como consecuencia de las influencias ejer- cidas por fenómenos económicos, políticos y sociales. Por lo -- que, al evolucionar la familia antigua, políticamente fundamen- tada en la soberanía del paterfamilias a través de la agnación, por el de la familia consanguínea o cognaticia^(*), la que se ba- saba en el vínculo de sangre que une a los descendientes de un tronco común; es decir, la que reconoce el parentesco tanto -- por línea paterna como por línea materna. Así, encontramos en - el Digesto un concepto de familia natural, definida como "el -- conjunto de personas que se encuentran vinculadas por la sangre, vale decir, las que tenían unas ascendencia común".

En el anterior citado registro histórico, la estructura- de la familia esta compuesta de:

- a).- Parientes en línea recta, ascendientes y descendien- tes.
- b).- En línea colateral, hermanos propios o hermanos de- ascendientes o de descendientes.

(*). Parentesco que une a las personas descendientes unas de-- otras (línea directa) o descendientes de un autor común - (línea colateral).

Por lo que se refiere a la afinidad que consiste en -- la relación que existe entre un cónyuge y los parientes en línea recta o colateral del otro, los autores no han convenido -- sobre su naturaleza, pues mientras que algunos lo consideran -- distinta del parentesco como es el caso de Juan Iglesias y Margadant, otros como Chibbly Abouhamad la reconocen como una forma -- más de parentesco romano al hablar de la *cognatio servilis*^(**), la que se basa en el tipo de unión llamado *contubernium*^(***), el cual determinaba que las personas procreadas a través de esta -- unión, estaban ligadas a sus padres mediante el parentesco de -- cognación *servil* cognación por cuanto era de su propia sangre -- y *servilis* por cuanto seguían la condición de siervos⁽¹⁰⁾.

A parte del grupo familiar, los textos antiguos señalan otra modalidad de parentesco que se refiere a la agrupación civil denominada *gens*, cuyos miembros son los gentiles, es decir, aquellas personas que poseían títulos de nobleza que certificaba la antigüedad e ingenuidad de la raza⁽¹¹⁾.

Por otra parte, la *gens* ha sido considerada como familia en un sentido amplio y de origen patricio que abarcaba el conjun

(**). Parentesco que une a las personas descendientes unas de otras (línea directa) o descendientes de un autor común -- (línea colateral).

(***) Tipo de parentesco derivado de la unión de *contubernium*. Unión entre esclavos o entre una persona libre y un esclavo.

(10). Chibbly Abouhamad, Hobaica, Anotaciones y Comentarios de Derecho Romano. Ed. Jurídica Venezolana, Caracas. 1978p. 361 y 362.

(11). Así el título gentil se utilizó para referirse a una buena extracción, es decir, una sangre pura.

to de agnados con los mismos derechos⁽¹²⁾.

E L P A T R I A R C A D O .

Es, sin duda importante conocer con detenimiento el -- sistema familiar que representa el patriarcado, sobre todo, porque la familia imperante en la antigüedad clásica posee las características esenciales del sistema familiar conocido como patriarcado. Ahora, si relacionamos tanto al patriarca como al paterfamilias romano, concluiremos que, éste último se encuentra dentro de los lineamientos y características propias de todo sistema patriarcal.

Es la familia patriarcal, la que tiene su base en "el matrimonio o en la unión de un hombre con varias mujeres". Según Morgan⁽¹³⁾, la característica más importante de esta familia era "la agrupación de un número de personas libres, y serviles, que conformaban una familia sujeta a la autoridad paterna, constituida con el propósito de mantener la ocupación de tierras y criar rebaños".

Al establecimiento de la familia patriarcal se debe la etapa de transición final hacia la monogamia. Durante su vigencia es posible ubicar a la familia romana, organizada bajo la plena autoridad del paterfamilias.

(12). Sohm, Rodolfo Instituciones de Derecho Privado Romano. Edit. Nacional, México 1975. pág. 275.

(13). Morgan, Lewis. "La sociedad Primitiva". Revista de la Facultad de Derecho. México. No.5. Enero 1978.

Con estos antecedentes, la etapa final de este proceso en la evolución de la organización social y familiar del género humano se encuentra representado por la familia monogama, cuyo fundamento es el poder del hombre. Con esta herencia los romanos erigieron su sistema familiar patriarcal en un régimen de monarquía, pudiendo afirmar por un lado, "que la familia romana era la unión de personas colocadas bajo la autoridad o manus de un jefe único que era el paterfamilias"⁽¹⁴⁾, y por el otro, que esta configuraría la unidad básica de la sociedad romana diferenciándose de la griega al permitir otras formas de unión para constituir el núcleo familiar, el que en un tiempo quedó al margen de la ley, pero que con posterioridad fué considerado dentro de la misma tal y como aconteció con el matrimonio; nos referimos a la unión concubinaría.

El pater puede, en algunos casos, no tener ni descendientes ni otros sujetos relacionados con él. Es este, un estado singular de cosas que reduce el ser paterfamilias a una verdadera condición subjetiva, donde el Estado le proporciona al pater la condición más importante, como es: la capacidad jurídica.

Otra situación importante de consignar se presenta en el momento que muere el paterfamilias. En este sentido, los integrantes de la domus se disgregan formando otras familias. Sin

(14). Petit, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. Ed. Nacional. México, 1980.

embargo en el caso de las mujeres aún cuando estas se convertían en *sui iuris*, seguían careciendo de la capacidad para de-
tentar la patria potestad, quedando en una posición aislada, y
por lo tanto, aun cuando la mujer logrará conformar una unidad-
familiar ésta no podía considerarse como una familia en el sen-
tido romano de la palabra.

Desde tiempos muy remotos, dentro de la sociedad roma-
na, el centro de la *domus* lo constituye el "monarca doméstico",
quien posee la patria potestad sobre los hijos y los nietos y -
muchas veces posee mediante la *manus* un vasto poder sobre la --
persona y bienes de la propia esposa y las nueras casadas cum-
manu (*). Además también es el único juez dentro de la *domus*, y
así -como el sacerdote dentro del hogar, Así mismo, puede im-
poner inclusive, la pena de muerte a sus "subditos", ejerciendo
el terrible Derecho de vida y de muerte (*ius vitae naciisque*).

Antes de proseguir, es conveniente hacer una aclara --
ción en el sentido de que no era indispensable ser padre de fa-
milia para poder ser *paterfamilias*. Por tanto el término *pater-*
designa, a un romano libre y *sui iuris*, independientemente de
la cuestión de si está casado y tiene descendientes.

(*) *Cum manu* se refiere a la entrada de la mujer a la *domus* del
hombre, perdiendo todo lazo con su familia original.

POTESTAD DEL PATERFAMILIAS.

La figura del paterfamilias dentro del estudio del Derecho romano, cobra vital importancia, desde el momento en que el propio Estado romano le concede potestades extraordinarias sobre el conjunto de personas que viven dentro de la domus.

Por otra parte, resulta importante tomar en consideración que generalmente, es paterfamilias aquél que no tiene ascendientes vivos dentro de la familia; y ya que tales ascendientes, no puede tenerlos más que siendo padre o abuelo, por tanto podemos decir, que en general, es paterfamilias aquel que no tiene otro ascendiente vivo por línea masculina. Por tanto será el padre, el abuelo paterno o el bisabuelo de los miembros nacidos dentro de la familia. Por consiguiente, al morir el pater se tienen -- varios filiufamilias sin ascendientes dentro de la familia, como consecuencia, de esto, la unión familiar se divide en tantas familias, con otros tantos jefes haya. Sin embargo, esta escisión no rompe entre las varias familias el vínculo agnaticio; -- ya que, son agnados no sólo los que estan sujetos a la misma -- patria potestad sino tambien los que estarían sujetos a ella si el común paterfamilias no hubiese muerto. Esto demuestra que -- la división no es originaria, sino que en su inicio el grupo -- permanecía unido a una sola cabeza (15).

En otro sentido, la calidad de pater también se puede --

(15). Además se requería la perduración del vínculo, aún con la muerte del jefe, se podría seguir considerando unidos a través de la vía consanguinea.

obtener gracias a la figura de la emancipación^(*).

El antiguo paterfamilias, es en conclusión, la única persona que en Roma tiene una plena capacidad de goce y de ejercicio además de una plena capacidad procesal. Por tanto, todos -- los demás miembros de la domus dependen de él y participan en -- la vida jurídica en Roma a través del mismo.

Los esclavos, los hijos, o la esposa o nuera in manus, -- adquieren sólo para el patrimonio del monarca doméstico, en caso de obtener algún beneficio por su trabajo, por donaciones, -- etc. Así, también los delitos cometidos por quienes se encuentran bajo la autoridad de un paterfamilias --es decir, los alieni iuris y los esclavos -- crean, el deber de indemnizar a la -- víctima o a a su familia, deber al que puede sustraerse por medio del abandono noxal^(*).

ACCIONES DEL PATERFAMILIAS.

El monarca doméstico hace valer su derecho contra cualquier tercero que le retenga sin su voluntad al filiufamilias; -- la acción es, por tanto, una vindicatio^(**).

(*) Es aquél, en donde el pater abandona a su hijo motivado por un delito o algún daño realizado por éste último.

(**).Comparable con la acción reivindicatoria.

Los derechos del paterfamilias sobre la mujer casada (uxor in manu) eran los mismos que tenía sobre los otros filiifamilias, pues la mujer se convierte en filiifamilias del marido o del pater de éste.

Todo lo anterior se origina como consecuencia natural de la posición autónoma que poseía la familia frente al Estado y - en orden a su propio derecho.

CAPITULO SEGUNDO

EL MATRIMONIO EN ROMA.

- Los esponsales.
- Concepto y formas del matrimonio.
- Justas nupcias.
- Matrimonio Romano.
- Matrimonio cum y sine manu.
- Matrimonio sine connubio.
- Legislación matrimonial de Augusto.
- Condiciones de validez del matrimonio.
- Requisitos para contraer justas nupcias.
- Impedimentos para contraer matrimonio.
- Efectos del matrimonio.
- Disolución del matrimonio.

L O S E S P O N S A L E S .

Etimológicamente la palabra esponsales proviene del -- latín esponsales, sponsus que significa: mutua promesa de casarse.

Por otra parte, el mismo Ulpiano definió a los esponsales como la petición y promesa recíproca de futuras nupcias.

Así mismo, el matrimonio puede ser precedido de una -- convención mediante la cual los futuros cónyuges (o sus respectivos padres) adquieren el compromiso de celebrar las nupcias. - Esta convención en época histórica no formal constituye los llamados esponsales (sponsalia) ⁽¹⁾.

Dentro del Derecho romano casi siempre se realizaba -- un acuerdo entre los futuros cónyuges, o los padres de estos, - en el que se comprometían a unirse en matrimonio, a esta promesa se le conoció como sponsalia ya que se realizaba por medio - del sponsio, figura jurídico-religiosa mediante el cuál se le - proporcionaba un valor jurídico a la palabra.

Por otra parte, durante el Derecho clásico, los esponsales no son ya obligatorios ya que estos pueden ser pasados -- por alto.

(1). L.L.p.r. D. De spons Sponsalia sunt mentio et repromissio - nuptiarum futurarum. Requiere la sponsio en la época antigua y la promesa se hacía al futuro esposo o al paterfamilias.

Por lo tanto, los esponsales pueden ser hechos a través de un simple convenio, ya que no hay necesidad de revestirlos de las formas solemnes de un contrato verbal.

Con respecto a la capacidad y en relación a los esponsales, se requieren y tienen lugar los mismos impedimentos que para el matrimonio, salvo aquellos de carácter temporal -como el año de luto- que no vician los esponsales. Igualmente los esponsales se pueden contraer antes de la edad púber. En éste sentido, Justiniano fijó la edad mínima de siete años ⁽²⁾.

Por su parte, en las poblaciones del Lacio antes de su agregación a la ciudadanía romana, los esponsales, eran -según narra la historia- garantizados por una verdadera acción, conocida como la actio esponsu, la que se constituyó con el fin de obligar al esposo o esposa incumplidores al pago de una determinada cantidad. Sin embargo, en el Derecho romano de la época clásica, los esponsales no obligan a la celebración de las bodas, y están privadas de efecto sin la cláusula penal (stipulatio poenae), añadida al acto.

En este mismo sentido, podemos considerar que el anterior criterio se inspira en un sentimiento ético, que hace aborrecer cualquier coacción que interviniese en la celebración del matrimonio.

Por otra parte, sólo para una serie de efectos secunda

(2) L. 14 D. De spons., 23; L; idest, septem annis.

rios los esponsales tenían importancia para el Derecho. En efecto, dichos aspectos generan una afinidad y se constituyen para poder impedir la celebración de otro matrimonio. Así mismo, esta vedado, bajo pena de infamia, a los novios mismos, concertar otros esponsales u otra boda antes de haber disuelto el vínculo anterior. Finalmente, el novio, tiene, la acción de injurias --- por la ofensa que se haga a la novia.

Por otra parte, en la época romano-helénica, se produce bajo la influencia oriental, un verdadero reflujo histórico. A pesar de que se mantiene la nulidad de estipulación penal, -- tal nulidad se frustra ante la institución romano-helénica de las áreas sponsalicias⁽³⁾. En este sentido, si los novios cambian estas arras, la parte que, por culpa suya, no cumple su -- promesa, pierde las propias, quedando obligada, a restituir, las arras recibidas, primeramente a razón del cuádruple, y más tarde, durante el Derecho Justiniano, a razón del doble.

Por su parte, Constantino estableció que las donaciones entre novios (sponsales largitas) se consideraban hechas -- bajo la tácita condición de matrimonio.

Por su parte, si el matrimonio no se lleva a efecto -- por la muerte del pretendiente, la novia de éste no restituye -- más que la mitad de la donación siempre y cuando haya sido besada durante la celebración de los esponsales (interviniente os--

(3). L. 38 D. Der. 32., 2 que menciona las arras está interpo--
lada.

culo)⁽⁴⁾.

Originalmente, los esponsales en el Derecho romano fueron indisolubles cuando se efectuaban por mutua estipulación; - posteriormente, la disolución podía ser mediante el repudio, -- por mutuo consentimiento, por muerte de alguno de alguno de los novios, por vencimiento del plazo estipulado o por no haberse - efectuado la condición puesta para la consumación de las nupcias .

E L M A T R I M O N I O .

El matrimonio en sus orígenes es una institución basada en la necesidad de la perpetuación de la especie humana, que la racionalidad del hombre ha elevado a un rango especial y que ha estabilizado a través, de las costumbres y de las leyes.

En otro sentido, diremos que el primer punto que debemos analizar es el relativo al concepto jurídico de matrimonio - cuya más antigua formulación se debe a los jurisconsultos romanos.

Así Ulpiano explicaba el matrimonio como: *lustum matrimonium est, si inter los qui nuptias contra hunt connubium sit et tam nasculum puber quau femina potens sit et utrique consentiant si sui iuris sint, aut etiam parentes eorum si in potesta*

(4). De, don, ante nupt. 5.3. En nuestro Derecho la institución - no es muy aceptada en el ámbito social, salvo en algunos - casos en que subsiste la obligación de resarcir, a la otra parte de los gastos hechos por motivo del futuro matrimonio.

te sin (tituli ex corpore Ulpiano 5.2). En donde afirma que: " "existe matrimonio justo si existe derecho de conubio entre los que contraen y tanto el varón púber como la mujer núbil sean -- uno y otro den su consentimiento si son sui iuris, y si están-- bajo patria potestad lo otorguen también sus padres".

Por su parte Paulo D.23.2.2. nos dice que: "Nuptiae consis-
terimont possunt nisi consentiant omnes, is est qui coent quorum
vein potestate sunt", es decir: "las nupcias no pueden consistir
si no consienten todos los que celebran como aquéllos bajo cuya-
potestad están"

Por tanto, podemos observar que el matrimonio de acuerdo-
a la concepción romana, no es la simple unión física o material
del hombre y de la mujer, sino que envuelve en un sentido más-
amplio completo y racional el consentimiento de los contrayentes
y de aquéllos que tienen potestad sobre los que no son todavía-
personas de acuerdo al Derecho romano.

Por otra parte, regresando al concepto de lo que es el
matrimonio, afirmaremos que atendiendo a su significación etimo-
lógica matrimonio se refiere a la carga, gravámen o cuidado de-
la madre ya que viene de "matris y munium", es decir, cargo o --
cuidado de la madre más que del padre.

En este sentido, Escriche, en su Diccionario Razonado-
de Legislación y Jurisprudencia, inspirado en las partidas - -
(IV, II, 1 y 2) define el matrimonio como la "sociedad legíti-
ma del hombre y de la mujer, que se unen con vínculo indisolu-

ble para perpetuar su especie, ayudarse a llevar el peso de la vida y participar de una misma suerte".

Así mismo, las fuentes nos proporcionan dos definiciones de matrimonio. En las Institutas se dice que es: "la unión del varón y de la mujer que comprende el consorcio indivisible de la vida" (*nuptiae eutem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuum vitae consuetudinem continens* Inst. 1,9, 1). Con la definición anterior se explica el carácter esencial del matrimonio, que lo constituía la intimidad y la comunidad de vivir, ideal e intencionalmente perpetua, entre los -- dos conyúges. Tal es el sentido que tendrían según opinión de Bonfante, los discutidos términos: "*Individuum vitae consuetudinem*" .

Lo dicho anteriormente vale también sostiene el ilustre romanista, para la célebre definición de Modestino, para -- quien " las nupcias son la unión del varón y de la mujer y el -- consorcio de toda la vida, comunicación del derecho divino y del humano" . (*nuptiae sunt coniunctio maris et femine, et consortium omnis vitae, divina et humani iuris communicatio*) (Dig. 23,2,1).

MATRIMONIO EN EL DERECHO ROMANO.

Aún en los términos modernos que conceden mayor libertad a la forma de los actos jurídicamente trascendentes, el matrimonio suele nacer de un contrato estrictamente formal. En la mayor parte de los países civilizados, cuando el matrimonio -- carece de formalidades no existe.

En vista de lo anterior, podría sorprendernos notar que el matrimonio romano, desde las épocas primitivas caracterizadas por su pronunciada tendencia hacia el formalismo, en materia, jurídica se celebraba de manera informal. Sabemos que hubo fiestas sociales, familiares, a veces de carácter religioso. Pero también sabemos que no era indispensable para que un matrimonio fuese reconocido como tal; además conocemos que la celebración del matrimonio no fue acompañado de ningún contrato, ni mucho de menos de intervención de la autoridad pública. Todo esto, completamente contrario a la regla general de que el rigor de las formas aumenta a medida de que regresamos hacia las "tinieblas" de la prehistoria. Lo anterior pareció asombroso e inexplicable a varios autores que trataron de forzar los hechos y los conceptos proporcionados por la historia jurídica -- con el objeto de hacer desaparecer tal enigma⁽⁵⁾.

De lo anterior, podemos deducir una pregunta: ¿Por qué una institución tan trascendente como lo es el matrimonio en Roma careció de formalidad alguna?. Debemos señalar que el matrimonio durante la época clásica romana, no se encontraba regulado dentro del Jus, sino más bien fué considerado como una figura que producía consecuencias jurídicas, sobre todo refiriéndonos al matrimonio cum manu.

(5). Margadant, F. Guillermo. "Algunas Aclaraciones y sugerencias en relación con el Matrimonio y el Concubinato en el Derecho Romano" Revista de la Facultad de México. T-VI. No. 23. Jul-Sept. de 1956.

MATRIMONIO EN ROMA. - DEFINICION. - El matrimonio, en el concepto romano, puede definirse como la cohabitación de dos -- personas de distinto sexo, con la intención de ser marido y mujer de procrear y educar a sus hijos y constituir entre ellos -- una comunidad absoluta de vida . Como ya hemos señalado, no se trataba de un acto jurídico al que los contrayentes dieran vida por una declaración de voluntad, sino una . . . situación de hecho fundada en la convivencia o en la cohabitación del hombre y de la mujer, cuyo comienzo no estaba marcado por formalidad alguna, y en la intención permanente y reciproca de tratarse como marido y mujer, que los romanos llamaron : *affectio maritalis*. Cong taba pues, el matrimonio de dos elementos": uno objetivo representado por la cohabitación, y otro subjetivo o intencional, -- que era la *affectio maritalis*.

Las características muy especiales, que presenta el matrimonio romano, han hechos sostener con toda razón, que se diferencia del matrimonio moderno en que aquel era una relación de hecho con consecuencias jurídicas, en tanto que este, es una relación jurídica con consecuencias sociales.

La cohabitación, aunque es un elemento fáctico que iniciaba la vida conyugal, no debemos entenderla exclusivamente en -- sentido material, sino más bien ético, porque existía aun en el caso de que los esposos no compartieran el mismo hogar y más aún, podía contraerse el matrimonio cuando el marido estuviera ausente siempre y cuando la mujer entrara a la casa de su conyuge (-- *deductio in domum maritali*).

