

# UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

121  
205.

FACULTAD DE DERECHO  
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL



MATRIMONIO, CONCUBINATO Y SUS EFECTOS  
JURIDICOS

TESIS

QUE PARA OPTAR AL TITULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO PRESENTA

CESAR CALDERON CRUZ

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN



MEXICO, D.F.

FACULTAD DE DERECHO  
SECRETARIA DE LA DE  
EXAMENES PROFESIONALES



## **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.

# TESIS CON FALLA DE ORIGEN

## I N D I C E

PAG.

INTRODUCCION

I

### CAPITULO PRIMERO

#### GENERALIDADES SOBRE EL MATRIMONIO

I.- Estado Civil de las Personas	1
II.- Antecedentes de Reglamentación del Matrimonio	8
III.-Elementos de Fondo y Forma de Matrimonio	24
IV.- Efectos Jurídicos del Matrimonio	39

### CAPITULO SEGUNDO

#### ASPECTOS JURIDICOS DEL MATRIMONIO

I.- Registro Civil y Leyes de Reforma	57
II.- El Matrimonio y su Reglamentación en el Código Civil para el Distrito Federal	69
III.-Impedimentos para Celebrar el Matrimonio	72
IV.- Nulidad de Matrimonio	79

### CAPITULO TERCERO

#### ASPECTOS JURIDICOS DEL CONCUBINATO

I.- Estudio Comparativo entre Matrimonio y Concubinato	106
II.- Características del Concubinato	119
III.-La Concubina ante la Legislación	135
IV.- Hijos Nacidos en Concubinato	160

## CAPITULO CUARTO

### ASPECTOS JURIDICOS DE LA RELACION ENTRE CONCUBINARIOS

I.- Efectos y Consecuencias de la Relación Concubinaria	188
II.- Regulación del Concubinato en el Código Civil para el Distrito Federal	209
III.- Aspectos Jurídicos y Sociales del Concubinato	221
CONCLUSIONES	241
BIBLIOGRAFIA	243

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

## INTRODUCCION

El matrimonio es una fuente del estado civil de las personas que tiene consecuencias, tanto en los derechos subjetivos como en los derechos adjetivos de quienes lo contraen, es decir, los consortes, los cuales deben de cumplir con ciertos requisitos claros y debidamente establecidos en el Código Civil para el Distrito Federal, así como en los diversos Códigos Civiles de cada Estado de la República Mexicana.

La posibilidad de contraer matrimonio está estrictamente vinculada a la capacidad legal o de ejercicio de toda persona.

Intentaré en el presente trabajo a desarrollar denominado "MATRIMONIO, CONCUBINATO Y SUS EFECTOS JURIDICOS", ser claro en mi exposición, puntualizar la marcada diferencia entre estos dos importantes rubros, manifestar mis puntos de vista y comentarios al respecto.

En tal virtud, el trabajo consta de cuatro capítulos:

I.- En el capítulo primero se analizan algunas generalidades acerca del estado civil de las personas, antecedentes de reglamentación, elementos de fondo y forma, así como los efectos jurídicos del matrimonio.

II.- En el capítulo segundo se trata lo referente a los aspectos jurídicos del matrimonio, como lo son el Registro Civil y las leyes de Reforma, su reglamentación en el Código Civil para el Distrito Federal, impedimentos para celebrarlo y nulidad del matrimonio.

III.- El capítulo tercero versa sobre los aspectos jurídicos del concubinato, haciendo un estudio comparativo entre éste y el matrimonio, características del propio concubinato, los concubenarios ante la legislación y los hijos nacidos en concubinato.

IV.- También en el cuarto capítulo se entra al estudio de los aspectos jurídicos de la relación entre concubenarios, efectos y consecuencias de la relación concubinaria, regulación del concubinato en el Código Civil para el Distrito Federal y aspectos jurídicos y sociales del concubinato.

Finalmente, asiento mis conclusiones como resultado del presente trabajo, el cual, además de ser un requisito indispensable para culminar mi carrera de Licenciado en Derecho, lleva la sana intención de provocar inquietudes en aquellos que deseen ahondar más en estos interesantes temas del Derecho Civil, como son el matrimonio y el concubinato, así como sus efectos jurídicos, que permitan hacer más aportaciones en el campo del Derecho, dada su importancia, trascendencia, relevancia social presente y futura, de la principal célula de la sociedad que es la Familia.

## **CAPITULO PRIMERO**

### **GENERALIDADES SOBRE EL MATRIMONIO**

- I).- Estado Civil de las Personas**
- II).- Antecedentes de Reglamentación del Matrimonio**
- III).- Elementos de Fondo y Forma del Matrimonio**
- IV).- Efectos Jurídicos del Matrimonio**

## 1) ESTADO CIVIL DE LAS PERSONAS

EL ESTADO CIVIL DE LA PERSONA.- Como atributo de la personalidad, el estado, de la misma manera que el nombre y el domicilio, es un signo de esa personalidad. En tanto que el nombre individualiza a la persona y el domicilio la ubica en un lugar determinado del espacio, el estado es la posición que ocupa cada persona en relación: a) con la familia (estado civil) y b) con la nación (estado político).

Todas las personas actúan en su vida de relación, ya en el seno del grupo social, ya dentro del grupo de la familia y en manera más amplia, en la nación. El estado civil y el estado político, dicen los hermanos MAZEAUD "delinea los contornos jurídicos" (1) que permiten fijar y reconocer la personalidad que el Derecho atribuye a cada persona.

Así el estado civil (como pariente o como cónyuge) incorpora a cada persona a una familia determinada y el estado político (nacionalidad) adscribe a cada uno, al grupo político, que es la nación, una vez que se han delineado esos contornos, se podrá reconocer cuáles son los derechos y las obligaciones, los deberes y las facultades que corresponde a cada uno según sea pariente, cónyuge, sea nacional o extranjero. De esta manera el estado es un presupuesto que necesariamente debe estar establecido, para conocer cual es la capacidad de una persona.

COLIN Y CAPITANT, dicen del estado de las personas que es el "conjunto de las cualidades constitutivas que distinguen al individuo en la sociedad y en la familia. Estas cualidades dependen de tres hechos y situaciones que son: la nacionalidad, el matrimonio y el parentesco o afinidad". (2)

Por su parte, PLANIOL afirma que el estado de las personas, está constituido por "determinadas condiciones que la ley toma en consideración, para atribuir a quienes las poseen, ciertos efectos jurídicos". (3)

DOMENICO BARBERO.- Distingue nitidamente entre el estado de una persona y su calidad jurídica, y considera que tanto uno como otra, son dos "hechos" jurídicos; pero en tanto el "estado jurídico" es la calidad que tiene un sujeto, de la cual se hace derivar su posición en el seno de la comunidad social, en la familia, la nación, la segunda, deriva no de la posición que ocupa en la sociedad, sino de la actividad que ejerce como empresario,

(1) Mazeaud Henri Et León Et Jean. Lecons de Droit Civile, Editions Montchrestien, Tomo I, números 461 y 462, página 464.

(2) Colin, Henri y Capitant Ambroise, Curso Elemental de Derecho Civil, versión al Castellano de Demófilo de Buen, de la Segunda Edición Francesa, Editorial Reus, Madrid 1952, Tomo I.

(3) Tratado Elemental de Derecho Civil, Traducción de la 12a. Edición Francesa por el Lic. Jose María Cajica Jr. Puebla, México, S/F, Tomo I, página 9.

como trabajador, como comerciante, etc... En el estado juega importante papel, la agrupación a la que pertenecemos por el hecho natural de nacimiento; en la calidad se tiene en cuenta la actividad profesional de la persona. (4)

El estado se determina en función del grupo o de los grupos sociales a los que una persona pertenece, porque el ordenamiento jurídico atribuye esa pertenencia, como inherente a la persona misma. Así la noción de estado, sólo habrá de presentarse bajo dos aspectos: en función de concepto de nación (estado político) y en relación con el grupo familiar (estado civil o estado familiar).

En la actualidad sólo en el estado político y en el estado de familia o estado civil se toma en cuenta la falta o la presencia de determinados datos, en relación con un grupo determinado que deben concurrir en la persona, para atribuirle capacidad de goce o para negársela y así el estado personal propiamente de acuerdo con BONNECASE, no se identifica con la capacidad del sujeto. (5)

Este autor distingue claramente el estado de la persona de la capacidad y dice así: El estado se distingue esencialmente de la capacidad de la persona; cuando se considera a ésta en sus relaciones con un grupo determinado o con los miembros de este grupo. En cambio, cuando nos referimos a la capacidad, se considera a la persona en sí misma en su estructura jurídica, tal como puede resultar de su estructura orgánica (edad, locura) o de su estado tal como acabamos de definirlo (mujer casada).

Los autores BAUDRY-LACANTINERIE por su parte establecen una diferencia irreductible entre el estado y capacidad de las personas, lo cual es una verdad histórica indiscutible. Lo anterior en manera alguna significa que no existen ciertos lazos entre el estado y la capacidad. (6)

Concluyendo con el análisis de las concepciones que nos dan los autores citados con antelación, deducimos que el estado es un atributo de la personalidad que presenta ciertas particularidades a las que me referiré a continuación.

Cada persona, desde el momento de su nacimiento, tiene un estado que presenta los siguientes caracteres: a) es indivisible; b) es indisponible, c) es imprescriptible. Además, se agrega a estos tres caracteres el de que el estado civil puede ser objeto de posesión.

(4) Domenico Barbero, Sistema Istituzionale del Diritto Privato Italiano, Unione Tipografica-Editrice, Torino 1949, Tomo I, Número 66, Página 130.

(5) Boncase Julián, Elementos de Derecho Civil, Tomo I, Página 321, Cfr. Rojina Villegas, Rafael, Derecho Civil Mexicano, Tomo I, Páginas 581 y 582.

(6) Baudry-Lacantinerie, Citado por el Dr. Ignacio Galindo Garfias, Derecho Civil Primer Curso, Octava Edición, Página 375, Editorial Porrúa, 1987.

Podemos añadir, que el estado de una persona no es estimable en dinero, aunque algunos derechos que derivan de él, por ejemplo el derecho de heredar y el derecho a recibir alimentos, tienen un contenido patrimonial.

En seguida analizaremos brevemente estos caracteres:

a) Que el estado es indivisible, significa por una parte, que cada persona no tiene sino un solo estado civil y un solo estado político y que por lo tanto, todo estado excluye cualquier otro contrario a él, respecto de una misma persona. Se es nacional o extranjero, ciudadano o no ciudadano, pariente o extraño.

b) Que el estado es indisponible, significa que no se puede transmitir por un acto de voluntad a otra persona y de este carácter deriva que el estado, no pueda ser objeto de transacción o de compromiso, ni puede ser cedido en manera alguna. De esta característica deriva la consecuencia de que el estado es un bien no patrimonial, no es valuable en dinero.

c) El estado es imprescriptible, no se adquiere, ni el derecho a él desaparece, con el transcurso del tiempo. Ni se adquiere ni se pierde, porque una persona ostente o deje de ostentar un estado, durante un lapso de tiempo, por largo que se le suponga.

"El derecho subjetivo del estado se asemeja, según hemos dicho, al derecho de propiedad y de una manera más general al derecho real, en cuanto debe ser respetado por todos y en atención a que las acciones de que lo protegen pueden ser intentadas contra aquellos a quienes afecta su ejercicio. Y sin embargo, difiere en que no es susceptible de estimación pecuniaria. No forma parte del patrimonio de la persona y por lo tanto, es un derecho esencialmente personal, en el sentido de que no puede ser transmitido por un acto de voluntad de aquél a quien pertenece. El estado de una persona no ha sido conferido por persona; deriva directamente de la misma ley". (7)

Existen dos términos referidos a la persona, que no debemos confundir y estos son: El estado y la situación jurídica o relación jurídica. En efecto sobre su propio estado cada persona ejerce un derecho personalísimo, adquirido originalmente, por regla general (excepto en los casos de matrimonio, adopción y naturalización) del que derivan ciertas relaciones jurídicas, en cuanto éstas se fundan en el nexo del parentesco y en la de la nacionalidad.

Entre estado y situación jurídica, existe así

(7) Baudry-Lacantinerie, Suplemento al Tratado de Derecho Civil, Tomo II, Número 251, Página 283, Recueil Sirey, París 1922.

una distinción. La situación jurídica, es como el estado la posición de una persona en relación con otras; pero la situación jurídica es independiente de la pertenencia del sujeto a éste o aquél grupo social. Así por ejemplo, una persona puede hallarse colocada en una determinada situación jurídica respecto de otras, en la situación de acreedor o de deudor, por ejemplo. El estado por lo contrario, es una posición jurídica respecto de la familia o de la nación.

La situación jurídica, está constituida por un conjunto de relaciones abstractas o en potencia, que para convertirse en relaciones concretas, respecto de una determinada persona, requieren que una persona tenga capacidad.

Se advierte que, tratándose de la situación jurídica de acreedor, de deudor, de socio de una determinada sociedad, se alude cada vez a posiciones jurídicas concretas y determinadas, en cuanto que el estado de la persona (status), no alude a ninguna relación jurídica concreta y determinada, hace referencia a la posición del sujeto de cuyo estado se trata, frente a los grupos sociales dentro de los cuales, de una manera natural, vive el hombre.

La relación jurídica, es el vínculo de derecho que existe entre un acreedor y un deudor determinado, en manera concreta. Existe una vinculación entre el estado (civil o político), la capacidad, la relación de derecho y la situación jurídica.

El estado y la capacidad.- Se debe distinguir el estado propiamente dicho (civil o político) del estado personal, que se refiere a la capacidad de ejercicio de una persona, según que sea menor de edad, mayor de edad o interdicto.

La denominación de estado personal parece inadecuada, porque se presenta a confusiones: el estado (civil o político) determina la capacidad de goce de derechos de familia o de derechos políticos; la capacidad alude a la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones y para hacerlos valer por sí mismo (capacidad de goce y de ejercicio). Por lo tanto, la capacidad de la persona (propiamente, la capacidad o incapacidad personal) no se relaciona con los grupos sociales, sino con la idoneidad de la persona para valerse por sí misma considerando su madurez intelectual, para ejercer sus derechos y cumplir

sus obligaciones; para lo cual el vocabulario jurídico ha acuñado el concepto claro y por lo tanto, adecuado, de capacidad, "estado personal" es incurrir en una confusión de conceptos.

El Estado Civil,- Se le conoce también como estado de familia, incorpora a una persona a un determinado grupo familiar.

Comprende el estado de cónyuge, y el de pariente por consanguinidad, por afinidad o por adopción (aunque en este último caso, sólo dé lugar al vínculo de la filiación entre el adoptante y adoptado).

El estado de cónyuge establece relaciones jurídicas entre dos personas unidas por el matrimonio. El parentesco por consanguinidad, significa la relación que existe entre las personas que descienden unas de otras o de un tronco común y así el parentesco puede ser en línea recta o en la colateral. El parentesco por afinidad es el que existe entre un cónyuge y los parientes del otro. Por la adopción mediante una declaración de voluntad del adoptante debidamente aprobada por el juez, una persona, el adoptado, se coloca en el estado de hijo del adoptante (parentesco civil).

El estado de familia tiene su origen en un hecho jurídico, el nacimiento, o en actos de voluntad como el matrimonio y la adopción.

Las pruebas del estado civil.- El artículo 39 del Código Civil establece que el estado civil de las personas (estado de familia), sólo se comprueba con las constancias relativas al Registro y dicho precepto agrega: "ningún otro documento ni medio de pruebas es admisible para comprobar el estado civil, salvo los casos exceptuados expresamente por la ley".

Esto quiere decir que normalmente, la prueba eficaz para comprobar el estado de familia, es el acta de Registro Civil correspondiente (de nacimiento, de matrimonio, de reconocimiento, de adopción, etc.). Y sin embargo, como del mismo precepto mencionado se desprende, hay casos de excepción, en que es posible probar el estado civil de una persona por otros medios.

Cuando los libros del Registro Civil se han destruido, han desaparecido, han sido mutilados o sus

inscripciones son ilegibles, el artículo 4° del Código Civil para el Distrito Federal, establece que el estado de familia de una persona puede ser probado por otros medios supletorios (documentos y testigos).

Tiene particular importancia, como medio de prueba, de la filiación de una persona, la posesión de estado que suple a las actas del Registro Civil cuando éstas faltaren, fueran defectuosas, incompletas o falsas.

En defecto de esta posesión de estado, la filiación puede demostrarse por cualquier medio de prueba que la ley autorice; como por ejemplo: Documentos y aun por medio de la declaración de testigos si existe un principio de prueba por escrito o indicios o presunciones de hechos ciertos, que se consideren bastantes graves para determinar su admisión.

Designar el estado de una persona es calificarla, precisan do el punto de vista bajo el cual se considera. Rigurosamente a toda cualidad que produzca efectos de derecho puede darse el nombre de Estado.

Se discute en doctrina si la capacidad forma parte del estado de las personas, o bien, si son aspectos que deben considerarse jurídicamente en forma separada. Para BONNECASE la distinción debe ser radical, en virtud de que en el estado de las personas sólo se atiende a la relación que guardan con la familia el estado o la nacionalidad, es decir respecto a grupos determinados, sin tomar en cuenta la aptitud de las mismas para adquirir o ejercitar derechos y obligaciones (8). Por el contrario en concepto de PLANIOL el estado de las personas no es simple, sino complejo, por manifestarse en tres distintas direcciones: a) Como situación de orden político en las calidades de nacional y ciudadano, b) Como situación de orden familiar en el estado civil o de familia y c) Atendiendo a la situación física de la persona, como estado personal. (9)

De lo antes manifestado, así como de la capacidad, se deduce la distinta naturaleza entre este atributo que es fundamental, y la vez determinante, para otorgar la personalidad y aquél

(8) Bonnecase, Elementos, Obra citada, Tomo 1, Página 33.

(9) Planiol Obra citada, Página 214

otro de carácter social o familiar que aun cuando acompaña generalmente a la persona, no es el soporte esencial e indisoluble de su misma personalidad. Pueden darse casos en que la persona pierda su estado social o de familia conservando su personalidad; pero jamás podrá despojarse totalmente su capacidad de goce, conservando, a pesar de ello, su calidad de sujeto de derecho. Cuando una persona pierde la nacionalidad y la ciudadanía, es posible que no adquiera esos estados en otro grupo social, es decir, una nueva nacionalidad o ciudadanía.

El matrimonio constituye una fuente del estado civil, cuyas consecuencias jurídicas en cuanto a las obligaciones y derechos subjetivos entre los consortes es el tema que estamos tratando.

En cuanto a la capacidad, tenemos que es el atributo más importante de las personas. Todo sujeto de derecho, por serlo, debe tener capacidad jurídica; esta puede ser total o parcial. Es la capacidad de goce el atributo más importante de las personas, además de esencial, ya que la capacidad de ejercicio que se refiere a las personas físicas, puede faltar en ellas y sin embargo, existir la personalidad.

La capacidad se divide en capacidad de goce y capacidad de ejercicio. En cuanto a la primera, o sea la de goce es la aptitud de la persona para ser titular de derechos y sujeto de obligaciones, debemos decir que todos los individuos la tienen, gozan de ella de ahí que se le llame de goce; este tipo de capacidad se tiene desde antes del nacimiento, esto es, desde que el sujeto es concebido, una vez que el artículo 22 del Código Civil determina que, desde ese momento, se tiene por nacido el individuo y disfruta de la protección de la ley, subordinada a dos condiciones: que nazca vivo y que nazca viable.

La capacidad legal o de ejercicio es aquella aptitud en que está la persona para ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones por sí misma, esta capacidad supone la posibilidad jurídica en el sujeto de hacer valer directamente sus derechos, de celebrar en nombre propio actos jurídicos, de contraer y cumplir sus obligaciones y de ejercitar las acciones conducentes ante los tribunales. Por tanto, la incapacidad de ejercicio impide al sujeto hacer valer sus derechos celebrar en nombre propio actos jurídicos, contraer y cumplir sus obligaciones o ejercitar sus acciones. De aquí la necesidad de que

un representante sea el que le haga valer esos derechos o acciones o se obligue o cumpla por el incapaz. Es así como la representación legal surge en el derecho como una institución auxiliar de la incapacidad de ejercicio. La regla general es la capacidad de ejercicio, es decir, existiendo la capacidad de goce debe existir la de ejercicio excepto para los menores de edad y para los que sufran perturbaciones mentales o que carezcan de inteligencia.

El Código Civil de 1870 y el de 1884 consagraban la doctrina estatutaria en materia de capacidad y estado civil, si bien atemperada por un cierto matiz territorial disponiendo el artículo 12 de aquellos ordenamientos "Que las leyes concernientes al estado y la capacidad de las personas son obligatorias para los mexicanos del Distrito Federal, aún cuando residan en el extranjero, respecto de los actos que deban ejecutarse en todo o en parte en las mencionadas demarcaciones".

## II). ANTECEDENTES DE REGLAMENTACION DEL MATRIMONIO

El primer Código Civil expedido en México y en Iberoamérica fue el Código Civil de Oaxaca de 1827 - 1828, que vino a aumentar nuestro acervo histórico legislativo y que en materia civil modificó sustancialmente el orden cronológico que se conocía, pues se consideraba hasta antes de la publicación del libro "Oaxaca, Cuna de la Codificación Iberoamericana", que el primer código civil en México, era el de Veracruz (17 de diciembre de 1868) y el de Bolivia (22 de octubre de 1830), como el primero en Latinoamérica. (10)

En efecto, nos comenta el maestro Ortiz Urquidi que fue el Código Civil del Estado de Oaxaca el primer ordenamiento en la materia, el cual fue expedido por el Congreso Constitucional de dicha Entidad Federativa, en tres libros sucesivos y en las siguientes fechas: El primero precedido por un Título Preliminar y que contenía la publicación de efectos y aplicación de las leyes en general, legislando lo referente a las "Personas", fue expedido con el decreto número 29 del 31 de octubre de 1827, por Don José Ignacio de Morales, Gobernador de Oaxaca; el libro segundo, referente a los "Bienes y a las diferentes modificaciones de la propiedad, se expidió por el entonces Gobernador Don Joaquín Guerrero, con el decreto número 16, el 2 de septiembre de 1828; finalmente el libro tercero que se ocupaba "De los Diferentes Modos de Adquirir la Propiedad", se expidió bajo el mandato del Vice-Gobernador

(10) Ortiz Urquidi, Raúl, Oaxaca, Cuna de la Codificación Iberoamericana Editorial Porrúa, S.A., México 1974.

Interino, Don Miguel Ignacio Iturribarria y se publicó el 29 de octubre del mismo año de 1828, con el decreto número 39.

Para el tema que nos ocupa, es de primordial importancia centrarnos en el análisis de los artículos que contemplan el matrimonio en relación a sus fines y a algunos de sus efectos. Estos artículos se encuentran contenidos en el título quinto, del Libro Primero, "Del matrimonio, donde el artículo 78 establece: "Los matrimonios celebrados según el orden de nuestra santa madre iglesia, católica apostólica y romana, producen en el estado todos los efectos civiles".

Así el derecho civil de Oaxaca, nos remite a la religión, la cual establece los requisitos del matrimonio, congruente con los siguientes ordenamientos del mismo código civil: "35. Sobre los impedimentos de matrimonio y formalidades que han de preceder y acompañar a su celebración se observarán las disposiciones del derecho eclesiástico". "96. Corresponde a la autoridad eclesiástica el conocimiento de los juicios sobre nulidad de los matrimonios". "97. El matrimonio que haya sido declarado nulo según el derecho eclesiástico, producirá sin embargo los efectos civiles, tanto en favor de los esposos como de los hijos, cuando ha sido contraído de buena fe por ambos esposos".

De la transcripción que antecede a los artículos respecto al matrimonio, está clarísimo que seguía las disposiciones de la Constitución de 1824, en lo referente a la importancia que ésta concedía a la religión católica: religión declarada del Estado y la única que podía profesarse en México: en otras palabras, el primer código civil reconoce la influencia decisiva que tenía en aquel tiempo la iglesia católica, en las instituciones familiares y en la vida civil en general del pueblo mexicano.

El artículo 100 por su parte, establece civilmente los fines del matrimonio, al declarar que: "Los esposos se deben mutuamente fidelidad, auxilios y asistencia"(11) Estas disposiciones se complementan por lo estipulado en el artículo 101 que dice: "101. El marido debe protección a su mujer, la mujer obediencia a su marido". El artículo 102 a su vez dice: "102. La mujer está obligada a habitar con su marido, y seguirle a donde él tenga a bien residir, a menos que se tenga algún detrimento grave. El marido está obligado a habitar con su mujer y a darle todo lo que sea necesario para las necesidades de la vida, en

proporción de sus facultades y de su estado". Por el simple texto del artículo anterior, es de advertirse que el mismo está determinando las obligaciones que tiene la mujer y consecuentemente las obligaciones del esposo para con su esposa.

El artículo 103 dice: "103. La mujer no puede comparecer en juicio sin licencia de su marido, aún cuando sea mercadera pública". De aquí se desprende también que en el código civil que comentamos, la mujer estaba sometida a una capitis diminutio", es decir, a una disminución de su capacidad legal, siguiendo los lineamientos del Código Napoleón de 1804.

El artículo 114 por su parte expresa: "114. Los casados están obligados a alimentar, mantener y educar cristiana y civilmente a sus hijos". Por lo que se aprecia, este artículo también establece obligaciones y fines del matrimonio. Los demás artículos que hablan sobre el matrimonio tal y como era la costumbre jurídica en el mundo, determinaban ciertas incapacidades para la mujer; entre las que podemos mencionar que ésta no podía comparecer en juicio sin licencia del marido, ni tampoco podía dar, enajenar, hipotecar, adquirir a título gratuito u oneroso sin la concurrencia del marido o consentimiento por escrito (arts. 103 y 105).

En el Código Civil para el Gobierno del Estado Libre de Oaxaca, creemos encontrar una verdadera innovación a las ideas jurídicas de la época con respecto a la incapacidad de la mujer casada. Concretamente nos referimos al contenido terminante y claro del artículo 108 que nos dice: ". La mujer si fuese mercadera pública, puede obligarse sin autorización de su marido en todo lo que sea concerniente a su negociación y en dicho caso obliga también a su marido. No se reputa mercadera pública, si no hace más que vender por menudeo las mercaderías de su marido".(12)

Como se vé, no solamente se autoriza a la mujer casada a obligarse directamente cuando ejerce el comercio, con la única condición de que esas obligaciones sean en todo lo concerniente a su negociación, y lo más relevante es que obliga por dichos negocios a su marido. Facultad de la mujer casada, que no hemos encontrado ni siquiera en el texto del Código Napoleón, pues éste por lo contrario, nos dice que la mujer sólo puede ejercer el comercio cuando cuenta con el consentimiento o autorización

de su marido, innovación del ejercicio del comercio que sólo encontramos en nuestra legislación, a partir del año de 1885 y eso en el Código de Comercio, en el concepto de que se encuentra restringido a los matrimonios celebrados bajo el régimen de separación de bienes; requiriéndose para los matrimonios con sociedad conyugal, la autorización de uno y otro cónyuge.

### Código Civil de Veracruz de 1868.

Con respecto al matrimonio, el Código Civil del Estado de Veracruz Llave, que se puso en vigor por Decreto número 127 del 17 de diciembre de 1868, expedido por el entonces Gobernador de dicho Estado, Lic. Francisco H. y Hernández, nos remite en primer lugar al Libro Primero, Título IV "Del matrimonio" y al Libro III Título VII, "Del contrato de Matrimonio". Sin embargo, lo fundamental para nuestro estudio o sea lo que se refiere a las obligaciones y derechos que encierran los fines del matrimonio, se encuentran reglamentados en el Libro Primero, Título IV. (13)

A este respecto el mencionado código, define en el artículo 175 al matrimonio como "...una conexión natural, reducida a su pureza primitiva, por la cual un solo hombre y una sola mujer se unen para establecer entre los dos la más estrecha existencia común". Y el artículo 176 (pensamos que este es el número correcto que le corresponde al artículo numerado en la edición oficial del código, como 776, establece que: "El contrato de matrimonio es civil y se celebra lícita y válidamente ante la autoridad establecida por la ley. Para su validez basta con los contrayentes previas las formalidades legales se presenten ante la autoridad civil y expresen su voluntad de unirse en matrimonio".

Del contenido de las normas legales transcritas, deducimos que para el legislador Veracruzano de 1868, los fines del matrimonio son la unión de un hombre y una mujer para establecer entre los dos la más estrecha existencia común, interpretando la frase "Estrecha existencia común" como el establecimiento de un núcleo de donde provendrá una familia (los hijos y los padres), pues a ese mismo fin tiende la expresión contenida en el mismo artículo de "una conexión natural, reducida a su pureza primitiva".

El Texto del artículo 176 (776 de la edición oficial) nos muestra la tendencia predominante en la época en que se expidió la ley que comentamos, o sea el triunfo de las ideas liberales de Juárez y demás próceres de la Reforma, haciendo una separación absoluta entre la Iglesia y el Estado, con mayor razón cuando en el artículo 177 de la misma legislación Veracruzana de 1868, expresamente sólo se le reconocen el gozo de los derechos y prerrogativas que la ley concede a los casados, a los que contraigan matrimonio conforme a las leyes civiles.

El demás articulado que conforma el Título IV, del Libro I, no muestra ningún adelanto respecto a las ideas generales que contiene el primer código civil de México, o sea el expedido por el Estado de Oaxaca en el año de 1827, en lo que se refiere a la obligación de los esposos de vivir en un lugar común, al respecto y la obediencia que la mujer le debe al marido y a la obligación de éste de proporcionar alimentos a su cónyuge, los impedimentos para contraer matrimonio, así como a la disminución de la capacidad legal de la mujer para comparecer en juicio sin autorización del marido y para adquirir sea a título oneroso o lucrativo o enajenar sus bienes, ni obligarse, con la salvedad de que este código que comentamos, establece para los tribunales la facultad de suplir la falta de la licencia marital requerida en los casos líneas arriba mencionados; además de que la administración de los bienes del matrimonio quedaba en manos del marido.

### Código Civil de 1870.

Al triunfo de la República, el Presidente Benito Juárez, ordenó y creó una comisión codificadora de un proyecto para un nuevo código civil mexicano. Esta comisión la integraron Mario Yáñez, José María Lafragua, Isidro Montiel, Rafael Dondé y Joaquín Eguía, terminando los trabajos de codificación el 15 de enero de 1870. Fue sancionado por el Congreso el 13 de diciembre del mismo año y entró en vigor por Decreto del 1º de marzo de 1871. Constando de 4126 artículos, contenidos en 4 libros y un título preliminar. El Título preliminar se refiere a la ley y sus efectos, con reglas generales de aplicación; el Libro Primero a las Personas; el Segundo de los Libros a los bienes, de la propiedad y sus diferentes modificaciones; el tercero se ocupa de los Contratos y el cuarto libro de las Sucesiones. (14)

(14) Muñoz Luis, Salvador Castro Zavaleta, Comentarios al Código Civil. Cárdenas, Editor y Distribuidor, México, 1974, Tomo I, Página 20.

Este código fue dictado, mejor dicho fue destinado en forma exclusiva para el Distrito Federal y el Territorio de Baja California; sin embargo la mayoría de los Estados de la Federación, de acuerdo con sus legislaturas Locales, pronto la adoptaron. (15)

La legislación que mencionamos, define al matrimonio en el artículo 159 de la siguiente manera: "El matrimonio es la sociedad legítima de un solo hombre y una mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar la especie de ayudarse a llevar el peso de la vida". De esta definición es indiscutible que debemos considerar que los fines del matrimonio son la perpetuación de la especie y la ayuda mutua, tanto material como moral de ambos esposos para sobrellevar los avatares de existencia en común, dentro de un régimen matrimonial monogámico e indisoluble.

Aquí vemos que desaparece la religiosidad que influía en anteriores codificaciones y se ratifica la separación del matrimonio civil del matrimonio religioso, al declarar expresamente este código que examinamos en su artículo 162 lo siguiente: "Cualquiera condición contraria a los fines esenciales del matrimonio se tendrá por no puesta".

En este mismo capítulo, se establecen los impedimentos para celebrar el matrimonio y en el artículo 161, expresamente se declara que se trata de un acto puramente civil, dejando a un lado el aspecto religioso del propio matrimonio.

Señala quiénes pueden otorgar el consentimiento para que desaparezca el impedimento de la falta de edad para contraer matrimonio, diciendo en primer lugar, que es el padre, después cita a la madre, aún cuando ésta haya pasado a segundas nupcias. Sigue diciendo que a falta de padres, se requiere el consentimiento del abuelo paterno; a falta de éste, el materno y a falta de ambos el de la abuela paterna; y a falta de ésta, el de la materna. Da facultad para otorgar el consentimiento, a los tutores a falta de los familiares que mencionamos anteriormente. Por último podrá ser el juez de primera instancia, de no existir ni los familiares autorizados para dar el consentimiento ni los tutores. También como el Código Civil de Veracruz, reglamenta que: El ascendiente que ha prestado

su consentimiento, puede revocarlo antes de que se celebre el matrimonio, extendiendo acta de la revocación ante el juez del Registro Civil." (art. 169).

El artículo 172, nos dice que los derechos para otorgar el consentimiento para el matrimonio o revocar éste, sólo podrán ejercerlo los parientes respecto a los hijos legítimos y a los naturales legitimados o reconocidos. Este artículo, como sabemos, en la actualidad es totalmente obsoleto, pues hay que recordar que en el Código Civil de 1928, desaparece la calificación que en los códigos anteriores se les daba a los hijos nacidos dentro del matrimonio y a los nacidos fuera del mismo, ordenando que en ninguna acta se establezca la calidad de hijo nacido legítimamente o de hijo natural o de otra clase (incestuoso, adulterino, etc.).

Es necesario y muy relevante señalar, que en esta legislación civil de 1870, cuando el menor juzgaba que el disenso de sus ascendientes era irracional, lo podía atacar acudiendo a la primera autoridad política del lugar, la cual con audiencia de aquellos (los parientes), habilitaba al menor de edad, en la inteligencia en que éste no podía contraer el matrimonio sin la previa habilitación de la edad. También el tutor no podía contraer matrimonio con su pupila, a no ser que obtuviera dispensa, la cual no podía otorgársele sino hasta cuando habían sido aprobadas totalmente las cuentas de la tutela. Esta misma prohibición, también comprendía al curador y a los descendientes de éste y del tutor (artículos 174 y 175). Se establecieron en este código, normas de procedimiento para saber si se contravenían los artículos 174 y 175, dando oportunidad a las partes para defenderse o probar su denuncia (del artículo 176 al 181).

Fuera de las dispensas o de la habilitación de edad las otras dispensas de que habla este código, sólo podían ser concedidas por la autoridad superior respectiva (artículo 172).

#### Código Civil de 1884.

El 14 de diciembre de 1883, el Congreso de la Unión, facultó al Ejecutivo Federal para que convocara a la elaboración de un nuevo código civil. La comisión de juristas encargada de tal proyecto, concluyó este nuevo código que empezó a regir para el Distrito Federal y Terri-

torios de nuestro país, a partir del 1º de junio de 1884: (16) Esta legislación que recibió muchas críticas y que en lo que concierne al matrimonio, lo podemos considerar como una calca del anterior Código Civil expedido en 1870, ya que hasta la propia definición de matrimonio es idéntica, como podemos apreciarlo en el artículo 155 que textualmente dice: "El matrimonio es la sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida". Por lo demás también los artículos 157 y 168 de este Código que comentamos, corresponden a los artículos 161 y 162 del Código de 1870, por lo que para abreviar y evitar repeticiones ociosas, nos remitiremos a los comentarios que con anterioridad hemos hecho respecto a los fines del matrimonio, cuando analizamos el Código Civil para el Distrito Federal y Territorios de Baja California de 1870.

### Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917

Esta legislatura del 9 de abril de 1917, fue expedida por Don Venustiano Carranza, Primer Jefe del Ejército Constitucionalista. Encargado del Poder Ejecutivo de la Unión y "Publicada en el Diario Oficial de los días 14 de abril al 11 de mayo de 1917, en que entró en vigor, (17) Es el resultado de las ideas sociales que surgieron a raíz del triunfo de la Revolución armada iniciada en 1910 y teniéndose por concluida en 1917, año de la expedición de la ley a que nos referimos. Por dichas causas el contenido de la misma es totalmente distinto a la legislación anterior y Códigos Civiles anteriores a 1917 y así se explica en la exposición de motivos de la ley que nos toca comentar la cual se hace portadora del anuncio de la desaparición de la "capitis diminutio" que pesaba sobre la mujer que contraía matrimonio, además de que dejaba de considerarse al matrimonio con un vínculo indisoluble y de por vida, estableciendo para ello el divorcio, por medio del cual los cónyuges disuelven el vínculo matrimonial que tenían contraído quedando en aptitud de contraer otro. (Art. 75 de la Ley Sobre Relaciones Familiares). Esta disposición repite el Decreto del 27 de mayo de 1916, que rompió el vínculo matrimonial que seguía subsistiendo después del divorcio instituido por la Ley del 29 de diciembre de 1914, que solamente autorizaba la simple separación de cuerpos. Por consecuencia la Ley Sobre Relaciones Familiares, define al matrimonio de la siguiente manera: "Art. 13. El matrimonio es un contrato civil entre un solo hombre y una mujer, que se unen con vínculo disoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso

(16) Muñoz Luis, Salvador Castro Zavaleta, Obra Citada, Página 21.

(17) Ley Sobre Relaciones Familiares, Ediciones Andrade, S.A., México 1964, Página 1.

de la vida". Pero ratifica también a la anterior legislación civil en lo que respecta a las condiciones contrarias a los fines del matrimonio, en su artículo 16 dice: "Cualquiera condición contraria a los fines esenciales del matrimonio se tendrá por no puesta". En cuanto a los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio, esta Ley en su capítulo IV, los establece como sigue: "Art. 40.- Los cónyuges están obligados a guardarse fidelidad, a contribuir cada uno por su parte a los objetivos del matrimonio y a socorrerse mutuamente". "Art. 41.- La mujer debe vivir con su marido, pero no estará obligada a hacerlo cuando éste se ausente de la República, o se estableciere en lugar insalubre, o en el lugar no adecuado a la posición social de aquella". "Art. 42.- El marido debe dar alimento a la mujer, hacer todos los gastos necesarios para el sostenimiento del hogar; pero si la mujer tuviere bienes propios, o desempeñare algún trabajo, o ejerciere alguna profesión, o tuviere algún comercio, deberá también contribuir para los gastos de la familia, siempre que la parte que le corresponda no exceda de la mitad de dichos gastos, a menos que el marido estuviere imposibilitado para trabajar y no tuviere bienes propios, pues entonces todos los gastos serán de cuenta de la mujer y se cubrirán con los bienes de ésta". "Art. 43.- El marido y la mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales; por lo mismo, de común acuerdo, arreglarán todo lo relativo a la educación y establecimiento de los hijos, y a la administración de los bienes que a éstos pertenezcan".

"En caso de que el marido y la mujer no estuvieren de acuerdo sobre alguno de los puntos indicados, el juez de primera instancia del lugar, sin forma ni solemnidad alguna procurará ponerlos de acuerdo, y en caso de que no lo logre resolverá lo que fuere más conveniente al interés de los hijos". "Art. 44.- La mujer tiene la obligación de atender todos los asuntos domésticos; por lo que ella será especialmente encargada de la dirección y el cuidado de los hijos y del gobierno y dirección del hogar".

En consecuencia, la mujer sólo podrá con licencia del marido, obligarse a prestar servicios personales a favor de persona extraña, o a servir un empleo, o ejercer una profesión, o establecer un comercio. El marido, al otorgar la licencia, deberá fijar el tiempo preciso de ella; pues de lo contrario, se entenderá concedida por tiempo indefinido, y el marido, para terminarla, deberá hacerlo saber por escrito a la mujer con dos meses de anticipación".

"La mujer no necesitará de autorización del marido para prestar servicios profesionales a favor de persona extraña, para servir un empleo o atender un comercio o ejercer una profesión, cuando el marido hubiere abandonado el hogar o cuando, sin haberlo abandonado, no tuviere bienes propios imposibilitado de trabajar".

"Cuando el marido autorice a la mujer para comprometerse a prestar un servicio determinado, la licencia se entenderá concedida por todo el tiempo en que deba prestarse dicho servicio".

"Art. 45.- El marido y la mujer tendrán plena capacidad, siendo mayores de edad, para administrar sus bienes propios, disponer de ellos y ejercer todas las acciones que les competan, sin que al efecto necesite el esposo de consentimiento de la esposa, ni ésta de la autorización o licencia de aquél". "Art. 47.- La mujer puede igualmente, sin necesidad de la licencia marital, celebrar toda clase de contratos con relación de sus bienes". "Art. 48.- La mujer no podrá, en ningún caso, contratar con el marido para transmitirle o adquirir de él, bienes raíces, derechos reales o de cualquiera otra clase. Tampoco podrá ser fiador del marido ni obligarse solidariamente con él en asuntos que a éste correspondan". "Art. 49.- La mujer casada, mayor de edad, puede dar poder a su marido para que administre los bienes que le pertenezcan, o los bienes que poseyere en común; pero podrá revocar dicho poder cuando así lo conviniere".

"En este caso, la mujer podrá exigir cuentas al marido en cualquier tiempo, exactamente lo mismo que si se tratase de un mandatario extraño". "Art. 50.- El marido y la mujer, durante el tiempo del matrimonio, podrán ejercitar aquél contra ésta y ésta contra aquél, todas las acciones que les correspondan con anterioridad al matrimonio o que adquirieran durante éste a título de herencia. No obstante esta disposición, la prescripción entre los consortes no correrá durante el tiempo del matrimonio".

De todo lo anteriormente descrito, se desprende: Primero.- La obligación indiscutible del marido para proporcionar alimento a la mujer y hacer los gastos necesarios para el sostenimiento del hogar. Segundo.- La igualdad en el hogar de ambos cónyuges, así como la obligación de los mismos para resolver de común acuerdo lo relativo a la educación y establecimiento de los hijos, así como la administración de los bienes que pertenezcan a éstos.

Tercero.- La obligación de la mujer de atender en forma primordial todos los asuntos domésticos, por lo que ella estaba encargada de la dirección y cuidado de los hijos, así como el gobierno y manejo del hogar. Cuarto.- la libre disposición de ambos cónyuges, para administrar sus propios bienes, disponer de ellos y ejercer todas las acciones que les competan, es decir que en esta ley se establece como régimen patrimonio legal, la separación de bienes. Quinto.- La prohibición para la mujer de contratar con el marido para transmitirle o adquirir de él bienes raíces o derechos reales. Tampoco podía ser fiadora del marido ni obligarse solidariamente con él en asuntos que a éste correspondan y Sexto.- La posibilidad de que tanto el marido como la mujer pudieran ejercer durante el matrimonio las acciones que los cónyuges tuvieran uno contra el otro, antes de contraer matrimonio o durante éste, si las acciones fueron adquiridas por herencia.

La libre disposición de los bienes propiedad de cada cónyuge o expresado en otra forma, el establecimiento por ministerio de ley, del régimen de separación de bienes se encuentra expresamente determinada en el artículo 270 de la Ley que comentamos de la siguiente forma: "Art. 270. El hombre y la mujer, al celebrar el contrato de matrimonio, conservarán la propiedad y administración de los bienes que respectivamente les pertenecen; y por consiguiente, todos los frutos y acciones de dichos bienes no serán comunes, sino del dominio exclusivo de la persona a que aquellos correspondan". Lo anterior queda confirmado por el artículo 4º de disposiciones varias de la misma Ley Sobre Relaciones Familiares que dice: "La sociedad legal, en los casos en que el matrimonio se haya celebrado bajo este régimen, se liquidará en los términos legales, si alguno de los consortes lo solicitare; de lo contrario, continuará dicha sociedad como simple comunidad regida por las disposiciones de esta ley".

Por lo que llevamos expresado de esta legislación y si además hacemos referencia a su exposición de motivos, consideramos que en 1917, en nuestro país, empezó a constituirse un derecho civil nuevo, pujante y con características de verdadera igualdad ante la ley, de los cónyuges producto de un contrato de naturaleza civil en toda su pureza, para perpetuar la especie y para ayudarse mutuamente en las cargas de la vida, haciendo a un lado los antecedentes históricos, tanto del Derecho Romano, como del Derecho napoleónico y más aún terminando con la influencia del Código Napoleón que hacía de la mujer casada una especie de hija

mayor del esposo, dicho en otros términos, el Derecho Francés que fue seguido por los Códigos Civiles posteriores en el Distrito Federal desde 1870, hacían de la mujer casada, un ser prácticamente incapaz, con una incapacidad que llegaba a negarle hasta el derecho de dirigir las labores domésticas de su hogar. En cambio la Ley Sobre Relaciones Familiares, surgida al triunfo y calor de la Revolución, así como de los impetus incontenibles de todos aquellos que clamaban por un cambio social reinvidica a la mujer casada como un ser humano con derechos y obligaciones propias y distintas del marido.

