

881309

4
zej.



UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO

PLANTEL LOMAS VERDES

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
NUMERO DE INCORPORACION 8813 - 89

"LA NECESIDAD DE LEGISLAR SOBRE LA
PROPIEDAD DE LOS BIENES ADQUIRIDOS DURANTE
LA FIGURA JURIDICA DEL CONCUBINATO PREVISTA
POR EL ARTICULO 1635 DEL CODIGO CIVIL PARA
EL DISTRITO FEDERAL"

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

LILIA ANA CORTE ANGELES

DIRECTOR DE TESIS: LIC. JAIME A. RAMIREZ ELIZALDE
ASESOR DE TESIS: LIC. JUAN MANUEL SALAS MORENO

ESTADO DE MEXICO

FEBRERO, 1992

TESIS CON
PALLA DE ORIGEN



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

" LA NECESIDAD DE LEGISLAR SOBRE LA PROPIEDAD DE LOS BIENES ADQUIRIDOS DURANTE LA FIGURA JURIDICA DEL CONCUBINATO, PREVISTA POR EL ARTICULO 1635 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL"

I N D I C E

INTRODUCCION..... I

CAPITULO I.- ANTECEDENTES HISTORICOS DEL MATRIMONIO

A) Reseña Histórica..... 1

B) Etapas Histórico-Sociológicas..... 13

1. Promiscuidad Primitiva

2. Matrimonio por Grupos

3. Matrimonio por Rapto

4. Matrimonio por Compra

5. Matrimonio Consensual

CAPITULO II.- MATRIMONIO

A) Definición del Matrimonio..... 22

. Tesis Contractualista

. Tesis Institucionalista

B) Elementos del Matrimonio.....	33
. Elementos de Existencia	
. Elementos de Validez	
C) Los Regimenes patrimoniales del Matrimonio...	42
. Régimen de Sociedad Conyugal	
. Régimen de Separación de Bienes	
. Régimen Mixto	

CAPITULO III.- CONCUBINATO

A) Definición de Concubinato	62
B) Elementos concurrentes para la existencia del Concubinato.....	75
a) Comunidad de Vida	
b) Estabilidad y Continuidad	
c) Condición de Temporalidad	
d) Elemento de Hecho	
e) Publicidad de la Unión	
f) Condición de Finalidad	
g) Condición de Singularidad	
h) Capacidad Legal	
C) Efectos Jurídicos reconocidos al Concubinato en la Legislación Mexicana.....	79

D) El Concubinato en la Legislación de algunos países.....	85
E) Rasgos afines entre Matrimonio y Concubinato.	97

CAPITULO IV.- EL CONCUBINATO EN RELACION CON LOS BIENES

A) Teoría de la Sociedad de Hecho.....	105
B) Teoría de la Comunidad de Bienes.....	120
C) Teoría del Enriquecimiento Injusto.....	131
D) Teoría de la Equidad.....	138
CONCLUSIONES GENERALES.....	140
BIBLIOGRAFIA.....	144

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

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

Con el presente trabajo de tesis intento no solo obtener el título de Licenciado en Derecho, sino de hacer una aportación a la sociedad en un renglón que creo ha sido ignorado por nuestros Legisladores como lo es el Concubinato respecto al Régimen Patrimonial.

El Concubinato se hunde en un remoto pasado, pero como una realidad innegable; este hecho merece ser tenido en cuenta por la Ley. La Ley no actúa en cualquier momento sino cuando se han creado las condiciones necesarias para su intervención.

Existe en nuestra sociedad (sobre todo en las clases populares, pero sin dejar de existir en otras clases) una manera peculiar de formar la Familia: "EL CONCUBINATO", que es una realidad social que ha existido y existe en nuestros tiempos.

En épocas muy remotas se conoció al matrimonio por grupos, los hombres de un clan o tribu tomaban como esposas a las mujeres de otras tribus, más tarde aparece el matrimonio por raptó o compra, apuntando éste hacia la base patriarcal.

En el Derecho Romano el matrimonio era una

relación social que producía consecuencias jurídicas; entre los Romanos se celebraba el matrimonio de diversas formas: Por "comfarræatio" o por "coemptio", que no tenía efecto sino constatar la voluntad de convivencia en calidad de esposos; también existía el matrimonio por "usus" que consistía en una especie de usucapión de la mujer por el marido, ya que después de un año de vida marital se consolidaba éste; y por último existió el Concubinato, pero como una unión irregular que no podía tener por causa alguna la categoría de Justas Nupcias.

El matrimonio en sus orígenes fue un hecho extraño al Derecho; posteriormente hallándose organizado sobre una base exclusivamente religiosa; la iglesia asumió para sí toda intervención en la celebración del matrimonio y se atribuyó competencia para decidir las cuestiones relacionadas con él. La Iglesia fundó su autoridad en esta materia, autoridad que duró seis siglos.

A partir del siglo XVIII, el Estado poco a poco privó de efectos civiles a algunos matrimonios contraídos ante la iglesia, cuando carecían de determinados requisitos que estableció el Gobierno Civil.

En nuestro país, a partir de la dominación española la celebración del matrimonio, y las relaciones

jurídicas entre los cónyuges, se regularon de acuerdo con el derecho Canónico. La Iglesia Católica intervino para dar validez al matrimonio y para resolver las cuestiones que surgían con este motivo.

El matrimonio se celebraba sin formalidad alguna, era únicamente por el consentimiento manifestado por la convivencia y por el trato sexual, sólo bastaba que se uniera hombre y mujer para que se convirtiera en matrimonio canónico, cristiano y válido.

La legislación de Indias tuvo como forma legal del matrimonio el consensual, sin ningún formalismo y tan sólo por el simple consentimiento; durante la Conquista y aún en los primeros años del México Independiente, el matrimonio legalmente reconocido fue el eclesiástico.

Esta situación prevaleció en México hasta mediados del siglo XIX. El 23 de Julio de 1859, el Presidente Don Benito Juárez promulgó una Ley relativa a los actos del estado civil y su registro, en la que quedaron secularizados todos los actos relativos al estado civil de las personas, entre ellos el matrimonio que fue reglamentado por el Estado en lo relativo a los requisitos para su celebración,

elementos de existencia, validez, etc.

Los Códigos Civiles de 1870 y 1884 que rigieron en el Distrito Federal y Territorios Federales, así como los Códigos de los diferentes estados de la Federación, confirmaron en sus textos la naturaleza civil del matrimonio.

En nuestro medio jurídico el Código Civil de 1928 (y luego de la reforma de 1974), ha reconocido efectos de Derecho, derivados del Concubinato, efectos jurídicos en favor de los hijos de éstos, el derecho de los concubinos a participar recíprocamente en la sucesión hereditaria, a recibir alimentos, la posibilidad de investigar la paternidad de los hijos habidos entre los concubinarios y el derecho a percibir alimentos en favor de los hijos éstos, asimismo establece la paternidad de los hijos de la concubina, nace el derecho de éstos a ser llamados a la herencia del padre. El Código Civil no protege en su totalidad al Concubinato, ni los efectos que reconoce son susceptibles de fomentarlo.

El criterio sustentado por la nueva Legislación mexicana, parece desde luego más justa y humana que el viejo sistema en el que se desconocen algunos derechos de los hijos sólo por el hecho de haber nacido fuera del

matrimonio. Tal postura no significa minar las bases de la sociedad ni del Estado, ni menos aun fomentar el desarrollo de las ideas inmorales en la Institución de la Familia, para llegar al libertinaje y a las uniones sexuales transitorias o accidentales, evidentemente que partimos del principio indiscutible de que la unión sexual debe estar reconocida por el Derecho, para regular una comunidad de vida permanente, tanto biológica como moral, pero no desconocemos que sería injusto tomar como base única de las relaciones familiares, la Institución del Matrimonio, a efecto de desprender de la misma todas las consecuencias en materia de patria potestad, de parentesco, alimentos, de impedimentos para el matrimonio, de bienes, patrimonio de la familia y en general de derechos y obligaciones para los hijos.

Ahora bien, se considera que es función del Estado la protección de la familia en todos sus aspectos, en relaciones matrimoniales y extramatrimoniales, y que de esto se deriva el garantizar la justa y equitativa distribución del patrimonio familiar, en forma tal, que queden asegurados los derechos de los hijos y los de la madre; sobre todo en aquellos casos de unión no matrimonial, cuando la mujer demuestra que ha vivido permanentemente en tal estado y ha contribuido a la formación o aumento del patrimonio del hombre, aunque los bienes se quiera

establecer aparezcan documentados a nombre de uno de ellos.

El tema que trataré en la presente tesis, deriva precisamente de la realidad social que es el concubinato, con ello pretendo hacer notar la necesidad de legislar sobre la propiedad de los bienes adquiridos durante la figura jurídica del Concubinato, prevista por el Artículo 1635 del Código Civil para el Distrito Federal, ya que sería injusto que el patrimonio formado por ambos concubenarios pasara a ser de uno solo de ellos al momento de disolver dicha unión, ya que queda a su libre albedrío el poder terminar la unión en el momento en que ellos quieran, quedando desprotegidos el concubino, la concubina o los hijos de éstos (en su caso), siendo que ambos han contribuido a formar el patrimonio y han formado una familia, tomando como base que es función del Estado la protección de la familia.

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL MATRIMONIO

A) RESEÑA HISTORICA

B) ETAPAS HISTORICO-SOCIOLOGICAS

1. PROMISCUIDAD PRIMITIVA
2. MATRIMONIO POR GRUPOS
3. MATRIMONIO POR RAPTO
4. MATRIMONIO POR COMPRA
5. MATRIMONIO CONSENSUAL

C A P I T U L O I

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL MATRIMONIO

A) RESEÑA HISTORICA

Entre las primitivas costumbres de los pueblos que habitaban los valles del Indo y del Ganges, costumbres recopiladas en el Mahabarata, la costumbre reinante en cuanto al matrimonio era la promiscuidad, no era un delito ser infiel al esposo, antes bien era un deber. En la época teocrática del pueblo hindú los brahmanes se adueñaron del poder político, impusieron a la India una legislación eminentemente religiosa en la que la poligamia era permitida, con algunas restricciones. Un "brahmán" o sacerdote podía tener cuatro mujeres; un "Chatria" o guerrero, tres; un "vaisia", labrador o mercader, dos; un "Sudra" o esclavo, una.

En los pueblos hebreos, la Ley Mosaica deja subsistir la poligamia como forma matrimonial, pero prohíbe que las uniones se realicen entre parientes próximos. En el Antiguo Testamento no se describen normas legales sobre el matrimonio, pero sí que las esposas podían comprarse a cambio de servicios. Otra forma de matrimonio judío fue el "Khetuba", consistente en la constitución de una dote por

escrito otorgada por el marido en favor de la mujer, pero que éste administraba libremente durante el matrimonio, mismo que al ser disuelto, por la muerte del marido o por que este repudiara a su mujer, originaba que la mujer entrara en pleno dominio de la dote.

En Egipto, el culto más antiguo en este pueblo era a Isis que era la diosa de la maternidad, la mujer ocupaba un lugar prominente en la familia. la mujer era la que ejercía el comercio y dirigía la casa, mientras que el hombre ejercía oficios inferiores aun dentro de la familia. En este pueblo estaba permitida la poligamia y existían tres formas de matrimonio: El servil, en que la mujer venía a ser casi una esclava del marido; El igualatorio, en éste se establecía la igualdad de derechos entre los cónyuges y una especie de comunidad en sus bienes; y el tercero que participaba de ambos caracteres y se distinguía por cierta dote nupcial que el marido hacía a la mujer en el acto del matrimonio.

En Grecia, la familia era más que una asociación natural una asociación religiosa, la mujer perdía la religión de su familia para adquirir la de la familia del marido; ésta tenía un lugar secundario en el hogar. El matrimonio fue en un principio obligatorio a fin de lograr

la continuidad de la familia y del culto doméstico; pero cuando como consecuencia de la natural sobrepoblación así originada, se impuso la limitación de la natalidad y apareció la crisis del matrimonio, surgió el concubinato como una costumbre general que no causó escándalo ni produjo sorpresa.

En Roma; el matrimonio podía ser de tres formas: por la "Confarraetio":, que consistía en una ceremonia religiosa celebrada por el gran pontífice y el flámene de Júpiter en presencia de diez testigos y con palabras solemnes. Otra forma era la "Coemptio" que consistía en la emancipación o venta de la mujer al marido, hecha por ella misma con autorización de su padre o tutor (según fuese el caso). Por otra parte la tercer forma de matrimonio era el "Usus", que consistía en una especie de usucapión de la mujer por el marido ya que después de un año de hacer vida marital con el varón cambiaba su nacionalidad doméstica, en la inteligencia de que la mujer podía evitar la "manus" durmiendo tres noches seguidas fuera de la casa de aquél. Esta forma matrimonial al igual que las otras desaparecieron al fin de la época clásica.

Por razón de la calidad de las personas que celebraban su matrimonio en Roma, este podía ser de cinco clases: Las Justas Nupcias, Las Injustas Nupcias, El

Concubinatio, El Contubernio y El Estupro. "Las Justas Nupcias" eran las que se celebraban entre ciudadanos romanos, pues para los romanos el "connubiun" o "jus connubii", o sea la aptitud legal para contraer las justas nupcias, solamente era privativa de los ciudadanos romanos, careciendo de él los esclavos, los peregrinos naturales de un pueblo aliado o súbdito de Roma y aun los latinos que no hubieran obtenido este favor especial. "Las Injustas Nupcias" eran las que se contraían entre personas que por razón de su nacionalidad no tenían el "jus cannubii". "El Concubinatio" en Roma era una unión regular que sin embargo no podía tener la categoría de las Justas Nupcias por algún motivo de moralidad pública, como el parentesco, o la existencia de un concubinatio o un matrimonio anterior, o por razón de diferencias de linajes. "El Contubernio" era la unión irregular y continua entre dos esclavos o entre dos personas de las cuales una era esclava. Y por último existió "El Estupro" era cualquier unión de un hombre con una mujer, que no podía clasificarse entre las anteriores.

La invasión de los bárbaros encuentra al Imperio Romano, en cuanto al matrimonio se refiere, con la realidad de que éste se formaba únicamente por el consentimiento de los esposos. La omnipotencia del pater familias había desaparecido. La tutela perpetua a que estuvo sometida la

mujer había sido abolida definitivamente por Constantino en el año 321. La idea de potestad sobre ella fue sustituida (al influjo del catolicismo) por la de protección.

Del siglo V, en que la invasión se efectuó, hasta el Concilio de Trento (1545-1563) el matrimonio fue consensual, ya que si bien es cierto que durante el primer Concilio de Letrán (celebrado en 1123), la Iglesia Católica trató por primera vez de organizarlo, reglamentarlo y convertirlo en sacramento, las disposiciones que dictó la Iglesia Católica no tuvieron ningún efecto sino hasta la celebración de dicho Concilio Tridentino. La Iglesia Católica innovó radicalmente la concepción del matrimonio mediante el concepto de matrimonio-sacramento, y permaneció por largo tiempo en la concepción del matrimonio romano en el sentido de no exigir forma alguna para su celebración. La doctrina canónica juzgó válido el acto de dos futuros esposos, que sorprendiendo de improviso a su párroco en su casa, en el altar o en la sacristía, declaraban en su presencia que se consideraban como marido y mujer, ya que la voluntad de los contratantes se había manifestado conforme a la decisión del Concilio de Trento (1).

(1) Jémoio Arturo Carlo, "Historia del Matrimonio" 1981, Edic. Jurídicas Europeas-Americanas, Buenos Aires, pp 7 y sig.

En el año de 1787, por virtud del edicto del 28 de Noviembre de este año, promulgado por Luis XVI, en Francia se autoriza a los no católicos para producir su declaración matrimonial ante el vicario de su domicilio o ante el Juez del lugar; el primer antecedente de esta tendencia vino a constituirlo la autorización que el 15 de Septiembre de 1655 concedió el "Conseil des Dépeches" a los protestantes para contraer matrimonio ante los oficiales de la justicia Real, aún cuando esta autorización no tuvo aplicación alguna (2).

Posteriormente en la misma Francia en la época de la Revolución, la Asamblea Constituyente, en el Artículo 7 del Título II de la Constitución de 1791, decidió que el matrimonio, al igual que el nacimiento y la defunción de todos los habitantes de Francia, se hiciera constar por los Oficiales Públicos encargados de redactar y conservar las actas; y al año siguiente la Asamblea Legislativa -Ley 20/ 25 de Septiembre de 1792- reglamentó la cuestión confiando los registros a las municipalidades y decidiendo que en el futuro tales registros serían los únicos que tendrían fuerza obligatoria ante la justicia (3).

(2) Planiol, "Tratado Elemental de Derecho Civil", pp 231, 232, Tomo I, Traducción José Cajica Jr.

(3) Bonecasse, "Elementos de Derecho Civil" Tomo I, p. 352, Puebla, México 1945, Trad. José M. Cajica.

Fue así como se estableció en Francia de un modo definitivo la tesis del matrimonio como contrato, frente al matrimonio como sacramento de la Iglesia Católica, pues la propia Constitución consignó el principio de que "La Ley no considera al matrimonio más que como un contrato civil", quitándole así a la Iglesia el monopolio en materia y se la dió al Estado, ya que dentro del territorio de un estado habitan individuos que profesan diversas religiones y aun individuos que no profesan ninguna, es natural que estos no puedan celebrar su matrimonio en la forma establecida por la Iglesia Católica, por la sencilla razón de no creer en el sacramento estatuido por ella.

En México debido a la conquista de los españoles se introdujeron al país nuevas costumbres y leyes, y a pocos años de iniciada tuvo lugar el Concilio de Trento (1545-1563) cuyos acuerdos tuvieron vigencia en México y en toda la América Hispánica, sólo que la aplicación en Indias de los preceptos tridentinos no se hizo de una manera absoluta e inalterable, en los primeros tiempos de la Colonia se reconoció como legal y se tuvo como válido al matrimonio celebrado consensualmente por los indígenas porque así fueron enseñados por los propios misioneros, entre tanto eran gradual y definitivamente incorporados a la religión católica.

Cuando llegaron los españoles a México se encontraron con la poligamia entre los indígenas, quienes al ser cristianizados tenían que abandonar la poligamia y ser monógamos, enseñados por los misioneros, pero antes del Concilio de Trento les enseñaron una manera de casarse consistente en convivir, tener trato sexual continuando con su deber de fidelidad y un tratamiento de igualdad en el matrimonio; no se necesitaba la bendición del cura, ni ceremonia de ninguna naturaleza, simplemente se celebraba con el puro consentimiento, manifestado por la convivencia y por el trato sexual recíproco; únicamente bastaba con que se uniera hombre y mujer para que la unión se convirtiera en matrimonio eclesiástico, canónico, cristiano y válido. Esas costumbres de matrimonio cuando se ha consumado, es decir, cuando ha habido yacimiento carnal entre hombre y mujer, costumbre enseñada por los misioneros, son todavía las que nuestro pueblo practica, llamándolo en México "Concubinato".

En México el misionero no enseñó a casarse al indígena con las formalidades del Concilio de Trento que todavía no existía. Le decían, si quieres a tal mujer, llévatela ya que en el Derecho Canónico no necesitaba el consentimiento de los padres para la validez del matrimonio. Así era en el Derecho Francés difundido por el mundo y es una de las cosas que contenía el Código de Napoleón; cuando

se celebraba el matrimonio en Francia no había cura ni curatos, y aun en donde la población era muy grande tampoco el cura bendecía las uniones; se casaban llevándose a la mujer a su casa, haciendo vida con ella. En México los indígenas no sabían leer, ni escribir, no tenían instrucción se llevaban a la muchacha a su casa sin necesitar del consentimiento de los padres, viviendo como marido y mujer.

En la legislación de Indias, se tuvo como forma legal del matrimonio el consensual, sin ningún formalismo y solamente por el simple consentimiento y comportamiento celebrado por los indígenas de acuerdo a sus costumbres, durante el resto de la conquista y aun en los primeros años del México Independiente, el único matrimonio legalmente reconocido fue el eclesiástico, ello sin embargo no destruye la realidad del reconocimiento que se le dio al matrimonio consensual.