La affectio maritalis, elemento moral e interno, no era meramente una manifestación de consentimiento inicial, ya que la intención de ser marido y mujer debía ser duradera y continua, ya que si dicho consentimiento cesaba, el matrimonio también se extinguía. Por ende la affectio no importaba un simple consentimiento, puesto que el matrimonio, no era un contrato -- consensual que generaba obligaciones, sino una relación fáctica creadora de un estatus, el de marido y mujer.

En éste mismo sentido la affectio maritalis se demostraba mediante las declaraciones de los cónyuges o de los parientes y amigos, pero más que otra cosa por su manifestación exterior, o sea el honor matrimonii, que es el modo de tratarse, en todas las formas, como en la sociedad se deben tratar dos cónyuges, conservando la mujer la posición social del marido y sobre todo la dignidad de esposa.

Los romanos llegaron a acordar a la affectio maritalis - una importancia vital, que le hizo prevalecer aún sobre el elemento de la cohabitación. En este sentido encontramos el aforismo proporcionado por las fuentes: "no el concúbito, sino el consentimiento constituye las nupcias"(Nuptias non concubitus, sed consensus facit) (Dig, 50,17,30), ratificado por aquél que expresa: "non coitus matrimonium facit, sed maritalis affectio" -- (Dig. 24,132, 13.

De lo expuesto, aparece claro que la voluntad bastaba -- que fuera manifestada entre los contrayentes de un modo solá--

mente consensual, sin que hubiera ceremonia alguna necesaria-- para su perfeccionamiento. Esta es una de las más importantes-- características del matrimonio romano y que lo diferenciará de-- otras formas posteriores de unión, y que ha venido a revivir -- en formas más modernas su simple consensualidad.

Así mismo, los romanos consideraban que el consentimiento debía ser libre y espontáneo, pues no crearon un sistema de vicios del consentimiento como el error, la fuerza o el dolo.

La unión matrimonial a pesar de ser una situación de-- hecho -res facti, no res iuri- como la posesión, tuvo siempre - en Roma un carácter severamente monogámico, y como su finalidad era constituir una comunidad de vida, no cabía someterlo a plazo o condición. El ius postillinium, que operaba sobre las relaciones jurídicas no tenía efecto sobre el matrimonio, de tal suerte que el ciudadano romano cautivo que regresaba a Roma no se reintegraba en sus relaciones matrimoniales a menos que se - restablecieran sus elementos constitutivos.

Por otra parte, la finalidad del matrimonio romano era la procreación de los hijos, lo que fué confirmado por Augusto en las leyes Julia y Pappia poppaea, que propiciaron el fomento de los hijos entre las familias romanas.

Así mismo, podemos concluir, afirmando que: el matrimo-- nio romano era una relación de hecho basada en la unión de un - hombre y de una mujer con affectio maritalis. Además, no consti-- tuía una relación jurídica, ni se exigía para su realización el

cumplimiento de determinadas formalidades.

En cuanto a la manifestación del consentimiento, en Roma hubo formas precisas para expresarla como son: La confaeratio, la coemptio y el usus, que sin embargo, no se referían -- al matrimonio como vínculo, sino a la adquisición de la potestad del varón sobre la mujer.

FORMAS DEL MATRIMONIO ROMANO.

La doctrina romana reconoció dos formas de uniones duraderas y monogámicas de un hombre y una mujer, con el objeto de procrear hijos; a saber las justas nupcias y el concubinato.

Las nupcias legítimas se llaman justae nuptiae (en el -- lenguaje de Justiniano) o legitimum matrimonium y puede ser definido como la convivencia duradera de dos personas de distinto sexo (ciudadanos romanos) con la intención de ser marido y mujer y con la finalidad de procrear hijos.

Así mismo, las Instituciones de Justiniano en su título X al tratar el tema de las nupcias señalan:

"Contraen justas nupcias los ciudadanos romanos cuando -- se unen según los preceptos de las leyes, los varones púberos -- y las hembras núbiles, con tal de que en éste último caso obtengan el consentimiento de sus padres bajo cuya potestad se hallan".

Sólo de la figura de las justas nupcias procedía: la patria potestad, el parentesco civil (agnatio) y los derechos de-

familia; en una palabra, ellas formaban el único matrimonio -- civil, en donde la mujer tomaba el nombre de *uxor* (mujer casada) y el marido de *vir* (marido) ⁽⁶⁾ -.

Originalmente el matrimonio sólo lo podían contraer los -- ciudadanos romanos, o sea aquéllas personas con el *ius civita--* tis, el cuál incluía dentro de sus privilegiados el *ius connubii*, posteriormente el liberto y los *latini veteres* pudieron también poseerlo.

A partir de la era republicana en el año 445 a.C., la -- ley *Canuleia* permite las justas nupcias entre *patricios* y *ple--* beyos, estableciendo la igualdad matrimonial de clases entre -- ciudadanos romanos sin distinción.

A través de la institución de las justas nupcias, la -- mujer entra a formar parte de la familia del marido, gozando de las prerrogativas que le proporcionaba, -- -- daba el justo ma-- trimonio y a su vez, el marido adquiría sobre ella la autoridad de un padre, a través de la *manus maritalis*, y por consecuencia se hacia propietario de sus bienes.

En otro sentido, el concubinato también fué considera -- do como una unión duradera y monogamica por la doctrina romana, por lo que señalaremos someramente lo que esta figura significó para los romanos.

(6). Ortolán, M. Libro I y II de la Instituts. Edit. Leocadio -- López . Madrid, Pág. 27 y s.s.

En Roma fué considerado como "la union permanente entre personas de distinto sexo, las que no tienen la intención de -- considerarse marido y mujer respectivamente"⁽⁷⁾, que del mismo modo que el matrimonio tampoco pertenece al "ius civile" pués, - sólo fué considerado por el orden jurídico romano a través de la Lex Julia de Adulteriis⁽⁸⁾.

JUSTAS NUPCIAS CUM MANU.

Adentrándonos propiamente a lo que son las justas nupcias cum manu, diremos que durante los primeros tiempos en Roma todos los matrimonios se verificaban cum manu⁽⁹⁾; es decir, - con el ingreso de la mujer a la familia del marido en el lugar de una hija de familia (filiae familias loco) en el caso de que su marido fuera el paterfamilias, y ocupaba el lugar de nieta - (loco neptis), si el marido se encontraba bajo la potestad paterna, en cuyo caso a la muerte del padre, su esposo le sucedía en la manus maritalis.

Así mismo, la mujer, en este tipo de nupcias, perdía todos los derechos agnaticios de su anterior familia.

Esta incorporación de la mujer a la familia del marido o del pater fué denominada "conventio in manu". En su origen como

(7). Margadant, Ob. cit., pág. 12.

(8). Ibidem.

(9). En este sentido el profesor Margadant, difiere del hecho de que el matrimonio cum manu fué primero en aparecer que el sine manu; ver: "Aclaraciones y sugerencias..." Pág.3.

ya hemos visto, la manus era un término general para designar - el poder del paterfamilias sobre romanos libres, que desde fuera habían entrado a la entidad política que era la antigua familia, esto mediante una conventio in manu, a veces relacionada con un matrimonio a veces independiente de todo matrimonio.

Es éste un punto muy importante, ya que varios autores - hacen aparecer, la figura de la conventio in manu como necesariamente ligada al matrimonio, siendo que este tipo de manu se puede presentar sin necesidad de las nupcias.

¿Qué es entonces la conventio in manu?, de acuerdo con el maestro Margadant, diremos que " es una acto netamente jurídico y formal, que es, en realidad una naturalización doméstica y que no tiene ninguna relación necesaria con el matrimonio ya que éste puede presentarse sin aquélla, y la conventio in manu sin el matrimonio".

Ahora bien los sujetos pueden cambiar su "nacionalidad -- doméstica", mediante la figura de la abrogatio (en caso de hombre sui iuris), adoptio (en caso de sujeto alieni iuris) o por conventio in manu, una forma reservada para las mujeres, sean - sui iuris o bien alieni iuris.

Así mismo las fuentes nos señalan tres formas para que se realice la conventio in manu: la confarreatio, la coemptio - y por último el usus.

Señalemos brevemente el carácter de cada una de estas -- formas.

Hablaremos primero de la COEMPTIO.- Sabemos que la conventio in manu era un acto jurídico, celebrado por aes et libram, con la intervención de los dos paterfamilias, el de la familia del marido (el marido mismo, su padre o su abuelo) y el de la familia de la mujer; y por ésta semejanza exterior con la mancipatio, los autores desde Gayo hasta nuestra época, suelen considerarla como una compra-venta, opinión reforzada por la circunstancia de que "emere" significa comprar.

Efectivamente, es posible que esta coemptio sea recuerdo de la primitiva compra de la novia, sin embargo, no parecen absolutamente cierto que esta sencilla explicación de la coemptio sea la verdadera, y las siguientes consideraciones nos hacen dudar de su validez.

1). Las consecuencias jurídicas de la Coemptio no son precisamente las de una mancipatio.

El resultado de una compra sería que la mujer se encuentra en mancipatio, con una correspondiente condición servil contraria a su digna condición de paterfamilias, y también contraria al hecho de que llegará a ser libre por la muerte de su marido o del pater de éste, lo cual no podría ser el caso de una persona adquirida en mancipatio.

2).- Además debemos preguntarnos, si etimológicamente coemptio, significa "compra" desde luego que en latín clásico, emere es comprar, pero la raíz indogermánica "(n) em", se refiere originalmente al acto de apoderarse de algo precisamente el

verbo como, *compsi comptum*, comeré con el cual *coemptio* se relaciona, no significa comprar, sino ordenar, juntar, unir, (10).

Ahora bien, sino se trataba de una "compra de la esposa", ¿Que hacia entonces el portabalanza en la *coemptio*? Es posible que, aun que cuando no debamos de considerar a la *coemptio* como una compra venta, un elemento de ella ha sido una *mancipatio ficticia* por la cual la mujer debía obtener la liberación de su original *paterfamilias*, y que el resto de la ceremonia tuviera por objeto establecer sobre ella la soberanía domestica de su nueva familia.

Por otra parte, el texto de la Instituta de Gayo en el párrafo 123 del primer libro, demuestra que la *coemptio* era -- formalmente distinta de la *mancipatio*. Es que no se trataba de la compra de una persona sino de un cambio de la "nacionalidad - domestica de un ciudadano libre".

Veremos enseguida, que esta *coemptio* no se relaciona -- necesariamente con el matrimonio, solo en caso de incorporarse en la *confaeratio* este cambio de nacionalidad *domestica* se combina necesariamente con el casamiento.

En segundo término la *confaeratio* se nos presenta superficialmente como un rito religioso, por el cual se celebra -- un matrimonio y se establece al mismo tiempo la *manus*.

(10). S.W.F. Margadant, Lexiloqus, Den Hagg, 1931 p.22.

Sin embargo un análisis mas cuidadoso llevado a cabo -- por autores como Karlowa, Bonfante, Koschaker y otros⁽¹¹⁾, ha-- demostrado que se trataba en su origen de un acto extrajurídico, meramente sacramental, por el cual la mujer no cambiaba su nacionalidad domestica, de ahí que él paterfamilias de la mujer - no jugaba ninguna papel importante en la ceremonia. Posteriormente se incorpora la conventio in manu a esta ceremonia extrajurídica y Bonfante, así como Karlowa, han encontrado indicios- que permiten creer, que la formula de la coemptio se introdujo- en el rito de la confaerratio. Desde entonces, en solo acto , - lo jurídico y extrajurídico, es decir, la coemptio in manu y el matrimonio entran en íntimo contacto y por lo tanto la confaerratio es desde entonces un acto de "Jus", por tratarse de una - coemptio, indiscutiblemente jurídica adornada de elementos religiosos.

E L U S U S .

Esta figura no es una adquisición de la mujer por usuca pión; a pesar de todo lo que Gayo nos enseña a mediados del segundo siglo después de Cristo, cuando se comprende erróneamente el carácter de muchas instituciones antiguas. Más bien es una renuncia a la nacionalidad doméstica de origen hecho con el consenti miento del paterfamilias de la mujer o de sus tutores, e implicaba una entrada en la nacionalidad doméstica del marido.

(11). Bibliografía sobre este Tema Max Kaser, Das Altromische, - Jus. p.p. 342 y s.s.

Esta renuncia da por consecuencia que la mujer ya no -- asistirá a las fiestas anuales de su familia original (12), de ahí que la interrumpida presencia de la mujer en la casa del -- marido durante 365 noches implica su cambio de nacionalidad doméstica.

En conclusión diremos que: El establecimiento de la -- manus, se lleva a cabo mediante dos instituciones la Coemptio, -- la cual puede incorporarse a la confaeratio, y el usus. Ambas -- figuras son jurídicas y formales.

MATRIMONIO SINE MANU.

Al decaer la manus maritalis aproximadamente en el siglo III a. C., los romanos utilizaron el matrimonio sine manu, por el cual el marido, ni el paterfamilias tenían poder alguno sobre la mujer que seguía perteneciendo a su paterfamilias original. En consecuencia de lo anterior, no se modificaba la condición de la mujer por lo que el patrimonio de los esposos continuaba separado; sin embargo se consideró de justicia que la -- mujer contribuyera al sostenimiento del hogar, para lo que se -- instituyó la costumbre de la dote.

Por otra parte, debido a la circunstancia de que este tipo de matrimonio se encontraba sancionado, sucedía que frecuentemente en un litigio matrimonial el juez tuviera mayor dificultad en determinar en primer término, si se trataba de un matrimonio o de un concubinato. Así una prueba concluyente en favor-

(12) Esta teoría fue propuesta por Bickel. Véase Sohm Rodolfo, Instituciones de Derecho Privado Romano, México 1951, p.p. 282.

del primero era la existencia de la dote.

Así mismo, dentro del matrimonio sine manu, existía una especie de poder marital; el cual sin embargo no era una imagen del poder paterno como en el matrimonio cum manu, sino un poder marital propio, como lo manifiesta el interdicto⁽¹³⁾ de uxore exhibenda et ducenda en favor del marido, que le da el derecho a exigir, frente a quien retenga a su mujer, aún cuando sea su propio padre, su devolución.

MATRIMONIO SINE CONUBIO-

El connubium es la capacidad o aptitud legal para contraer las justas nupcias⁽¹⁴⁾. Lo primero que se necesita para disfrutar del connubium es ser ciudadano romano. Por lo tanto, -- en el derecho antiguo estaban privados del connubium; los esclavos, los latinos, salvo los latini veteres y los peregrinos, -- excepto en concesiones especiales. Bajo Justiniano, y con motivo de la extensión del derecho de ciudadanía, los únicos que no tuvieron el connubium fueron los esclavos y los bárbaros.

Por otra parte, el matrimonio sine connubio⁽¹⁵⁾ según la definición de Petit,⁽¹⁶⁾ es aquél celebrado entre dos personas que no tienen, o cuando menos una de ellas, el connubium, citando como ejemplos, el que llevan a cabo un ciudadano romano y una peregrina o un latino, o bien entre peregrinos.

(13). Los interdictos eran decisiones tomadas por el pretor para resolver procesos, ordenando o prohibiendo algo.

(14). Ulpiano V, 3; Connubium est uxoris ducendae facultas.

(15). Advertimos que esta denominación nos parece poco adecuada ya que si no existe el ius connubium, no hay matrimonio, -- aclarando que la utilizamos en esa forma para distinguirlo del concubinato.

(16). Petit, Eugene. Tratado elemental de Derecho Romano, Edit. Nacional, México, 1953, Pág. 112 y s.s.

Este tipo de unión es perfectamente válido pero no produce los efectos de las justas nupcias, por lo que respecta a los hijos -como en el concubinato-, son cognados de la madre y de sus parientes, naciendo su*i* iuris, siendo casi siempre -- peregrinos a causa de la Ley Minicia que así lo establecía ⁽¹⁷⁾.

La razón de ser de este tipo de unión, es el establecimiento familiar de una pareja que no tenía el estado de ciudadanía, pues sólo así se poseía el ius connubium, el cual fué conquista de los plebeyos y que más tarde se hizo extensivo para todos ~~coner~~ la igualdad jurídica, causas que motivaron cayera en desuso conservándose como es lógico, sólo con aquellos sancionados con la pérdida de la ciudadanía.

Por último señalaremos que la nota que le es característica es aquella de poder transformarse en justas nuptiae, a través de la causae probatio y por el erroris causae probatio.

LEGISLACION MATRIMONIAL DE AGUSTO.

Con el fin de estimular la natalidad y evitar la pronunciada decadencia de las costumbres, el emperador Augusto dicta la Lex Julia de Maritandis Ordinibus y la Lex Papia Poppaea de los años 18 y 9 a. de C., respectivamente, mismas que la juris--

(17). Un senadoconsulto de Adriano, en contra de esta Ley, determinó que no se aplicaría al hijo de una ciudadana romana y un latino.

prudencia romana fusionó en una sola y les llamó Julia et Papia poppaea.

Con dicha Ley Augusto trataba de intervenir en el problema demográfico de Roma. Este emperador nacionalista necesitaba "auténticos" romanos para la realización de sus propósitos, y le molestaba que sus ciudadanos no quisieran casarse, o, estando ya casados no tuvieron hijos; por esto, puso en vigor una política de premios y castigos fijados en las citadas leyes.

En esta impopular ley se prohíbe que los célibes y orbi - (cónyuges sin hijos) reciban herencias y legados de personas que no pertenezcan a su inmediata familia, es decir, se les castigaba al no proporcionarles la capacidad sucesoria, en cambio, los ciudadanos romanos casados y con hijos recibían varios privilegios como el de obtener un cargo público, así como el de quedar libre de tutela la mujer que goza del ius liberorum, es decir, la ingenua con tres hijos y la liberta con cuatro.

Por otra parte, también ordenó la disolución de los matrimonios estériles, aún basados estos, en una razonable grado de amor conyugal.

En otro sentido, "matrimonios fingidos", paternidades simuladas, etc., fueron "ineludible fruto de esta legislación inhumana" (18).

Como el cristianismo de los primeros siglos, -siguiendo -

(18). Espíritu, III, 269.

en esto las enseñanzas de San Pablo- tomaba una actitud muy favorable a la castidad y al celibato, esta legislación ceducaria desapareció finalmente, ante la influencia política de la nueva religión.

REQUISITOS DE VALIDEZ DEL MATRIMONIO.

Como ya lo hemos señalado, las nupcias legítimas se llaman en el Derecho romano iustae nuptias e legitimum matrimonium, A este respecto, para que un matrimonio de estas características sea válido se necesita de la existencia de las siguientes -- condiciones:

Se requiere en primer lugar de la capacidad civil, que es el connubium o ius connubii. En este sentido, lo primero -- que se necesita es ser ciudadano romano. Por tanto en el derecho romano, se encontraban privados del connubium los esclavos, los latinos veteres, y por supuesto los extranjeros.

Por otra parte, la prohibición de las nupcias entre -- patricios y plebeyos, abolida según la tradición --por la ley -- canuleia- en el año de 445 a. de C. era un residuo evidente de su primitiva condición de extranjeros.

Otra condición para celebrar las justas nupcias, radica en la capacidad natural llamada pubertad, consistente en la edad en que las facultades físicas del hombre y la mujer se encuentran suficientemente desarrolladas para permitirles realizar -- el principal objeto del matrimonio: tener hijos que perpetúen -- la familia.

de lúidez.

Además del consentimiento de los novios se requería el - del paterfamilias, el cuál fué esencial en un principio, pero - que sin embargo fué reducido por la jurisprudencia a límites de un mero asentimiento pasivo, ya que podía ser manifestado me- - diante el silencio, es decir, sin oponerse al matrimonio.

Por otra parte, si el paterfamilias se encontraba prisionero de guerra o ausente, se admitió que los hijos pudieran contraer matrimonio sin su consentimiento, empero, en época de Justiniano se exigió que hubieran transcurrido tres años.

Por otra parte si el paterfamilias se encontraba afectado de sus facultades mentales con o sin intervalos de lúidez (furiosus o mentecaptus). En este sentido, Justiniano estableció definitivamente -terminado con la cuestión que se habíaplateado-, la intervención del Magistrado en el lugar de paterfamilias, después de haber oído al curador y a los parientes -- principales.

Ahora bien, si el paterfamilias sin un motivo suficiente no daba su consentimiento, desde la lex Julia estaba ya permitido el recurso ante el Magistrado ⁽²¹⁾.

Tratándose de hijos varones, además del consentimiento del pater, es necesario, también el del padre, pues los hijos - nacidos del nuevo matrimonio podrán eventualmente recaer bajo su patria potestad.

(21). Probablemente, en el Derecho clásico esto era posible solamente en el matrimonio de los hijos y de los sobrinos.