### Código Civil de 1928

Siendo Presidente de la República Don Plutarco Elías Calles, el H. Congreso de la Unión le confirió facultad por medio de los decretos de 7 de enero y de 6 de diciembre de 1926, y de 3 de enero de 1928, para que expidiera este Código que regiría para el Distrito Federal exclusivamente en materia común. Fue publicado en el Diario Oficial de nuestra Federación, el 26 de marzo de 1928, entrando en vigor hasta el 1° de octubre de 1932.

Este Código consta del título de disposiciones preliminares y de cuatro libros.

En su exposición de motivos manifiesta que fue creado este Código tomando en cuenta la colectividad y dejando a un lado el criterio individualista, traspasando así el umbral del interés particular para llegar al mundo de lo colectivo, donde opera el concepto de solidaridad; el fin según el espíritu del legislador de 1928, era acercarse lo más posible a la elaboración de un Código privado social.

"Al individuo, o sea que obre en interés propio o como miembro de la sociedad y en interés común, no puede dejar de considerársele como miembro de la colectividad; sus relaciones jurídicas deben reglamentarse armónicamente y el derecho de ninguna manera puede prescindir de su face social". (18)

Efectivamente, congruente con la exposición de motivos esta legislación que entró en vigor hasta en

(18) Código Civil para el Distrito Federal. Editorial Porrúa, S.A., México, 1979. Página 8.

1932, si es cierto que omite una definición del matrimonio, también es cierto que en sus artículos 146 y 147 determina que el matrimonio (considerado como contrato por el artículo 156) debe celebrarse ante los funcionarios que establece la ley con las formalidades que ella exige; conforme a la segunda disposición legal citada, se establecen los fines del matrimonio al disponer el artículo 147 lo siguiente "Art. 147.- Cualquiera condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges, se tendrá por no puesta". Este precepto se confirma con el artículo 162 del mismo código civil, el que textualmente dice: "Art. 162.- Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente".

Queremos hacer resaltar que de conformidad con esta disposición y en virtud de la conjunción disyuntiva que aparece en el texto del artículo 147, puede deducirse que el código civil actual considera a la perpetuación de la especie, separada de la ayuda mutua que deben darse los cónyuges por lo cual un matrimonio que se contrae con la absoluta seguridad entre los cónyuges de que no van a procrear hijos, no obstante puedan hacerlo, no trae aparejada la nulidad de ese matrimonio, pues bastará que tengan el fin de prestarse la ayuda mutua para que su matrimonio sea considerado válido ya que se ajusta al espíritu y fines del artículo 147.

En el capítulo III del título Quinto, del código en comentario, en su diverso articulado establece efectivamente que el marido y la mujer, tendrán autoridad y consideraciones iguales, estableciendo por lo tanto el trato igualitario en los siguientes preceptos: "Art. 167.- El marido y la mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales; por lo tanto de común acuerdo arreglarán todo lo relativo a la educación y establecimiento de los hijos y a la administración de los bienes que a éstos pertenezcan".

"En caso de que el marido y la mujer no estuvieren conformes sobre alguno de los puntos indicados, el Juez de lo Familiar correspondiente procurará averirlos, y si no lo lograre resolverá, sin solemnidad de juicio, pero oyendo a las partes y recibiendo sus pruebas, lo que fuere más conveniente a los intereses de los hijos". (Este artículo actualmente está derogado).

A continuación citaremos algunos de los

artículos cuyos textos aun cuando ya están modificados actualmente, nos dan una idea de como ha ido evolucionando nuestra legislación civil desde 1928, en lo que respecta al matrimonio y a la mujer casada dentro de él, concediéndole más derechos exclusivos que antes no tenia como cónyuge.

Podemos citar como ejemplo el derecho preferente de la mujer sobre los productos de los bienes del marido y sobre sus sueldos, salarios o emolumentos por las cantidades que correspondan para la alimentación de ella y de sus hijos menores (Art. 165); el derecho de la mujer casada a ser eximida de vivir al lado de su marido cuando éste traslade su domicilio a país extranjero, a no ser lo haga en servicio de la Patria o cuando lo establezca en un lugar insalubre o indecoroso (Art. 163); el derecho de la mujer para desempeñar un empleo, ejercer una profesión, industria, oficio o comercio, cuando ello no perjudique la dirección y cuidado de los trabajos del hogar, que son a cargo de la mujer (Arts. 168 y 169) y finalmente el artículo 172 aún vigente, el cual por su importancia nos permitimos transcribir: "Art. 172.- El marido y la mujer, mayores de edad tienen capacidad para administrar, contratar o disponer de sus bienes propios y ejecutar las acciones u oponer las excepciones que a ellos corresponden, sin que para tal objeto necesite el esposo del consentimiento de la esposa, ni ésta de la autorización de aquél, salvo lo que se estipule en las capitulaciones matrimoniales sobre la administración de los bienes".

De lo anterior se desprende que nuestro código civil de 1928, cumplió lo expresado en su exposición de motivos para darnos una legislación civil adelantada y con un contenido muy apartado del individualismo tradicional, de conformidad con el cual, la mujer siempre habia sido considerada como un ser inferior al esposo o marido.

Haciendo un análisis general sobre los códigos civiles que han regido en México, partiendo del Código de Oaxaca de 1827 - 1828 (primer código civil expedido en México y en Iberoamérica), hasta llegar al vigente, podemos hacer las siguientes observaciones:

Hasta 1917, o sea hasta antes de la expedición de la Ley Sobre Relaciones Familiares, nuestra legislación civil estuvo sujeta a los lineamientos establecidos por el Código Napoleón, es decir que siempre se consideró a la mujer con menor capacidad intelectual que el marido para administrar, no digamos los bienes propios del matrimo-

nio, sino los de propiedad exclusiva de la mujer, honorosa excepción a que hacemos referencia al comentar el Código Civil de Oaxaca, cuyo conocimiento y comentarios acertadísimos, los debemos a la acuciosa y experimentada investigación del Doctor Raúl Ortiz Urquidi.

De 1917 a la fecha y gracias a la Constitución Política que nos rige afortunadamente hasta hoy, expedida en el año de 1917, por el ilustre Congreso Constituyente convocado en la Ciudad de Querétaro, por el Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, Don Venustiano Carranza, nuestra legislación civil dio a la mujer el trato digno de un ser humano con sus obligaciones y derechos naturales, creando así una legislación social que ha sido ejemplo para el mundo entero, y en el año de 1953, el 7 de octubre, se otorgó a la mujer, constitucionalmente la categoría de ciudadana y más tarde el 31 de diciembre de 1974, se agregó a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la siguiente Garantía Individual: "Art. 4º.- El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.- Toda persona tiene el derecho de decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus Hijos".

Esta garantía constitucional motivó que en la misma fecha y por medio de distinto decreto, nuestra legislación civil diera un paso todavía más notable en relación a la condición que guardaba la mujer dentro del matrimonio. Dicho en otra forma: por los términos del decreto a que hacemos referencia, se hizo a la mujer, hablando dentro del Derecho Civil, un ente no sólo objeto de proteccionismo sino lo más importante, se le concedieron derechos iguales a los del hombre, puesto que, repetimos, el 31 de diciembre de 1974 fue adicionado el artículo 162 del Código Civil para el Distrito Federal con un segundo párrafo extraído del artículo 4º Constitucional, que transcribimos para una mejor claridad y entendimiento: "... toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos. Por lo que toca al matrimonio, este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges".

En el mismo decreto, se reforman y adicionan los artículos del Código Civil, Números 164, 165, 168, 169, 174, 175, y se derogan los artículos 166, 167, 170, 171 y 214, además de otras disposiciones del mismo cuerpo de leyes ajenas a nuestro tema, todo ello para otorgar a la mujer el pleno cumplimiento de la garantía individual

del nuevo artículo 4° constitucional, por lo cual, en el artículo 162 arriba ya transcrito, se establece el principio de la paternidad responsable; el artículo 164 establece la obligación ya no sólo del marido para dar alimentos y hacer los gastos necesarios para el sostenimiento del hogar, sino que obliga a ambos cónyuges a contribuir económicamente al sostenimiento del mismo, a su propia alimentación y a la de sus hijos; así como a la educación de éstos en los términos que la ley establece, sin perjuicio de distribuirse la carga en la forma y proporción que acuerden para este efecto, según sus posibilidades y además se agrega un segundo párrafo que dice: "Los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio serán siempre iguales para los cónyuges e independientes de su aportación económica al sostenimiento del hogar".; el artículo 165, que antes del 31 de diciembre de 1974, como ya lo hemos visto anteriormente, daba el derecho preferente a la mujer, sobre los productos de los bienes del marido y sobre sus sueldos, salarios o emolumentos, por las cantidades que corresponden para la alimentación de ella y de sus hijos menores; actualmente hace caer esa obligación sobre la mujer o el marido que tenga a su cargo el sostenimiento económico de la familia; el artículo 170 que daba al marido el derecho de oponerse a que la mujer desempeñara un empleo, ejercitara una profesión, industria o comercio, ha sido derogado, lo que quiere decir que en la actualidad, la mujer sin la autorización de su cónyuge puede desempeñar una actividad remunerada, todo ello por los términos de los actuales artículos 168 y 169, que establecen que el marido y la mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales.

Hemos transcrito las anteriores disposiciones legales, primero porque como ya lo dijimos anteriormente, nos dan una completa idea del cambio radical que ha experimentado nuestra legislación civil a partir del 31 de diciembre de 1974, para dar a la mujer un trato igual al del marido dentro del matrimonio, y en segundo lugar, porque este trato igualitario influye de manera indiscutible en el concepto que debe tenerse conforme a la legislación civil vigente de los fines del matrimonio, es decir, que dichas disposiciones van de acuerdo con lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 162 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, o sea con la planificación familiar pues es incuestionable que todas las disposiciones legales a que hemos hecho alusión sólo pueden tener efectividad cuando los cónyuges han planificado, previa decisión compartida, el número de hijos que deben procrear para permitirles

desempeñar a ambos o a cada uno de ellos, labores remuneradas suficientes para la manutención, sostenimiento y convivencia familiar económicamente estable.

### III). ELEMENTOS DE FONDO Y FORMA DEL MATRIMONIO

Para hablar de estos elementos, debemos definir lo que es el acto jurídico y hacer la distinción de hecho, acto y negocio jurídico genéricamente, y aplicar sus reglas y características al acto matrimonial específicamente.

No podemos dejar pasar por alto que el distinguido maestro oaxaqueño Raúl Ortiz Urquidi es el pionero en México de la Teoría Tripartita en la cual hace la distinción en forma autónoma de los hechos, actos y negocios jurídicos fijándole a cada uno de ellos un significado preciso, ya que los españoles y franceses distinguen el hecho y el acto jurídico sobre la base bipartita y los alemanes e italianos distinguen el hecho y el negocio jurídico también sobre la base bipartita.

El Doctor Raúl Ortiz Urquidi formuló el año de 1945 un anteproyecto del Código Civil para el Estado de Morelos, en donde por primera vez en la historia jurídica de nuestro país se reglamentó el acto jurídico, los hechos y el negocio jurídico en forma autónoma.

El jurista antes mencionado en un Ensayo Publicado en la Revista de la Facultad de Derecho de la U.N.A.M. y posteriormente Plasmado en su obra de Derecho Civil, dice que para distinguir pulcramente entre hechos, actos y negocios jurídicos no hay sino que tomar en cuenta la intervención de la voluntad o ausencia de ella:

a). PRIMER MOMENTO.- En la realización del acontecimiento en que el hecho, el acto o el negocio pueden consistir, y

b). SEGUNDO MOMENTO.- En la producción de las consecuencias jurídicas.

HECHO JURIDICO.- Se caracteriza éste, porque en él la voluntad no interviene en ninguno de los dos momentos mencionados en el apartado anterior, es decir:

a). Ni en la realización del acontecimiento.

b). Ni en la producción de las consecuencias

o efectos jurídicos, no obstante lo cual éstos se producen.

**ACTO JURIDICO.-** En él si interviene la voluntad del sujeto, sólo en la realización del acontecimiento, -primer momento- más no en la producción de efectos -segundo momento- no obstante lo cual, éstos se producen.

**NEGOCIO JURIDICO.-** En cambio, en el negocio, la voluntad interviene en los dos momentos: El ejemplo típico es el contrato, ya que voluntariamente lo realizan quienes lo celebran -primer momento- y los mismos contratantes están deseando celebrarlo -segundo momento- La producción de las correspondientes consecuencias jurídicas.

La licitud es el elemento básico sine qua non, del negocio jurídico. (actos para los franceses), pues sin las partes realizan un hecho ilícito, por más que lo hagan voluntariamente -primer momento- y estén deseando -segundo momento- tal producción de efecto, ese hecho nunca tendrá el carácter de negocio (para alemanes e italianos) o acto jurídico (para franceses y españoles).

Como inegable introducción al capítulo, hemos distinguido los hechos, actos y negocios jurídicos, sin embargo para comodidad y porque así está reglamentado en nuestro Código Civil vigente, seguiremos el estudio por lo tanto los elementos esenciales del acto jurídico son cuatro:

a).- El consentimiento que se forma por el acuerdo de voluntades sin olvidar que hay actos unilaterales en que no existe más que una sola voluntad: la de su autor. Ejemplo el testamento.

b).- El objeto.- Es la prestación materia del acto, y que produce consecuencias jurídicas, que a su vez consisten, en la creación, la transmisión, la modificación y la extinción de derechos y obligaciones.

c).- El reconocimiento que haga la norma jurídica a los efectos deseados por el autor del acto.

Rojina Villegas nos dice que "si la norma jurídica no reconoce una cierta manifestación de voluntad, no hay acto jurídico por falta de objeto para producir consecuencias de derecho que estén amparadas por el ordenamiento"(19) Si todas las manifestaciones fueran amparadas por el ordenamiento jurídico, el derecho estaría al servicio

de los caprichos de los particulares.

d).- La solemnidad.- Este elemento de existencia es de importancia para nuestra materia y sólo es necesario cuando la ley lo señala expresamente. Ejemplo el matrimonio reglamentado por el Código Civil del Distrito Federal y por los Códigos de los Estados de la República que lo han seguido en esta materia.

Los elementos de validez del acto jurídico son los siguientes:

A.- La Capacidad.- La voluntad para la celebración del acto jurídico debe ser otorgada por persona capaz.

B.- La ausencia de vicios de la voluntad.- La voluntad debe ser expresada sin vicio alguno, error, dolo, violencia es decir que sea una voluntad libre y cierta.

El error es el falso concepto de la realidad. El derecho toma en cuenta este vicio de la voluntad para proteger al que se ha obligado debido a él, puesto que la persona que contrajo la obligación en esas condiciones, si hubiera conocido el error en que se encontraba, no hubiera contraído tal obligación.

El Dolo.- Lo define el artículo 1815 del Código Civil del Distrito como cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a la persona que estaba en el acto jurídico.

El Miedo.- Es producto de violencia. La violencia es la "fuerza material o moral que se hace sobre una persona para inducir a que exprese su voluntad en determinado sentido".

C.- La licitud en el objeto, motivo, fin o condición del acto, es decir los actos necesitan ser lícitos en todas sus manifestaciones para que el derecho los ampare.

D.- La Forma.- La voluntad debe exteriorizarse de acuerdo con las formalidades establecidas en la ley.

d). Elementos esenciales y de validez del matrimonio por lo tanto los esenciales son los siguientes:

A.- Consentimiento.- La voluntad de los

pretendientes para unirse en matrimonio, y la del juez del Registro Civil que los declara unidos legalmente en nombre de la Sociedad y del Estado.

B.- El Objeto.- En el matrimonio debemos de distinguir entre el objeto directo y el objeto indirecto.- El primero es la creación de derechos y obligaciones entre los cónyuges y el segundo la obligación de éstos es hacer vida en común, de ayudarse recíprocamente a soportar el peso de la vida, el débito carnal y el auxilio espiritual, así como cuando hay hijos, toda la serie de consecuencias que con relación a éstos establece la ley, especialmente en lo relativo a la patria potestad y a la filiación en general, sin faltar el relacionado con los bienes habidos en el matrimonio.

C.- EL reconocimiento que debe hacer la norma de derecho a la voluntad de los contrayentes para la creación de efectos jurídicos, consistentes en el nacimiento de los derechos y obligaciones.

D.- La Solemnidad.- Su ejemplo típico es precisamente el matrimonio que establece el Código Civil del Distrito y cuya omisión de origen a la inexistencia formal, pues si la pareja no ocurre ante el juez del Registro Civil a celebrar su unión, levantando éste el acta correspondiente en la que se determinen los contrayentes por sus nombres y apellidos, tal matrimonio es inexistente.(20)

Los artículos 102 y 103 del Código Civil para el Distrito Federal establece las Solemnidades como las formalidades en la celebración del matrimonio, podemos señalar las siguientes solemnidades como esenciales para la existencia misma del acto jurídico.

- a). Que se otorgue el acta matrimonial.
- b). Que se haga constar en ella tanto la voluntad de los contrayentes para unirse en matrimonio, como la declaración del juez del Registro Civil considerándolos unidos en el nombre de la ley y de la sociedad.

Sobre el particular debemos decir que compartimos la opinión del Doctor Ortiz Urquidi en el sentido de que en el inciso "b" no se trata de una solemnidad sino de una formalidad en virtud de que dicho inciso se encuentra en contradicción con el artículo 250 que, congruente con el 2234, aplicable a todos los actos jurídicos

en virtud de lo que dispone el 1859, del Código Civil del Distrito.

El artículo 250 dice: "No se admitirá demanda de nulidad por falta de solemnidad en el acta de matrimonio celebrado ante el juez del Registro Civil.- Debia referirse a "formalidades", pues sabemos que la omisión de éstas origina la nulidad, y la de las solemnidades, la inexistencia cuando a la existencia del acta se une la posesión de estado matrimonial:

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

En cuanto a los elementos de validez del matrimonio, son los siguientes:

a).- La Capacidad.- En relación a este elemento debemos de distinguir entre la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio. La primera es la aptitud de una persona para ser titular de derechos y obligaciones, y la segunda es la aptitud de una persona para poder, por sí misma, ejercitar sus derechos y cumplir con sus obligaciones.

Con relación al matrimonio, hay incapacidad de goce, de acuerdo con el artículo 156 del Código Civil del Distrito, fracciones I, VIII, IX a) por falta de edad requerida por la ley, cuando no haya sido dispensada. El artículo 148 dice: Para contraer matrimonio el hombre necesita haber cumplido dieciséis años y la mujer catorce, b) embriaguez habitual, la morfinomanía, la heteromanía y el uso indebido y persistente de las demás drogas enervantes. La importancia incurable para la cópula, la sífilis, la locura y las enfermedades crónicas incurables, que sean, además contagiosas y hereditarias; y, c) el idiotismo y la imbecilidad.

La fracción II del artículo 156 señala como incapacidad de ejercicio la falta de consentimiento de que, o los que, ejerzan la patria potestad, el tutor o el juez en los respectivos casos o sea quien tenga la edad requerida por el artículo 148 (capacidad de goce) no tenga la mayoría de edad, y la capacidad necesaria para disponer de su persona y de sus bienes, el consentimiento será otorgado conforme a los artículos 149, 150, 151, por los padres, si ambos viven, o del que sobreviva; a falta o por imposibilidad de los abuelos paternos, si

los dos existieren, o del que sobreviva, se requiere el consentimiento de los abuelos maternos; faltando padres y abuelos, se necesita el consentimiento de los tutores; y faltando éstos suplirá el consentimiento en su caso el Juez de lo Familiar de la residencia del menor. Cuando los ascendientes nieguen su consentimiento o revoquen el que hubieren consentido, los interesados pueden ocurrir al Jefe del Departamento del Distrito Federal, a los Gobernadores, a los Presidentes Municipales y a los Delegados.

b.- La ausencia de vicios de la voluntad. Los artículos 156, fracción VIII, 235, fracción I y 245, en sus tres fracciones del Código Civil del Distrito, nos señalan los vicios de la voluntad cuando ésta ha sido dada por error, por dolo, o arrancada por violencia, los artículos antes mencionados dicen textualmente:

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

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

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

I.- El error acerca de la persona con quien se contrae, cuando entendiéndolo un cónyuge celebrar matrimonio con persona determinada, lo contrae con otra.

Artículo 245.- El miedo y la violencia serán causa de nulidad del matrimonio si concurren las circunstancias siguientes:

I.- Que uno u otro importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes.

II.- Que el miedo haya sido causado o la violencia hecha al cónyuge o a la persona o personas que la tiene bajo su patria potestad o tutela al celebrarse el matrimonio.

III.- Que uno u otra hayan subsistido al tiempo de celebrarse el matrimonio.

c.- La licitud en el objeto motivo, fin o condición el acto.- Este elemento de validez se encuentra señalado en las fracciones III, IV, V, VI, X del artículo 156 que se refiere al incesto, al parentesco de afinidad, de adulterio, al atentado contra la vida de alguno de los casados para casarse con el que quede libre.

Las fracciones del artículo 156 dicen:

III.- El parentesco de consaguinidad legítima o natural sin limitación de grado en la línea recta, ascendente o descendente. En la línea colateral igual, el impedimento se extiende a los hermanos y medios hermanos. En la colateral desigual, el impedimento se extiende solamente en los tíos y sobrinos, siempre que estén en el tercer grado y no hayan obtenido dispensa;

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

V.- El adulterio habido entre las personas que pretenden contraer matrimonio, cuando ese adulterio haya sido judicialmente comprobado;

VI.- EL atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre;

X.- El matrimonio subsistente con persona distinta de aquella con quien se pretende contraer.

También se contemplan notorios casos de ilicitud en los artículos 158, 159, 264, 265, del Código Civil del Distrito.

d.- La forma.- Conforme a los artículos 102 y 103 del Código Civil del Distrito establecen tanto formalidades como solemnidades, Las formalidades conforme a los mencionados artículos son:

a). Asentar lugar, día y hora del acta matrimonial;

b). Hacer constar la edad, ocupación, domicilio y lugar de nacimiento de los contrayentes;

c). Si son mayores o menores de edad;

d). 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 mencionadas personas.

e). Que no hubo impedimento para el matrimonio o que éste se dispensó;

f). La manifestación de los cónyuges sobre si el matrimonio se contrae bajo el régimen de sociedad conyugal o de separación de bienes, y

g). Los nombres, apellidos, edad, estado civil, 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.

#### Naturaleza de las Normas que lo Rigén.

En cuanto a la naturaleza jurídica del matrimonio solemne ha sido considerada desde distintos puntos de vista, según el Doctor Rojina Villegas, son siete los puntos de vista a saber:(21)

- 1).- Como Institución;
- 2).- Como Acto Jurídico condición;
- 3).- Como Acto Jurídico Mixto;
- 4).- Como Contrato Ordinario;
- 5).- Como Contrato de Adhesión;
- 6).- Como Estado Jurídico, y
- 7).- Como Acto de Poder Estatal.

Ortiz Urquidi agrega dos puntos de vista a esta enumeración del maestro Rojina Villegas que él no considera pero es importante citar y que corresponden, en primer lugar, al Doctor Gabino Fraga en su Derecho Administrativo y, en segundo lugar, a Salvador Pugliatti en su Introducción al Estudio de Derecho Civil.(22)

- 8).- El matrimonio como acto unión -Fraga,

(21) Rojina Villegas, Rafael, Obra Citada, Páginas de la 211 a 230.

(22) Ortiz Urquidi Raúl, "Matrimonio por Comportamiento", Páginas 53 y

9).- EL matrimonio como convención en sentido técnico-Pugliatti.

### El Matrimonio Como Institución

Significa el conjunto de normas jurídicas que lo rigen, se entiende por "Institución Jurídica el conjunto de normas de igual naturaleza que regulan un todo orgánico y persiguen una misma finalidad". O como dice García Máñez; Institución es el núcleo de preceptos jurídicos que reglamentan relaciones de igual naturaleza".(23

El Doctor Rojina Villegas pasa una revista de las opiniones que sobre el particular han expresado Ihering, Houriou según estos autores, el matrimonio es una institución jurídica, por cuanto que existe en los Códigos ese conjunto de normas de igual naturaleza que lo rigen y que al establecer sus elementos y fijar los derechos y obligaciones de los consortes, persiguen la misma finalidad, al crear un estado de vida permanente entre los mismos, que le da significación tanto social como jurídica y, finalmente, la estructuración normativa a través de la cual se establecen las finalidades, órganos y procedimientos de la institución misma.

### El Matrimonio Como Acto Jurídico Condición.

Se debe a León Duguit el mérito de haber precisado la significación que tiene el acto jurídico condición y distingue tres tipos de actos: el acto regla, el acto subjetivo y el acto condición en su tratado de Derecho Constitucional. Define el último, como el acto jurídico que tiene por objeto determinar la aplicación permanente de todo un estatuto de derecho a un individuo o a un conjunto de individuos, para crear situaciones jurídicas concretas que constituyen un verdadero estado, por cuanto que no se agotan por la realización de las mismas, sino que permiten su renovación continua. Ahora bien relacionándolo con el matrimonio se condiciona la aplicación de un estatuto que vendrá a regir la vida de los cónyuges en forma permanente. Es decir un sistema de derecho en su totalidad es puesto en movimiento por virtud de un acto jurídico que permite la realización constante de consecuencias múltiples y la creación de

(23) García Maynez Eduardo, "Introducción al Estudio del Derecho", Editorial Porrúa, S.A., México, 1951, Página 151.

situaciones jurídicas permanentes.

En el matrimonio se encuentran los elementos que caracterizan el acto condición; lo más importante es que implica una manifestación de voluntades (la de los contrayentes) para crear un estado permanente de vida entre los cónyuges, originando derechos y obligaciones recíprocas, así como las relaciones permanentes que no se agotan por su cumplimiento, pues se renuevan indefinidamente.

El Doctor Gabino Fraga, clasifica los actos jurídicos por razón del efecto que producen. Al referirse a los tres tipos de actos ya mencionados, dice que el efecto de tales actos jurídicos condición, "es el condicionar la aplicación de una situación general a un particular".

El Doctor Raúl Ortiz-Urquidi transcribe del Doctor Gabino Fraga lo siguiente: "Resulta que en multitud de casos la norma jurídica no es aplicable de pleno derecho a un caso individual; para que lo sea es necesaria la verificación de un acto jurídico intermediario. Este acto produce una modificación en el orden jurídico, puesto que por su realización del individuo se ve colocado dentro de la regla general así por ejemplo, la situación de un hijo adoptivo o de casado no se aplica de pleno derecho a todos los individuos; se requiere, para el primer caso, el acto de adopción y, para el segundo, el acto de matrimonio". Y continúa: "Estos actos necesarios para que una situación jurídica general se aplique a un caso individual, se designan con el nombre de actos-condición, significándose con esta expresión la aplicación de la norma general".(24)

### El Matrimonio Como Acto Jurídico o Mixto

Se distinguen en el derecho los actos jurídicos privados, los actos jurídicos públicos y los actos jurídicos mixtos. Los primeros se realizan por la sola intervención de los particulares; los segundos se realizan por la intervención de los órganos estatales y el último es el que se realiza por la intervención tanto de los particulares como de los funcionarios públicos.

Planiol y Ripert en su tratado práctico de Derecho civil Francés, dan una concepción distinta

(24) Ortiz Urquidi Raúl, Obra Citada Matrimonio por Comportamiento, Página 55.

al acto jurídico mixto, diciendo que "la Única concepción mixta: el matrimonio es un acto complejo, a la vez contrato e institución, del mismo modo que, en nuestro antiguo derecho, era considerado por nuestros antiguos autores como un contrato y un sacramento a la vez". (25)

El Doctor Rojina Villegas dice que "el matrimonio es un acto jurídico mixto debido a que se constituye no sólo por el consentimiento de los consortes, sino también por la intervención que tiene el juez del Registro Civil. Este órgano del Estado desempeña un papel constitutivo y no simplemente declarativo pues debemos decir que si se omitiese en el acta respectiva hacer constar la declaración que debe hacer el citado funcionario, considerando unidos a los consortes en el legítimo matrimonio, éste no existiría desde el punto de vista jurídico". (26)

Por lo que estamos de acuerdo con la idea del Doctor Rojina Villegas, quien considera el matrimonio, como acto jurídico mixto, pues para su realización se requiere del consentimiento de los contrayentes (acto jurídico privado), y la intervención del juez del Registro Civil en representación del Estado, para que haga la manifestación expresa de declararlos unidos en matrimonio en nombre de la ley y la sociedad (acto jurídico público).

#### Matrimonio Como Contrato Ordinario.

Esta ha sido la tesis tradicional desde que se separó el matrimonio civil del religioso, pues en tanto para la iglesia el matrimonio es, además de un contrato, un sacramento, para el derecho positivo es solo un contrato.

Con relación a la tesis tradicional, Planiol y Ripert en la obra citada anteriormente dicen que aún cuando el matrimonio es una institución y constituye un acto complejo, tiene también carácter contractual, la idea de que el matrimonio es un contrato, es rechazada por numerosas personas, por lo general se debe a una preocupación religiosa pues en la doctrina canónica de la institución del sacramento del matrimonio ha absorbido el contrato.

El jurista Italiano Degni cita que cuando se dice que el matrimonio es un contrato no debe creerse que se trata de un contrato como la generalidad de los contratos. El matrimonio es un contrato -dice- en cuanto

(25) Citado por el Dr. Ortiz Urguidi Raúl, "Matrimonio por Comportamiento, Página 55.

(26) Rojina Villegas Rafael, Obra citada, Página 215, Segundo Párrafo.

surge por efecto de la voluntad de los esposos, más no deja de tener una particular estructura, vinculada íntimamente con los fines que el instituto del matrimonio se propone; justifica y explica los límites señalados por la ley, en interés general, a la eficacia de la voluntad de los contrayentes. Continúa diciendo Degni que el consentimiento no puede ser considerado solamente como el presupuesto para la constitución del matrimonio. La intervención del Estado es esencial según su criterio para la perfección del matrimonio, pero únicamente como elemento, de reconocimiento de la voluntad, de los cónyuges y la de falta de todo impedimento para la validez del acto, pero la voluntad del Estado no pueda situarse en el mismo plano ya que la voluntad del Estado es indispensable para la formación legal del matrimonio por exigencias de orden social.

En el derecho de familia ha venido ganando terreno la idea de que el matrimonio es un acto jurídico mixto, pues sostiene en forma categórica que debería desecharse la tesis contractual ya que ésta sólo tuvo por objeto separar de manera radical el matrimonio civil del religioso y negar el principio consagrado por el derecho canónico que dió carácter de sacramento al matrimonio y como dice el artículo 130 de la Constitución de 1917, el matrimonio es un contrato civil exclusivamente de la 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 le atribuyen.

#### **El Matrimonio Como Contrato de Adhesión.**

Esta tesis se ha considerado como modalidad de la tesis contractual, se ha sostenido que el matrimonio participa de las características generales de los contratos de adhesión, pues los contrayentes no tienen libertad para establecer derechos y obligaciones distintos de aquellos que imperativamente determina la ley. En esto tienen similitud con los contratos de adhesión, pues en éstos una parte simplemente tiene que aceptar en todos sus términos la oferta que la otra parte hace. Sin la posibilidad de variar los términos de la misma. "En el matrimonio por razones de interés público el Estado impone el régimen legal del mismo, de tal manera que los consortes simplemente se adhieren a ese estatuto funcionando su voluntad sólo para el efecto -

de ponerlo en movimiento y aplicarlo, por lo tanto, a sujetos determinados", (27)

### El Matrimonio Como Estado Jurídico.

Estado jurídico es el conjunto de elementos que producen "situaciones jurídicas permanentes, permitiendo la aplicación del estatuto legal a todas y cada una de las situaciones que se van presentando". (28)

El matrimonio constituye un estado jurídico entre los consortes, pues crea para los mismos una situación jurídica permanente que origina consecuencias constantes por la aplicación del estatuto legal respectivo a las situaciones que se van presentando durante la vida matrimonial y sobre todo con relación al cumplimiento de las obligaciones entre los cónyuges y éstos con relación a los hijos.

### El Matrimonio Como Acto de Poder Estatal.

Tesis del jurista Italiano Antonio Cicu, quien sostiene que: "El matrimonio no es un contrato sino un acto de poder estatal. Estas consideraciones ponen en claro la especial importancia que tiene el hecho de que la declaración de voluntad de los esposos deba ser dada al juez del Registro Civil, y por él recogida personalmente en el momento en el que se prepara para el pronunciamiento; y que toda otra declaración o contrato realizado entre los esposos no tenga ningún valor jurídico. Nosotros deducimos de esto que la ley no considera el matrimonio como contrato tampoco formalmente y que la concorde voluntad de los esposos no es más que condición para el pronunciamiento éste y sólo éste es constitutivo del matrimonio. Se comprende que si no vacilamos en llegar a esta conclusión, es porque la misma está consentida y justificada por la premisa contenida en la primera parte; y una vez admitido que el interés en la constitución de relaciones familiares sea también interés del Estado, no se puede tener dificultad en considerar el matrimonio como constituido formalmente por acto del poder público. Y no es dudoso que ésta fuese la meta de la evolución histórica. Es el Estado el que una en matrimonio; se objetará que además del interés del Estado existe el interés bien destinado de los esposos, el cual incluso debe considerarse como preponderante,

(27) Rojina Villegas Rafael, Obra Citada, Página 224

(28) Rojina Villegas Rafael, Obra Citada, Página 225.

tanto que el Estado está obligado, en defecto de impedimentos a la celebración. Pero nosotros hemos visto que el interés de los esposos no puede ser considerado como un interés individual privado de los mismos; por consiguiente, también bajo este aspecto la concepción privadística carece de base. Que el Estado no intervenga como extraño en tutela de un interés propio, frente a la natural individual, resulta de que no es precisamente la forma de autorización la que aquí se produce la cual en cambio, se adaptaría a aquella concepción. Lo que más contribuye a mantener firme la concepción contractual es la consideración de que hay libertad de unirse o no en matrimonio, y que sin la concorde voluntad de los esposos el matrimonio no es concebible; que incluso el consentimiento es aquí más simple, más vinculante. Pero no se advierte que éste no tiene nada que ver con la valoración jurídica; es siempre el punto de vista privadístico el que altera la visión; y así el mismo no puede explicar por qué en casos en los que el consentimiento es pleno, y el propósito es precisamente aquel que substancialmente se atribuye al matrimonio (ejemplo, matrimonio religioso), jurídicamente no se tenga nada, especialmente no puede dar razón de la perpetuidad e indisolubilidad del vínculo. No se advierte frente al otro, el matrimonio no limita, sino que excluye la libertad, y pone por eso necesariamente a los esposos frente a un poder superior (Divinidad, Estado). Por eso el Estado no interviene como extraño. Se tiene en cambio, interés familiar, elevado a estatal. Si después de esto se quiere todavía hablar de negocio jurídico familiar, nosotros no tenemos dificultad en estar de acuerdo; con tal que el negocio no se haga consistir en el contrato entre los esposos, y, en todo caso, se deje de lado la concepción privadística".(29)

### El Matrimonio Como Acto Unión.

El Doctor Gabino Fraga sostiene esta tesis y aborda la clasificación de actos unilaterales y plurilaterales, para en seguida dividir éstos, los plurilaterales, en contractuales, o sea aquellos en los que tanto el objeto como la finalidad perseguida por cada contratante es diferente; en colectivos o complejos o actos de colaboración como también los llama, o sean aquellos en los que las voluntades que concurren a la formación del acto tienen el mismo objeto y la misma finalidad (ejemplo la formación de una ley). El Doctor Ortiz Urquidí transcribe las palabras

(29) Cicu Antonio "El Derecho de Familia", Traducción de Santiago Sentés, Citado por el Dr. Ortiz Urquidí, "Matrimonio por Comportamiento", Obra Citada, Páginas 58 a 60.

del Doctor Gabino Fraga, al decir "Puede presentarse un tercer caso en que, concurriendo varias voluntades, tengan el mismo objeto, lo cual asemejaría el acto colectivo; pero que tiene cada una de ellas, finalidades diferentes, lo cual sería motivo para asemejarlos al contrato. Este tercer caso se considera por algunos autores, como siendo en realidad una forma del acto complejo o colectivo, porque se estima que un mismo objeto de la voluntad puede satisfacer múltiples y diversos intereses". (30)

Sin embargo, se ha sostenido que esta forma a que nos venimos refiriendo debe considerarse como un tipo especial del acto plurilateral, habiéndosele llamado en la doctrina acto unión. A ese efecto, se indica que en él las voluntades concurrentes no son independientes como en el acto colectivo, sino que ellas están ligadas entre sí de manera de dar lugar a una convención; pero sin que ésta llegue a formar un contrato, puesto que el efecto jurídico que se produce y que es otro elemento que viene a caracterizar a éste, no es crear una situación jurídica individual. Para aclarar estas ideas recurrimos a los ejemplos usuales: El acto del matrimonio implica la concurrencia de dos voluntades que se convencionan, lo cual haría pensar en calificarlo como un contrato, si no fuera porque esas voluntades no son las que determinan la situación jurídica de los cónyuges, pues ésta se encuentra de antemano determinada por la ley. De manera que el acto del matrimonio no es sino la condición de aplicación del estado de casados a los que concurren en su voluntad a formarlo".

#### El Matrimonio Como Convención en Sentido Técnico.

Es más fácil identificar los diversos negocios típicos a través de su particular: Nomen juris, antes que abarcarlos bajo propias denominaciones de clases o grupos; así pueden ponerse de relieve los nombres de los contratos individuales, y pueden también encontrarse términos propios de particulares negocios no contractuales: El matrimonio, el testamento, la renuncia, la aceptación de herencia, etc. "Y sobre esta base de considerar que el matrimonio es un negocio no contractual, lógicamente afirma más adelante que "los contratos no agotan la categoría de los negocios bilaterales

(30) Ortíz Urquidi Raúl, Matrimonio por Compartimiento, Obra Citada, Páginas 60 y 61.

aún cuando ocupan la mayor parte. Tienen, en efecto, la misma estructura de los negocios bilaterales, los negocios que se designan como convenciones en sentido técnico y restringido (en sentido lato el término "convención" comprenden de también los negocios contractuales). Dada la identidad de estructura, la distinción entre estas dos categorías de negocios bilaterales debe ser hecha en relación al contenido". Los contratos tienen un contenido patrimonial y pertenecen de preferencia al campo obligatorio; las convenciones en sentido técnico, están más bien dirigidas a crear un status, una situación jurídica estable: Ejemplos, el matrimonio es el acto civil regulado por los artículos 53 y siguientes del Código Civil. Los artículos se refieren al Código Civil Italiano; no el negocio contractual, que regula el régimen patrimonial entre los cónyuges artículo 1378 y siguientes, del Código Civil y que presume justamente el acto civil); la adopción, para la que se requiere el consentimiento del adoptante y del adoptado.

#### IV) EFECTOS JURIDICOS DEL MATRIMONIO

El matrimonio implica la práctica imperativa de una serie de efectos y consecuencias recíprocos entre los cónyuges, que podemos analizar desde tres puntos de vista: en cuanto a sus personas, en cuanto a sus bienes y en cuanto a sus hijos.

#### Consecuencias Jurídicas en las Personas de los Cónyuges

##### a) Derecho a la libre procreación

El primer dato importante a señalar es, que en la legislación actual se establece la igualdad y reciprocidad de derechos y deberes entre los cónyuges. Así, ambos están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente. En vista de ello los dos decidirán de mutuo acuerdo el número y espaciamiento de sus hijos. Perfecto, si tienen relaciones armónicas y se ponen de acuerdo al respecto, ellos "tratarán" de tener tal número de hijos, y el espaciamiento entre unos y otros, pero la que decidirá será la Madre Naturaleza. Por un lado no todas las parejas tienen la capacidad fecundante a su disposición, ni en favor ni en contra. Cuántas parejas desean hijos, y éstos les son negados, aunque así lo decidan y contribuyan cada uno por su

parte a su logro, como expresa el art. 162. Y en otras ocasiones, pese a los medios anticonceptivos usados, aun los más eficaces, surge el embarazo indeseado. Hasta el momento no existen métodos anticonceptivos cien por ciento idóneos, excepto los que provee la cirugía en uno o en otro de los cónyuges. Pero éstos no pueden considerarse propiamente medios anticonceptivos temporales, sino la decisión definitiva de no procrear para el que realiza en su organismo tales medidas. El derecho a la libre procreación que debe ser ejercido de mutuo acuerdo por los cónyuges puede dar lugar a serios conflictos entre la pareja. En defecto del recíproco acuerdo, si uno de los dos desea en contrario que haya o no procreación, ¿cuál será la conducta a seguir? ¿Puede, por ejemplo, obligar el marido a su mujer a que se embarace, a que use ciertos anticonceptivos o inclusive a que aborte si ya está encinta? ¿Podrá la mujer inseminarse en forma artificial ante la negativa de su cónyuge de procrear o ante la esterilidad del mismo? ¿Podrá cualquiera de ellos obligar al otro a tratarse médicamente para procurar la fecundación o, en su caso, para evitarla? Cuestiones son todas estas correspondientes a la más delicada intimidad entre consortes. Si no se plantean y se resuelven con verdadero mutuo acuerdo, pueden llevar al rompimiento del matrimonio. La normatividad relativa es totalmente inoperante.

b) Deber de cohabitación en el domicilio conyugal.

El siguiente derecho-deber entre los cónyuges es el de cohabitar. Deben vivir juntos en el domicilio conyugal. Este es el que ellos, de mutuo acuerdo escojan libremente para vivir.

La reciente reforma al art. 163 (D.O. 27-X-83) consistió en determinar el domicilio conyugal con las siguientes palabras: "Se considera domicilio conyugal, el lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges, en el cual ambos disfrutan de autoridad propia y consideraciones iguales".

No configura domicilio conyugal, según el criterio de la Suprema Corte, el domicilio de algún familiar o amigo de los consortes, aunque los cónyuges estén viviendo en el mismo:

Por domicilio conyugal se entiende el lugar en donde conviven los cónyuges y sus hijos, disfrutando aquellos de la misma autoridad y consideraciones,... por lo que no basta para tener constituido un domicilio conyugal

y pretender la incorporación a él, de la esposa y de los hijos, que el marido se limite a señalar como lugar en que debe establecerse el hogar, la casa en que viven, sino que tienen que justificar que la misma es adecuada para hacer posible el cumplimiento de las obligaciones y el ejercicio de los derechos derivados del matrimonio; lo que requiere, además de ciertas condiciones materiales como espacio, servicios, etc., la demostración de que es un domicilio propio y no el de algún familiar o amigo de los consortes. (31)

Del deber de cohabitación en el domicilio conyugal solamente pueden eximir los Tribunales a uno de los cónyuges con conocimiento de causa, cuando el otro traslade su domicilio a país extranjero, a no ser que lo haga en servicio público o social, o se establezca en lugar insalubre o indecoroso (art. 163 C.C.)

Como consecuencia del divorcio separación demandado en base a las fracciones VI y VII del artículo 267 del Código Civil mencionado, el juez ordena la separación de los cónyuges, persistiendo los demás deberes derivados del matrimonio (art. 277 C.C.)

Lo propio ocurre cuando el juez admite una demanda de divorcio en base a cualquiera de las otras causales (arts. 275 y 282 F. II del C.C.).

#### c) Derecho-deber de relación sexual.

Independientemente de la procreación, los cónyuges tienen derecho recíproco de entablar entre ellos relaciones sexuales. La ley no lo señala con estas palabras, sino expresando que ambos están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio. Uno de los fines del matrimonio, naturalmente aceptado en forma universal, es la relación sexual lícita entre los cónyuges. La negativa permanente y sin causa de uno de los cónyuges a tener relación carnal puede constituir causa de divorcio, la tipificada como injurias, de la que se tratará en el capítulo sobre Divorcio.

(31) Informe rendido por el Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al Pleno de este Tribunal, 1980, núm. 38, pág. 42. Amparo directo 1397/75).

d) Ayuda mutua

Es quizá esta consecuencia la de mayor trascendencia en el matrimonio, pues implica una serie de conductas variadas y permanentes de solidaridad entre los casados. Desde el punto de vista económico,

"ambos contribuirán al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de éstos en los términos que la ley establece, sin perjuicio de distribuirse la carga en la forma y proporción que acuerden para ese efecto, según sus posibilidades. A lo anterior no está obligado el que se encuentre imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios, en cuyo caso el otro atenderá íntegramente a estos gastos. Los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio serán siempre iguales para los cónyuges e independientes de su aportación económica al sostenimiento del hogar."(32)

La redacción del art. 164 del Código Civil vigente, arriba transcrito, es reciente en nuestro derecho (Decreto del 31 de Dic. de 1974). Con anterioridad a esta reforma la ley establecía obligaciones económicas diferentes para los cónyuges, de acuerdo con los roles tradicionales asignados a hombres y mujeres. Señalaba la obligación alimentaria a cargo del marido y sólo subsidiaria para la mujer, y a ésta le exigía los servicios de dirección y cuidado de los trabajos del hogar.