Al venir la Independencia, la realidad de México era que se reconocía a la Iglesia competencia no sólo para celebrar los matrimonios, sino para legislar sobre la materia, la Cédula del 12 de Julio de 1564 aseguró en España el carácter de sacramental del matrimonio con la publicación de las disposiciones del Concilio de Trento como "Ley del Reino", en tanto que la Real Cédula del 21 de marzo de 1749

y "Las Reales Ordenes" del 8 de Mayo y 15 de Octubre de 1801, ordenaron concretamente que los asientos de los registros parroquiales debían someterse y ajustarse a determinados modelos, señalando ciertas disposiciones que tendían a la conservación y custodia de dichos registros.

Perduraron entre nosotros estas prescripciones hasta el año de 1857 en que se promulgó la Ley de 27 de Enero, por medio del cual se estableció en la República el Registro Civil, con el antecedente inmediato del Estatuto Orgánico Provisional de la República del 23 de Mayo de 1856. La separación del Estado y la Iglesia, proclamada por la Ley del 12 de Julio de 1859, elevada a Ley Constitucional el 25 de Septiembre de 1873 (4).

Después de la Ley del 12 de Julio de 1859, vinieron las Leyes del 23 y 28 de Julio, en las cuales en la primera se estableció que el matrimonio es un contrato civil y en la segunda se secularizó el registro de los actos del estado civil estableciéndose así la independencia absoluta entre el Estado y la Iglesia.

La Organización del Registro Civil, se produjo de

(4) Verdugo, Agustín, "Principios del Derecho Civil Mexicano", Tomo I, pp. 258 y 306, México.

dos formas: por medio de Ley del 10. de Noviembre de 1865, expedida por el Emperador Maximiliano, y por medio de las disposiciones del primer libro del Código Civil de 1866, cuyos dos primeros libros fueron promulgados por el propio Maximiliano; por decreto del 5 de Diciembre de 1867, el Gobierno del Presidente Juárez revalidó los actos del Registro Civil registrados conforme a tales disposiciones del Imperio.

El 10 de Julio de 1871, se reglamento el Registro Civil determinándose los libros y las formas de Inscripción de la Institución Registral, cuyas disposiciones fueron ampliadas y modificadas por leyes y decretos, en la Ley del 14 de Diciembre de 1874 en su Artículo 23 se reguló sobre las bases a que se habían de atener los Estados de la Unión para legislar sobre el registro de matrimonios civiles y panteones, siendo el origen de que esta materia pasara a ser de competencia local.

Las reformas a la Constitución de 1857, orientó a nuestra legislación a considerar al matrimonio como un contrato civil, inspirados en los principios del Derecho Civil Francés como lo demuestran las disposiciones relativas del Artículo 130 de la Constitución actualmente en vigor y la reglamentación que de aquel han hecho las diversas

codificaciones que sobre el matrimonio han regido en el México Independiente, o sea los Códigos de 1870, 1884, la Ley de Relaciones Familiares del 9 de Abril de 1917 y el Código de 1928.

B) ETAPAS HISTORICO - SOCIOLOGICAS

Dentro de la evolución sufrida dentro del matrimonio podemos señalar como grandes etapas las siguientes:

1. PROMISCUIDAD PRIMITIVA.- La hipótesis más fundada de los sociólogos fue que la promiscuidad primitiva fue la forma rudimentaria de la organización social de la familia en las primeras comunidades, con la natural consecuencia de que dicha organización se estableció en la relación con la madre. Los hijos seguían la condición jurídica y social de aquella, dándose así lugar al matriarcado impidiéndose con esto determinar la paternidad de los hijos; algunos sociólogos consideran que la referida promiscuidad era solamente relativa, puesto que el hombre, por ciertos instintos y sentimientos naturales, debió haber permanecido con la mujer por lo menos hasta el nacimiento o hasta el destete del hijo. Esta hipótesis no ha sido comprobada.

2. MATRIMONIO POR GRUPOS.- Este matrimonio se presenta ya como una forma de promiscuidad relativa, tuvo su origen en la creencia mítica derivada del totemismo, según la cual los miembros de una tribu se consideraban hermanos entre sí por descender de un solo tronco común, que era el Totem, y en tal virtud estimaban que no podían contraer

matrimonio con las mujeres de su propio clan, surgiendo así la necesidad de buscar la unión sexual con las mujeres de una tribu diferente.

En un principio el matrimonio no se celebró en forma individual, sino que determinados hombres de un grupo celebraban matrimonio con igual número de mujeres de una tribu distinta.

Este matrimonio colectivo traía como consecuencia un desconocimiento de la paternidad, manteniéndose por lo tanto el régimen matriarcal, los hijos seguían en un principio la condición social y jurídica que corresponde a los distintos miembros del clan materno, por lo tanto en cuanto a la filiación, tuvo el mismo origen matriarcal que en la promiscuidad primitiva, que era absoluta.

3. MATRIMONIO POR RAPTO.- Esta forma matrimonial fue debida generalmente a la guerra y a las ideas de dominación que se presentan en las distintas colectividades humanas cuando alcanzan cierto desarrollo, apareciendo el matrimonio por raptó.

En esta institución, la mujer es considerada como parte del botín de guerra, adquiriéndola en propiedad los vencedores, de la misma manera que se apropian de bienes o

de animales, es aquí donde la paternidad se define por la unión monogámica; el marido es el jefe de familia, sometiendo su autoridad a la esposa y a los hijos, surgiendo así el patriarcado.

Según la hipótesis formulada por los sociólogos apoyados en la organización de los primitivos pueblos de pastores y cazadores, así como la antigua organización del Derecho Romano primitivo, son pruebas de una organización patriarcal.

4. MATRIMONIO POR COMPRA.- Aquí se consolida la monogamia, en el que por virtud de la compra, el marido adquiere un derecho de propiedad sobre la mujer, quién de este modo se encuentra totalmente sometida al poder del marido.

En esta nueva forma matrimonial la familia se organiza jurídicamente sobre la base de la potestad marital, reglamentándose la filiación en función de la paternidad, que así resulta bien conocida. Es la patria potestad al estilo romano, es decir, el poder absoluto e ilimitado del pater familias sobre los distintos miembros que integran el grupo familiar.

5. MATRIMONIO CONSENSUAL.- Por último el

matrimonio se presenta como una manifestación libre de voluntades entre hombre y mujer que se unen para constituir un estado permanente de vida, con el fin de ayudarse a soportar el peso de ésta y perpetuar la especie.

Este es el concepto ya de matrimonio moderno, que puede estar más o menos influenciado por ideas religiosas, bien sea para convertirse en un sacramento como se admite en el derecho canónico; en un contrato como se considera por distintos derechos positivos a partir de la separación de la Iglesia y del Estado, o como un acto de naturaleza compleja, en el que interviene además un funcionario público.

En la evolución del concepto moderno han intervenido diversos factores que podemos fundamentalmente reducir a tres:

A) Concepto Romano del Matrimonio.- El matrimonio romano está integrado por dos elementos esenciales: El Físico, la conjunción del hombre con la mujer que no debe entenderse como conjunción material de sexos y si en un sentido más elevado como unión o comunidad de vida que se manifiesta exteriormente con la "deductio" de la esposa "in omum mariti". La deductio inicia la cohabitación y fija el momento en que el matrimonio se inicia. Desde este instante la mujer es puesta a disposición del marido, se haya sujeta a éste y comparte la posición social del mismo.

Este poder del marido sobre la mujer puede ser más o menos intenso, afirmarse enérgicamente en la mano que coloca a la mujer en situación de hija o faltar completamente en la participación, en la dignidad, en los honores, en el culto familiar del marido puede ser más o menos plena; la cohabitación puede interrumpirse, el régimen patrimonial puede variar; puede darse una absoluta paridad y una plena bilateralidad de derechos y deberes; pero lo importante es que el elemento físico no falte, que haya un estado de hecho manifestado en la convivencia, en el ponerse la mujer a disposición del marido. El otro elemento es intelectual o síquico y es el factor espiritual que vivifica el material o corporal del mismo modo que la posesión (a ella se equipara el matrimonio en las fuentes romanas con frecuencia) en "animus" es el requisito que integra o complementa el corpus. Este elemento espiritual es la "affectio maritalis" o sea la intención de tener el marido y la mujer la voluntad de crear y mantener la vida común, de perseguir la consecución de los fines de la sociedad conyugal; una voluntad que no consiste en el consentimiento inicial, en único acto volutivo sino que debe prolongarse en el tiempo, ser duradera, continua, renovándose de momento en momento, pero que sin esto la relación física pierde su valor.

Cuando estos dos factores concurren el matrimonio queda constituido, si uno de ellos falta o desaparece, el matrimonio no surge o se extingue.

B) Matrimonio Canónico.- La historia de la Institución a través de los cánones de la Iglesia es demasiado larga y compleja para poder exponer todas sus fases; su evolución esta influenciada en la lucha entre la Iglesia y el Estado siguiendo las vicisitudes de este conflicto secular... el matrimonio se eleva a la dignidad de sacramento.

Según la concepción canónica es un sacramento solemne cuyos ministros son los mismos esposos, siendo el sacerdote un testigo autorizado por la Iglesia; la unión de los esposos es la imagen de una unión de Cristo con la Iglesia y como ésta indisoluble.

El vínculo es creado por la voluntad de los esposos ya que es su libre consentimiento el que genera la relación matrimonial; pero su consagración ante la Iglesia merced a la bendición nupcial lo eleva a sacramento y como éste ha sido instituido por Dios y Dios mismo sanciona la unión, ésta es indisoluble.

Según las palabras del evangelio "los cónyuges son ahora una misma carne" (itaque iam duó non sunt, set un caro) y "la unión no se puede disolver de no ser por la muerte" (quo deus coniuxit homo non separet). Esta es la base teológica de la relación y se pretende conciliar con ella la base jurídica; ésta se estructura con las definiciones y pasajes de las fuentes romanas, pero genera consecuencias muy diversas. Interpretando los textos en que se hace alusión al concensus en oposición a la cópula, algunos juristas o curiales si bien espiritualizan el matrimonio infundiendo en él la idea religiosa ven en el mismo un contrato porque creen que el concensus que en los pasajes romanos significa "affectio maritalis" equivale a un acuerdo o convención es decir a un contrato.

C) Concepto Laico del Matrimonio.- Se considera que la reconquista del derecho matrimonial y de la Jurisdicción en los casos matrimoniales por el poder del Estado deriva de tres factores: El Protestantismo, Las ideas de la Iglesia Anglicana y las del Derecho Natural.

Del Protestantismo.- Los reformadores aunque sin vacilaciones rechazan la naturaleza sacramental del matrimonio; principalmente Lutero califica al matrimonio

como una cosa externa, mundana, como el vestido, la comida y la casa, sujeta a la autoridad secular.

De la Iglesia Anglicana.- En Francia durante el siglo XVI se difundió una teoría Teológico-Jurídica que separaba dentro del matrimonio el contrato del Sacramento; la regulación del Contrato es competencia exclusiva del Estado, pero es un supuesto para recibir el Sacramento del Matrimonio.

Del Derecho Natural.- Los teóricos del Derecho Natural de los siglos XVII y XVIII niegan al igual que Lutero la naturaleza sacramental del matrimonio y toman del Anglicanismo la concepción del matrimonio como un contrato "civilis".

En México el Artículo 130 de la Constitución de 1917, ha declarado que el matrimonio es un contrato civil y por lo tanto se regula exclusivamente por las Leyes del Estado sin que tengan injerencia alguna los derechos del precepto canónico, sin embargo debe reconocerse que para la debida interpretación de las normas que regulan los impedimentos, así como para las sanciones de nulidad es necesario tomar en cuenta el antecedente del derecho canónico. Desde nuestros Códigos Civiles de

1870 y 1884, el matrimonio ha quedado totalmente reglamentado por la Ley Civil, tanto por lo que se refiere a su celebración ante el oficial del Registro Civil competente como en lo que atañe a la materia de impedimentos a los casos de nulidad y a los efectos de la institución.

C A P I T U L O I I

M A T R I M O N I O

A) DEFINICION DE MATRIMONIO

- . TESIS CONTRACTUALISTA
- . TESIS INSTITUCIONALISTA

B) ELEMENTOS DEL MATRIMONIO

- . ELEMENTOS DE EXISTENCIA
- . ELEMENTOS DE VALIDEZ

C) LOS REGIMENES PATRIMONIALES DEL MATRIMONIO

- . REGIMEN DE SOCIEDAD CONYUGAL
- . REGIMEN DE SEPARACION DE BIENES
- . REGIMEN MIXTO

C A P I T U L O I I

M A T R I M O N I O

A) DEFINICION DEL MATRIMONIO

La palabra matrimonio deriva del vocablo latino "matrimonium" que significa carga de la madre, a diferencia del "patrimonium" que significa carga del padre, estas dos palabras son muy alusivas a las funciones tradicionales que se han otorgado a los pilares de una familia; así de acuerdo a la tradición a la madre le han correspondido las funciones de la maternidad, la crianza y la educación de la prole, y al padre le han correspondido el llevar el sustento a la familia, naturalmente estos roles del padre y de la madre han cambiado en la medida en que la mujer se ha liberado y ha obtenido el reconocimiento de igualdad jurídica de los sexos, lo cual le ha permitido incursionar en la gran mayoría de las actividades que en el pasado eran exclusivas en el varón.

La palabra matrimonio constituye un concepto apriorístico sobre el que se pueden dar un sin número de conceptos.

Esta figura ha sido considerada desde el punto de vista jurídico en muy diversas formas por lo que a continuación señalaré algunos criterios tomados de diversos tratadistas.

Según el maestro Rafael de Pina Vara, el matrimonio "... es la unión legal de dos personas de distinto sexo realizada voluntariamente con el propósito de convivencia permanente para el cumplimiento de todos los fines de la vida". (1)

Para Ignacio Galindo Garfias "... el matrimonio se considera desde dos puntos de vista, como acto jurídico y como estado permanente de vida de los cónyuges". (2)

Para el maestro Joaquín Escriche "... el matrimonio es la sociedad legítima del hombre libre y de la mujer que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar la especie, ayudarse a llevar del peso de la vida y participar de una misma suerte" (3).

- (1) DE PINA, Vara Rafael, "Derecho Civil Mexicano", ED. Porrúa, XIII ed., México 1983.
- (2) GALINDO, Garfias Ignacio "Derecho Civil". ED. Porrúa, México 1973, p. 441.
- (3) ESCRICHE, Joaquín, "Diccionario Rosado de la Legislación y Jurisprudencia", ED. Porrúa, ed. 1a. México 1979.

El maestro Ruggiero opina que el matrimonio es una Institución del Derecho Familiar porque el concepto de Familia reposa en el Matrimonio como supuesto y base necesaria, de él derivan todas las relaciones, derechos y potestades y cuando no hay matrimonio solo pueden surgir tales relaciones, derechos y potestades por benigna concesión y aun así son estas de orden inferior o meramente asimilados a los que el matrimonio genera.

Bonaccase expresa que el matrimonio es una Institución constituida por un conjunto de reglas esencialmente imperativas, su objeto es dar a la unión de ambos sexos y por lo tanto a la familia, una organización y moral que correspondan a las aspiraciones del momento, a la naturaleza permanente del hombre y a las directrices que en todo momento irradian de la noción del derecho.

Alberto G. Spota dice "Se tiene por matrimonio aquel acto jurídico complejo que surge por las declaraciones del hombre y de la mujer mediante las cuales se expresan ante el Oficial Público su voluntad de unirse a fin de constituir una familia legítima, pronunciando dicho oficial público la existencia de este acto jurídico" (4).

(4) Spota Alberto G. "Tratado de Derecho Civil", Tomo II, Volúmen I y II, Ediciones de Palma, p. 75, Buenos Aires, Argentina 1962.

Al matrimonio tambien se le ha observado desde diversos puntos de vista como sociológico, histórico, eclesiástico, etc.

Desde el punto de vista histórico-sociológico, se dice que: El matrimonio es una relación mas o menos duradera entre un solo hombre con una sola mujer que se prolonga mas allá del acto de la reproducción hasta después del nacimiento de la progenitura.

Desde el punto de vista del derecho canónico se define como el sacramento de la nueva ley que otorga gracia para santificar la legitima unión de un solo hombre con una sola mujer para engendrar y educar sanamente a la prole.

El matrimonio en nuestro derecho mexicano esta reconocido por el Artículo 130 Constitucional que dice "el matrimonio es un contrato civil, éste y los demás actos del estado civil de las personas son de exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil; en los términos prevenidos por las leyes, y tendrán la fuerza y validez que las mismas leyes les atribuyan" (5)

(5) CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

El Código Civil de 1928 actualmente vigente en el Distrito Federal no nos da una definición concreta de lo que es el matrimonio.

El Artículo 102, párrafo II, de dicho Código, hace evidente que el matrimonio es un acto jurídico solemne al establecer que el Juez del Registro Civil preguntará a cada uno de los pretendientes si es su voluntad unirse en matrimonio, posteriormente el Artículo 146 del mismo Código establece que el matrimonio debe celebrarse ante los funcionarios que establece la Ley y con las formalidades que ella exige, asimismo el Artículo 178 del Código Civil establece que el contrato de matrimonio debe celebrarse bajo el régimen de sociedad conyugal o de separación de bienes.

A manera de crítica el Código Civil para el Distrito Federal actualmente en vigor, no nos da una definición de lo que es el matrimonio, sólo establece que es necesaria la voluntad de los consortes y las formalidades, es decir, que debe celebrarse ante el funcionario del Registro Civil que le dé solemnidad.

Por otra parte, la Ley de Relaciones Familiares, expedida por el Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, Don Venustiano Carranza, publicada en el Diario Oficial el

día 14 de Abril de 1917 misma que en su Artículo 13, establece que:

"El matrimonio es un contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida"

El Código Familiar del Estado de Hidalgo en su Artículo 11, define al matrimonio diciendo:

"es una Institución Social y permanente por la cual se establece la unión jurídica de un solo hombre con una sola mujer que con igualdad de derechos y obligaciones originan el nacimiento y estabilidad de una familia así como la realización de una vida plena y responsable"

El Código de Zacatecas en su Artículo 100 define al matrimonio diciendo:

"Es la unión legítima de un solo hombre con una sola mujer para procurar la procreación de sus hijos y ayudarse mutuamente".

Desde mi personal punto de vista la definición de matrimonio con la que mas estoy de acuerdo es la que nos dá el Código Familiar para el Estado de Hidalgo, ya que en efecto el matrimonio es:

"una Institución del Derecho Familiar establecida por la unión de un solo hombre con una sola mujer, que con igualdad de derechos y obligaciones originan el nacimiento y

estabilidad de una familia"

Sin embargo, a manera de crítica este Código establece que es permanente, con lo cual estoy en desacuerdo ya que el matrimonio puede ser disuelto mediante el divorcio.

En cuanto a la naturaleza jurídica del matrimonio existe una diferencia de criterios, entre la tesis contractualista y la institucionalista.

TESIS CONTRACTUALISTA

"Contrato es un medio jurídico puesto a disposición por el ordenamiento en favor de los particulares para que estos en el ejercicio de su autonomía de voluntad, regulen libremente sus intereses, sólo con las restricciones que el derecho impone" (6).

El Artículo 130 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como los Códigos Civiles de 1870, 1884 y 1928, se refieren al matrimonio calificándole de contrato, es decir, de un acuerdo de voluntades que produce derechos y obligaciones entre los consortes y sus hijos.

(6) Flores, Barrueta Benjamín. "Apuntes de Derecho Civil", p.83.

Se ha criticado esta posición doctrinaria, con plena justificación con la cual estoy de acuerdo diciendo:

a) El Contrato de Matrimonio carece de objeto desde el punto de vista jurídico. El objeto de los contratos es una cosa o un objeto que se encuentra en el comercio. Si se juzga al matrimonio como contrato, la entrega recíproca de los cónyuges no puede ser objeto de un contrato.

b) En los contratos, la voluntad de las partes es la que, dentro de los límites de la Ley, fija los derechos y obligaciones de cada una de ellas.