En un principio la pubertad se fijó a los doce años - para las mujeres; en cuanto a los hombres, se les reconocía púberes a la edad en que el padre de familia encontraba en ellos, por el exámen de su cuerpo, las señales de la pubertad. (19)

Bajo el Imperio de los proculeyanos, después de la advenencia de los estoicos, quisieron que los hombres fuesen declarados púberes a los catorce años; sin embargo los sabínianos -- prefirieron permanecer partidarios de las antiguas prácticas.

Algunos jurisconsultos exigían a la vez que catorce años, un desarrollo físico suficiente. Este sistema mixto parece que fué el que prevaleció hasta Justiniano.

En tercer lugar se requiere el consentimiento de los novios. En este sentido, las personas que se casan deben consentir libremente (20). Sin embargo, es probable que durante mucho tiempo, la energía de la autoridad paterna permitiera al jefe de la familia violentar a sus hijos al matrimonio; pero también es cierto que bajo el Imperio ya no les pertenecía este derecho.

En este sentido, el demente que de una manera razonable - no pueda consentir mientras se encuentre en un estado de locura, puede sin embargo, casarse mientras este dentro de un intervalo

(19). L.D. de ri. Nupt. XXIII, 2: Nuptiae sunt conjunctio maris et feminae, consortium omnis, vitae, divine et humani juris - comunicatio.

(20). Los romanos admitían el uso de los esponsales, por los -- cuáles los futuros esposos, facticamente se comprometían. Sin embargo, cada parte quedaba en libertad de romperlo por causas suficientes que generaban daños y perjuicios a alguno de los novios.

Para las mujeres sui iuris, quién intervenía era el tutor; cesada la tutela del sexo, se requirió para las mujeres menores de veinticinco años, el consentimiento de los parientes próximos, y para dirimir las disensiones, la intervención de la autoridad judicial.

Por otra parte, también debemos considerar como requisito, el que los cónyuges no posean otros lazos matrimoniales. La tradición monogámica romana es más fuerte que la tradición poligámica del antiguo testamento. Ello no impide que la facilidad para obtener el divorcio permita a los romanos una poligamia sucesiva.

Así mismo, se requiere que no exista un parentesco de sangre dentro de ciertos grados.

Es así, como el límite permisible en el parentesco colateral ha variado generalmente entre tres y cuatro grados.

Por su parte, durante la fase cristiana el desarrollo romanista se añadió el parentesco espiritual (padrinos y ahijados al civil y se extendió la prohibición, hasta incluir a los adfines (hermana de la difunta esposa, etc). aumentándose en la Edad Media hasta catorce los grados de esta prohibición.

Otro requisito lo representaba, el hecho de no existir una gran diferencia de rango social, condición que no ha logrado sobrevivir en nuestra era de igualdad teórica.

IMPEDIMENTOS MATRIMONIALES.

Son precisos otros requisitos determinados de un modo-

negativo por la ausencia de ciertas condiciones por lo que se utiliza el término de impedimentos matrimoniales. En este sentido, puede ocurrir que cierta persona, teniendo el derecho de casarse, no lo puede hacer válidamente con otra persona determinada, pues el Derecho romano admite ciertas causas en capacidad. Es así, como los impedimentos nacen de motivos de orden ético, social, y político, y en tiempos más recientes también de intolerancia religiosa. De esta manera, se distinguen los impedimentos en absolutos y relativos, según se produzca en capacidad absoluta para el matrimonio con cualquier persona o produzcan solamente una incapacidad relativa para la celebración del matrimonio entre determinadas personas.

Son impedimentos absolutos: un matrimonio ya existente, la esclavitud, de uno de los cónyuges y, en épocas posteriores, también el voto de castidad y las órdenes mayores. Además la viuda incurre en infamia si vuelve a casarse dentro del año de luto.

Son impedimentos relativos: 1o.- El parentesco de sangre o cognición en línea recta, es decir, entre ascendientes y descendientes hasta el infinito, ya que semejantes uniones están reprobadas por todas las legislaciones, ya que violan descaradamente la moral y el respeto debido a los ascendientes; por tanto, aún después de la lectura de alguna adopción, el adoptante no puede casarse con la que fue su hija adoptiva.

En línea colateral, es decir, (que son descendientes de un progenitor común, el matrimonio está prohibido entre hermanos

y entre personas de las cuales algunas sea hermano o hermana - de un ascendiente del otro, por ejemplo entre tío y sobrina, - tía y sobrino.

2o.- La afinidad: Se llama así al lazo que une a cada- esposo con los parientes del otro cónyuge entre afines esta -- prohibido el matrimonio hasta el infinito en línea directa; en cambio en línea colateral-desde Constantino-, solo hubo prohi- bición entre cuñados, manteniendo Justiniano esta disposición.

3o.- El adulterio y el rapto. El primero fue regulado - por la Ley Julia; el segundo introducido en la época cristiana.

Así mismo, estaban vedadas las nupcias respectivamente- entre la adúltera y su cómplice así como entre el raptor y la- raptada.

4o.- Razones de tutela o de cargo público. En virtud de- un senado-consulta dictado bajo Marco Aurelio y Commodo, estan vedadas. Las nupcias entre el tutor, su paterfamilias, sus des- cendientes y la pupila, antes de que hayan rendido cuentas y - que haya transcurrido el plazo de la restitutio integrum por - ser menor de edad; en virtud de mandatos imperiales, también - estan prohibidas las nupcias, entre Magistrado Provincial y - la mujer orfunda de la provincia o domiciliada en ella. (22)

(22). Las prohibiciones de orden social sancionadas principal- mente por la Ley Julia, entre Senadores y libertos o mu- jeres de teatro, entre ingenuos y mujeres ignominiosas, - fueron abolidas o mitigadas por Justiniano.

50.- Otros impedimentos. Desde el origen de Roma, el matrimonio se encontraba prohibido entre patricios y plebeyos, -- sin embargo la ley de las doce tablas, sancionó esta situación. Bastante tiempo después estuvo también prohibido el matrimonio entre ingenuos y manumitidos. Bajo Augusto , las leyes Julia y Papia poppaea, permitieron en un principio estas uniones, aunque las prohibieron entre los senadores y sus hijos, por una -- parte y por la otra los libertos y las personas que ejercían -- alguna profesión deshonesta ⁽²³⁾.

EFECTOS DEL MATRIMONIO.

El matrimonio es, ante todo, fuente de derechos y deberes entre los cónyuges mismos. Acerca de los derechos, no hay necesidad de referirse a los que nacían de la manus, ya que --- como hemos señalado, la manus, era un poder familiar en sentido político y no era ejercitado siempre por el marido, sino por el pater de éste.

Por otra parte, la mujer participaba de la condición -- social del marido, sin embargo las calidades de plebeya y manumitida no se borra por el matrimonio con un patricio o con un ingenuo, aún cuando éstas uniones hayan sido permitidas.

La mujer se encontraba sujeta a las penas por adulterio por infracción de la fidelidad consyugal, el marido asume un -- poder disciplinario sobre la mujer. Además adquiere la defensa-

(23). Justiniano, que se había casado con la comediente Teodora, suprimió todas estas prohibiciones, por la novela 117,c.6.

de la mujer, y tiene por tanto la acción de injurias por las -
ofensas hechas a aquella.

En cuanto a los bienes de los esposos, el matrimonio --
durante la época clásica romana, estuvo casi siempre acompañada
de la manus.

Por otra parte, las acciones penales e infamantes, no -
se pueden ejercitar entre los conyuges ni las sustracciones en-
tre ellos con consideradas como hurto o por lo menos se excluye
la acción de hurto. El conyugue puede ejercitar solamente, mien-
tras dure el matrimonio, una *condictio et iniusta causa* y aun--
después del divorcio le corresponde la *actio rerum amotarum* pa-
ra recobrar la posesión de los objetos sustraídos durante el --
matrimonio, pero tanto el principio general de que entre cónyu-
ges no se dan las acciones penales e infamantes, como el aduci-
do motivo del honor matrimonii o de la reverentia personarum---
para la exclusión de la *actio furti*, pertenecen a Justiniano.--
En derecho clásico de la acción era posible contra el marido,--
y de un modo excepcional también contra la mujer.

Por otra parte, los cónyuges disfrutaban recíprocamente-
(por lo menos desde la época de Justiniano), del *beneficium com-
petentiae*, , que se impedía que se privara al vencido en un jui-
cio civil, de lo necesario, para subsistir de acuerdo a su con-
dición social .

Asi mismo, los cónyuges se debían recíprocamente ali--
mentos, por lo cual, en casos de necesidad, estaban obligados--

a suministrarse comida, vestido, habitación, etc. Los alimentos se determinaban al tenor de las posibilidades del que los debía prestar y de las necesidades del esposo que iba a recibirlos.

El marido contó con el *interdictum de uxore exhibenda et ducenda* para ejercer contra cualquiera que se apoderara ilegítimamente de su mujer, aun cuando fuera el propio *paterfamilias*.

Para dejar al matrimonio al margen de todo interés pecuniario en el Derecho romano prohibió que los conyuges pudieran hacerse mutuas donaciones, y también que la mujer fuera --fiadora de su marido, prohibición esta última que consagró el --Senado consulto Veleyano.

Así mismo, otra consecuencia del matrimonio, lo consti--tuyen en Roma, el deber de fidelidad entre los cónyuges. El de--recho romano trato más severamente la infidelidad de la esposa--que la del marido, y en este sentido la mujer adúltera cometía--un delito público que se castigaba severamente; en cambio, el --adulterio del marido, siempre que no tuviera lugar en el domi--cilio conyugal no se constituía como una causal de divorcio.

La mujer debía habitar la casa del marido, que consti--tuía su domicilio conyugal. Por ~~ende~~ estaba obligada, a servir--lo siempre a menos que él se hiciese reo de algún delito. La --esposa adquiría el nombre y la dignidad que su cónyuge, los que conservaba aunque quedara viuda, mientras no pasara a segundas--nupcias.

Posteriormente, bajo el cristianismo, los derechos y deberes de los conyuges tendieron hacia la igualdad. La idea de potestad del marido sobre la mujer fué sustituida, por la de -- protección.

El deber de fidelidad, concebido, no ya desde el punto de vista social, sino según la regla moral era recíproca. El -- marido que fuera infiel, además de destituir la dote sin dilación, perdía la *donatio propter nuptias*. En cambio ganaba una y otra en caso de adulterio cometido por la mujer, que en lo -- sucesivo sólo podía perseguir el, y, en su defecto, el padre, -- el hermano o los tios de la cónyuge. Además la pena era la de -- muerte para la mujer y su cómplice y la sentencia no tenía apelación aun cuando se presentara la confesión. (24).

Por su parte, Justiniano sustituyó la pena de muerte -- para la mujer por la fustigación y la clausura perpetua, a -- menos de que el marido la perdone despues de un plazo de 2 años. Por lo que respecta a los bienes de la mujer adúltera, estos -- eran asignados en todo o en parte al monasterio, según que ella -- tuviera, o no, ascendientes o hijos (25).

DISOLUCION DEL MATRIMONIO.

El matrimonio, se disuelve por la muerte de uno de los dos cónyuges o por la pérdida de la *afectio maritalis*. En este-

(24). C., th., 90,40,1,11;36,1,4.

(25). Nov.117; 134, 163-164.

Último caso el marido podía volver a casarse inmediatamente; -- pero en cambio, en el caso de una mujer viuda, esta debía guardar el luto cuando menos durante diez meses, y no volver a casarse antes de la expiración de esta fecha a fin de evitar la incertidumbre en cuanto a la paternidad del hijo que pudiera nacer dentro de este periodo⁽²⁶⁾. La violación de esta prescripción acarrea la infamia para el segundo marido, lo mismo que para los ascendientes que teniendo autoridad sobre los esposos, habían consentido el matrimonio, y finalmente, para la mujer -- misma.

El matrimonio también se disuelve cuando la capacidad se pierde, en primer lugar por la *capitis diminutio* máxima sufrida por alguno de los cónyuges, bien por hacerse esclavo de un particular o hacerse *servus poenae* por condena o por caer en poder del enemigo.

Es preciso consignar, algunas de las consecuencias jurídicas en las que sobresale claramente la presencia del matrimonio romano.

Así el matrimonio disuelto por la prisión de guerra, de vida a la cual un ciudadano romano se vuelve esclavo del enemigo, no es reconstituido *iure postliminii*, como con los derechos patrimoniales, lo anterior se presenta precisamente debido a que el matrimonio no se encuentra dentro de la demarcación del *ius civi*

(26). Ulpiano III. D., Sobre la prolongación de 10 meses *f.r.*, -- *vat* es el tiempo máximo del embarazo. en el Bajo imperio -- aumentó a doce.

le romano, sino que constituye una relación de hecho que dura mientras persisten las condiciones de su existencia.

Por su parte, la *capitis deminutio media*, que origina la pérdida de la ciudadanía y que además acarrea la deportación no desintegra el matrimonio, sino que, lo convierte en matrimonio *iuris gentium*⁽²⁷⁾.

La capacidad cesa también por un impedimento que sobreviene como lo es el llamado *incestus superveniens*, por ejemplo cuando el suegro adopta al yerno, de modo que este se vuelve -- hermano de su propia mujer.

En la legislación anterior a Justiniano, el matrimonio se disolvía cuando el marido de una liberta se nombraba senador. Sin embargo, Justiniano, suprimió esta consecuencia.

Así mismo el matrimonio se disolvía por la falta de la *afectio maritalis* en uno o en otro de los conyugues o bien en ambos, esto, y no otra cosa, lo constituye el divorcio romano (*divortium* o *repudium*).

Si por otra parte el matrimonio romano exige un acuerdo continuo, cuando este viene a faltar, necesariamente el hombre y la mujer no pueden ser ya considerados, ya uno como marido y mujer respectivamente. Lo anterior era tan vivamente tomado en cuenta por los romanos que no solo ellos habrían considerado un absurdo concebir que un matrimonio perdurará aún cuando ha --

(27. Probablemente debía romperlo antiguamente. Arg. l. 56.

cesado el acuerdo entre los cónyuges.

En otro sentido, el divorcio por su naturaleza, no debía exigir formas, como tampoco las exigía el matrimonio. Un simple aviso verbal, o bien un simple aviso por escrito (per litteras), o por mensaje (per nuntium) debía bastar. A veces, sin embargo, era una indagación delicada el decidir si la separación de los cónyuges y el abandono de la mujer era divorcio o una disención sin consecuencias, y si la nueva unión de los cónyuges debía considerarse como un nuevo matrimonio, o bien, como la continuación del antiguo. La lex Julia prescribió que el repudio fuese participado por un liberto en presencia de 7 testigos, sin embargo, era tal la naturaleza del matrimonio y del divorcio romano, que los jurisconsultos repugnaron admitir, que sin observarse aquellas formas, en el matrimonio perdurará. (28)

En la edad imperial, prevaleció el uso de mandar la participación por escrito (libellus repudi).

Por otra parte, la costumbre reprobó los divorcios si no se hacían con justo motivo; en cuanto a las mujeres del estado de dependencia en que vivían en aquella época, sujetas... o no a la patria potestad o a la manus, no se les permitía divorciarse del marido, a pesar de esto, el obstáculo fue eliminado al finalizar la República, y también las mujeres sujetas a la manus, pudieron divorciarse y obligar al marido al renunciar a la manus mediante el acto de la remancipatio o de la diaferratio.

(28). Cfc., LII D. de dicit et rep. 24.2.

Los divorcios aumentaron con la descarada corrupción -- que invadió Roma después de la expansión de su poderío, dado -- el concepto que tenían los romanos del matrimonio no era una em-- presa para frenar los divorcios. Es verdad que se aplicaban pe-- nas pecuniarias, pero no a cargo de los conyuges que se divor-- ciaban sino a cargo del cónyuge que había dado a otro un motivo justificado para divorciarse, y a favor del cónyuge inocente - divorciado.

Así, solo con los Emperadores cristianos empieza una - lucha contra el divorcio, cuyo éxito final en la Edad Media, -- bajo la influencia cristiano-canónica, debió producir una pro-- funda alteración en el concepto de matrimonio. Se comenzó por - distinguir entre divorcio verdadero y propio, por mutuo consen-- timiento, y el divorcio unilateral, o repudio, respetando el di-- vorcio por mutuo consentimiento determinando las justas causas, de las que era lícito, ya que fuera de ellas era castigado.

Esta legislación hostil al divorcio comenzó desde -- Constantino y prosigue a través de fases alternas de lucha vig-- lenta y de ~~reacción~~ reacción constante hasta Justiniano, que con varias - leyes quiso disciplinar a la vez, que reordenar toda la materia, Así, en el Derecho Justineano se presenta una cuádruple distin-- ción que es:

El divorcio por mutuo consentimiento, el repudio o di-- vorcio unilateral por culpa del otro cónyuge el divorcio unila-- teral sine causa, y finalmente, el divorcio bona gratia, que en sentido técnico significa el divorcio por causas no imputables-

a ninguno de los cónyuges así, el divorcio por mutuo consentimiento es plenamente lícito. Por su parte, el divorcio unilateral es lícito en base de las iustae causae determinadas por las leyes, que son para el derecho último de la novela 117 las siguientes: Conjura u ocultación de conjuras contra el soberano, insidias al otro cónyuge, adulterio o malas costumbres de la mujer, o el lenocinio intentado por parte del marido o del comercio asiduo de este con otra mujer cuando se realizaba fuera de la casa conyugal, o por falsa querrela de adulterio; en estos casos es castigado el cónyuge culpable, es decir, el que ha dado lugar para el divorcio.

Por otra parte, el divorcio sine causa, no es lícito, y por lo tanto es castigado, pero es válido. El divorcio Bona grata, el cual no debemos confundir con el divorcio por mutuo consentimiento, es lícito de acuerdo con la novela 117 solamente por tres causas a saber: la elección de la vida claustral, la impotencia incurable y la prisión de guerra.

En otro sentido, las penas impuestas por el divorcio ilícito, es decir, el realizado sin justa causa, y las penas conminadas a la parte culpable en los divorcios lícitos, son de acuerdo con el Derecho de Justiniano, el retiro forzado en un convento así como la pérdida de la dote y de la donación propter nuptias, o de una cuarta parte de los bienes, siempre y cuando no se hubiera constituido ni dote ni donación.

Sin embargo, el mismo Justiniano, fue más allá y terminó por querer proscribir, y castigar a los que se divorciarán

por mutuo consentimiento. Así, los cónyuges divorciados eran -- castigados a retirarse a un convento y perder sus bienes a fa-- vor de sus hijos o de sus ascendientes, o bien del convento mis-- mo.

No obstante, estas enérgicas limitaciones, el concep_ to de matrimonio y divorcio, no cambio con el Derecho Justinea-- neo. Solo en la edad media, el derecho canónico cambió el con-- cepto del matrimonio y lo hizo indisoluble por naturaleza.

Es singular para las ideas modernas que se tienen res-- pecto a las nupcias, que a tal objeto el Derecho Canónico, haya-- transformado la celebración del matrimonio en un contrato.

CAPITULO TERCERO.

REGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO EN ROMA.

- Generalidades.
- Noción y desarrollo histórico de la dote.
- Clases y formas de la constitución de la dote.
- Donaciones nupciales. Aspecto histórico.
- Donaciones matrimoniales.
- Regímenes matrimoniales de Bienes.
 - a). Régimen de absorción.
 - b). Régimen de separación.

REGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO EN ROMA.

Las relaciones patrimoniales, entre cónyuges, es decir, el régimen de los bienes en el matrimonio, es uno de los aspectos de mayor interés que ofrece la institución en el Derecho romano.

Cuando por el matrimonio el marido adquiría la potestad marital sobre su esposa, todos los bienes que esta poseía, si era sui iuris, pasaban a aquel, del mismo modo que las adquisiciones que realizara se hacían propiedad del cónyuge, porque -- la mujer sometida a la manus maritalis, era patrimonialmente -- incapaz.

Por el contrario en el matrimonio libre, como la mujer seguía perteneciendo a la familia paterna, había una separación de bienes en relación con su cónyuge, de esta manera, el marido no tenía facultad alguna sobre los bienes propios de la esposa, y si ésta le encargaba, la administración, actuaba con carácter de mandatario.

En el matrimonio, sine manu, al existir un régimen de separación de los bienes de los cónyuges éstos no se debían alienar. Tampoco se reconocía derecho de sucesión mutua intestada, de acuerdo con el derecho civil en Roma.

Estos principios generales relativos, al derecho matrimonial de bienes se modificaron profundamente con la institución de la dote, que constituyó la columna vertebral del sistema --

NOCION Y DESARROLLO HISTORICO DE LA DOTE.

Durante el derecho clásico, se entiende por dote, (-- dos o res uxoriae), el conjunto de bienes o cosas particulares que la mujer, su paterfamilias u otra persona en su nombre - - aportaban a causa del matrimonio, con el fin de atender a los gastos que demandaba al marido, la vida matrimonial (ad sustinenda onera matrimonii)⁽¹⁾.