Tanto la redacción del actual art. 164 como del derogado, desconocen, o más bien niegan, el valor económico que representa la dirección y cuidado de los trabajos del hogar. Quizá una de las causas históricas determinantes de la situación de la inferioridad femenina frente al varón se deba a haberle negado secularmente valor económico al trabajo tradicional de la misma: la crianza y cuidado de los hijos, y los infinitos e interminables trabajos del hogar.

La redacción actual del multicitado art. 164 debió incluir la expresión de que el cónyuge que desempeñe los trabajos del hogar y el cuidado de los hijos (casi siempre la esposa) está contribuyendo económicamente al sostenimiento del hogar con el desempeño de sus tareas, sin que desde luego, se establezca que ésa es su tarea forzosa, sino producto del acuerdo con su cónyuge. Mientras se le siga negando valoración económica a los trabajos mencionados, persistirá la situación de inferioridad de quien los lleve

(32) Artículo 164, Código Civil de 1928.

al cabo, por muy cotidianos, indispensables e imprescindibles que los mismos sean (que lo son, además).

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

En el derecho de familia vemos manifestarse constantemente esta impotencia del derecho. Los familiares (cónyuges, padres-hijos, hermanos entre sí, cuando menos), debieran amarse respetarse y comprenderse. Pero estas son esferas pertenecientes a la moral, a la afectividad, a la buena crianza, a las cuales no alcanza el orden jurídico. Lo único que le cabe al derecho, ante la ausencia de esas conductas positivas entre familiares, es, en muy limitados casos, extinguir los lazos familiares (divorcio, revocación de la adopción solamente o imponer sanciones como la pérdida de la patria potestad, por ejemplo); pues los parientes consanguíneos los son para toda la vida, pese a sus conductas aberrantes o desnaturalizadas en ciertos casos.

#### e) Fidelidad.

El deber de fidelidad está implícito dentro de la regulación del matrimonio, pues, aunque no expresado con las palabras "los cónyuges se deben recíproca fidelidad" el incumplimiento al mismo, el adulterio, lo recogen las leyes: el Código Civil citado al establecerlo como causa de divorcio (art. 267, F. I), el Código Penal tipificándolo como delito (art. 273) cuando el adulterio se comete en el domicilio conyugal o con escándalo.

Significa la fidelidad, la exclusividad sexual de los cónyuges entre sí y la violación a la misma implica un ataque a la lealtad, que puede herir muy gravemente los sentimientos del cónyuge ofendido, hasta el grado de terminar con la relación conyugal por divorcio.

El deber de fidelidad ha estado siempre presente en los sistemas jurídicos que consagran la monogamia, aunque no es sino hasta el presente, en que se exige en forma recíproca para ambos cónyuges. La fidelidad ha sido siempre un deber absoluto para la mujer y su incumplimiento, sancionado con terribles penas, incluyendo la muerte por lapidación de que nos relata la historia antigua.

El adulterio del varón, por el contrario, fue tolerado (y hasta celebrado como muestra de virilidad). Por lo que toca a nuestro derecho, no es sino hasta la entrada en vigor del Código Civil actual en que se consagra la norma igualitaria del adulterio como causa de divorcio. Todavía la ley sobre Relaciones Familiares de 1917, que fue tan avanzada para su época y que eliminó la potestad marital, discriminaba en razón de la causal de divorcio por adulterio, con la siguiente norma art. 77:

El adulterio de la mujer es siempre causa de divorcio; el del marido lo es solamente cuando con él concurren algunas de las circunstancias siguientes: I. Que el adulterio haya sido cometido en la casa común; II Que haya habido concubinato entre los adúlteros, dentro o fuera de la casa conyugal; III Que haya habido escándalo o insulto público hecho por el marido a la mujer legítima; IV. Que la adúltera haya maltratado, de palabra o de obra, o que por su causa se haya maltratado de alguno de esos modos, a la mujer legítima.

f) Igualdad jurídica entre cónyuges.

A más de los ya transcritos artículos 162 y 164 que nos hablan respectivamente de la decisión en común con respecto a la procreación y a los deberes de carácter económico dentro del hogar, el código mencionado establece la igualdad en aspectos de carácter moral y en las conductas con respecto a los hijos, así el art. 168 expresa:

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

Esta última disposición en el sentido de que el juez resolverá, no es más que una utopía, un buen deseo del legislador de que los casados ocurran a los buenos oficios de un tercero (el juez) para que dirima los desacuerdos entre los cónyuges. Si no se ponen de acuerdo en algo tan importante como es la formación o educación de los hijos ¿van a estar de acuerdo en concurrir ante el juez presentándole sus dificultades? Trata de darle

el legislador al juez, el importante papel de consejero matrimonial, y, si bien esto sería lo deseable, está fuera de nuestra realidad y de nuestras costumbres.

Las consejerías matrimoniales ya funcionan y cumplen un positivo papel en otros lugares (Estados Unidos, por ejemplo), mas no están a cargo estrictamente de los jueces, sino de otras instituciones, normalmente privadas. Sería muy conveniente que existieran en nuestro país, como un servicio otorgado por el Estado o por organizaciones privadas filantrópicas, pues, dado nuestro subdesarrollo, si fueran onerosas, estarían fuera del alcance de las clases medias y populares que son las que configuran el gran por ciento de nuestra población.

Otra norma igualitaria consiste en el derecho que tienen ambos cónyuges de desempeñar cualquier actividad excepto las que dañan la moral o la estructura de la familia. En este caso, cualquiera de los dos puede oponerse a que el otro desempeñe la actividad de que se trate, y el Juez de lo familiar resolverá sobre la oposición. En lo relativo a este artículo, la decisión del juez no tiene ninguna fuerza obligatoria, pues el incumplimiento de la decisión judicial respectiva, no da causa de divorcio, como si se configura la causal en el desacato a la decisión judicial de que nos hablan los artículos 164 y 168, en el hipotético caso de que hubieren concurrido los cónyuges al arbitrio judicial.

La verdad es que, en todas estas cuestiones que significan la comunidad de vida, si no existe el mutuo acuerdo entre marido y mujer, se darán cualquiera de estas dos circunstancias: la imposición de hecho de una voluntad sobre la otra, con la consiguiente frustración de quien resulte sojuzgado, o la desarmonía originada por dos distintas posiciones, opuestas entre sí y que conducen lentamente a la quiebra del matrimonio. Una vez más expresamos que, en la intimidad de la vida conyugal y del hogar, el derecho es inoperante, ya sea a través de sus normas o de la intervención judicial.

Con respecto al manejo de los bienes propios de cada uno de los cónyuges, ambos son libres para administrar, contratar, disponer y ejercer las acciones y excepciones que les correspondan, sin intervención de su pareja. Solamente si son menores de edad, necesitarán autorización judicial para actos de dominio con respecto a sus bienes.

Existe en el código vigente una norma que ya debió ser derogada por la limitación del ejercicio que impone a las personas en razón de su estado de casados, nos referi-

mos al art. 174, que a la letra dice:

Los cónyuges requieren autorización judicial para contratar entre ellos, excepto cuando el contrato sea el de mandato para pleitos y cobranzas o para actos de administración.

La redacción de este artículo corresponde a las reformas que tuvieron lugar en diciembre de 1974, con motivo de la celebración en México del Año Internacional de la Mujer, en 1975, Decretado por la Organización de Naciones Unidas, en la cual se obligaban los países firmantes, México entre ellos, a eliminar de sus leyes todos los principios discriminatorios para la mujer.

Antes de la reforma, el citado artículo expresaba que: "la mujer necesitaba autorización para contratar con su marido, excepto cuando el contrato fuese el de mandato". Esta norma contenía un supuesto sentido protector hacia la mujer en contra de su marido, para evitar que éste pudiera lesionar el patrimonio de la misma cuando estaban casados bajo el régimen de separación de bienes, pues, cuando el mismo era el de sociedad conyugal, el marido era el administrador legal. Y decimos supuesta protección, porque se permitía a la mujer realizar el contrato de mandato, simplemente así, el de mandato, no como dice actualmente el mencionado artículo "mandato para pleitos y cobranzas y actos de administración". La otra clase de mandato que existe es para actos de dominio y, si el mismo estaba permitido, mediante ese contrato realizado entre marido y mujer, ésta le otorgaba plenas facultades a su cónyuge para disponer libremente de sus bienes. ¿Fue un error involuntario, aunque grave del legislador, dejar esta norma? O ¿fue simplemente una argucia para aparentar proteger a la mujer, dejando sin embargo la oportunidad al marido de manejar a su antojo los bienes de la esposa?

Lo cierto es que el legislador de 1974, cambió sólo la redacción del artículo de marras extendiendo la necesidad de la autorización judicial para contratar entre cónyuges, a ambos. Bien, la cuestión es idéntica; un contrato es una relación jurídica entre dos sujetos y, si uno necesita autorización para contratar, el otro también está limitado en razón de la misma autorización. Decir que los dos necesitan de autorización es decir exactamente lo mismo.

Lo indebido de esta norma es que limita la capacidad de ejercicio de los casados sin ninguna razón aparente.

o es que todavía se quiere proteger a un cónyuge contra el otro? La norma es absurda, pues los mayores de edad tienen plena capacidad de ejercicio, la cual no debe ser limitada en razón de su estado civil.

En el mismo sentido limitativo de la voluntad de los cónyuges está redactado el art. 175 que, a la letra dice:

también se requiere autorización judicial para que el cónyuge sea fiador de su consorte o se obligue solidariamente con él, en asuntos que sean de interés exclusivo de éste, salvo cuando se trate de otorgar caución para que el otro obtenga su libertad. La autorización, en los casos a que se refieren éste y los dos artículos anteriores, no se concederá cuando resulten perjudicados los intereses de la familia o de uno de los cónyuges.

Cabe preguntarse ¿cuáles son los elementos que normarán el criterio del juez cuando ambos cónyuges van a solicitar la autorización? ¿No podrán éstos exponerle cuantas razones les parezcan convenientes (verdaderas o falsas) para obtener la misma? La obtención de tal autorización no redundará más que en perjuicio de los consortes, por la actividad y el tiempo que tienen que dedicar a esa diligencia, a más de saturación de las actividades del juez y por ende, retraso en la administración de justicia que "debe ser expedita" de acuerdo con el artículo 17 constitucional.

En resumen, esas normas innecesarias, indebidas y estorbosas deben ser derogadas.

Por último, la prescripción no corre entre consortes, aunque el marido y la mujer durante el matrimonio, puedan ejercitar los derechos y acciones que tengan uno contra el otro.

### Consecuencias Jurídicas en cuanto a los Hijos

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

Estas consecuencias con respecto a los hijos tuvieron enorme importancia en el pasado en nuestro derecho, y todavía en algunos órdenes jurídicos (España, por ej.), le sigue teniendo en virtud del diferente tratamiento

que la ley da a los hijos en razón de su origen. México ha eliminado la desigualdad de trato con motivo de la filiación matrimonial o habida fuera de matrimonio. Una vez establecida la filiación, los hijos son simplemente hijos, sin ningún calificativo de legítimos, naturales, espúreos, etc., usuales en otras épocas. Si mantiene la distinción única de "matrimoniales" o "habidos fuera de matrimonio" es derivada de la distinta manera como surge la filiación. Por razón del matrimonio, los hijos habidos durante la vigencia del estado matrimonial y hasta trescientos días después de extinguido el mismo, nacen con paternidad cierta: el marido de la madre es el padre de los hijos que la misma dé a luz.

Para que se establezca la paternidad de los hijos habidos fuera de matrimonio se necesita una de las dos formas legales siguientes: reconocimiento voluntario de parte del padre, o imputación forzosa de paternidad impuesta por sentencia en un juicio de investigación de la paternidad.

### Consecuencias Jurídicas en cuanto a los Bienes de los Cónyuges.

Se expresó en su oportunidad que el matrimonio tenía por objeto establecer una comunidad de vida total y permanente entre los cónyuges.

Las consecuencias jurídicas que surgen por esta comunidad de vida son de dos órdenes: personales y patrimoniales.

Las personales las hemos analizado anteriormente. Las patrimoniales o económicas presentan diversos aspectos: las cargas económicas que trae consigo la vida en común en el hogar; las donaciones antenuptiales, las donaciones entre consortes y los regímenes patrimoniales que establezcan los cónyuges con respecto a sus bienes propios.

#### a) Donaciones antenuptiales.

Están reguladas en el Código Civil vigente en los artículos 219 a 231 inclusive.

Se entienden por donaciones antenuptiales los regalos obsequios, que un prometido hace al otro, o los que hacen los terceros, a uno de ellos o a ambos, antes y en razón del matrimonio.

Las donaciones antenupciales que hace un cónyuge a otro no podrán exceder en su conjunto de la sexta parte de los bienes del donante. El exceso se considerará inoficioso. Quiere ello decir, que si las donaciones pasan de la sexta parte que permite la ley, se reducirán hasta ese límite. Para calcular lo inoficioso de una donación y poder reducirla hasta la sexta parte, tienen la facultad, tanto el esposo donatario como sus herederos, de elegir la época en que se hizo la donación o la del fallecimiento del cónyuge donante.

En cambio, las donaciones que haga un extraño serán inoficiosas en los términos en que lo fueren las comunes (en cuanto perjudiquen la obligación del donante de ministrar alimentos a aquellas personas a quienes los debe conforme a la ley).

Las donaciones antenupciales no necesitan aceptación expresa, ni se revocan por sobrevenir hijos al donante.

La ingratitud como causa de revocación de las donaciones antenupciales solamente operará si la hizo un extraño a los dos cónyuges, y ambos hayan sido ingratos. Para que se revoquen las que hace un esposo a otro se requiere que haya habido adulterio o abandono injustificado del domicilio conyugal por parte del donatario.

Si no llegare a realizarse el matrimonio en virtud del cual se hicieren donaciones, éstas quedarán sin efecto.

#### b) Donaciones entre consortes.

Se llaman así las que hace un cónyuge a otro durante la vigencia del matrimonio.

Serán válidas si no son contrarias a las capitulaciones matrimoniales, ni perjudiquen el derecho de los ascendientes o descendientes a recibir alimentos. Las donaciones entre consortes pueden ser revocadas por los donantes mientras subsista el matrimonio, cuando exista causa justificada para ello a juicio del juez. La causa justa para revocar las donaciones entre consortes debiera establecerse, pensamos, directamente en la ley, y no sujeta al amplio criterio judicial. Algunas de las causales de divorcio, las que implican conducta culpable de un cónyuge en contra del otro, debieran ser las señaladas como causa de revocación de las donaciones.

De más está decir que las donaciones entre consortes solamente pueden tener lugar cuando el matrimonio está regido por el sistema de separación de bienes. En el régimen de sociedad conyugal todos los bienes pertenecen en común

a los dos cónyuges, por lo que no es posible que se dé entre ellos el contrato de donación, ni mucho menos la compra-venta.

c) Cargas económicas del hogar.

Nos hemos referido a ellas al tratar los efectos del matrimonio con respecto a las personas de los cónyuges. Dada la igualdad jurídica existente en nuestro derecho, los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de éstos en los términos que la ley establece, sin perjuicio de distribuirse la carga en la forma y proporción que acuerden para este efecto, según sus posibilidades. A lo anterior no está obligado el que se encuentre imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios, en cuyo caso el otro atenderá íntegramente a estos gastos.

Además, los cónyuges y los hijos, en materia de alimentos tendrán derecho preferente sobre los ingresos y bienes de quien tenga a su cargo el sostenimiento económico de la familia y podrán demandar el aseguramiento de los bienes para hacer efectivos estos derechos.

d) Regímenes patrimoniales del matrimonio.

Estos regímenes son dos en nuestro derecho: separación de bienes y sociedad conyugal. De la combinación de ambos puede surgir un régimen mixto: parte de los bienes en sociedad conyugal y la otra parte con bienes propios de cada uno de los dos esposos, o de sólo uno de ellos.

Los regímenes patrimoniales del matrimonio toman el nombre en nuestro derecho de Capitulaciones Matrimoniales expresión castiza con la que se designa al contrato de matrimonio con respecto a los bienes.

El art. 179 del Código Civil ya citado, define a las capitulaciones como los pactos que los esposos celebran para constituir la sociedad conyugal o la separación de bienes y reglamentar la administración de éstos en uno y otro caso.

El menor que con arreglo a la ley pueda contraer matrimonio, puede también otorgar capitulaciones, las cuales serán válidas si a su otorgamiento concurren las personas cuyo consentimiento previo es necesario para la celebración del matrimonio (art. 181 del Código Civil ya citado).

Las capitulaciones pueden celebrarse, al tenor del art. 180, antes o durante el matrimonio, debiendo referirse tanto a los bienes de que sean dueños los esposos al momento de la celebración del convenio, como a los que adquirieran después.

Al estudiar los requisitos previos para contraer matrimonio se señaló que uno de los mismos consistía en adjuntar a la solicitud de matrimonio "el convenio que los pretendientes deberán celebrar en relación a sus bienes presentes y a los que adquirieran durante el matrimonio", requisito sin el cual el juez no puede celebrar la ceremonia matrimonial; de allí que, pese a lo expresado en el art. 180 transcrito arriba, en el sentido de que las capitulaciones matrimoniales pueden celebrarse antes o durante el matrimonio, la verdad es que las mismas deben realizarse antes de su celebración. Lo que sí puede hacerse durante el matrimonio es modificarlas, mas no realizarlas por primera vez.

La naturaleza jurídica de las capitulaciones es sin duda la de un contrato, por ser un convenio entre las partes que crea o transmite derechos y obligaciones. En razón de que deben celebrarse con anterioridad al matrimonio, se les ha considerado contrato sujeto a condición suspensiva (inician sus efectos hasta que sucede el acontecimiento del matrimonio) o también sujetas a plazo determinado cuando existe ya la fecha prevista para la boda, o como contrato de carácter accesorio (siguen la suerte del contrato principal que es el de matrimonio).

### 1) Sociedad Conyugal

Se entiende por Sociedad Conyugal, el régimen patrimonial mediante el cual los cónyuges son dueños en común de los bienes incluidos dentro de la sociedad conyugal. La misma puede ser total o parcial. Será total cuando estén comprendidos dentro de la sociedad todos los bienes presentes y futuros de los consortes, así como los productos de los mismos. Será parcial cuando se establezca distinción entre las clases de bienes que entrarán a la sociedad segregando algunos de ellos, igual con respecto a los productos.

Señala el art. 184 del Código Civil actual, que "la sociedad conyugal nace al celebrarse el matrimonio o durante él. Puede comprender no sólo los bienes de que sean dueños los esposos al formarla, sino también los bienes futuros que adquirieran los consortes".

Cuando los bienes que aporte alguno o ambos cónyuges sean de carácter inmueble o bienes muebles de los llamados preciosos, deberán constar las capitulaciones en escritura pública para que surtan efectos con respecto a terceros. La constitución de la sociedad conyugal significa auténticamente una transmisión de los bienes, no a la sociedad conyugal, que no es una persona jurídica, sino al otro cónyuge en un cincuenta por ciento. En razón de ello, todos los bienes que requieran para su transmisión de escritura pública, será necesario otorgarla en esta forma al realizar la sociedad conyugal.

Al iniciar la regulación de la sociedad conyugal, el art. 183 del mismo ordenamiento legal, estipula que, "la sociedad conyugal se regirá por las capitulaciones matrimoniales que la constituyan, y en lo que no estuviere expresamente estipulado, por las disposiciones del contrato de sociedad".

Le da así el legislador a la sociedad conyugal, la naturaleza jurídica de un contrato de sociedad a pesar de que difiere de la misma en muchos sentidos, que enumeramos a continuación:

1o. Mediante el contrato de sociedad se crea una persona moral independiente de los socios. La sociedad conyugal no tiene personalidad jurídica propia independiente de los cónyuges que la integran que, por otro lado, no tienen la calidad de socios, sino de consortes.

2o. Para ingresar a una sociedad civil se requiere forzosamente de una aportación de cada uno de los socios. Cosa que no sucede en la conyugal en la cual puede aportar bienes uno solo de los cónyuges o ninguno.

3o. El contrato de sociedad persigue un fin preponderante económico. La finalidad de la sociedad conyugal es diversa, pues tiene por objeto el sostenimiento del hogar y de todas las necesidades de los propios cónyuges en razón de la comunidad de vida que han establecido y de la familia que constituyeron.

4o. Las aportaciones que se hacen a una sociedad pasan a ser propiedad de la misma, por eso, quien las otorga, deja de ser propietario de ellas. En la sociedad conyugal sólo se transmite al otro cónyuge el cincuenta por ciento de las aportaciones, quedando el cónyuge aportante, propietario del otro cincuenta por ciento.

50. En la sociedad civil los socios pueden representar porciones de valor diverso. En la conyugal, los cónyuges representan un 50% cada uno, salvo convenio expreso en las capitulaciones matrimoniales en otro sentido.

60. La sociedad constituye un contrato autónomo. La conyugal es un contrato accesorio al matrimonial, pues surge y desaparece y sólo tiene sentido en razón del matrimonio.

Pueden encontrarse aún más diferencias, pero las anotadas son suficientes para concluir que la sociedad conyugal no tiene la naturaleza jurídica de una sociedad civil, es más bien una comunidad de bienes: propiedad en mano común como también la llama la doctrina.

Esta comunidad de bienes habrá que distinguirla de la figura de la copropiedad, a la que se le ha querido también asimilar, por haber entre ambas figuras ciertas semejanzas: un común dominio de ciertos bienes, un reparto equitativo de gravámenes y cargas, por ejemplo. Sin embargo, son más importantes las diferencias, a saber:

10. En la copropiedad cada partícipe dispone libremente de su parte alicuota, no sucede lo propio con la sociedad conyugal en la cual cada uno de los cónyuges no puede disponer de su mitad sino una vez extinguida la misma.

20. La copropiedad sólo comprende bienes presentes. La sociedad conyugal puede referirse a bienes que se adquieran en el futuro.

30. Los copropietarios pueden celebrar entre sí compraventa de sus respectivas partes alicuotas. No así los cónyuges que no pueden celebrar entre sí el contrato de compraventa, sino cuando su régimen sea el de separación de bienes.

40. Los copropietarios gozan del derecho del tanto, puesto que pueden enajenar su parte alicuota, situación que no se da en la sociedad conyugal.

Una vez más afirmaremos que lo que se constituye a través de la sociedad conyugal es una comunidad de bienes entre los cónyuges. Por ello debiera cambiarse el nombre de sociedad conyugal al de comunidad de bienes.

La sociedad conyugal puede pactarse antes de la realización del matrimonio pero, en este caso, surtirá sus efectos hasta el momento en que el mismo tenga lugar. Puede surgir también durante la vigencia del matrimonio, lo que significará una modificación en las capitulaciones anteriores de separación de bienes que regían al matrimonio.

Los bienes que pueden integrar la sociedad conyugal, se pueden clasificar desde diferentes puntos de vista:

Bienes presentes de los consortes y los productos de los mismos. Con respecto a ellos deben enumerarse cuáles entran dentro de la comunidad, en que proporción de los mismos y si sus productos pertenecerán o no a la misma. Si los bienes son inmuebles, tendrán que otorgarse las capitulaciones en escritura pública.

Bienes futuros y sus productos. Estos se subclasifican a su vez, en bienes provenientes del trabajo de cada uno de los cónyuges, y los obtenidos por otros conceptos (liberalidad de un tercero o don de la fortuna). Deberá especificarse con claridad cuáles de estos bienes entrarán, lo mismo con respecto a los productos de una y otra clase.

El código prohíbe las capitulaciones leoninas al señalar que es nula aquélla en que se pacte que uno de los consortes haya de percibir todas las utilidades, o que alguno de ellos sea responsable por las pérdidas y deudas comunes en una parte que exceda a la que proporcionalmente corresponde a su acapital o utilidades.

En el Código Civil de 1928, el legislador le da a la sociedad conyugal el carácter de sociedad con fines preponderantemente económicos, al referirse en ambos a pérdidas y utilidades: "cuando se establezca que uno de los consortes sólo debe recibir una cantidad fija, el otro consorte o sus herederos deben pagar la suma convenida, haya o no utilidad en la sociedad". Parece dar a entender que esa cantidad fija se hubiere establecido como una renta vitalicia, desvirtuando de esta manera el sentido natural de la sociedad conyugal que es el establecer una comunidad de bienes entre los consortes en razón de la vida en común que los mismos llevarán mientras dure el matrimonio.

La suspensión de la sociedad conyugal, ocurre en los casos de la declaración de ausencia de uno de los cónyuges. Otro caso de suspensión se da cuando un cónyuge abandona injustificadamente por más de seis meses al otro; dice la ley que desde el momento del abandono "cesan" los efectos en cuanto le favorezcan al abandonador; menciona, sin embargo de inmediato, que los efectos no podrán comenzar de nuevo sino por convenio expreso; luego, si los efectos vuelven a darse con respecto al cónyuge que abandonó, no "cesaron" para él los efectos, sino solamente se le suspendieron.

La sociedad conyugal. Termina por la disolución del matrimonio (por muerte, nulidad o divorcio), por voluntad de los consortes, por sentencia que declare la disolución de la sociedad en los siguientes casos: a) Presunción de muerte de uno de los cónyuges; b) A petición de un cónyuge contra el cónyuge administrador porque éste se comporte con notoria negligencia o torpeza, que amenace arruinar a su consocio o disminuir considerablemente los bienes comunes, o cuando el socio administrador hace cesión de bienes a sus acreedores, o es declarado en quiebra o concurso o por cualquiera otra razón que lo justifique a juicio de órgano jurisdiccional competente. Cesa también para el cónyuge que abandona injustificadamente por más de seis meses al otro, en los efectos que le favorezcan.

La separación de bienes puede ser pactada con anterioridad al matrimonio o durante el mismo, por convenio entre los consortes, o por sentencia judicial que declare extinguida la sociedad conyugal.

Al igual que la sociedad conyugal, puede incluir tanto los bienes presentes como los futuros de cada uno de los cónyuges, así como sus productos. Si no se incluyen todos los bienes y sus productos, la separación será parcial y habrá que crear la sociedad conyugal con los bienes restantes de acuerdo con los requisitos exigidos al respecto.

Los cónyuges pueden libremente cambiar, durante su matrimonio el régimen de separación de bienes por el de sociedad conyugal, debiendo al respecto cumplir con todos los requerimientos legales que exige la constitución de la misma y, si uno o los dos cónyuges fueren menores requieren del consentimiento de las personas que lo otorgaron para su matrimonio.

Cuando durante el matrimonio se cambie el régimen de sociedad conyugal por el de separación de bienes, se necesitará levantar escritura pública si los bienes son inmuebles.

En el régimen de separación de bienes pudiera darse el caso de que los cónyuges recibieran en común ciertos bienes a título gratuito (donaciones, herencias o legados) o por don de la fortuna. Si eso sucede, mientras se hace la división, los bienes serán administrados por ambos, o por uno de ellos de acuerdo con el otro; el administrador será considerado como mandatario.

El usufructo legal derivado del ejercicio de la patria potestad que en común ejerzan los cónyuges, será dividido entre ellos por partes iguales.

Prohíbe la ley que entre cónyuges se cobren retribuciones, ni honorarios de ninguna clase por los servicios, consejería o asistencia que se prestaren, aunque si serán responsables recíprocamente de los daños y perjuicios que se causaren por dolo, culpa o negligencia.

Como colofón de este tema, apuntaremos que son tres las formas legales de extinción del matrimonio: la muerte de uno de los cónyuges, la nulidad y el divorcio.

## CAPITULO SEGUNDO

### ASPECTOS JURIDICOS DEL MATRIMONIO

- I).- Registro Civil y Leyes de Reforma
- II).- El Matrimonio y su Reglamentación en el Código Civil para el Distrito Federal
- III).- Impedimentos para celebrar Matrimonio
- IV).- Nulidad de Matrimonio

## I). REGISTRO CIVIL Y LEYES DE REFORMA

Tratándose de un tema que se encarga de analizar una de las más grandes y estables instituciones jurídicas y sociales como lo es el matrimonio, sería pobreza de cultura y sobre todo de conocimiento jurídico, no adentrarnos en los principios normativos que rigieron al matrimonio en otras latitudes y en otras épocas. Para tal efecto, haremos una visión retrospectiva a veces y contemporánea otras, porque "nuestra época actual es un mero eslabón de una enorme cadena; y también nos ayuda a desarrollar el sentido de lo que es constante y de lo que es variable en la herencia que nos transmite el pasado" (33). Con mayor razón si consideramos que nuestra legislación no surgió en nuestro país precisamente, sino que fue producto de influencias de normas de derecho que venían rigiendo en otros países.

Determinadamente ha sido en todas las legislaciones el Derecho Romano, cuna indiscutible del Derecho que podríamos llamar sin ninguna equivocación, latino, dentro de cuya acepción están las costumbres y los antecedentes más remotos de las legislaciones que nos han regido, puesto que nuestro país es un producto híbrido de España y de las culturas prehispánicas que existían en el territorio que ahora conocemos como México.

Es así que en el Derecho Romano, al fin de la época clásica, el jurisconsulto Modestino definió al matrimonio como "La unión del hombre y la mujer, implicando igualdad de condición y comunidad de derechos divinos y humanos" (34). Esta definición en apariencia clara y terminante no lo es tanto, puesto que el Derecho Romano con respecto a la formación de la familia tenía dos formas o maneras de constituirse; cognados y agnados. Los cognados - eran los que tenían entre sí un tronco común y sin embargo - no formaban parte de la familia civil propiamente dicha, puesto que las descendencias de las mujeres de una familia de cognados conservaban el lazo consanguíneo, pero perdían con respecto a la familia civil derechos hereditarios entre otros. En cambio, los agnados constituían la verdadera familia civil y se integraba por la descendencia en línea de varones, en otras palabras, la agnatio constituía en Roma la familia civil, que repetimos, se constituía por la descendencia de los varones cognados, en la inteligencia de que toda la familia de agnados estaba bajo la patria potestad del tronco común del que descendía, o sea si

(33) Floris Margadant S. Guillermo, El Derecho Privado Romano, Editorial Esfinge, S.A. México, 1965, Página 10.

(34) Petit Eugene, Tratado Elemental de Derecho Romano, Editorial Nacional, S.A. México, 1963, Página 104.

existía el abuelo, los hijos, nietos y demás descendientes varones, cualquiera que fuera su edad estaban sujetos al poder paternal del abuelo. En caso de que el abuelo hubiese fallecido, el padre de la descendencia varonil era quien ejercía el poder paterno sobre sus propios hijos, sus nietos, y demás descendencia varonil, además dentro de la familia civil entraban los varones adoptados por el pater familias, o sea el jefe de la misma; en otras palabras, por quien ejercía el poder paterno.

En cuanto a la mujer casada, disfrutaba del rango social del marido, de los honores de que estaba investido y de su culto privado, llegando a ser la unión de los esposos aún más estrecha, si al matrimonio Iustae Nuptias, se acompañaban la manus, que en los primeros siglos de Roma, era una institución ligada siempre al matrimonio, por medio de la cual, la mujer perdía propiedad de sus bienes personales en favor del esposo para convertirse en una filiae locus, o lo que es lo mismo, adquiría la condición de hija del esposo, con el carácter de agnada.

Esta condición de la mujer en tiempo de Justiniano fue suavizada, puesto que la institución de la manus había caído en desuso y por lo mismo al definirse el matrimonio, ya no se hacía alusión a la comunidad de derechos divinos y humanos entre los esposos.

Según el maestro Floris Margadant, la conventio in manus se verificaba de 3 modos: (35)

1o.- Por medio del matrimonio celebrado en forma de la confarreatio, que era una ceremonia en honor de Júpiter Farreus ante un flamen (sacerdote) de Júpiter, durante la cual los conyuges debían comer un pastel de trigo. En apariencia, esta ceremonia parece ser la celebración formal del matrimonio; sin embargo analizando la figura detenidamente, vemos que lo principal de ella, era la conventio in manus y no el matrimonio propiamente dicho.

2o.- La conventio in manus podía también tener la forma de una co-emptio, o sea el acto solemne en que intervienen los paterfamilias de la novia y del novio y que algunos autores dan en comparar con la compra de la esposa, como se hacía antes de establecerse esta forma in manus.

3o.- La manum también podía tener lugar

(35) Floris Margadant S. Guillermo, El Derecho Privado Romano, Editorial Esfinge, S.A. México, 1965, Página 151.

por el usus. Esta forma se constituía por el hecho de que la esposa convivía ininterrumpidamente con su marido y durante el último año cambiaba su nacionalidad doméstica. En otras palabras, la mujer entraba a formar parte de la familia agnacia del esposo, con el consentimiento formal de su paterfamilias. Si la mujer no deseaba estar bajo el poder del marido, o sea estar in manus, bastaba que siguiera participando en las fiestas religiosas de su antigua domus familia agnacia.

En sentido estricto, en Derecho Romano, el matrimonio tenía dos fuentes: La justae nuptiae y el concubinato, aunque ninguna de las dos tenía importancia jurídica que tiene el matrimonio actualmente. La justae nuptiae, tenía amplias consecuencias jurídicas, en tanto que el concubinato producía consecuencias jurídicas reducidas, aunque con el tiempo aumentaron poco a poco, pero nunca llegaron a ser iguales a las del matrimonio justo (justae nuptias).

La justae nuptias, y el concubinato, tenían los siguientes elementos comunes:

a) Se trataba de uniones duraderas y monogámicas.

b) El hombre y la mujer tenían la intención de procrear hijos y apoyarse mutuamente en los lances y peripecias de la vida; sin embargo la famosa frase de que el consensus y no el concubinato, hace el matrimonio (D.35.1.15) da lugar a interpretar que el hecho de continuar armonizando (co-sentir) y no el hecho de compartir el mismo lecho, en el Derecho Romano era la base del matrimonio

c) Ambas formas eran socialmente respetadas y ninguna de ellas exigía formalidades jurídicas específicas o intervención estatal alguna; estas uniones existieron en la realidad, o como dice el maestro Floris Margadant: "Fueron vividas, no celebradas en forma jurídica y tenían pocas consecuencias jurídicas" (36). Para nosotros, con la mentalidad jurídica moderna del matrimonio, se nos hace difícil captar el concepto de lo que significaba el matrimonio en el Derecho Romano, pero para éste hubiera sido monstruoso el hecho de que el matrimonio se perpetuara a veces contra la voluntad de uno de los cónyuges. Quizá podemos decir que la propiedad se relaciona con la posesión, queriendo aclarar estas palabras, pensamos que Floris Margadant entiende como propiedad en el matrimonio, la posesión, o sea el contacto sexual que los cónyuges ejercitan en el matrimonio. (37)

(36) Floris Margadant S. Guillermo, El Derecho Privado Romano, Editorial Esfinge, S.A. México, 1965, Páginas 151 y 152.

(37) Floris Margadant S. Guillermo, El Derecho Privado Romano, Editorial Esfinge, S.A. México, 1965, Página 151.

Una vez hecha la visión retrospectiva del tema que nos ocupa, nos abocaremos concretamente a lo que es el Registro Civil.

El Registro Civil es una institución de interés público que tiene por objeto hacer constar todos los actos relacionados con el estado civil de las personas, mediante la intervención de funcionarios dotados de fe pública (el juez del Registro Civil).

Las actas del estado civil, son documentos auténticos, destinados a proporcionar una prueba cierta sobre el estado civil de las personas. En cada una de las oficinas del Registro Civil se levantarán y extenderán las actas relativas a nacimiento, reconocimiento, divorcio administrativo y muerte de los mexicanos y extranjeros residentes en los perímetros de las delegaciones del Distrito Federal, así como la inscripción de ejecutoria que declaren la ausencia, la presunción de muerte, el divorcio judicial, la tutela o que se ha perdido o limitado la capacidad legal para administrar bienes.

Antecedentes del registro civil. El registro tiene su origen en la Iglesia Católica. Originalmente, se registraban los matrimonios y los entierros por los que se cobraban ciertos derechos, de ahí que fueran más bien libros de cuentas. En el Concilio de Trento, se instituyó en cada parroquia, tres libros concernientes a los matrimonios, nacimientos y defunciones. En el siglo XVIII el Estado seculariza los registros parroquiales.

En nuestro país a partir de la ley de 27 de enero de 1857 el Estado seculariza los registros parroquiales; y con la ley de 28 de julio de 1859, se concede al Estado la facultad exclusiva de llevar el control de las actas del estado civil de las personas.

Posteriormente, en la ley de primero de noviembre de 1865, en el Código Civil de 1870 y en el Decreto de 10 de julio de 1871, se dio cuerpo a esta institución.

Sistema del Registro Civil. La inscripción de los actos del estado civil es de naturales obligatoria, en caso de no cumplir con esta obligación se imponen multas o la nulidad del matrimonio cuando éste no se celebra con las solemnidades establecidas por la ley.

Los actos que modifican el estado civil de las personas deben hacerse constar en las actas correspondientes levantadas con anterioridad, mediante la anotación que hará el juez del Registro Civil, insertando los datos esenciales de la resolución judicial en virtud de la cual se modifican estas actas.

Las actas que levanten los jueces del Registro Civil, hacen prueba plena, en cuanto se refieren al acto preciso con que se relaciona el acta; pero la fuerza probatoria del juez sólo se refiere a los que a él consta, es decir, a las manifestaciones que las partes u declarantes hicieron en su presencia y no sobre la falsedad o verdad de las declaraciones.

Los actos y actas del Registro Civil relativos al juez, a su consorte y a los ascendientes o descendientes de cualquiera de ellos no podrán autorizarse por el mismo juez. Se asentarán en las formas correspondientes y su autorización será dada por el juez del Registro Civil de la adscripción más próxima.

El estado civil de las personas sólo se prueba con las constancias relativas del registro, no admitiéndose otra clase de prueba, salvo el caso de que los registros quedaren destruidos, las formas estuvieren ilegibles, se hubiere perdido o faltaren las formas en donde se pueda suponer que estaba el acta. En ese caso, el estado civil podrá comprobarse por medio de instrumentos o testigos; pero si existe una de las formas, aunque se hubieren inutilizado o desprendido las otras dos, la prueba del acta deberá tomarse de la forma que subsiste sin admitirse otra probanza.

Personas que intervienen en las actas del Registro Civil: a) el juez del Registro Civil; b) las partes que son las personas de cuyo estado se trata; c) los testigos que hacen constar la veracidad del hecho o hechos mencionados en el instrumento, y d) los declarantes cuya información es necesaria para ciertos actos como el nacimiento y la defunción.

Redacción de las actas del Registro Civil. Los interesados podrán hacerse representar por medio de mandatario especial conforme lo establece la ley.

Respecto de testigos, se preferirá a los

designados por los interesados.

El acta debe ser firmada en el acto mismo, por las partes, por los declarantes, los testigos, por el juez del Registro Civil y su secretario.

A) Actas de nacimiento. Se extenderán ante dos testigos y deberán contener el lugar, día y hora del nacimiento, el sexo del presentado y el nombre y apellido que se le ponga y en ella se insertará si el niño ha sido presentado vivo o muerto.

Se tomará la impresión digital del presentado. Si se trata de hijo de padres desconocidos, se le pondrá nombre y apellido por el juez del Registro Civil haciendo constar dicha circunstancia en el acta.

Si es hijo de matrimonio, se asentarán los nombres de los padres, sus domicilios y los de los abuelos y las personas que asistieron a la presentación.

No podrá asentarse el nombre del padre, si se trata de un hijo nacido fuera del matrimonio, a menos que éste lo haya presentado por sí o por medio de apoderado especial, y así lo pida al juez del Registro Civil.

El nombre de la madre debe asentarse, porque tiene la obligación de que su nombre figure en el acta.

B) Actas de reconocimiento de hijos naturales. Si el reconocimiento se hace al registrar el nacimiento, el acta contendrá los requisitos que se exigen para las actas de nacimiento; pero se expresará que es hijo natural y se consignará el nombre del progenitor que lo reconoce.

Si el reconocimiento es posterior, deberá contener los siguientes requisitos: a) si él es hijo mayor de edad, su consentimiento para ser reconocido; b) si es de edad de 14 años se expresará su consentimiento y el del tutor, y c) si es menor de esa edad, sólo el consentimiento del tutor.

Si el reconocimiento se hace por otro de los medios señalados en la ley, se presentará al juez del Registro Civil el original y copia certificada del documento que lo comprueba. Se insertará en el acta,

la parte relativa del documento, observándose las demás disposiciones relativas.

En el acta de reconocimiento hecha con posterioridad a la de nacimiento, se hará mención de ésta, poniendo en ella la anotación correspondiente.

C) Actas de adopción. Dictada la resolución judicial que autorice la adopción, el juez dentro del término de ocho días, remitirá copia certificada de las diligencias al juez del Registro Civil que corresponda, a fin de que con la comparecencia del adoptante, se levante el acta correspondiente.

D) Actas de tutela. El acta de tutela contendrá: 1) nombre, apellido y edad del incapacitado; 2) la clase de incapacidad por la que se ha diferido la tutela; 3) el nombre y demás generales de las personas que han tenido al incapacitado bajo su patria potestad, antes del discernimiento de la tutela; 4) el nombre, apellido, edad, profesión y domicilio del tutor y del curador; 5) la garantía dada por el tutor, asentándose el nombre, apellido y generales del fiador (si la garantía consiste en fianza) o la ubicación y demás señas de los bienes (si la garantía consiste en hipoteca o prenda) y 6) el nombre del juez que pronunció el acto de discernimiento y de la fecha de éste.

El acta de tutela se anotará al margen de la del nacimiento del incapaz.

E) Actas de emancipación. La emancipación que es consecuencia del matrimonio del menor no se hace constar en acta separada. El juez declarará la emancipación en virtud del matrimonio y citará la fecha en que se celebró y el número y la hoja del acta relativa.

F) Actas de matrimonio. Contendrán: a) los nombre, apellidos, edad, ocupación y lugar de nacimiento de los contrayentes; b) si son mayores o menores de edad; c) los nombres, apellidos de los padres; d) el consentimiento de éstos, de los abuelos o tutores o el de las autoridades que deban suplirlos, si se trata de menores de edad; e) se hará constar que no hubo impedimento o que habiéndolo se dispensó; f) la declaración de los pretendientes de que es su voluntad unirse en matrimonio y la declaración del juez del Registro Civil de que han quedado unidos

en matrimonio, que hará en nombre de la ley y de la sociedad g) declaración de los cónyuges acerca del régimen que adopten respecto de sus bienes; h) los nombres, apellidos, domicilios de los testigos y su declaración de si son o no parientes de los contrayentes y en su caso, en qué grado lo sean, i) la constancia que deberá asentar el juez del Registro Civil de que se cumplieron todas las formalidades prescritas para su celebración; j) el acta será firmada por el juez del Registro Civil, los contrayentes, los testigos, y las demás personas que hubieren intervenido si supieron y pudieron hacerlo y k) en el acta se imprimirán las huellas digitales de los contrayentes.

G) Actas de divorcio. Deberá remitirse al juez del Registro Civil, copia de la sentencia para que se redacte el acta correspondiente; que contendrá el nombre, apellidos, edad, ocupación y domicilio de los solicitantes, la fecha y lugar de la oficina en que celebraron su matrimonio y el número de partida del acta correspondiente.

H) Actas de defunción. Deberán expresar: 1) nombre, apellido, ocupación y domicilio que tuvo el difunto; 2) estado civil de éste y si era casado o viudo, el nombre y apellido de su cónyuge; 3) los nombres, apellidos, domicilio, ocupación de los testigos y si fueren parientes, el grado en que lo son; 4) los nombres de los padres del difunto si se supieren; 5) la clase de enfermedad que determinó su muerte y especialmente el lugar donde se sepulta el cadáver, y 6) la hora de la muerte si se supiera y todos los informes que se tengan en caso de muerte violenta.

I) Actas relativas a inscripciones de las ejecutorias que declaren la incapacidad para administrar bienes, la ausencia o la presunción de muerte. Deberán las autoridades judiciales que declaren dicha modificación, remitir al juez del Registro Civil dentro del término de ocho días, copia certificada de la ejecutoria respectiva, para que dicho juez haga la anotación correspondiente en las actas de nacimiento y de matrimonio, en su caso, e insertará los datos esenciales de la resolución judicial que se le haya comunicado. Cuando el incapacitado recobre la capacidad o se presente la persona declarada ausente o aquella cuya muerte se presume, se dará aviso al juez para que conceda la inscripción.