Tratándose del matrimonio, si bien hay un acuerdo de voluntades entre los contrayentes para celebrarlo, todos los derechos y obligaciones que jurídicamente adquieren, están establecidos por la Ley (Artículo 182 del Código Civil). Solo son libres para establecer -también dentro de ciertos límites- el régimen matrimonial respecto de sus bienes, pero no lo son en cuanto a la reglamentación del estado mismo del matrimonio. Por ende la reglamentación de las capitulaciones matrimoniales, constituye un contrato, el cual es accesorio y solamente surge con el matrimonio.

En vista de la última crítica mencionada en el inciso "b)" se dice que el matrimonio es un Contrato

de Adhesión, pero se olvida que en los contratos de adhesión, una de las partes impone a la otra el conjunto de derechos y obligaciones derivados del mismo contrato. en tanto que en el matrimonio, ninguna de las partes por si misma, puede imponer a la otra el conjunto de deberes y derechos propios de tal estado civil.

TESIS INSTITUCIONALISTA

Desde el punto de vista institucionalista debemos entender que Institución, es el conjunto de normas de igual naturaleza, permanentes, que regulan un todo orgánico y persiguen un finalidad de interés público.

Para Bonnecase, el matrimonio es una Institución. Dentro del concepto de Institución explica no sólo la celebración del mismo, sino todos los efectos jurídicos que nacen "ex lege" del acto y del estado propiamente dicho.

La Institución del matrimonio está formada por un conjunto de reglas de derecho, dice Bonnecase, esencialmente imperativas, cuyo objeto es dar a la unión de los sexos una organización social y moral, que corresponde a las aspiraciones del momento, a la naturaleza permanente del mismo y a las direcciones que le imprime el derecho.

El matrimonio "...es un acto solemne que produce una comunidad de vida entre un hombre y una mujer y crea un vínculo permanente, pero disoluble, bien por la voluntad de los cónyuges, bien por la disposición de la Ley" (7).

Otros autores siguiendo a León Duguit, afirman que el matrimonio es un acto condición. Por acto condición se entiende aquella situación creada y regida por la Ley, cuya creación tiene lugar, subordinada a la celebración de ese acto; en este caso el matrimonio.

Para Cicu, el matrimonio es simplemente un "... acto de poder estatal cuyos efectos tienen lugar no tanto en virtud de acuerdos de los contrayentes, sino en razón del pronunciamiento del Juez del Registro Civil que declara unidos a los consortes en nombre de la Ley y de la sociedad.

Se olvida que no basta el pronunciamiento del Juez del Registro Civil, sino que se requiere también la declaración de la voluntad previa de ambos contrayentes. El Estado no puede imponer, por un acto unilateral soberano, los deberes, ni hace nacer entre los cónyuges las obligaciones propias de los consortes.

(7) Bonnacase, Julian, "Filosofía del Código de Napoleón Aplicable al Derecho de Familia" Tr. José Ma. Cajica, p.p. 204 y sig., Puebla, México 1945.

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

Este punto de vista solamente es aplicable a la celebración del matrimonio, pero es deficiente para dar razón no sólo del acto de la celebración, sino del acto mismo matrimonial.

Para Planiol el matrimonio como acto es un contrato y como género de vida es un estado.

Desde mi personal punto de vista, el matrimonio es una Institución del Derecho Familiar, formado por un conjunto de reglas de derecho permanentes, cuyo objeto es dar a la unión de sexos distintos una organización social, moral y jurídica, ya que va desde la celebración de éste hasta los efectos jurídicos que surgen con motivo del mismo.

B) ELEMENTOS DEL MATRIMONIO

El Matrimonio como cualquier acto jurídico requiere de la existencia de los elementos de existencia y de los elementos de validez, para su perfeccionamiento.

Los elementos de existencia son:

- a) La voluntad de los contrayentes,
- b) El objeto y
- c) Las solemnidades requeridas por la Ley.

a) La voluntad de los contrayentes.- El matrimonio es un acto jurídico bilateral y se necesita del consentimiento de ambos pretendientes. Este consentimiento o voluntad se da en dos momentos. El primero cuando los pretendientes hacen llegar al Oficial del Registro Civil su solicitud para contraer matrimonio; el segundo en la ceremonia misma de la boda cuando el Oficial del Registro Civil, pregunta a cada pretendiente si es su voluntad casarse.

b) El objeto.- Consiste complejamente, en la unión y convivencia de un solo hombre con una sola mujer para hacer nacer entre ellos, de acuerdo con la Ley determinados derechos y obligaciones.

Contrario a lo que generalmente se ha acostumbrado, no señalo como elemento constitutivo directo del matrimonio la "perpetuación de la especie", ya que acontece que parejas de ancianos contraen matrimonio sin que haya la posibilidad de procrear hijos, o que un matrimonio se celebre en artículo de muerte, en cuyo caso tampoco es finalidad del matrimonio la realización de este fin. Igualmente podemos decir de "la ayuda a llevar el peso de la vida", que también se ha acostumbrado señalar como elemento esencial del matrimonio, porque sólo hay que pensar para convencerse de lo contrario, en el mencionado caso del matrimonio en artículo de muerte, o en los que se celebran, generalmente por paga (triste es reconocerlo pero desgraciadamente sucede) entre un nacional y un extranjera para lograr fácilmente, con fraude de las disposiciones migratorias correspondientes, la internación o la permanencia de éste en el país.

Por esto mismo es conveniente distinguir entre objeto directo del matrimonio y el objeto indirecto del mismo, reservándose la primera denominación para la creación de dichos derechos y obligaciones entre los consortes y la segunda para la obligación que estos tienen de hacer vida en común, de ayudarse recíprocamente a soportar el peso de la vida, al débito carnal y al auxilio

espiritual, así como, cuando haya hijos, toda la serie de consecuencias que con relación a éstos establece la Ley, especialmente en lo que se refiere a la patria potestad y a la filiación en general.

c) **Las solemnidades requeridas por la ley.**- Las solemnidades que deben constar en el acta de la celebración del matrimonio con la expresión de la voluntad de los consortes en presencia del Oficial del Registro Civil, la declaración de la misma autoridad, asentando al acta en el libro del Registro Civil, nombres y firmas de los contrayentes y del Juez (8).

Los elementos de Validez son:

- I. La Capacidad,
- II. La ausencia de vicios de la voluntad.
- III. La licitud en el objeto, motivo o fin.

I. **La Capacidad.**- Es bien sabido que ésta puede ser de goce o de ejercicio. La primera, llamada también capacidad de derechos o titularidad, consiste en la aptitud de una persona para ser titular de derechos y obligaciones; en tanto que la segunda, o sea la de ejercicio, conocida también con el nombre de capacidad de obrar, consiste en la

(8) Código Civil para el Distrito Federal Arts. 102, párrafo 2o; 103, fraccs. I y VI y párrafo final; y 250.

aptitud de una persona para poder ejercitar sus derechos o cumplir con sus obligaciones por sí misma. De modo pues, que esta última supone necesariamente la de goce. (9)

A la capacidad de goce, analizando el Artículo 156 del Código Civil para el Distrito Federal le corresponden las fracciones I (falta de edad requerida por la ley, cuando no ha sido dispensada; VIII (embrigaguez habitual, morfincomania, eteromania, uso indebido y persistente de las demás drogas enervantes, impotencia incurable para la cópula, sífilis, locura y enfermedades crónicas e incurables que sean además contagiosas y hereditarias), y IX (idiotismo e imbecilidad).

En cambio, la fracción II del propio Artículo 156 (falta de consentimiento del que, o de los que ejerzan la patria potestad, o del tutor o del juez en sus respectivos casos) se refiere a la incapacidad de ejercicio, ya que tal incapacidad no se contrae a la falta de aptitud para casarse, como en los casos de las citadas fracciones I, VIII Y IX, sino que dicha fracción II prevee el caso de quién teniendo la edad requerida por el Artículo 148 del mismo Código (haber cumplido dieciseis años el hombre y la mujer

(9) Coviello Nicolás "Doctrina General del Derecho Civil", Tr. Española de la IV Ed. Italiana, Felipe J. Tena, Número 44, pp 157 y 158, México 1938.

catorce) no haya sin embargo llegado a la mayor edad y por tanto no tenga la capacidad necesaria para disponer libremente de su persona y de sus bienes (Artículo 646 y 647 del Código Civil para el Distrito Federal), en cuyo caso necesita, de acuerdo con el Artículo 149 del propio ordenamiento, del consentimiento de su padre y de su madre si ambos vivieren, o del que sobreviva, o bien de los abuelos paternos o maternos, o en su caso del tutor, o del juez de primera instancia de la residencia del menor (Artículo 150), o del presidente municipal en el caso específicamente previsto por el Artículo 151, o sea cuando dicho consentimiento haya sido negado o revocado por los ascendientes o tutores.

Sin embargo, sea que fuere de los casos de incapacidad de goce o de ejercicio, lo cierto es que en ambos casos la sanción es la nulidad, como lo previene la fracción II, del Artículo 235 del propio Código, ya que evidentemente una y otra de tales incapacidades son causas de invalidez y no de inexistencia del matrimonio.

II. La Ausencia de Vicios de la Voluntad.- A este elemento se refiere la fracción VII del repetido Artículo 156, en relación con la fracción I del 235 y las tres fracciones del 245 del Código citado, o sea

voluntad ha sido dada por error o arrancada por violencia, en el concepto de que el error solamente puede referirse a la persona con quien se contraiga el matrimonio, cuando entendiendo un cónyugue que lo celebra con una persona determinada lo contrae con otra, y no en ningún otro caso, y en la inteligencia también de que el dolo, que como vicio de la voluntad señala el Artículo 182 para el acto jurídico en general, queda comprendido dentro del error, si se tiene en cuenta que aquél no es más que un medio de inducir a error a una persona y que es perfectamente concebible el caso en que la voluntad se pueda sorprender y obtener por dolo en el evento previsto por la invocada fracción I del Artículo 235 del Código Civil para el Distrito Federal.

III. La Licitud en el objeto, motivo o fin.- Hacen referencia a este elemento de validez. las fracciones III, IV, V, VI y X del Artículo 156 del Código Civil para el Distrito Federal, que respectivamente se refieren al incesto (parentesco de consanguinidad sin limitación de grado en la línea recta y en la colateral a los hermanos y medio hermanos); el parentesco de afinidad en línea recta sin limitación alguna; el adulterio habido entre las personas que pretenden contraer matrimonio; al atentado contra la vida de algunos de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre; y a la bigamia y con

mayor razón a la poligamia.

En efecto, siendo todos estos casos de notoria ilicitud en el objeto, motivo a fin del matrimonio, todos ellos dan causa de nulidad de éste.

IV. Las Formalidades.- Aún cuando pudiera pensarse que por ser el matrimonio un acto típicamente solemne, la ausencia de sus requisitos de forma debe necesariamente originar no su nulidad sino su inexistencia, sin embargo no es así puesto que como dice el profesor Rojina Villegas en su Derecho Civil, tomo II, volumen primero, páginas 369 "en el matrimonio, aun cuando el Código Civil no lo diga de una manera expresa podemos distinguir verdaderas solemnidades cuya inobservancia originará la inexistencia del mismo y simples formalidades, que sólo afectarán su validez cuando no se observen.

En los Artículos 102 y 103 del Código Civil se establecen tanto formalidades como solemnidades en la celebración del matrimonio.

Podemos considerar que son esenciales para la existencia misma del acto jurídico la siguientes solemnidades:

- a) Que se otorgue el acta matrimonial;

b) Que se haga constar en ella tanto la voluntad de los consortes para unirse en matrimonio, como la declaración del Oficial del Registro Civil considerándolos unidos en el nombre de la Ley y de la sociedad;

c) Que se determinen los nombres y apellidos de los contrayentes.

En cambio, las formalidades serán todas las demás que se mencionan en los Artículos 102 y 103, consistente en:

1.- Asentar lugar, día y hora del acto matrimonial;

2.- Hacer constar la edad, ocupación, domicilio y lugar de nacimiento de los contrayentes;

3.- Si son mayores o menores de edad;

4.- El consentimiento de los padres, de los abuelos o tutores, o el de las autoridades que deban substituirlos, haciendo constar los nombres, apellidos, ocupación y domicilio de las citadas personas;

5.- Que no hubo impedimento para el matrimonio o que éste se dispensó;

6.- La manifestación de los conyugues sobre si el

matrimonio se contrae bajo el régimen de sociedad conyugal o de separación de bienes; y

7.- Los nombres, apellidos, edad, estado, ocupación y domicilio de los testigos y su declaración sobre si son o no parientes de los contrayentes, y si lo son en qué grado y en qué línea.

Concluyendo, la diferencia entre los elementos esenciales y los elementos de validez es que en los primeros no cabe la convalidación y producen la nulidad absoluta, en cambio de los segundos producen la nulidad relativa.

Este criterio ha sido sostenido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

C) LOS REGIMENES PATRIMONIALES DEL MATRIMONIO

Para entrar al estudio del capítulo distinguiremos entre lo que es patrimonio de Familia y Régimen patrimonial.

El maestro Rafael de Pina Vara, dice que bienes de familia, es el conjunto de bienes, libres de toda carga e impuestos, formado, por lo general por una casa habitación y una parcela de tierra cultivable, destinada a asegurar a una familia la atención de sus necesidades esenciales en un nivel conveniente para su normal desarrollo, el valor máximo de los bienes afectos al patrimonio será la cantidad que resulte de multiplicar por 3650 el importe del salario mínimo general vigente en el Distrito Federal en la época en que se constituya el patrimonio.

En la legislación de nuestro país esta definición corresponde al término patrimonio de familia.

El Artículo 723 del Código Civil vigente para el Distrito Federal señala:

"Son objeto de patrimonio de familias:

- 1) La casa habitación de la familia y
- 2) En algunos casos una parcela cultivable"

Por otra parte el Artículo 730 del citado Código dice:

"El valor máximo de los bienes afectados al patrimonio de familia, conforme al Artículo 723, será la cantidad que resulte de multiplicar por 3650 el importe del salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal en la época en que se constituya el patrimonio".

"El patrimonio es un derecho real de goce, gratuito, inalienable, inembargable, constituido con aprobación judicial sobre una casa habitación y en algunos casos sobre una parcela cultivable, que confiere a una familia determinada la facultad de disfrutar de dichos bienes, los cuales deberán ser restituidos al dueño, constituyente o a sus herederos" (10).

Para nosotros el patrimonio de familia es un conjunto de bienes inalienables e inembargables de una determinada organización familiar, el cual garantizará el desenvolvimiento normal de esta, asegurándole un nivel de vida.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su Artículo 123 fracción XXVIII a este respecto dice:

"Las leyes determinaran los bienes que constituyan el patrimonio de familia,

(10) De Pina Vara, Rafael, "Elementos de Derecho Civil", ED. Porrúa, p. 309, México 1983.

bienes que serán inalienables, inembargables no podrán sujetarse a gravámenes real ni embargo, y serán transmisibles a título de herencia, con simplificación de las formalidades de los juicios accesorios".

Por otra parte el Artículo 27 fracción XVII, inciso g) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos también establece que:

"Las leyes locales organizarán el patrimonio de familia determinando los bienes que deben constituirlo, sobre la base que será inalienable y no estará sujeto a embargo, ni gravamen alguno".

A manera de resumen, encontramos que el Código Civil para el Distrito Federal regula tres tipos de patrimonio de familia.

a) El constituido por cualquier miembro de familia, previsto por el Artículo 731 del Código Civil y que dice:

"El miembro de familia que quiera constituir el patrimonio lo manifestará por escrito al Juez de su domicilio designado con toda precisión y de manera que puedan ser inscritos en el Registro Público los bienes que van a quedar afectados.

Además comprobará lo siguiente:

I. Que es mayor de edad o que está emancipado,

II. Que está domiciliado en el lugar donde se quiere constituir el patrimonio.

III. La existencia de la familia a cuyo favor se va a constituir el patrimonio, la comprobación de los vínculos familiares se hará con las copias certificadas de las actas del Registro Civil.

IV. Que son propiedad del constituyente los bienes destinados al patrimonio y que no reportan gravámenes fuera de las servidumbres.

V. Que el valor de los bienes que van a constituir el patrimonio no exceda del fijado en el Artículo 730 del Código Civil".

b) Otro tipo de patrimonio de familia se puede constituir a petición de cualquier persona que tenga derecho a disfrutar de éste, así como por el tutor de acreedores alimenticios incapaces, familiares de deudor o el Ministerio Público.

Este tipo de patrimonio se encuentra regulado por el Artículo 734 del Código Civil y dice:

"Las personas que tienen derecho a disfrutar el patrimonio de familia señalados en el Artículo 725, así como el tutor de acreedores alimentarios incapaces, familiares del deudor o el Ministerio Público, pueden exigir judicialmente que se constituya el patrimonio de familia hasta por los valores fijados en el Artículo 730, sin necesidad de invocar causa alguna. En la Constitución de este

patrimonio se observará en lo conducente, lo dispuesto por los Artículos 731 y 732 del Código Civil para el Distrito Federal".

Por último el tercer tipo de patrimonio de familia es el constituido por medio del estado, ya que este proporcionará a los económicamente débiles un terreno a precios accesibles.

Este tipo de patrimonio se encuentra establecido en el Artículo 735 del Código citado y señala:

"Con el objeto de favorecer la formación del patrimonio de familia se venderán a las personas que tengan capacidad legal para constituirlo y que quieran hacerlo las propiedades raíces que a continuación se expresan:

I. Los terrenos pertenecientes al gobierno federal o al gobierno del Distrito Federal que no están destinados a un servicio público, ni sean de uso común.

II. Los terrenos que el gobierno adquiera por expropiación de acuerdo con el inciso c) párrafo undécimo del Artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

III. Los terrenos que el gobierno adquiera para dedicarlos a la formación del patrimonio de las familias que cuenten con pocos recursos".

Su reglamentación jurídica se encuentra prevista

en los Artículos 736, 737 y 738 del Código Civil para el Distrito Federal.

"La satisfacción de las necesidades familiares, que son múltiples, requiere del esfuerzo de las personas a quienes compete" (11).

"El Régimen patrimonial tiene por objeto establecer las reglas correspondientes para resolver todas las cuestiones económicas del matrimonio" (12).

Planiol, define el Régimen Patrimonial como "Contrato de Matrimonio", denominándole el "convenio mediante el cual, los cónyuges hacen constar sus convenciones patrimoniales, reglamentando por sí mismo, su régimen matrimonial" (13).

Prescribe el Artículo 178 que el contrato de matrimonio debe celebrarse bajo el régimen de Sociedad Conyugal o bajo el de Separación de Bienes. En consecuencia expresamente la ley considera que por lo que se refiere a

(11) Montero, Duhatl Sara, "Derecho de Familia" Ed. III, ED. Porrúa, p. 394 México 1987.

(12) Magallón, Ibarra Jorge Mario, "El Matrimonio", Tipográfico Editora Mexicana, S.A., 1a. ed., México, 1965.

(13) Planiol, "Tratado Elemental de Derecho Civil" Tomo III, p. 16.

los bienes, los consortes deben celebrar un contrato pactando uno u otro sistema.

Dicho contrato lleva el nombre especial de "Capitulaciones Matrimoniales", que el Artículo 179 del Código Civil define como el pacto que los esposos celebran para constituir la "Sociedad Conyugal" o la "Separación de Bienes" y reglamentar la administración de éstos en uno y en otro caso".

Los términos Capitulaciones Matrimoniales y Regímenes Patrimoniales se prestan a confusión por medio de las capitulaciones los cónyuges pueden concretar su régimen patrimonial y la administración de sus bienes pero no su régimen en si mismo.

En las capitulaciones matrimoniales tiene que existir la manifestación de la voluntad de los consortes, asimismo sus consecuencias y sus efectos, serán fijados de acuerdo a los intereses propios de las personas que lo celebran.

El Artículo 180 del Código Civil en el D.F. establece que las capitulaciones matrimoniales pueden otorgarse antes de la celebración del matrimonio o durante él y pueden comprender no solamente los bienes de que sean

dueños los esposos en el momento de hacer el pacto sino también los que adquieran después.

Considero que es inadecuado que las Capitulaciones matrimoniales puedan otorgarse antes de la celebración del matrimonio ya que estos van a surgir con la celebración del matrimonio y si se pactarán antes de la celebración del matrimonio estos surtirán todos sus efectos hasta que se celebre el matrimonio.