El uso de la dote parece ser muy antiguo y se justifica por varias razones. En el matrimonio, la mujer se hacia asociada a su marido, participaba de su rango en la sociedad, por lo que se consideraba justo que contribuyese a los gastos de la casa. Por otra parte, el sostenimiento y la educación de los hijos no podía quedar a cargo exclusivo del marido; la fortuna de la madre debía como la del padre, darles medios de existencia - - cia. En fin, los hijos extraños a la familia civil de la madre, no heredaban más que al padre. Era, pues, conveniente que los bienes de la familia viniesen en parte a aumentar la herencia que estaban llamados a recibir, por eso en tal caso, el jefe de familia de la mujer, si ella era alieni iuris, la mujer misma si era sui iuris, transfería al marido la propiedad de ciertos bienes; era la dote propiamente dicha. Estos bienes dotales -- eran adquiridos por el marido de un modo definitivo, y, a su --

(1). Dote viene del griego dos, que a su vez se deriva de dioval, dar, entregar. Es en efecto, en su origen un verdadero, donativo, que adquiere definitivamente el esposo.

muerte, aumentaba para los de la sucesión paterna (2).

Pero la mujer sui iuris conservaba, fuera de la manus, -- la propiedad de sus bienes no comprendidos en la dote (3). Este régimen matrimonial sustituyó completamente, bajo el imperio, a la manus que terminó por caer en desuso.

Por tanto la dote fue una institución que alcanzó gran difusión en la sociedad romana, se consideraba un deshonor para la mujer concurrir indotada al matrimonio. Así, había surgido -- como consecuencia del matrimonio cum manu, que al hacer que la mujer perdiera sus derechos hereditarios dentro de su familia -- de origen justificaba la entrega a ella de bienes como un resarcimiento a la pérdida de la herencia familiar. Posteriormente con la vigencia del matrimonio sine manu, la dote implicó una aportación de la mujer para contribuir al sostenimiento de la onera matrimonii, no quedando al margen de la finalidad de la dote la protección de la mujer una vez disueltas las nupcias.

Hacia la mitad del siglo VI de Roma, el cambio de las costumbres trajo modificaciones en los principios de la dote. -- El divorcio, que primero había sido raro, se hizo más frecuente, y hubo que preocuparse de asegurar la existencia de la mujer repudiada cuya dote quedaba en manos del marido. Adoptose, -- pues, la práctica de unir a la constitución de la dote una estipulación por la cual el marido se comprometía en caso de divor

(2). Tal es el sentido de la antigua regla formulada por Paulo, -- L.1, D., de jur. dot., XXIII, 3: Dotis causa perpetua est, et cum voto ejus qui dat ita contrahitur ut semper apud maritum sit.

(3). Estos bienes, que han quedado fuera de la dote, eran llamados en las galias, peculium, y de ahí la denominación de -- parafernales.

cio, restituir a la mujer una determinada suma, que representará la totalidad o una parte de la dote⁽⁴⁾.

Bien pronto, la mujer repudiada, en ausencia de toda -- estipulación, tuvo otro medio de recobrar su dote; fue una acción especial, llamada *rei uxoriae* (5). Es probable que esta acción, tuviera al principio, un caracter penal, y que estuviese destinada a castigar una repudiación injusta de parte del marido, la-pena podría ser inferior pero no superior al monto de la dote (6).

Bajo la influencia de las costumbres, la acción *rei uxoriae*, se extendió al caso de disolución del matrimonio por -- muerte del marido. Desde entonces, no podía ya reposar sobre la idea de un delito, se le considero como sancionando una obligacion nacida quasi ex contractu, y llego a ser, en todos los -- casos una verdadera acción de restitución .

Sin embargo, no era suficiente haber consagrado el principio de la restitución de la dote. Era todavía necesario garantizarla contra las discipaciones del marido.

(4). Aulio Gelio, Noches at., IV,2: Memoriae traditium est quingentis fere annis post roman conditam.

(5). Nos parece difícil precisar cuál fué la autoridad que estableció esta acción. Hay quienes creen al principio fué introducida por el pretor, y que acabó por ser considerada como civil.

(6). Según ciertos autores la naturaleza primitiva de la acción *rei uxoriae*, puede ser una extensión de las cauciones usadas entre las partes; para otros, tendría su origen en la jurisprudencia de los tribunales de familia.

Por otra parte, la circunstancia de que la dote pasara en propiedad al marido, hizo que se la considerara como un lucro, esto es, un acto a título gratuito. Sin embargo, su naturaleza jurídica no es tal, ya que la dote se configuró en el derecho romano como una dación con causa onerosa (datio ob causam), condición que surge, no tanto del fin que la institución perseguía de servir al sostenimiento de las cargas matrimoniales, -- cuanto especialmente de la obligación del marido de restituir -- la dote en caso de disolución del matrimonio.

En la concepción romana, la dote era propiedad del marido y la mujer no tenía derecho alguno sobre ella, pero estaba afectada al destino convenido y de ahí que surgiera inevitablemente la idea de que la dote se debía a la mujer o que era, -- hasta cierto punto, de ella.

Al comienzo del Imperio, el hecho de restituir la dote, lo exigió el interés mismo del Estado. Las costumbres se -- habían relajado; el número de ciudadanos ingenuos disminuía. -- Augusto quiso fomentar los matrimonios legítimos. Pero, la mujer sin dote se casaba difícilmente. . Era, pues, conveniente -- asegurar a la mujer viuda o divorciada la conservación de su dote para contraer un segundo matrimonio (7). Por eso la Ley -- Julia trajo importantes restricciones a los derechos del marido sobre la dote durante el matrimonio. Justiniano las completó más tarde, dando a la mujer nuevas garantías.

(7). Paulo L. 2, D., de jur. Dot., XXIII 3., República interés -- mulieris dotes salvas habere, propter quas nobere possunt.

Es así como bajo el reinado de Augusto ya no adquiere la dote el marido en forma definitiva y perpetua. Su papel ha terminado cuando se disuelve el matrimonio en vida de la mujer, y su constitución misma implica la obligación de restituir⁽⁸⁾.

Por otra parte, el constituyente de la dote es por lo general el pater de la mujer, cuando esta es sui iuris, ella misma. Un tercero puede también constituir dote en favor de la mujer.

La obligación de dotar, en la época clásica, pasa sobre quien tiene la potestad sobre la mujer, como un importante deber moral, solamente Justiniano, transforma el deber jurídico esta obligación moral en los casos del paterfamilias, del padre de la mujer y excepcionalmente de la madre.

En cuanto al objeto de la dote, puede ser una cosa cualquiera que tenga valor patrimonial como: cosas corporales, derechos reales, créditos, remisiones de deuda, etc.,.

La dos presupone un matrimonio civilmente válido. Antes del matrimonio, la dote constituye bajo la condición de que este se celebre, de suerte que el marido en un principio, se hace propietario de la dote cuando tiene lugar el matrimonio, o bien se constituye puramente y el marido se hace dueño inmediato.

(8). El régimen dotal ha pasado, del Derecho Romano a nuestros antiguos países de Derecho escrito, sin embargo, es escasa la regulación en esta materia.

de ella, pero correspondiendo al constituyente la *condictio* -- (o *rem dati*) para el caso en que el matrimonio no llegue a celebrarse.

Durante el matrimonio, el marido es el dueño de la dote (no mero fiduciario), pero ha de tener en cuenta que, disuelto el matrimonio, responde de la restitución de la dote (vide inmediatamente). Una *lex julia* de Augusto prohíbe al marido la enajenación de inmuebles dotales (itálicos) sin consentimiento de la mujer.

En la prohibición se aplicó, quizá ya en la época clásica a todos los inmuebles, mientras que Justiniano extendió la prohibición a las hipotecas⁽⁹⁾.

En caso de deterioro o pérdida de la dote, el marido -- responde por dolo y culpa. Si el marido aceptó la dote estimándola en un cierto valor, con la facultad que una vez disuelto el matrimonio abonar el importe de la estimación en lugar de restituir la dote (*res destinata in dotem data*), asumirá el marido el riesgo de esta y responderá en el caso de pérdida por caso -- fortuito.

Por su parte, Justiniano, establece siguiendo en parte viejos precedentes, en cuanto al destino de la dote, que en caso de muerte del marido o del divorcio sin culpa de la mujer, la dote le corresponde a esta última. En caso de muerte de la -

(9). La *lex julia* de fundo dotale, es probablemente un capítulo de la *lex julia* de adulteriis, del año 18 a. de C. (Paulusent. 2.21 b).

mujer (sui iuris) la dote será propiedad de los hijos y el marido retendrá un derecho de disfrute (usufructus), el cuál en el periodo postclásico se configura dentro del amplio concepto de propiedad y es concebido por Justiniano, como un usufructo cualificado.

El marido retiene la dote solamente cuando la mujer es culpable del divorcio o se separa sin motivo del marido, siempre y cuando se hubiera convenido así ⁽¹⁰⁾.

Ya habíamos tocado el tema de la actio rei uxoriae, la cual funcionaba para pedir la devolución o restitución de la dote. Dicha acción en opinión del maestro Max Kaser ⁽¹¹⁾, fué sustituida por Justiniano con una figura híbrida, es decir la actio stipulato que no se origina en una stipulatio realmente celebrada, sino más bien supuesta. Esta actio, sólo se podía utilizar y hubo estipulación y podía afectar a toda la dote a parte de ella servir para el caso de divorcio o de muerte, o bien para ambas hipótesis. Podía ejercitarse inmediatamente de acaecida la disolución o un término prefijado, siendo una acción civil de derecho estricto y transmisible a los herederos.

En el Digesto esta acción es llamada actio dotis (o dote).

(10). El pater de la mujer recibe la dote que constituyó (dos profetia), en caso de muerte de aquélla, él extraneus solo, la recibirá cuando por stipulatio o pactum, así se hubiera convenido.

(11). Kaser, Max. Derecho Romano Privado. 2a. Edición Alemana-Pur; Reux, Mil novecientos ochenta y dos. Versión de la 5a. Ed. Alemana, por José Santa Cruz. Tejeiro. Pag. 270 y s.s.

CLASES Y FORMAS DE CONSTITUCION DE
LA DOTE.

El constituyente de la dote lo fue por principio, el paterfamilias de la mujer. Cuando esta era sui iuris le correspondía dotarse así misma. Un tercero podía constituir dote en favor de la mujer.

Atendiendo a las personas que podían otorgar la dote, -- esta fué de distintas clases. A saber, se llamaba dos profecticia, si era constituida por el paterfamilias y más adelante -- también por el padre que no tenía la patria potestad sobre la -- mujer dos adventicia, la otorgada por la mujer; misma, por su madre o por persona distinta del padre y dos recepticia, la dote en la que el constituyente se reservaba el derecho de recuperar los bienes en caso de disolución del matrimonio.

En el Derecho clásico la constitución de la dote podía hacerse por tres modos, a saber, mediante la dotis datio, que -- operaba la transmisión inmediata de los bienes dotales y que se realizaba por mancipatio in iure cessio o traditio. Por medio -- de la dotis dictio, contrato verbis, que consistía en una promesa unilateral -- solemne del constituyente, que podía ser el padre de la mujer, esta misma si era sui iuris, o un deudor que -- interviniera por mandato de ella. También por la promissio dotis, que era una promesa de dote en la forma de stipulatio utilis, por cualquiera que deseara beneficiar a la mujer, mientras, que en el derecho post-clásico estas formas desaparecieron y la dote se puede constituir por un pacto legítimo (pactum dotis), al que se acostumbraba acompañar un documento escrito --

(instrumentum dotale).

Por último, diremos que dentro de las clases de dote existió la denominada dote aestimata venditionis causa, cuando la entrega de los objetos se hacía previa valoración, conviniéndose que se restituiría el precio, es decir, verificando una venta seguida de la constitución en dote del precio.

RESTITUCION DE LA DOTE.

Disuelto el matrimonio, el marido, estaba obligado a restituir la dote, a pesar de su condición de propietario de ella. En los primeros tiempos, esta restitución de la dote operaba tácitamente en el matrimonio cum manu, porque siendo el fallecimiento del esposo la forma normal de extinguir el vínculo, tal hecho hacía heredera a la mujer. Además fue común que el marido la beneficiara con un legado especial (legatum dotis), que obraba a manera de restitución.

Hemos dicho como la dote, adquirida al principio por el marido de una manera definitiva, estuvo sujeta más tarde a la restitución y como fué asegurada esta restitución, primero por cauciones sancionadas por la acción ex stipulatu, y luego por la acción rex uxoriae. Nos queda precisar sus casos en que la dote debió ser restituida, y a que reglas estaban sujetas las acciones de restitución, primeramente en el derecho clásico y después bajo Justiniano.

A.- Derecho Clásico.- La mujer, o cualquier otra persona que constituye la dote es libre de estipular su restitu--

ción, cualquiera que sea la causa de la disolución del matrimonio. Pero si no ha tenido lugar ninguna estipulación de este género, la restitución de la dote solo es obligatoria en ciertos casos : a). Cuando el matrimonio se disuelve por divorcio o por muerte del marido, la dote debe ser restituida a la mujer divorciada o viuda. Sin embargo una disposición del edicto del pretor, llamada edicto de alterutro, obligaba a la mujer superviviente a optar entre la restitución de su dote y las liberalidades que su marido le instituyera por testamento.

Como ya lo hemos establecido, la restitución de la dote podía ser contenida, a través de la *actio ex stipulatu*, o bien por la *actio rei uxoriae*.

La acción *ex stipulatu* pertenecía a toda persona que, al constituir la dote, había estipulado su restitución.

La acción *rei uxoriae* era de derecho común, pero no se concedía sino a dos personas: a). A la mujer viuda o divorciada. b). Al padre, si el matrimonio se disuelve por muerte de la mujer y la dote de profeticia.

Por su parte, el marido tenía derecho de hacer ciertas retenciones sobre la dote en los casos siguientes:

a).- *Ob liberos*, cuando quedaba a cargo de los hijos después del divorcio sobrevenido por culpa de la mujer o del padre de familia de la mujer.

- Ob mores, en caso de mala conducta de la mujer⁽¹²⁾. - La retención era mayor para el adulterio y más pequeña para los desordenes más graves.

- b).- Gozaba del beneficio de competencia, gracias al cual solo era condenado en el límite de su patrimonio.
- c).- A menos de cláusula contraria, el marido efectuaba la restitución de dote en tres plazos de uno cada año, annua, bima, trima die, cuando se trataba de cantidades de dinero o de cosas que se valúan por el número, el peso o la medida, pues podía no tenerlas inmediatamente a su disposición.

Por su parte la mujer acreedora de la dote gozaba de un privilegio exigendi, en virtud del cuál tenía que ser pagada sobre los bienes del marido con preferencia sobre los demás acreedores: quirografiarios, sin embargo los acreedores hipotecarios--se situaban antes que ella.

A. Reformas de Justiniano.-Con este emperador el régimen de la dote experimenta profundas transformaciones tendientes a favorecer abiertamente el interes de la mujer. A la par que completaba las disposiciones de la Ley Julia y aseguraba la conservación de la dote inmueble, Justiniano por la constitución --

(12). El marido tiene también una acción especial contra la mujer *judicium de moribus*, que le permitía obtener directamente las mismas ventajas que con las retenciones ob mores (Aulio Gelio, noches at., X,3.- IV).

del año de 530, generalizó el principio de restitución de la dote.

1.- En todos los casos en que la restitución de la dote no ha sido expresamente estipulada en provecho del constituyente, Justiniano decidió que se considere a la mujer como -- habiendo hecho una estipulación, en virtud de la cual debe ser restituida la dote de ella o a sus herederos.

2.- Teniendo lugar la restitución de la dote en virtud de una estipulación expresa o presunta, sólo se da contra el marido la acción *ex stipulatu*, debido a que con anterioridad Justiniano suprime la *actio rei uxoriae*. Pero, para no privar a las partes de las ventajas que les proporcionaba, comunica -- a la acción *ex stipulatu* sus caracteres principales ⁽¹³⁾.

En fin, el *imperator uxorius* (protector de las esposas), al crear una regla nueva, le concede el plazo único de un año -- para restituir la dote mueble, mientras que los inmuebles no es timados deben ser devueltos inmediatamente. Además, por influencia del derecho helénico creó una hipoteca legal sobre el patri monio del marido, para garantizar la restitución de la dote ⁽¹⁴⁾; recibe así un derecho preferente al de los acreedores hipotecarios comunes y corrientes.

(13) *Op. cit.*, pág. 12.

(14) *Op. cit.*, pág. 8.

DONACIONES NUPCIALES.

ASPECTOS HISTORICOS.- Durante la fase del derecho arcaico, el problema de la donación entre cónyuges solo raras veces puede haberse presentado, a causa de la frecuencia del matrimonio cum manu. Sin embargo, cuando crece paulativamente la popularidad del matrimonio sine manu, parece que todavía la donación entre consortes no da lugar a quejas. Resulta inclusive de la investigación alrededor de la lex cincia, del año 204 a. de C., que éste plebiscito que restringía las donaciones, no combatía las hechas entre consortes.

En cambio, para finales del periodo republicano se dispuso que las donaciones entre cónyuges fueran nulas; mandamiento que se cree fué dado por Augusto ⁽¹⁵⁾, aunque existen opiniones en contra ⁽¹⁶⁾. Lo cierto es que en generaciones posteriores, la categórica prohibición de Augusto fué suavizada. Se reconocía la nulidad de las donaciones pero que se eximían las "donaciones mortis causa", ya que estas más difícilmente darían lugar a los abusos que Augusto quiso combatir. ⁽¹⁷⁾.

(15). Cfr. Margadant Guillermo F. El derecho Privado Romano, 5a. edit. Esfinge, México. 1974. Pag. 217; No.110.

(16). Cfr. D. ORS Alvaro, Derecho Privado Romano., 2a.ed. Pamplona EUNESA, 1973 Pág. 346 No.120-B.

(17). Una experiencia trágica entre amistades contribuyó a esta medida. Su amigo, Mecenas tenía que hacer continuamente regalos a su esposa para comprarse otra prórroga de su precario matrimonio.

Además se introdujo la regla de que, a pesar de la nulidad, el donante, no podía reclamar del donatorio más de lo que quedara de la donación en el patrimonio de éste, y finalmente, 206 Septimio y Caracalla, toman la iniciativa para un Senadoconsulto - el que declara: "Que a pesar de la nulidad de las donaciones en cuestión estas se convalidarían a la muerte del donante, - siempre y cuando no se revocasen". A este texto se le conoce como Oratio Severo, ya que se dió en la época en que Caracalla, gobernaba junto con su padre el emperador Septimio Severo.

Se ha puesto en tela de juicio la pulcritud técnico-- jurídica de esta disposición⁽¹⁸⁾ ya que, como hemos dicho las donaciones entre cónyuges estaban sancionadas con nulidad absoluta que de suyo es invalorable; sin embargo, la propuesta de Caracalla venía precisamente a convalidar dichas donaciones a la muerte del donante. De ello resulta que la donación entre cónyuges como hemos visto era nula pero se revalidaba con la muerte del donante, situación -dogmáticamente hablando- poco satisfactoria, ya que lo que es uno puede revalidarse.

La donación hecha por futuro marido a la mujer, cuya validez dependía jurídicamente de la celebración y subsistencia del matrimonio, se denomina donación nupcial.

(18). Cfr. Margadant, Guillermo F. "Las donaciones entre consortes en el derecho romano". Revista de la Facultad de Derecho. México en "Lecturas Jurídicas", Chihuahua. No.2 Ene.-Marzo, 1960, p. 11.

Desconocida en el Derecho Clásico, aparece solo en el periodo posterior proveniente de los derechos orientales.- Con Justiniano, la donación se configura como contrapartida-- de la dote.

La donacion nupcial, por efecto de la prohibición de las donaciones entre cónyuges debía hacerse antes del matrimonio o al menos ser prometida por el futuro contrayente.

En el derecho postclásico ^(*), la donación adquirió-- un singular relieve, sobre todo al disolverse el matrimonio,-- porque al igual que la dote, estaba destinada a constituir una reserva en favor de la mujer y de los hijos.

Como en la dote la legislación no intervino, sino para defender al constituyente, o seam en este caso al marido,-- Fue Constantino el primero que sanciona la revocación legal de las donaciones esponsalicias en favor del marido o de sus herederos en caso de que no se celebraran las bodas.

Las constituciones posteriores ordenaron juntamente-- con la dote la restitución al marido en caso de premorencia de la mujer o divorcio por culpa de esta última.