Rectificación o modificación de las actas del estado civil. La rectificación de las actas del estado civil sólo puede tener lugar en virtud de sentencia pronunciada por juez competente, salvo reconocimiento voluntario que haga el padre respecto de su hijo. La rectificación tiene lugar: por falsedad cuando se alegue que el hecho registrado no pasó y por enmienda, cuando se solicite variar algún nombre o circunstancia sea esencial o accidental.

Además de la rectificación o modificación del acta, el artículo 135 admite la posibilidad de hacer aclaraciones a la misma para corregir errores mecanográficos ortográficos o de otra naturaleza siempre que no afecten los datos esenciales del acta. La aclaración se tramita ante la oficina central del Registro Civil.

#### Leyes de Reforma

Con este nombre se conoce en la historia del derecho mexicano al conjunto de leyes, decretos y órdenes supremas que fueron dictándose entre 1855 y 1863 con objeto de modificar la estructura que la nación mexicana había heredado de la época colonial y hacer posible el establecimiento del modelo liberal para su desarrollo social y económico.

Ya desde la época en que fue dictada la Constitución de 1824 existían en México dos grupos que fueron llamados en su tiempo: el partido del progreso y el retroceso. Se puede afirmar que en términos generales en el primero militaban los federalistas afiliados a las doctrinas políticas y económicas que preconizaban los liberales de otras latitudes y, en el segundo, se agrupaban los hombres que pretendían conservar la herencia colonial a través de la implantación de una república central o una monarquía.

La modificación de las estructuras heredadas de la colonia llevaba implícitas muchas cuestiones de diversa naturaleza, pero sin duda una de las más importantes era la relativa a la separación de la Iglesia y del Estado, la cual sólo pudo lograrse al mediar el siglo XIX. Ya desde la época colonial se había dado la intervención, cada vez más amplia a medida que se consolidaba el absolutismo del Estado en materia eclesiástica. Los gobiernos nacionales intentaron mantener esa injerencia y reivindicaron

el patronato que habían ejercido los reyes españoles respecto de la Iglesia de Indias.

En esta empresa siempre contaron con la oposición de la Santa Sede. Pero una cosa era la intervención de un Estado católico en materia eclesiástica y otra muy distinta era la separación de ambas potestades. De cualquier modo el regalismo de los reyes borbónicos preparó de alguna manera el camino de la reforma. Muchas otras cuestiones la hicieron requisito indispensable para la constitución del Estado moderno mexicano.

Antes de la Revolución de Ayutla (1834) ya se habían dado varios intentos reformistas en México. El más importante fue emprendido por Valentín Gómez Farías. Entre abril de 1833 y mayo de 1834, año en que retomó Santa Anna las riendas del poder, se dictaron diversas disposiciones que atentaban contra los sacrosantos derechos de la Iglesia. En los años siguientes, la penuria del Estado y las amenazas constantes que sufría en su intento de consolidación lo obligaron a dictar algunas medidas para desamortizar los bienes de diversas corporaciones religiosas. Sin embargo, el enfrentamiento definitivo entre los partidarios del progreso y los del retroceso se dio después de la consumación de la Revolución de Ayutla. El triunfo militar de los liberales en sus dos manifestaciones, puros y moderados, les permitió emprender la ansiada Reforma.

Aunque un aspecto muy importante de la Reforma es el relativo a las relaciones de la Iglesia y el Estado, en realidad el programa liberal que la hacía su bandera era muy vasto y abarcaba diversas materias. En el aspecto político los liberales buscaban el establecimiento del sistema federal, la independencia de los poderes que conformaban el gobierno y el sufragio universal. Asimismo preconizaban la libertad de trabajo, de comercio, de prensa, de enseñanza y, finalmente, de conciencia. En el aspecto social luchaban por la igualdad ante la ley, la cual llevaba aparejada la abolición de fueron y privilegios, el reconocimiento de que el matrimonio era un contrato civil regulado por el Estado y, finalmente, la secularización de la vida de las personas en lo relativo al registro de nacimientos, matrimonio, adopción y defunción, materias todas que habían estado desde el inicio de la época colonial en manos de la Iglesia. Por último, en el aspecto económico su lucha se centraba en lograr la libre circulación de la riqueza, para conseguirla era

preciso desamortizar los bienes de las corporaciones civiles y religiosas, permitir la libertad testamentaria y admitir el préstamo con intereses libremente pactados por las partes; también buscaban nacionalizar los bienes eclesiásticos, fomentar la colonización y la inversión extranjeras que harían posible mejorar la producción, la agricultura y el comercio, y, finalmente, crear un mercado vinculado al capital internacional.

Dentro de la multitud de leyes, decretos y disposiciones de diverso tipo que fueron dictadas después del triunfo de la Revolución de Ayutla para lograr la Reforma de las estructuras coloniales, sobresalen algunas que se centran en la cuestión relativa a las características de la Iglesia en el seno de la sociedad planeada. Entre ellas merece destacarse la Constitución de 1857, la cual condensaba los afanes liberales, pero en su manifestación moderada. La restauración de la República, después de la derrota de los intervencionistas franceses, hizo posible que durante la presidencia de Lerdo de Tejada se elevaran a rango constitucional los principios reformistas sostenidos por los liberales puros: la separación de la Iglesia y el Estado; el reconocimiento de que el matrimonio era un contrato civil, regulado, al igual que los demás actos del estado civil de las personas, por el Estado, y la prohibición de que las corporaciones civiles eclesiásticas tuvieran más bienes que los que señalaba la propia Constitución de 1857 en su a. 27; esto se logró en 1873. En el camino se inició el proceso para la implantación del modelo liberal.

Algunas de las disposiciones reformistas relativas a las relaciones Iglesia-Estado merecen destacarse por separado, aunque sus principios se hallan contenidos ya sea en la Constitución de 1857 o en las reformas que se hicieron en 1873. De ellas la única que mencionaron es la referente al tema que nos ocupa.

En el mismo año de 1859 se dictaron tres disposiciones cuyo objeto era la secularización de los actos del estado civil de las personas; la Ley del Matrimonio Civil de 23 de julio de 1859; la Ley Orgánica del Registro Civil del mismo día y año, y, finalmente, como complemento, el decreto por el que se secularizaban todos los cementerios y camposantos de la República, de 31 de julio de 1859. Con estas tres disposiciones se ponía fin a la intervención del clero regular y secular en

el registro de nacimientos y defunciones y en la celebración del matrimonio. Este registro fue confiado a funcionarios civiles, dependientes del Estado. Las tres disposiciones fueron dictadas por el presidente Juárez.

## II. EL MATRIMONIO Y SU REGLAMENTACION EN EL CODIGO CIVIL PARA EL D.F.

El matrimonio como acto jurídico, está compuesto por elementos de existencia y validez.

Los elementos de existencia son: la voluntad el objeto y las solemnidades, y los elementos de validez son: la capacidad de las partes, ausencia de vicios de la voluntad, licitud en el objeto, motivo y condición, y las formalidades.

### La Voluntad

El matrimonio siendo un acto jurídico bilateral que requiere el consentimiento expreso de ambos cónyuges, manifestándose en dos momentos: primero, en la solicitud de matrimonio que se presenta ante el juez del Registro Civil del domicilio de cualquiera de los pretendientes; segundo, al momento de afirmar su deseo de aceptar como cónyuge a la persona con quien se va a casar.

La voluntad, por lo tanto, se da siempre en forma expresa y verbal, por comparecencia personal de los consortes o por apoderado especial. El matrimonio es por excelencia un acto libre, por tanto, aún habiéndose expresado previamente la voluntad por escrito a través de la solicitud de matrimonio, es necesario ratificar la misma, verbalmente y de presente, frente a la autoridad que es el juez del Registro Civil.

### El Objeto

Consiste en establecer una comunidad de vida total y permanente entre dos personas de distinto sexo, la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917 definían al matrimonio por su objeto: "El matrimonio es un contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo disoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida". El código vigente, establece los derechos y deberes que se adquieren por el matrimonio.

"Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente". Como se señala ni en este párrafo ni en ningún otro cuales son los fines del matrimonio, fines que hemos señalado en nuestra definición de matrimonio como "establecer una comunidad de vida total y permanente entre los cónyuges", dentro de la misma puede estar incluido

la procreación, se es "decidida de manera libre y responsable entre ambos".

La comunidad de vida total y permanente entre los casados implica la ayuda mutua, el "socorrerse mutuamente" de que habla el mencionado párrafo. Porque la esencia misma del matrimonio, independientemente de la imposición legal, es compartir la vida de la manera más armónica posible, en la cual está implícita forzosamente la ayuda mutua. Si alguna importancia tiene la vida en común con alguien, ésta se manifiesta en la ayuda mutua, no para llevar "el peso de la vida", como pesimistamente definía la ley derogada sino para compartir todas las cosas de la vida, las buenas y las malas, para no sentirse "como un ave sola y perdida en la inmensidad del espacio", como dijera un poeta de cuyo nombre no puedo acordarme.

### Las Solemnidades

El matrimonio siendo un contrato solemne, ya que requiere de la intervención de una autoridad quien interviene en el levantamiento de un acta en que estén incluidos ciertos requisitos.

El Código Civil en el artículo 102 señala: "...el Juez del Registro Civil leerá en voz alta la solicitud de matrimonio, los documentos que con ella se hayan presentado y las diligencias prácticas, e interrogará a los testigos acerca de si los pretendientes son las mismas personas a que se refiere la solicitud. En caso afirmativo, preguntará a cada uno de los pretendientes si es su voluntad unirse en matrimonio, y si están conformes, los declarará unidos en nombre de la ley y de la sociedad.

El artículo 103, entre otras cosas señala: "Se levantará luego el acta de matrimonio en la cual se hará constar: fracción I. Los nombres, apellidos, edad, ocupación, domicilio y lugar de nacimiento de los contrayentes Fracción VI. La declaración de los pretendientes de ser su voluntad unirse en matrimonio y la de haber quedado unidos, que hará el juez en nombre de la ley y de la sociedad. El acta será firmada por el Juez del Registro Civil, los contrayentes, los testigos y las demás personas que hubieren intervenido si supieren y pudieren hacerlo. En el acta se imprimirán las huellas digitales de los contrayentes".

Los requisitos anteriormente señalados son auténticamente elementos de existencia porque si no se cumplen, el matrimonio no se llevará a cabo o si se efectuó faltando alguno o varios de los mismos, el matrimonio existirá como acto jurídico y no podrá producir las consecuencias relativas.

## ELEMENTOS DE VALIDEZ

### CAPACIDAD

El Código Civil vigente para el Distrito Federal establece la edad de catorce años en la mujer y dieciséis en el hombre, como mínimos. Este requisito de edad admite como única excepción el que existan causas "graves y justificadas" como el embarazo de la joven, en este caso, el artículo 148, se puede obtener "dispensa" de edad, y las autoridades que pueden darla son el Jefe del Departamento del Distrito Federal o los Delegados según el caso.

### VICIOS DE LA VOLUNTAD

Al efecto se señalan los siguientes: error, dolo, mala fe, intimidación y lesión. En el matrimonio sólo pueden darse el error (identidad) y la intimidación.

### EL ERROR DE IDENTIDAD.

Consiste en casarse con persona distinta de aquella con la que se desea unir. Sólo puede darse en los matrimonios que se realizan a través de procurador (por poder).

### LA VIOLENCIA.

Según el artículo 1819 del Código Civil. "Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud, o una parte considerable de los bienes del contra-

tante, de sus ascendientes, de sus descendientes, o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado."

Existe otra forma particular de violencia del matrimonio. Se llama raptó, el artículo 156, fracción VII del Código Civil que a la letra dice: "Son impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio, la fuerza o miedo graves".

El raptó configura también un delito, tipificado por el Código Penal para el Distrito Federal, y lo define como el apoderamiento de una mujer, por medio de la violencia físico o moral, de la seducción o del engaño, para satisfacer algún deseo crítico-sexual o para casarse.

### Licitud del Matrimonio

El matrimonio debe realizarse sin que medien las prohibiciones legales.

La solicitud del matrimonio consiste, en que el mismo se efectúe sólo entre las personas que no tienen prohibiciones legales para llevarlo al cabo. Estas prohibiciones son circunstancias en cuanto a condiciones de los individuos, o en razón de no efectuarlo con ciertas personas.

### III. LOS IMPEDIMIENTOS PARA CONTRAER MATRIMONIO

Ahora analizaremos los impedimentos para contraer matrimonio que regula nuestro Código, tanto dirimentes como impedientes. Los primeros los enumera el citado artículo 235 fracción II, que el matrimonio será nulo cuando se celebre concurriendo alguno de los impedimentos dirimentes. En cuanto a los segundos o sea los impedientes, a estos se refiere el artículo 264 de nuestro Código Civil, y son aquellos que no afectan la validez del acto, dice el citado precepto: "Es ilícito pero no nulo, el matrimonio: I.- Cuando se ha contraído estando pendiente de la decisión de un impedimento que sea susceptible de dispensa. II.- Cuando no se ha otorgado la previa dispensa que requiere el artículo 159, y cuando se celebre sin que hayan transcurrido los términos fijados en los artículos 158 y 289".

En seguida enumeramos los impedimentos que como ya dijimos, regula nuestra Código Civil, en los artícu-

los 156, 157, 158, 159 y 289:

La falta de edad ( 14 y 16 años para la mujer y el hombre respectivamente ) si no ha sido dispensada.

La falta de consentimiento de quien debe otorgarlo (artículos 149, 150, 151 y 152).

El parentesco de consanguinidad en línea recta sin limitación de grado y en lo colateral hasta el segundo grado.

El parentesco por afinidad en línea recta sin limitación de grado.

El adulterio habido entre personas que pretendan contraer matrimonio. Adulterio judicialmente comprobado.

El atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre.

La fuerza o miedo grave y el raptó (se analizó como vicio de la voluntad).

El uso habitual de alcohol y demás drogas, la impotencia incurable y ciertas enfermedades peligrosas para la salud del cónyuge sano y para la posible descendencia.

El idiotismo y la imbecilidad.

El matrimonio subsistente.

El lazo de adopción entre los que pretenden casarse mientras no sea disuelto.

El plazo de viudez para la mujer (300 días después de extinguido un matrimonio por muerte, divorcio o nulidad.

La relación de tutela entre el tutor (iz) y pupilo (a) mientras no se hayan rendido cuentas de la misma.

El divorcio previo el matrimonio en el que el divorciado debe de esperar uno o dos años, antes de contraer nuevo matrimonio.

### Formalidades

A partir de 1912, con la Ley de Relaciones Familiares se simplificaron los requisitos de manera como lo regula nuestro actual código en el artículo 97. Las personas que deseen contraer matrimonio presentarán un escrito al juez del Registro Civil del domicilio de cualquiera de ellos, en que se exprese:

Los nombre, domicilio, edad, ocupación y domicilio tanto de los pretendientes como de sus padres, si éstos fueran conocidos, cuando alguno de los pretendientes o los dos hayan sido casados, se expresará también el nombre de la persona con quien se celebró el anterior matrimonio, las causas de la disolución y la fecha de ésta.

Sin impedimento legal para casarse, y

La voluntad para unirse en matrimonio.

A dicha solicitud deben acompañarse otros documentos como: El acta de nacimiento de los pretendientes y en su defecto, un dictamen médico que compruebe su edad, cuando por su aspecto no sea notorio que el varón es mayor de dieciséis años y la mujer mayor de catorce; la constancia de que prestan su consentimiento para que el matrimonio se celebre las personas que deben darlo (representantes legales, juez de lo familiar, o el Jefe del Departamento del Distrito Federal o los Delegados, o el Presidente del Tribunal Superior de Justicia en su caso); la declaración de dos testigos mayores de edad que conozcan a los pretendientes y les conste que no tienen impedimento legal para casarse; un certificado médico en el que se haga constar que los pretendientes no tienen las enfermedades que son obstáculo para el matrimonio; Copia del acta de defunción del cónyuge fallecido cuando uno de los dos pretendientes fueran viudos, o de la parte resolutive de la sentencia de divorcio o de nulidad de matrimonio, si esas fueron las causas de la disolución del vínculo matrimonial anterior Copia de la dispensa de impedimentos, si los hubo; y por último; El convenio respectivo al régimen de bienes que van a establecer durante el matrimonio (sociedad conyugal, separación de bienes o régimen mixto).

Como una diligencia previa, esta vez a cargo del juez del Registro Civil, el artículo 100 del Código Ci--

vil ordena que ese funcionario "... hará que los pretendientes y los ascendientes o tutores que deban prestar su consentimiento, reconozcan ante él y por separado sus firmas. Las declaraciones de los testigos serán ratificadas bajo protesta de decir verdad, ante el mismo juez del Registro Civil. Este, cuando lo considere necesario, se cerciorará de la autenticidad de la firma que calce el certificado médico presentado".

Una vez cumplidos los requisitos previos, el artículo 101 dispone que el matrimonio se celebrará dentro de los ocho días siguientes, en el lugar, día y hora que señale el juez del Registro Civil.

En el lugar, día y hora designados para la celebración del matrimonio deberán estar presentes, ante el juez del Registro Civil, los pretendientes o su apoderado especial constituido en la forma prevenida en el artículo 44 y dos testigos por cada uno de ellos, que acrediten su identidad.

Acto continuo, el juez del Registro Civil leerá en voz alta la solicitud de matrimonio, los documentos que con ella se hayan presentado y las diligencias prácticas e interrogará a los testigos acerca de si son los pretendientes las mismas personas a que se refiere la solicitud. En caso afirmativo, preguntará a cada uno de los pretendientes si es su voluntad unirse en matrimonio y si están conformes los declarará unidos en nombre de la ley y la sociedad, levantándose el acta de matrimonio en términos del artículo 103 del Código Civil.

Podemos afirmar que equiparando las condiciones objetivas con los elementos esenciales del matrimonio, concluiremos que existe equivalencia en dichos términos, es decir, que a diferencia de los elementos subjetivos que se relacionan con las personas mismas que pretenden unirse matrimonialmente, por ejemplo la edad mínima que señala la ley; estas condiciones objetivas se refieren a circunstancias ajenas a tales personas, por ejemplo, la obligación de que el oficial del Registro Civil se encuentra presente durante la celebración del acto.

De esta manera tenemos que el matrimonio tiene elementos esenciales o condiciones objetivas para su celebración. La doctrina general del Derecho señala como requisitos esenciales o de existencia del matrimonio

los siguientes: La voluntad o consentimiento, el objeto y las solemnidades; nuestro derecho positivo, el Código Civil, habla de los dos primeros en su artículo 1794, advirtiéndose que entratándose de las solemnidades, se hace necesario el examen del régimen general de la ley, a fin de estar en condiciones de conocer qué actos jurídicos tienen el carácter de solemne.

En el matrimonio propiamente existen tres manifestaciones de voluntad, la de la mujer, la del hombre y la del oficial del Registro Civil. Las dos primeras forman el consentimiento, es decir, en el sentido de estar de acuerdo los contrayentes en unirse en matrimonio, para que el Oficial del Registro Civil exteriorice a su vez la voluntad del Estado al declararlos legalmente unidos en dicho matrimonio.

No solo la falta de acuerdo entre los pretendientes, sino también la omisión en cuanto a la declaratoria que debe hacer el Oficial del Registro Civil, será causa de inexistencia. Es decir, si del acta matrimonial resulta probada plenamente la falta de ese elemento esencial, deberá decirse que no hubo matrimonio. Puede también justificarse plenamente por otros medios de prueba, que en concepto del tribunal sean de valor indiscutible, la falta de consentimiento en los consortes o de la declaración oficial del Registro Civil, para que se reconozca la existencia.

Todo acto jurídico requiere de un objeto que sea físico y jurídicamente posible. La imposibilidad en cualquiera de sus dos formas (física y jurídica) originará la inexistencia del acto.

Relacionado el objeto del matrimonio con el de los actos jurídicos en general, podemos decir que desde el punto de vista estrictamente legal, existe también un objeto directo en el acto matrimonial, consistente en la creación de derechos y obligaciones entre los consortes, es decir, entre hombre y mujer, de tal manera que los fines específicos del mismo imponen a los cónyuges respectivamente la obligación de vida en común, ayuda recíproca débito carnal y auxilio espiritual. Asimismo cuando existan hijos, el matrimonio originará consecuencias con relación a los mismos, especialmente todo el conjunto de derechos y obligaciones que origina la patria potestad y la filiación en general.

Las solemnidades son esenciales para la existencia del matrimonio, es decir, si faltan las solemnidades el matrimonio será inexistente.

De lo expuesto se desprende que la solemnidad es una formalidad que la técnica jurídica ha elevado a la categoría de un elemento de existencia. En el matrimonio aún 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 afectará su validez cuando no se observen. En los artículos 102 y 103 del Código Civil se comprenden tanto formalidades como solemnidades en la celebración del matrimonio. Podemos considerar que son esenciales para la existencia misma del acto jurídico, las 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 matrimonio en el nombre de la ley y de la sociedad y; c) Que se determinen los nombres y apellidos de los contrayentes.

En párrafos anteriores afirmamos que las condiciones subjetivas para la celebración del matrimonio las identificábamos con los requisitos inherentes de las personas mismas que pretenden unirse matrimonialmente por ejemplo: la edad mínima que señala la ley para la celebración del matrimonio. Este requisito se refiere a la capacidad de las personas, como señalamos anteriormente se da en dos formas: capacidad de goce y capacidad de ejercicio. La capacidad de ejercicios es un elemento de validez en los actos jurídicos, en tanto que la capacidad de goce se presenta como esencial. Aplicando estas ideas al matrimonio, tenemos que distinguir entre la capacidad de ejercicio y la capacidad de goce para celebrar dicho acto. Tienen capacidad de goce los que han llegado a la edad núbil o sea, en nuestro derecho, 16 años para el hombre y 14 para la mujer. Los menores de dicha edad, carecen de capacidad de goce para celebrar el matrimonio, es decir, hay un obstáculo insuperable que la propia ley reconoce para que puedan válidamente celebrar el citado acto. Sólo se exceptúa el matrimonio celebrado por menores de dicha edad, o cuando sin haberlos habido, el menor hubiera llegado a los 18 años, y ni él y ni el otro cónyuge hubieran intentado la nulidad (Artículo 237 del Código Civil).

La capacidad de ejercicio en el matrimonio

supone la capacidad de goce, es decir que ya se tiene la edad núbil, pero que además se han cumplido los 18 años para poder celebrar válidamente el matrimonio. Además se requiere no padecer locura ni alguna otra de las enfermedades que se indican en la fracción octava del artículo 156, que son: La embriaguez habitual, la morfinomanía, la heteromanía y el uso indebido y persistente de las demás drogas enervantes; la impotencia curable para la cópula, la sífilis la locura y las enfermedades crónicas e incurables, que sean, además, contagiosas o hereditarias, y además en la fracción IX del citado precepto del Código Civil y que son el idiotismo y la imbecilidad.

#### IV).- NULIDAD DEL MATRIMONIO

De acuerdo con lo que hemos expuesto cabe aplicar, con las modificaciones que después indicaremos, la teoría general de la nulidad a las distintas causas que regula la ley respecto a nulidad en el matrimonio.

De acuerdo con dicha teoría general distinguiremos nulidades absolutas y nulidades relativas.

En la teoría clásica de las nulidades se considera que la ilicitud en el acto jurídico se sanciona con la nulidad absoluta que se caracteriza como imprescriptible, inconfirmable y susceptible de intentarse por cualquier interesado.

En cuanto a la nulidad relativa se acepta que tiene como causas los vicios de la voluntad, la incapacidad y la inobservancia de la forma. Se le caracteriza en dicha doctrina clásica como prescriptible, confirmable y sólo se concede la acción a la parte perjudicada.

#### Nulidad y Anulabilidad del Matrimonio

Cuando a pesar de faltar uno de los requisitos exigidos o no obstante la concurrencia de algún impedimento, se hubiere contraído el matrimonio, pueden producirse tres situaciones profundamente diversas, según la naturaleza o importancia del requisito que falte o del impedimento que se viola. El matrimonio, en efecto: a) puede ser nulo, es decir, jurídicamente inexistente; b) puede ser anulable, es decir, producir plenos efectos en tanto no sea impugnado mediante la acción de la anulación; c) puede tener la plena validez y no ser impugnable no obstante haberse conculcado un precepto legal. Las dos primeras hipótesis se dan cuando falta una condición o requisito esencial al matrimonio o cuando no se haya tenido en cuenta y respetado un impedimento dirimente; la tercera se produce por la violación de un impedimento impediante.

"Pero el sistema legal no se reduce a esta simple distinción de efectos. Hay que tener en cuenta de una parte la conciencia o la ignorancia que del impedimento tuvieron los esposos, porque es justo que las consecuencias

ESTA TESIS NO DEBE  
SALIR DE LA BIBLIOTECA

sean menos graves para quien ignorando el obstáculo contra-jera matrimonio (cónyuge de buena fe), y en todo caso debe ponerse la prole a salvo de tales consecuencias y favorecer su legitimidad. Por otra parte, en los casos de anulabilidad hay que precisar los hechos que puedan equivaler a una renuncia al ejercicio de la acción o la tolerancia del vicio, para no exponer por demasiado tiempo el matrimonio a los peligros de la anulación, por la utilidad social que reporta el que las situaciones familiares ilegalmente creadas se consoliden en bien de la familia y se hagan inimpugnables". (38)

La ilicitud en el objeto, en el motivo o en el fin del acto jurídico, puede producir la nulidad absoluta o relativa según lo prevenga la ley (artículo 2225). Es decir, ya no se acepta el criterio clásico de que siempre tal ilicitud originará la nulidad absoluta.

Por otra parte se caracteriza la mencionada nulidad como imprescriptible, inconfirmable y susceptible de invocarse por todo interesado, pero se estatuye en el artículo 2226 que fija dichas características, que nor regla general aquélla no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retro-activamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad. Desde este punto de vista se adopta un criterio firme para considerar que en principio la nulidad absoluta debe ser declarada por el juez, produciendo entretanto, efectos provisionales, excepto cuando expresamente la ley declare que no producirá efecto legal alguno o sea, cuando se decrete una nulidad absoluta de pleno derecho a diferencia de la nulidad absoluta que por declaración judicial reconoce el artículo 2226 por regla general.

En cuanto a la nulidad relativa, se aceptan en el artículo 2228 las causas que ya hemos expresado (vicios de la voluntad, incapacidad e inobservancia de la forma); pero se agrega en el artículo 2225 la posibilidad de que la ilicitud en el objeto, motivo o fin del acto, origine,

**(38) Roberto de Ruggiero, Instituciones de Derecho Civil, Traducción de Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro, Volumen II, páginas 754 y 755.**

la citada nulidad como relativa. Además siempre permitirá que el acto produzca provisionalmente sus efectos, como terminantemente lo declara la parte final del artículo 2227.

Con estas ideas generales podemos sostener que en el derecho mexicano sí es susceptible de aplicación al matrimonio lo expuesto de manera general para las nulidades en los distintos actos jurídicos. Es decir, serán nulidades absolutas en materia matrimonial, las que reúnan las tres características que enumera el artículo 2226, consistentes en la naturaleza imprescriptible de la acción de nulidad, en la imposibilidad de convalidar el acto que por ratificación expresa o tácita para que desaparezca la nulidad y en la posibilidad de que todo interesado puede hacer valer la acción. En cambio, serán nulidades relativas aquellas que no reúnan las tres características mencionadas, aun cuando se presenten dos de ellas, bastando por lo tanto que la acción sea prescriptible como ocurre en la mayoría de los casos de nulidad en el matrimonio, o bien, que el acto pueda convalidarse por ratificación expresa o tácita, según veremos para otros efectos o, finalmente, que la acción sólo se conceda al directamente perjudicado, como también ocurre en determinadas situaciones que en seguida estudiaremos.

Bonnecase en su Elementos de Derecho Civil, de la traducción del licenciado José M. Cajica Jr., Puebla, admite expresamente para el matrimonio causas de inexistencia, de nulidad absoluta y de nulidad relativa. Se expresa así: (39)

"Enumeración de los elementos necesarios para la existencia y validez del matrimonio.- La mejor clasificación de los elementos constitutivos del matrimonio es la efectuada desde el punto de vista de su sanción. Desde este punto de vista se distinguen: las condiciones requeridas so pena de inexistencia, de nulidad absoluta o de nulidad relativa. I. Las primeras son: 1° la diferencia de sexo; 2° el consentimiento de los futuros esposos; 3° La celebración del matrimonio ante el oficial del estado civil. II. Las condiciones requeridas son pena de nulidad absoluta son: 1° la pubertad de los esposos; 2° la ausencia

(39) Bonnecase Julián, Obra Citada, Tomo I, Página 517.

de cierto grado de parentesco por consanguinidad o afinidad entre los futuros esposos o ausencia de incesto; 3° la ausencia en cada esposo de un matrimonio anterior no disuelto, o ausencia de bigamia; 4° la publicidad del matrimonio; 5° la competencia del oficial del estado civil. III. Las condiciones exigidas so pena de nulidad relativa son: 1° la integridad del consentimiento de los esposos; 2° el consentimiento de los ascendientes o de la familia. IV. Por último, existen condiciones impuestas a título meramente teórico, sin ninguna sanción".

Por su parte, Planiol dice lo siguiente: "El principio y sus motivos. Según una opinión antigua, la teoría de las nulidades en materia de matrimonio está sometida a una regla excepcional que puede formularse en los siguientes términos: no existe nulidad del matrimonio sin un texto que la pronuncie expresamente. La Corte de Casación ha tenido varias veces ocasión de proclamar este principio. (40)

La jurisprudencia mexicana ha consagrado el siguiente principio: toda nulidad debe ser declarada por sentencia, excepto cuando la ley lo establezca como nulidad de pleno derecho.

"La anterior es una notable excepción al derecho común. En cualquiera otra materia se admite que la nulidad pueda ser virtual o tácita. Cuando la ley prohíbe una cosa, lo que se haga violando esta prohibición es nulo. No es lo mismo tratándose del matrimonio. ¿Por qué razón? La intención del legislador ha sido, se dice, prever y reglamentar todo. La anulación del matrimonio es una medida peligrosa, que arroja una turbación en las familias; desgracia irreparable para unos, escándalo para otros. El legislador se ha reservado para sí todo el derecho de decidir si la violación de la ley es lo suficientemente grave para justificar tal vigor, y no ha querido dejar nada a los azares de los debates judiciales. Por ello ha consagrado a las nulidades del matrimonio un capítulo especial, el IV del título V (arts. 180-182). Todas las causas de nulidad que el legislador ha querido admitir están reglamentadas en él, este capítulo basta por sí solo, y para respetar la intención de los autores de la ley, debemos atenernos a él. Debe rechazarse toda causa de nulidad que no esté prevista y reglamentada en el capítulo IV del título Del Matrimonio. A esta conclusión debe llegarse si se admite el principio de la Corte de Casación."

En cuanto a las causas que originan las nulidades absolutas del matrimonio, el mismo Planiol enuncia las siguientes: "1. Falta de consentimiento; 2. Impubertad, 3. Incesto, 4. Bigamia, 5. Clandestinidad, 6. Incompetencia del oficial del estado civil. (41)

Respecto a las causas de inexistencia del matrimonio, se refiere a las dos hipótesis consideradas como tales: la identidad de sexo y la falta de forma, pero considera que la aplicación a estas causas de la teoría de los matrimonios inexistentes es una exageración que ha provocado justas críticas, pues también puede presentarse la nulidad.

#### Fundamentación en el Derecho Mexicano de las Causas de Nulidad Absoluta en el Matrimonio

De acuerdo con lo que hemos expuesto, existen sólo dos causas de nulidad absoluta en el matrimonio, dadas las características que señala el Código Civil vigente. Dichas causas son: a) bigamia y b) incesto.

La bigamia se caracteriza como una causa de nulidad absoluta de acuerdo con el artículo 245 debido a que la acción puede deducirse por el cónyuge del primer matrimonio, por sus hijos o herederos, por los cónyuges que contrajeron el segundo matrimonio y de no ser intentada por ninguna de las citadas personas, la deducirá el Ministerio Público. No contiene el precepto un término de prescripción para demandar la nulidad. En consecuencia la acción se concede a todo interesado e imperativamente determina la ley que será deducida por el Ministerio Público si las personas que enumera el artículo 248 no la hacen valer. Al no señalarse un término de prescripción para intentar la nulidad se caracteriza en la ley como imprescriptible. Por último, es evidente que no cabe en el caso convalidación por ratificación expresa o tácita de alguna de las partes interesadas, ya que en ningún caso podrán aceptarse la validez del segundo vínculo a pesar de que con conocimiento del primero se ratificará, pues por el contrario, se incurriría en un nuevo acto ilícito. En relación con esta causa de nulidad, debe advertirse que se determinan en los artículos 236 a 247, que regulan otras causas, características propias de la nulidad relativa al permitir la convalidación del acto, al admitir la prescripción de la acción o bien, al conceder ésta sólo a determinadas personas, pero no a todos

(41) Planiol, *Obra Citada*, página 451.

los interesados. En consecuencia, si en el caso de bigamia la ley no consagra ninguna de las características de la nulidad relativa y si en cambio otorga la acción a todo interesado sin fijar término de prescripción y sin que quepa la convalidación del segundo matrimonio, por ratificación tácita o expresa, procede concluir fundadamente en el sentido de que es una causa de nulidad absoluta.

Para el incesto estatuye el artículo 241 que el parentesco de consanguinidad no dispensado anula el matrimonio, por lo tanto, cuando se trate de un parentesco que no admita dispensa, como es el de la línea recta y el de la colateral hasta el segundo grado, así como cuando se trate de parentesco de afinidad en la línea directa, procede considerar que existe una nulidad absoluta, pues el artículo 242 estatuye que la acción que nace de dicha causa y la que dimana del parentesco de afinidad, pueden ejercitarse por cualquiera de los cónyuges, por sus ascendientes o por el Ministerio Público, es decir, se concede a todo interesado, sin límite de tiempo y también, sin que quepa la convalidación por ratificación expresa o tácita. En consecuencia, cabe aplicar aquí las mismas consideraciones que para el caso de bigamia.

Tratándose de un parentesco de consanguinidad susceptible de dispensa, si se obtiene ésta después de celebrado el matrimonio, estatuye el artículo 241 que si ambos cónyuges reconocida la nulidad, quisieran espontáneamente reiterar su consentimiento por medio de un acta ante el juez del Registro Civil, quedará revalidado el matrimonio y surtirá todos sus efectos legales desde el día en que primeramente se contrajo. Claramente se consagra en dicho precepto una nulidad relativa, pues se permite la convalidación del matrimonio, pero se exige una ratificación expresa, dado que ambos cónyuges deben reiterar su consentimiento en una acta especial ante el Juez del Registro Civil.

#### **Fundamentación en el Derecho Mexicano de las Causas de Nulidad Relativa en el Matrimonio**

De acuerdo con las características que se determinan en los artículos 236 a 241 y 243 a 247, la nulidad del matrimonio será relativa cuando ocurren los impedimentos que enumera el artículo 156, exceptuando la bigamia y el incesto, o cuando se incurre en error en los términos del artículo 235 fracción I, finalmente si no se observan

las formalidades del acto. Al efecto, analizaremos cada una de dichas causas para comprobar que presenta alguna o algunas de las características de la nulidad relativa y, por lo tanto, en vista de esa circunstancia, tendrá que concluirse que conforme al artículo 2227 se tratará de una nulidad de esa naturaleza.

El error acerca de la persona con quien se contrae el matrimonio, cuando entendiendo un cónyuge celebrarlo con persona determinada, lo contrae con otra, es causa de nulidad relativa, porque de acuerdo con el artículo 236, dicha acción sólo puede deducirse por el cónyuge engañado y deberá intentarla en forma inmediata, pues si no se denuncia el error inmediatamente que lo advierte, se tendrá por ratificado el consentimiento y quedará subsistente el matrimonio. Es decir, tenemos en el caso las tres características propias de la nulidad relativa, pues la acción sólo se concede al cónyuge engañado debe hacer valer inmediatamente, es decir, prescribe si no se intenta y, además, la ley admite una convalidación tácita por el sólo hecho de que no se deduzca la acción. Desde el punto de vista estrictamente teórico, el error sobre la identidad de la persona debería motivar la inexistencia del matrimonio, pues impide que el consentimiento se forme, dado que éste no se otorgó para celebrar el acto con la persona con quien realmente se celebró, sino que dicha voluntad se expresó bajo un supuesto totalmente distinto, es decir, para contraer matrimonio con otra persona. Por lo tanto, faltó el consentimiento, y cabría aplicar el artículo 2224 para considerar inexistente el matrimonio, pero ante la disposición expresa del artículo 236 debe concluirse que en nuestro derecho se trata de una nulidad relativa.

"La fórmula del vigente artículo 122 es ésta: El matrimonio puede ser impugnado por aquel de los esposos cuyo consentimiento... ha de excluirse por efecto de error.- El error sobre la cualidad del otro cónyuge no es causa de nulidad del matrimonio, sino cuando se resuelve en error sobre la identidad de la persona. (42)

La menor edad de dieciséis años en el hombre y catorce en la mujer, se caracteriza por el artículo 237 como la nulidad relativa, por cuanto que el matrimonio quede convalidado si hay hijos o bien, aunque no los haya habido si el cónyuge menor hubiere llegado a los

(42) Jemolo Arturo Carlo, El Matrimonio, Buenos Aires, páginas 133 y 134.

dieciocho años, y ni él ni el otro cónyuge, hubieren intentado la nulidad. Se admite, por lo tanto, la prescripción de la acción de nulidad y con este dato es suficiente para caracterizarla como relativa.

La nulidad por falta de consentimiento de los ascendientes, también es relativa dado que conforme al artículo 238, sólo podrá alegarse por aquel o aquellos a quienes tocaba prestar dicho consentimiento, dentro de treinta días contados desde que tengan conocimiento del matrimonio. Además, el artículo 239 admite claramente la prescripción de la acción por el solo transcurso de los treinta días y permite la convalidación del acto si dentro de ese término, el hecho de recibir a los cónyuges en su casa o de presentar a la prole como legítima al Registro Civil. Además, se admiten otros actos que a juicio del juez sean tan conducentes al efecto como los expresados.

La nulidad por falta de consentimiento del tutor o del juez también es relativa, porque deberá pedirse dentro del término de treinta días por cualesquiera de los cónyuges o por el tutor, cesando si antes de presentarse la demanda se obtiene la ratificación de éste o la autorización judicial. Es decir, existen dos características de la nulidad relativa, consistentes respectivamente en que sólo se otorga la acción a determinadas personas y prescribe en el término de treinta días.

La nulidad en el caso de que exista parentesco consanguíneo dispensado, es relativa de acuerdo con el artículo 241 por las razones ya antes expuestas.

La nulidad en el caso de adulterio habido entre las personas que pretendan contraer matrimonio, se otorga sólo al cónyuge ofendido y al Ministerio Público en el caso de disolución del matrimonio anterior por causa de divorcio, y sólo a éste último funcionario, si el matrimonio se disolvió por muerte del cónyuge ofendido. En uno y en otro caso la acción debe intentarse dentro de los seis meses siguientes a la celebración del matrimonio de los adúlteros. En consecuencia, claramente se caracteriza a través de estos dos atributos como una nulidad relativa.

La nulidad proveniente del atentado contra la vida de alguno de los cónyuges para casarse con el que quede libre puede ser deducido por los hijos del cónyuge víctima o por el Ministerio Público, dentro del

término de seis meses contados desde que se celebró el nuevo matrimonio. Por lo tanto, dada la prescripción de la acción, la nulidad será relativa de acuerdo con el artículo 2227.

La nulidad por miedo o violencia que lleve los requisitos del artículo 245, sólo puede deducirse por el cónyuge agraviado dentro del término de sesenta días desde la fecha en que cesó la violencia o intimidación. En consecuencia, por ambas características debe considerarse como relativa.

La nulidad que se funde en las enfermedades o vicios que enumera la fracción VIII del artículo 156, sólo podrá ser pedida por los cónyuges y dentro del término de sesenta días contados desde que se celebró el matrimonio. En consecuencia tiene dos características de la nulidad relativa.

La nulidad por idiotismo o imbecilidad, conforme al artículo 247 sólo puede pedirse por el otro cónyuge o por el tutor del incapacitado. No se admite aquí prescripción, pero considerando que la acción sólo se otorga al otro cónyuge o al tutor, bastará este sólo hecho para clasificarla como nulidad relativa.

Por último, la nulidad que se funda en la falta de simples formalidades necesarias para la validez del matrimonio, puede alegarse conforme al artículo 249 por los cónyuges o por cualquiera que tenga interés en probar que no hay matrimonio. También podrán deducirse por el Ministerio Público. Cuando se haya otorgado el acta matrimonial, no se admitirá la demanda de nulidad por inobservancia de formalidades, cuando exista la posición de estado matrimonial. De acuerdo con lo expuesto, cabe distinguir, según ya hemos explicado, dos causas: 1.- Inexistencia cuando se trate de formalidades esenciales, pues cualquiera podrá presentar demanda para demostrar que no hay matrimonio, incluyendo al Ministerio Público y 2.- Nulidad relativa cuando exista el acta con las formalidades esenciales y se una a la posesión de estado matrimonial.

En relación con las distintas causas de nulidad relativa, el artículo 251 aclara la tesis que hemos venido sosteniendo al disponer: "El derecho para

demandar la nulidad del matrimonio corresponde a quienes la ley lo concede expresamente, y no es transmisible por herencia ni de cualquiera otra manera. Sin embargo, los herederos podrán continuar la demanda de nulidad entablada por aquél a quien heredan". En consecuencia, de manera expresa la ley sólo concede acción de nulidad a las personas que en cada caso determina taxativamente. Con apoyo en este precepto cabe sostener que la enumeración que hace la ley en las distintas hipótesis que hemos considerado de nulidad relativa, no permitirá que la acción sea deducida por persona distinta y así de manera terminante lo estatuye el artículo 251.

### Especialidad de las Nulidades en el Matrimonio

Indiscutiblemente que el matrimonio es el acto jurídico que en todo el derecho ofrece la mayor variedad de causas respecto a su nulidad, así como los problemas más serios. En verdad no hay acto jurídico que pueda compararse tanto desde el punto de vista de su trascendencia social, como por lo que se refiere a los problemas sobre nulidad, absoluta o relativa, en las distintas hipótesis que hemos estudiado.

En los actos jurídicos, la nulidad absoluta se presenta por regla general cuando existe un objeto, motivo o fin ilícito, pero excepcionalmente puede tratarse de una nulidad relativa, según admite el artículo 2225, conforme al cual: "La nulidad en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley". Es decir, la ley puede declarar que a pesar de la ilicitud en el objeto, en el motivo o fin del acto, la nulidad será relativa. El precepto mencionado indica que la ley irá indicando en cada caso concreto cuando la nulidad será absoluta y cuando relativa. Sin embargo, fuera del título consagrado a la "inexistencia y nulidad" (artículos 2224 a 2242) el Código no vuelve a emplear los términos de nulidad absoluta o relativa en los distintos casos concretos que regula para la diversidad de actos y contratos. Ya en relación con el matrimonio tuvimos oportunidad de comprobar que el legislador regula simplemente causas de nulidad, pero no las califica expresamente, indicándonos si se trata de nulidades relativas o absolutas. El método que se sigue en el Código consiste en caracterizar la nulidad determinando si es o no prescriptible, si el acto es susceptible de convalidación por ratificación expresa o tácita o si la acción, puede intentarse por

todo interesado a bien si sólo se le otorga a la parte perjudicada. Es a través de este método como indirectamente el legislador nos permite determinar en cada caso concreto, si existe nulidad absoluta o relativa. Para este efecto tenemos que combinar las causas de la nulidad con sus características ya citadas. No bastaría determinar si estamos ante una causa de nulidad absoluta o relativa, tomando en cuenta la ilicitud en el acto o bien, la existencia de vicios en la voluntad, la incapacidad o la inobservancia de la forma, es necesario además tomar en cuenta las características, relacionándolas con las causas. Especialmente para la ilicitud en el objeto, en el motivo o en el fin del acto, el artículo 2225 acepta que pueda haber nulidad absoluta o relativa, ante las mismas causas. En consecuencia, sólo las características nos permitirán resolver que en un determinado caso, no obstante la ilicitud del acto, la nulidad será absoluta o relativa. En materia patrimonial puede decirse que la regla general consiste en establecer la nulidad absoluta como sanción de los actos jurídicos ilícitos. En cambio en el matrimonio podemos considerar que la regla se invierte, de tal manera que el carácter ilícito en su objeto, motivo o fin, producirá la nulidad relativa y, excepcionalmente, la nulidad absoluta. En los contratos, testamentos, convenios y actos unilaterales, la ilicitud en los mismos produce la nulidad absoluta y, excepcionalmente, la relativa.