"Las capitulaciones matrimoniales son esenciales no sólo por la importancia futura que están llamadas a tener, el convertirse en el estatuto económico del matrimonio, si no por la trascendencia que en sí un día puede tener frente a terceros" (14).

"Las Capitulaciones Matrimoniales designan la convención que conciertan los esposos para determinar su régimen patrimonial, y no éste régimen en sí mismo (15).

Los regímenes que regulan nuestro Código Civil para el Distrito Federal son: Sociedad Conyugal y Separación de Bienes pero de estos surge un régimen mixto

(14) De Cossio, Corral Alfonso, "Instituciones de Derecho Civil" ED. Alianza, 2a. ed. p.772, Madrid 1975.

(15) Mazeaud, Henry, "Lecciones de Derecho Civil", p. 96, Buenos Aires, Argentina.

constituido por parte de los bienes en sociedad conyugal y parte que seguirán perteneciendo a cada uno de los cónyuges por separado.

De la sociedad conyugal.- Para el estudio de ésta analizaremos sus elementos esenciales y de validez, así como las causas que las extinguen y las cláusulas nulas en relación con dicho sistema.

El maestro Manuel Mateos Alarcón nos dice que el "Régimen de Sociedad Conyugal es aquel en cuya virtud los bienes adquiridos por uno o ambos cónyuges durante el matrimonio, por el ejercicio de una profesión, arte o industria, por legado o herencia dejado a los dos sin designación de partes, por frutos, rentas accesorios y utilidades producidos por los bienes propios de cada uno que forman un fondo común que lleva el nombre de gananciales que se divide entre los cónyuges o los herederos después de la disolución del matrimonio".

"La Ley establece muchas posibilidades para que los consortes puedan pactar libremente sobre sus bienes adaptándolos a su voluntad, por ejemplo, pactar libremente sobre todos los bienes o en parte, sobre los bienes presentes y futuros, sobre los adquiridos anteriormente al matrimonio, sobre los frutos e inclusive sobre los

productos de trabajo, de uno o ambos cónyuges" (16).

Con lo anterior estamos de acuerdo, ya que los consortes pactarán voluntariamente sobre los bienes presentes o futuros que entren a la Sociedad Conyugal.

Como lo mencionamos anteriormente analizaremos:

. REGIMEN DE SOCIEDAD CONYUGAL:

a) **Consentimiento.** - Sigue las reglas generales de todos los contratos, consistente en el acuerdo de voluntades entre los pretendientes o consortes para crear una sociedad en cuanto a determinados bienes. Es por lo tanto característica importante del consentimiento la de constituir una sociedad, o sea, en términos jurídicos, crear una persona moral.

El régimen de sociedad conyugal se contiene en los Artículos 183 a 206 del Código Civil, es determinante el consentimiento para aportar determinados bienes que crearán una persona jurídica distinta a la de cada uno de los consortes y con un patrimonio propio.

(16) Galindo, Garfias Ignacio, "Derecho Civil Personas y Familia", ED. Porrúa, Sa. ed. p. 565, México 1982.

El Artículo 189 del cuerpo de leyes citado no deja lugar a duda sobre el particular, pues conforme al mismo las capitulaciones matrimoniales comprenden un activo y pasivo que viene a constituir el patrimonio de la sociedad, con independencia absoluta del activo y pasivo de cada uno de los consortes. Cabe la posibilidad de que el activo se limite a determinados bienes muebles e inmuebles o bien, que comprenda todos los bienes de cada uno de los consortes. Además debe determinarse quién sera el administrador de la sociedad, es decir, se crea un órgano representativo que existe en toda persona moral y las bases para liquidarla.

Por esto el Artículo 183 dispone que la sociedad conyugal se rige por las capitulaciones que la constituyen, y en lo que no estuviere expresamente estipulado, por las disposiciones relativas al contrato de sociedad. Ahora bien, según el Artículo 25 fracción III, son personas morales las sociedades civiles, quienes pactan y se obligan por conducto de sus representantes.

b) Objeto.- La sociedad conyugal tiene por objeto directo el de constituir una persona moral mediante la aportación que constituyen el activo de la misma y las deudas que integran su pasivo.

El objeto indirecto esta representado por el conjunto de bienes presentes o futuros y por las deudas u obligaciones que integran respectivamente el activo y pasivo de la sociedad.

En cuanto al activo de la sociedad puede comprender tanto bienes muebles como inmuebles, corporales o incorporeales (derechos) los bienes de una u otra naturaleza pueden ser presentes o futuros, es decir, los que existan en el momento de celebrarse la sociedad y los que se adquieran después.

c) Forma.- De acuerdo con los Artículos 185 y 186 del Código Civil, las capitulaciones matrimoniales de sociedad conyugal deberán constar en Escritura Pública cuando los esposos pacten hacerse copartícipes y transferirse la propiedad de bienes que ameriten tal requisito para que la traslación sea válida, asimismo toda reforma que se haga en las capitulaciones deberá también otorgarse en Escritura Pública, si las mismas requieren para su validez esa formalidad.

d) Capacidad.- Para el contrato de sociedad conyugal se requiere la capacidad que exige la ley para celebrar el matrimonio y por lo tanto, de acuerdo con el Artículo 181, del Código Civil los menores que con arreglo a

la ley pueden casarse, también podrán otorgar capitulaciones matrimoniales, las cuales serán validas si consienten en ellas las personas que de acuerdo con la ley deban, también, dar su autorización para que se celebre el matrimonio.

e) Terminación de la sociedad conyugal.- La sociedad conyugal puede terminar durante el matrimonio si así lo convinieren los esposos o cuando éste concluya por divorcio, nulidad o muerte de cualquiera de los cónyuges.

La terminación de la sociedad conyugal durante el matrimonio a su vez puede tener dos causas: por convenio de los consortes, o a solicitud de alguno de ellos en los casos previstos por el Artículo 188 del multicitado Código Civil.

Son Causas de extinción de la Sociedad Conyugal las siguientes:

1.- Disolución del matrimonio que puede ocurrir por divorcio, nulidad o muerte de alguno de los cónyuges.

2.- Acuerdo de los consortes liquidando la sociedad.

3.- Declaratoria de presunción de muerte del cónyuge ausente, y

4.- Los casos previstos en el Artículo 188,

en los que la sociedad termina a petición de alguno de los cónyuges, por las dos causas que el mismo precepto indica.

En el caso de que la sociedad conyugal termine por nulidad del matrimonio, se considerara subsistente hasta que se pronuncie la sentencia respectiva, si los dos cónyuges procedieron de buena fe; cuando sólo uno de ellos hubiere obrado de buena fe la sociedad subsistirá también hasta que cause ejecutoria la sentencia, pero siempre y cuando su continuación sea favorable para el cónyuge que procedió de buena fe; en caso contrario se considerara nula la sociedad desde el principio. Por último si ambos consortes hubieran procedido de mala fe, los efectos de nulidad se retrotraerán desde la fecha de celebración de las capitulaciones matrimoniales (Artículos 198 a 200 del Código Civil). El Artículo 200 impropriadamente estatuye que "si ambos conyuges procedieron de mala fe, la sociedad se considere nula desde la celebración del matrimonio"; y es impropia pues es evidente que la fecha a la cual se retrotrae la nulidad debe ser la del otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales, que, como hemos visto, pueden ser posteriores a la celebración del matrimonio.

Se entiende siempre que en beneficio de terceros, quedan a salvo de derechos de estos contra el fondo social,

no obstante que se decreta la nulidad, pues esta es una sanción que solo debe surtir efectos entre los cónyuges. De aquí que el Artículo 201 disponga que el consorte que hubiere obrado de mala fe no tendrá parte en las utilidades, aplicándose éstas a los hijos, y si no los hubiere, al cónyuge inocente. En el supuesto de que ambos consortes hubieren procedido de mala fe, las utilidades se aplicarán a los hijos y si no los hubiere, se repartirán en proporción a lo que cada cónyuge llevo al matrimonio (Artículos 201 y 202 del Código Civil).

. REGIMEN DE SEPARACION DE BIENES:

Este sistema esta regulado en el Código Civil vigente por los Artículos 207 a 218 y no ofrece graves problemas jurídicos dada la simplicidad inherente al mismo sistema de separación de bienes de los consortes.

Por virtud de dicho régimen, cada uno de los cónyuges conserva el pleno dominio y administración tanto de los bienes que haya adquirido con anterioridad al matrimonio, cuanto los que adquieran durante el mismo, sin embargo puede haber una separación parcial en cuanto a los bienes, originándose así un régimen mixto que enseguida trataremos. También en cuanto puede ocurrir una situación intermedia, por cuanto la separación de bienes se pacte

durante el matrimonio o sobrevenga como efecto de una sentencia que así lo determine.

En los Artículos 207 y 208 se admiten las siguientes posibilidades:

1. Régimen de separación de bienes pactado en capitulaciones anteriores al matrimonio, comprendiendo tanto los bienes adquiridos con anterioridad al mismo, cuanto los que se adquieran después;

2. Régimen parcial de separación de bienes, cuando se refiere sólo a los adquiridos con anterioridad al matrimonio, estipulándose sociedad conyugal para los que se adquieran durante la vida matrimonial;

3. Régimen parcial de separación de bienes, cuando las capitulaciones se pacten durante el matrimonio, de tal manera que hubo sociedad conyugal hasta la fecha de las mismas y posteriormente, separación de bienes; o bien cabe la situación contraria, es decir, que primero haya existido la separación de bienes hasta la fecha de las capitulaciones y después sobrevenga el régimen de sociedad conyugal;

4. Régimen mixto en cuanto se pacte separación

para ciertos bienes, por ejemplo inmuebles y se estipule sociedad conyugal en cuanto a muebles (Artículo 208).

Trataremos en relación con el régimen de separación de bienes en el matrimonio, las siguientes cuestiones, forma, efectos; bienes adquiridos en común por donación, herencia, legado o por cualquier otro título; y efectos de la separación de bienes en cuanto al usufructo legal.

a) Forma.- Las capitulaciones de separación de bienes no requiere Escritura Pública para su validez (Artículo 210) siempre y cuando se hayan pactado antes de la celebración del matrimonio, bastando por consiguiente el documento privado en el cual se consigne el convenio que se debe acompañar a la solicitud del matrimonio.

Si tal régimen se estipulare durante la vida matrimonial, se observarán las formalidades exigidas para la transmisión de los bienes que se trate, es decir, el precepto para la hipótesis de que hubo sociedad conyugal con antelación, pues de acuerdo con el sistema del Código vigente, la disyuntiva se impone: si no hubo separación de bienes, necesariamente tuvo que existir la sociedad conyugal. En estas condiciones, para la transmisión de los bienes que fueron comunes y que en los sucesivos, por

liquidación de la sociedad, deban dividirse entre los cónyuges, se requerirá Escritura Pública si se trata de inmuebles o derechos reales inmobiliarios.

El Artículo 54 de la ley de notariado vigente, promulgada el 31 de Diciembre de 1945 y promulgada en el Diario Oficial de la Federación de 23 de febrero de 1946, reformó los preceptos relativos al Código Civil vigente, en cuanto a las formalidades requeridas para la transmisión del dominio de bienes inmuebles, exigiendo la Escritura Pública en los casos citados.

Además de las formalidades indicadas, las capitulaciones que estipulen la separación de bienes deberán contener un inventario en el cual se especifiquen los bienes de que cada cónyuge anteriores al matrimonio y una nota de las deudas que al casarse tenga cada consorte (Artículo 211, del Código Civil).

b) Efectos.- Por virtud del régimen de separación de bienes, cada consorte conserva en plena propiedad y administración los que respectivamente le pertenezcan, así como sus frutos y accesorios (Artículo 212 del Código Civil). También serán propios de los cónyuges los salarios, sueldos, emolumentos y ganancias que tuvieren por servicios personales por el desempeño de un empleo o por el ejercicio

de una profesión, comercio o industria (Artículo 213 del Código Civil).

c) **Bienes adquiridos en común.**- Por donaciones, herencia, legado o por cualquier otro título gratuito. El régimen de separación también se aplica a esta clase de bienes, pero entretanto se haga la división, dado que se adquieren en común por ambos cónyuges, serán administrados por los mismos de común acuerdo o por uno de ellos con la formalidad del otro (Artículo 215).

d) **Efectos de la Separación de bienes en cuanto al usufructo legal.**- El Artículo 217 estatuye: "El marido y la mujer que ejerzan la patria potestad se dividirán entre sí, por partes iguales, la mitad del usufructo que la ley les concede". En consecuencia, el régimen mencionado se extiende también al usufructo legal que corresponde a los que ejercen la patria potestad sobre la mitad de los bienes de sus descendientes que no hayan sido adquiridos por virtud del trabajo de estos últimos. Sin embargo el mencionado usufructo preferentemente debe destinarse a los alimentos de esos menores y solo en caso de que estos queden satisfechos, podrán los que ejerzan la patria potestad dividirse el excedente en los términos del Artículo 217.

. REGIMEN MIXTO EN CUANTO A LOS BIENES MATRIMONIALES:

De acuerdo con lo antes expuesto, cabe la posibilidad de que los cónyuges pacten el sistema de sociedad conyugal para ciertos bienes y el de separación para otros o bien, que hasta cierta época de la vida matrimonial haya regido un sistema y después principie otro.

En esta última hipótesis propiamente no coexisten la separación y la sociedad conyugal, pues simplemente se liquida un régimen para dar nacimiento a otro.

El Artículo 208 permite que la separación de bienes sea absoluta o parcial. Para este segundo caso, los bienes que no queden comprendidos dentro del régimen de separación serán objeto de la sociedad conyugal que deberán constituir los esposos.

El Artículo 209 estatuye:

"Durante el matrimonio la separación de bienes puede terminar para ser substituida por la sociedad conyugal; pero si los consortes son menores de edad, se observará lo dispuesto en el Artículo 181 del Código Civil.

Lo mismo se observará cuando las capitulaciones de separación se modifiquen durante la menor edad de los cónyuges".

C A P I T U L O I I I

C O N C U B I N A T O

A) DEFINICION DE CONCUBINATO

B) ELEMENTOS CONCURRENTES PARA LA EXISTENCIA DEL CONCUBINATO

- a) COMUNIDAD DE VIDA
- b) ESTABILIDAD Y CONTINUIDAD
- c) CONDICION DE TEMPORALIDAD
- d) ELEMENTO DE HECHO
- e) PUBLICIDAD DE LA UNION
- f) CONDICION DE FINALIDAD
- g) CONDICION DE SINGULARIDAD
- h) CAPACIDAD LEGAL

C) EFECTOS JURIDICOS RECONOCIDOS AL CONCUBINATO EN LA LEGISLACION MEXICANA

D) EL CONCUBINATO EN LA LEGISLACION DE ALGUNOS PAISES

E) RASGOS AFINES ENTRE MATRIMONIO Y CONCUBINATO

C A P I T U L O I I I

C O N C U B I N A T O

A) DEFINICION DEL CONCUBINATO

EL DERECHO DE FAMILIA Y LA FAMILIA.

Llámesese derecho de familia a aquella parte del Derecho Civil que regula la constitución del organismo familiar y las relaciones entre sus miembros.

El derecho de familia puede entenderse en sentido objetivo y sentido subjetivo, según Clemente de Diego. "El derecho de familia en sentido subjetivo es el derecho que a la familia toca desenvolver en la vida; en sentido objetivo es el conjunto de reglas que presiden la constitución, existencia y disolución de la familia" (1).

Ha sido definido también el derecho de familia como "el conjunto de normas que dentro del Código Civil y de las leyes reglamentarias regulan el estado de familia, tanto en

(1) Clemente de Diego (F), "Instituciones de Derecho Civil", Vol. II., p. 337.

su origen matrimonial como extramatrimonial. los actos de emplazamiento en este estado y sus efectos personales y patrimoniales" (2).

La familia escribe Sánchez Román "es expresión de un estado social, que debe calificarse de familia. y aun se dice domestico, dentro del cual se desenvuelven diversas relaciones que lo integran: relaciones primordiales entre padres e hijos; y, en sentido lato, relaciones de parentesco entre las personas que proceden de un origen familiar común, mas o menos remoto. En este aspecto entiende Sánchez Román que el estado domestico que la familia engendra pudiera ser distinguido en sociedad conyugal, paterna, filial y parental" (3).

Familia y derecho de familia, son dos ideas distintas que naturalmente se complementan. La primera escribe Valverde "es el hecho; y su reglamentación jurídica el segundo". Ambas ideas representan a su juicio modalidades de una misma esencia a través de su doble conceptualización, siendo de la competencia, del sociólogo jurista la

(2) Díaz de Guijarro, "Tratado de Derecho de Familia". T. I. p. 293, Buenos Aires, 1953.

(3) Sánchez. Román. "Estudios de Derecho Civil". Tomo V. Vol. I, p. 9-10.

exposición de la primera, auxiliándose de los medios de conocimiento que la historia le presta, correspondiendo exclusivamente a la ciencia del derecho desarrollar el segundo concepto (4).

La familia y el derecho de familia, dice Valverde, actualmente representan tan sólo un momento histórico del gradual desarrollo de la institución, pero a pesar de los cambios y transformaciones operados en su constitución y régimen, a pesar de su variada organización en el decurso del tiempo, es la institución jurídica social que más tenazmente conserva su tipo en cada pueblo; y aunque en diferentes lugares se observan hondas variantes y diferencias de constitución, persiste siempre en la idea familiar un principio inmaterial en su esencia, que proclama su soberanía, especializa su naturaleza y singulariza su concepto. De aquí, según el autor de referencia, que glosando a Rashdall, pueda afirmarse con exactitud que en cada pueblo su tipo es permanente y hallase como petrificado, resistiendo toda innovación que provenga del poder. Existen, sin embargo, tantos patrones de organización familiar en la sucesión del tiempo, y que la historia resume como pueblos han morado en la

(4) Valverde, "Tratado de Derecho Civil Español", Tomo IV, Valladolid 1926.

tierra, especializándose la diversidad de grupos por la influencia reciproca de los factores étnicos, económicos y políticos.

En el mundo de ahora y en lo que afecta a la relación de la familia con el derecho -escribió Demófilo de Buen- se encuentran frente a frente dos concepciones: "la que defiende el principio de la autarquía familiar y considera que debe huirse de toda intromisión del Estado en la vida de la familia y robustecer los vínculos que de ella nacen y ampliar la esfera de sus atribuciones, y la que entiende, por el contrario, que cada día ha de ampliarse a este respecto mas la esfera de acción del Estado y que este ha de venir a realizar muchas de las funciones antes encomendadas a la familia, sobre todo en lo que se refiere a la misión mas alta, la del cuidado de los hijos, que no puede dejarse en absoluto encomendada a la actuación de la familia, puesto que el Estado tiene un interés decisivo en que sus ciudadanos futuros sean para el hombre útiles, cualidad que no garantiza suficientemente la sola intervención de sus familiares" (5).

Esta última orientación va poco a poco imponiéndose

(5) De Buen, Demófilo, "Derecho Civil Español Común", p. 556-557, ED. Reus, Madrid 1922.

en el derecho de familia. No se puede desconocer, sin embargo que el problema de la delimitación de funciones entre la acción familiar y la del Estado es difícil y que su resolución no puede olvidar circunstancias peculiares que concurren en cada pueblo.

El Derecho de familia es una parte del Derecho Civil, como la rama del derecho a que pertenece según el pensamiento tradicional se encuentra situado en el campo del Derecho Privado. Esta posición no deja de tener actualmente contradictores, Cicu, por ejemplo, entiende que tomadas en consideración las relaciones fundamentales que se derivan de la familia, se puede observar que este derecho no tiene posible catalogación dentro del encaje tradicional jusprivatista.

Sostiene este autor la naturaleza extraprivada de las relaciones propias del derecho de familia, en las que existe un interés superior, que esta por encima del propio interés particular y convergencia de voluntades hacia el mismo, por lo que no puede aplicarse al derecho de familia los principios y conceptos del derecho privado, debiendo ser estudiado y expuesto sistemáticamente fuera de este.