Una nueva fase en el régimen de las donaciones nup-- ciales, es señalado por una Constitución del año 382 de Teodosio,el Grande,estableciendo que,en el caso de que la mujer pasase

(*). Va de Alejandro Severo 435 D.C., al 527 d.C. con la llegada de Justiniano.

a segundas nupcias, la propiedad de los bienes correspondía a -- los hijos del primer lecho, conservando la mujer solamente el -- usufructo, por su parte Teodosio II, en el año 439 limitó al -- usufructu el derecho de la viuda con hijos que pasase a segun-- das nupcias.

DONACIONES MATRIMONIALES. (DONATIO ANTE, PROPTER
NUPTIAS)

La donación matrimonial, debe tener lugar antes de las nupcias, o por lo menos ser prometida. Por esta razón es llamada Donatio ante Nuptias (también larguitas sponsalia = donativo -- sponsalicio).

Por su parte Justiniano permite que la donación se -- efectue después de celebrado el matrimonio y la configura como -- una donación Propter Nuptias, independientemente de las demás -- donaciones para las que continua rigiendo la prohibición.

Para asegurar una reserva favor de la mujer, después -- de disuelto el matrimonio, la donación matrimonial ofrece el -- carácter de una contradote y esta sometida a las normas regula-- doras de la dote.

Del mismo modo que el padre de la mujer se encuentra -- obligado a dotar, así también el marido se haya obligado jurídi-- camente a efectuar la donación matrimonial. Tanto para la dona-- ción como para la constitución de la dote, Justiniano, no esta-- blece forma alguna y la exceptúa de la necesidad de la insinua-- ción. En cuanto al destino de la donación, una vez disuelto el --

matrimonio subsisten las garantías que aseguraban la pretensión de la mujer a la dote, si se extienden también a la donación -- nupcial (administrada generalmente por el marido), especialmente la prohibición de enajenar inmuebles, y también la hipoteca general sobre los bienes del marido, aunque sin privilegio alguno de rango.

En cuanto a las reglas particulares que se refieren al - derecho patrimonial del matrimonio romano, es de suma importancia la que consagra la prohibición de las donaciones entre conyuges (donatione inter virum et uxorem) que, al decir de las -- fuentes se estableció para evitar que se pusiera precio al afecto conyugal y por el peligro de que el amor pudiera inducir al cónyuge más generoso a desprenderse de sus bienes en beneficio del otro.

Sin embargo, el rigor del principio de nulidad de la donación, fue atenuado y la jurisprudencia llegó a admitir la validez de las donaciones que no importa un enriquecimiento para el donatorio, como las que se hacían para procurar el sustento a -- alguno de los cónyuges o motivadas en deberes sociales, como la suministrada por la mujer al marido para dar juegos públicos.

Con el Derecho Justiniano se mantiene la corriente - iniciada por la jurisprudencia, y tampoco se consideran nulas, aunque subsista el matrimonio, las donaciones hechas en caso de deportación.

Por otra parte, en una sociedad en que el divorcio era-

fácil de obtener, tanto la donatio ante como la propter nuptias, ayudaban a frenar la excesiva ligereza de la ruptura de los lazos conyugales, ya que así el divorcio resultaba perjudicial a la parte culpable, e inclusive a la inocente. La posibilidad de ir más lejos y fomentar la estabilidad de los matrimonios con la amenaza de una pena convencional en caso de divorcio, fue --- considerada demasiado drástica (19).

REGIMENES MATRIMONIALES.

I. Concepto.

El hecho de la celebración del matrimonio determina -- que se presentan diversas situaciones particulares de orden --- patrimonial, tanto en las relaciones entre los conyuges como en la de ellos, con terceros, las cuales requieren de alguna regulación legal. Tal regulación ha determinado en la historia y - en el derecho comparado la formación de distintos sistemas o -- regímenes basados en diferentes principios; esos sistemas son - denominados corrientemente como regímenes matrimoniales.

Técnicamente esa denominación es incompleta. Más --- exacto sería hablar de regímenes patrimoniales del matrimonio; = pero como es más sintética y su utilización general le da un -- significado indudable, nada obsta para admitirla.

Pueden entonces definirse los regímenes matrimoniales -

(19). D. 45. I, 134 y C. 8. 38.2. Prohíben tales penas convencionales.

como los sistemas jurídicos que rigen las relaciones patrimoniales emergentes del matrimonio.

Ahora bien la existencia de algún régimen matrimonial, es una consecuencia ineludible del matrimonio. Siempre, aún cuando se adopte un régimen de separación de bienes -que en un principio importa la independencia patrimonial de los cónyuges- la ley o la jurisprudencia en su defecto, deben de resolver algunas cuestiones que se presentan en virtud de la vida en común - como la responsabilidad frente a los acreedores por las obligaciones contraídas para solventar las cargas del hogar, la contribución a estas y a la manutención de los hijos, o a la propiedad de los bienes muebles, existentes en la vivienda común.

Existen una serie de regímenes matrimoniales típicos, que las legislaciones adoptan independientemente o bien combinados unos con otros. Sin embargo solo nos referiremos a dos tipos de regímenes que predominaron en Roma. A saber, el régimen de absorción y el de separación de bienes.

REGIMEN DE ABSORCION DE BIENES.

a).- De absorción de la personalidad económica de la mujer por el marido o simplemente de absorción. En este régimen, por el hecho de la celebración del matrimonio todo el patrimonio de la mujer se transfiere al marido y ella no tiene ningún derecho durante el matrimonio, ni a su disolución.

Es este el caso del matrimonio por justas nupcias *cum manu*, por el cual como lo hemos visto - la mujer casada entraba a la familia del marido, y todos sus bienes pasaban en propie--

piedad al marido o al pater de este. De tal manera, que el -- patrimonio del marido absorbía al de la esposa, conformandose un solo patrimonio.

Régimen de absorción.- Concepto.- En este régimen, -- el matrimonio produce la transferencia de todo el patrimonio de la mujer como universalidad, al marido, el que se convierte en unico propietario, ya que, administra y goza como tal de los -- bienes aportados por la mujer, así mismo soporta las cargas del hogar y responde exclusivamente por las deudas.

A la disolución del matrimonio, si la mujer recibe alguna porción de los bienes es como heredera y no como esposa.

Este régimen no tiene vigencia en el derecho actual, -- pero la tuvo en el Derecho Romano y en el Anglo-americano.

Por lo que concierne a este sistema en el Derecho romano diremos que era una consecuencia del matrimonio "cum manu". La constitución de la manus importaba la adquisición por quien la ejercía de todo el patrimonio de la mujer sometida a ella.

RÉGIMEN DE SEPARACIONES DE BIENES.

En este tipo de régimen cada conyuge conserva la propiedad, administración y goce de los bienes que al contraer -- nupcias, adquiere, y, responde exclusivamente de sus deudas. De manera que hay completa interdependencia matrimonial entre los esposos como si no fuesen casados.

Así mismo deriva indudablemente del matrimonio justo -- "sinemanu", el cual no tiene influencia determinante en las re- laciones patrimoniales, en virtud de que los bienes de la mujer seguían perteneciendo a la familia paterna de esta. De tal modo que las adquisiciones efectuadas durante el matrimonio, por tra- bajo, por herencia, etc., se incorporaban al patrimonio de su -- paterfamilias de origen, y en el caso de ser sui iuris goza de - la misma capacidad del marido para adquirir y obligarse, contan- do con amplio poder de disposición patrimonial (20).

Los bienes adquiridos por la mujer pueden ser adminis- trados por esta con toda libertad, pero puede confiarlos en ad- ministración a su marido. Respecto de estos bienes el marido es considerado como mandatario debiendo seguir en todo las indica- ciones dadas por la mujer.

Disuelto el matrimonio el marido tiene obligación de - restituir los bienes, para lo cual la mujer dispone de diferen- tes acciones como la reivindicatio y la condictio, etc (21).

Si la mujer era alieni iuris seguía sometida a la potes- tad de su paterfamilia mientras que la sui iuris mantenía la --- propiedad de sus bienes y podía adquirir otros. Después de la de

(20). Sin embargo, una regla atribuida al jurisconsulto de fines- de la República Q. Mucio Scaevola, todas las adquisiciones- de la mujer durante el matrimonio se presumían hechas por - el marido, salvo prueba en contrario (presumptio Muciana) . D.24, l.54.

(21). Teodocio II y Valentiniano III, disponen que el marido que no tenga comunidad en los bienes parafernales, no se le im- ponga ninguna obligación. C.5, 14.8.

saparición de la tutela perpetua de la mujer, tenía la libre --
administración de su patrimonio.

A pesar de la independencia patrimonial, las legisla-
ciones que establecen este régimen, fijan normas referentes a--
la capacidad de la mujer, a su contribución a los gastos del --
hogar, a la propiedad de los bienes confundidos, a la responsa-
bilidad del marido por los contratos celebrados por su esposa,
y la administración legal o convencional de los bienes de la --
mujer por el marido.

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

CAPITULO CUARTO

INDICE

E L C O N C U B I N A T O .

- Antecedentes históricos del concubinato.
- Origen de la palabra concubinato
- El concubinato en Roma.
- Causas de la aparición del concubinato en Roma.
- Efectos del concubinato en Roma.

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL CONCUBINATO.

La unión concubinaría ha sido revestida a lo largo de su existencia con caracteres diferentes que, en algunas ocasiones, la ubican al margen del derecho y en otras, el orden jurídico - la regula escuetamente o sólo la ha contemplado para sancionarla.

Las principales actitudes que encontramos en la historia del derecho y en la doctrina jurídica con respecto del concubinato, al decir de Rojina Villegas,⁽¹⁾ se fundamentan en un criterio moral o en argumentos de carácter ético, en éste orden de ideas el concubinato ha seguido una trayectoria jurídica a - partir de la indiferencia legal, a su equiparación con la figura típica por excelencia utilizada para la integración de una familia como lo es el matrimonio, recorrido integrado por todo un proceso histórico de gestación y evolución social.

Por otra parte, el concubinato como forma utilizada -- por el ser humano para unirse, es muy antigua, pues consideramos se remonta al tiempo en el cuál el hombre inicia su organización social, época en la que seguramente se desconocía alguna otra manera para constituir el núcleo familiar, refiriéndonos -- en éste caso, al matrimonio.

(1). Rojina Villegas, Rafael ., Compendio de Derecho Civil, T.1., Introducción, Personas y familia, 3a. edición, Ed. Porrúa, - México, 1967, pp. 337a. 345.

El escaso número de estudios que se ocupan de estos - - aspectos enfocados en particular a los primeros tiempos de la-- humanidad dificulta la precisión exacta del momento histórico-- a partir del cuál se puede situar al concubinato; no obstante,-- siguiendo las ideas de Morgan, ⁽²⁾ podemos decir que la gesta-- cion del concubinato se inicia en el límite ubicado entre el sal-- vajismo y la barbarie, esto, con la instauración del patriarcado y la consiguiente aparición de los primeros vestigios de la fami-- lia monógama.

En efecto, el citado autor enuncia como estadios de pa-- so necesario en la evolución del género humano; el salvajismo,-- la barbarie y la civilización, mismos que tienen como base el - progreso realizado en la producción de los satisfactores y que-- abarcan desde el hombre arborícola primero y después cazador del estado salvaje, hasta el agricultor y ganadero que a utilizar-- los metales e inventar la escritura y las cuestiones espiritua-- les, abandona el barbarismo para pasar a la civilización ⁽³⁾.

Después de ubicar a grosso modo el concubinato, pasare-- mos a señalar el origen de la palabra.

ORIGEN DE LA PALABRA CONCUBINATO.

En la actualidad, el principio general de que el matri-- monio, es el único camino para poder constituir un núcleo fami--

(2). Citado por Engels, Federico. Origen de la Familia, de la -- Propiedad Privada y del Estado, Editores Mexicanos, S.A. - México 1977 pp.22 a 30.

(3). Mendoza, Morales, Benito. "El Concubinato". Revista de la Fa-- cultad de Derecho., México T-XXXI, Enero-Abril, Mex.1977 pp.22 a 30.

liar, parece tener una excepción que es el concubinato. Así -- mismo, dicha excepción ha sido acogida casi universalmente, ya que existen países en los que además del matrimonio, reglamentan también otro tipo de uniones; en los que, el matrimonio -- deja de ser la única forma de unión conforme a la moral, "se -- le añade un concubinato favorable y se ve en él un matrimonio -- de hecho que viene a ser fuente de derechos"⁽⁴⁾.

Por lo que se refiere a la acepción más remota de la -- palabra concubinato, ésta la ofrece el Derecho romano, en donde encontramos su origen etimológico, el cual proviene del latín -- "concubinatus", palabra que deriva de concubina (ae), cuya raíz es CONCUBO verbo intransitivo formado por la preposición CUM -- y el verbo CUBARE que significa comunidad de lecho: en sentido -- estricto, significa, el tener relaciones carnales con una sola -- persona.

Por su parte el Diccionario Larousse, lo define como -- "La vida que hacen el hombre y la mujer, no ligados por un vín -- culo matrimonial a ninguna otra persona, realizada voluntaria -- mente sin formalización legal para cumplir con los fines atribui -- dos al matrimonio!"

En las definiciones presentadas anteriormente, predomina la idea de concubinato como: la Unión de un hombre y una -- mujer (ambos solteros), que mantienen relaciones sexuales, que --

(4). Ibarrola, Antonio de. Derecho de Familia, Editorial Porrúa México, 1977. Pág. 391.

comparten una vida en común, y que dicha unión no se encuentra reglamentada por el orden jurídico.

Por su parte, Rafael de Pina en su Diccionario de Derecho considera al concubinato, como: "La unión de un hombre -- y una mujer no ligados a ninguna otra persona, realizada voluntariamente sin formalización legal, para cumplir los fines atribuidos al matrimonio"

EL CONCUBINATO EN ROMA.

En el antiguo derecho romano, Concubinatus es una comunidad de vida sexual duradera de un hombre y una mujer, no reconocida como matrimonio.

Por su parte, Bonfante en una concepción más completa - considera al concubinato romano como "la cohabitación de un hombre con una mujer de baja condición en general una liberta, es decir, con personas in quas stuprum non committitur, sin efecto marital"⁽⁵⁾. Este carácter negativo, atestiguado por la ausencia de honor matrimonii, hacia que el concubinato no se confundiera con una simple relación sexual, y lo más importante, que lo distinguía esencialmente del matrimonio.

El concubinato en el principio de la antigua era romana^(*) carecía de toda reglamentación legal, donde a la mujer se le llamaba vulgarmente con el término de manceba o "pellex", es de-

(5). Bonfante Pietro. Historia del Derecho Romano (traducción de José Santa Cruz Tejeiro), Madrid 1944. pp. 197 y 198.

(*). Etapa del Derecho Romano arcaico. (Desde la fundación de Roma 753 a. C., hasta la promulgación de las Leyes de las XII tablas 449 a.c.).

cir aquella persona que no siendo casada, vivía con alguno, o - como lo expresa el Digesto "la que ocupaba en la casa el lugar de la esposa sin haber habido nupcias"⁽⁶⁾. Sin embargo la unión concubinaria no era castigada por la ley, antes bién era la lícita convivencia de un hombre ligado a un pellex⁽⁷⁾. Como institución el concubinato recibe su nombre legalmente admitido -- de la legislación matrimonial de Augusto,^(**) en especial a la llamada ley Julia de Maritandis Ordinibus del año 18 a. C., y a la lex Julia, la mujer que integraba la unión regular recibía el nombre de concubina, término más honorable que el de pellex, quedando éste reservado en adelante para designar a la mujer -- que tenía comercio sexual.

En un principio, el concubinato no producía los efectos civiles inherentes a las justas nupcias, por eso la mujer no -- era elevada al rango social del marido, pues aunque algún ciudadano hubiese tomada para concubina una mujer de su mismo rango -lo que era muy raro- nunca era tratada como uxor en la casa y en la familia.

El concubinato estaba permitido con las mujeres respecto de las cuales, no era posible el stuprum, es decir, de las manumitidas,^(*) las de baja extracción y las esclavas. Pero una

(6). DIGESTO. Edit., Aranzadi. Pamplona 1972. t-I., Libro 16.44.

(7). Serafini, Felipe, Instituciones de Derecho Romano. Barcelona Hijos de España, Editores. T-II. Pág. 240.

(**). En su Ley Julia prohibía el matrimonio entre personas de di verso rango.

(*). Etimológicamente significa, salida de la manus o de la potestad del dominus, esto, es manumitere (substraerse a la potestad). Es el acto voluntario del amo por medio del cual otorga la libertad a su siervo. Inst. 1.5.

mujer honesta podía descender al rango de concubina, sólo que en este caso era preciso una declaración expresa.

La unión concubinaria se distinguía de las justas nupcias, tanto por la posición social que la mujer ocupaba, como por la condición jurídica de los hijos que de la unión provenían. En cuanto a estos últimos, son cognados de la madre y de los parientes paternos, pero no están sometidos a la autoridad del padre, por lo son sui iuris y siguen la condición social de la madre.

Esta especie de matrimonio que fué frecuente en Roma, parece haber nacido de la desigualdad social de las personas.

Hasta al fin de la República, el derecho no se ocupó de estas simples uniones de hecho, fué como ya hemos visto, bajo Augusto cuando el concubinato recibió su nombre. La Ley Julia de adulterio calificaba de stuprum y castigaba todo comercio con una joven o viuda, fuera de las justas nuptias, más ésta ley hacía una excepción en favor de la unión duradera llamada concubinato, que así recibió una especie de consideración legal ⁽⁸⁾.

Por su parte, el emperador Justiniano le dió la categoría de INAEQUALE CONJUGITUM, reconociéndolo como una especie de matrimonio de condición jurídica inferior, definido como una unión legítima de hombre y mujer, base de una comunidad de vida.

Esta concepción de comunidad de vida existente en Roma es esencial al concubinato y la que debe tomarse en cuenta para

(8). Marciano, L.3, l.0., Nam quia concubitus per leges nomen -- assumpsit extra legis panam, est.

determinar la importancia de la institución, sin apearse al -- estricto sentido etimológico de la palabra; cabe mencionar lo -- que afirma Ulpiano: NUPTIAS NON CONCUBITUS, SED CONSENSUS FACIT (Digesto, Tomo XXXV, Título I. 15), "el consentimiento y no el concubinatus hace al matrimonio: significa quizás, que el hecho de continuar armonizando y no el hecho de compartir el mismo - lecho es la base del matrimonio (9)".

Puesto que se trata en verdad, de una comunidad que se refleja más allá de las simples relaciones sexuales mantenidas fuera del matrimonio como una expresión de la costumbre; entre concubinario y concubina, existen entre otros factores: comunidad de domicilio, igualdad de tratamiento -sobre todo bajo Justiniano-, mantenimiento de un régimen de vida en común y la - - exterioridad del matrimonio.

Por otra parte, es necesario ubicar el concubinatus dentro de las etapas históricas de Roma. En este sentido, diremos que el papiro recientemente publicado, (10) demuestra como el -- "inaequale conjugium" se difundió extensamente en la sociedad imperial a grado tal, que el emperador Adriano introduce por primera vez en 119, un matiz jurídico en el concubinatus al otorgarle en un muy reducido a la herencia en favor de hijos nacidos de concubinatus de soldados, se trata de una medida muy lúgida, ya que los soldados romanos no podían celebrar un "matri-

(9). Floris Margadant, Guillermo. Derecho Romano. México, 1975. Editorial Esfinge, Pág. 207.

(10). DAVID y v. Groningen. Papirologisch leerboek, 1940, p.57

monio justo", y que sólo podían vivir en concubinato, y a pesar de las facilidades establecidas para el testamento militar (que podía hacerse inclusive "con sangre dentro del escudo" o "escribiendo con la espada en la arena"), hay que suponer que la mayoría de los soldados, imprevisores e ignorantes, morían sin testamento, en cuyo caso sus hijos no podían recibir ni la más insignificante porción de la herencia.

Esta pacífica coexistencia de la union maridable con consecuencias jurídicas, o sea el justo matrimonio, y la unión maridable, sin consecuencias de derecho, (con excepción de la citada medida), o sea el concubinato, dura hasta la época de Constantino, a comienzos del siglo IV. Este, primero de los emperadores cristianos, viendo el concubinato permitía a menudo que padres acaudalados se sustrajeran a sus obligaciones respecto de sus hijos comenzando a combatir dicha forma de unión, por lo que veda y limita las donaciones o los legados a favor de los hijos del concubinato y veda su adrogación, pero por otra parte, permite que los hijos "naturales" reciban la categoría de hijos legítimos mediante un "matrimonio justo" con la concubina.

Dos generaciones después, en tiempos de Valentiniano (371), esta medida contra el concubinato desaparece, y desde entonces los emperadores siguen una política más sensata: ya que no tratan de fomentar el matrimonio justo mediante medios que perjudiquen a los hijos nacidos de concubinatos, sino que garantizan a los "hijos naturales" ciertos derechos respecto --

de los padres, política que culmina en las famosas novelas 18 y 89 de Justiniano, en las cuáles el emperador, concede al concubinario el derecho de legar la mitad de su fortuna a su concubina y a los hijos del concubinato, concediendo, además, a estos derecho a alimentos a cargo de la herencia, en caso de existir también hijos legítimos del de cujus (por ejemplo de un matrimonio justo, anterior al concubinato), y también establece para los hijos del concubinato un derecho ab intestato a la sexta parte de, la herencia, cuando concurren hijos legítimos.