Para el matrimonio ya hemos expresado que sólo en los casos de bigamia y de incesto (cuando el impedimento por parentesco no es dispensable) habrá nulidad absoluta.

No obstante que existen otros casos de ilicitud manifiesta como el raptó, el adulterio entre los que pretenden contraere matrimonio, el atentado contra la vida de uno de los cónyuges para casarse con el que queda libre, la ley caracteriza estos casos como de nulidad relativa según el análisis que hicimos con antelación.

De acuerdo con lo expuesto en nuestro derecho no existen las causas de nulidad absoluta que enumera Bonnacase para el derecho francés, consistentes respectivamente en la falta de edad núbil de los cónyuges y en la falta de publicidad del matrimonio o en la incompetencia del juez del estado civil. En cambio, las causas de nulidad relativa son muy numerosas en nuestra legislación, reduciéndolas al citado civilista en el derecho francés a dos:

vicios del consentimiento de los esposos y falta de consentimiento de los ascendientes. (43)

La enumeración que hace Bonnecase en cuanto a nulidades absolutas no es aceptada por Planiol, que admite seis motivos: 1.- Falta de consentimiento; 2.- Impubertad; 3.- Incesto; 4.- Bigamia; 5.- Clandestinidad y 6.- Incompetencia del juez del estado civil. Para este último autor la falta de consentimiento no origina la inexistencia como sostiene Bonnecase. Ambos coinciden en considerar que son causas de nulidad absoluta; la impubertad, el incesto, la bigamia, la clandestinidad (falta de publicidad en el matrimonio) y la incompetencia del juez del estado civil. Difieren en la ya citada causa relativa a la falta de consentimiento por cuanto que para Planiol no origina la inexistencia del matrimonio, sino simplemente la nulidad absoluta. (44)

#### Matrimonio Ilícitos Válidos

Conforme al artículo 264 existen ciertos matrimonios ilícitos pero no nulos. Dice así el mencionado precepto: "Es ilícito, pero no nulo el matrimonio 1.- Cuando se ha contraído estando pendiente la decisión de un impedimento que sea susceptible de dispensa. 11.- Cuando no se ha otorgado la previa dispensa que requiere el artículo 159, y cuando se celebre sin que hayan transcurrido los términos fijados en los artículos 158 y 289".

Es criticable la terminología que emplea el Código Civil al decir que el matrimonio puede ser ilícito pero no nulo, pues de acuerdo con las reglas generales, los actos ilícitos son aquellos que se ejecutan en contra de las leyes prohibitivas o de las buenas costumbres, sancionándose expresamente en los artículos 8° y 2225 con la nulidad. Es verdad que el artículo 8° dice: "Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario". Es decir, se admite una excepción expresa cuando la ley ordene lo contrario. En el caso a que se refiere el artículo 264, la ley expresamente estatuye que a pesar de la ilicitud, el matrimonio es válido, imponiéndose en el artículo 265 las penas que señale el Código de la materia. Es

(43) Citado por Rojina Villegas, Rafael, Derecho Civil Mexicano, Tomo II, Derecho de Familia, Editorial Porrúa, Séptima Edición, 1987, página 297.

(44) Ibidem.

frecuente en México el matrimonio de un cónyuge divorciado que no espera el plazo que establece el artículo 289 de dos años, cuando se le haya declarado cónyuge culpable, o de un año tratándose de divorcio voluntario, o el caso de la mujer que no espera el término de trescientos días que impone el artículo 158 una vez disuelto su matrimonio bien sea por divorcio, por muerte del marido o por nulidad. Puede darse la hipótesis de que se oculte al juez del Registro Civil la verdadera condición del cónyuge que pretenda contraer matrimonio, haciéndose pasar simplemente como soltero, en lugar de declarar que se trata de un cónyuge viudo, divorciado o bien, que su matrimonio quedó disuelto por virtud de una sentencia de nulidad. El artículo 97 exige que a la solicitud de matrimonio se acompañe copia del acta de defunción del cónyuge fallecido si alguno de los contrayentes es viudo, o de la parte resolutive de la sentencia de divorcio o de nulidad del matrimonio, en caso de que alguno de los pretendientes hubiere sido casado anteriormente. Por lo tanto, habrá un falso informe a la autoridad y se incurrirá en la pena correspondiente si se oculta la verdadera condición jurídica del o de los contrayentes, haciéndose pasar por solteros y no declarando su verdadero estado civil. Existe la posibilidad de que no obstante que se declare ese estado, el juez del Registro Civil celebre el matrimonio. El artículo 265 sanciona también a dicho funcionario por autorizar el acto.

### **Efectos de la Nulidad del Matrimonio**

Los efectos de la nulidad del matrimonio, deben estudiarse desde tres puntos de vista: a) con relación a los cónyuges; b) Con relación a los hijos, y c) Con relación a los bienes.

### **Efectos de la Nulidad del Matrimonio con Relación a los Cónyuges**

Los artículos 255 y 258 del Código Civil determinan los efectos de la nulidad del matrimonio con relación a los cónyuges. Al efecto, se distingue en los citados preceptos si el matrimonio fue contraído de buena o mala fe de ambos cónyuges o sólo uno de ellos.

De acuerdo con la regla general consagrada por el artículo 253, todo matrimonio tiene a su favor la --presunción de ser válido y, conforme al artículo 257,

de haberse contraído de buena fe. Para destruir esta presunción se requiere prueba plena. Por consiguiente, entretanto no se demuestra la mala fe por parte de uno o de ambos cónyuges la ley presume que se contrajo de buena fe y, por lo tanto, deberán atribuirsele todos los efectos inherentes a la misma que se señalan en los artículos 255 y 256.

El matrimonio contraído de buena fe, cuando es declarado nulo, se denomina matrimonio putativo y con relación al mismo. Planiol hace un estudio especial consagrándole un capítulo entero. Al efecto, distingue las condiciones requeridas para la eficacia del matrimonio putativo y analiza: a) La buena fe; b) El justo motivo de error, y c) La condición de publicidad. Después se refiere a los vicios cubiertos por la buena fe, para tratar finalmente de los efectos del matrimonio putativo.

"Cuando se declara nulo o anulado un matrimonio no puede producir ya ningún efecto, y todos los que parecía haber producido hasta entonces, desaparecen, puesto que se considera como si nunca hubiese existido. La apariencia de legitimidad, que el hecho de la celebración había dado a la unión de estas dos personas, se encuentra retroactivamente destruida por la sentencia judicial que haya reconocido o pronunciado la nulidad. *Quod nullum est nullum producit effectum*". (45)

Dentro del sistema clásico, la nulidad producía sus efectos no sólo para el futuro sino también para el pasado. Se elaboró un estatuto de las nulidades absolutas y uniforme, no importaba que se tratase de nulidades absolutas o relativas, de las nulidades de los contratos que versan sobre las cosas o de la nulidad del único contrato de personas o sea el matrimonio. Se predicó como un dogma inflexible que el efecto de toda nulidad se remontaba a la época de la celebración del contrato anulado, se daba como motivo el que la nulidad era producida por un vicio concomitante a la celebración del respectivo contrato, luego hasta allá debían remontarse los efectos.

El acto del matrimonio se consideraba destruido desde la época de su celebración (*ex tunc*) y no del día en que pronunciaba la nulidad (*ex nunc*). Era la aplicación rigurosa de la máxima. *Quod nullum est nullum producit*

(45) Planiol, Obra Citada, Tomo I, página 79.

effectum. (En derecho mexicano no es aplicable este principio).

La fundamentación de esta regla la encontraron nuestros juristas en el artículo 1746 del Código, que dice: "La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, sin perjuicio de lo prevenido sobre objeto o causa ilícitas...". A este artículo se le dio un doble alcance: 1°. Se le consideró como una traducción fiel de la regla romana quod nullum est nullum effectum productit; 2° Se le dio una aplicación general tanto para los contratos que versan sobre cosas, como para el contrato de matrimonio.

De la aplicación de esta regla para el matrimonio (que es absolutamente inconducente en derecho mexicano), se dedujeron estas consecuencias lógicas:

a) Los hijos habidos por los cónyuges cuyo matrimonio se anula son hijos naturales, pues al restablecerse las cosas al estado anterior se supone no haber existido jamás vínculo matrimonial, los hijos fueron habidos por personas solteras, b) La vida común de los cónyuges, entre la fecha de la celebración del matrimonio y la de la declaración judicial de la nulidad, se consideraba como un simple concubinato, pues, el matrimonio y sus efectos desaparecen para el pasado, c) Se supone no haber existido jamás contrato sobre bienes; la masa de bienes que aparezca el día de la declaración de nulidad se considera como una sociedad de hecho habida por concubinato, d) La declaración de adulterio de la mujer desaparece completamente, puesto que la nulidad destruye en el pasado la obligación de fidelidad, f) Toda vocación sucesoral de los hijos respecto a sus padres o de un cónyuge respecto al otro desaparece retroactivamente.

Como se ve los efectos de la declaración de nulidad eran iguales a los de un matrimonio inexistente".

Se define el matrimonio putativo como aquel que adolece de un vicio de nulidad pero que fue contraído de buena fe, es decir, ignorando la existencia de dicho vicio. La ley toma en cuenta que sería de graves consecuencias para la familia, especialmente para los hijos y también para los cónyuges que procedieron de buena fe, aplicar rigurosamente todos los efectos retroactivos

de la nulidad, para destruir las consecuencias que hubiera producido el matrimonio como si fuera válido, pues las relaciones conyugales quedarían consideradas como un concubinato y los hijos serían reputados como hijos naturales. Además, en cuanto a los bienes, tanto por lo que se refiere a las donaciones entre consortes o prenupciales, como por lo que atañe al régimen de sociedad conyugal, habría que destruir también todas las consecuencias que se hubieren producido, con grave perjuicio de los cónyuges, de los hijos y de los terceros que hubieren contratado o entrado en relaciones jurídicas con la sociedad o uno de los cónyuges y respecto a los bienes mencionados. Por todas estas razones se admite que el matrimonio putativo o contraído de buena fe, produzcan efectos como si fuera válido por todo el tiempo que transcurra desde su celebración hasta que se pronuncie la sentencia de nulidad.

"La finalidad social de la institución del matrimonio se opone a la aplicación del sistema clásico sobre efectos de las nulidades.- 1° La nulidad del matrimonio es en sí misma una sanción fuerte a la falta de algunos de los requisitos exigidos por la ley. Pero esa sanción no debe sobrepasar su finalidad, y la sobrepasaría cuando al anularse un matrimonio, sus efectos recayesen sobre seres inocentes como serían los hijos procreados, los que verían cambiarse su situación de legítimos por la de naturales ¿qué tienen ellos que ver con la mala fe de sus progenitores?. También sobrepasa esa finalidad respecto a las familias de los cónyuges, especialmente de la de la mujer, que sin más ni menos, y sólo por dar satisfacción a la lógica pura de una máxima ven convertida a su hija en una concubina. La aplicación de la máxima puede justificarse en algunos contratos sobre cosas en donde se hace necesario restablecer el equilibrio primitivo, más nunca en el matrimonio en donde ello es imposible. (46)

2° Es imposible reducir el derecho a una lógica pura sacrificando las exigencias de equidad y el interés social. "Ciertamente que sería deseable que la equidad y la lógica marchasen unidas; pero allí donde la unión es imposible es necesario abandonar las preocupaciones lógicas y dar satisfacción a la equidad" (Piedelievre). Pero ni siquiera la lógica exige la aplicación de la máxima quod nullum est..... etc., en materia de

(46) Arturo Valencia Zea, Curso de Derecho Civil Colombiano, Editora y Distribuidora Jurídica. Bogotá, 1946, páginas 80 y 81.

matrimonio, es necesario no confundir la lógica de una frase con la lógica jurídica en general). La lógica de la frase exige dar efecto retroactivo a la declaración de nulidad, ¿pero se justifica la lógica particular de esa frase dentro de la lógica jurídica general?.

"3° El mismo interés social se opone a la aplicación de la frase en materia de matrimonio, el estado civil de las personas es de orden público y exige seguridad y permanencia, constituye según nuestra ley un verdadero derecho adquirido que no puede violar ni la misma ley. ¿Por qué ha de ser violado entonces por las exigencias de una frase de dudoso linaje?. Tal sucedería cuando a un hijo legítimo se le cambiara su situación por la de hijo natural.

"Hemos tomado la teoría del matrimonio putativo del derecho canónico. Era desconocida en el derecho romano (Código, lib. V, tít. 5, ley 6). El oriente el principio primitivo subsistió en todo su rigor. En el mismo occidente el matrimonio putativo no apareció sino hasta el siglo XII, en las decretales de Alejandro III, lo ignoran aún. Esta teoría parece haber sido obra no de la legislación, sino de la doctrina, y probablemente su causa fue la exageración de las prohibiciones del matrimonio entre parientes; numerosas personas de buena fe estaban expuestas a contraer matrimonios nulos. Era necesario a toda costa encontrar un paliativo. (47)

De acuerdo con el artículo 255: "El matrimonio contraído de buena fe, aunque sea declarado nulo, produce todos sus efectos civiles en favor de los cónyuges mientras dure, y en todo tiempo en favor de los hijos nacidos antes de la celebración del matrimonio, durante él y trescientos días después de la declaración de nulidad, si no se hubieren separado los consortes, o desde su separación en caso contrario".

En el artículo 256 se distinguen los siguientes casos: 1.- Cuando ha habido buena fe de parte de uno solo de los cónyuges, en cuya hipótesis el matrimonio producirá efectos civiles sólo respecto a él y de los hijos, y 2.- Cuando ha habido mala fe de parte de ambos consortes, caso en el cual el matrimonio producirá efectos civiles solamente respecto de los hijos.

(47) Planol, Obra Citada, página 481.

"La teoría de los matrimonios putativos.- Pero ante estas consecuencias duras o injustas de una lógica cerrada y sistemática, vuelta de espaldas a la realidad y a las exigencias prácticas del derecho, se hicieron algunas derogaciones a la aplicación de las reglas quod nullum est., etc., especialmente en materia del matrimonio. En ciertas circunstancias se dispuso que los efectos de la nulidad del matrimonio no se remontaban al pasado, al día de la celebración, sino únicamente a partir del día de la declaración de la nulidad. Para ello se recurrió a la exótica teoría de los matrimonios putativos.

"¿Qué cosa es un matrimonio putativo?. Es aquel que habiendo sido anulado es tenido no obstante por matrimonio verdadero, en razón de haberse contraído de buena fe, ignorando ambos cónyuges o uno de ellos el impedimento u obstáculo que había para su celebración. Llámese putativo del verbo latino putare, o sea, creer o juzgar.

"Esta teoría de los matrimonios putativos tuvo su origen en el derecho canónico, según el cual ante la necesidad de darle alcance pleno a la máxima quod nullum est. nullum... etc., se vieron obligados los canonistas a recurrir a la ficción del matrimonio putativo.

"Para que haya matrimonio putativo se requiere la buena fe en ambos de los contrayentes o en uno de ellos. Esa buena fe consiste en no tener conocimiento de un impedimento dirimente, como en el caso del matrimonio de dos hermanos que ignoran el lazo de parentesco que los une.

"Fue recogida esta doctrina por la legislación francesa en sus artículos 201 y 202 e igualmente por el derecho español. Cuando hay matrimonio putativo no se borran en el pasado sus efectos, es decir, la nulidad de un matrimonio putativo sólo produce efectos para el futuro; los hijos habidos entre la fecha de la celebración y el día de la declaración judicial de la nulidad tienen el carácter de legítimos, el cónyuge de buena fe tuvo el título de cónyuge legítimo; pero si uno de los cónyuges obró de mala fe respecto a él no hay matrimonio putativo.  
(48)

(48) Colín y Capitant, *Obra Citada*, Tomo I, página 183 y siguientes.

"Tal es en síntesis el sistema clásico de los efectos de las nulidades en materia de matrimonio".  
(49)

Siguiendo a Planiol, analizaremos los temas que el citado jurista indica, consistentes respectivamente en el estudio de la buena o mala fe en la celebración del matrimonio, del justo motivo de error; de la condición de publicidad; de los vicios que resultan cubiertos por la buena fe y, finalmente, de los efectos del matrimonio putativo.

a) Buena fe.- "La buena fe consiste en ignorar el impedimento que se oponía a la formación del matrimonio, o el vicio que ha hecho insuficientes las formalidades de su celebración".

"El error cometido por los esposos puede ser de hecho o de derecho. Existe error de hecho si los esposos ignoran, por ejemplo, el lazo de parentesco consanguíneo o por afinidad que los une. Hay error de derecho si un tío y una sobrina se casan sin haber obtenido dispensa. No sin dificultad se ha admitido que el error de derecho pueda dar eficacia al matrimonio nulo, pero ha predominado la opinión favorable a los esposos y con justa razón, pues la ley no distingue entre las dos especies de error."  
(50)

La buena fe es necesaria en el momento de la celebración del matrimonio, el hecho de que se conozca posteriormente el vicio que origina la nulidad, no afecta la naturaleza putativa del enlace, pues los efectos que se atribuyen a esta clase de uniones dependen exclusivamente del estado de ánimo de los consortes al celebrar el acto, o sea de la ignorancia misma en cuanto a los vicios, por esto el beneficio de la buena fe inicial no se pierde por el conocimiento posterior de alguna de las causas que originan la nulidad del matrimonio. Conforme al artículo 257 de nuestro Código Civil, la carga de la prueba respecto a la mala fe, a efecto de destruir la presunción juris tantum que reconoce la ley, incumbirá a aquel que pretenda prevalerse de esa mala fe para derivar determinadas consecuencias. En el derecho francés los autores discuten sobre el particular, dado que no existe un texto como

(49) Valencia Zea Arturo, Obra Citada, Tomo III, página 76.

(50) Planiol, Obra Citada, página 481.

el consagrado por el artículo 257 en nuestro Código Civil, de aquí que Demolombe (t. III. No. 359) y Laurent (t. III. 506) sostengan que el que invoque la buena fe para deducir de ella determinado beneficio, debe probarla.

"La jurisprudencia belga se ha definido en este sentido (Bruxelles, 21 Ene. 1923, Pasicrisis belge, 1923, 2. 165). Otros autores distinguen entre el error de derecho y el de hecho, la buena fe se presumiría en el segundo caso, pero no en el primero, porque se considera que nadie ignora la ley (Aubry y Rau, t. VII, 460, p. 59). Por último, también cuenta con partidarios la opinión que presume siempre la buena fe (Dalloz, Suppl. V° Mariage, N° 323) y ha sido consagrada por la jurisprudencia (Aix, 11. Mar. 1858 2. 71. 5. 260; Cas., 5 Nov. 1913. D. 1912, l. 281, P. y S. 1920. l. 370; Paris, 31 Dic. 1925. La loi del 11 Mar. Negocio Degas). Esta opinión se apoya en el artículo 2268, según el cual: La buena fe se presume siempre correspondiendo la prueba de la mala fe a quien la alega. Aunque establecido a propósito de la prescripción, este artículo no consagra una presunción especial a esta materia, se funda en una idea general, a saber, que no se presume que alguien haya contravenido a sabiendas la ley. Pero los tribunales de primera instancia son soberanos en la apreciación de la mala fe. (51)

b) Justo motivo de error.- "Antiguo derecho.- Antiguamente no era suficiente la buena fe; se requería, además, que los esposos pudieran invocar una causa justa, que explicase el error en que la mujer de un soldado abandonado como muerto en el campo de batalla, ha contraído un nuevo matrimonio "confiado en un certificado de la muerte de su marido, expedido regularmente por el mayor de su regimiento" (No. 437). En otros ejemplos, tomados de las sentencias de 1689 y 1693 (matrimonio de un caballero de Malta y de un religioso, que se hacían pasar como laicos), la justa causa de la buena fe consiste en el error común compartido por la mujer (N° 439) Comp. Neuceau Danizart, t. III. V° Bonne foi des contractans, 2. N° 1".

"Jurisprudencia actual.- La jurisprudencia moderna no exige ya esta condición, porque el texto sólo habla de la buena fe. Sin embargo, se hubiera podido tener en consideración lo que decía Portalis en la Exposi-

ción de Motivos, respecto a que se había querido consagrar una regla introducida por el derecho canónico y adoptada desde hacía mucho tiempo por las costumbres francesas. (Fenet t. IX, p. 174) Estas palabras indican la intención de no cambiar nada".

En nuestro derecho, deben aplicarse las conclusiones a que ha llegado la jurisprudencia moderna, pues nuestros textos no exigen "el justo motivo de error", refiriéndose sólo a la buena fe de ambos cónyuges o de uno de ellos.

c) Condición de publicidad.- "Desde que el Concilio de Letrán exigió un anuncio público del matrimonio por medio de los bandos, la omisión de esta formalidad se consideró como una falta, como un pecado contra las leyes de la iglesia, el matrimonio celebrado clandestinamente no era nulo por este solo hecho, pero si existía un impedimento dirimente, no gozaban los esposos del beneficio del matrimonio putativo. La publicidad de la celebración llegó a ser así una condición del matrimonio putativo. (52)

"¿Cómo desapareció?.- El texto actual no supone que el matrimonio haya sido celebrado públicamente. Nadie sostiene que una antigua condición no era un gran vicio, pues cuando los esposos se han escondido, para casarse, raramente será de buena fe, este hecho revelará su conocimiento del impedimento que nulifica al matrimonio. (53)

En nuestro derecho el Código Civil vigente no exige la publicidad que se requería en los códigos anteriores para la celebración del matrimonio. Por esto los artículos 97 y 103, que regulan los requisitos y formalidades que deben observarse tanto con anterioridad como durante la celebración del matrimonio, no incluyen el requisito de publicidad, bastando, para que el Juez del Registro Civil señale día y hora para la celebración del acto, que se presente la solicitud de matrimonio con los citados requisitos. En consecuencia la falta de publicidad en el matrimonio no implica un vicio, ni puede ser causa de nulidad o de mala fe de los cónyuges. Sólo se requiere que el matrimonio se celebre dentro

(52) Gui Coquille, "Coutumme de Nivernois, capítulo XIII, artículo 1º.

(53) Planiol, Obra Citada, página 483.

de los ocho días siguientes a la fecha en que se presente la solicitud y en el lugar, día y hora que señale el Juez del Registro Civil (art. 101). Ahora bien, este lugar, como es costumbre en ciertos matrimonios, puede ser una casa particular, generalmente el domicilio de uno de los contrayentes.

d) Vicios cubiertos por la buena fe.- Indica Planiol que en el derecho antiguo la buena fe de los esposos cubría únicamente las nulidades debidas a la existencia anterior de un impedimento dirimente y no las nulidades de forma que pudiesen afectar la celebración del matrimonio, que la jurisprudencia moderna ha considerado que la buena fe de los esposos puede convalidar un matrimonio cuya causa de nulidad sea un vicio de forma. En nuestro derecho el artículo 250 dispone: "No se admitirá demanda de nulidad por falta de solemnidades en el acta de matrimonio celebrado ante el Juez del Registro Civil, cuando a la existencia del acta se cuna la posesión de estado matrimonial". En consecuencia, la convalidación por falta de formalidades en el acta, no se opera por virtud de la buena fe de los cónyuges, sino por la posesión del estado matrimonial. En cuanto a los impedimentos dirimientes, cabe, según la naturaleza de cada uno de ellos, determinar en cada caso si se procedió de buena o mala fe. Sobre el particular consideramos que hay impedimentos en los que no es posible admitir la buena fe de uno de los esposos o de ambos, tales como la falta de edad requerida por la ley, la falta de consentimiento de los que ejerzan la patria potestad, del tutor o juez en sus respectivos casos, el adulterio habido entre las personas que pretendan contraer matrimonio; el atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre, la fuerza o miedo graves; el rapto; el idiotismo y la imbecilidad. En cambio, otros impedimentos si son susceptibles de ser ignorados de buena fe, tales como el parentesco consanguíneo o por afinidad, la existencia de las enfermedades o vicios que se mencionan en la fracción VIII del artículo 156 y la existencia de un matrimonio anterior. Es frecuente, tratándose parientes consanguíneos naturales, que se desconozca el parentesco que pueda existir entre hermanos de padres que jamás han tenido conocimiento del vínculo que los une. Lo propio puede ocurrir en cuanto al parentesco por afinidad, si se ignora, por ejemplo, quién fue el padre o la madre del esposo que ha muerto, de tal manera que el viudo podría después contraer matrimonio con su suegra procediendo de buena

fe por ignorar ese parentesco, o el suegro con la nuera. También cabe la posibilidad de que las enfermedades o vicios antes mencionados se oculten por uno de los consortes procediendo el otro de buena fe. Ciertas enfermedades, incluso podían ser absolutamente ignoradas por el enfermo. En cuanto a la existencia de un matrimonio anterior, es frecuente con motivo de las guerras, los naufragios, etc., que de buena fe el consorte casado considere que ha muerto el otro cónyuge, lo que también implicaría, normalmente, buena fe de parte de aquel que pretenda contraer matrimonio con el que se considera viudo. (54)

"Numerosos autores, interpretando los textos restrictivamente, piensan que la buena fe de los esposos sólo puede cubrir las causas de nulidad propiamente dichas, y no las de inexistencia (Demolombe), t. III, 354; Aubry y Rau, 5a ed., t. VII, 460, p. 46, nota 1, Laurent, t. I, N° 515; Huc. 1. l. N° 161.) Su argumento principal consiste en que en todo el capítulo IV y especialmente en los artículos 201 y 202, la ley sólo habla de los matrimonios nulos y no de los inexistentes. Añaden que el matrimonio que necesita ser anulado puede producir efectos, en tanto que el matrimonio inexistente es la nada, siendo difícil comprender que la nada pueda producir efectos, válida en principio para los casos de verdadera inexistencia del matrimonio debidos a la ausencia de un elemento esencial de éste según la naturaleza misma de las cosas, esa opinión es inaceptable tratándose del simple vicio de forma, que es, todo, un caso de nulidad, establecido arbitrariamente por la ley, y no un caso de inexistencia. (55)

e) Efectos del matrimonio putativo.- Ya hemos dicho que conforme al artículo 255, cuando ambos consortes proceden de buena fe no obstante que se declare la nulidad del matrimonio, éste producirá efectos civiles en su favor durante todo el tiempo transcurrido desde la celebración hasta que se pronuncie la sentencia de nulidad. Si sólo ha habido buena fe de uno de los cónyuges, el matrimonio producirá efectos civiles exclusivamente respecto de él y de los hijos.

"Epoca en que cesan los efectos del matrimonio putativo.- A partir del día en que la sentencia de nulidad

(54) Planiol, Obra Citada, páginas 484 y 485.

(55) Ibidem.

se dicte, el matrimonio deja de producirse a partir de ese momento, la situación es la misma que si hubiera habido divorcio; los esposos que estaban casados han dejado de serlo, pero este efecto se produce sin ninguna retroactividad la nulidad sólo extinguirá el matrimonio a partir de la sentencia, y no de la demanda, como lo exigiría la regla general. La buena fe de los esposos, aunque haya desaparecido de hecho, impide la aplicación de esta regla: continúa protegiéndolos hasta la anulación de su matrimonio".

Por virtud de la nulidad del matrimonio, se pierden los derechos de los cónyuges para heredarse entre sí, si ambos sobrevivieren a la sentencia de nulidad. Si uno de los esposos muere antes de que se dicte la sentencia, debe considerarse que aún el matrimonio subsistía produciendo sus efectos, y por lo tanto, el cónyuge superviviente si tiene el derecho de heredar al cónyuge difunto. "Si uno de los esposos ha muerto ya cuando se decreta la nulidad, la herencia recogida por el superviviente, que aun era su cónyuge el día de la muerte, permanece en su patrimonio. Resulta de esto que si el matrimonio putativo era nulo por causa de bigamia, la sucesión del bigamo se dividirá entre sus dos cónyuges".

En el caso de que uno de los cónyuges haya procedido de mala fe, perderá todos los derechos que le otorgaría el matrimonio de ser válido, por lo tanto, no podrá heredar al otro cónyuge si éste muere antes de que se pronuncie sentencia de nulidad, ni exigir alimentos. En cambio, el cónyuge que procede de buena fe mantiene todos sus derechos.

#### **Efectos de la Nulidad del Matrimonio en cuanto a los Hijos.**

De acuerdo con los artículos 255 y 256, los hijos no sufren las consecuencias de nulidad del matrimonio de sus padres, aun cuando éstos hubieren procedido de mala fe, pues se considerará que el matrimonio existió válidamente tanto para los hijos nacidos antes de su celebración, que quedaron legitimados, cuanto para los nacidos durante él o trescientos días después de la declaración de nulidad, si no se hubieren separado los consortes o desde su separación en caso contrario.

En consecuencia, los hijos tendrán la calidad de legitimados o legítimos, respectivamente, con los derechos de heredar

o exigir alimentos. Propiamente estas últimas consecuencias se presentan en el sistema mexicano como efectos de la filiación misma y no del matrimonio, ya que tanto los hijos legítimos como naturales tienen derecho de heredar y de exigir alimentos. En cuanto a las consecuencias de la patria potestad, tampoco se afecta la condición de los hijos por la nulidad del matrimonio de sus padres, desde el punto de vista de que los derechos y obligaciones inherentes a la misma se atribuyen tanto a los padres legítimos como a los naturales, pero si existen efectos especiales una vez declarada la nulidad del matrimonio, que se regulan en los artículos 259 y 260.

Art. 259. Luego que la sentencia sobre nulidad cause ejecutoria, el padre y la madre propondrán la forma y términos del cuidado y la custodia de los hijos y el juez resolverá a su criterio de acuerdo con las circunstancias del caso".

"Art. 260. El juez en todo tiempo podrá modificar la determinación a que se refiere el artículo anterior, atento a las nuevas circunstancias y a lo dispuesto en los artículos 422, 423 y 444, fracción III.

#### Efectos de la Nulidad del Matrimonio en cuanto a los Bienes

Estas consecuencias están reguladas por los artículos 261 y 262.

"ART. 251. Declarada la nulidad del matrimonio se procederá a la división de los bienes comunes. Los productos repartibles, si los dos cónyuges hubieren procedido de buena fe, se dividirán entre ellos en la forma convenida en las capitulaciones matrimoniales, si sólo hubiere habido buena fe por parte de uno de los cónyuges, a ésto se aplicarán íntegramente esos productos. Si ha habido mala fe de parte de ambos cónyuges, los productos se aplicarán a favor de los hijos".

Art. 262. Declarada la nulidad del matrimonio, se observarán respecto de las donaciones antenuptiales las reglas siguientes:

I. Las hechas por un tercero a los cónyuges podrán ser revocadas.

II.- Las que hizo el cónyuge inocente al culpable quedarán sin efecto y las cosas que fueron objeto de ellas se devolverán al donante con todos sus productos.

III.- Las hechas al inocente por el cónyuge que obró de mala fe quedarán subsistentes.

IV.- Si los dos cónyuges procedieron de mala fe, las donaciones que se hayan hecho quedarán en favor de sus hijos. Si no los tienen, no podrán hacer los donantes reclamación alguna con motivo de la liberalidad.

#### Efectos Especiales de la Nulidad del Matrimonio cuando la Mujer Estuviere Encinta

"Si al declararse la nulidad del matrimonio la mujer estuviere encinta, se tomarán las precauciones a que se refiere el capítulo primero del Título Quinto del Libro Tercero del Código Civil".

Los principales preceptos dicen lo siguiente:

1638. Cuando a la muerte del marido la viuda cree haber quedado encinta, lo pondrá en conocimiento del juez que conozca de la sucesión, dentro del término de cuarenta días, para que lo notifique a los que tengan a la herencia un derecho de tal naturaleza que deba desaparecer o disminuir por el nacimiento del póstumo.

1639. Los interesados a que se refiere el presente artículo pueden pedir al juez que dicte las providencias convenientes para evitar la suposición del parto, la sustitución del infante o que se haga pasar viable la criatura que no lo es. Cuidará el juez de que las medidas que dicte no ataquen al pudor ni a la libertad de la viuda.

1640. Háyase o no dado el aviso de que habla el artículo 1638, al aproximarse la época del parto la viuda deberá ponerlo en conocimiento del juez, para que lo haga saber a los interesados. Estos tienen derecho de pedir que el juez nombre una persona que se cerciore de la realidad del alumbramiento; debiendo recaer el nombramiento precisamente en un médico o en una partera.

1641. Si el marido reconoció en instrumento

público o privado la certeza de la preñez de su consorte, estará dispensada ésta de dar el aviso a que se refiere el artículo 1638, pero quedará sujeta a cumplir lo dispuesto en el artículo 1640.

**CAPITULO TERCERO**

**ASPECTOS JURIDICOS DEL CONCUBINATO**

- I).- Estudio Comparativo entre Matrimonio y Concubinato**
- II).- Características del Concubinato**
- III).- La Concubina ante la Legislación**
- IV).- Hijos Nacidos en Concubinato**

## I.- ESTUDIO COMPARATIVO ENTRE MATRIMONIO Y CONCUBINATO

La importancia de la unión intersexual de la pareja y la consecuente procreación de los hijos que da origen a la organización familiar, base y fundamento de la sociedad ha motivado que se le preste especial atención, tanto desde el punto de vista religioso como desde la perspectiva jurídica. Por tal motivo, sin retrotraernos a tiempos prehistóricos, nos remontaremos a periodos lo suficientemente lejanos, de modo que la información que de ellos contamos nos permita observar su trascendencia en nuestra presente organización. Así, tomaremos como punto de partida el origen de la reglamentación jurídica del matrimonio, como antecedente de la actual.

En Roma, el matrimonio fue un hecho reconocido por el derecho para darle efectos; de tal concepción se derivó la naturaleza del matrimonio como la de un estado de vida de la pareja, al que el Estado otorgaba determinados efectos. En un principio, no se requería de ninguna ceremonia para la constitución del matrimonio; sólo era necesario el hecho mismo de la convivencia de la pareja.

Si bien es cierto que la celebración a propósito del acto era frecuente, ésta revestía carácter religioso, no jurídico. Con ella comenzaba el nuevo estado, aunque tal ceremonia tampoco fuera indispensable; de ahí que hubiera varias formas de iniciar el matrimonio: desde la ceremonia de la "confarreatio" y la "coemptio", hasta la simple entrega de la mujer en casa del marido, o la ausencia total de formalidades en el matrimonio por "usus".

Con el cristianismo se establece la manifestación del consentimiento de los contrayentes ante la iglesia y el registro de la ceremonia en actas parroquiales, con lo que el matrimonio adquiere una forma determinada de celebración, que permitió distinguir claramente la unión matrimonial de otras uniones, como el concubinato. Pero no obstante que la celebración se hizo indispensable para que hubiera matrimonio como lo estableció el Concilio de Trento, la iglesia siguió distinguiendo el simple matrimonio celebrado (rato) del matrimonio consumado por la unión real de los cónyuges. Así, dábese el caso de que no obstante haberse celebrado el matrimonio, no hubiera tal por no existir la relación sexual, circunstancia que lo colocaba como matrimonio "ratum vel no consumatum".

A partir de las peculiaridades de esta evolución, Carlo Jemolo hace una distinción entre matrimonios constituidos y matrimonios celebrados. Para él, los matrimonios constituidos son aquellas uniones que conforman un género de vida, independientemente de ser precedidos o no por una ceremonia, y son matrimonios celebrados las uniones precedidas por ceremonias creadoras del vínculo, sin que sea necesario, para que existan los derechos y deberes consiguientes, que a la celebración siga una relación carnal en la pareja o un estado de convivencia.

Para algunos países que la adoptaron, esta distinción entre dos tipos de matrimonio, hizo prevalecer el matrimonio celebrado desde el Concilio de Trento, un sistema de legislación civil. Tal fue el caso de España y consecuentemente de sus colonias en virtud de un decreto de Felipe II, y, para otras naciones, el reconocimiento de efectos al matrimonio religioso, como en el caso de Italia, al mismo tiempo de la celebración laica.

Con la Revolución Francesa, por primera vez se efectúa la laicización del matrimonio, de modo que el único matrimonio válido es el celebrado ante la iglesia, o bien, ante los funcionarios del Estado Civil.

En tiempos recientes se ha tratado de retornar al tipo de matrimonio constituido. Así lo reglamentan, y el Estado de Tamaulipas, en México, con el llamado matrimonio por comportamiento. En el fondo no se trata sino de reconocer al concubinato los mismos efectos que al matrimonio celebrado con las formalidades legales. Resultado similar han venido a tener las últimas reformas al Código Civil vigente para el D.F., al igualar a los concubinarios con los casados, en los derechos a la sucesión y a los alimentos.

El hecho de arribar a tal abstracción conceptual del matrimonio implica la revisión de diversos conceptos a él vinculados, como la voluntad de los contrayentes y los diversos momentos y hechos históricos que van determinándolo en el tiempo y conforme la explicación sobre su naturaleza jurídica.

En todos los casos de matrimonio celebrado, el papel de la voluntad de los contrayentes ha sido determinante; no así en otros sistemas, ajenos al nuestro, en los que se dan casos como los de los matrimonios por venta de la mujer, raptó y acuerdo de los progenitores.

En los sistemas jurídicos occidentales, ha sido siempre indispensable la manifestación de la voluntad de los contrayentes ante el ministro de la iglesia o el oficial del registro civil.

Esta circunstancia ha llevado a concluir que el matrimonio es un acuerdo de voluntades y por lo tanto, constituye un contrato.

No cabe duda de que el acuerdo de voluntades es indispensable para que se realice el matrimonio: tanto los autores, como la autoridad eclesiástica han reconocido el carácter voluntario y libre de la unión matrimonial. Así, tradicionalmente se identificó todo acuerdo de volunta-

des como un contrato y para distinguirlo del acto religioso considerado también como un sacramento las autoridades políticas, como los legisladores de nuestras Leyes de Reforma, concibieron al matrimonio como un contrato de naturaleza civil.

En México, la promulgación y publicación de leyes como la del 27 de enero de 1857, que establecía para toda la República el registro del estado civil, y la del 27 de julio de 1859 sobre el matrimonio, le dieron por primera vez el carácter de acto laico, totalmente ajeno a la autoridad eclesiástica, y lo denominaron contrato, concepción con la que pasó a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917. De igual manera en el Código Civil para el D.F., de 1870, se reglamenta el matrimonio y se le instituye con carácter eminentemente contractual, laico y civil.

Al matrimonio no sólo se le ha considerado como contrato a partir de actos de afirmación política, sino que también importantes tratadistas le han dado tal denominación. Señalan, además, que se trata del contrato más antiguo: al ser el origen de la familia, lo remontan hasta los albores de la humanidad.

El concepto de matrimonio como contrato tiene una larga tradición doctrinal y cuenta con defensores importantísimos, tales como Marcel Planiol, quien lo define como "la unión sexual del hombre y de la mujer, elevada a la dignidad del contrato por la ley, y de sacramento por la religión".

Sin embargo, más recientemente otros autores han objetado el carácter contractual del matrimonio, sin desconocer el papel que la voluntad de los contrayentes juega en su celebración. Entre estos autores figuran:

- a) León Duguit, quien sostiene que el matrimonio constituye un acto jurídico condición; es acto jurídico porque es una declaración de voluntad a la que el derecho otorga determinados efectos. Es condición, en tanto resulta indispensable para el nacimiento de un estado jurídico previamente establecido, con derechos y deberes que no pueden ser alterados por las partes.
- b) Antonio Cicu, quien manifiesta que el matrimonio no es un contrato, ya que no es la sola voluntad de los contrayentes la que lo crea, para que exista el matrimonio se requiere que éste sea declarado por el Juez del Registro Civil. Por lo tanto, aunque haya acuerdo de los interesados éste no es suficiente, puesto que sin el Juez del Registro Civil no hay matrimonio. Así el matrimonio es un acto complejo de poder estatal que requiere de la voluntad de los contrayentes y la del Estado.
- c) Hauriou y Bonnacase, por su parte, sostienen que el matrimonio es una institución jurídica, ya que por ella se entiende una organización de reglas de derechos unidas por un fin común y a la que se someten los esposos al declarar su voluntad en el acto de celebración.

En síntesis, los diversos autores distinguen en el matrimonio estas características:

- a) Es un acto solemne.
- b) Es un acto complejo por la intervención del Estado y requiere de la concurrencia de la voluntad de las partes y de la voluntad del mismo Estado.

- c) Es un acto que para su constitución requiere de la declaración del juez del registro civil.
- d) En él, la voluntad de las partes no puede modificar los efectos previamente establecidos por el derecho, ya que sólo se limita a aceptar el estado de casado con todas sus implicaciones, queridas o no.
- e) Sus efectos se extienden más allá de las partes y afectan a sus respectivas familias y a sus futuros descendientes.
- f) Su disolución requiere de sentencia judicial o administrativa; no basta con la sola voluntad de los interesados.

La diferencia entre el matrimonio y el concubinato es esencial en el derecho.

En Roma, la sola "justae nuptiae" producía todos los efectos de poner a la mujer "in manus", y a los hijos de la unión, dentro de la familia del "pater". Por el contrario, la unión como el concubinato tenía muy limitados efectos.

En España, de acuerdo con la legislación de las Siete Partidas, la barragania tenía asimismo efectos limitados; era vista como un matrimonio de segundo grado si cumplía con determinados requisitos: libertad matrimonial de las partes, permanencia con procreación de hijos, y que sólo se tuviera una barragana. Sólo producía como efecto el derecho a alimentos para la mujer y los hijos. .

En México, desde las Leyes de Reforma, el matrimonio religioso dejó de ser considerado como productor de efectos legales. Actualmente, sólo serviría de prueba a un concubinato que llenara ciertos requisitos legales, como tener una única concubina, estar libres los concubenarios del nexo conyugal, cinco años de duración de la unión o presencia de hijos. En nuestra legislación, recientemente reformada, el concubinato se equipara al matrimonio, puesto que se otorga derecho de alimentos y sucesión iguales a los cónyuges.

Al lado de la unión matrimonial, que es el acto y estado jurídico reconocido por el derecho como generador de efectos, no sólo respecto de la pareja y de los hijos, sino también en relación con otros parientes, se han dado y existen actualmente otras uniones más o menos permanentes que se asemejan al matrimonio, pero a las cuales el derecho no les ha concedido efectos, o bien, se los ha otorgado en términos muy limitados. Una unión con estas características es el concubinato, por el cual podemos entender la unión libre y duradera entre un hombre y una mujer, que viven y cohabitan como si estuvieran casados, y que producen efectos legales.

La denominación concubinato nace en el derecho romano para designar a la unión de una pareja cuyos miembros viven como esposos, pero que por falta del "connubium" o debido a consideraciones políticas, no podían o no querían celebrar "justae nuptiae".

En el derecho romano, al concubinato se le reconocieron ciertos efectos sucesorios para con la concubina y los hijos de tal unión. Estos nacían "sui juris", ya que el concubinato no creaba parentesco con el padre. Asimismo, se le llegó a considerar como un matrimonio de rango inferior, "inaequale conjugium" en el que no debía haber "affectus maritales", pues al no requerirse de formalidad alguna para constituir el matrimonio "sine manus", lo único que lo distinguió de éste en los últimos tiempos fue la intención.

En el derecho canónico se desconoce todo efecto al concubinato, (excepto respecto de los hijos a los que mejora en su situación en relación con el padre) y se le declara pecaminoso. Para este derecho, sólo producía efectos la unión celebrada ante la iglesia.

En el antiguo derecho español, la unión conocida como concubinato se denominaba barraganía y fue reglamentada por Alfonso X "El Sabio" en las Siete Partidas. Debido a la frecuencia con que se presentaban estas uniones irregulares, aún de personas casadas, o cuando las partes eran de condición social diferente, en las Siete Partidas se fijaron los requisitos que hasta ahora se aceptan, para que tales uniones se califiquen de concubinato y produzcan efectos jurídicos.

Tales requisitos son:

- a) Sólo debe haber una concubina y desde luego un solo concubinario.
- b) Ninguno de los dos debe estar casado, ni existir impedimento entre ellos para casarse.
- c) La unión debe ser permanente.
- d) Deben tener el "status" de casados, esto es, tratarse como tales y ser reconocidos en su comunidad como si fueran esposos.

En todos los sistemas en que se han reconocido algunos efectos al concubinatio, éstos han sido menores que los del matrimonio y sólo algunos sistemas los equiparan al considerar al concubinatio como un matrimonio de hecho, otorgándole los mismos efectos.