Afirma también Cicu que existe una afinidad indudable entre el Derecho Público y el Derecho Familiar

fundada sobre una análoga estructura de las respectivas relaciones jurídicas. No se atreve a decir que el derecho de familia sea propiamente Derecho Público, limitándose a asignarle un puesto en la distinción entre el Derecho Público y el Derecho Privado. Otros autores (Binder, Hedeman, Nipoerday, Schidt, etc.) reconocen al derecho de familia una naturaleza especial -como Derecho Social o Derecho Público-, colocándolo fuera de la órbita del Derecho Privado (6).

Por lo que respecta a la familia escribe Ruggiero -como organismo social que es, fundado en la naturaleza y en las necesidades naturales, tales como la unión sexual, la procreación, el amor, la asistencia, la cooperación, no se haya regulado exclusivamente por el derecho, pues en ningún otro campo -añade- influyen como en éste la religión, la costumbre, la moral. Antes que jurídico -añade- la familia es un organismo ético, ya que de la ética proceden los preceptos más esenciales que la ley presupone y a los cuales hace constante referencia, apropiándose los, a veces, y transformándolos en preceptos jurídicos, lo que explica el fenómeno peculiar en el derecho de familia, de haber preceptos sin sanción o con sanción atenuada, obligaciones

(6) Cicu (A), "El Derecho de Familia", Trad. Senties Melendo p. 443, Buenos Aires 1947.

incoercibles, porque el derecho o es por sí mismo incapaz de provocar mediante la coacción la observancia de dichos preceptos o cree mas conveniente confiar su observancia al sentimiento ético, a la costumbre, o a otras fuerzas que aun actúan en el ambiente social. El Estado interviene, a juicio de Ruggiero, en el organismo Social para fortalecer los vínculos, para garantizar la seguridad de las relaciones, para disciplinarlo mejor y dirigirlo rectamente para la consecución de sus finalidades, sin que la Ley constituya como en otras relaciones de Derecho privado, la única forma reguladora (7).

La familia es considerada por los tratadistas de nuestro tiempo como una institución esencialmente ética, colocada bajo el imperio del derecho para su protección. El derecho en este caso, como en tantos otros, acude en ayuda de la moral, para hacerla eficaz en sus aplicaciones prácticas.

La familia es un agregado social constituido por personas ligadas por el vínculo del parentesco. Esta institución se presenta en el curso de la historia adoptando formas muy diferentes que no son del caso estudiar aquí.

(7) Ruggiero, "Instituciones de Derecho Civil". Tomo II, p. 7, Trad. esp. de la ed. 4a. Italiana, ED. Reus.

El ámbito de la familia moderna es más reducido que el que se tuvo en la antigüedad, pues, en sentido estricto, no comprende actualmente sino el conjunto de los parientes que viven en el mismo hogar, si bien, en un sentido más amplio, comprende aún a los más remotos.

La familia dice Josserand, ".....se extiende en sentidos diferentes más o menos comprensivos, que podrían representarse por círculos concéntricos de extensión variable". En sentido lato la familia engloba todas las personas unidas por un lazo de parentesco o de afinidad; se extiende hasta límites lejanos que nuestro derecho positivo (francés) establece en un duodécimo grado; en esta acepción descansa a la vez en la comunidad de la sangre, en el matrimonio y en la adopción. En un sentido mucho más restringido y muy diferente designa a la familia, a las personas que viven bajo el mismo techo, padre, madre, hijos y si hubiere lugar, nietos, y aún colaterales; se convierte entonces, o poco menos, en el sinónimo de hogar, de domus; este aspecto no es extraño al legislador: el bien de familia es el inmueble que cobija así a la familia en toda su extensión (8).

(8) Josserand, "Derecho Civil", Tomo I, Vol. II, p. 3. Trad. Española.

Finalmente se entiende, a veces, por familia, la agrupación restringida constituida por el padre, la madre y los hijos, haciendo entrar en ella estos últimos aún en el posible caso de que hayan creado un hogar y de que, a su vez, hayan fundado una familia comprendida en el sentido restringido de la palabra.

Para Josserand, en principio y salvo precisión contraria, el sentido primeramente indicado es el único verdaderamente jurídico en que la familia debe ser entendida: tiene el valor de un grupo étnico intermedio entre el individuo y el Estado.

Puede ser la familia legítima o legal, que es la fundada sobre la unión matrimonial; o natural, que tiene por base la unión libre de dos personas de distinto sexo.

El matrimonio, aunque en sí es una institución diferente a la familia, se haya tan estrechamente unido en nuestra mente a la idea de la familia, que en realidad superponemos frecuentemente ambos conceptos hasta constituir con ellos una sola unidad.

No se puede decir que la familia sea primordialmente una consecuencia del matrimonio y que, por lo tanto, en ello estribe la razón de esa aparente

identidad. Lamentable confusión comenten aquellos que ven en el matrimonio -en su sentido ritual- el elemento jurídico único o primordial o el fundamento exclusivo de la familia.

Hay entre nosotros otra manera de formar la familia, llamada en algunos países a esta situación de hecho de diversa forma: como Unión Libre, Matrimonio de Uso, Matrimonio por comportamiento o concubinato, definidos todos estos conceptos como unión de una mujer con un hombre sin formalización legal, que dependiendo de la sociedad en que se de y de las convicciones culturales y morales de esta posee características diversas.

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

En el Derecho Romano, se da el nombre de Concubinato a una unión de orden inferior más duradera que se distingue así de las relaciones pasajeras que eran consideradas como ilícitas (9).

(9) Petit, Eugenio, "Tratado Elemental de Derecho Romano", ED Nacional, S.A., p. 6, México 1951.

Dicho concubinato sólo estaba permitido entre las personas que fueran púberes, es decir que las facultades físicas del hombre y de la mujer, estuvieran suficientemente desarrolladas, para permitirles realizar el principal objetivo del matrimonio, que ellos creían que es el de tener hijos para la perpetuación de la especie.

En cuanto a los hijos nacidos del concubinato son cognados de la madre y de los parientes maternos, estos estaban sometidos exclusivamente a la autoridad de la madre y no del padre.

También antiguamente existían dos tipos de uniones las justas nupcias y el concubinato.

Posteriormente fue bajo el Imperio de Constantino cuando se reconoció el lazo natural entre el padre y los hijos nacidos del concubinato, designándoles con la condición de liberi.

Finalmente Constantino ofreció a las personas que vivían en concubinato el poder legitimarse casándose en justas nupcias para desaparecer al concubinato, pero Anastasio fue más lejos, pues decidió que en lo presente como en lo futuro todos los hijos nacidos dentro del concubinato podían legitimarse contrayendo Justas Nuptias,

sin embargo el concubinato sigue subsistiendo.

El concubinato a diferencia del matrimonio no tiene una definición concreta ya que son pocos los autores que se han ocupado al estudio del concubinato, sin embargo las costumbres y las leyes de los países a través del tiempo han sido los que han apartado la significación del concubinato, como la cohabitación entre personas de distinto sexo sin estar casados.

Concubinato viene del Latin "concubinatus, o sea, la vida marital de un hombre y una mujer, es una unión de orden inferior más duradera que se distingue de las relaciones pasajeras consideradas como ilícitas" (10).

Algunos autores llaman al Concubinato unión libre, lo cual no debe ser, ya que el concepto unión libre es mucho más amplio, pues la unión libre implica la unión que se encuentra fuera de la ley, que va en contra de la moral y de las buenas costumbres, ya que es la unión de dos o más personas, en cambio la unión concubinaria es la unión de un sólo hombre con una sola mujer.

Rojina Villegas dice "Los elementos del concubinato deben considerarse como: una unión de hecho entre un hombre

(10) Caballero J. Senties, "Enciclopedia Española de Derecho y Administración" UNAM, México.

y una mujer que hacen vida marital y que habitan en la misma casa".

Finalmente es de suma importancia aclarar que nuestra legislación no nos da una definición del concubinato, sólo nos da los elementos que deben concurrir para la existencia de este.

El Artículo 1635 del Código Civil para el Distrito Federal en vigor dice:

"... la concubina y el concubinario tiene derecho a heredarse reciprocamente, aplicándose las disposiciones relativas a la sucesión del conyuge, siempre que hayan vivido juntos como si fueran conyuges durante los cinco años que precedieron a su muerte, o cuando hayan tenido hijos en común, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato".

El Artículo supracitado nos da los elementos que deben concurrir para la existencia del concubinato, y que más adelante trataremos.

B) ELEMENTOS CONCURRENTES PARA LA EXISTENCIA DEL CONCUBINATO

Conforme a las características más sobresalientes que la doctrina atribuye a esta forma restringida, se señalan los siguientes elementos concurrentes:

a) **COMUNIDAD DE VIDA.**- Es absolutamente necesario que esta unión reconozca una comunidad de existencia, alrededor de un hogar, en el cual se vive tanto hacia dentro como hacia fuera, como marido y mujer.

De otro modo, la mujer se cambia por la amante en la apreciación externa y la apariencia de hogar desaparece, aún en el caso de intensificarse las visitas del varón por temporadas.

b) **ESTABILIDAD Y CONTINUIDAD DE ESTA SITUACION.**-El vivir juntos en un hogar aparente no sería suficiente si faltan la estabilidad y continuidad, viviendo establemente en unión marital.

c) **UNA CONDICION DE TEMPORALIDAD.**- Puede ser entendida implicando continuidad, regularidad o duración en las relaciones sexuales; o bien frecuencia, permanencia o hábito en las mismas. Respecto a este elemento el Artículo

1635 de nuestro Código Civil reduce el elemento temporal a una duración de cinco años.

d) UN ELEMENTO DE HECHO.- Consiste en la posesión de estado de los concubinos para tener el nombre, el tractus y la fama de casados. Es decir, vivir como marido y mujer imitando la unión matrimonial. Se discute en la doctrina si debe haber una vida en común con el deber de cohabitación.

Desde mi particular punto de vista deben tratarse como marido y mujer ante la Sociedad con las mismas obligaciones que tienen las personas que se encuentran unidas en matrimonio.

e) PUBLICIDAD DE LA UNION.- La Ley Francesa de 1912 requiere para la investigación de la paternidad que se trate de un concubinato notorio, por lo tanto, la clandestinidad en el mismo impide que se le tome en cuenta para ese efecto jurídico. La publicidad de la unión, se refiere a una verdadera posesión de estado hacia el exterior, produciéndose así una apariencia jurídica a través del trato y la fama, en el más variado tipo de relaciones que pueden ser sociales, económicas, profesionales, etc.

Como dice Puig Peña, "es un pasar ante los vecinos como marido y mujer, y no oponerse, en pública y

caprichosa desautorización, a esa apreciación generosa de las gentes" (11).

Agrega este autor: "Una convivencia a hurtadillas, escondiéndose de la vista pública, en trance de apartar de la apreciación general la nueva nueva situación creada, dificulta (por no decir imposibilita) la unión marital de hecho (12)".

f) UNA CONDICION DE FIDELIDAD.- Si bien no hay concenso unánime sobre este supuesto, buena parte de la doctrina, que apruebo por mi parte, incluye la fidelidad de la mujer, descartándose la "unión marital de hecho" cuando la mujer fácil recibe en el hogar a varias personas extrañas.

Recíprocamente, se exige al varón unilateralidad, desde que se vive con una sola mujer en un hogar monogámico.

g) UNA CONDICION DE SINGULARIDAD.- Esta condición consiste en la existencia de una sola concubina.

h) CAPACIDAD LEGAL PARA CONTRAER MATRIMONIO.- Este

(1) Puig, Peña Federico, "Las Uniones Maritales de Hecho", Revista de Derecho Privado, num. 393, p. 1088, Madrid 1949.

(2) Op cit. p. 1089.

elemento consiste en exigir a los concubinos la misma capacidad que se requiere para contraer matrimonio, principalmente el de que sean célibes o sea, que no exista el impedimento de un vínculo anterior.

La ficción de matrimonio, y el encontrarse sujetos en trance de poderse casar en cualquier momento, exige precisamente de la capacidad consiguiente, que debe concurrir tanto en el varón como en la mujer.

C) EFECTOS JURIDICOS RECONOCIDOS AL CONCUBINATO EN LA LEGISLACION MEXICANA.

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

Conviene precisar estos conceptos: en primer lugar, no son jurídicamente concubinato las uniones transitorias entre hombre y mujer. El derecho sólo reconoce ciertos efectos a la vida en común permanente que de hecho, sin formalidad alguna legal, tiene lugar entre un hombre y una mujer. La permanencia de esta vida en común, debe prolongarse por cinco años como mínimo, lapso en el cual debe tener la cohabitación (el disfrute de una casa común entre los concubinos) y en segundo lugar, como es natural se requiere que ninguno de los concubinos sea casado. Sólo en

estas circunstancias nace el derecho a heredarse reciprocamente (Artículo 1635 del Código Civil para el Distrito Federal).

El concubinato da lugar a que se presuman hijos del concubino y de la concubina, los hijos concebidos por ésta, durante el tiempo en que vivieron juntos, habitando bajo el mismo techo (Artículo 382 del Código Civil para el Distrito Federal).

Asimismo se presumen hijos del concubinario y de la concubina, los nacidos después de 180 días contados desde que comenzó el concubinato y los que nazcan dentro de los 300 días siguientes a aquel en que cesó la cohabitación entre el concubinario y la concubina (Artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal).

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

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

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

OTROS EFECTOS

La Ley Federal del Trabajo (Artículo 501) establece que a falta de cónyuge superstite, la indemnización por la muerte de un trabajador, debida a riesgo profesional, corresponderá a las personas que económicamente dependan parcial o totalmente del trabajador fallecido. Entre dichas personas se cuentan la concubina o el concubinario, con quién el trabajador que ha muerto, a causa de un riesgo profesional, hacia vida en común.

La Ley del Seguro Social (Artículo 73) a falta de esposa, da derecho a la concubina, a recibir la pensión que establece la Ley en los casos de muerte del asegurado, por riesgo profesional, si vivió con el trabajador fallecido durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte y si ambos han permanecido libres de matrimonio durante el concubinato.

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

la Ley del Seguro Social).

El Código Agrario de los Estados Unidos Mexicanos, en su Artículo 163, otorga a la concubina la sucesión en los derechos agrarios del ejidatario en las circunstancias que señala.

El derecho a la pensión que por fallecimiento de un militar corresponde a la concubina, de acuerdo a la Ley de Retiros y Pensiones Militares, ha sido reconocido por la Suprema Corte de Justicia con un criterio amplio y generoso, declarando a este respecto que "es evidente que el derecho moderno en sus recientes disposiciones, especialmente en las de carácter laboral, ha ampliado a tal extremo los beneficios que deben reconocerse a la esposa legítima". (Revisión Fiscal 321-1954. Resuelta el 2 de febrero de 1955).

De lo anterior cabe hacer notar que algunas de las legislaciones mencionadas, hablan únicamente de los derechos reconocidos en la legislación mexicana a la concubina, excluyendo así al concubino. ¿Por qué razón? lo ignoro, probablemente se deba a que en la mayoría de los casos se busca la protección de la mujer y los hijos, pero podría

cometerse una injusticia en cuanto a no referirse al concubino, por lo que debería tratarse de brindar una igualdad jurídica entre el varón y la mujer, aunque respetándose las características propias de cada uno y las circunstancias de cada caso.

D) EL CONCUBINATO EN LA LEGISLACION DE ALGUNOS PAISES

Para entrar al estudio de este tema señalaremos algunos tipos de matrimonio ofrecidos por la legislación comparada en las cuales llega a equipararse al concubinato con el matrimonio por cuanto a los bienes (13).

a) Matrimonio puramente confesional (Grecia, Bulgaria, Yugoslavia, Polonia).

b) Matrimonio confesional preferente y matrimonio civil subsidiario; o sea, el sistema en que el matrimonio religioso rige con carácter obligatorio para cuantos profesan la religión oficial y la legislación es total o civil, sólo se aplica subsidiariamente en el caso de que los contrayentes, o uno de ellos, declaren no profesar aquella religión (España, Italia, Portugal y Noruega).

c) Matrimonio facultativo, en el que los contrayentes son libres para celebrarlo ante el oficial del Estado o ante el ministro de una Iglesia admitida, con tal de que en este último caso, y si no se trata de una Iglesia

(13) Fernández, Clérigo Luis, "El Derecho de Familia en la Legislación Comparada", p. 10, ED. Uteha, México 1947.

absolutamente oficial: se tome razón en los libros de registros establecidos por el Estado (Inglaterra, Suecia, Finlandia, Checoslovaquia, Dinamarca, Irlanda, Haití y varios de los Estados Unidos del Norte, éstos últimos en virtud de la consagración del principio de absoluta libertad contractual inspirada en su legislación).

d) Matrimonio estrictamente civil y solemne ante el oficial del Estado y absolutamente independiente de toda formalidad religiosa (Francia, Bélgica, Holanda, Alemania, Suiza, Rumania, Turquía, Brasil y en general las restantes Repúblicas de centro y Sudamérica).

e) Matrimonio estrictamente civil y contractual no solemne en el que se atiende puramente al consentimiento y a la prueba de la voluntad (Rusia Soviética, Estados Unidos de Norteamérica y Escocia en el matrimonio llamado "Gretna Green").

Al concubinato en algunos países se le ha dado diversos tratamientos, tal es el caso que:

En Cuba, en su Constitución vigente de 1940, del 10 de Octubre, dispone en el párrafo sexto de su Artículo 43, que:

"Los Tribunales determinarán los casos en que por razón de equidad, la unión entre personas con capacidad legal, para contraer matrimonio será equiparada por su estabilidad y singularidad al matrimonio civil".

En el precepto transcrito, el concubinato ya no es un matrimonio de grado inferior, sino que se hace una equiparación absoluta con la unión legítima, pero se deja a la decisión de los Tribunales que principalmente deben fundarse en razones de equidad, para resolver en este sentido, siempre y cuando las partes para contraer matrimonio hayan realizado una unión estable y singular.

En Bolivia, en su carta Magna del 24 de Noviembre del 1945, dispone a la letra que:

"Se reconoce el matrimonio de hecho en las uniones concubinarias, con el sólo transcurso de dos años de vida en común, verificada por todos los medios de prueba o el nacimiento de un hijo, siempre que las partes tengan capacidad legal para contraer el enlace. La Ley del Registro Civil, perfeccionará estas uniones de hecho (14).

En Guatemala, el 26 de Noviembre de 1947 en que fue publicado el diario de Centroamérica - órgano oficial del gobierno de dicha república- vigente, en su Artículo

(14) Ortiz, Urquidí Raúl, "El Matrimonio por Comportamiento" p. 103, México 1955.

35, el Estatuto de la Uniones de Hecho, expedido por el Congreso Guatemalteco el 29 de Octubre de 1947, y publicado por el Presidente Arévalo el 20 del citado Noviembre, en efecto el citado congreso menciona:

"considerando que para cumplir con el precepto constitucional -Artículo 74- y en presencia de la realidad Guatemalteca, es urgente determinar cuáles uniones entre personas capaces de contraer matrimonio deben equipararse por su estabilidad y singularidad al matrimonio civil",

"considerando que es función del Estado la Protección de la familia, en todos sus aspectos, y que de este deber se deriva el de garantizar la justa y equitativa distribución del patrimonio familiar en forma tal que queden asegurados los derechos de los hijos y de la madre"

Dictó el mencionado estatuto del que transcribimos a continuación dos Artículos por ser los medulares y que así dicen (15).

Artículo 10. Se reconoce legalmente la unión de hecho de un hombre con una mujer, con capacidad para contraer matrimonio y con el fin de vivir juntos, procrear, alimentar, educar a sus hijos y auxiliarse mutuamente, mantenida en forma pública y consecutiva por más de tres

(15) Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México, Universidad Nacional, Año I, Núm. I, p.p. 129-134, Enero -Abril 1948.

años, siempre que estos hubiesen fundado hogar y que ambos se hayan tratado como tales ante sus familiares o relaciones sociales.

Artículo 2o. Las uniones verificadas y mantenidas públicamente por los elementos de la raza indígena, celebradas de acuerdo con sus costumbres, tradiciones o ritos, se tienen como uniones de hecho y gozan de los derechos establecidos en la presente Ley, aún cuando no hayan cumplido el tiempo previsto en el Artículo anterior, pero es indispensable que esa unión de hecho se haga constar en la forma prescrita en el Artículo 7o. o sea declarada judicialmente y se inscriba en el Registro Civil Jurisdiccional, las uniones mencionadas en el presente Artículo, reúnen los requisitos de estabilidad y singularidad previstos en el párrafo 2o. del Artículo 74 de dicha Constitución.