Pero es de notar, que en esta época se da un cambio intrínseco, que afecta a la esencia del concubinato, y es el siguiente: el rango social, como ya no constituye un impedimento para el matrimonio, tampoco es inconveniente para el concubinato en cuanto se puede tener como concubina a una mujer honesta e ingenua, a condición de que se haga (consecuencia, singular, pero necesaria dada la esencia del matrimonio romano) declaración expresa. Expuesto esto, a pesar de los textos, el concepto que proporciona Justiniano del concubinato es independiente del *stipulum* y la institución puede definirse como: la cohabitación estable con mujer de cualquier índole sin *affectio maritalis*.

De lo anteriormente señalado, podemos deducir como el mismo concepto que se tenía en un principio del concubinato - - cambia radicalmente en uno de sus elementos constitutivos, como lo es el hecho de poder unirse a una mujer de cualquier clase social.

Justiniano eliminando los impedimentos matrimoniales-- de la naturaleza social, suprimió en gran parte la base del concubinato; sin embargo, duró en Oriente hasta tiempos de León el filósofo (siglo IX) y en Occidente hasta el siglo XII.

Por último, el concubinato, que había entrado en el Derecho con Adriano, sale de él por orden de León el filósofo, en Oriente; en Occidente fué tolerado hasta el Concilio Tridentino, a mediados del siglo XVI

Otro aspecto que debemos tomar en cuenta, es el consistente en la existencia de un matrimonio anterior, válido, durante la unión de un hombre y una mujer, de donde se deriva la figura del adulterio que excluye, lógicamente la existencia de la institución del concubinato. El adulterio y el concubinato se excluyen y naturalmente no pueden coexistir. El carácter delictuoso del adulterio no existe en el concubinato que presupone la ausencia de un matrimonio existente anterior.

Así mismo, es importante, analizar someramente los elementos constitutivos del concubinato, a saber:

- a). La unión de un sólo hombre con una sola mujer,
- b). La convivencia de esa pareja; y
- c). El trato sexual continuado de la misma.

El primer elemento excluye todas las demás relaciones anormales entre personas del mismo sexo: además de que no se trata de una alianza cualquiera, sino que esa unión debe implicar la vida en común de los que se unen, como marido y mujer.

El segundo elemento, excluye a su vez todas las relaciones de carácter pasajero, es decir que en este elemento encontramos una importante distinción del concubinato con cualquier relación sexual pasajera.

Finalmente, en lo que respecta al tercer elemento, debe expresarse que el mismo sea continuado y no simplemente esporádico, La unión sexual del hombre y la mujer, discontinua, intermitente y con reiteración periódica, aún en lapsos de larga duración, no configuran al concubinato. La comunidad de lecho debe ser constante y la continuidad del trato sexual mantenida con la regularidad de un matrimonio legítimo.

Por otra parte, podemos afirmar que los tres mencionados elementos, de hecho, exigen el cumplimiento de determinadas condiciones; las cuáles debe llenar el concubinato para que sea tomado como tal, a saber:

1. Condición de singularidad.- Unión de un sólo hombre con una sola mujer.

2.- Condición de fidelidad.- Intimamente ligada con la anterior.

3.- Condición de estabilidad y notoriedad.- Es decir la posesión del estado de los concubinos para tener el nome, el tractus y la fama de casados, o sea, vivir como marido y mujer imitando la unión matrimonial.

4.- Condición de publicidad.- Debe tratarse de un concubinato notorio, por lo tanto la clandestinidad en el mismo impide que se le tome en cuenta como tal.

5.- Condición de permanencia.- Trato sexual continuado y no esporádico.

CAUSAS DE LA APARICION DEL CONCUBINATO.

Entre los principales motivos generadores del concubinato se pueden citar: "las penas graves contra el stuprum, la prohibición de las nupcias entre senadores y libertas o mujeres -- de teatro, entre ingenios y mujeres ignominiosas, entre mujeres de la provincia y sus gobernadores, o tal vez a causa de prohibirse el matrimonio en la clase de los militares"⁽¹¹⁾. Motivos - que nos obligan a pensar en un gran sector de la población romana marginada del matrimonio, y que por consecuencia tenían que utilizar uniones ajenas al mismo, entre ellas el concubinato.

Lo expresado en los dos párrafos anteriores constituye - la razón esencial y existencial del concubinato, cuya naturaleza como hemos visto, se desvirtúa en el momento de hacerse extensiva la ciudadanía a todos los habitantes del imperio, pues con ello terminan las desigualdades jurídico-sociales, y se logra el ius connubium para todos los habitantes.

Por su parte, el Maestro Margadant⁽¹²⁾, señala dos - - fuentes del nacimiento para el concubinato, una de carácter --

 (11). Bonfante, Pietro. Instituciones de Derecho Romano, cit. Pág. 197.
 (12). Margadant, F., Guillermo, Ob. Cit. pág. 6.

político-social directamente relacionada con Augusto, y la otra de conveniencia para los particulares que no deseaban unirse -- mediante matrimonio con el fin de evitar consecuencias jurídicas.

De esta manera señala el jurista:

"1). Augusto, el aristócrata, el nacionalista no quiere que -- las uniones entre mujeres de familias senatoriales y personas -- de obscuro origen, -como son los libertos- produzcan los efectos favorables del "matrimonio justo" Ahora bien, si la hija -- de un senador se casaba con un libertador se casaba con un li-- berto el resultado no era un matrimonio justo sino un concubinato, una unión estable y monogámica, nada indecorosa, socialmente aceptada, pero que en un principio -no producía efectos jurídicos.

2).- A pesar de las ventajas legales que ofrecía el matrimonio justo, a veces los interesados preferían una forma de convivencia maridable, sin consecuencias jurídicas. Tales uniones extrajurídicas recibieron por las leyes cauducarias, el nombre de Concubinato, termino utilizado desde antes para uniones pasajeras, pero desde Augusto toma, socialmente, otra significación: Ya-- no es ninguna deshonra vivir el concubinato, siempre que se --- trate de una unión monogámica y estable!"

Por otra parte y continuando con los avances logrados-- en la organización familiar por los romanos encontramos que al lado del matrimonio y del concubinato, también se dieron el matrimonio sino connubio y el contubernio, formas lícitas de - -

unión cuya existencia se debió a las desigualdades sociales -- existentes en Roma.

Así mismo, es interesante señalar los aspectos comunes que poseen tanto el matrimonio como el concubinato romano a saber:

- a).- Se trata de uniones duraderas y monogámicas de un hombre con una mujer.
- b).- Los sujetos tienen la intención de procrear hijos y apoyarse mutuamente en los lances y peripecias de la vida.
- c).- Ambas formas son socialmente respetadas y para ninguna de ellas se exigía formalidades jurídicas o intervención estatal alguna.

Ahora bien, debemos establecer cuando nos encontramos en presencia de un concubinato y en que momento es un matrimonio justo el que se presenta. Esto, lo podemos determinar de la siguiente manera:

1.- Por presunciones.- Si se trata de dos personas que legalmente no pueden celebrar un matrimonio justo, entonces su convivencia estable como hombre y mujer tendrá forzosamente el carácter de concubinato. Así, por ejemplo, con la adúltera se prohíbe el matrimonio, pero no el concubinato (D., 25.7.2).

También cuando la hija de un senador vive en unión duradera y exclusiva con un liberto, se comprende que se trata de un concubinato.

Quando dos personas de rango social distinto pero no -- tan diferente que falte el *conobium* y viven en unión maridable, entonces tambien se supone que su convivencia tiene la forma -- de concubinato, y textos como D.27.7.1., sugieren que esta -- inclusive = la solución mas recomendable, pero no se trata entonces sólo de una presunción *juris tantum*, que permite -- una prueba en contrario por parte de los interesados; y con ello llegamos a la segunda manera de distinguir el matrimonio del -- concubinato.

2.- Por declaración expresa .- Cuando dos personas de -- rango igual prefieren el concubinato que al matrimonio justo, -- deben declararlo expresamente (D.25.7.3.). Lo mismo vale si -- dos personas de rango distinto, pero provistas del *conubium*, -- quieren casarse el matrimonio justo.

En otro sentido la ausencia de la *affectio maritalis*, -- factor subjetivo, tan importante en el concepto romano de matrimonio, distinguía a este del concubinato, pero era preciso inferirlo de motivos concurrentes: A saber, la diferencia o no de clase social, la formalidad de los esponsales, el trato con la dignidad de esposa reservada por el marido en reciprocidad del *animus uxoris* de la mujer. Sin embargo, la permanencia y la exclusividad, características del concubinato, daban la apariencia de un matrimonio legal, entonces se hizo menester recurrir a las siguientes situaciones:

a).- Cuando había constitución de dote, la presunción debía ser a favor de la existencia de un matrimonio.

- b).- Si la unión se verificaba con una mujer honesta aún en ausencia de dote, la presunción era favorable al matrimonio, siempre que no mediase una declaración formal de concubinato por parte de la mujer.
- c).- Se presumía el concubinato cuando se trataba de una mujer deshonesta.

A partir de tales presunciones se puede afirmar, que en el concubinato la mujer no tenía la jerarquía del hombre, no era su igual sino su inferior.

EFFECTOS DEL CONCUBINATO.

Por lo que se refiere a sus efectos el concubinato no los producía en igual forma que el matrimonio, justo, respecto de las personas y de los bienes de los que se unen; la concubina no participaba en las dignidades de su compañero, no existía la dote, ni tampoco había lugar a donaciones por causa de nupcias. Así mismo la prohibición de hacerse donaciones no le era aplicable. En este sentido, cabe transcribir lo que afirma el Digesto en este sentido;

"Veamos entre que personas están comprendidas las donaciones y ciertamente si el matrimonio es válido por nuestras leyes y costumbres no valdrá la donación, pero si hay algún impedimento que dirima el matrimonio valdrá la donación. Luego si la hija del senador, que casase con liberto en contra de la constitución del senado, o la mujer de alguna provincia con el que-

ejerce en ella jurisdicción contra lo mandado, valdrá la donación, porque no es válido el matrimonio; pero es justo que subsistan donaciones para que no sea mejor la condición de los que incurrieron en culpa el Emperador Severo, determinó lo contrario en cuanto a la libertad de Poncio Paulino, porque no la tenía por mujer, sino por concubina" (Digesto 24.1.3.1).

Con justa razón el Digesto nos aconseja que tratemos al concubinato como matrimonio en relación con las donaciones entre concubinos; existe en ambos casos la misma ratio iuris que tiene todavía más peso en el caso del concubinato, o tratar se de una relación mas fácil de disolver, y por lo tanto más expuesta a tendencias explotadoras por parte del concubino más pobre y menos interesado.

Por su parte, Petit⁽¹³⁾ nos señala como efectos del concubinato los siguientes:

- a).- La mujer en el concubinato no era elevada a la condición social del marido, ni tampoco era tratada como uxor en la casa.
- b).- El concubinato no adquiría la patria potestad de los hijos, ya que estos nacían sui iuris.
- c).- En el concubinato no existía un régimen patrimonial.
- d).- La disolución del vínculo no se llevaba a cabo por medio del divorcio, por ser este exclusivo de las justas nupcias.
- e).- Los hijos procreados siguen la condición de la madre y son llamados hijos naturales.

(13). Petit Eugenio. Tratado Elemental de Derecho Romano. (Traducido por Manuel Rodríguez Carrasco, Edit. Epoca; Mex, 1980. p.p. 112.

f).- A partir del emperador Constantino se reconoció un lazo natural con el padre y este podía legitimarlos.

En un principio la unión concubinaría, no producía ningún efecto civil inherente a las justas nupcias, ya que no operaban para el *la manus* y la patria potestad. Sin embargo, durante el Imperio reciben el nombre de *liberi naturales*, pues al parecer se les reconoce un lazo natural de unión con el padre (14), quien puede legitimarlos. (*) finalmente con el cristianismo se trató de desaparecer al concubinato, inclusive a través de la legitimación por matrimonio subsiguiente, con un criterio más moralista que encaminado a la realidad. Justiniano por su parte, siguió otro procedimiento para suprimir en el concubinato lo que de contrario a las buenas costumbres encerraba y fue asemejarlo al matrimonio considerándolo como especie del mismo, pero de rango inferior. Al mismo tiempo, -- amplió las bases para la legitimación permitiendo su concesión por gracia imperial cuando la concubina hubiera fallecido (lo que hacía el matrimonio imposible), o cuando por la conducta de la mujer no se pudiera exigir al concubino a hacerla su cónyuge. (legitimatío per rescriptum principio). (15)

- (14). Algunos autores admiten que en el derecho clásico los hijos nacidos del concubinato tienen un padre cierto, derivándose de este principio, la obligación de los alimentos.
- (*) La legitimación es el procedimiento que sirve para establecer la patria potestad sobre los hijos naturales.
- (15). El beneficio de la legitimación no se hizo extensivo a toda clase de hijos extramatrimoniales, sino hasta en derecho canónico de la edad media.

El hombre unido en concubinato podía donar o disponer por testamento en favor de la concubina y de los hijos, asignándoles cuotas variables. Justiniano en la novela 18,5. les otorga, cuando no existen hijos ni mujer legítimos que tengan derechos hereditarios, un derecho sucesorio ab intestato por la cuantía de una sexta parte.

CAPITULO QUINTO

EL MATRIMONIO EN LA LEGISLACION CIVIL MEXICANA.

- Generalidades.
- El matrimonio a través de nuestra legislación
- El matrimonio en el Código Civil de 1870.
- El matrimonio en el código civil de 1884.
- El matrimonio de la Constitución de 1917.
- El matrimonio en la Ley sobre Relaciones familiares.
- El matrimonio en el Código Civil de 1928.
- El Concubinato en el Código Civil de 1870.
- El Concubinato en el Código Civil de 1884.
- El Concubinato en el Código Civil de 1928.
- Reformas al Código Civil en relación al matrimonio y al Concubinato.
- Conclusiones.

EL MATRIMONIO EN LA LEGISLACION
MEXICANA.

La institución del matrimonio en la legislación civil mexicana ha experimentado un cambio esencial desde las primeras legislaciones de la época juarista hasta la legislación vigente. En este sentido, el Código Civil de 1970, fué el primero que lo gró recopilar la materia civil en el México independiente y que a su vez sustituyó la antigua legislación española. Para juzgar tal conclusión veamos los textos ; el Artículo 2o. del Decreto que promulgó como ley el proyecto del Código de 70, dice así: "Desde la fecha quedará derogada toda la legislación antigua, en las materias que abrazan los cuatro libros de que se compone el expresado Código." (1)

Sin embargo, debemos de reconocer la importancia que tuvieron las legislaciones en materia de matrimonio expedidas en anterioridad a nuestro primer Código, como es el caso de la Ley de matrimonio civil del 23 de Julio de 1859, ya que es a partir de ésta ley donde se excluye la Iglesia de la competencia del matrimonio.

Por otra parte, una situación singular lo constituye el hecho es que esta primera legislación civil de 1870 reconocía al matrimonio como "único" e indisoluble". Sin embargo admitía la separación de los conyuges por causas establecidas por la Ley misma; pero esa separación no rompía el vínculo matrimonial y por tanto ninguno de los conyuges podía contraer nuevo matrimonio. (1). Código Civil, "Edición auténtica", pág. 7.

monio. En el mismo sentido se pronunció el Código Civil de 1884, ya que ésta legislación respetó la de lo señalado en la fracción novena del artículo 23 de las adiciones a la Constitución Federal promulgadas el 14 de Diciembre de 1874, las cuales declararon expresamente que el matrimonio no se disuelve más que por la muerte de alguno de los cónyuges.

Sin embargo, ya consignamos que las leyes admitían la separación temporal por causas graves determinadas por el legislador sin que por la separación quede hábil alguno de los consortes para unirse con otra persona.

Antes de comenzar el estudio del matrimonio a través de nuestras legislaciones, es necesario hacer una aclaración terminológica para evitar posteriores confusiones. Es frecuente el usar la palabra matrimonio para designar dos cosas bien distintas, aunque ligadas íntimamente entre sí. Esto que ya hace notar el jurista francés Planiol, es una confusión entre el acto solemne por el cual dos personas de distinto sexo adquieren la calidad matrimonial, y el estado resultante como una condición social de los cónyuges, así pues, matrimonio significa a veces el contrato con todos sus caracteres, y en otras ocasiones, aquél "genero de vida" que deriva de su celebración. De esta suerte para el maestro Planiol el matrimonio viene a ser un "etat de vie", y este "estado de vida" nace de un acto solemne llamado matrimonio.

Si bien el matrimonio es la base legítima de la familia, no es un supuesto necesario para su existencia y ella puede ---

aparecer fuera del estado matrimonial. La ley se manifiesta -- apoyando privilegiadamente y con toda su fuerza a cuanto el -- estado matrimonial deriva, no obstante que en su benignidad -- considera a veces a la situación extrajurídica del concubinato. Y es que la fuerza de acto natural de una unión de hecho, se impone a la conciencia del legislador.

EL MATRIMONIO A TRAVES DE NUESTRA LEGISLACION.

1. Ley de Matrimonio Civil del 23 de Julio de 1859. - En esta ley ya se excluye a la Iglesia de la competencia del matrimonio al establecer en su artículo primero, que "el matrimonio es un contrato civil que se contrae lícita y válidamente ante la autoridad civil". Los que contraigan matrimonio de la manera que expresa el artículo anterior, gozan de todos los derechos y prerrogativas que las leyes civiles les conceden -- a los casados (art2).

Prevenía que el contrato sólo, puede celebrarse entre un hombre y una mujer, y como consecuencia, la bigamia y la -- poligamia están prohibidas.

Conserva un elemento importante derivado del matrimonio canónico, al establecer el artículo 4 que "el matrimonio civil es indisoluble, por consiguiente, sólo la muerte de alguno de los cónyuges es el medio natural de disolverlo, pero podrán -- los casados separarse temporalmente por alguna de las causas expresadas en el artículo 20 de esta Ley. Esta separación legal no los deja libres para casarse con otra persona".

Así mismo, establece la edad mínima de 14 años para el hombre y 12 la mujer, para poder contraer nupcias; además el artículo 9 habla de los impedimentos.

Establece una serie de formalidades, y para su validez bastará que los contrayentes expresen libremente la voluntad -- que tienen de unirse en matrimonio.

Por último el artículo 15 regula las formalidades y -- se expresa que una vez que sea manifestado el consentimiento, -- el encargado del Registro Civil los deberá leer lo que comunmente se llama epistola de Melchor Ocampo.

Los artículos 20 y 21 tratan del divorcio, pero hay -- que aclarar que "el divorcio es temporal y en ningún caso dejahábiles a las personas para contraer nuevo matrimonio mientras viva alguno de los divorciados" (Art. 26).

2.- Ley Orgánica del Registro Civil del 28 de julio de 1859. Esta ley disponía el establecimiento en toda la República de funcionarios llamados jueces del Estado Civil y que tendrían a cargo la "averiguación y modo de hacer constar el estado civil de todos los mexicanos y extranjeros residentes en el territorio nacional, por cuanto concierne a su nacimiento, adopción, argogación, reconocimiento, matrimonio y fallecimiento".

Trata lo relativo a la forma de llevar los libros de -- actas de nacimiento, actas de matrimonio y actas de fallecimiento. El artículo 25 prevenía que las "personas que pretendan contraer matrimonio se presentarán ante el juez del Estado Civil,

quien tomará sobre el registro nota de ésta pretensión levantándose de ella acta en la que consten nombres y apellidos, profesiones, etc., conforme a los requisitos que para poder contraer exige la Ley del 23 de julio de 1859".

3.- Decreto sobre impedimentos dispensas y juicios - - por lo relativo al matrimonio civil, este decreto del 2 de mayo de 1861 contiene cinco artículos y busca completar la ley del 23 de julio de 1859 que "no explica en sí los impedimentos para contraer matrimonio civil ni cuando cae: en estos la dispensa, ni la autoridad que debe otorgarla". Además adiciona la Ley de 1859 con el impedimento de afinidad, y en su artículo primero previene que "es impedimento el hecho de celebrar el contrato de matrimonio civil si la relación de afinidad es en línea recta sin limitación alguna".

4.- Decreto sobre matrimonio celebrados en artículo de muerte, del 5 de julio de 1867, Este decreto previene en el artículo primero que "no es necesario el requisito de las publicaciones que establece el artículo 9 de la Ley del 23 de julio de 1859.

EL MATRIMONIO EN EL CODIGO CIVIL DE 1870.