Al igualar la Ley a los concubinarios con los casados en cuanto a los derechos sucesorios y de alimentos, se está poniendo de manifiesto que el legislador le reconoce los mismos efectos a las dos instituciones, con la diferencia de que los concubinarios no se deben fidelidad:

- a) En nuestro derecho, el concubinatio se entiende como la unión sexual de un hombre y una mujer que no tienen impedimento legal para casarse y que viven como si fueran marido y mujer en forma constante y permanente por un período mínimo de cinco años. (Este plazo puede ser menor, si han procreado).
- b) En el matrimonio (unión solemne) los efectos jurídicos que se producen son amplios, tanto entre los cónyuges, en relación con los hijos, como otros parientes; y en el concubinatio (unión libre), tales efectos son limitados a los concubinarios exclusivamente.
- c) El concubinatio en la legislación mexicana produce los siguientes efectos jurídicos:

- 1.- Derecho a alimentos en vida de los concubinarios;
- 2.- Derecho a alimentos en caso de muerte;
- 3.- Derecho a la sucesión ab-intestato, y;
- 4.- Presunción de paternidad con respecto a los hijos.

El objeto principal del derecho de familia de derecho y las diferentes relaciones jurídicas que la estructuran. Sólo por excepción se consideran algunos efectos de la filiación de la familia de hecho.

En efecto, la familia en general es una agrupación que se integra con la pareja humana, y en su caso, con los hijos menores de ella.

De acuerdo con este concepto genérico, pueden distinguirse dos especies de familia, a saber:

- 1a. La familia natural, que se funda en la unión de hecho de un hombre y una mujer, de carácter inestable y que puede dar origen a relaciones jurídicas entre ellos o sólo con respecto a los hijos provenientes de esa unión.
- 2a. La familia legítima, que se funda en la unión natural y legal de un hombre y una mujer, de carácter estable, conforme a las buenas costumbres, y que crea siempre relaciones jurídicas con respecto a los hijos provenientes de dicha unión.

En la familia natural, en virtud de que deriva sólo de una relación de hecho, el hombre y la mujer, por no estar unidos bajo ningún vínculo jurídico, se separan por decisión unilateral irrestricta, cuando quiera cualquiera de los dos, y además, jurídicamente pueden quedar vinculados uno o los dos con los hijos, sólo en caso de haber sido reconocidos éstos, o en virtud de ejercicio de una acción de investigación de la maternidad o de la paternidad, sin perjuicio de que la misma unión de hecho pueda servir de presunción legal para el ejercicio de tal acción.

En la familia legítima, por fundarse en una relación de derecho, no pueden separarse por voluntad unilateral el hombre o la mujer, en virtud de que une a ambos un vínculo jurídico y, además, por haberse sometido a un estatuto jurídico que consagra la permanencia y la exclusividad del grupo, para consagrarse a la vida y a la felicidad de éste y a la educación de los hijos, con los cuales quedan siempre jurídicamente vinculados los dos consortes, sin necesidad de ningún reconocimiento, ni del ejercicio de ninguna acción judicial.

Es, por tanto el matrimonio, el fundamento de la familia legítima, que debe regirse siempre por normas jurídicas, con la aclaración de que éstas pueden ser algunas imperativas, o sea de carácter estatutario o institucional, como por ejemplo, las relativas a la titularidad de la patria potestad de los dos progenitores sobre los hijos, o bien, otras normas convencionales o contractuales, como ocurre hoy día, después de la reforma de 1975, con la mayor parte de las cuestiones matrimoniales, a saber: débito conyugal, sostenimiento económico del hogar, dirección y cuidado del hogar, atención y educación de los hijos, administración de los bienes de éstos, régimen de bienes y hasta duración del mismo matrimonio.

A pesar de la proclamada igualdad de derechos de los hijos legítimos y de los hijos naturales (derecho al apellido, a los alimentos y a la herencia), es de advertir que hay un derecho que por principio general corresponde sólo a los hijos legítimos para vivir en el hogar común de sus dos padres y recibir de ellos ahí una educación integrada y coherente, derecho que, en cambio, no tienen por principio general los hijos naturales, tanto porque no existe vínculo recíproco alguno entre los dos progenitores que los obligue a vivir juntos, como porque la relación jurídica de los hijos con su progenitor o progenitores, en su caso, no sólo depende del reconocimiento de éstos o en su caso, del eventual resultado de una acción de investigación de la maternidad o de la paternidad, sino que, además, ni el reconocimiento, ni la sentencia que se dicte al deducirse la acción, les impondrá ese deber de llevar a sus hijos naturales a hacer vida en común con ellos.

A diferencia del matrimonio, el concubinato no puede probarse con documentos públicos, como podrían ser actas del Registro Civil, pues no es un estado de

derecho reconocido por la ley. Como se trata de una unión no reglamentada por la ley, pues sólo se reglamentan algunos de sus efectos, no existe posible prueba, por no haber actuación de funcionarios oficiales. Se tiene que recurrir, por lo tanto, a pruebas diversas.

No puede haber una prueba definitiva y cierta, debido a la peculiar situación de la pareja y así lo reconoce la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al establecer en una ejecutoria: "El concubinato es una unión libre de mayor o menor duración, pero del que no puede obtenerse un conocimiento cierto y verídico en un instante y menos cuando no se penetra al interior de la morada de los concubinos, para cerciorarse de la presencia de objetos que denoten la convivencia común". (56)

Podemos encontrar en esta materia la posesión del estado de concubinarios como un elemento de prueba, que requiere, según la doctrina, el nombre, el trato y la fama. Esto exige que se prueben mediante documentales y testimoniales los tres elementos de la posesión de estado ya mencionados, es decir, que exista la pareja, que vivan como casados durante un tiempo mínimo de cinco años, o hubiera un hijo de ellos, que se den el trato de cónyuges, y que ante la comunidad se ostenten como tales.

En relación al matrimonio, diversos autores han hecho comparaciones con el concubinato. Jean Carbonnier, dice que "el concubinato es con relación al matrimonio, lo que el hecho respecto al derecho. Hoy es frecuente oír que esta figura al igual que otras tantas relaciones de hecho (por ejemplo separación del lecho) adquieren cada vez una entidad mayor en la vida jurídica. Es justo, sin embargo, observar, que no todas las pretensiones de quienes viven en esta situación gozan del favor de la jurisprudencia; que muchas de las consecuencias jurídicas del concubinato se conciben en perjuicio de los interesados y, por último, que las soluciones aportadas no han pasado de ser meras aportaciones del derecho común, especialmente de las normas concernientes a la responsabilidad civil, por lo que los derechos y obligaciones que se han reconocido a quienes viven en concubinato no se les otorgan por razón

(56) Amparo Directo 825/1968. Francisco García Koyoc, Junio 20 de 1969, 5 votos, Ponente: Mtro. Enrique Martínez Ulloa, 3a. Sala, Séptima Época, Volumen 6, Cuarta Parte, Página 39.

de esa calidad, sino en atención a que se encontraron en situación abstracta y éticamente diferentes". (57)

Comparando ambas uniones, partimos de la definición del matrimonio como compromiso jurídico público y permanente de vida conyugal, que nos servirá para referirnos al concubinato en cada uno de los elementos de la definición.

El compromiso en relación al concubinato es diferente. El matrimonio es un compromiso sancionado por el Derecho, por el cual un hombre y una mujer se unen en los términos y con la solemnidad prescritas en la ley. En el concubinato no hay compromiso, solo voluntad de unirse de hecho. El momento de iniciar el concubinato es impreciso y surge la duda en cuanto empieza la cohabitación para el cómputo de los cinco años. No hay voluntad de unirse conyugalmente y no desean que de la unión surjan derechos, deberes y obligaciones, aunque por ley se producen algunos efectos.

Es un compromiso jurídico el matrimonio porque está previsto y reglamentado en la ley su constitución, así como los deberes, derechos y obligaciones que como objeto surgen y los fines objetivos de la institución.

Del concubinato no se generan deberes, derechos y obligaciones, ni el parentesco de afinidad a que se refiere el artículo 294 del Código Civil. La igualdad de la pareja no se desprende del concubinato, sino del principio general que consagran los artículos 4 Constitucional y 2 del Código Civil invocado, pero el matrimonio precisa la igualdad de los cónyuges, misma que contemplan los artículos 164, 168 y 172 del Código Civil citado. No se genera ninguna relación patrimonial (puede haber entre ellos una sociedad anónima o una sociedad civil). No hay donaciones especiales, se genera un estado civil, aunque a juicio del suscrito debiera contemplarse.

El matrimonio es permanente por naturaleza e indisoluble intrínsecamente; esto significa que los cónyuges por sí no pueden terminar o disolver el vínculo, pues requieren siempre la decisión de alguna autoridad, administrativa en el caso de divorcio ante el juez del Registro Civil o decisión judicial, bien sea, en el divorcio voluntario o contencioso.

(57) Jean Carbonier. Derecho Civil, Tomo I, Volumen II, Situaciones Familiares y Cuasi-Familiares, Página 243, Bosch, Casa Editorial Barcelona.

En el concubinato no hay permanencia, hay cierta temporalidad para que la unión produzca efectos. Termina a voluntad de cualquiera de los concubenarios, sin reparar en los daños y perjuicios.

El matrimonio es público, con relación a la solemnidad que exige que se celebre frente al juez del Registro Civil, dos testigos y cumpliendo con los requisitos legales.

El concubinato puede empezar, bien sea por una aventura ocasional que se vuelve temporal, por seducción con promesa de matrimonio, aprovechando la inferior condición del otro, o por carencia de dinero para casarse.

No hay una expresión del consentimiento público frente al juez del Registro Civil, sacerdote, los testigos y la comunidad.

La voluntad de unirse sólo se conoce entre los concubenarios. El compromiso queda oculto y sin prueba alguna.

El matrimonio es un compromiso que se califica de conyugal porque de él surgen deberes, obligaciones y derechos conyugales que son de naturaleza diferente a la relación patrimonial económica. Un hombre y una mujer, por el compromiso jurídico, se transforman en cónyuges y su vida tiene una dimensión diversa.

De la relación concubinaria surgen estos deberes, obligaciones y derechos. Los concubenarios no desean que surjan responsabilidades semejantes al matrimonio. No desean casarse. El concubinato está previsto en la ley como institución jurídica, con ciertas características; se le califica de matrimonio de hecho, y al que la ley, no la voluntad de los concubenarios, otorga algunos efectos.

Por su parte, Galindo Garfias, señala que "se distingue el matrimonio del concubinato, en que el matrimonio produce plenitud de efectos jurídicos, derechos y obligaciones, facultades y deberes, tanto entre cónyuges y con relación a los hijos; da lugar al parentesco por afinidad y se proyecta sobre los bienes de ambos consortes; en tanto que los efectos del concubinato reconocido por la ley, son limitados. El matrimonio es un acto y un estado que el Derecho sanciona y protege plenamente". (58)

Como diferencia fundamental, encontramos la ausencia de solemnidad y formalidades en el concubinato, lo que origina una falta de compromiso. La unión libre que constituye el concubinato, puede deshacerse en cualquier momento, por cualquiera de los concubinarios, lo que impide u obstaculiza por lo menos, la consecución de los fines que los concubinarios deberían tener al asemejar su unión al matrimonio.

Difficil es el incremento del amor, que debe asemejarse al conyugal, si no hay un compromiso de permanencia. La procreación responsable y la procreación humana integral se dificultarán si no existe un compromiso de permanencia o de indisolubilidad en el caso del religioso.

Es decir, no es sólo la falta de formalidad, o como comúnmente se dice: "del papel", sino todo lo que representa de compromiso entre cónyuges, en relación a los hijos, así como la comunidad y la iglesia.

La fidelidad es más plena y completa en el matrimonio. Como hemos observado, la fidelidad en el concubinato se refiere a no tener relaciones carnales con persona distinta a los concubinarios, y en el matrimonio la fidelidad comprende lo anterior, más el cumplimiento del compromiso, el no destruir la fe que se tienen entre sí los cónyuges, y la responsabilidad frente a los hijos y terceros.

## II.- CARACTERISTICAS DEL CONCUBINATO

Conviene al tratar sobre la naturaleza jurídica del concubinato, estudiar brevemente las distintas teorías que existen sobre este aspecto, para concluir cuál es su naturaleza jurídica, según nuestro Derecho.

Si se trata de una unión semejante al matrimonio, se podría hacer una revisión semejante a la que se hizo con motivo del matrimonio, presentando una síntesis que nos permita destacar si se trata de una institución, de un contrato ordinario, de un acto jurídico o de un hecho jurídico.

Para encontrar la naturaleza jurídica del concubinato, se debe conocer qué es lo que nuestra legislación dice al respecto, lo que entiende por concubinato. Para ello nos referiremos a las disposiciones que existen en relación a las sucesiones, y en concreto al artículo 1635 del Código Civil, que se refiere a la sucesión de los concubinarios, y los define como el hombre y la mujer "que hayan vivido juntos como si fueran cónyuges durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o cuando hayan tenido hijos en común, siempre que ambos hayan estado libres de matrimonio durante el concubinato". Agrega el artículo que cuando hubiera varias concubinas o varios concubinarios "ninguno de ellos heredará", lo que da el toque de singularidad al concubinato legal, al no poder haber más que un hombre y una mujer. El segundo párrafo, trata de la pluralidad de concubinas o concubinarios, en cuyo caso no debe hablarse de concubinarios, pues para que exista debe haber singularidad; debió decir "si al morir el autor de la herencia le sobreviven varias mujeres o varones, ninguno de ellos heredará".

### Institución

En nuestro Derecho no existe una reglamentación del concubinato, y sólo se tocan alguno de los efectos que produce, su relación con los hijos y los concubinarios. Por lo tanto, no podemos aceptar que exista un conjunto de normas que rijan al concubinato en los términos de una institución, a semejanza como existe en el matrimonio, donde tenemos un conjunto de reglas orgánicas, ordenadas a la constitución del matrimonio, que señalan los fines,

así como los derechos y obligaciones de los consortes.

Podría suponerse que el conjunto de normas que se refieren al concubinato no fueran esencialmente jurídicas, sino morales, pero en este supuesto no estaríamos buscando la naturaleza jurídica del concubinato.

Si no se puede encontrar este conjunto de normas, que es como aceptamos la existencia de una institución en el Derecho Familiar, menos se podría admitirla en los términos que señala Hauriou, como una idea de obra, que se realiza y dura jurídicamente en un medio social, y en virtud de la organización de esta idea, se organiza un poder que requiere órganos y, por otra parte, entre los miembros del grupo social interesado en la realización de esta idea, se producen manifestaciones comunes, dirigidas por los órganos del poder y regidas por procedimientos de donde se desprenden las instituciones de personas e instituciones de cosas.

#### Contrato Ordinario

Para que exista contrato se requiere acuerdo de voluntades. Si de contrato ordinario se trata, es necesario señalar que el acto jurídico tendría un contenido patrimonial-económico. En relación con el matrimonio, muchos autores consideran que se trata de un contrato; pero otros muchos critican esta concepción, señalando que es diferente, o algo más que un contrato, no obstante que exista acuerdo de voluntades, puesto que el contrato se refiere a las relaciones jurídicas económicas, y esta unión sexual de hombre y mujer, se refiere, principalmente a los aspectos personales y a los deberes jurídicos entre ellos que no tienen contenido económico.

Con mayor razón se puede aplicar la misma argumentación al concubinato, abundando en que esta unión no está reglamentada en nuestro derecho. Le falta el supuesto legal necesario para la existencia como contrato.

El matrimonio está considerado en nuestra Constitución como un contrato civil, pero no podemos equiparar a esa misma concepción al concubinato. El hecho que exista voluntad de convivir entre los concubinarios no significa, necesariamente, un acuerdo de voluntades orientado a generar ciertos efectos jurídicos. No todo acto voluntario es contrato, aún cuando es cierto que para que exista contrato

se requiera acuerdo de voluntades.

#### Acto Jurídico

Por las mismas razones que estimamos que el concubinato no es un contrato, también rechazamos que sea un acto jurídico. Ciertamente es que para que exista acto jurídico se requiere un acuerdo de voluntades, y podría interpretarse que la concubina y el concubinario conscientemente acuerdan unirse en concubinato, es decir, en unión libre, de donde se puede suponer el acuerdo de voluntades, para de ahí derivar la existencia de un acto jurídico.

Se debe tomar en cuenta que en el concubinato no se dan los mismos requisitos de existencia y validez que en el matrimonio; no tiene la misma naturaleza jurídica. Falta la solemnidad como requisito de existencia. El objeto no es igual (no confundir objeto con fin); en el matrimonio es el vínculo jurídico conyugal con sus deberes, obligaciones y derechos, el concubinato es una situación de hecho, una unión no conyugal. Los concubinarios no se comprometen, pues no desean hacerlo. Si desearan comprometerse, la unión sería conyugal, por ser ésta la única unión sexual entre varón y mujer considerada como lícita y moral por la legislación.

Ahora bien, para que el acto jurídico sea válido, se requiere que su objeto, su fin o motivo, sean lícitos como lo establece el artículo 1795 Frac. III del Código Civil. Por lícito se entiende el acto que es conforme con las leyes del orden público y las buenas costumbres, lo que se deriva del artículo 1830 del citado Código Civil interpretado a contrario sensu".

Por lo tanto, habría una nulidad permanente si se aceptare que fuera un acto jurídico, toda vez que el objeto, motivo o fin serían ilícitos, lo cual impediría una vida normal y sana de este supuesto acto jurídico.

Todo lo relativo a la familia y al matrimonio es de orden público. Por lo tanto, aquello que vaya en contra del matrimonio y que establezca como posible una unión sexual de hombre y mujer diversa al matrimonio, ataca las buenas costumbres y las disposiciones de orden público.

Sobre este particular conviene recordar que en la ley de matrimonio civil del 23 de julio de 1859,

en su artículo, que trata del día de la boda y su celebración, dice que después de dado el consentimiento por los contrayentes, se les manifestará: "que éste es el único modo moral de fundar la familia, de conservar la especie y suplir las imperfecciones del individuo que no puede bastarse así mismo, para llegar a la perfección del género humano". Y se continúa la lectura de la epístola de Melchor Ocampo, que aún en la actualidad se lee con motivo de la celebración del matrimonio. Es decir, se reconoce como único medio moral de unión sexual de un hombre con una mujer y para fundar una familia al matrimonio, luego la unión libre va en contra de las buenas costumbres.

Aunque repetitivo, también hay que tener en cuenta lo que se menciona en la exposición de motivos del Código Civil vigente y que es lo siguiente: "Hay entre nosotros, sobre todo en las clases populares una manera peculiar de formar la familia: el concubinato. Hasta ahora se habían quedado al margen de la ley los que en tal estado vivían; pero el legislador no debe cerrar los ojos para no darse cuenta, de un modo de ser muy generalizado en algunas clases sociales, y por eso en el proyecto se reconoce que produce algunos efectos el concubinato, ya en bien de los hijos, ya en favor de la concubina que al mismo tiempo es madre y que ha vivido por mucho tiempo con el jefe de familia. Esos efectos se producen cuando ninguno de los que viven en concubinato es casado, pues se quiso homenajear al matrimonio, que la comisión considera como una forma legal y moral de constituir la familia, y si se trata del concubinato, es como se dijo antes, porque se encuentra muy generalizado, hecho que el legislador no debe ignorar."

Pero no sólo de la exposición de motivos se deduce que el concubinato es contrario a las buenas costumbres, sino también se deduce de la falta de protección en el derecho penal al concubinato. En relación al matrimonio encontramos la existencia del delito de adulterio, que va en contra de la institución, su unidad y fidelidad; en cambio, no encontramos el delito de adulterio en el caso de concubinato. Es cierto que el adulterio y el concubinato no pueden coexistir, pues si existe el matrimonio, queda descartado el concubinato en el sentido que señala nuestro Código Civil, pero existiendo el concubinato, no se puede dar el delito de adulterio, de donde también se desprende que las buenas costumbres repudian al concubinato como unión sexual entre hombre y mujer.

El acto jurídico una vez celebrado, no puede modificarse o terminarse a voluntad de alguna de las partes. "La validez y cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes", nos dice el artículo 1797 del Código Civil. Es decir, desde que el acto jurídico se perfecciona por el consentimiento, obliga a los contratantes, no sólo a lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, "son conforme a la buena fe, al uso, o a la ley", de acuerdo con lo estipulado por el artículo 1796 del Código Civil. En el concubinato observamos que esta unión puede terminar a voluntad de cualquiera de las partes, sin necesidad de previo acuerdo entre ambas, lo que contraría el principio general de los contratos en esta materia, es decir, la disolución de la unión sexual entre la concubina y el concubinario no requiere consentimiento de ambos, ni menos la participación de algún funcionario estatal, como es necesario en el matrimonio. Cualquiera, ella o él, puede abandonar al otro sin responsabilidad legal alguna, lo que es un dato más para estimar que no se trata de un acto jurídico.

#### Situación de Hecho

Las dos fuentes principales de efectos jurídicos son el acto jurídico y el hecho jurídico. Analizamos el acto jurídico y el concubinato no encuadra dentro de él; queda, por lo tanto, el hecho jurídico como posible para determinar la naturaleza del concubinato.

"En la doctrina de los autores que han definido el concubinato como un hecho jurídico sui generis, y se han admitido sus efectos, por sí mismo como generando derechos o, con el mismo sentido, en diversas formas de la relación entre concubinarios. Se ha dicho, asimismo, que si el concubinato no existe como institución jurídica expresa dentro de nuestra ley civil, la labor constructiva de la jurisprudencia le ha dado ese rango, siendo muchos los fallos en que se han regulado los efectos de la ley concubinaria". (59)

Para Galindo Garfias, "la cohabitación entre hombre y mujer (si ambos son solteros) la vida en común más o menos prolongada y permanente, es un hecho lícito, que produce efectos jurídicos, pero requiere, para que

(59) Enciclopedia Jurídica OMEGA, Tomo III, página 624.

el concubinato sea reconocido como tal, que tanto el hombre como la mujer que llevan vida en común sin estar casados entre sí, sean célibes. La unión sexual que exista entre un hombre y una mujer, cuando alguno de ellos o ambos son casados, constituye el delito de adulterio". (60)

Por su parte, Planiol y Ripert, señalan que "su forma y su carácter obligatorio distinguen actualmente el matrimonio del concubinato. Esta es un mero hecho, no un contrato; carecen de formas determinadas y no produce efectos jurídicos; se haya totalmente fuera del derecho". Posteriormente agregan que "la unión libre produce algunos efectos, porque la jurisprudencia y el mismo legislador, han tenido que tomar en consideración la situación voluntariamente creada por quienes viven en estado de concubinato." (61)

Estimamos que efectivamente se trata de una situación o estado de hecho que produce efectos jurídicos, a diferencia del matrimonio que es una institución jurídica porque existe un estatuto que regula la celebración del mismo, los deberes, obligaciones y derechos conyugales que surgen por voluntad de los contrayentes, y lo relativo al régimen de bienes matrimoniales.

El concubinato no es una institución jurídica. No es un matrimonio. La pareja no desea casarse, ni comprometerse conyugalmente. No se puede entender como un matrimonio inexistente, pues aún en éste hay alguna apariencia de matrimonio, que una grave carencia lo hace inexistente. Tampoco se puede interpretar como un matrimonio putativo, pues nunca se quiso, ni de buena ni de mala fe, la unión conyugal.

Es la unión de hecho que no puede interpretarse como matrimonio aparente. Produce algunos efectos en relación a los concubinarios, sin ser una institución jurídica, porque no se reglamenta la forma y manera de constitución del concubinato, ni sus derechos y obligaciones. No es acto jurídico, según lo apreciamos anteriormente. Es un hecho humano que produce algunos efectos jurídicos en la legislación positiva mexicana.

Conviene, a continuación, determinar si el concubinato es un hecho lícito o ilícito. La calificación

(60) Galindo Garfias, Ignacio, *Obra Citada*, 1980, página, 481.

(61) Planiol y Ripert, *Tratado Elemental de Derecho Civil*, Editorial Cajiga, S.A., Puebla, Pue. páginas 372 y 373.

que se haga del concubinato no responde a un criterio subjetivo o cierta postura que se tome frente a este problema.

La calificación se hace con base en nuestra legislación positiva, independientemente de la intención buena o mala de los concubinarios. No se pretende juzgar a los concubinarios; se respeta la persona humana, pero debe tomarse una postura frente a la relación sexual fuera de matrimonio.

Los efectos que produce son como consecuencia de la dependencia económica habida entre concubinarios, y por concepto de indemnización.

El concubinato lo estimamos como un hecho ilícito (lícito, del latín significa: justo permitido). Pueden haber actos o hechos jurídicos lícitos e ilícitos. La licitud hace referencia a lo que el obligado debe hacer o no hacer, es decir, a la calidad de la conducta que hace referencia a las normas de orden público, de interés social, prohibitivas y a las buenas costumbres.

La prestación o abstención objeto del contrato debe ser posible y lícito (Art. 1827 CC.). Es ilícito "el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres" (Art. 1830 CC.). Aun cuando esta norma está dentro del capítulo que se refiere al "objeto y del motivo o fin de los contratos", es un concepto de lo que el legislador entiende por licitud que debe aplicarse no sólo al contrato, sino también al hecho jurídico, es decir, a toda conducta humana referida al Derecho.

No sólo lo contrario a las normas de orden público o a las buenas costumbres es ilícito. El artículo 1910 del Código Civil vigente (entre otros) presenta otras posibilidades al expresar, además de las buenas costumbres, el "obrar ilícito" que comprende muchas situaciones como son las previstas en los artículos 288, 1929-II, 1931, 1936, 1937, 1943, 2104, 2106, 2439, etc., del ordenamiento legal citado.

La ilicitud tiene una auténtica significación. No se trata de un término contrario que contenga un prefijo privativo; lo contrario a lícito. Se consigna el término ilícito como un concepto jurídico que tiene propia significación, pues, en general, toda conducta humana es lícita, y, como consecuencia, no hay necesidad de hacer referencia

frecuentemente a las conductas lícitas, como por ejemplo: al pago que puede ser hecho por un tercero; al derecho del vendedor que puede ser cedido, etc.

La persona, como ser naturalmente sociable, necesita conocer la forma y manera de relacionarse con otras, que le permita o facilite la natural convivencia. Para lograrla y evitar aquello que estorbe la relación jurídica que produce la armonía entre seres humanos, está el Derecho, cuyo objeto es facilitar la armonía, bien sea prescribiendo la conducta positiva para lograrla por medio de las normas de orden público, de interés social y las buenas costumbres, o señalando los obstáculos que impiden lograr el bien común, por medio de normas prohibitivas.

Por lo tanto, lo ilícito significa lo que impide, o, por lo menos, estorba la armonía entre los sujetos de la relación jurídica. Es lo no permitido ni legal ni moralmente. Es conducirse como no debería haberse hecho; es una falta. El concepto de ilícito es la "conducta antijurídica" y siguiendo el concepto de antijurídica, podemos clasificar los hechos y actos ilícitos en la forma siguiente

1.- Antijuricidad por actuaciones o hechos en contra de las leyes de orden público (Art. 1830 CC.).

2.- Antijuricidad por actuaciones o hechos en contra de las leyes de interés social (Art. 6 CC.).

3.- Antijuricidad por actuaciones o hechos ejecutados en contra de las leyes prohibitivas (Art. 8, 1943 CC.).

4.- Antijuricidad por actuaciones o hechos en contra de las buenas costumbres (Art. 1830 y 1910 CC.).

5.- Antijuricidad por actuaciones o hechos contra los principios generales del Derecho (Art. 19 CC.).

6.- Antijuricidad por actuaciones o hechos en las relaciones jurídicas, como son las siguientes:

6.a.- Al inicio, cuando el acto jurídico se celebra con dolo o violencia (arts. 1815, 1818, 1819, 1822, 2106, etc. CC.).

6.b.- Cuando el motivo, objeto o fin del acto jurídico sea ilícito (Art. 1975 fc. iii, 1827 gc. ii, 2225 CC.).

6.c.- Las propias de las relaciones conyugales y familiares (Arts. 235 al 264 CC.).

6.d.- El incumplimiento de las obligaciones y deberes legalmente asumidos (Arts. 2104, 2108, 2109, CC.).

De acuerdo con lo expresado, la ilicitud del concubinato lo es por ser una conducta antijurídica y porque ataca los principios de orden público por las siguientes razones:

a) La jurisprudencia expresa y la doctrina enseñan que todo lo relativo al matrimonio es de orden público. No hay dos convivencias sexuales entre pareja que se consideren ambas de orden público. Siendo el matrimonio de orden público, excluye de esta calificación al concubinato.

b) Se exige que el matrimonio sea la única forma de integración sexual de la pareja, pues sólo para esta convivencia conyugal existe una institución jurídica que la reglamenta.

c) El concubinato no es matrimonio. Los concubinarios no desean casarse. Es sólo voluntad de unirse de hecho.

d) Significa un desorden con consecuencias para la pareja, los hijos y para la comunidad.

e) El matrimonio es permanente. "La institución del matrimonio es de orden público, por lo que la sociedad está interesada en su mantenimiento y sólo por excepción la ley permite que se rompa el vínculo matrimonial" (62). En el concubinato no hay permanencia. Hay cierta temporalidad para que la unión produzca efectos.

f) El matrimonio se inicia por un acto jurídico solemne (la boda) reglamentada en el Código Civil. El concubinato puede comenzar por aventura ocasional que se vuelve temporal, por seducción con promesa de matrimonio; aprovechando la inferior condición del otro; por carencia de dinero para casarse. No har expresión del consentimiento

(62) Amparo Directo 5329/1958. Beatriz Margarita Machin de Moreno, resuelto el 27 de agosto de 1958, por unanimidad 5 votos. Ponente el Sr. Mtro. García Rojas. Srio. Lic. Manuel Torrif Bueno.

frente al juez, dos testigos y la comunidad. El compromiso queda oculto.

También se ataca el interés social, pues los mismos razonamientos pueden repetirse para considerar que tampoco el concubinato es de interés social.

Es contrario a las buenas costumbres.

a) El concepto de buenas costumbres está relacionado con lo ético y moral y la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dicho que las buenas costumbres "no son las que se apegan a las normas científicas y técnicas necesariamente, sino las normas que forman la moral general y social de una colectividad humana en unos lugares o tiempo determinados."

b) Los autores hacen referencia a lo bueno de las costumbres referido al problema axiológico, es decir, a la calificación valorativa moral de las costumbres de una sociedad. La misma exposición de motivos señala al matrimonio como el medio legal y moral de constituir una familia, que es el criterio del legislador válido, aun cuando no sea norma.

c) La forma de unión sexual, digna, respetable y aceptada por la sociedad, es el matrimonio, que no ha pasado de moda, según se desprende del estudio que "indica que el 80.5% de los mexicanos tiende a estar de acuerdo con la afirmación que dice que el matrimonio no está pasado de moda, en contraposición al 19.5% que afirmó que éste ya no es vigente". Del censo de población de 1980 se desprende una reducción de las uniones libres.

d) Al matrimonio se le rodea de ritos y solemnidades (Fiesta en la boda) y no en el concubinato. El inicio del concubinato queda impreciso, pues no hay signo alguno del principio de esta unión.

e) El concubinato imita. El imitar no lo hace una relación conyugal, ni le da contenido moral.

f) Adicionalmente, integrar sexualmente una pareja en una vida distinta a la conyugal, significa no cumplir las prevenciones legales para constituir el matrimonio como la única forma moral y legal de convivencia sexual, la cual está reglamentada en la legislación civil.

Ataca los principios generales del Derecho, por las siguientes consideraciones:

a) La comunidad conyugal (sus deberes, obligaciones y derechos) no puede dejarse al arbitrio de uno de los consortes (art. 1797 CC.). El matrimonio sólo termina por muerte, nulidad o divorcio. El vínculo sólo lo puede disolver una autoridad (judicial o administrativa). Sólo el cónyuge inocente puede demandar el divorcio (Art. 278 CC.).

En el concubinato, cualquiera de ellos lo puede terminar y concluyen los efectos. No hay posibilidad de daños y perjuicios.

b) En el concubinato, el consentimiento no se manifiesta en la forma que la ley establece para la unión sexual, que debe ser la matrimonial (Art. 1795 fc. IV, 1796 en relación con 97, 98, 100 y 101 CC.). No hay consentimiento matrimonial (Art. 1794 fc. I, 1803).

c) No se desea que surjan deberes, derechos y obligaciones entre los concubinarios. Ante esta realidad, la ley hace que produzcan algunos efectos. Estos no son el "objeto" de una relación jurídica, porque no existe la relación calificada de jurídica, ni se generan deberes, obligaciones y derechos como "objeto". Tampoco los concubinarios desean que surta efectos de matrimonio, es decir, no desean el objeto propio de esa unión conyugal.

El vínculo jurídico es el "objeto" propio del matrimonio con sus deberes, obligaciones y derechos.

d) Desde que se perfecciona el matrimonio se obliga a los cónyuges, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado (objeto), sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley (Art. 1796 CC.). En el concubinato sólo hay voluntad de unirse de hecho. No se desea comprometerse.

e) El objeto es ilícito (Art. 1827 fc. II, 1830 CC). Aceptando que el matrimonio es la forma legal de unión sexual, el motivo o fin determinante de la voluntad en el concubinato es ilícito.

El hecho de que se mencionen a la concubina

y al concubinario en el Código Civil, y en otras leyes de la legislación positiva mexicana y se prevean algunos efectos, no significa que se legalice, o bien que esa unión concubinaria se transforme en lícita.

En la teoría general del Derecho y en diversos artículos se mencionan conductas ilícitas y sus efectos, sin que por esas citas las cambien a conductas lícitas. La nulidad por ilicitud en el objeto, en el fin, o en la condición del acto, produce su nulidad ya absoluta ya relativa según disponga la ley (Art. 2225 CC.). El artículo 264 CC., también habla de la ilicitud, pero no se considera nulo el matrimonio cuando hubiere sido contraído estando pendiente la decisión de un impedimento que sea susceptible de dispensa, o no habiéndose otorgado la dispensa a la que se refiere el artículo 159, o que se haya celebrado antes de los términos fijados por los artículos 158 y 289 CC. Se menciona la ilicitud en el artículo 1895 CC., cuando previene que lo que se hubiere entregado para la realización de un fin que sea ilícito, o contrario a las buenas costumbres, no quedará en poder del que lo recibió. Estas referencias, y otras más, nos indican que la mención de la ilicitud o la mención del hecho o acto que sean consecuencia de la conducta ilícita no los sana por ser señalados en la ley, porque ésta, por esa sola mención, no tiene la virtud de sanar la ilicitud de algún hecho o acto jurídico. Sólo se consignan las consecuencias del ilícito. También está como dato el Código Penal que contiene una enumeración de ilicitud, que se califican de delitos, y se hace referencia a ellos, no para sanar los delitos, sino para consignarlos e imponer las sanciones correspondientes.

Los efectos tienen su origen en el acto o hecho ilícito, o en la ley, y no en la voluntad de quienes los realizan, en este caso, de los concubinarios.

#### Características

Para profundizar sobre el concubinato y su naturaleza jurídica, conviene destacar las características y analizarlas, para poder comprender lo específico de esta unión, así como sus semejanzas y diferencias con el matrimonio. Como principales características tenemos las siguientes:

#### Temporalidad

No es el concubinato la unión sexual circuns-

tancial o momentánea de un hombre y una mujer; la vida intermitente marital, aún en lapsos de larga duración, no configura el concubinato. Se requiere una comunidad de vida a la que nuestra legislación señala como mínimo de cinco años, a menos que antes hubiere un hijo. Es un matrimonio aparente. "La comunidad del lecho debe ser constante y la continuidad del comercio sexual mantenida con la regularidad de un matrimonio legítimo". (63)

#### Publicidad

Esto quiere decir que el concubinato debe ostentarse públicamente, pues el oculto no producirá efectos jurídicos. La apariencia de matrimonio exige esta publicidad pues dentro de los elementos que nos señala el artículo 1635 CC., dice que deben vivir como si fueren cónyuges. Es decir, ostentarse como consortes.

#### Singularidad

Esto significa que son un hombre y una mujer a semejanza del matrimonio. El concubinato se integra por la concubina y el concubinario, y si fueren varias las personas con quien vive alguno de ellos, ninguna de ellas tendrá derecho a los beneficios que establece la legislación mexicana. "Desde el tiempo de Constantino, se comenzó a regular este requisito, y bajo el imperio era condición para que el concubinato surtiera efectos que hubiere sólo una concubina". (64)

#### Libres de Matrimonio

Otra característica es que los concubinarios estén libres de matrimonio. Dentro del concepto de concubinato que se tiene en nuestra legislación, esto se deduce, y textualmente se señala que se consideran concubinarios "siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato". Esto no es así en otras legislaciones donde no existe el divorcio, y por concubinato se entiende la unión de un hombre y una mujer como si fueran esposos, independientemente del estado familiar de ellos.

Un matrimonio anterior, válido y subsistente durante la unión del hombre y la mujer, conformaría la

(63) Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo III, página 619.

(64) Rojina Villegas, Obra Citada, página 453.

figura de adulterio, y excluiría el concubinato automáticamente. Adulterio y concubinato se excluyen. Donde existe el adulterio no es posible el concubinato.

Cualquier forma de matrimonio, sin que necesariamente se trate del matrimonio religioso, independientemente de la formalidad o solemnidad que se tenga, excluye necesariamente la posibilidad del concubinato. Tanto el matrimonio religioso, como el matrimonio civil lo excluyen.

#### Semejante al Matrimonio

Esto significa que la unión de los concubinarios debe ser "como si fueran cónyuges". Este es un elemento de hecho consistente en la posesión del estado de concubinato. Es decir, viven como marido y mujer, imitando la unión matrimonial. Les falta la solemnidad y las formalidades del matrimonio, pero exteriormente viven como casados, y no se distinguen de otros matrimonios.

#### Unión

La unión es consecuencia de la comunidad de lecho y domicilio. Si viven como si fueran casados, debe haber la necesaria unión entre el hombre y la mujer, una comunidad de lecho, en un mismo domicilio.

#### Capacidad

Este elemento consiste en que los concubinarios deben ser capaces para lograr esa unión semejante al matrimonio, para lo cual deben tener la edad núbil y púber necesaria. También se exige que la unión no sea incestuosa, es decir, que no exista entre los grados de parentesco consanguíneo prohibidos.

#### Fidelidad

"En lo relativo a la fidelidad recíproca, la doctrina suele calificarla de aparente. Se trata de una condición moral; las relaciones de los concubinos deberá caracterizarse a menudo por una cierta conducta en la mujer que manifieste el afecto hacia su amante o una aparente fidelidad". (65)

(65) Zannoni, Eduardo A., Derecho de Familia. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1978, página 258.

Tratándose de una unión estable y singular "la fidelidad queda también implicada; y así como en el matrimonio puede darse la infidelidad sin que por ello pierda su carácter de tal, del mismo modo en el concubinato puede darse la infidelidad de uno de los concubenarios". Entendemos que la infidelidad a que se refieren es la relacionada con el trato carnal con persona diversa a los concubenarios. Sin embargo, la fidelidad que consiste en el cumplimiento de un compromiso habido entre ambos no se da, porque en el concubinato no existe compromiso de permanencia e indisolubilidad; es una unión libre, de hecho, que puede terminarse voluntariamente, o arbitrariamente inclusive, por cualquiera de ellos. La fidelidad a que se refieren los autores, es aquella que se castiga con el adulterio en el matrimonio, y que se supone implícita en el concubinato, pero en nuestro Derecho la infidelidad no está sancionada como adulterio en el concubinato.

#### Definición

Con base en lo anterior se podría intentar una definición basada en nuestra legislación (art. 1635 CC). y los elementos doctrinales antes expresados para señalar que el concubinato es la unión de un hombre y una mujer que viven en lo privado y públicamente como si fueran cónyuges (sin serlo), libres de matrimonio y sin impedimento para poderlo contraer, que tiene una temporalidad mínima de cinco años o tienen un hijo.

Por lo tanto, puede entenderse como una comunidad de vida que realizan un hombre y una mujer como si fueran cónyuges, es decir imitando al matrimonio, pero nunca una imitación se transforma en la institución limitada y en esto se destaca el por qué el concubinato no puede ser de orden público, porque al solo imitar no puede calificarse de orden público.

Hay el hecho de cohabitar en forma marital. Pero falta la voluntad de unirse como marido y mujer y desear todos los efectos que se van a originar de esa unión conyugal.

No debe haber impedimento para la unión concubitaria, es decir, deben permanecer ambos libres de matrimonio (o de otra unión sexual) durante el concubinato.

Debe haber cierta temporalidad propiamente (no permanencia). Requieren convivir como "cónyuges" durante cinco años para que se produzcan algunos efectos, no para que nazca una institución jurídica.

También se puede considerar existente el concubinato cuando "hayan tenido hijos en común". Don Alberto Pacheco observa que se está hablando en plural (hijos) que por lo menos sean dos los nacidos de los concubenarios. Señala que el nacimiento del segundo hijo común no prueba por sí solo el concubinato de sus padres, pues se requiere comprobar por quien tenga interés para que la unión de hecho produzca efectos, la libertad matrimonial de los concubinos y no la existencia de amantes simultáneos; por esto estima que los dos hijos deben ser sucesivos; pues si hubiere otro intermedio habido de otro padre por la concubina o con otra madre por el concubinario, no se daría el requisito del segundo párrafo del artículo 1635 CC. "Los dos hijos deben además ser reconocidos por el padre, pues mientras nazca y sea reconocido el segundo no hay concubinato y no opera por lo tanto la presunción del artículo 383 que sólo puede aplicarse cuando ya se hayan constituido en concubinato los amantes". (66)

En lo personal opinamos que basta un hijo para calificar esta unión como concubinato. El legislador emplea el plural en varios artículos del Código Civil, sin que signifique necesariamente que sean varios. A título de ejemplo está el artículo 237 fc. I donde basta un hijo para que deje de ser causa de nulidad; en los artículos 304 y 324 por estilo se habla de plural, etc. Además el artículo 383, que también emplea el plural, establece la presunción de hijos de los concubenarios en los mismos términos que el artículo 324 (que también habla en plural) y éste, como es lógico, se refiere a uno o varios hijos; es decir, desde el primero que nazca califica a sus padres como concubenarios.

### III.- LA CONCUBINA ANTE LA LEGISLACION

Para definir al concubinato en los diccionarios se hace referencia siempre a la concubina, de tal forma que se requiere entender primero el término concubina para después pasar al concubinato. Concubina (del latín concubina) "manceba o mujer que vive y cohabita con un hombre como si éste fuera su marido" (67). Concubinario, por lo tanto, según el mismo diccionario será "el que tiene concubina" y, por último, concubinato (del latín concubinatus) "comunicación o trato de un hombre con su concubina".

Es decir, se trata de la vida que el hombre y la mujer hacen como si fueran cónyuges sin estar casados, de la cohabitación o acto carnal realizado por un hombre y una mujer, cuya significación propia y concreta no se limita sólo a la unión carnal no legalizada, sino también a la relación continua y de larga duración existente entre un hombre y una mujer sin estar legalizada por el matrimonio. Es una comunidad de lecho que sugiere una modalidad de las relaciones sexuales mantenidas fuera del matrimonio.

Es evidente que lo concerniente a las relaciones sexuales fuera del matrimonio pueden producir algunos efectos jurídicos, aun cuando no sea posible tratarlos como una institución permanente en el Derecho. Debemos tomar en cuenta que el concubinato comprende la relación sexual fuera del matrimonio, que va desde las relaciones de poca duración, a las duraderas y estables, pero que tiene de común el considerarse como relaciones maritales. Esto excluye, desde luego, las relaciones pasajeras entre un hombre y una mujer, sin la intención de convivir maritalmente. Desde otro punto de vista se entiende como concubinato, no sólo la relación de un hombre y una mujer, sino también se usa este término para indicar a otras mujeres con las cuales un hombre tiene relación sexual permanente aparte de su cónyuge, a las que erróneamente se les llama también concubinas, de lo cual tenemos ejemplos múltiples en la historia, donde se toca también el problema de la poligamia.

Ahora bien ¿cómo puede considerarse el concubinato? Para responder debemos estudiar su naturaleza jurídica y decidir si es una institución, un contrato, un acto jurídico o si pudiera ser un hecho jurídico. Sin embargo, independientemente de determinar la naturaleza jurídica, debemos aceptar que el concubinato produce consecuencias

(67) Diccionario de la Lengua Española, Décima Novena Edición, Madrid, 1970.

jurídicas, que afectan a los concubinarios y sus hijos, y que pueden afectar también directa o indirectamente a terceras personas.

#### Causas

Es de importancia fundamental determinar las causas que generan el concubinato. No es posible calificarlo de moral o inmoral sin conocer la realidad de un país en un momento determinado. Tampoco es conveniente hacer referencia a legislaciones extranjeras, porque éstas no regulan situaciones humanas semejantes a las de nuestro país. Es frecuente calificar al concubinato de inmoral sin mayor investigación sociológica, sin conocer la realidad existencial de las parejas que viven en concubinato, ni la realidad existencial de las parejas que viven en concubinato, ni la realidad social que quizás las -

lleve a esa unión. Urge un estudio amplio histórico y sociológico para determinar las causas, y resolver en consecuencia.