En Venezuela, su legislación no resuelve el problema en la forma integral en que lo hacen las acabadas de citar, pero si toma en cuenta su aspecto patrimonial, al presumir, Juris Tantum, la comunidad de bienes entre los unidos según puede verse en el Artículo 767 de su Código Civil del 13 de Agosto de 1942 que empezó a regir el 1o. de

Octubre del mismo año y que así dice:

"Se presume la comunidad, salvo prueba en contrario, en aquellos casos de unión no matrimonial cuando la mujer demuestra que ha vivido permanentemente en tal estado y ha contribuido con su trabajo a la formación o aumento del patrimonio del hombre, aunque los bienes cuya comunidad se quiere establecer aparezcan documentados a nombre de uno solamente, tal presunción solamente surte efectos legales entre ellos dos y entre los respectivos herederos y también entre uno de ellos y los herederos del otro, salvo caso de adulterio".

Según se ve anteriormente, el precepto venezolano sólo aborda la mencionada cuestión patrimonial de la comunidad de bienes, sin embargo viene a constituir, con los relativos de los demás países, que de una u otra forma se han encarado con el problema, una clara sintomática de la viviente preocupación de los legisladores de nuestros tiempos sobre una cuestión tan palpitante, a la que tarde o temprano seguramente se enfrentaran todos los que ahora han pretendido ignorarlo.

En el caso de Uruguay, procede el embargo de bienes del demandado, cuando se invoca la existencia de un concubinato prolongado a consecuencia del cual se ha creado una sociedad de hecho entre los concubinos. El actor en

este caso, debe acreditar los hechos con prueba que haga presumible el fundamento con que litiga. El Tribunal, sin prejuzgar sobre el fondo del asunto, puede admitir esa prueba si la considera convincente y decretar el embargo. Este debe recaer, exclusivamente sobre la mitad de los bienes adquiridos durante la vigencia de la sociedad" (16).

Rusia, nadie puede dejar de pensar en que siendo Rusia el país que más radicalmente ha pretendido transformar su organización económica y social, sea el que ofrezca, por lo menos entre los países extranjeros el tipo de legislación más avanzada al respecto. En el Código del Matrimonio, La Familia y la Tutela que rige en Rusia, se hace una equiparación entre el matrimonio celebrado ante el oficial del registro civil y la unión que por mutuo acuerdo se establece entre el hombre y la mujer que han llegado a la edad núbil, para originar un estado de vida más o menos permanente.

El Artículo 3o. textualmente dice:

"Las personas que vivan maritalmente de hecho y cuyo matrimonio no este registrado conforme al sistema establecido, tienen el derecho de formalizar en cualquier momento

(16) Fernández Clérigo, Op. Cit. p. 17.

sus relaciones mediante el registro indicando el plazo en que efectivamente hubiesen vivido en común".

El Artículo 12 establece:

"En el caso de que el matrimonio no se haya registrado, el tribunal admitirá como pruebas la cohabitación marital: el hecho de la cohabitación, la existencia de ésta, junto con una economía común, la exteriorización de las relaciones de carácter matrimonial ante terceras personas, en la correspondencia personal y otros documentos, así como, según las circunstancias del caso el sustento material recíproco y la mutua educación de los hijos"

En la regulación que antecede se desprende que el Código Ruso hace una absoluta equiparación entre el matrimonio y el concubinato siempre que éste reúna las siguientes condiciones:

- a) Cohabitación marital,
- b) Economía común entre las partes,
- c) Esteriorización de las relaciones maritales ante terceras personas, y
- d) Sustento marital recíproco o mutua educación de los hijos si los hubiere.

En Escocia el matrimonio se perfecciona por el

simple consentimiento de los contrayentes que tengan capacidad para celebrarlo, manifestando ante un magistrado o un ministro de la religión de aquellos que la profesen o solamente ante dos testigos, y de acuerdo con su naturaleza consensual, puede también disolverse por mutuo consentimiento de los consortes, aunque haya hijos, y siempre que en este caso se adopten las medidas necesarias para que queden debidamente protegidos los menores de edad; en la inteligencia de que el matrimonio "Gretna Green", como también se le ha denominado, sólo se refuta válido si los que lo contraen tienen las condiciones de capacidades exigidas por la Ley para celebrarlo. (17)

El matrimonio consensual en algunos Estados de la Unión americana es consecuencia de los principios de la libertad que presiden los lazos de la vida civil de los Estados Unidos de Norte América, una gran parte de las leyes de esos Estados admiten el matrimonio puramente contractual y su perfeccionamiento mediante el consentimiento de los contrayentes, manifestada ante el funcionario público competente, también es admitido ahí el matrimonio llamado "Common Law" o sea por la simple convivencia de los

(17) Fernández Clérigo, Op. Cit. p. 19.

consortes, el cual tiene un aspecto casi coincidente con el concubinato o unión libre.

El matrimonio Common Law en la mayoría de los Estados que lo permiten, se forma por el simple consentimiento de un hombre y un mujer de tomarse como esposos. El modo de celebrarse se reduce en extremo. No hay necesidad del consentimiento de los padres, ni de la presencia de los testigos, o de ninguna ceremonia alguna.

Por otra parte los tribunales franceses, colocados frente a las uniones libres y a la diversidad de situaciones por ellas creadas, se han inclinado ante la realidad y han tenido que reconocerles ciertos efectos jurídicos, en una jurisprudencia que es digna de mención aunque sólo sea sucintamente.

Cuando las relaciones sexuales se han iniciado con un acto de seducción, el hombre que las rompe ha sido condenado, sobre la base de culpa originaria, a indemnizar a su compañera por el perjuicio que le hubiere causado. Más, cuando no ha mediado seducción y la mujer se ha entregado voluntariamente a la unión conyugal de hecho, no ha sido posible condenar al amante que le hubiese puesto término, ya que no podía inculparsele nada. Sin embargo, como el

concubino ha podido prometer a la concubina una cierta suma de dinero como reparación voluntaria del perjuicio que, en su concepto, haya podido sufrir esta última, debido a la pérdida de su reputación, a su falta de aptitud para luchar por la vida, etc. los tribunales franceses han reconocido la eficacia de esos compromisos aduciendo la existencia de una obligación natural como causa válida de ellos.

Aplicando la misma idea, han declarado también válidas las donaciones entre concubinos, cuando están destinadas a asegurar el porvenir de uno de ellos, después de la ruptura de la unión; y no así las destinadas a mantenerlas, por refutarlas ilícitas. Algunas decisiones han reconocido, por otra parte al derecho a la concubina a reclamar una indemnización contra las personas responsables de la muerte de su compañero. Cuando los concubinos se hacen pasar por esposos, y la concubina ha hecho adquisiciones para proveer a las necesidades del hogar, los tribunales han declarado a ambos solidariamente responsables por las resultas de esas operaciones.

Por último, en cuanto a los bienes, ha sido admitida la existencia de una sociedad de hecho, en el caso de no haberse otorgado ningún documento.

El Legislador Francés, por su parte, ha alimentado ese movimiento jurisprudencial, permitiendo por la Ley de 16 de Noviembre de 1912, la investigación de la paternidad en caso de concubinato, y ciertos derechos a la concubina por las leyes de emergencia dictadas durante la guerra de 1914 a 1918.

En definitiva, puede decirse que en el Derecho Civil Francés, el concubinato o unión libre no es una mera situación de hecho carente de trascendencia, sino una situación que no puede dejar de considerarse jurídica por las consecuencias jurídicas que es susceptible de producir; y que existe una tendencia favorable para su reconocimiento exteriorizada en la jurisprudencia y en la legislación.

E) RASGOS AFINES ENTRE MATRIMONIO Y CONCUBINATO

El matrimonio y el concubinato tienen puntos de contacto demasiado notables. En ambas figuras coincide el consentimiento y la libre voluntad que en ambos casos es indispensable para integrar la unión; en ambas persiste las finalidades naturales que impulsan a fundar la familia y perpetuar la especie; es la necesaria condición de que en ambas figuras el hombre y la mujer que configuran el matrimonio o el concubinato en su caso permanezcan libres de matrimonio al constituir la unión y después de constituirla, en ambas figuras exista la aportación de satisfactores económicos con miras a la continuidad y persistencia del lazo sobre bases sólidas o a la consecución paulatina de esos satisfactores que se traduce en la adquisición de un patrimonio social, entendiéndose esto como la ayuda mutua para llevar el peso de la vida.

El concubinato surge con la unión de un hombre y una mujer, para perfeccionarse en el hogar y proveer a las necesidades de la familia así constituida; nace esta relación con fines idénticos al matrimonio tales como la digan propagación del género humano, la ayuda mutua y los deberes de protección y socorro, los concubinos llevan una vida en común, uniendo sus esfuerzos y combinando sus

recursos de modo normal y constante, persiguiendo la fundación de un hogar y atender a las necesidades económicas y educativas de la prole; la vida en común debe ser cierta y estable entre personas que sean y permanezcan libres de matrimonio, siendo indispensable que el hombre tenga una sola concubina y viceversa, por ello el concubinato reviste el carácter monogámico que encontramos en el matrimonio.

Hay que considerar que en el ancho campo de las relaciones humanas la familia debe contar con satisfactores económicos que aportan los padres de manera obligada ya sea que se trate de personas casadas o de concubinos, y argumentando como el maestro Recansen Sichez "la motivación radical de la familia en todas las varias formas que esta presenta en la historia, consiste en la necesidad de cuidar, alimentar y educar a la prole" y nos apoyamos aun más en que "La familia tiene en todos, o por lo menos en la mayor parte de sus formas, las siguientes características:

- 1) Una relación sexual continuada,
- 2) Una forma de matrimonio o institución equivalente de acuerdo con el cual se establece y se mantiene la relación sexual;
- 3) Derechos y deberes entre los esposos y entre

los padres y los hijos (19).

Si analizamos los elementos de existencia y de validez del matrimonio de los que ya hemos hablado en el presente trabajo encontramos respecto a los elementos de esencia, que en ambas figuras existe la libre voluntad de los contrayentes; el objeto consistente en la unión de un solo hombre y una sola mujer para hacer vida en común, ayudarse recíprocamente a soportar el peso de la vida, el débito carnal y el auxilio espiritual así como cuando haya hijos toda la serie de consecuencias que en relación a estos establece la Ley, por otra parte por lo que respecta a los elementos de validez. existe en ambas figuras entre los contrayentes la capacidad requerida para ser titulares de derechos y obligaciones y cumplir con estos, por otra parte si analizamos nuestra legislación, no existe regulado ningún impedimento para su formación, pero si analizáramos los impedimentos existentes para la formación del matrimonio que establece el Artículo 156 del Código Civil para el Distrito Federal. encontramos que pueden ser aplicables al concubinato:

(19) Recansen, Sichez Luis, "Tratado General de Sociología" ed. 1a. p.p. 425-429.

a) La falta de edad, esta deberá ser cuando ambos concubinos estén en posibilidades de procrear hijos,

b) La falta de consentimiento solamente en el caso de que los menores de edad estén en posibilidades de procrear hijos y se unen para formar concubinato, los cuales deberán obtener dispensas, por quien deba otorgarlo,

c) El parentesco en la forma prevista en la Fracción III de los impedimentos matrimoniales,

d) El parentesco de afinidad,

e) El atentado contra la vida de alguno de los casados, solamente es aplicable para el caso de que un concubino atente contra la vida del otro concubino para quedar en posibilidad de unirse con otra persona,

f) La fuerza o miedo graves, en caso de rapto, el impedimento subsiste, ya que no existe la manifestación libre de la voluntad,

g) La embriaguez habitual y el uso indebido y persistente de drogas y enervantes,

h) El idiotismo y la imbecilidad, el impedimento subsiste, por haber impedimento en la manifestación de la voluntad,

1) El matrimonio subsistente con persona distinta de aquella con quien se pretenda contraer.

Como se puede observar en el concubinato al igual que en el matrimonio los impedimentos dispensables solo podran ser la falta de edad y el parentesco por consanguinidad en linea recta desigual, y en general los que traigan nulidad relativa, en consecuencia no son dispensables los que originen nulidad absoluta anteriormente ya explicados.

Nótese que sólo hay una diferencia formal entre concubinato y matrimonio: En el matrimonio la voluntad se ha manifestado ante el Oficial del Registro Civil y se ha firmado una acta, es decir es cuestión de una formalidad, la diferencia que existe entre el matrimonio y el concubinato.

Puede resultar indigno que se pretenda defender al concubinato y hasta inmoral que se admita y propicie su advenimiento, pero la fenomenologia que opera en las profundas capas del devenir social no se detiene, la interaccion de tal fenomeno ha transformado la humanidad paulatinamente y seguira surgiendo esta forma de formar la familia porque jamas sera aceptable un concepto de sociedad estatica, creemos fundadamente que la sociedad no ha

alcanzado su climax ni conocemos las experiencias del futuro.

Desde mi particular punto de vista lo ideal sería defender, sostener y propugnar por un movimiento que tienda a la solidificación del matrimonio como única base capaz de fundamentar el organismo familiar, pero el monstruo social, avasallador, no retorce, impone cambio, establece transformaciones y adopta modalidades de vida en la esfera familiar, siendo causa obligada para que el legislador y el jurista antes de hacer la Ley o de interpretarla, considere que ante todo se es persona humana sujeta al fenómeno social y que es imperativo y hasta necesario respetar y proteger los estados matrimoniales de hecho como es el concubinato y los efectos legales que produce.

Recuerdese que no se quiere fomentar el concubinato, pero el legislador no puede desconocer la idiosincracia del pueblo mexicano y sus convicciones religiosas tan profundamente arraigadas negando el matrimonio religioso equiparandolo a concubinato, aunque no lo diga expresamente, resultando consecuentemente que una inmensa mayoría de uniones este fincada sobre las bases del concubinato, cuyo fenómeno se observa predominantemente entre las clases obreras y campesinas del país, y también en

una proporción considerable de personas con una posición social, y cultural reconocida.

Como consecuencia de lo anterior es digno de preocupación y de mejor suerte el problema que se refiere al concubinato, sobre todo porque este tiene de hecho características de verdadero matrimonio debido a su pureza y permanencia; de modo que si ya existen disposiciones que regulan algunos aspectos de dicha unión marital, procede reglamentar la situación que resulta en el orden económico entre concubinos, aplicando las disposiciones relativas al contrato de sociedad como lo veremos mas adelante.

CAPITULO I U

EL CONCUBINATO EN RELACION CON LOS BIENES

- A) TEORIA DE LA SOCIEDAD DE HECHO
- B) TEORIA DE LA COMUNIDAD DE BIENES
- C) TEORIA DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO
- D) TEORIA DE LA EQUIDAD

C A P I T U L O I V

EL CONCUBINATO EN RELACION CON LOS BIENES

El derecho civil se interroga sobre si debe o no disciplinarse en los ordenamientos positivos al concubinato.

Nuestra ciencia social por excelencia, no puede inadvertir sucesos de la realidad y debe abordar el tema y estudiar soluciones.

Como dice Calixto Valverde, responsabilizando al legislador: "Aunque doloroso confesarlo, el concubinato es un hecho que no debe pasar inadvertido por el legislador, pues no es lícito a este volver la espalda a la realidad, desdeñando legislar sobre él, como si la vida se desarrollara a voluntad del gobernante". Añade Valverde enseguida: "Con inhibir antes un hecho tan frecuente no se impide su existencia, ni se disminuye su uso, y por otra parte se desampara y con ello se perjudican intereses legítimos de terceras personas" (1).

(1) Calixto Valverde, "Tratado de Derecho Civil Español", Tomo IV, p. 156, Valladolid 1938.

Finalmente la mejor confirmación de que la materia necesita de tratamiento en los trabajos sobre derecho, está constituida por la presencia de fallos de los tribunales de justicia, dictados prácticamente en algunos países, los cuales han debido dirimir alguna controversia entre las muchas a que pueden dar origen al concubinato.

Una de ellas las relaciones patrimoniales en el concubinato, en donde existe vida marital y una cuestión de bienes, entre los sujetos, que busca solución, ya que en la realidad inegablemente hay un remedo de matrimonio y un problema natural de bienes.

Nuestra Legislación Mexicana ha reconocido ciertos efectos jurídicos en relación con el concubinato, pero se ha olvidado de la cuestión que puede dar origen al problema de los bienes en el concubinato, a este respecto circunscribire el tratamiento que le han dado algunos países en este tema.

A) TEORIA DE LA SOCIEDAD DE HECHO

Descartando que entre los concubinos haya existido una sociedad de derecho, presentándose el caso de que haya regido una sociedad de hecho, que puede ser regular si se cumplen con los requisitos de fondo de la sociedad,

aunque no se hayan practicado solemnidades, o que puede ser irregular si no cumple con los requisitos de sociedad por cuanto es nula como sociedad.

Los autores se fundan, para establecer esta figura, en la necesidad de una sociedad o asociación sobre los bienes.

CASO DE JURISPRUDENCIA: CONCUBINATO DIRECTO QUE DIO NACIMIENTO A UNA SOCIEDAD DE HECHO, IRREGULAR.

Concubinato directo que dio nacimiento a una sociedad de hecho, irregular, la concubina demanda al concubino para que sea liquidada la sociedad de hecho irregular, que existió entre ambos. Expresa que ambos se juntaron a vivir y a trabajar, conviniéndose entre ellos que las utilidades del trabajo se dividirán por mitad. Se iniciaron sin aportes, y el giro fue un taller de Zapatería (2).

La concubina intervenía directamente en el giro, encargándose de comprar materiales, de vigilar el personal, de vender productos, inclusive fuera del lugar de giro, también colaboraba en el mismo local del giro en calidad de operario principal.

(2) Sentencia del 17 de Octubre de 1900, p. S11, Numero 6,035, Santiago de Chile.

El Juzgado de primera instancia rechazó la demanda. La Itma Corte de Apelaciones de Santiago, sin embargo, revocó la sentencia de primera instancia y declaró que de la confesión del demandado se desprende que durante doce años que vivió en concubinato con la demandante, y que durante ese tiempo trabajaron juntos y para ambos en un taller de zapatería de obra de pacotilla, único negocio en que se ocupaban. También de la misma confesión se desprende que se obtuvieron valores de este giro, los cuales se invirtieron en destinos concretos, igualmente confesados.

Agrega esta sentencia de Segunda instancia, mas adelante "Que no existiendo lazo legal alguno que diera preeminencia al demandado sobre la demandante, ni contrato que hayan podido mejorar su situación y derechos dentro de la comunidad, ni resultado tampoco de los antecedentes producidos en autos mérito bastante para acordar al trabajo o administración del concubino una remuneración mayor que la que debe corresponder a la concubina, cumple reconocer a los comuneros sobre las ganancias obtenidas con el trabajo de ambos un derecho igual, y que en consecuencia, los bienes comunes deben repartirse por mitad", "Cualquiera de los comuneros tiene derecho para pedir la liquidación de la comunidad y división de las cosas comunes, la cual debe

practicarse con sujeción a las disposiciones que reglan la partición de la herencia".

CASO DE JURISPRUDENCIA: CONCUBINATO DIRECTO QUE DIO LUGAR A UNA SOCIEDAD DE HECHO, IRREGULAR.

Después de seis años de vida marital, la concubina se presenta judicialmente, pidiendo que se liquide una sociedad irregular de hecho existente con el concubinato. Pide además, que se le restituya su aporte, consistente en un almacén de abarrotes (ultramarinos) y una cantina, que avalúa en un mínimo de \$8,000, debiendo considerarse los intereses. (3)

Explica también su aporte de trabajo personal, que al del concubino, tenido por experto en estos giros.

En el juicio se acreditó la posesión de la mujer sobre los señalados establecimientos al tiempo de empezar el concubinato y nada se logró probar por el concubinato en orden a que fueran de su exclusivo dominio, como alegó al contestar la demanda.