I. ANTECEDENTES.

La codificación del Derecho Civil en nuestro país se inicia propiamente con el Código Civil de 1870, para el Distrito Federal y territorios de la Baja California. Así, una comi

sión integrada por Don Mariano Yañez, Don José María Lafragua y Don Rafael Dondé, envió las primicias de su trabajo con fecha 15 de enero de 1870 al Ministerio de Justicia e Instrucción Pública, y concluyó sus labores el 28 de mayo del mismo año, - - promulgándose de esta manera nuestro primer Código Civil el 8 de diciembre de 1870, cuya vigencia inicia el 1.º de mayo del mismo año.

En otro sentido, en cuanto a las fuentes de donde emana éste primer Código diremos que la comisión que realizó este, tomó como modelo el proyecto de Don Justo Sierra. Sin embargo, - éste a su vez había tomado por base principios del Derecho romano, la antigua legislación española, el Código de Cerdeña, el llamado Código Albertino, el proyecto de Don Florentino García-Goyena y como fondo rector, el Código de Napoleón ⁽²⁾.

Una vez acotadas las fuentes de nuestra primera legislación civil, es llegado el momento de acometer a su estudio.

Comencemos ahora por hacer un somero inventario de las materias que el Código abarcó.

Se compone de un título preliminar sobre la ley, sus efectos y reglas de su aplicación además de cuatro libros; el primero que trata de las personas -y que al efecto analizaremos posteriormente-, el segundo se refiere a los Bienes, la propiedad y sus diferentes modificaciones; el tercero, de los contratos, y el cuarto, de la sucesión ⁽³⁾.

(2). Borja Soriano, M. Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español, Madrid, 1982, , pág. 345.

(3). Código Civil de 1870, pág. 624 y s.s.

Por lo que podemos observar el libro primero es el que contiene nuestro tema a tratar.

Por otra parte, es justo reconocer que este libro en particular ha merecido elogios por comprender materias como la personalidad moral, no fueron tratadas por el Código de Napoleón; por su estructura lógica, que es visible si se compara con los modelos que sus autores consultaron y porque la revisión de 1884, la cual fue minuciosa, no reasé en la mayoría de los casos, sino sobre la forma y no sobre el fondo de los preceptos modificados.

No podríamos estimar completa esta parte de nuestro estudio sin señalar el menos dos puntos sobresalientes del Código-- a saber, el matrimonio y el divorcio. El primero por su indisolubilidad aún presentándose el divorcio, y el segundo al experimentar un movimiento de péndulo, esto es, ruptura del vínculo no, si; separación (divortium at tore at mensa, separación de "lecho y habitación") o divorcio con ruptura del vínculo en 1870 y 1884, no En 1917 (Ley Sobre Relaciones Familiares) -- sí. Lo mismo acontece en el Código Vigente.

Entrando propiamente al estudio del Código Civil de 1870, en materia de matrimonio, diremos que el multicitado Código -- desarrolló la organización de la familia y del matrimonio con -- arreglo a las siguientes bases:

1o.- Definió el matrimonio como lo señala el artículo 159, el que establece: "El matrimonio es la sociedad legiti

ma de un sólo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo-indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el -- peso de la vida".

De lo anterior definición podemos señalar los siguientes elementos constitutivos de la misma, a saber:

- 1o.- Una sociedad legítima. Es decir, aquella que se encuentra enmarcada dentro de los lineamientos señalados por la Ley y que además sus integrantes (consortes!) se obligan mutuamente a combinar sus recursos y esfuerzos para la realización de los fines que persigue el matrimonio mismo.
- 2o.- Existe la singularidad constituida entre el hombre y la -- mujer, descartando con esto la poligamia y por ende la poliandria.
- 3o.- Unión de los consortes con sello indisoluble.- En éste --- sentido, como ya lo habíamos señalado, aún cuando existía el divorcio, la decretación de éste sólo era para efectos de la separación -por un tiempo- de los cónyuges, no tienen estos la capacidad para contraer nuevo matrimonio.
- 4o.- Este último elemento, nos proporciona los fines que persigue la pareja humana al unirse en matrimonio como son: el de perpetuar la especie así como ayudarse mutuamente en -- los conflictos que se derivan de la vida misma.

En otro sentido, el artículo 163 del mismo ordenamiento señala como impedimentos para contraer matrimonio los siguientes:

Artículo 163.- Son impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio, los siguientes:

I. La falta de edad requerida por la Ley. En este sentido, en la parte expositiva del mismo ordenamiento se señala que: "Se ha sostenido la edad de catorce y doce años como bastante -- para contraer matrimonio, porque entre nosotros esa es una verdad práctica, y porque es un deber del legislador prevenir los delitos que en esta materia serían inevitables, especialmente en los pueblos pequeños o muy lejanos"⁽⁴⁾.

II. La falta del consentimiento del que conforme a la ley tiene la patria potestad. Siguiendo con la parte expositiva, también se señala el respecto: "Conforme a las leyes vigentes-- sólo los padres y los abuelos paternos deben dar el consentimiento. Como la comisión ha creído que las madres y abuelas -- deben de ejercer la patria potestad, ha creído también que -- tienen el mismo derecho que los padres".

III.- El error, cuando sea esencialmente sobre la persona. El legislador de 1870, en su artículo 1413 se refirió a las consecuencias del error en los contratos, pero no hizo referencia alguna al error de Derecho.

IV.- El parentesco por consanguinidad legítimo o natural sin limitación de grado en línea recta ascendente y descendente. En línea colateral igual el impedimento se extiende a --

(4). Parte expositiva del Código Civil de 1870, Pág.15.

los hermanos y medios hermanos. En la misma línea colateral desigual el impedimento se extiende solamente a los tios y sobrinas y al contrario siempre que esten en el tercer grado y no hayan obtenido dispensa.

V.- La relación de afinidad en línea recta sin limitación alguna. Este impedimento diariamente supone que el matrimonio, que dió origen al citado parentesco de afinidad, se ha disuelto, sea por nulidad o por muerte de alguno de los cónyuges.

VI.- El atentado contra la vida de alguno de los cónyuges para casarse con el que queda libre.

VII.- La fuerza o miedo grave. En caso de rapto persiste el impedimento entre el raptor y la robada, mientras ésta no sea restituida a lugar seguro, donde libremente manifieste su voluntad.

VIII.- La locura constante e incurable.

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

Por otra parte dentro del capítulo de los "derechos y obligaciones que nacen del matrimonio", el artículo 198 previene que "los conyuges están obligados a guardarse fidelidad, a contribuir cada uno por su parte a los objetos del matrimonio y socorrerse mutuamente."

El predominio del marido era definitivo en el Código que comentamos. "La mujer debe vivir con su marido" (Art.199). Por-

su parte "el marido debe proteger a la mujer", esta debe obedecer a aquel, así en lo doméstico como en la educación de los -- hijos y en la administración de los bienes". (Art. 221).

Los artículos siguientes prevenían que el marido era el administrador legítimo de todos los bienes del matrimonio y que el marido era el representante legítimo de su mujer, y que esta no podía sin licencia de aquel comparecer en juicio por sí o por procurador, "ni aun para la prosecución de los delitos comenzados antes del matrimonio pendientes en cualquier instancia al -- contraer éste" (Art. 205 y 206).

"Clasificó a los hijos en legítimos y en hijos fuera -- del matrimonio subdividiendo a estos últimos en hijos naturales y en hijos espurios "ex-nefario del damente coitu", o sea adulterinos y los incestuosos principalmente para conferirles derechos hereditarios en diversas porciones en razón a la diversa -- categoría a que pertenecían "(Arts. 383 y 3460 a 3496). (5).

Separado de lo que es el capítulo del matrimonio, se -- encontraba reglamentado el contrato de matrimonio en relación -- a los bienes de los consortes, y el artículo 2029 prevenía que -- el matrimonio" pueda celebrarse bajo el régimen de sociedad conyugal o bajo el de separación de bienes" Se establecen las capitulaciones matrimoniales que son reglamentadas y el régimen -- legal de ganancias (Arts. 2131 y 2204). Los bienes gananciales -- son los que se incorporan al patrimonio inicial de los cónyuges--

(5). Ramón Sánchez Medaí. Los grandes cambios, en el Derecho de Familia en México, pág. 12. Editorial Porrúa, S.A., México-1979.

durante el matrimonio celebrado bajo el régimen de sociedad conyugal, en los terminos de las capitulaciones celebradas.

- Ley Constitucional del 25 de septiembre de 1873 .- Por decreto 7,200 se adiciona y se reforma la Constitución Federal de 1857. Principia generando el artículo lo. que: "El estado -- y la Iglesia son independientes entre si. El artículo 2 prevenia que" El matrimonio es un contrato civil. Este y los demás actos de Estado Civil de las personas son de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil, en los términos prevenidos y tendrán la fuerza y la validez que las mismas -- leyes atribuyan".

EL MATRIMONIO EN EL CODIGO CIVIL DE 1884.

En el año de 1884, se reformó el código civil de 1870, para sustituirlo por el de 1884, que introdujo como única innovación importante el principio de la libre testamentificación -- que abolió la herencia forzosa y suprimió el régimen de las -- "legítimas" en perjuicio principalmente de los hijos habidos -- dentro del matrimonio".

En relación al matrimonio este código contiene una definición de aquel en su artículo 155 igual a la ya referida del Código civil de 70, en donde se considera al matrimonio como una sociedad de carácter civil.

En cuanto al nuevo Código Civil, escribió don Jacinto -- Pallares, "No tiene más novedad que haber establecido el princi-

pio o sistema de la libre testamentación obedeciendo más -- bien al deseo de favorecer a un altísimo funcionario, cuyas -- desavenencias de familia exigían esa reforma, que a un sentimiento de interés general (6).

EL MATRIMONIO EN LA CONSTITUCION DE 1917.

Venustiano Carranza el 14 de Septiembre de 1916, promulga la convocatoria al Congreso Constituyente, quien despues de -- arduos trabajos publica el 5 de febrero la Constitución actualmente en vigor. En esta, en su artículo 130 incorpora, en uno de sus párrafos, lo relativo al matrimonio, y establece que: "El matrimonio es un contrato civil. Este y los demás actos del estado civil de las personas son de la exclusiva competencia de -- los funcionarios y autoridades del orden civil, en los términos prevenidos por las leyes y tendrán la fuerza y validez que las mismas les atribuyan".

Todas las demás prevenciones que consagra el artículo 130, se refieren a las relaciones con la iglesia, el culto, a los ministros del culto, etc. que habían sido también materias de -- las disposiciones legales anteriores, dentro de las cuales se -- incorpora el matrimonio.

(6). Pallares, Jacinto. Curso Completo de Derecho Civil. T-II, - Pág. 568.

LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES.

El 9 de abril de 1917, Don Venustiano Carranza y la Ley de Relaciones Familiares, a la que se considera con un vicio-- de origen "por haber sido expedida y promulgada cuando ya existía un congreso a quien correspondía darle vida" (7). Esta derogó los capítulos y títulos relativos al Código Civil de 1884.:

Antes de entrar al estudio de esta Ley, que segregaba - del tronco del Código Civil la materia familiar para darle autonomía resulta oportuno producir el Juicio general que desde su aparición emitió acerca de ella el jurisconsulto Don Eduardo Pallares:

"La nueva Ley sobre las relaciones familiares es profundamente revolucionaria, silenciosa y sordamente destructora del núcleo familiar, sacude el edificio social en sus cimientos. -- Sus autores no temieron desafiar a una porción considerable de -- la opinión pública ni a traer sobre sí la ira y la censura de -- los sentimientos arraigados que palpitan en las entrañas mismas de la sociedad "(8).

Los cambios adoptados por esta ley y que efectivamente produjeron una transformación substancial en la familia y matri-

(7). Ramon Sanchez Medal. Op. Cit., Pág. 23

(8). E. Pallares. Ley sobre Relaciones Familiares, comentada y concordada con el Código Civil Vigente. 2/a. Edic., 1923, Pág. 5.

monio mismo podemos condensarlas en cinco puntos, como son: - -
 Matrimonio disoluble, igualdad del hombre y la mujer en el matrimonio, igualdad de nombre de todas las especies de hijos naturales, introducción de la adopción y substitución del régimen legal de gananciales por el de separación de bienes.

1o.- Formuló casi la misma definición que el viejo Código Civil de 1870, pero sustituyó el adjetivo "indisoluble" por ende "disoluble", en esta forma: "contrato civil entre un -- un hombre y una mujer que se unen por vínculo disoluble para -- perpetuar la especie, y ayudarse a llevar el peso, de la vida", - (art. 13). De esta manera confirmó la introducción del divorcio-vincular en nuestra legislación y en número de las distintas causas para conseguirlo, incluyendo el mutuo consentimiento cuyo -- procedimiento reguló además el mismo texto de dicha ley.

2o.- Igualó dentro del matrimonio al hombre y a la mujer suprimió la potestad marital y confirió a ambos consortes - la patria potestad, si bién distribuyó en la ley las cargas del matrimonio porque a manera de regla general impuso al marido el deber de dar alimentos a la mujer y hacer los gastos necesarios para el sostenimiento del hogar (art. 42), y a la vez atribuyó a la mujer "la obligación de atender a todos los asuntos relacionados en el hogar. Por lo que ella será la especialmente la encargada y el cuidado de los hijos y del gobierno del servicio del hogar (Art.44).

En los demás deberes recíprocos de los cónyuges se repitió el texto de los Códigos Civiles de 1870 y 1884, es decir, -

se conservó el deber de fidelidad, de socorro mutuo y de contribución a los objetos del matrimonio (Art.40), así como también el deber de la mujer de vivir con su marido (Art.41), en este sentido nos parece importante transcribir textualmente lo que al respecto señala la parte X expositiva de la multicitada ley, en donde se expresa lo siguiente: "Los derechos y las obligaciones personales de los consortes deben establecerse sobre una base de igualdad y no el imperio, como resto de la manus romana se ha otorgado al marido" (9).

3o.- Borró la distinción entre hijos naturales e hijos espurios o sea adulterinos y los incestuosos pero en forma de verdad sorprendente dispuso que los hijos naturales solo tendrían derecho a llevar el apellido del progenitor que los había reconocido y deliberadamente omitió consignar el derecho a alimentos y el derecho a heredar en relación con dicho progenitor, derechos que ya les otorgaban los ordenamientos civiles en 1870 y 1884.

4o.- Sin mayores razonamientos, introdujo la adopción en nuestro Derecho Civil (Art. 220 al 236), Institución que desde el proyecto del Código Civil de Justo Sierra del año 1861, había sido desconocida por considerarla "Enteramente inútil", y del todo "Fuera de nuestras costumbres", por lo que la omitieron los Códigos Civiles de 1870, y de 1884.

(9).

Ley sobre Relaciones Familiares. Mexico, 1917. Ppag. 7 y 8.

50.- En las relaciones matrimoniales de los cónyuges--sustituyó el régimen legal de gananciales, por el régimen legal de separación de bienes (Art.270 a 274) y a tal extremo se adhirió a este ultimo, el artículo 4o. transitorio de la Ley ordenó que la sociedad legal derivada de aquellos matrimonios celebrados antes bajo ese régimen se liquidaría a petición de cualquiera de los consortes y lo contrario continuaría tal sociedad - - como simple comunidad regida por las disposiciones de la propia Ley.

Para fundamentar ese nuevo régimen legal, de separación de bienes. Atribuyó falsamente la exposición de motivos del ---regimen legal de gananciales y la administración de la sociedad legal o del marido a una supervivencia del "Sistema,Romano", -- que colocaba por completo a la mujer bajo la potestad del marido", y pretendió deducir,de la introducción del divorcio, vincular y como un colorario del mismo, la separación legal de bienes, asegurando que mediante esta se impedía ya que, "satisfecha la codicia de los aventureros, arruinaba a la mujer, sea esta abandonada despues de haber perdido su belleza y su fortuna sin que el marido conserve para ella más que obligaciones insignificantes y con frecuencia poco garantizadas".

EL MATRIMONIO EN EL CODIGO CIVIL DE 1928.

Dentro de la evolución del derecho mexicano, llegamos al Código vigente de 1928, al cual nos referimos para tratar en forma particular la institución del matrimonio.

Conviene destacar que en este código se trata por primera vez en el concubinato, situación que profundizaremos con posterioridad.

El Código Civil del 30 de agosto de 1928, continuó - -- substancialmente los lineamientos de la anteriormente citada - ley sobre Relaciones Familiares, con las siguientes variaciones:

1o.- Suprimió del texto de la ley substantiva la reglamentación del divorcio voluntario, el cuál en la ley sobre Relaciones Familiares quedaba sujeto a tres juntas con intervalo de un mes entre cada una de ellas. Por el contrario, el Código de 28 de liberalizó el trámite de los divorcios voluntarios, dejando al Código de procedimientos civiles la regulación de la materia, exigiendo dos en vez de tres juntas.

2o.- En cuanto al concepto de matrimonio, éste Código no proporciona alguno, sin embargo si da una definición de los sponsales (art. 139).

3o.- Pretendió suprimir todo régimen legal de bienes - en el matrimonio y para ello obligó en teoría a los contrayentes a que en el acto mismo de celebrar su matrimonio eligieran expresamente y reglamentaran, o la sociedad conyugal o la separación de bienes.

Adujo para ello estas razones la exposicion de motivos:

"Se obligó a que al contraerse el matrimonio forzosamente pactarán los cónyuges acerca de si establecían comunidad o separación de bienes, preocupándose por éste medio garantizar debidamente a los intereses de la esposa en el momento más propicio, cuando el hombre desea hacerla compañera de su vida".

Sin embargo, el artículo 172 del Código Civil vigente -- estableció en forma indirecta el régimen legal de separación de bienes, dado que capacitó a cada uno de los cónyuges a administrar, contratar o disponer libremente de sus bienes.

40.- Otorgó de manera expresa a toda clase de hijos naturales sin distinción alguna no solo el derecho a llevar el apellido, sino también el derecho a alimentos y derecho a heredar -- en relación con el progenitor que los había reconocido, derechos estos que categóricamente les había negado la ley sobre Relaciones familiares.

50.- Amplió sin razón ni explicación alguna la obligación de proveer de alimentos, ya que no lo circunscribió solamente al cónyuge, a los ascendientes, a los descendientes a los hermanos del deudor alimentista, sino que lo extendió a favor -- de los parientes colaterales dentro del cuarto grado (art.305).

60.- La Ley sobre Relaciones Familiares no se ocupó -- de las sucesiones, sin embargo es conveniente destacar que al presentarse el proyecto de Código Civil de 1928 se pretendió restringir el derecho de testar en favor de los extraños, o sea de personas que no fueran parientes en grado de heredar en la -- sucesión legítima, restricción que a final de cuentas y gracias a la observación de diversos abogados no llegó a establecerse.

EL CONCUBINATO EN NUESTRA LEGISLACION.

MEXICO INDEPENDIENTE. - Durante los primeros años del México Independiente conviven la legislación secular con la religiosa así en la Ley del Registro Civil de 1857 bajo la Presidencia de Ignacio Comonfort, el derecho canónico y el heredero secular siguen un paralelismo en materia matrimonial, pues el matrimonio religioso es el único requisito establecido para que ya sea los cónyuges o el sacerdote registrarán dicho acontecimiento en la Oficialia del Registro Civil correspondiente antes o después de la ceremonia religiosa.

EL CONCUBINATO EN EL CODIGO CIVIL DE 1870.

En ésta reglamentación nos encontramos que no hace referencia al tipo de unión llamada concubinato, pero en este entonces todavía no es motivo de grandes polémicas, en virtud de que los problemas surgen a medida de que el Derecho se perfecciona a través de sus leyes. Sin embargo debemos considerar como de mayor importancia el hecho relativo a la moralidad imperante de la época que sin lugar a dudas constituye uno de los más importantes motivos por los cuales en el Código en estudio no surge todavía la regulación de la unión concubinaria, ya que aún cuando existía ésta no revestía la preocupación de nuestros legisladores.

EL CONCUBINATO EN LA CODIFICACION DE 1884.

Tampoco en éste ordenamiento jurídico encontramos referencia alguna del problema concubinario.

La único importante que se puede mencionar en los Códigos Civiles de 1870, y de 1884, es el hecho de regular indirectamente al concubinato y como un avance en las cuestiones familiares observamos que ambos ordenamientos en los artículos 335 del primer ordenamiento y el artículo 328 del segundo, sostienen que "son hijos naturales los concebidos fuera del matrimonio, en el tiempo en que el padre y la madre pudieron casarse; aunque sea con dispensas", siendo digno de recordar tal avance en virtud de que a la sazón, existieron clasificaciones denigrantes para quienes nacían fuera del matrimonio, verbigracia, adulterinos, incestuosos, etc.