Como causas se señalan en primer término, las económicas que se dice influyen determinadamente en la constitución de estas uniones de facto, debido a la pobreza extrema en que viven muchas personas menos favorecidas de nuestra sociedad, que están imposibilitadas para costear los gastos propios de una boda, que no son sólo los relativos a los honorarios del matrimonio civil (que debe ser gratuito en las oficinas del Registro Civil o estipendios del religioso que en la mayor parte de las veces no son tan gravosos), como los de la fiesta y demás gastos que la comunidad en que se vive exige como necesarios para la celebración de la boda.

Otra causa que se menciona es la cultural, la que se deriva de la ignorancia en cuanto a la reglamentación que el Estado hace del matrimonio y los derechos que se adquieren con ello; y también tomando como referencia la tradición cultural que a través del tiempo se ha formado, desde la época indígena hasta nuestros días.

Este aspecto cultural es de suma importancia. Es necesario investigar en las comunidades de nuestra República cómo se acepta el concubinato. Observamos que además de la celebración del matrimonio civil y religioso, frecuente es la unión concubinaria que tiene evidentemente alguna aceptación social, pero que desconocemos en qué grado. Dentro de las costumbres se acepta a la pareja que vive en concubinato, y en alguna región es bien visto que vivan juntos, de tal forma que la mujer "se recoja" con el hombre con quien convivió, y es mal visto que la mujer no conviva con el hombre.

Desde el punto de vista religioso es necesario destacar la sacramentalidad del matrimonio, y la exigencia para el bautizado de contraer el matrimonio según la legislación eclesiástica. En las grandes ciudades observamos, no pocas veces, que muchas bodas se celebran en la iglesia, no por el aspecto sacramental, sino por dar gusto a los padres de los contrayentes, o bien por convencionalismo social; y que hay otras parejas en las que no obstante la fe en que fueron educados no aceptan el matrimonio religioso, con lo cual se colocan en una situación irregular dentro de la comunidad eclesial. En este aspecto religioso es necesario que exista pleno conocimiento y aceptación del sacramento que se adquiere con el matrimonio y para ello, la debida preparación de los contrayentes.

En lo político, existe la tendencia de legalizar todas las uniones libres que en el país existen, y así, el gobierno periódicamente promueve casamientos colectivos para que las parejas se legalicen y sus hijos se legitimen. En el Código Civil de 1928 ya se regulan algunos efectos del concubinato, sin embargo, a juicio de algunos no lo suficiente, porque existen todavía prejuicios que impiden considerar a esta unión dentro de la legislación.

La doctrina extranjera ha discutido ampliamente los requisitos y circunstancias bajo las cuales una unión extramatrimonial puede considerarse concubinato, a cuales de estos es justo que se les concedan efectos legales, y la extensión de estos efectos legales. No obstante el interés que tiene toda la abundante literatura extranjera al respecto, vamos a concretarnos a nuestra ley, pues entre nosotros están claramente especificadas las uniones extramatrimoniales que deben ser consideradas como concubinatos y cuáles son los efectos que producen éstos.

#### Antecedentes

Del concubinato se habla en la historia de todos los pueblos, de tal forma que esta convivencia sexual fuera de matrimonio ha estado presente en todas las épocas de la humanidad, por lo cual la referencia histórica sería muy prolija, razón por la que nos limitaremos sólo a determinados países y su legislación.

#### Roma

"Los romanos dan el nombre de concubinato a

una unión de orden inferior más duradera, y que se distinguía así de las relaciones pasajeras consideradas como ilícitas". (68)

El concubinato parece haber nacido en Roma debido a la desigualdad de las condiciones, toda vez que un ciudadano tomaba por concubina a una mujer poco honrada, e indigna sin la finalidad de hacerla su esposa. "Hasta el fin de la República, el Derecho no se ocupó de estas simples uniones de hecho, pues fue bajo Augusto cuando el concubinato recibió su nombre. La Ley "Julia de adulteris" calificaba de "stuprum" y castigaba todo comercio con toda joven o viuda fuera de las "justae nuptiae", haciendo una excepción en favor de la unión duradera llamada concubinato, que recibió de esta manera una especie de sanción legal. Desde entonces le fueron impuestas ciertas condiciones para precisar los límites por los cuales ya únicamente existía un comercio ilícito. Por eso el concubinato sólo estaba permitido entre personas púberes, y no parientes en el grado prohibido para el matrimonio.

"En un principio el concubinato no producía ninguno de los efectos civiles unidos a las "justae nuptiae". Por eso la mujer no era elevada a la condición social del marido, pues aunque algún ciudadano hubiere tomado por concubina a alguna mujer de su mismo rango, lo cual era muy raro no era nunca tratada como "uxor" en la casa y en la familia; de donde venía el nombre de "inaequale conjugium" aplicando a esta unión.

En cuanto a los hijos nacidos del concubinato, son cognados de la madre y de los parientes maternos, pero no están sometidos a la autoridad del hombre y nacen así "sui juris". "Por lo tanto, un ciudadano podría elegir dos clases de uniones cuyas consecuencias son distintas. Si quiere desarrollar una familia civil, contrae las "justae nuptiae", que le darán hijos bajo su autoridad", ahora, si quiere dejar fuera de su familia los hijos que le nacieran de la mujer a la cual se unió, entonces toma una concubina". (69).

(68) Eugene Petit, Tratado Elemental de Derecho Romano, pág. 110.  
Editorial Stomino Calleja, S.A. Madrid.

(69) Ibidem, pág. 111.

En cuanto al régimen en sí, tenía notorias semejanzas con el matrimonio legítimo o unión concertada conforme a las reglas del Derecho Civil. Así, el concubinato presupone la habilidad sexual, es decir, la pubertad y excluye la posibilidad de mantener relaciones con más de una concubina, como igualmente que un hombre casado pueda, además, vivir en concubinato.

"La permanencia de la relación y la exclusividad del concubinato daban una apariencia de matrimonio legal que solía ser causa de error en los contratantes. La jurisprudencia debió elaborar todo un sistema de presunciones para resolver las situaciones aparentes. Y, así, cuando había constitución de dote la presunción debía ser en favor de la existencia de un matrimonio, siendo como era la concubina "uxor" gratuita, es decir, sin aporte de bienes. Asimismo, si la unión se había verificado con mujer honesta, y aún en ausencia de dote, la presunción era favorable al matrimonio, siempre que no mediase una declaración formal de concubinato por parte de aquélla. En cambio, se presumía concubinato cuando se trataba de una mujer deshonesta

La existencia del "affectio maritalis" era la que marcaba el distingo entre el matrimonio legítimo y el concubinato. Pero era preciso inferirlo de motivos concurrentes y diversos como los "instrumentum dotale", existencia o no de diferencia de clase, la formalidad de los esponsales, etc., o también el trato de dignidad de esposa, reservado por el marido en reciprocidad del "animus uxoris" de la mujer (70)

En relación a sus efectos, es necesario tomar en cuenta que tratándose de una institución legislada, existía el deber de la concubina de fidelidad y podía ser perseguida por el adulterio. Sin embargo, el concubinato no producía efectos de matrimonio respecto de las personas y los bienes de los esposos, la concubina no participaba en las dignidades de su compañero, no existía dote; tampoco había lugar a donaciones por causas de nupcias. La prohibición de hacer donaciones entre esposos no le era aplicable, y la disolución del concubinato carecía del carácter del divorcio. Además, es notorio que no tenía por finalidad establecer entre el hombre y la mujer la comunidad de existencia, aunque es exacto que se contraía con ánimo de permanencia.

(70) Ibidem, página 112.

El derecho de suceder de la concubina era solamente restringido y tuvo vigencia a partir de Justiniano, quien le concedió vocación a la sucesión ab-intestato.

### Cristianismo

Los emperadores cristianos buscaron la manera de hacer desaparecer el concubinato y procuraron convencer a los concubinarios de que contrajeran matrimonio. "Constantino creyó acertar ofreciendo a las personas viviendo entonces en concubinato, y teniendo hijos naturales legitimarlos siempre que transformacen su unión en justae nuptiae siendo también acordado por Zenón este mismo favor sin ningún reparo. Anastasio fue todavía más lejos, pues decidió, que tanto en lo presente como en lo futuro, todos los que tuvieran hijos nacidos de concubinato podían legitimarlos contrayendo las justae nuptiae" (71)

"Distingúense los concubinarios privados de los públicos. El concilio de Basilea entiende por estos últimos no sólo aquellos cuyo concubinato está comprobado por sentencia, o por confesión hecha ante el juez, o por una causa tan pública que no pueda ocultar por ningún pretexto, sino que también aquél que conserva una mujer difamada y sospechosa de incontinenencia y se niega a abandonarla después de haber sido advertido por su superior (Abate Andrés Diccionario de Derecho Canónico). (72)

En el primer Concilio de Toledo del año 400, se excomulga a aquél que tiene una mujer fiel como concubina, pero si la concubina ocupa un lugar de esposa de modo que se contente con la compañía de una sola mujer a título de esposa o de concubina a gusto suyo no será desechado de la comunión. Se refiere que hacia el siglo X hubo grandes abusos de parte del clero en relación a los cuales se procuró un remedio con diferentes penas, y así se prohibió que los fieles oyeran misa de sacerdotes concubinarios y en algunos casos se ordenó que los culpables de este crimen fueren depuestos.

El Concilio de Trento hizo dos importantes declaraciones respecto de esta materia, refiriéndose a los legos los cuales dice: "Gran pecado es que los solteros tengan concubinas, pero es mucho más grave y en notable desprecio de este sacramento del matrimonio que los casados vivan también en semejante estado de condenación, y se atrevan a

(71.) Ibidem, página 112

(72) Diccionario de Derecho Privado, página 1057, Ignacio de Caso y Romero, Editorial Labor, Barcelona, 1954.

mantenerlas y conservarlas algunas veces en su misma y hasta en compañía de sus propias mujeres. Para ocurrir, pues, el Santo Oficio con oportunos remedios a un mal de tanta trascendencia establece que se fulmine excomunión contra semejantes concubenarios, así solteros como casados, de cualquier estado, dignidad o condición que sean, siempre que después de amonestados por el ordinario aún procediendo de oficio, por tres veces, no despidieren las concubinas y apartasen de su trato, sin que puedan ser absueltos hasta que efectivamente obedezcan a la corrección que se les haya dado. Y si despreciando las censuras permanecieran un año en el concubinato, proceda el ordinario contra ellos severamente, atendida la calidad del delito. Las mujeres solteras o casadas que vivan públicamente con adúlteros, o concubenarios, si amonestados por tres veces no abedecieren, serán con rigor castigadas de oficio por los ordinarios locales, según su culpa, aunque no haya parte que lo pida, y serán además desterradas del lugar, o de la diócesis, si pareciese conveniente a los mismos ordinarios, invocando para ello si fuere menester el brazo seglar quedando en todo su vigor las demás penas fulminadas contra los adúlteros y concubenarios (Sess XXIV cap. VIII).

La otra parte de esta declaración se refiere a cómo proceder contra los clérigos concubenarios y dice: "Cuan feo e indigno de los clérigos que se han dedicado al culto divino sea vivir en el lodazal de la impureza, y en obsceno concubinato, bastante lo manifiesta el mismo hecho, con el general escándalo de todos los fieles y la suma deshonra de todo clerical. Y para que se reduzcan los ministros de la iglesia a la continencia y pureza de vida que les corresponde, y aprenda el pueblo a respetarlos en proporción a la castidad que guarden, prohíbe el Santo Oficio a todos los clérigos mantener en su casa o fuera de ella, concubinas y otras mujeres con quienes se pueda tener sospecha, mandando cortar con ellas toda comunicación; de lo contrario, impóngansele las penas establecidas por los sagrados cánones, y por los estatutos de la iglesia. Y si amonescados por sus superiores, no se abstuvieren de tratarlas, queden privados por el mismo hecho de la tercera parte de los frutos, obtenciones de rentas, de todos sus beneficios y pensiones, la cual se ha de aplicar a la fábrica de la iglesia o a otros lugares piadosos, a voluntad del obispo. Mas si perseverando en el mismo delito con aquella u otra mujer, no obedecieren ni aún a la segunda admonición, no sólo pierdan ipso facto todos los frutos y rentas de sus beneficios

y también las pensiones, todo lo cual se aplicará a los lugares mencionados, sino que también, queden suspensos de la administración de los mismos beneficios por todo el tiempo que juzgue conveniente el ordinario, aún como delegado de la Sede Apostólica. Y si después de suspensos en estos términos no las despiden o continúan tratándose con ellas, queden en este caso perpetuamente privados de todos los beneficios, porciones, oficios y pensiones eclesiásticas, e inhábiles e indignos en adelante de todos los honores, dignidades y oficios, hasta que, siendo patente la enmienda de su vida, pareciese a sus superiores que hay justa causa para dispensa de ellos. Mas si después de haberlas una vez despedido se atreviesen a reincidir en el trato interrumpido, o a tratarle con otras mujeres igualmente escandalosas, sean castigados, además, ni suspenda esta ejecución ninguna apelación ni exención (Sess. XXV Cap. XIV).

En el actual Derecho Canónico, el canon 227, 1 dice: "Están obligados a guardar continencia perfecta y perpetua por el Reino de los cielos: éste es el sentido de celibato, don especial de Dios, que los une con corazón indiviso, más fácilmente a Cristo y los hace dedicarse más libremente al servicio de Dios y de los hombres".

La continencia, aceptada como virtud propia, exige prudencia en todo lo que pueda ponerlo en peligro, en trato con personas, así como evitar escándalo de los fieles (Can. 277.2). El obispo diocesano es quien podrá dar las normas concretas así como enjuiciar los casos particulares (Can. 277.3).

En el capítulo VI, se trata de las sanciones en la Iglesia. El canon 1394.1 sanciona al clérigo que atenta matrimonio, aunque sea sólo civilmente, incurre en suspensión automática, y si amonestado no se corrige puede ser privado de algunos derechos o se le dimite de su estado clerical. Semejantes sanciones hay para el religioso de votos perpetuos. El canon 1395,1 trata de los casos de clérigos concubenarios o los que den escándalo externo contra el sexto mandamiento, cuyas sanciones gradualmente pueden llegar hasta la dimisión del estado clerical.

También dentro del Derecho Canónico se hace referencia al concubinato en relación a los impedimentos, y en el canon 1093 se contiene el impedimento de pública

honestidad que nace del matrimonio inválido, después de establecida la vida común, o del concubinato público o notorio; y dirime el matrimonio en primer grado de línea recta entre uno de los dos y los consanguíneos del otro.

## España

En relación al nombre de Barragana, el Código Alfonsino dedicó el título XIV, de la partida 4ª a tratar de la barragana, y dice que "cómo este nombre de barra que en arábigo, tanto quiere decir como fuera, e gana, que es de latino, que es por ganancia; éstas dos palabras ayuntadas, quieren tanto decir como ganancia que es fecha fuera de mandamientos de Iglesia... de los que nacen de tales mujeres son llamados hijos de ganancia. Otros puede ser recibido por tal mujer, también la que fuese forra como la sierva".

Esquivel Obregón nos dice que en parte debido a las tradiciones romanas, en parte también a la presencia de dos razas entre las cuales no podía celebrarse el matrimonio, y también debido a la influencia del islamismo, "el concubinato era tan frecuente que, si la religión lo condenaba, las costumbres y la ley lo vean con tolerancia bajo el nombre de barragana". (73)

La barragana se consideró como la unión sexual de un hombre soltero, clérigo o no, con mujer soltera bajo las condiciones de permanencia y fidelidad. Las partidas refiriéndose a las barraganas decía que eran "otras mujeres que tienen los omes que no son de bendiciones".

La legislación aceptaba ciertos efectos, y se llegó hasta señalar a la barragana una parte de las ganancias. Las Partidas explican esa tolerancia diciendo: "Barragana defiende Santa Iglesia que no tengan ningún cristiano, porque viven con ella en pecado mortal. Pero los antiguos que hicieron las leyes consintieron que algunos las pudieran haber sin pena temporal, porque tuvieron que era menos mal de haber una que muchas, y porque los hijos que naciesen fueren más ciertos". (74) Parece que la barragana fue tolerada, según se expresa en las Partidas, para evitar la prostitución, pues era preferible que hubiere una y no muchas mujeres para seguri-

(73) Esquivel Obregón Toribio, Apuntes para la Historia del Derecho en México, Tomo I, página 186, Editorial Polis, México, D.F., 1937.

(74) Ibidem, página 187.

dad en la unión de ambos, y en relación a los hijos.

"Si la mujer fuere honesta el que la toma por barragana debe hacerlo saber así ante hombres buenos, pues de otra manera su unión sería considerada legítima por los jueces. Tal precaución es necesaria cuando la mujer no fuere honesta. La barragana está prohibida dentro de los mismos grados de parentesco que lo está en el matrimonio; y los personales ilustres no pueden tomar por barragana a una mujer vil por nacimiento u ocupación; si tal hicieren los hijos serán espurios y sin derechos a su herencia ni a alimentos. Los adelantados en una provincia podían tomar allí barragana, pero no mujer legítima por prohibirlo las leyes". (75)

En cuanto a los efectos de la barragana, el fuero de Zamora permitía dejar por herederos a los hijos tenidos por barragana siempre que fuesen solemnemente instituidos. "Del mismo modo la barragana que estuviere un año con su señor conservaba sus vestiduras al separarse; en caso contrario, debía devolverlas". (76) "El fuero de Plasencia establece que la barragana que prueba haber sido fiel a su señor, y buena, le heredará la mitad de los gananciales. Por su parte el fuero de la Cuencia (Ley 37 Cap. XI) prohíbe a los casados legítimamente tener en público barragana, so pena de ser ambos ligados y hostigados, y la ley 10 del mismo fuero autoriza a las barraganas encinta para solicitar la prestación de alimentos a la muerte de su señor, considerándose a al mismo tiempo una viuda encinta". (77)

En relación al vestido, es curioso observar lo que se decía en aquella época. "Vendían por aquel tiempo las mujeres de manera que se conociese por su atavío su estado. Las doncellas usaban galas honestas, sin adorno ninguno en la cabeza y con el pelo tendido, signo de su doncellerz, por lo cual en todas los cuerpos legales se designa a las no casadas con el nombre de mancebas de cabello. Las casadas llevan el pelo recogido bajo una toca y las barraganas para que se les tuviere por mujeres casadas usaron también las tocas, lo cual dio motivo para que en el ordenamiento de Sevilla del año de 1337 se dispusiese que: "Las mujeres públicas que

(75) Ibidem

(76) Eduardo A. Zannoni, Derecho Civil, Derecho de Familia, Tomo II, página 262 Editorial Astrea, Buenos Aires, 1978.

(77) Ibidem.

andan en el mundo que traigan las tocas azafrañadas para que sean conocidas", y en las Cortes de Soria del año de 1380, que las barraganas de los clérigos llevasen por señal un prendedero de paño bermejo de tres dedos de ancho sobre las tocas". (78)

La ley segunda establecía qué personas pueden tener barraganas y decía que todo hombre no ordenado ni casado puede tenerla con tal de que no fuere virgen, ni menor de doce años, ni viuda honesta ni parienta.

"Don Alfonso el Sabio creyó que debería tolerar la barragana en beneficio común de los pueblos y para poner a cubierto de todo ataque al honor de las doncellas". (79)

#### México

En general, en todo el centro del país había poligamia, lo mismo que en Jalisco, Michoacán y la Mixteca y en algunas tribus de Tampico y Sinaloa. "En cambio otras tribus eran monógamas como los Opatas, los Chichimecas, los de Nuevo México y en especial los de Yucatán. Landa expresamente nos dice que, aunque dejaban con facilidad a sus mujeres nunca los yucatecos tomaban más de una como se ha hallado en otras partes. Entre los Toltecas la poligamia se castigaba severamente". (80)

Había ceremonias especiales para desposar a la mujer principal pero, además, se podían tener tantas esposas secundarias como conviniese. El sistema matrimonial de los mexicanos era una especie de transacción entre la monogamia y la poligamia. "Solo existía una esposa legítima o sera aquella con la cual el hombre se había casado observando todas las ceremonias, pero también había un número indefinido de concubinas oficiales que tenían su sitio en el hogar, y cuyo estatuto social no era de ninguna manera sujeto de burlas o de desprecio".

"El hombre casado, o soltero, no sacerdote podía tomar cuantas mancebas quisiera con tal de que fueren libres de matrimonio de religión. Los padres daban manceba a sus hijos mientras llegaba la edad de casarlos. Para

(78) Diccionario Enciclopédico Hispano Americano, Tomo III, página 247.

(79) Ibidem.

(80) Salvador Chávez Hayhoe, Historia Sacrológica de México, Tomo I, página 137, Editorial Salvador Chávez Hayhoe, México, 1944.

tal fin pedían las muchachas a sus padres sin que éstos consideraran deshonoroso darlas, y sin que, ni en este caso ni en el de matrimonio se exigiere igualdad de rango social, confirmando lo que hemos dicho, que no había nobleza de sangre en aquellos pueblos". (81)

"Las expresiones de legitimidad o ilegitimidad que se emplearon después de la conquista española bajo la influencia de las ideas europeas no debe engañarnos: sobre la situación social de las esposas secundarias y de sus hijos no pesaba ningún estigma. No hay duda de que en principio sólo los hijos de la mujer principal sucedían a su padre; pero en los libros que tratan el tema abundan ejemplos de lo contrario, y tal es el caso del emperador Itzcóatl, ilustre como el que más, que fue hijo de una concubina de origen humilde. En todo caso los hijos de las esposas secundarias siempre se consideraron "pilli" y podían llegar, si eran digno de ello, a las funciones más altas. Cometeríamos un gran error si viéramos en ellos hijos naturales bastardos con lo que nuestro mundo atribuye o atribuía a esta denominación". (82)

Parece que todas estas mujeres, ya fueren principales o secundarias, tenían muchos hijos y las familias poligámicas llegaban a ser extremadamente numerosas. "Netzahualpilli tenía ciento cuarenta y cuatro hijos e hijas de los cuales once eran de su mujer principal. La crónica Mexicayotl cuenta veintidós hijos de Axayácatl, veinte de Ahuitzatl, y diecinueve de Moctezuma. El Cihuacoa Tlacaelel Tain gran dignatario imperial de la época de Moctezuma I, se casó primero con una doncella noble de Amecameca, con la cual tuvo cinco hijos, después tuvo doce mujeres secundarias de las cuales cada una le dio un hijo o una hija, pero agrega el texto, otros mexicanos dicen que Tlacaelelzin el Huehue Cihuacoatl, procreó ochenta y tres hijos". (83)

El año de 1519 trae la invasión de los españoles con una vicilización totalmente distinta. La conquista de México principia, y con la caída de México-Tenochtitlán, se consolida el imperio español que trunca la evolución de los mexica y se impone por la fuerza una nueva cultura con todos los efectos conocidos.

(81) Jacques Soustelle, La Vida Cotidiana de los Aztecas, página 181. Fondo de Cultura Económica, México, 1980.

(82) Ibidem, página 182.

(83) Ibidem, página 184.

Después de la conquista se presenta un relajamiento de costumbres y hábitos entre los indígenas que crearon profunda preocupación entre los misioneros y autoridades civiles. Preguntando un indio principal de México qué era la causa, porque "ahora se habían dado tanto los indios a pleitos si andaban tan viciosos" dijo "porque ni vosotros nos entendéis, ni nosotros los entendemos ni sabemos qué queréis, habemos quitado nuestro buen orden y manera de gobierno, y la que nos habéis impuesto no la entendemos, e así anda todo confuso y sin un orden y concierto". (84)

La religión, legislación, usos y costumbres españolas se imponen en México. Las costumbres y leyes familiares y sobre el matrimonio se interrumpen para la aplicación de nueva legislación, la que es de muy difícil aceptación debido a costumbres y usos inveterados de los indígenas en cuanto al matrimonio y vida familiar. La poligamia es difícil de desarraigar, lo mismo el concubinato. Sin embargo, se trata de arrancar esas costumbres y la legislación vigente es la española trasplantada a una tierra de costumbres diversas. Así, durante la época colonial se aplica la legislación española y con ella lo relativo al concubinato que ya se encontraba prohibido, buscando la legalidad y sacramentalidad de todos los matrimonios.

Llega la independencia sin haberse resuelto todos los problemas humanos y familiares. La legalización no comprende al concubinato, ni se hablan de los efectos jurídicos que se pueden producir entre concubinaros y sus hijos.

La ley del matrimonio civil del 23 de julio de 1859 hacía referencia al concubinato dentro de las causas de divorcio (Art. 21 Frac. 1.). Procedía el divorcio, entre otros por el "concubinato público del marido", lo cual calificaba al concubinato como la relación sexual ilícita habida fuera del matrimonio.

Los Códigos Civiles de 1870 y 1884 no hacen referencia a esta situación, como si no existiera en el país.

Debido a la influencia del matrimonio religioso, se desconoció el concubinato como una posible unión sexual.

(84) Pomar-Zurita, Relaciones de Texcoco y de la Nueva España, página 101, Editorial Salvador Chávez Hayhoe, México, 1941.

La Ley Sobre Relaciones Familiares, aun cuando no se hace referencia al concubinato, toca ya algunos de los efectos en relación a los hijos. Ya en la exposición de motivos, en relación a la paternidad y filiación se señala "que ha parecido conveniente suprimir la clasificación de hijos espurios pues no es justo que la sociedad los estigmatice a consecuencia de faltas que no le son imputables y menos ahora que consideran al matrimonio como contrato, la infracción a los preceptos que lo rige sólo debe perjudicar a los infractores y no a los hijos". No obstante, sigue haciéndose referencia a los hijos naturales, como todo hijo nacido fuera de matrimonio, en relación a los cuales "queda absolutamente prohibida la investigación de la paternidad y maternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio. La prohibición es absoluta tanto en favor como en contra de los hijos, salvo las excepciones establecidas en los artículos 197 y 211" (Art. 187). El artículo 197 trata el caso del hijo que está en posesión de estado de hijo natural de un hombre o de una mujer, y que podrá obtener reconocimiento de aquél, o de ésta o de ambos "siempre que la persona cuya paternidad o maternidad se reclaman no esté ligada con vínculo conyugal al tiempo en que se pida el reconocimiento". Esto puede indicar que se trata del padre y la madre unidos sexualmente, pero no ligados a matrimonio, situación que se asemeja al concubinato, sin hacer referencia a él.

Tiene que llegar el Código de 1928 para reconocer, "que hay entre nosotros, sobre todo en las clases populares una manera peculiar de formar la familia, el concubinato. Hasta ahora se habían quedado al margen de la ley los que en tal estado vivían, pero el legislador no debe cerrar los ojos para no darse cuenta de un modo de ser generalizado en algunas clases sociales, y por eso en el anteproyecto se reconoce que produce algunos efectos jurídicos el concubinato, ya en bien de los hijos, ya en favor de la concubina, que al mismo tiempo es madre, y que ha vivido por mucho tiempo con el jefe de la familia. Estos efectos se producen cuando ninguno de los que viven en concubinato es casado, pues se quiso rendir homenaje al matrimonio, que la comisión considera como la forma moral y legal de constituir la familia, y si se trata del concubinato, es, como se dijo antes, porque se encuentra muy generalizado, hecho que el legislador no debía ignorar". (85)

(85) Exposición de Motivos

Del reconocimiento de esta peculiar forma de constituir la familia se derivan algunos efectos, que originalmente eran los siguientes: otorgar a la concubina sobreviviente la pensión alimenticia en caso de necesidad (Art. 1368 fc. V); se organiza la sucesión de la concubina (Art. 1635); se permite la investigación de la paternidad en caso de concubinato (Art. 382 fc. III), al crear la presunción de filiación, consecuencia del mismo (Art. 383 C.C.).

Los anteriores presupuestos del legislador permanecen hasta 1974, fecha en la cual se igualan al varón y a la mujer sin reconocer la diferencia sexual. Posteriormente, en 1983, se modifica el artículo 1635 C.C. para incorporar al concubinario con derecho a la herencia. Adicionalmente, siguiendo los antecedentes de algunos códigos de la república se otorgan alimentos a ambos concubinarios.

Es de notarse que originalmente los efectos se consignaban en favor de la concubina, es decir, la madre que ha vivido por mucho tiempo con el hombre, la cual debe ser protegida. Sin embargo, al pretenderse la igualdad sin respetar las características sexuales, se incorpora al concubinario sin algún fundamento o razón de peso.

Se encuentra también la posibilidad del resarcimiento de daños y perjuicios que la concubina puede exigir de un tercero en caso de responsabilidad objetiva (Art. 1915, 1916 C.C.), lo que se ha proyectado como beneficio y protección en otras leyes federales.

Conviene precisar qué se entiende por concubinato en nuestro Derecho, pues, como veremos, no todas las legislaciones de Latinoamérica concuerdan. Para ello debemos referirnos al Código Civil, pues del concepto que en él se tiene han derivado todas las referencias que al concubinato se hace en otras leyes.

Los elementos que integran el concepto de concubinato se encuentran en el artículo 1635 C.C. y a él hará referencia.

La apertura habida en relación al concubinato, es recogida en algunos estados de la República. El Código Civil del Estado de Morelos de 1945, en el capítulo de los alimentos, señala en el artículo 403 que la obligación de dar alimentos corresponde, en primer término a los cónyuges, y el segundo párrafo señala que "la concubina

tiene derecho a exigir alimentos al concubinario, siempre que reúna los requisitos exigidos por el artículo 1375 Frac. C. Este último en ningún caso podrá exigir alimentos a aquélla. El artículo de referencia, es reproducción de la fracción V del artículo 1365 del Código Civil para el Distrito Federal, antes de su modificación. Con esto, se protege a la concubina reconociéndose una realidad social, sin menosprecio de la dignidad femenina, puesto que es un derecho innato de la mujer que tiene un hijo.

En el Código Civil de Tlaxcala (1976) el artículo 147 dice: "Los cónyuges deben darse alimentos en los casos señalados por este Código".

"El concubinario y la concubina se deben mutuamente alimentos en los mismos casos y proporciones que los señalados para los cónyuges".

"El concubinario y la concubina tiene derecho preferencial que a los cónyuges concede el último párrafo del artículo 54 para el pago de alimentos".

El artículo citado establece la preferencia al pago de alimentos con bienes de los cónyuges y sus productos, así como de su salario.

En la exposición de motivos, en referencia al concubinatio se dice: "En el proyecto hay varias disposiciones aplicables al concubinatio, realidad social que el Estado no puede ignorar. A veces se trata de una unión firmemente establecida, cuyo inicio es una ceremonia religiosa y cuyos integrantes no celebran el matrimonio civil por decidia o ignorancia".

"El matrimonio es la forma legal según el legislador de la unión de los sexos, pero ello no significa que el legislador cierre sus ojos y sus oídos ante esas uniones por ello la primera regla en esta materia proponemos es una declaración de principios: "el Estado procurará por todos los medios que estén a su alcance, que las personas que vivan en concubinatio contraigan matrimonio".

El artículo 42, que trata de los requisitos necesarios para contraer matrimonio, define el concubinatio diciendo: "Hay concubinatio cuando un sólo hombre y una sola mujer solteros se unen, sin estar casados, para vivir bajo un mismo techo, como si lo estuvieran, salvo

disposición de la ley en otro sentido, cuando este Código hable de concubina o concubino, se entenderá que se refiere a las personas que viven en las condiciones supuestas en este párrafo". Es de observarse que no se habla de un tiempo mínimo en el que deben permanecer unidos el concubinario y la concubina, a diferencia de lo que se señala del Código Civil para el Distrito federal. Sin embargo, de los artículos 2910 y 2911 se desprende que para tener, por lo menos el derecho a heredar, se requiere que hubieren hecho vida común por lo menos durante un año o si tuvieren hijos. Es decir, se reduce de cinco años a un año el tiempo en que los concubinarios deben vivir juntos para que produzca efectos esta unión de hecho.

El interés del Estado para transformar el concubinato en matrimonio, se destaca especialmente en el artículo 871 que trata de la constitución del patrimonio familiar, de donde se previene que el juez citará a los concubinarios y procurará convencerlos para que "contraigan matrimonio, y si no existe impedimento no dispensable, y para que reconozcan los hijos que hayan procreado. El hecho de que los concubinarios no contraigan matrimonio no impide la constitución del patrimonio de familia y los hijos de ambos, o de uno de ellos si los hubiere, quedarán reconocidos".

Las reformas al Código Civil para el Distrito Federal siguen los pasos previamente dados en los Códigos de algunos Estados de la Federación. El artículo 302 se adiciona con un párrafo que establece la obligación de los concubinos de darse alimentos en igual forma que los cónyuges. Define el concubinato en los términos del artículo 1635, al cual nos referiremos. Adiciona el derecho del concubinato a heredar de la concubina, la que ya disfrutaba de ese derecho (Art. 1635 C.C.).

Esta posibilidad también se proyecta en las leyes federales. Así observamos que la Ley Federal del Trabajo en el artículo 501 hace referencia al concubinato; -- entre otras, también, la Ley del Seguro Social, en sus artículos 72, 92, frac. I y 152, la Ley de Reforma Agraria en su artículo 82; la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado en su artículo 23 frac. I, aparecen menciones de la concubina como beneficiaria en las situaciones que cada ley regula.

## Evolución en el Derecho

Podemos observar que para el Derecho Romano la unión concubinaria constituyó una verdadera forma conyugal aunque de rango inferior al matrimonio. El Derecho Español la justificó para evitar la prostitución. Ambas tradiciones jurídicas advierten una poderosa influencia social que los obligó a tomar en cuenta esta unión de hecho.

"El liberalismo, en cambio, presupone la absoluta libertad e igualdad de todos los hombres. Sobre ese presupuesto filosófico el matrimonio fue reputado un contrato y las uniones concubinarias totalmente ignoradas por la ley. Lo cual si se quiere, constituyó un modo de dejar libradas las uniones sexuales extramatrimoniales al puro arbitrio de cada cual, sin engendrar deberes ni responsabilidades". (86)

Lo anterior explica la sentencia pronunciada por Napoleón Bonaparte en el Consejo de Estado: "los concubinos prescinden de la ley; la ley se desentiende de ellos". Y respecto de los hijos habidos de uniones extramatrimoniales, el mismo emperador señaló que "la sociedad no tiene interés en que sean reconocidos los bastardos". Influencia de esta ideología la encontramos en los autores franceses que tocan muy brevemente el concubinato.

A principios de este siglo, la existencia de estas uniones concubinarias ha resultado inevitable, incluso para la tradición jurídica liberal, lo que se ha reflejado en la legislación. En Francia se abre la brecha. "La Ley del 16 de noviembre de 1912 que ya estaba precedida por la del 26 de marzo de 1896 que aumentó los derechos sucesorios de los hijos naturales dispuso, modificando el artículo 340 del Code, que "la paternidad fuera del matrimonio puede ser declarada judicialmente, y en caso de que el supuesto padre y la madre hayan vivido en estado de concubinato notorio durante el período legal de la concepción (Art. Cit. Inc. 4). Luego vino la legislación de emergencia motivada por la primera conflagración mundial. La ley del 5 de agosto de 1914 concedió una subvención diaria a las familias de los militares del ejército y la armada llamados bajo banderas, mientras estos estuvieren prestando servicios en el frente de guerra. Por la ley del 23 de agosto de 1914 los beneficios

de la subvención se acordaron, no sólo "a toda persona que tenga un vínculo de derecho con el soldado". "Igualmente disponía el artículo 6 de la referida ley en casos excepcionales las comisiones cantonales podrán apreciar si debe otorgarse en beneficio de la subvención y mejoras, a quienes, sin vínculo de derecho con el incorporado al ejército viven en un hogar en satisfactorias condiciones de moralidad y pueden, sea junto con los ascendientes, colaterales o hijos que habitan el mismo techo, ser considerados como parte integrante de hecho y espíritu, de la familia de la cual el militar era sostén único o principal". (87)

Esta apertura sigue, y a mediados del presente siglo se concede el derecho de prórroga forzosa en caso de arrendamiento, debida muerte del arrendatario a todos aquellos que hubieren habitado con él durante cierto tiempo, lo cual comprende a la concubina.

Respecto de los hijos nacidos fuera del matrimonio, se superó la discriminación, habida durante el siglo pasado, concediéndose igualdad jurídica a todos los hijos tanto a los habidos en la unión legítima, como los habidos fuera de matrimonio. Este espíritu se consagra internacionalmente en la Declaración Universal de Derechos del Hombre, en el apartado 2 del artículo 25 que dice: "2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencias especiales. Todos los niños nacidos de matrimonio o fuera del matrimonio, tienen derechos a igual protección social".

La familia internacionalmente es protegida, independientemente de si está o no constituida por matrimonio. El artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre señala en su apartado. "3. La familia es elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a protección de la sociedad y del Estado". De las discusiones habidas en este artículo, se refiere que se logró esta redacción tras haber señalado que la familia se constituye, no sólo por el matrimonio, sino también de uniones fuera de matrimonio.

En Latinoamérica, en los diferentes países de este continente, se observa la existencia del concubinato como una forma de convivencia conyugal más o menos insti-

(87) Ibidem, página 269.

tucionalizada, y debido a diversas causas que suponen una realidad en Latinoamérica.

Entre otros países de Latinoamérica, encontramos el "Código Civil Guatemalteco de 1963, conforme a las previsiones de la Constitución de 1956, incorpora un verdadero "estatuto de las uniones" (Título II, Capítulo II Arts. 173 a 180) ya en vigor con la ley 444 de 1947 que prácticamente reproduce salvo algunas modificaciones" (88). Estas modificaciones establecieron beneficio de los hijos fundamentalmente.

"Por su parte el Anteproyecto del Código Civil para el Uruguay del Dr. Luis de Gasteri, ha tomado de la Ley Guatemalteca de 1947 ya citada, los dispositivos que informan los artículos 281 al 304. Además, hay que señalar que distintas constituciones políticas iberoamericanas han contemplado el concubinato. En la de Bolivia de 1947 se reconocía el matrimonio de hecho en las uniones concubinarias con el sólo transcurso de dos años de vida en común, verificada por todos los medios legales de prueba o por el nacimiento de un hijo (Art. 133 2º parte). La Constitución de Honduras de 1957, a pesar de que en el artículo 100 declaró enfáticamente que "sólo es válido el matrimonio autorizado por funcionarios competentes para formalizarlo", a renglón seguido reconoció el matrimonio de hecho entre personas legalmente capacitadas para contraer matrimonio mantenido durante diez años consecutivos -dice- en condiciones de singularidad y estabilidad surtirá todos los efectos del matrimonio civil". (89)

Se señala que otros países no han encarado resueltamente el problema, y hace referencia sólo a alguno de los efectos que produce el concubinato. Como en Venezuela, México y Paraguay. El Código Civil de Perú hace también alusión al concubinato y particularmente en lo que se refiere a la declaración judicial de paternidad ilegítima, que puede ser declarada "cuando el presunto padre hubiere vivido en concubinato con la madre durante la época de la concepción".

En Cuba, el artículo 47 de la Constitución de 1940 permitía a los tribunales determinar los casos "en

(88) Ibidem.

(89) Ibidem, página 270

que por razón de equidad la unión entre personas con capacidad legal para contraer matrimonio, será equiparada por su estabilidad y simularidad al matrimonio civil". Este artículo fue repetido en la ley fundamental de 19959, pero no aparece ya en la Constitución de la República de Cuba 1976, en la cual el capítulo tercero trata de la familia y se previene "el Estado protege a la familia, la maternidad y el matrimonio". (Art. 34)

En el Código de Familia de Cuba de 1975, en el artículo 2, define al matrimonio como "la unión voluntariamente concertada de un hombre y una mujer con aptitud legal para ello, a fin de hacer vida en común". Después señala que "el matrimonio sólo producirá efectos legales cuando se formalice o se reconozca de acuerdo con las reglas establecidas en este Código". La formalización es prevista en la sección 11, que trata de todos los requisitos para contraer matrimonio y su celebración. Del matrimonio no formalizado trata el artículo 18, y lo define como "la existencia de la unión matrimonial entre un hombre y una mujer con aptitud legal para contraerla y que reúne los requisitos de singularidad y estabilidad, surtirá todos los efectos propios del matrimonio formalizado legalmente cuando fuere reconocido por tribunales competentes". En reconocimiento judicial del matrimonio retrotraerá sus efectos a la fecha de la iniciación de la unión (Art. 19).

Comparando lo previsto en el artículo 43 de la Constitución de 1940, con los artículos 18, 19 y 20 del Código de Familia actual, el Dr. Daniel A. Peral Collado señala que no debe identificarse ese reconocimiento judicial del matrimonio no formalizado, con la figura de equiparación que autorizaba el artículo 43 de la Constitución señalada. "En el primer caso, el tribunal podría sólo por razón de equidad equiparar una unión (que el precepto no la califica de matrimonial) al matrimonio civil. En el segundo caso, cuando el tribunal reconoce que existe realmente una unión matrimonial (el precepto así específicamente lo califica en concordancia con el concepto que de matrimonio establece el artículo 2) esa unión no se equipara al matrimonio civil, sino que se reconoce como tal matrimonio y en consecuencia surte todos los efectos (los mismos) del matrimonio formalizado legalmente". (90)

(90) Dr. Daniel A. Peral Collado, Derecho de Familia, página 273, Editorial Puebla y Educación. La Habana, 1980.

En Colombia no existe en la legislación reglamentación al concubinato, ni a los efectos que se producen. La doctrina ha hecho referencia a esta unión de hecho, señalando que "concubinato es toda unión de un hombre y una mujer que implica comunidad de vida, no importa el estado personal de quienes establecen esa comunidad; y son concubinos el hombre y la mujer que de hecho hacen vida marital sin estar unidos por vínculo matrimonial". (91)

Del análisis del concepto anterior, Valencia Zea, deriva que es una unión de hecho entre un hombre y una mujer con fines sexuales, en segundo lugar que "el concubinato no requiere que los concubinos puedan casarse entre sí, como lo supone el Derecho Canónico, y, a decir verdad, muchos concubinos no pueden casarse entre sí, como cuando el marido se separa de su mujer y, no pudiendo casarse con otra a quien quiere, se ve constreñido a vivir con ella sin vínculo matrimonial". (92). Por último, está el requisito de que la unión sea duradera. El autor citado establece claramente que las obligaciones entre concubinos no está reglamentada en la ley.

En Argentina prácticamente sólo el artículo 232 del Código Civil, luego reproducido por el artículo 89 de la ley 2393, trata del concubinato. Este artículo dice: "Si el matrimonio nulo fuese contraído de mala fe por ambos cónyuges, no producirá efecto civil alguno".

- 1.- "La unión será reputada como concubinato".
- 2.- "En relación a los bienes se procederá como en el caso de la disolución de una sociedad de hecho, quedando sin efecto alguno el contrato de matrimonio".
- 3.- "En cuanto a los hijos serán considerados como ilegítimos y en la clase en que los pusiese el impedimento que causare la nulidad".

No existe propiamente en el Derecho positivo argentino, un estatuto orgánico de las uniones concubinarias, lo cual es explicable debido, en parte, a lo antiguo del Código Civil, que data de 1869.

(91) Arturo Valencia Zea, Obra Citada, Tomo V, Derecho de Familia, página 518.

(92) Ibidem, página 519.

La razón que dan los autores argentinos, es que la realidad socio-cultural de Argentina "no denuncia la tremenda proliferación de uniones consensuales que se advierten en otros países latinoamericanos. Ello, en gran medida se debe a que tanto en Argentina, como en Uruguay y también en Chile, las condiciones de la conquista y colonización estimularon el desarrollo de una sociedad predominantemente europea". Sin embargo, se acepta que el concubinato ha proliferado por otras razones. "La carencia de divorcio dirimente vincular, pues la mayor proporción de concubinos en Argentina reconocen ligamen anterior no disuelto, de modo que millares de hogares y familias se forman a despecho de la indisolubilidad del matrimonio por parejas que se han separado de hecho legalmente de su cónyuge y vuelto a unir, sea extramatrimonialmente, recurriendo al conocido expediente de tramitar el divorcio ante tribunal de país extranjero y luego, contraer en ese mismo país nuevas nupcias". (93)

Sin embargo, se reconoce que por la vía judicial se están conociendo muchos casos y resolviendo situaciones no previstas por la ley, con lo cual se acepta la proliferación de las uniones consensuales, que oficialmente rechazan por considerarse europeos.

Se desprende que el concubinato es un estado de unión entre hombre y mujer como si fueran maridos, independientemente el estado familiar que ostentan, puesto que en la mayor parte de los casos se trata de personas que están ligadas en matrimonio anterior, que no han podido nulificar o disolver, con lo cual, esta unión, adquiere un grado mayor de ilicitud que el que contemplamos en México.