Tanto el Juez de primera instancia como la Itma Corte de Apelaciones de Santiago, acogieron la demanda. La

(3) Sentencia de la Suprema Corte, Santiago de Chile, 26 de Septiembre de 1906. Revista, 1a. Parte, Sec. A. p.p. 1 y sigs.

Excma. Corte Suprema rechazó el recurso de casación interpuesto por el demandado.

En esta oportunidad el tribunal reitero sobre las sociedades de hecho lo siguiente: "Cuando dos o más personas estipulan poner algo en comun, con el objeto de especular y repatir entre si los beneficios que de ello provengan, sin sujetarse a las solemnidades prescritas en el Código de Comercio para la institución de las sociedades, no puede la comunidad refutarse como una sociedad legalmente constituida, sino como una simple sociedad de hecho, acreditándose ésta por cualquier medio de prueba que este Código reconoce".

Ademas. La Excma. Corte Suprema se atuvo al pacto de las partes la forma de hacerse la distribucion de las utilidades, pues estableció que en este caso debian "distribuirse por mitad entre los socios segun acuerdo celebrado por ellos, al designar la cuota que del beneficio eventual debia corresponderles".

En nuestro pais el régimen de sociedad conyugal, es uno de los regimenes que regulan nuestro Código Civil. en este régimen por medio de las llamadas capitulaciones matrimoniales.

La Ley establece muchas posibilidades para que los consortes puedan pactar libremente, adaptándolos a su voluntad, por ejemplo, sobre todos los bienes o solamente en parte, sobre los bienes presentes y futuros, sobre los adquiridos anteriormente al matrimonio, sobre los frutos e inclusive sobre los productos de uno o ambos cónyuges.

El Régimen de Sociedad Conyugal requiere de elementos esenciales y de validez como lo hemos analizado en el Capítulo de los Regímenes Patrimoniales.

Este régimen se encuentra contenido en los Artículos 183 a 206 del Código Civil en vigor para el Distrito Federal.

El Artículo 183 del Código civil, por su parte nos dice: La Sociedad conyugal se regirá por las capitulaciones matrimoniales que lo constituyan, y en lo que no estuviera expresamente estipulado, por las disposiciones relativas al contrato de Sociedad.

En el Régimen de Sociedad conyugal es determinante

el consentimiento para aportar determinados bienes a la sociedad conyugal, tal como lo previste el Artículo 189 del Código Civil, así como por su voluntad ambos consortes determinarán quien será el administrador de ésta, que en la realidad de nuestra sociedad es el marido quien tiene todas las facultades inherentes al cargo, por otra parte los consortes aportan el régimen bienes presentes, o futuros, así como deudas y obligaciones cuyo objeto y finalidad es "lograr el sostenimiento del hogar" o "cubrir los gastos de la familia" (Artículos 164 y 168 del Código Civil).

Las aportaciones que se hacen a la sociedad conyugal no son en propiedad, esto es que no implica una transmisión definitiva de propiedad puesto que cuando se disuelve la sociedad conyugal deben devolverse los bienes que aportó cada cónyuge (Artículo 204).

La sociedad conyugal no crea tampoco una específica obligación, propia de este régimen matrimonial de bienes, puesto que como ya se indicó, la obligación de contribuir al sostenimiento del hogar o a los gastos de la familia, es una obligación que la Ley impone y que existe a cargo de los dos cónyuges cualquiera que sea el régimen de bienes entre ellos (Artículo 164).

La forma de las capitulaciones deberá ser por

escrito, y para celebrar estas se requiere la misma capacidad que la que se exige para celebrar el matrimonio y por lo tanto, de acuerdo con el Artículo 181 del Código Civil, los menores que con arreglo a la ley puedan casarse también podrán otorgar capitulaciones matrimoniales las cuales serán válidas si consienten en ellas las personas que de acuerdo con la Ley deban dar su autorización.

La terminación de la Sociedad Conyugal se puede dar por acuerdo de voluntades, por divorcio o por muerte de cualquiera de los cónyuges.

En materia de Capitulaciones matrimoniales el Legislador reconoce la más amplia libertad para fijar el contenido de las mismas, siempre que las cláusulas que se convengan no contraríen al orden público ni vayan en contra de los fines del matrimonio (Artículo 182).

De lo anteriormente expresado es de entenderse que la sociedad conyugal es el vínculo contractual que nace entre los esposos que combinan sus recursos y esfuerzos.

Sin embargo, del texto del Artículo 2691 del Código Civil, se desprende la existencia de una sociedad de hecho, es decir una vinculación jurídica que la misma ley acepta como sociedad que, careciendo de forma produce no

obstante efectos jurídicos entre los socios en relación con terceros, pues aquellos no pueden oponer a estos la falta de forma en tanto no se pida y practique la liquidación respectiva. en este caso la falta de forma hace que cualquiera de los socios pida y obtenga en cualquier momento que se proceda a la liquidación de la sociedad. de acuerdo con lo convenido y de no ser posible por falta de estipulaciones debe liquidarse conforme a las reglas que el mismo Código establece.

Interpretando la voluntad del legislador se estima que del mencionado Artículo 2691, conviene distinguir dos situaciones diferentes, en el primer caso se refiere al contrato de sociedad debidamente celebrado y que produce todos los efectos; en el segundo afecta un contrato de sociedad celebrado sin formalidad alguna, bastando, se supone, el solo consentimiento de las partes contratantes. Distingue en este último caso dos circunstancias: que haya o que no haya convenio expreso para proceder a la liquidación; no habiendo pacto la ley reconoce sin embargo efectos al contrato y acepta, según se infiere una sociedad de hecho de modo consensual palpable y cierta por lo cual la ley reconoce y sanciona sus efectos. llegando incluso a preceptuar que en ausencia de convenio que sirva de base para la liquidación, ésta se hará conforme a las

reglas que el mismo Código señala, todo lo cual equivale a sostener la existencia y validez de las sociedades de hecho, en donde el consentimiento de los socios es la causa única y generadora del contrato social.

Por otra parte, el Código Civil como lo hemos analizado no dice expresamente en que consiste la sociedad conyugal y en el Artículo 183 nos dice: "Y lo que no estuviera expresamente estipulado se regira por las disposiciones relativas al contrato de sociedad".

Hemos hecho el análisis anterior, porque desde mi particular punto de vista, debe admitirse que en el concubinato puede existir una sociedad de hecho como régimen patrimonial; ya hemos hablado que el concubinato es una de las formas sociales de fundar la familia.

Pero el concubinato debe ser estudiado desde dos angulos distintos:

A) Como hecho jurídico entre un hombre y una mujer libres de matrimonio que unen sus vidas de forma continua, permanente y notoria para fundar un hogar públicamente cierto, y

B) Que ese hecho jurídico es generador de relaciones económico-patrimoniales a causa de la vida en

común, esto es incuestionable y observa gran similitud con el estado patrimonial.

El concubinato ha recibido una determinada protección legal en cuanto a sus consecuencias ya numeradas en el presente trabajo, pero es pertinente apuntar que hace falta una reglamentación de las relaciones de carácter económico entre concubinos que surge con motivo de la unión marital, una verdadera comunidad de intereses de orden patrimonial que produce precisamente una efectiva sociedad de hecho, digna de aquilatarse y cuya regulación es necesaria y urgente porque en efecto, los concubinos aportan bienes y esfuerzos o adquieren con posterioridad diversos satisfactores económicos mediante la combinación de sus recursos hasta llegar a la integración de un patrimonio obtenido, conservando a través de sacrificios y esfuerzos comunes que debe pertenecer a ambos por igual.

Ahora bien debemos percatarnos que ni el matrimonio ni el concubinato son estados perfectos y duraderos como forma de fundar la familia; es de suceder que a la conclusión del concubinato sin atender a sus causas debe finiquitarse también el problema relativo a la repartición del haber común, observándose ciertas formalidades, y a cuyo propósito debe enderezarse la

voluntad del legislador, pues, a la fecha no existe reclamación sobre el particular.

En la práctica, en este caso el pez grande se engulle al chico y uno de los concubinos abusando de su poder y de su fuerza, de las circunstancias en cada caso o de la situación de privilegio por cuanto los documentos que acreditan los derechos de propiedad de los bienes comunes, afirma su posición ventajosa como único dueño en detrimento de otro sin tomar en consideración que el patrimonio se obtuvo por la adquisición mancomunada o se conserva gracias al esfuerzo y trabajo de ambos concubinos, en cuyo caso es de exigirse un reparto justo y equitativo con sujeción estricta e interpretación adecuada de los términos de sociedad y haber social.

Debe equipararse pues el concubinato en relación con sus bienes a una sociedad de hecho carente de forma establecida por la Ley, lo que se busca es que el Estado proteja debidamente las relaciones económicas entre concubinos, especialmente en lo que se refiere a la forma de liquidar el patrimonio común en el momento de producirse la terminación del vínculo con apego fiel a las disposiciones del contrato de sociedad en cuanto resulten aplicables a caso concreto. Determinando únicamente que existe una sociedad de hecho y un patrimonio social por

repartirse igualmente tanto en sus utilidades o en sus cargas.

Debe por lo tanto la legislación al concubinato darle aspecto y reconocerle efectos de sociedades de hecho, de carácter irregular y por lo tanto las divergencias entre concubinos con causa a la adquisición, tenencia y administración de los bienes comunes, se resuelva conforme a las reglas del contrato de sociedad, porque éste es el que guarda mas estrecha relación y similitud con la vida económica de los concubinos.

El concubinato debe equipararse a la sociedad de hecho; entre concubinos debe privar el principio de que constituyen una sociedad civil cuyo contrato es irregular por no haberse observado las solemnidades y requisitos que la ley establece; tal situación no queda fuera de la reglamentación jurídica atento a lo previsto como lo hemos mencionado del Artículo 2691 del Código Civil en vigor, pues en caso de ausencia de las formalidades el contrato surte sus efectos sin que las partes puedan alegar en su favor, ni en perjuicio de terceros, la falta de forma hasta que se pida y obtenga la liquidación de la sociedad; el contrato surte todos sus efectos entre los socios y la mencionada disposición legal que faculta a cualquiera de los socios

para pedir en cualquier tiempo que se proceda a la liquidación de la sociedad conforme a lo convenido y si no hay convenio se estará a las reglas que el mismo código establece.

La analogía precisa tratar de igual modo al concubinato en las relaciones de carácter patrimonial y al contrato de sociedad; la proposición puede tener sus defectos pero ¿qué otra solución práctica podría recomendarse en el presente caso?. Es imperioso que en el concubinato al igual que en el matrimonio, se aportan y se adquieren bienes que deben sujetarse a un régimen económico patrimonial y en caso de conflicto entre concubinos por sus bienes comunes, es difícil encontrar una solución que cuadre mejor que la aplicabilidad de las disposiciones del contrato de sociedad, considerando al concubinato como una sociedad de hecho.

Recuérdese que aun tratándose de personas casadas legalmente, nuestro Código no prevee expresamente el régimen económico imperante ni las bases para resolver sus controversias cuando no han celebrado capitulaciones matrimoniales; con mayor razón debe buscarse una solución adecuada al mismo caso tratándose de concubinos entre los cuales jamás existe pacto previo de carácter patrimonial.

Razones habrá muchas para considerar aplicable la solución apuntada en cuanto a que el concubinato es una sociedad de hecho; a todas estas razones debe agregarse las argumentaciones hechas valer anteriormente y además debe considerarse la existencia de investigaciones jurídicas más enjuiciosas que prueben la existencia de un concubinato que reúna los requisitos señalado para su existencia legal a cuyo favor se podrá aplicar que existe una sociedad de hecho.

No. se quiere fomentar el concubinato no es esta la pretensión, la tendencia es obtener su reglamentación mas amplia, en todos sus detalles, y como lo dice Bonecasse al mencionar los alcances jurídicos del concubinato expresa que "es indudable que se ha demostrado ya un reconocimiento jurídico a la unión libre; el concubinato notorio es presunción de paternidad natural" y agrega "¿es correcto pues, afirmar como frecuentemente se hace, que la unión libre es un simple estado de hecho? de ninguna manera, el concubinato produce ciertas consecuencias jurídicas. El examen de la validez de las sociedades entre concubinos se hace con motivo del contrato de sociedad. Debe considerársele actualmente como un hecho jurídico en el sentido riguroso del término, es decir un hecho que tiene

grandes repercusiones jurídicas" (4).

Como consecuencia de todo lo anterior, considero que esta teoría es la más aplicable al caso, ya que si el estado civil de los concubinos es reconocido por la ley en diversos aspectos, no es por demás aconsejar y pugnar porque se reconozca de modo explícito la existencia de una sociedad de hecho entre concubinos, siendo por lo tanto promover las adiciones o reformas al articulado relativo al contrato de sociedad a fin de que se incluya al concubinato como una sociedad de hecho, y se estatuya de modo claro y terminante que su liquidación debe ajustarse precisamente a las disposiciones del contrato de sociedad.

B) TEORIA DE LA COMUNIDAD DE BIENES

Esta teoría ha sido considerada simple encontrando su aceptación formal en el Código Venezolano de 1942, cuyo Artículo 767 expresa: "Se presume la comunidad, salvo prueba en contrario, en aquellos casos de unión no matrimonial cuando la mujer demuestre que ha vivido permanentemente en tal estado y ha contribuido con su trabajo a la formación o aumento del patrimonio del hombre, aunque los bienes, cuya comunidad se quiera establecer

(4) Bonecasse, "Derecho Matrimonial" Tomo I, p. 515 Francia.

aparezcan documentados a nombre de uno solo de ellos, tal presunción solamente surte efectos legales entre ellos dos y entre sus respectivos herederos y también entre uno de ellos y los herederos del otro salvo caso de adulterio".

La disposición como vemos es bastante prudente, desde que parte de una presunción simplemente legal de comunidad y obliga a la mujer a la prueba de convivencia y aporte de esfuerzo aplicado al giro que desarrolla el varón.

CASO DE JURISPRUDENCIA. CONCUBINATO INDIRECTO PROVENIENTE DE MATRIMONIO RELIGIOSO EN ORDENAMIENTO QUE ATRIBUYE EFECTOS JURIDICOS SOLO AL MATRIMONIO CIVIL (5)

Los participes contrajeron matrimonio religioso únicamente en Italia y vivieron conyugalmente 25 años, hasta la muerte del varón. No hubo aporte de cada uno, en momento alguno. Sólo el esfuerzo personal.

La concubina reclama la mitad de los bienes a cuya formación contribuyó, rechazando anticipadamente la hipótesis que a uno sólo de los participes pudiera corresponder el fruto de aquel esfuerzo común.

Dado que los cónyuges vivieron en un

(5) Sentencia de la Corte Suprema de Italia, 26 de Septiembre de 1906, Revista, 2a. parte, Sec. 1a. p.1.

convencimiento pleno de ser marido y mujer ante la ley que ellos tuvieron por única y suficiente, no es el caso atribuir el carácter de sociedad de hecho a esta asociación de bienes.

El móvil que los guió fue el matrimonio, que es unión de personas y de bienes.

Por lo mismo es que esta comunidad, como dice la sentencia, nacerá "Aunque no haya habido convención alguna para realizar un negocio común", comunidad que adquiere fisonomía" por el hecho de haber trabajado juntos en diferentes negocios un hombre y una mujer que vivían maritalmente sin estar casados civilmente, teniendo ambos en todos ellos intervención activa y personal".

Tal intervención por otra parte no se basa en un arrendamiento de servicios o en un mandato entre las partes, lo que "revela la voluntad de los dos de formar una plena comunidad relativa a los bienes que tenían y que pudieran adquirir más tarde".

CASO DE JURISPRUDENCIA: CONCUBINATO DIRECTO, SEGUIDO DEL NACIMIENTO DE UN HIJO Y EL MATRIMONIO POSTERIOR DE LOS CONCUBINOS, QUIENES LEGITIMARON AL HIJO (6).

(6) Sentencia de la Corte Suprema de Santiago de Chile, 16 de Noviembre de 1953, Revista, Tomo 50, Sec. 1a.

Los concubinos vivieron juntos y trabajaron juntos durante casi veinte años, teniendo un hijo de esa unión lograron reunir una considerable fortuna incluyéndose un bien raíz. Próxima la muerte del concubino, ambos contrajeron matrimonio válido, legitimado al propio tiempo al hijo resultante de la unión.

La doctrina sentada por la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, que se mantuvo más tarde en el recurso de casación, es la siguiente. Establecido que durante el período en que un hombre y una mujer hicieron vida en común, trabajaron en conjunto un negocio de abarrotes, negocio que era atendido por la mujer mientras que el hombre se dedicaba a otras actividades lucrativas; que con el producto del trabajo realizado en común adquirieron diversos bienes, entre ellos uno de naturaleza inmueble; y que después de trabajar en común durante casi veinte años y de haber tenido un hijo, contrajeron matrimonio y legitimaron a este descendiente, procede dar lugar a la demanda por la cual se solicita se declare la existencia de una comunidad sobre los referidos bienes, en el cual corresponde a la mujer la mitad del valor de los mismos, debiendo procederse a la liquidación de la comunidad y división de las cosas comunes.

CASO DE JURISPRUDENCIA: CONCUBINATO DIRECTO QUE DA ORIGEN A UNA POSIBLE E INMEDIATA LIQUIDACION SIENDO INNECESARIA PRACTICAMENTE LA DISTINCION ENTRE SOCIEDAD DE HECHO Y COMUNIDAD (7).

Los concubinos hicieron vida marital y trabajaron juntos cerca de treinta años, apareciendo frente a extraños como marido y mujer. Con el fruto del trabajo común y con la herencia que recibió la concubina de su madre, se adquirió a nombre del concubino, una propiedad agrícola, que luego se fue mejorando la obra de ambos, transformándose de terreno erizo a una hermosa viña.

Una nueva herencia recibida por la concubina, esta vez de su padre permitieron nuevas mejoras en la propiedad.

La doctrina de la Exma. Corte Suprema en este caso, es la siguiente: La situación que se produce entre dos personas por haber hecho vida en común sin estar ligados por vínculo matrimonial, es decir, por existir entre ellos, un estado de concubinato o amancebamiento y muy especialmente por haber puesto en común los bienes que poseían, contribuyendo con sus aportes recíprocos a adquirir un determinado predio, da origen a una comunidad.

GUIDO TEDESCHI, nos dice que hay comunidad de

(7) Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago. 3 de Mayo de 1955, Revista, Tomo 53, Sec. 2a. p. 38.

bienes entre los cónyuges: "... siempre que los bienes de los cónyuges (como tales), pertenecientes a ellos en el momento del matrimonio o adquiridos por ellos durante él se hace comunes, en cuanto al goce o en cuanto a la propiedad, y en éste último caso, divisibles en una determinada proporción a la disolución de la comunidad" (8).

Suele decirse que el elemento típico de comunidad "es la formación de una masa de bienes que pertenece a los dos esposos y que ha de repartirse entre ellos o entre el sobreviviente y los herederos del muerto al disolverse" (9).

La formación de esta masa no importa, en principio, atribuir a ambos cónyuges el domicilio o propiedad de los bienes comunes al estilo clásico condominio.

La comunidad se caracteriza por conferir a ambos esposos expectativas comunes sobre los bienes adquiridos o ganados por cualquiera de ellos que serán partidos en

(8) Guido Tedeschi, "El Régimen Patrimonial de la Familia", Trad. de Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Rendin. Edic. Jurídica Europea-Americana, Chile, B.A. p. 335.

(9) Bellusio, Vaz "Regímenes Matrimoniales Enciclopedia Jurídica Omeba" Tomo XXIV p. 419.

general, aunque no necesariamente en partes iguales al liquidarse (10).

El Código Civil Italiano, establece un determinado número de normas vinculativas reguladoras de la comunidad conyugal de bienes; asimismo deja a los cónyuges en libertad de establecer pactos privados que regirán esa comunidad y finalmente, establece el mismo ordenamiento, que a falta de disposición expresa se estará a las normas reguladoras de la comunidad.

El mismo Tedeschi nos señala diferencias existentes entre la comunidad de bienes y sociedad así como sus características (11).