En conclusión podemos señalar que: tanto el Código Civil de 1870 como el de 1884 se abstienen de comentar o hacer referencia del concubinato, aún cuando las uniones libres crecían en número, debido primero a la repugnancia que siempre tuvo la Iglesia de la unión concubinaria en nuestro país. En segundo lugar, cuando el Estado gana la partida a la Iglesia, en vez de armonizar los sistemas matrimoniales y de reconocer efectos civiles al concubinato no les reconoció ninguna importancia a los concubinos ni mucho menos a los hijos nacidos fuera del matrimonio. "Innumerables son las normas jurídicas no sólo discriminatorias, sino negatorias de la libertad para la mujer -- dentro del matrimonio y para los hijos habidos fuera del mismo-

llamados entonces naturales, cuando sus padres no tenían impedimento para casarse y en caso contrario, en la realidad social se les llamaba; adulterinos, incestuosos, manceres, sacrilégios. En el Código de 1884 no permitía más denominación que la de espurios, título por demás infamante, pues denunciaba un origen deshonesto y el cual se hacía constar en el acta de nacimiento⁽¹⁰⁾. En 1906 el programa del Partido Liberal publicado por Ricardo Flores Magón, entre otros aspectos, señala tres objetivos fundamentales, establecer la justicia teniendo como mira fundamental a la Nación, a la familia y al individuo. Anunciando que lucharía por establecer la igualdad civil para todos los hijos de un mismo padre, por ser rigurosamente equitativo. Expresando su razón, "todos los hijos son naturalmente hijos legítimos de sus padres, sea que estos esten o no unidos por contrato matrimonial. La ley no debe hacer al hijo víctima de una falta que corresponde en todo caso al padre".

Como ya lo consignamos, en 1917, se expide la Ley Sobre Relaciones Familiares, en donde al igual que en los Códigos Civiles de 1870 y 1884, permanece en silencio en relación al problema concubinario, tomando por ende sólo como fuente de la familia al matrimonio civil.

(10). Montero Duhoit, Sara. Antecedentes Sociohistóricos de la Ley sobre Relaciones Familiares, Memoria del segundo Congreso de Historia del Derecho Mexicano, México, 1891, UNAM. Pág. 654.

EL CONCUBINATO EN EL CODIGO CIVIL DE 1928

Llegamos dentro de nuestro recorrido, al Código vigente de 1928, de donde conviene destacar que es en éste ordenamiento legal donde se trata por primera vez sobre el concubinato. Así, la exposición de motivos señala que: "hay que reconocer que - - existe entre nosotros, y sobre todo en las clases populares una manera peculiar de formar la familia, que es el concubinato. -- Hasta ahora se habían quedado al margen de la Ley los que en tal forma vivían pero el legislador no debe cerrar los ojos para - no darse cuenta de algunas clases sociales"⁽¹¹⁾.

Así mismo señala que el concubinato no va en contra del matrimonio ni es demérito de esa forma moral y legal de constituir la familia, pero el legislador no puede quedar al margen de estos problemas sociales que en alguna forma se reconocen.

El reconocimiento que se hace del concubinato es indirecto, ya que las relaciones entre concubenarios no aparecen -- reguladas. Originalmente sólo tenía derecho a los elementos - - cualquiera de los concubenarios en caso de sucesión legítima.

El Código Vigente, otorgó de manera expresa a toda clase de hijos naturales sin distinción alguna, no sólo el derecho al apellido, sino también el derecho a alimentos y la facultad a heredar en relación con el progenitor que los había reconocido, derechos estos que de una manera categórica les había - -

(11). Código Civil de 1928, para el D.F., en materia común y -- para toda la República en materia federal, Parte expositiva, pág. 16, Abril de 1928.

negado la citada Ley Sobre Relaciones Familiares. Así mismo, --añadió a los casos de acción relativos a la investigación de la paternidad señalados en el artículo 382, el del hijo natural -nacido de un concubinato, siempre que el nacimiento ocurriera -después de los 180 de iniciado este y dentro de los 300 días--de haber cesado la vida en común (Arts. 382 y 383).

Al efecto, la exposición de motivos fue muy clara acerca de este punto:

"Por lo que toca a los hijos, se comenzó por borrar la odiosa diferencia entre hijos legítimos y los nacidos fuera del matrimonio, se procuró que unos y otros gozasen de los mismos derechos, pues es una irritante injusticia que los hijos sufran las consecuencias de las faltas de los padres, y que se vean privados de los más sagrados derechos, únicamente porque no nacieron de matrimonio, de lo cual ninguna culpa tienen; se ampliaron los casos de investigación de la paternidad porque los hijos tienen derecho de saber quienes los trajeron a la vida, y de pedir que los autores de su existencia les proporcionen los medios de vivir; pero se procuró que la investigación de la paternidad no constituyera una fuente de escándalo y de explotación por parte de mujeres sin pudor que quisieran sacar provecho de su prostitución"(12).

Por otra parte, dentro del concepto del concubinato cuyos elementos los podemos encontrar en el artículo 1635 del Código Civil, en donde se señala que ambos deben vivir como si --fueran marido y mujer durante cinco años, o menos si tuvieron -hijos y han permanecido libres de matrimonio durante el concubinato, en esas circunstancias se tiene derecho a los alimentos por testamento y el derecho a heredar por la concubina.

En los casos de concubinato único y no adulterino, cuando en hijos o con duración no menor de cinco años, establece--(12). Ob. cit., pág. 18.

ció sólo en favor de concubina, derechos hereditarios en la sucesión intestada del concubinario, o con derechos alimenticios - en la sucesión testamentaria del concubinario, pero en uno y -- en otro caso en una proporción menor que la que correspondería a la esposa, y cuando precisamente por haber fallecido el concubinario se había ya extinguido la unión irregular, y no existía ya entonces el peligro de que se considerara al concubinato en el mismo nivel del matrimonio, aparte de que ésta "concesión especial" se estableció en el fondo como un velado remedio en beneficio de la viuda de un matrimonio canónico en una época en que todavía no se generalizaba entre las mayorías de condición-humilde al matrimonio civil, cosa que en la actualidad ha cambiado en gran escala.

Por otra parte es interesante conocer la regulación -- que del concubinato han dado algunos Estados de la República.- Así encontramos el Código del Estado de Morelos de 1945, que -- señala en su artículo 403 la obligación de darse alimentos, y - que en los mismos términos de los cónyuges también se hace referencia a la sucesión.

El Código Civil de Tlaxcala de 1976, ya define al concubinato en su artículo 43 y protege a los concubinarios en relación a los alimentos, señalando insistentemente la obligación por parte del Estado de convencer a los concubinarios para que contraigan matrimonio que se estima como la unión legal y moral de fundar una familia.

También la unión de hecho se proyecta en las leyes federales, como observamos en la Ley Federal del Trabajo en el - -

artículo 501, también hacen referencia a esta unión artículos -- de la Ley del Instituto Mexicano del Seguro Social (72,92, fracción I y 152), así como la Ley de la Reforma Agraria en su artículo 82 y la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales para los Trabajadores del Estado en su artículo 32, Fracc. I.-

REFORMAS AL CODIGO CIVIL DE 1928 (PARTE I).

Este ordenamiento legal fué modificado 26 veces a partir de 1938. Se observa que algunas modificaciones han sido convenientes. Sin embargo, otras responden a posturas e intereses de cada gobierno, los cuales reformaron algunas disposiciones del Código Civil sin tomar en cuenta nuestra realidad socioeconómica, sólo para presentar ante el mundo una legislación aparentemente muy avanzada.

En forma general observó pobreza en las modificaciones -- habidas, en virtud de que no se aborda una revisión completa -- del Derecho Familiar. Se trata de simples ajustes que rompen en muchas ocasiones, la estructura y congruencia del ordenamiento de 1928. Es lógico que al modificar un artículo, si no se hacen modificaciones con lo que se relaciona, se rompe con la armonía que el legislador de 28 obtuvo para éste cuerpo legal.

Dentro de las modificaciones más destacadas conviene referirnos a las habidas en 1975 en varios de los artículos del -- multicitado Código. En esas fechas se celebraba en México el -- año internacional de la mujer, y según opinión del presidente--

en turno, debería hacerse una modificación al Código Civil para reglamentar la absoluta igualdad del varón y la mujer, desprotegiendo a ésta al no tomar en cuenta la realidad socioeconómica de México. Si observamos que nuestra Constitución es reformada continuamente por el gobierno en turno, para justificar que él mismo se sujeta a las normas constitucionales, con mayor razón el Código Civil ha sido modificado rompiendo así con su armonía.

Dentro de las modificaciones podemos destacar el artículo 162 al cuál se adiciona para comprender lo que la constitución ya había consagrado en relación a la paternidad responsable y expresa que : "toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos, por lo que toca al matrimonio éste derecho será ejercido de comun acuerdo por los cónyuges.

Otros artículos van orientados a la participación económica para el sostenimiento del hogar de ambos cónyuges. El derecho que los conyuges y los hijos tienen en materia alimenticia (Art. 165). Así mismo la responsabilidad de ambos cónyuges en la conducente al manejo del hogar, la formación y educación de los hijos, así como en la administración de los bienes de los consortes (Art.168). En general se equiparan ambos cónyuges en todo lo relativo al trabajo o actividad que desempeñen. Los cuáles deben ser aquellos que: "no dañen la moral de la familia o la estructura de esta" (Art.169), y la autorización judicial que ambos cónyuges necesitan para contratar entre ellos y que antes se reservaba sólo para la mujer (Art.174), haciéndose exten

sivo también a la necesidad de la autorización judicial para -- que un cónyuge sea a fiador de su cosorte o se obligue solida-- riamente.

REFORMAS AL CODIGO CIVIL (1983 PARTE II).

En cuanto a las reformas de 1983, destacaremos sólo las - relativas al orden familiar. En este sentido, dentro de las ci- tadas modificaciones , una de ellas nos proporcióna la defini - ción legal de domicilio conyugal, al que: se preceptúa como: -- " el lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges, en el cual ambos disfrutan de autoridad propia y consideraciones - iguales" (Art. 163). Así mismo, se señala la posibilidad de - hacerse de donaciones entre los consortes con la condición de - que estas no sea contraria a las capitulaciones matrimoniales- (art. 232) .

En relación al concubinato se señala dentro de las re- - formas una situación trascendental, a saber: "la concubina y el concubinario tienen derecho a heredarse reciprocamente, aplican dose las disposiciones relativas a la sucesión del cónyuge - - siempre que hayan vivido juntos como si fueran cónyuges duran te los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte -- o cuando hayan tenido hijos en común, siempre que ambos perma- - necido libres de matrimonio durante el concubinato. Si al morir el autor de la herencia la sobreviven varias concubinas o con- cubinarios en las condiciones anteriormente mencionadas ninguna de ellas heredará " (Art. 1635). En este mismo sentido es de su

ma importancia que consideremos el contenido social del artículo anterior, ya que constituye en sí mismo un cambio radical en el campo de la legislación civil mexicana, puesto que como lo hemos observado en las diferentes regulaciones civiles anteriores al Código de 28, el legislador no había querido reconocer - y por lo tanto regular la importancia que posee la unión concubinaria en nuestro país. La actitud anterior de nuestros juristas la podemos entender si consideramos que nosotros mismos somos esencialmente moralistas y religiosos, por lo tanto no se podía aceptar una relación no acorde a la moral y fuera de todo aspecto religioso como lo constituía en ese entonces la relación concubinaria.

Así, al comenzar a regular el concubinato el legislador tiende adecuar el Derecho a una exigencia emanada de nuestra realidad social, ya que como señala la parte expositiva del -- Código vigente, la unión concubinaria va en aumento.

Otro de los artículos esenciales que refuerzan las consideraciones anteriores lo constituye el 302, reformado, imponiendo a los concubinos la obligación de darse alimentos, al igual que los conyuges lo consideramos de gran relevancia porque se reconoce al concubinato la cualidad de crear una obligación en la que no sólo se restringe a la persona del concubinario sino a ambos.

Con lo anterior podemos considerar que en este artículo-302, se equipara el de materia de alimentos al matrimonio legal

mente constituido con el concubinato regulado por el Código Civil.

Por otra parte es importante hacer la siguiente aclaración para evitar confusiones posteriores. Debemos advertir que el concubinato es hoy en día regulado de una manera trascendente por nuestra legislación, empero debemos aclarar que los beneficios que otorgan nuestros ordenamientos hacia la unión concubiniaria, se restringen tajantemente para aquélla que reúne las características que exige el artículo 1635 del Código Civil al que ya hemos hecho referencia.

CONCLUSIONES .

PRIMERA. : La familia, en la Roma primitiva era un organismo - político con un Jefe, el paterfamilias, provisto -- de derechos y carente de deberes, el cual trataba - en cada momento de cohesionar a los integrantes de la misma como medio en el logro de los fines más pro vechosos a su conglomerado familiar.

La familia romana era un sistema político, económico y religioso, donde todos los derechos privados - eran ejercidos a través del Jefe de familia. Así -- mismo, tenía una fundamentación de tipo político, -- basada en el régimen patriarcal, según el cual gravitaba la soberanía del abuelo o del padre, cuyos poderes absolutos podríamos concretar:

- a). La capacidad del Jefe de Familia de excluir a - sus descendientes por emancipación (eliminación de la patria potestad de los hijos); o de hacer ingre sar extraños a la familia, por medio de la adopción.
- b). La capacidad exclusiva del Jefe de Familia, de disponer en vida del patrimonio único formado por - sus adquisiciones y por las de otros integrantes de la familia.
- c). La capacidad de officiar como sacerdote de Jefes domésticos (sacra privata), las ceremonias del culto privado, cuya finalidad era la de asegurar a la fami

lia la protección de los ascendientes del difunto.

SEGUNDA: - El matrimonio, en Roma, era una Institución de Derecho Civil, por consiguiente solo podían contraerlo los ciudadanos romanos, sin embargo a partir de la era Republicana. los patricios y los plebeyos, podían celebrar legítimo matrimonio.

Es, a través del matrimonio, como el marido adquiría, sobre su mujer la autoridad de un padre, haciéndose también propietario de sus bienes. De esta manera la mujer entraba a formar parte de la familia del marido, esto significaba que gozaba del prestigio de su posición de los honores que estuviere investido su cónyuge de su culto privado.

En cuanto a las formalidades, estas, no eran consideradas esenciales e inherentes al matrimonio. Lo fundamental al matrimonio romano, lo constituían la convivencia continuada y la intención marital y no la cohabitación.

TERCERA: - La doctrina romana no admitió que las relaciones patrimoniales - económicas - en el matrimonio se derivaran de un contrato como ocurre en nuestro derecho, que consagra las capitulaciones matrimoniales.

En el matrimonio cum manu, todos los bienes de la mujer pasaban en propiedad del marido, de tal-

manera que el patrimonio absorbía el de la mujer, -- en consecuencia existe un sólo patrimonio.

CUARTA: - A medida de que el matrimonio entra al campo del -- derecho surge a su lado otra unión monogámica, du-- radera y socialmente aceptada, que conserva su inde-- pendencia respecto del derecho. Esta figura a que -- nos referimos el concubinato, el cual es una Institución con matices muy especiales, que ninguna otra -- Institución posee, ya que ni aún el matrimonio que -- es la forma legal de unión tiene las peculiaridades del concubinato. La unión concubinaria ha pasado -- por diversas etapas dentro del derecho, ya que en -- un principio no se le quiso tomar ni siquiera en -- consideración por la Ley, posteriormente se le con-- firmó un grado inferior en relación con el matri-- monio, para que finalmente se le diera una acepta-- cion expresa, tomando en consideración que el dere-- cho ya lo comenzó a regular.

QUINTA: - Respecto a la figura del matrimonio, debemos consi-- derar la gran importancia que tuvo en nuestro pri-- mer ordenamiento legal en 1870, en el que se fijan-- las bases para el inicio de una compilación en mate-- ria Civil.

SEXTA: - Un aspecto de gran relevancia, lo constituye el he-- cho de que en nuestra primera regulación civil se -- establezca la potestad marital del hombre sobre la--

mujer, concretamente en lo relativo a la administración de los bienes, ya que la propia ley concedió al cónyuge el carácter de "administrador Legítimo", de los bienes del matrimonio.

SEPTIMA : - En cuanto que el Código de 1870, proporciona acerca del matrimonio, existe en ella una gran diferencia - en aquella que proporciona la doctrina Romana, donde tiene vital importancia la *affectio maritalis*. Así, - en la definición de matrimonio en nuestro primer ordenamiento civil, se presenta una unión matrimonial - con divorcio y aunque parezca ilógico, este no traía consigo la separación total de los cónyuges.

OCTAVA: - Consideramos oportuno, el proponer algunas reformas a nuestro código Civil vigente, en relación con el concubinato, ya que creemos urgente se legisle -aún más- sobre dicha unión, puesto que la reforma habida al artículo 1635 del precepto citado no logra satisfacer una necesidad social, consistente en semejar al matrimonio con el concubinato, pero no sólo en ciertos derechos y obligaciones, sino en calidad de instituciones en las que se origina la Familia Mexicana. Porque es indudable el aumento de las uniones concubinarias en relación con el matrimonio. Sin embargo para poder proporcionar el amparo de la Ley, a la unión concubinaria, es indispensable que dicha unión se someta a las condiciones establecidas en el mismo artículo 1635 del citado Código.

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

- 1.- Abouhamd Hobaita, Chibly. Anotaciones y Comentarios de Derecho Romano I; Tomo I, 3a. edición; Editorial Jurídica Venezolana Caracas, 1978.
- 2.- Alvarez Suárez Ursicino; Curso de Derecho Romano; Tomo I; - 3a. Edición; Revista de Derecho Privado, Madrid 1955; Editorial Panorama.
- 3.- Arangio Ruiz, V; Historia del Derecho Romano; (traducción -- de Pelsmaeker), 3a. edición; Editorial Labor; Madrid, 1963.
- 4.- Arguello, Luis Rodolfo; Manual de Derecho Romano; 2ad. Edición Editorial, Astrea; Buenos Aires Argentina, 1976.
- 5.- Arias, Ramos; Compendio de Derecho Romano; 3a edición, Editorial Astrea; Valladolid , 1966.
- 6.- Bialostosky, Sara; Panorama de Derechos Romano; 2da. Edición editado por la Universidad Nacional Autónoma de México, México 1976.
- 7.- Bonfante, Pietro; Historia del Derecho Romano. (traducción - de José Santacruz Tejeiro). 2da. edición, Editorial Tea, Madrid, 1944.
- 8.- Hernández Tejeiro, Jorge; Derecho Romano; 4a. Edición, Editorial Darro; Madrid, 1978.

- 9.- Iglesias, Juan; Instituciones de Derecho Privado Romano; 5a. edición, Editorial, Ariel, Barcelona, 1965.
- 10.- Margadant, Guillermo Floris, Derecho Privado Romano; 3a. edición, Editorial Esfinge; México, 1983.
- 11.- Oderigo, N. Mario; Síntesis de Derecho Romano; 5a. edición Editorial Spesa, Madrid, 1964.
- 12.- Ortolan M. Legislation Romaine. 2da. edición, Editorial - Leocadio, Madrid, 1876.
- 13.- Petit, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano; (traducción de José Fernández González), 2da. edición. Editorial - Epoca. México, 1977.
- 14.- Sañz Gómez Salcedo, José María. Derecho Romano I; Edit. Limusa. , México 1988.
- 15.- Shom Rodolfo, Instituciones de Derecho Privado Romano; 2da.- edición, Editorial Nacional, México, 1975.

L E G I S L A C I O N .

- 1.- Anales de Jurisprudencia.
Indice General 1989, Tomo II,
Derecho Familiar, México D.F.
- 2.- Código Civil para el Distrito Federal.
Quincuagésima Quinta edición,
Editorial Porrúa, S.A. México, D.F.
- 3.- Código Familiar para el Estado de Morelos.
1a. Edición Editorial Litográfica Anselmo,
S.A. México, D.F., 1983.
- 4.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
Edición 1985.
Editorial Talleres gráficos de la Cámara de Diputados, de
la LIII Legislatura, México, D.F.
- 5.- Jurisprudencias y Tesís Sobresalientes.
Actualización IV. Civil Ediciones Mayo,
México, D.F. 1974 - 1975.
- 6.- Ley Sobre Relaciones Familiares de 9 de abril de 1917.
Publicada el 12 de abril de 1917.

O T R A S F U E N T E S .

- 1.- Diccionario de Derecho Romano;
Tomo II,
Editorial Creosa, Ediciones y Publicaciones,
España, 1967.

- 2.- Enciclopedia Jurídica OMEBA.
Buenos Aires, 1954-1969,
Tomo IV.

- 3.- Digesto de Justiniano.
Traducido por Alvaro Dors,
Editorial Aranzadi, 1a. edición.

- 4.- Revista de la Facultad de Derecho.
México, Tomo VI, Número 23,
Julio-Septiembre de 1956.