Entre las características que nos señala Tedeschi, propias de la comunidad conyugal, encontramos las siguientes: Dentro de éste régimen los cónyuges no pueden disponer libremente de su cuota, ni puede ninguno de ellos demandar la división de los bienes integrantes de la comunidad conyugal. No existe libertad para encomendar la administración de los bienes a cualquiera de los cónyuges,

(10) Eduardo A. Zannoni "Derecho de Familia" Tomo I, 2a. ed. p. 380. ED. Austrea, Buenos Aires 1989.

(11) Idem. p 356

sino que inderogablemente esta facultad recaerá en la persona del marido y no como existe en la sociedad conyugal, en la cual existe la libertad para determinar quién será el administrador, la disolución de la comunidad debe hacerse necesariamente por la muerte de uno de los cónyuges, ya que no podrá continuar la comunidad con el heredero del difunto, es decir, con una persona distinta del cónyuge.

No se encuentra en el régimen de comunidad de bienes el fin de lucro, este régimen es "un modo de gestión unificada de los bienes de los cónyuges en las manos del esposo jefe de familia, de manera que sirvan a su destino natural, que es el de sostener las cargas del matrimonio" (12).

Este autor encuentra que la comunidad de los cónyuges no es una persona jurídica y señala como titular de los bienes comunes a los dos cónyuges, cuyas personas no han sido unificadas por la Ley en un nuevo y distinto sujeto.

De tal suerte vemos que en la comunidad conyugal al disolverse, la repartición de los bienes se deberá hacer por partes iguales, salvo pacto en contrario.

(12) Idem p. 357.

Encontramos asimismo, en este régimen, como característica propia del mismo, que los bienes que entran en la comunidad se distinguen en dos clases, partiendo desde el punto de vista del modo como entran a ella. La primera comprende solamente los bienes que se adquieren durante la comunidad, estando constituida en consecuencia por los derechos de propiedad, usufructo, crédito, etc., que fueron adquiridos por él si no hubiese comunidad y la segunda clase comprende la adquisición por parte de la comunidad de los derechos de goce sobre los bienes propiedad de cada uno de los cónyuges.

Dentro de las disposiciones que rigen dicho régimen encontramos al Artículo 217 del Código Civil Italiano, el cual nos enumera cuáles son los bienes que quedan excluidos de la comunidad y nos señala como tales a: Los bienes de los cónyuges cuyo título de adquisición sea anterior a la constitución de la comunidad; los bienes que ellos adquieran durante la comunidad por sucesión o donación; los bienes subrogados a los bienes excluidos; los bienes de naturaleza personal. Asimismo pueden quedar excluidos también todos aquellos bienes que por convenio o estipulación expresa entre los cónyuges deseen dejar fuera de ella.

La anterior exposición y el estudio del régimen de comunidad conyugal nos lleva a encontrar una serie de diferencias concretas existentes entre dicho régimen y el de Sociedad Conyugal y por virtud del cual en ningún momento debemos equipararlas, ya que difieren radicalmente y de una manera principal en lo siguiente: En el primero existen diversos modos de incluir los bienes en el patrimonio del mismo, mientras que en la sociedad conyugal, (entendida esta en su forma mas amplia) no se presenta tal cosa, pues al momento de constituir la todos los bienes que adquiriera cualquiera de los cónyuges, sea por el título que fuere, entrarán a formar parte integrante del patrimonio de la misma. Asimismo, en la comunidad se señalan de una manera limitativa, cuáles son los bienes que pueden ingresar a formar parte de un patrimonio, es decir, la Ley es la que nos dice cuáles bienes pueden y cuales no, entrar a la comunidad de bienes, en tanto que en la sociedad conyugal no encontramos disposición legal alguna que nos haga tal señalamiento, pudiendo ingresar en consecuencia dentro de su patrimonio todo tipo de bienes y derechos, salvo pacto expreso en contrario, también encontramos que en la comunidad la administración es ésta es a cargo del marido, cosa que nos sucede en la sociedad conyugal ya que se deja a voluntad de los cónyuges determinar quien será el

administrador y aun mas la comunidad sólo termina por muerte de uno de los cónyuges, cosa que no sucede en la sociedad conyugal ya que esta puede terminar por muerte o por acuerdo de voluntades, por otra parte no se puede demandar la división de los bienes en la comunidad, cosa que si puede suceder en la sociedad conyugal.

Expuestas pues todas estas diferencias, nos encontramos en la posibilidad de aseverar que la sociedad conyugal no puede ni debe ser considerada como una comunidad conyugal, no obstante que nuestra Suprema Corte de Justicia en diversas Jurisprudencias emitidas de la misma, utilice ambas denominaciones como sinónimo.

Así pues podemos concluir que la sociedad conyugal es una institución autónoma, única en su genero e imposible de asemejarse al régimen de comunidad, pues los regímenes anteriormente estudiados son completamente distintos y poseedores de una determinada naturaleza jurídica, por lo cual es perfectamente aplicable la denominación que nuestro Código Civil da a la misma.

He hecho el análisis anterior, para exponer que desde mi particular punto de vista, no puede existir una comunidad de bienes entre los concubinos, ya que para existir ésta en nuestro país tendríamos primeramente que

empezar por establecer y regular sobre un régimen de Comunidad Conyugal y posteriormente aplicar a este régimen o equiparar que existe entre los concubinos una comunidad de bienes y aún así si se estableciera una comunidad conyugal como régimen patrimonial, por las características que hemos mencionado con anterioridad propias de ésta, no estaría de acuerdo con este régimen, ya que en él no hay igualdad entre los participantes, asimismo no puede haber disolución de la comunidad de bienes si no es por la muerte entre otras características de este régimen con las que no estoy de acuerdo, porque no existe la libre voluntad de los cónyuges, mismas que ya he mencionado con anterioridad.

C) TEORIA DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO.

Teoría salvadora en muchos planteamientos del Derecho moderno, aquí se otorga la oportunidad de una excelente solución. Conforme a ella, procede distribuir igualitariamente el patrimonio adquirido durante la unión marital de hecho. De otro modo se produciría en el otro compañero, o en sus herederos, un enriquecimiento injusto.

Los que sustentan esta tesis parten de la base de una situación desmejorada de que participa la mujer en todo sentido. Se consideran respecto de factores como los

siguientes: Renunciamiento de la mujer a sus mejores aspiraciones permaneciendo en un estado inferior; colaboración eficiente a la obra de su compañero, que quién sabe por virtud de qué resortes resulta más intensa en estos casos que en los normales de uniones matrimoniales; sus desvelos y afanes en favor del hogar que se mantiene de este modo; un cierto sufrimiento moral de la mujer que se siente forzosamente, desmejorada en relación con los demás seres de su sexo, y aún frente a sus propios hijos de esta unión, etc. Con tal motivo, se estima que corresponde a la mujer una posición acreedora a las ganancias que hubieren resultado (13).

Condiciones para el ejercicio de la "actio in rem verso" por enriquecimiento injusto (14). Se requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos copulativos:

A) Enriquecimiento del demandado. Este enriquecimiento, o atribución de valores económicos. puede ser de dos tipos, según el procedimiento que da por resultado tal

(13) Jurisprudencia Española.

(14) Camarra Jorge, "Concubinato, enriquecimiento sin causa y sociedad de hecho". Apartado de la Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, p. 16, Montevideo 1950.

enriquecimiento. Puede ser por un beneficio emergente o positivo, cuando el patrimonio se incrementa efectivamente por entrada de valores, o puede ser por el ahorro de un gasto o salida, que se debe a una determinada actividad conducente a evitar tal egreso o consumo.

Ya que se logra un aumento del valor económico del patrimonio, en tal aumento debe figurar también todo ahorro de actividad del titular de ese patrimonio, ya que la actividad humana posee un valor patrimonial (15). Por lo mismo, un trabajo o actividad en favor de otro puede también constituir un enriquecimiento, al igual que una dación de cosa. Es con este motivo que la jurisprudencia francesa ha reconocido la "actio in rem verso" a la mujer que trabajaba para su concubino con verdadero entusiasmo sin reclamar su salario a la sola espera del matrimonio que aquel le había prometido eufóricamente.

Como dice un autor, en la pretensión por enriquecimiento hay que buscar, con criterio objetivo, el beneficio del demandado, por lo que éste hubiera debido pagar, según la tarifa usual, a un empleado que hubiera desempeñado esos mismos servicios. Esta cantidad no llegó a

(15) Fernando Fueyo L. "Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones", Tomo II, p. 96. Santiago de Chile, 1958.

salir del patrimonio del enriquecimiento y un no gasto equivale a un ingreso.

B) Empobrecimiento del Demandante.- Tal empobrecimiento se produce cuando se prestan servicios valorables en dinero y estos no son remunerados. Si la concubina no es retribuida mediante una contraprestación ésta se empobrece en aquella cantidad que debió serle dada a cambio del trabajo desempeñado, como dice Jorge Camarra. En efecto, la pérdida de una ganancia equivale a un empobrecimiento.

C) Relación de causa a efecto entre un hecho determinado por una parte, y el enriquecimiento y empobrecimiento por la otra.

Como dice Goré (16), en el caso de la concubina que ha realizado una labor beneficiando a su compañero, la causa del enriquecimiento de este último no sería el empobrecimiento de la barragana, sino el trabajo cumplido. No existe, pues, relación de causa a efecto entre empobrecimiento y enriquecimiento sino entre el hecho -trabajo en nuestro caso- por un lado, y el enriquecimiento y empobrecimiento por el otro.

(16) Camarra Jorge, Ob. Cit. p. 19.

Del interesante trabajo de Jorge Camarra extraigo las ideas fundamentales de sus conclusiones, dirigidas a ver un enriquecimiento injusto que debe repararse bajo la modalidad del salario, lo que no impide que este procedimiento conduzca a la participación de la concubina en la mitad de los bienes logrados, siempre que esta proporción se pruebe.

Dice Camarra: "El concubinato, por sí solo, no posee efecto jurídico alguno; mas con motivo del mismo puede originarse entre sus componentes ya sea un cuasicontrato (el enriquecimiento sin causa), ya sea un contrato (la Sociedad Irregular)".

"Solo muy excepcionalmente puede configurarse la sociedad de hecho entre concubinos".

"Cuando la Sociedad no se tipifica, el concubinato puede originar -y en la mayoría de los casos será así un enriquecimiento sin causa del concubino en perjuicio de su compañera".

La labor efectiva de la concubina en la formación patrimonial del caudal, es el elemento esencial a tomar en consideración, y él determinará que el porcentaje que deba recibir varía en cada caso concreto que se presente

al examen de los tribunales.

La concubina podrá llevar la mitad de los bienes porcentaje que invariablemente le adjudican los fallos uruguayos hasta ahora pero ello será excepcionalmente, cuando la medida del esfuerzo de la barragana coincida con la mitad del caudal relicto.

El profesor uruguayo, en suma, acepta el temperamento de adoptar la figura del enriquecimiento injusto; pero combate la fórmula simplista de la proporcionalidad igualitaria en todos los casos, sin considerar el esfuerzo y contribución del caso.

JURISPRUDENCIA URUGUAYA SOBRE EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO Y LA HIPOTESIS DE UNION MARITAL DE HECHO (17).

La vida en común, entre un hombre y una mujer, prestándose recíprocamente los debidos cuidados y atenciones durante un espacio de tiempo, y contribuyendo con sus comunes esfuerzos al mantenimiento de su hogar, atribuye a la mujer, en caso de fallecimiento de su concubino un derecho de recibir una reparación pecuniaria en los bienes del causante, la que se encuentra su causa en el principio

(17) Sentencia de la Instancia de Armand Urgon del 3 de Septiembre de 1936.

jurídico universal de que nadie está facultado para enriquecerse a expensas de otro.

Quien pretende que el concubinato hace surgir derechos, fundándose en el enriquecimiento injusto, debe probar eficazmente: La existencia del hecho lícito que, en su daño, hizo mejor la condición de la otra parte, y en todo caso que no medió la intención de hacer liberalidad. No habiéndose rendido una prueba así, la acción no puede prosperar.

Dice un fallo uruguayo.- La fundamentación que se ha hecho camino en los casos en que una mujer durante años ha proporcionado gratuitamente sus servicios y cuidados a un hombre que luego la abandona: se ha considerado que tiene derecho a una indemnización que se ha fundado en el principio del enriquecimiento sin causa, pues la mujer enriqueció el patrimonio de su amante con su trabajo y sus servicios.

El Artículo 1882 del Código Civil establece que el que sin causa se enriquece en detrimento de otro, está obligado a indemnizarlo de su empobrecimiento en la medida que él se ha enriquecido.

Desde mi particular punto de vista y analizando el Artículo antes mencionado, esta teoría pudiera aplicarse al caso concreto de la liquidación del patrimonio en el concubinato, pero en esta teoría no se establece la forma de un régimen patrimonial entre concubinos, y por lo tanto la administración de los bienes durante éste, o bien la administración de los bienes a cargo de quién estaría, ni tampoco determina los bienes que entren al concubinato, por lo tanto de esta teoría se deriva la forma para liquidar el patrimonio en el concubinato pero no establece un régimen patrimonial entre los concubenarios en sí.

D) TEORIA DE LA EQUIDAD.

No podrá negarse que las teorías precedentes que tratan de atribuirse el mejor derecho a enfocar el problema de los bienes entre concubinos, están impregnadas, en buena medida, a la idea de la equidad.

Con todo, en la moderna doctrina parece abrirse camino la tendencia que asienta decididamente en la equidad, el fundamento adquisitivo de los bienes al disolverse la unión marital de hecho.

La propia Constitución Política de Cuba de 1940,

señala supuestos indemnizatorios "Por razones de equidad".

La doctrina científica más autorizada y dominante entiende por equidad el criterio de adaptación de la norma jurídica a los casos concretos, que tienden a evitar que una norma abstracta justa pueda resultar injusta en un caso determinado, por las especiales circunstancias de hecho que en el mismo concurren (18).

Desde mi particular punto de vista, esta teoría no sería concretamente aplicable al concubinato como un régimen patrimonial, claro que se tendría que recurrir a lo que es equidad para establecer un régimen patrimonial en el concubinato, pero como una concepción de justicia fundada en la igualdad ante el derecho y el respeto por los derechos de cada cual.

(18) Bonet, R. Francisco, "Introducción al Derecho Civil", pp. 54 y sigs. Madrid 1949.

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

G E N E R A L E S

C A P I T U L O V

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

Como se ha analizado en el presente trabajo la vida social a través de la Historia ofrece una marcada anarquía en cuanto a los modos de fundar la Familia. La costumbre, el uso y las convicciones religiosas influyen de manera significativa en este renglón de la convivencia humana surgiendo así el Concubinato.

He reflexionado que al desarrollar este tema pudiera suponerse que se trata de propagar el Concubinato, sin embargo existen razones de peso para considerar lo contrario; trato al Concubinato como un problema social que no puede evitarse, que no se ha pretendido aniquilar, que ha recibido protección estatal. en algunos casos a través de leyes que regulan la situación de los concubinos.

No debemos cerrar los ojos ante el problema y si bien, no podemos constituirnos en promotores del concubinato - lo cual resultaría absurdo, por ir en contra de la Institución del Matrimonio - si es urgente y necesario ampliar la protección legal existente: no se trata de

tomentarlo, sino de resolver los problemas en el orden familiar desde el punto de vista económico.

Se establecen como requisitos para la existencia del Concubinato, el estado de hecho que debe caracterizar a todo estado civil, el nombre y el trato que se den los concubinos en familia y en sociedad para refutarse marido y mujer; una estabilidad, una permanencia, una cierta publicidad para que no sea un hecho clandestino, oculto, manteniendo esa relación en la sombra; una condición de fidelidad de los concubinos, esencial para poder presumir que los hijos de ellos son del Concubinato; un requisito de singularidad para que sólo exista una concubina, y el fundamento de capacidad para que no medien los impedimentos que originan la nulidad del matrimonio, o bien, que impidan la celebración del mismo; si tomamos en cuenta todos estos requisitos no nos parece que se desconozca el rango mismo que en el Derecho Civil debe tener la unión matrimonial sobre las uniones no matrimoniales.

Nótese que sólo hay una diferencia formal entre Concubinato y Matrimonio: el Matrimonio simplemente difiere de esta unión en que la voluntad se ha manifestado ante el Oficial del Registro Civil y se ha firmado un acta, y en el

Concubinato la voluntad, se ha manifestado día a día con esa ventaja sobre el Matrimonio, que siendo al principio Unión que un cualquier momento puede destruirse, disolverse, ha logrado permanencia, estabilidad, es decir hay espontaneidad en la unión y esa unión ha formado una familia, no vemos razón por la cual no venga la Ley en auxilio del Concubinato y reconocer determinados derechos sobre todo en el aspecto económico.

Por cuanto a las relaciones económicas se hace incapie en la necesidad de reglamentar el Concubinato, pues en la práctica éste ofrece problemas sin resolver cuando se trata de liquidar los bienes comunes, principalmente porque en estos casos la mujer difícilmente recupera el producto de sus esfuerzos, trabajos y sacrificios puestos para la integración del patrimonio familiar, pudiéndose dar el caso que fuera el varón.

Sobre este particular no hay disposiciones legales que den solución al conflicto, como lo hay en algunas legislaciones de otros países mencionados en el presente trabajo, por lo tanto se propone que se equipare el Concubinato a la Sociedad irregular, siendo pertinente adicionar el Artículo 2691 del Código Civil para el Distrito

Federal en vigor, estableciendo que para los efectos del contrato de sociedad de carácter irregular, debe considerarse como tal a las relaciones económicas existentes entre concubinos, debiendo aplicarse en todo caso las disposiciones del contrato de sociedad para su debida reglamentación.

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

B I B L I O B R A F I A

Bonnecasse, "Elementos de Derecho Civil", Tomo I, Puebla, México. 1945.

Camarra Jorge, "Concubinato Enriquecimiento sin causa y Sociedad de Hecho" Apartado de la Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1950.

Cicu, "El Derecho de Familia Trad. de Sentis Melendo", Buenos Aires, 1947.

De Buen Demófilo, "Derecho Civil Español", Edit. Reus, Madrid 1922.

De Diego, Clemente, "Instituciones de Derecho Civil", Vol. II, Madrid, 1930.

De Pina, Vara Rafael, "Elementos de Derecho Civil Mexicano", Edit. Porrúa, México.

Fassis, Santiago Carlos, "Matrimonio-Legislación Argentina" Estudio de Derecho de Familia, La Planta Edit. Platense, Argentina, 1962.

Fernández, Clérigo Luis, "El Derecho de Familia en la Legislación comparada", México, 1947.

Fueyo, Laneri Fernando, "Derecho de Familia", Tomo II, Impresora y Litográfica Universo, SA. Valparaíso, Santiago de Chile, 1959.

García, Centeno Gabriel, "El Concubinato en el Derecho Civil Francés", Francia Concubinato.

Jemolo, Arturo Carlo, "Historia del Matrimonio en América Latina", Ediciones Jurídicas Europeas-América 1954, Buenos Aires, Argentina 1891.

Lalaguna, Domínguez Enrique, "Estudio de Derecho Matrimonial", Publicaciones de la Facultad de Derecho, México.

Lemaire, Jean G., "La Estructura de la Pareja Humana" México 1986.

Moreno, Mocholi, "El Concubinato", Anuario de Derecho Civil, Tomo IV, Fascículo I, Madrid, Enero-Marzo, 1951

5. Ortiz, Urquidí Raúl, "Matrimonio por Comportamiento",
Edit. Stylo, México 1955.

Pinto, Rogers, "El Concubinato y sus Efectos Jurídicos",
Edit. Nacimiento, Santiago de Chile, 1942.

Planiol y Ripert, "Tratado de Derecho Civil Francés", Tomo
I, II, Trad. Esp. de Díaz Cruz, La Habana, 1939.

Puig, Peña Federico, "Las Uniones Maritales de Hecho",
Revista de Derecho Privado, Santiago de Chile, 1946.

Rojina, Villegas Rafael, "Compendio de Derecho Civil", Edit.
Porrua, México 1983.

Salvango, Campos Carlos, "La Sociedad de Hecho en el
Concubinato More Uxorio", Revista de Derecho, Jurisprudencia
y Administración, Montevideo, Agosto, 1940.

Salvat (R) "Derecho de Familia en el Tratado de Derecho
Civil", Argentina, Buenos Aires, 1949.