En Chile no hay reglamentación legal alguna, y al concubinato se hace referencia en la doctrina, aplicando disposiciones existentes en otras materias para regular los efectos del concubinato en relación a los concubinarios, sus bienes y en relación a terceros.

En la indemnización por accidentes de trabajo "el Código de Trabajo en su artículo 290, establece que la indemnización por accidente de trabajo, que ocasione la muerte del accidentado, a falta de cónyuge, ascendiente o descendiente legítimos o ilegítimos, cederá en favor

(93) Eduardo A. Zamoni, Obra Citada, página 273.

de las personas que vivían a expensas de la víctima, sean parientes o no".

"La concubina a quien ha querido referirse el legislador, sin mencionarla, tiene derecho pues, a la indemnización por accidente de trabajo". (94)

En relación a los alimentos, la ley número 14908 en su artículo 18, dispone que son solidariamente responsables de la obligación alimenticia el padre, la madre, o cónyuge y la persona que con ellos viviere en concubinato

"La responsabilidad solidaria del concubinato es, como se desprende, una medida tendiente a asegurar el pago de la obligación alimenticia que afecta a la otra parte en el concubinato, en su calidad de padre, de madre o cónyuge del alimentario". (95)

Comentando el concubinato en el Derecho de Familia, de los países socialistas de Europa, Nizsalovski, señala que "las relaciones sexuales que no están reconocidas ni por la sociedad ni por el Derecho como matrimonio, no pertenecen al Derecho de familia, si bien, al acarrear ciertas consecuencias legales no dejan de ofrecer el carácter de relaciones de Derecho Civil. En la sociedad de capitalistas se niega a veces a la concubina el derecho a percibir una remuneración por el trabajo prestado a su concubino; ello constituye una de las formas más condenables de explotación, y no pueden ser toleradas en la fase de constitución de un socialismo, la práctica judicial húngara presume, en tales casos, que la mujer es empleada del varón, y le concede una remuneración, salvo que se demuestre que el trabajo fue prestado para crear o mantener la relación concubinaría. En una fase ulterior del desarrollo del socialismo se pregunta el autor, si tal presunción no será injusta para con la esposa legítima que no tiene derecho a reclamar un salario por su trabajo doméstico. En atención a la protección dispensada a la familia legítima, la legislación húngara niega derecho de sucesión recíproca a los concubinos; por otra parte, el hecho de vivir en concubinato no supone la pérdida de usufructo legal del cónyuge viudo. En orden al reconocimiento forzoso de hijos extramatrimoniales, el hecho de vivir en concubinato durante todo el período legal de la concepción, constituye de hecho una presunción muy fuerte que sólo

(94) Ramón Meza Barrios, Manual de Derecho de Familia, Tomo I, página 432, Editorial Jurídico de Chile, 1979.

(95) Ibidem, página 433.

puede ser descartada mediante la prueba de la imposibilidad de que el hijo haya sido procreado por el supuesto padre".  
(96)

De lo anterior se deduce que no obstante que el Código Civil vigente contempla varios aspectos referentes al concubinato, no hay que olvidar que éste es una relación que se mantiene voluntariamente fuera de la ley; que los efectos que ésta da al concubinato no lo legitiman, sino que proceden del deber de reparar la injusticia que acompaña necesariamente a todo concubinato, y que la mayor injusticia que cometen los concubinos es con los hijos; éstos por tanto deben estar en primer lugar en la protección legal, y sus intereses deben colocarse siempre en un nivel superior al de los concubinos que han cometido con ellos un acto de injusticia suprema al negarles, desde antes de nacer, el derecho innato de toda persona humana de venir al mundo y ser formado en una familia legalmente constituida mediante el vínculo perpetuo del matrimonio.

(96) Dr. Gabriel García Centeno, El Derecho de la Familia en los Países Socialistas del Este Europeo, página 69, Cuadernos de Derecho Comparado. La Reforma del Derecho de Familia, Departamento de Derecho Civil, Universidad de Salamanca, 1977.

#### IV. - HIJOS NACIDOS DURANTE EL CONCUBINATO

La filiación de hijos nacidos fuera de matrimonio, en términos generales, corresponde a los concebidos por progenitores que no están unidos en matrimonio. Esta filiación hace referencia tanto a los nacidos de padres casados cuando hubieren nacido dentro de los primeros ciento ochenta días de la celebración del matrimonio o después de trescientos días de la disolución, pues se encuentran fuera de los plazos establecidos para que la presunción iuris tantum que establece el artículo 324 C.C. surta sus efectos legales. Es decir, se considera que en esos supuestos la concepción se originó antes de la celebración del matrimonio, o después de su disolución. También opera esta regla en caso de conflicto con segundo matrimonio, en los términos del artículo 334 C.C. que en su fracción III previene que "el hijo se presume nacido fuera de matrimonio si nace antes de ciento ochenta días de la celebración del segundo matrimonio y después de trescientos días de la disolución del primero".

La misma regla se aplica para el caso de matrimonios nulos. Como hemos visto, en el caso de estos matrimonios la nulidad no afecta a los hijos, quienes se considerarán de matrimonio (Art. 344 C.C.), si éstos hubieren "nacido antes de la celebración del matrimonio, durante él y trescientos días después de la declaración de nulidad, si no se hubieran separado los consortes, o desde su separación en caso contrario" (Art. 255 C.C.). Es de observarse que esta regla difiere a la contenida en el artículo 324 C.C. en el primer supuesto.

La filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio en relación a la madre, resulta sólo del hecho del nacimiento (Art. 360 C.C.). En esto se aplica también lo ya dicho en relación a la filiación legítima. La prueba de la maternidad se acredita con el parto, por lo que la prueba directa es fácil; pero en relación al padre, no hay otra posibilidad sino la prueba presuncional.

Si tomamos en cuenta que la presunción a la que me refiero consiste en imputar como hijo del marido el habido de la mujer casada, en relación a los hijos habidos fuera de matrimonio, esta presunción sólo opera en relación a los hijos de los concubinarios (Art. 383 C.C.). Fuera de este caso sólo es posible establecer la filiación mediante el reconocimiento voluntario por parte del padre y la madre, o por la investigación de la paternidad o de la maternidad.

El Código Civil actual pretende omitir toda calificación respecto de los hijos. Todos tienen el mismo derecho y dignidad independientemente de que hubieren nacido de matrimonio o fuera de él, de tal forma que las anteriores clasificaciones de hijos naturales, espurios, adulterinos, incestuosos, nefarios, sacrílegos, manceres, etc., no tienen efecto discriminatorio alguno ni en lo personal ni en lo patrimonial. Sin embargo, se hace referencia a ellos en el artículo 62 C.C. lo que indica el poco cuidado en la redacción, porque en lugar de hacer referencia al hijo "adulterino", debió hacerse mención al adulterio de los padres. También deberá omitirse la mención en el artículo 64 C.C. de hijos "incestuosos" para cambiarlo por hijos habidos del matrimonio prohibido por la ley por el parentes-

co no dispensado. Los artículos 77 y 78 C.C., aún emplean el término de hijo "natural" que debe sustituirse por "fuera de matrimonio", lo cual ya se hizo en el capítulo IV del título séptimo.

### Antecedentes

Este es un problema tan antiguo como la humanidad. El trato a los hijos fuera del matrimonio ha variado. En las legislaciones se muestra la tendencia a superar discriminaciones irritantes con miras a proteger al hijo de la situación de hecho creada, acercando, y posteriormente igualando a las personas nacidas extramatrimonialmente a la situación en que se encuentran aquellas que nacieron de matrimonio, sin que signifique ésto, en modo alguno, promover esta filiación, pues siempre guardará un especial lugar dentro de la comunidad y dentro del Derecho la filiación matrimonial.

La protección y promoción del matrimonio y la familia de él surgida no se obtendrá degradando a los hijos que ninguna culpa tienen de la conducta de sus progenitores, sino con la promoción del matrimonio, destacando y enseñando su importancia como "compromiso jurídico, público y permanente de vida conyugal", que favorece la integración de la pareja humana en una unión plena, lo que se logrará por el testimonio de los cónyuges.

Según el Derecho Romano, era hijo natural el nacido de concubina que fuese única, sola y habitase en calidad de tal en la misma casa del padre, siendo ambos libres o solteros y pudiendo contraer entre sí legítimo matrimonio (Nov. 18 cap. 5, Nov. 89 cap. 12, leyes 10 y 11, C. de

Naturalibus Liberis, y ley r. D. de Concubina). El hijo que no era habido ex concubinato, sino ex furtivo accessu aut stupro, de virgen o viuda honesta, las cuales no podían ser concubina, no se decía natural sino bastardo; en la vida de mujer pública no se denominaba natural ni bastardo, sino mánser".

"Según el Derecho de las Partidas, que en esta parte sigue la disposición del Romano, se entiende igualmente por hijo natural el procreado de barragana o concubina libre o soltera, que sea una sola y no virgen ni viuda honesta, por hombre también soltero que al tiempo de la concepción pudiera casarse con ella; ley 2, Tit. 14, Part. 4; ley 1, Tit. 15; ley 1, Part. 4, y ley 8, Tit. 13, Part. 6. Sólo hay una diferencia entre el Derecho romano y el de las Partidas, la cual consiste en que la circunstancia que el primero exige de que la concubina haya de habitar en la casa del que la tiene, no se encuentra expresamente señalada en el segundo".

"La ley 11 del Toro (ley 1, Tit. 5, Lib. 10, Nov. Rec.), dispone que el hijo se diga natural cuando al tiempo que naciere o fuere concebido podía casarse su padre con su madre justamente sin dispensa, con tal de que el padre lo reconozca por su hijo; aunque no haya tenido la mujer de quien lo engendró en su casa ni sea una sola. No es ya pues necesario para que el hijo se diga natural, que nazca de concubina, y que está viva en la misma casa con el padre, ni que sea una sola, ni que pertenezca a la clase de las que pueden ser concubinas, ni que precisamente al tiempo de la concepción haya de haber en los padres aptitud de casarse, con tal que si no hay entonces, la haya después al tiempo del nacimiento. De manera que en el día es y se llama hijo natural el habido de padre o madre que al tiempo de la concepción o del parto, podían contraer entre si sin dispensa legítimo matrimonio, con tal de que el padre le reconozca por suyo o haya tenido en su casa a la madre". (97)

(97) Joaquín Escriche, Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, Librería Garnier Hermano, París 1876, pág. 793.

En la evolución sobre los derechos según el origen de los hijos, observamos que al principio se diferenciaron entre legítimos e ilegítimos "como caracteres amplios y rudos de la época antigua, donde se trataba a los hijos naturales con un rigor excesivo; se les sometía a esclavitud, se les privaba de toda clase de derechos, y había pueblos entre los cuales se llegaba a un extremo de crueldad inusitada, pues se les sacrificaba apenas nacidos y muchas veces junto con sus madres. En Grecia se les prohibía heredar y tomar parte en los sacrificios, y en las leyes del pueblo jurío les negaban todo derecho de ciudadanía. La influencia de la doctrina cristiana cambia por completo el cuadro de las condiciones jurídicas de los hijos ilegítimos pues si bien se inspira en principio en favor del matrimonio y, por ende, los hijos de bendición gozan de todas las facultades jurídicas frente a los extramatrimoniales, sin embargo, se suaviza extraordinariamente la situación de éstos, en contra de lo preceptuado en el Derecho anterior".

Así las cosas, irrumpen en el campo doctrinal de Europa a principios del siglo XVIII, la filosofía del iluminismo y la escuela del derecho natural, precursora de la revolución, y sus doctrinas tienden a resolver el problema de una manera simplista, concediendo a los hijos ilegítimos iguales derechos que a los legítimos. Estas orientaciones plasmaron en la ley revolucionaria del 12 brumario del año II (si bien la admisión simple de pruebas se restringe) y en otras disposiciones concordantes; pero el Code civil señala - una reacción seria contra el individualismo revolucionario. Napoleón consideró que la sociedad debía desinteresarse en los hijos naturales, por lo que sus derechos se redujeron, y si bien no se volvió a la severidad del derecho antiguo, el deseo iusnaturalista de la equiparación desapareció de modo definitivo". (98)

Haciendo un breve estudio en Derecho comparado nos encontramos

(98) Federico Puig Peña, Tratado de Derecho Civil Español, Tomo II, Paternidad y Filiación, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1971, pág. 18.

lo siguiente:

#### América

a) Argentina. La antigua clasificación de hijos legítimos e ilegítimos se eliminó en el Derecho argentino, por virtud de la ley 14367, del 30 de septiembre de 1954, que estableció que debían suprimirse: "las discriminaciones públicas y oficiales entre hijos nacidos de personas unidas entre sí por matrimonio y de personas no unidas entre sí por matrimonio". Sin embargo, la misma ley establece en el artículo octavo, que los hijos nacidos fuera del matrimonio tendrán en la sucesión del progenitor un derecho igual a la mitad del que asigna la ley a los hijos nacidos dentro del matrimonio. Es decir, la desigualdad continúa.

En el Código Civil subsiste un capítulo que trata de los hijos naturales, adulterinos, incestuosos y sacrílegos. La denominación según el nacimiento hace la distinción entre los hijos. Se consideran naturales aquellos cuyos padres podían casarse en el momento de la concepción. El adulterino es el hijo que procede de la unión de dos personas que al momento de su concepción no podrían contraer matrimonio, porque una de ellas o ambas estaban casadas (Art. 338). El incestuoso es el nacido de padres que tienen impedimento para contraer matrimonio por parentesco no dispensable (Art. 339). Sacrilego es el que procede de padre clérigo de órdenes mayores o de persona, padre o madre, ligada por voto solemne de castidad, en orden religiosa aprobada por la Iglesia Católica (Art. 340).

b) Chile. El Código Civil chileno, en su artículo 35, dice que son hijos legítimos los concebidos durante el matrimonio verdadero de sus padres o durante el matrimonio nulo en los casos del artículo 122. Agrega que son también legítimos los legitimados por el matrimonio

de los padres posterior a la concepción. Concluye diciendo: "todos los demás son ilegítimos".

"El Código chileno tiene un concepto sui generis de los hijos naturales, que difiere de la legislación universal".

"Generalmente se llaman hijos naturales aquellos cuyos padres no estaban casados, pero podían contraer válidamente matrimonio, al tiempo de la concepción. En nuestra legislación (chilena) en cambio, el hijo natural es aquel cuya filiación se encuentra fehacientemente establecida, bien porque los padres le han reconocido, bien porque la paternidad ha quedado judicialmente demostrada" (art. 270).

"La circunstancia de que su filiación se encuentra demostrada coloca a los hijos naturales en una situación de privilegio entre los hijos ilegítimos. (99)

c) Perú. En la legislación de este país se conserva la división entre filiación legítima e ilegítima. El artículo 348 del Código Civil dice: "Son hijos ilegítimos los nacidos fuera de matrimonio".

"El Código de 1936 mantiene la diferencia entre hijos legítimos y los hijos ilegítimos, acordando a los primeros un régimen privilegiado. Empero, ha considerado algunas disposiciones que mejoran la condición del ilegítimo; y así, por ejemplo, permite en varios casos la investigación judicial de la paternidad, franquea a veces la posibilidad de legitimar a los adulterinos e incestuosos, da a cada ilegítimo la mitad de la cuota hereditaria que corresponde a los legítimos cuando concurren con éstos, extiende a los abuelos la obligación alimentaria, etc."

En cuanto a las subdivisiones de los hijos ilegítimos, el Código de 1936 las ha virtualmente suprimido, y sólo en forma incidental señala entre ellos a los adulterinos e incestuosos para

colocarlos en situación de inferioridad". (100)

d) Ecuador. En el Código Civil vigente se suprimió toda calificación a hijos ilegítimos y naturales. El actual título VII (que correspondía al antiguo título XII) trata sólo del reconocimiento coluntario de los hijos. En el artículo 261 se establece que "los hijos fuera de matrimonio podrían ser reconocidos por sus padres o por uno de ellos".

En el capítulo relativo a la sucesión intestada sólo se habla de hijos sin calificarlos. "Son llamados a la sucesión intestada los hijos del difunto, sus ascendientes, sus padres, sus hermanos, el cónyuge que sobreviva y el Estado" (Art. 1045).

e) Colombia. El Código Civil conserva la calificación de naturaleza para los hijos habidos fuera de matrimonio. Los artículos relativos a los hijos naturales fueron derogados por la ley 45 de 1936. Esta previene, en su artículo primero, que "el hijo nacido de padres que al tiempo de la concepción no estaban casados entre sí, es hijo natural cuando ha sido reconocido o declarado tal con arreglo a lo dispuesto en la presente ley. También se tendrá esta calidad respecto de la madre soltera o viuda por el solo hecho del nacimiento". No será, consecuentemente, hijo natural el no reconocido, el que está en evidente situación de desventaja.

Además de la calificación, el artículo 28 previene que los hijos legítimos excluyen a todos los otros herederos, excepto a los hijos naturales cuando el finado haya dejado hijos legítimos y naturales. Agrega que uno de los hijos naturales lleva como cuota hereditaria en la concurrencia con hijos legítimos, la mitad de la correspondiente a uno de éstos y sin perjuicio de la porción conyugal. La desigualdad continúa.

(100) Héctor Cornejo Chávez, Derecho Familiar Peruano, Sociedad Paterno Filial, Tomo II, Librería Studium Editores, Lima, Perú, pág. 119.

f) Estados Unidos de Norteamérica. "No existe una norma federal expresa, pero el Tribunal Supremo Federal se ha servido del principio de igualdad (equal protection clause) para declarar inconstitucionales diversas leyes de los estados -en especial la de Louisiana- que establecía discriminación respecto de los hijos ilegítimos. Desde el año de 1969 es posible debatir ante el supremo órgano judicial norteamericano todos los efectos jurídicos de la ilegitimidad a la luz del referido principio constitucional. Dos sentencias pronunciadas en el mismo año, han sido trascendentales en esta materia: en el caso Levy Vs. Louisiana se declaró inconstitucional la ley que deniega a un hijo ilegítimo el derecho a la indemnización de daños y perjuicios por la muerte culposa de su madre. En el caso Glona Vs. American Guarantee Liability Insurance, Co., se declaró también inconstitucional la ley de Louisiana que le niega a la madre el derecho a indemnización por la muerte culpable de su hijo ilegítimo. (101)

#### Declaraciones Internacionales

En la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la ONU en 1948, se encuentran artículos relativos al tema que dicen:

Art. 2. "Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta declaración, sin distinción alguna de raza, sexo, idioma, religión, opinión pública o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición".

En los proyectos no se hacía mención de igualdad por nacimiento. Fue al final cuando tras una discusión del término ruso "solovie" se agregó la palabra nacimiento y así fue aprobada la declaración.

(101) José Castán Tobeñas, *Derecho Civil Español Común y Foral*, Tomo Quinto, Derecho de Familia, Reus, S.A. Madrid, 1985, pág. 33.

Adicionalmente esta igualdad se refuerza en el artículo 25.2 que dice: "La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencias especiales. Todos los niños nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio tienen derecho a igual protección social". Aun cuando esta disposición hace referencia sólo a la protección social, se ha interpretado que esta igualdad abarca todos los derechos, pues no parece justo limitar sólo a la protección social.

Se concretan estos derechos en el artículo 1, de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 que dice: "El niño disfrutará de todos los derechos enunciados en esta declaración. Estos derechos serán reconocidos a todos los niños sin distinción o discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición, ya sea del propio niño o de su familia".

"En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la ONU en 1966, aparecen las declaraciones siguientes:

Art. 24.1 "Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del estado. 2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre. 3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad.

Art. 26. "Todas las personas serán iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión,

opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

En el pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales y Culturales, aprobado por el mismo organismo internacional en la misma fecha, se dice, en su artículo 10.3 que "se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición". (102)

En la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada en la 44 sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y por el Senado de la República el 19 de junio de 1990, se consigna que "se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que por virtud de la ley que le sea aplicable haya alcanzado antes la mayoría de edad (Art. 1).

En el artículo 2 se previene que los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en dicha convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, entre otros, por el "nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales". En el articulado se enumeran todos los derechos del niño que amerita un estudio particular.

## Europa

Con base en las declaraciones internacionales algunos países europeos procuran adecuar su legislación. A partir de la segunda mitad de este siglo, aparecen esfuerzos para igualar a los hijos independientemente de su nacimiento. Algunos países establecen principios igualitarios constitucionales, en tanto que en otros la igualdad

(102) José Castán Tobeñas, Derecho Civil Español Común y Foral, Tomo V, Derecho de Familia, Volumen II, Reus, S.A. Madrid, 1985, pág. 25.

se establece en la ley ordinaria, haciéndose referencia especialmente en los Códigos Civiles.

"Probablemente el derecho de filiación es una de las materias del Derecho de familia que más profundas alteraciones ha experimentado a nivel mundial a lo largo del presente siglo, obedeciendo a una serie de motivaciones muy específicas que, acaso, no se produzcan en otros sectores del Derecho Civil. La rapidez del cambio legislativo ha originado que las reformas no hayan sido uniformes, subsistiendo desajustes y falta de armonización, si bien puede considerarse como definitivamente adquirido el principio general que subyace en la nueva legislación". (103)

En España, el nuevo Código Civil (1982), en el artículo 108, se señala que la filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción, aclarándose a continuación que "la filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial". En Portugal la reforma se logra con la promulgación del Código Civil de 1966. En Holanda por la ley de abril de 1969. En el Derecho Inglés por la Family Law Reform Act. del 25 de julio de 1969. En la República Federal Alemana mediante ley del 19 de agosto de 1969 que modifica el Código Civil. Austria modifica el régimen de filiación el 30 de octubre de 1970. En Francia la ley del 3 de enero de 1979 supone una renovación del Derecho de filiación.

#### México

En esta materia haré una breve reseña sobre la época precolonial, colonial y México independiente.

a) Época Indígena. El concepto de legitimidad e ilegitimidad que se emplearon en Europa en la época de la conquista española no es aplicable a la situación familiar existente en la época indígena.

Sobre la situación social de las esposas secundarias y de sus hijos no pesaba ningún estigma. "No hay duda de que en un principio sólo los hijos de la mujer principal sucedían a su padre; pero en los libros que tratan el tema abundan ejemplos de lo contrario, y tal es el caso del emperador Itzcoatl, ilustre como el que más que fue hijo de una concubina de origen humilde. En todo caso los hijos de las esposas secundarias siempre se consideraron pilli y podían llegar o eran dignos de ello, a las funciones más altas". (104)

"Entre los mexicanos era lícita y muy frecuente la poligamia; principalmente entre los reyes y señores; pero entre las esposas había diferentes rangos la primera se llamaba cihuatlanti, las otras cihuapilli o damas distinguidas; de éstas las había que eran dadas por sus padres, cihuanemaxtl, otras que habían sido robadas, las tlacihuasantín que eran las más en el harem". (105)

Don Toribio Esquivel Obregón al tratar esta materia, señala que había una serie gradual de uniones en las que la separación de la legítima y la ilegítima era difícil de precisar; agregaba que en otras tribus distintas de la azteca se hacía aún más difícil de precisar esta diferencia.

El mismo autor, en relación a la mancebía, señala: "El hombre, casado o soltero, no sacerdote, podía tomar cuantas mancebas quisiera con tal de que fueran libres de matrimonio o religión. Los padres daban mancebas a sus hijos, mientras llegaban a la edad de casarse. Para tal fin pedían las muchachas a sus padres, sin que éstos consideraran deshonoroso darlas, y sin que, ni en este caso ni en el matrimonio se exigiera igualdad de rango social, confirmándose lo que hemos dicho, que no había nobleza de sangre en aquellos pueblos".

"La unión accidental o transitoria entre hombres casados

(104) Jacques Soustelle, La Vida Cotidiana de los Aztecas, Fondo de Cultura Económica, México, 1980, pág. 181.

(105) Toribio Esquivel Obregón, Apuntes para la Historia del Derecho en México, Tomo I, Los Orígenes, Edit. Polis, México, D. F., 1937, pág. 363.

o solteros y mujer soltera no tenía pena". (106)

b) Epoca colonial. La llegada de los españoles y la conquista del imperio Azteca trunca la evolución natural de los indigenas. En esta materia se implantan las concepciones religiosas, que influyeron definitivamente en la doctrina sobre la legitimidad e ilegitimidad de los hijos según nacieran dentro o fuera del matrimonio, señalando una diferencia no sólo en cuanto al calificativo, sino teniendo consecuencias patrimoniales en perjuicio de los ilegítimos.

Se aplica el Derecho Español al que nos hemos referido. Pero debido a su situación peculiar, se emiten disposiciones legales especiales para las indias. Importancia fundamental tuvo en esta materia la labor de los misioneros. Se esforzaron por ministrar frecuentemente el bautismo, pero tan necesario para la vida social en este sacramento como el del matrimonio, donde los misioneros tropezaron con más serios inconvenientes. "Una vez los indios ante la exigencia de los misioneros, dejaban a sus mujeres y sólo conservaban una, con tal facilidad que aquéllos la consideraban como milagrosa; otras veces oponían resistencia infranqueable a abandonar la poligamia y era ese el obstáculo para aceptar la fe, al extremo que los frailes se veían obligados a contemporizar en espera del efecto de una lenta transformación; pero aun en el primer caso los indios, según decían los obispos de México, Oaxaca y Guatemala en carta al Rey, más parecía que tomaban una mujer in facie ecclesiae para cubrir adulterio y nefarias costumbres que para tener legítimo matrimonio, y no bastan las amonestaciones y predicaciones públicas para hacérselas quitar, y es necesario algún castigo (107). El concepto de poligamia era más complejo de lo que parecía a primera vista, pues el indio veía en sus mujeres no solamente un medio de satisfacer necesidades carnales, sino un número de servidoras obligadas a los trabajos que se les imponían, y renunciar a ellas era perder las ventajas económicas de sus servicios.

(106) Op. cit., pág. 365

(107) Op. cit., pág. 584

Dada por otra parte, la poca diferencia que existía entre los indios entre mujer legítima y concubina, el hecho de aceptar una sola con aquel carácter, no parecía un obstáculo para continuar sus relaciones con otras.

Lo anterior originó que en las Leyes de Burgos de 1512 Don Fernando el Católico dictara la ordenanza XVI que decía: Wansimismo, ordenamos y mandamos que en las otras coasa que se han de mostrar de nuestra fe a los indios, les han entender como no deben de tener más de una mujer, ni dejar aquellas, y que las tales personas que les tuvieren en encomienda y vieren que alguno de ellos no entiende ésto como se deben entender, o vieren que tienen discreción y habilidad para ser casado y gobernar su casa procuren que se casen a ley y a bendición como lo manda la Santa Madre Iglesia con la mujer que mejor les estuviere; especialmente a los caciques, que les declaren que las mujeres que tomaren no han de ser sus parientes, y que los visitadores tengan cargo de procurar como ésto se les dé bien a entender y se les diga mi muy amado almirante, y que él mismo lo diga a todos los que le entendieren, y que les diga y les haga decir todas las razones que hay que así lo haga, y que salvarán sus ánimas". (108)

También en las "Leyes de Indias Relativas Exclusivamente a los Indios de América", se emitieron normas que disponían que los indios se pudieran casar libremente y ninguna orden Regal lo impida (Libro VI, Tomo I Hoja No. 188, Ley II, Fernando V. Octubre 19, 1514). Se previno que "se averigüe, si algún indio siendo ya cristiano se casó con otra mujer, o la india con otro marido, viviendo los primeros, sean apartados y amonestados; y si amonestados dos veces no se apartaren y volvieren a continuar en la cohabitación, sean castigados para su enmienda y ejemplo de los otros". (Libro VI. Título I, Hoja 188. Ley VI Emperador Don Carlos, Julio 13, 1530).

(108) Genaro V. Vázquez, doctrinas y relaciones en la legislación para los indios, Departamento de Asuntos Indígenas, México, 1940, pág. 201.

Lo anterior, a título de ejemplo, nos revela la distinta concepción que sobre el matrimonio, la monogamia y las cuestiones de filiación se tenían en la Nueva España y cómo chocaron las dos culturas. Este parece explicar la menor importancia que en México ha tenido lo relativo a los hijos nacidos fuera de matrimonio, en comparación con las severas costumbres europeas que se transmitieron posteriormente en nuestra legislación civil de México independiente.

c) México independiente. Donde encontramos más clara referencia a la filiación es en los Códigos Civiles de 1870 y 1884, que vale la pena analizar brevemente, para después entrar en la Legislación Familiar del presente siglo.

En el Código Civil de 1870, en el capítulo relativo a las actas de nacimiento, se disponía que cuando el hijo no fuera legítimo sólo se asentara el nombre del padre o de la madre si éstos lo pidieren, si no lo pidieren se asentaba que el presentado era hijo de padres no conocidos (Art. 30 y 82). Se hacía referencia al hijo adulterino, en la misma forma que se hace referencia en nuestro código vigente. Se mencionaba que si el hijo fuere incestuoso, "no se podía asentar más que el nombre de uno de los padres" (Art. 85).

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

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

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

En el código se incorpora como posible la "designación" (una especie de reconocimiento) de hijos espurios, lo que no aparecía en el anterior. El artículo 361 señalaba que la "designación de los hijos espurios además del medio establecido en el artículo 100 puede hacerse por testamento, observándose lo dispuesto en los artículos 78, 79, 80 y 96". El artículo de referencia, que está dentro del capítulo de las actas de reconocimiento, contemplaba la posibilidad que la "designación" de los hijos espurios se haga en las actas de nacimiento y se tendrán por designados para los efectos legales aquellos cuyo padre o madre hayan hecho constar su nombre en la forma debida. Se conserva la diferencia entre hijos naturales y espurios, ya marcada en el anterior.

En los derechos sucesorios se marcan también diferencias en perjuicio de los hijos naturales y espurios, quienes están en desventaja, según lo prevenían los artículos del 3595 al 3598.

En la Ley sobre Relaciones Familiares se manifiesta en la exposición de motivos: "que en materia de paternidad y filiación, ha parecido conveniente suprimir la clasificación de hijos espurios pues no es justo que la sociedad los estigmatice a consecuencia de faltas que no les son imputables y menos ahora que considerando el matrimonio como contrato, la infracción a los preceptos que la rigen sólo debe

perjudicar a los infractores y no a los hijos, terceros en el contrato, que antes se perjudicaban solamente porque, reputado el matrimonio como un sacramento, se veían privados de los efectos de la gracia. razón que no puede subsistir hoy que nuestra sociedad liberal no debe estigmatizar con designaciones infamantes a los inocentes a quienes la ley era la primera en desprestigiar, tanto más cuanto que dada la disolubilidad del vínculo matrimonial es fácil ya no sólo reconocer, sino aun legitimar a alguno de los hijos que antes sólo se podían designar, y por idénticas razones, se ha facilitado el reconocimiento de los hijos y aumentado los casos especiales en que puede promoverse la investigación de la paternidad o maternidad, aunque restringiendo los derechos de los hijos naturales a la sola facultad de llevar el apellido de su progenitor, a fin de darles una posición definida en la sociedad, evitando a la vez el fomentar las uniones ilícitas, los abusos que la concesión de otros derechos pudiera originar, y teniendo presente los derechos y obligaciones de la mujer, en caso de matrimonio se previene que aquella no pueda reconocer a sus hijos naturales, sin consentimiento del marido y que éste, pudiendo reconocer a los suyos, no tenga facultad de llevarlos a vivir al domicilio conyugal, sin permiso de la esposa".

Es curioso observar que el aparente avance se contradice en el artículo 210. Este expresa lo que ya se mencionaba en la exposición de motivos, que el reconocimiento solamente confiere al reconocido el derecho de llevar el apellido del que lo hace. Contrasta con los artículos 383 y 356 de los códigos anteriores respectivamente, que prevenían que el hijo reconocido tenía derecho, no sólo a llevar el apellido del que lo reconoce sino a ser alimentado por éste y a percibir la porción hereditaria que señala la ley. Sin embargo, por otro lado, en materia de alimentos se prevenía la obligación de dar alimentos a los hijos (Art. 53). Por lo que respecta a las sucesiones, se seguía aplicando lo dispuesto por el código de 1884,

conservándose la desventaja en perjuicio de los hijos nacidos fuera de matrimonio.

En el código vigente, en la exposición de motivos se menciona que "se comenzó por borrar la odiosa diferencia entre los hijos legítimos y los nacidos fuera de matrimonio; se procuró que unos y otros gozasen los mismos derechos pues es una irritante injusticia que los hijos sufran consecuencias de las faltas de sus padres, y que se vean privados de los más sagrados derechos, únicamente porque no nacieron de matrimonio del cual no tienen culpa alguna". Sin embargo, siguen conservándose las referencias a hijos adulterinos, incestuosos naturales en los artículos 62, 64, 77 y 78, los que debieron haberse cambiado para hacer referencia a la situación de los padres mas no calificar a los hijos. Es de observarse que no obstante esta referencia los hijos así llamados tienen los mismos derechos e igual dignidad.

Como hemos puntualizado al inicio del tema, los hijos naturales (denominación que se refiere a los hijos nacidos fuera de matrimonio), son aquellos que han sido engendrados por personas que no están ligadas por vínculo matrimonial.

Puesto que la filiación alude, a la procedencia biológica de una persona y esto es puramente, un fenómeno de la naturaleza, no existe ninguna diferencia entre la filiación que se denomina en las antiguas legislaciones "legítima" (si tenía lugar dentro del matrimonio) y la filiación que se decía "ilegítima".

No obstante -dice Felipe Clemente de Diego- la sociedad tiene necesidad de conocer y constatar la filiación o mejor, conocer al propio padre y a la propia madre de cada individuo, para distinguir las familias, repartir los derechos, exigir deberes, transmitir la

propiedad, etc.". (109)

La filiación es un concepto jurídico, que establece una relación de derecho allí donde existe la relación biológica de la generación, fenómeno natural al cual está sometido todo ser viviente.

En el tratamiento jurídico de la filiación, el derecho debe resolver tres problemas fundamentales, que a continuación menciono:

a) Las diversas especies de filiación, para lo cual será preciso determinar qué requisitos legales ha de llenar este fenómeno biológico, para que una persona quede comprendida dentro del cuadro general de la filiación;

b) Los medios de prueba admisibles para determinar cada una de las especies de filiación establecidas así como acciones de estado civil, y

c) Los efectos jurídicos que se derivan de las diversas clases de filiación en un ordenamiento positivo determinado.

Tradicionalmente los sistemas legislativos, han partido de la base de la existencia o no existencia del vínculo conyugal entre el padre y la madre para distinguir dos grandes especies de hijos: aquellos que nacen dentro de matrimonio y aquellos cuyos progenitores no estaban casados en la época de la concepción. Tomando en consideración estas dos situaciones, encontramos que la historia del derecho ofrece en el curso de su desarrollo, diversos tratamientos legales, respecto de estas dos distintas especies de filiación que hoy aparecen claramente diferenciadas.

(109) Instituciones de Derecho Civil Español, Madrid, 1959, Tomo II, pág. 617.

ENRIQUE GACTO FERNANDEZ (110) se expresa así "La consideración jurídica y social que en cada momento concreto de la historia ha merecido el hijo natural está en función del concepto contemporáneo vigente, en torno a la unión de la que procede. La evolución que experimenta el juicio social sobre la filiación natural, se liga así estrechamente con la que en la primera parte hemos visto recorrer al concubinato. En una época en que esta institución competía en frecuencia con el mismo matrimonio, del que apenas lo diferenciaban algunos signos externos de relativa relevancia (dote, esponsales, arras, ni siquiera considerados elementos esenciales de las uniones legales) cuando además la reconocida eficacia del matrimonio secreto afianza la existencia de una figura intermedia que venía a difundir aún más la ya de por sí imprecisa frontera, la comunidad no debió establecer apenas diferencias entre los nacidos dentro o fuera de matrimonio".

Las diversas situaciones que pueden presentarse las divido en la siguiente forma: hijos no reconocidos; filiación aceptada de hecho; filiación por reconocimiento voluntario o por sentencia.

#### Hijos No Reconocidos

No todos los hijos habidos fuera de matrimonio se encuentran en igual situación jurídica. Existen algunos, los más desprotegidos, que no tienen medio alguno para probar la relación de consanguinidad y se encuentran totalmente desamparados al no poder hacer referencia a la madre o al padre que los procreó; no hay dato, prueba o referencia alguna de los progenitores, por lo cual la relación jurídica paterno-filial nunca podrá establecerse.

#### Filiación aceptada de hecho

Existen otros casos en los cuales hay ciertos elementos directos o indirectos, ciertas pruebas que hacen posible detectar e identificar en muchos casos a los progenitores, en la mayor parte de los casos al padre, porque la madre raras veces desconoce a sus hijos. En estos casos, los hijos fuera de matrimonio se encuentran

(110) La Filiación no Legítima en el Derecho Histórico Español, tesis doctoral, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1969, pág. 59.

en una mejor posición, pues existe una apertura para lograr el reconocimiento del progenitor que no lo hubiere hecho, o bien, la investigación de la paternidad o de la maternidad con los elementos que se le ofrecen como prueba.

a) Situaciones. Las situaciones de los hijos no reconocidos pueden ser dos Absoluta (bilateral), en el caso en que ninguno de los progenitores los hubiere reconocido. Esta es la situación más triste, pues los hijos se encuentran en total desamparo a causa de la irresponsabilidad de sus padres. La segunda es la relativa (unilateral), que se da cuando sólo uno de ellos ha negado el reconocimiento. Por regla general la madre no niega el reconocimiento.

b) Deber de los progenitores. Evidentemente, por el hecho de la generación resulta el nexa fisiológico-moral que obliga a todo padre a atender, cuidar o alimentar a su hijo como una obligación natural. Desde el punto de vista jurídico en nuestro Derecho no está clara la obligación del reconocimiento paterno y hay una incongruencia en el Art. 60 C.C. que previene que "la madre no tiene derecho a dejar de reconocer a su hijo. Tiene la obligación de que su nombre figure en el acta de nacimiento de su hijo".

¿Cómo si el padre tuviera el derecho de no reconocer a su hijo? La incongruencia se destaca aún más al observar que en la evolución de nuestro Derecho se ha tratado de igualar al hombre y a la mujer, pero en este aspecto sigue vigente una protección infundada e inmoral al padre que se desliga de sus obligaciones respecto al hijo, generando situaciones graves en perjuicio de ambos y del país, al haber tantos hijos de madres solteras cuyos padres irresponsables niegan el reconocimiento y la ayuda alimenticia necesaria.

Es evidente que la consanguinidad genera el deber con cargo a los progenitores de establecer la relación jurídica paterno filial, que se hace posible por el reconocimiento de los hijos tanto por la madre como por el padre, en especial cuando existen algunos elementos

de prueba. Esto no priva al reconocimiento de ser un acto jurídico, pues es posible el nacimiento de un acto jurídico como consecuencia del cumplimiento de una obligación, por ejemplo: la promesa como contrato preparatorio. Asimismo, en ciertos casos en los cuales exista una seria presunción humana de la relación biológica existe el deber jurídico de reconocer.

b.1) Relación jurídica. La relación jurídica paterna filial sólo puede establecerse cuando hay una prueba de la filiación, lo que se dificulta sensiblemente en los hijos nacidos fuera de matrimonio. El derecho está superditado a la comprobación de la consanguinidad, a la existencia de una relación natural paterno filial, pues de lo contrario será imposible la existencia de una relación jurídica.

b.2) Deber de reconocer. El reconocimiento se refiere principalmente al padre, quien tiene siempre el deber de reconocer a su hijo, especialmente cuando exista alguna prueba de su paternidad. El hecho de que la ley permita la investigación de la paternidad en ciertos y determinados casos, genera un derecho en favor de los hijos y, consecuentemente, una obligación con cargo a los padres en el sentido de reconocer a sus hijos cuando se presentan las circunstancias que permiten su investigación.

El deber de los progenitores, especialmente del padre, de reconocer a sus hijos lo encontramos en las siguientes situaciones:

b.2.1) Aceptación de hecho. Cuando exista en favor del hijo un principio de prueba, como puede ser el que hubiere escritos, testigos o actuaciones del padre. Al generarse la posibilidad de investigar la paternidad como un derecho del hijo, en los términos de la fracción IV del artículo 382 C.C., se origina necesariamente el deber del padre de reconocer al hijo, cuando hubiere algún principio de prueba.

Puede existir un escrito indubitado en el que se reconozca la paternidad.

Nuestra legislación no se limita al escrito indubitado, sino que

en general hace referencia a cualquier prueba que detecte la posible relación paterno filial, y no necesariamente se pruebe una marcada voluntad de reconocer.

En otros países se requiere que en estos casos exista un escrito indubitado, es decir, en el que se reconozca expresamente la paternidad, que fuere escrito de puño y letra del padre y que en él se exprese la voluntad de reconocerlo. Nuestra legislación es más amplia, pues basta que exista en favor del hijo un principio de prueba contra el pretendido padre.

b.2.2) Posesión de estado. La posesión de estado de hijo constituye la segunda situación por la cual surge el deber del padre de reconocer a su hijo (Art. 382, Fc. II, C.C.). La posesión de estado resulta de una serie de hechos que en conjunto concurren a demostrar la relación de filiación y parentesco entre un individuo y su familia a la cual él pretende pertenecer. Vélez Sarsfield dice que "la posesión de estado es así por naturaleza una prueba más perentoria que la escritura pública, que los actos auténticos; es la evidencia misma, es la prueba viva y animada; la prueba en carne y hueso, como decía una Corte francesa". (111)

Para que la posesión del estado de hijo de presunto padre constituya una prueba en la investigación de la paternidad, basta que se demuestre por los medios ordinarios de prueba "que el hijo ha sido tratado por el presunto padre o por su familia como hijo del primero y que éste ha proveído a su subsistencia, educación y establecimiento" (Art. 384). Es decir, en este caso se requiere probar, como elementos constitutivos, la fama y el trato sin necesidad de tomar en consideración los otros dos elementos que pueden hacerse valer en la filiación matrimonial, que son: el nombre y la edad (Art. 343 C.C.).

Sin embargo, en relación a la fama se omiten los elementos de posesión constante y el reconocimiento por la sociedad, pues la

(111) Comentarios al Código Civil Argentino, Nota al artículo 325.

fama se limita a demostrar que el hijo ha sido tratado como tal por el presunto padre o por su familia.

El que sólo se requieran la fama y el trato como necesarios, lo confirma el artículo 387 C.C. que establece "que el hecho de dar alimento no constituye por sí solo prueba, ni aun presunción de paternidad o maternidad.

Tampoco puede alegarse como razón para investigar éstas".

b.2.3) Delito. Como consecuencia de los delitos de raptó, estupro y violación, surge el deber natural de reconocer a los hijos nacidos con motivo de esas relaciones sexuales, que generan un derecho en favor del hijo para investigar la paternidad, cuando la época del delito coincida con la de la concepción (Art. 382 Fc. 1, C.C.). En otros países existe un reconocimiento forzoso en esas situaciones. Nuestro Derecho sólo permite la investigación de la paternidad otorgando el derecho correspondiente al hijo. Como contrapartida, si hay el derecho del hijo a investigar la paternidad, surge el deber del padre de reconocer el producto de su relación ilícita, independientemente de la reparación del daño causado y la obligación alimenticia en favor de la madre y del hijo.

b.3) Pruebas. De lo dicho se derivan las pruebas que pueden aportarse para probar la relación paterno filial de hijos habidos fuera de matrimonio. Existen como posibles: El delito cometido, cuando la época coincida con la concepción; cuando exista en favor del hijo una posesión de estado del presunto padre; en caso de concubinato, cuya filiación se prueba con la presunción derivada del artículo 283 C.C., al probarse la existencia del concubinato, y por último, cuando exista en favor del hijo un principio de prueba en contra del pretendido padre.

b.4) Incumplimiento del deber. El incumplimiento del deber de los padres faculta a los hijos para la investigación de la paternidad en los casos permitidos por el artículo 382 C.C. y la investigación de la maternidad, con la excepción que no será permitida esta

investigación cuando tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada (Art. 385 C.C.).

b.5) Mención expresa merece el concubinato. Se trata de un reconocimiento legal basado en la presunción juris tantum semejante a la existente en el matrimonio. El artículo 383 C.C. la establece en los mismos términos que el artículo 324 C.C. para hijos habidos en matrimonio; consecuentemente, no necesariamente se requiere del reconocimiento, y es congruente aplicar a estos casos lo dicho -- anteriormente aun cuando está como posible la investigación de la paternidad en los términos del artículo 382 fc. III C.C.

Filiación por reconocimiento o por sentencia.

La tercera situación se presenta cuando el hijo es reconocido voluntariamente por el padre o por la madre o por ambos, o cuando se hubiere seguido el juicio de investigación de la paternidad o maternidad y por sentencia se declare la misma. En estos casos la relación paterno-filial está demostrada, existe jurídicamente y se producen los deberes, derechos y obligaciones entre los sujetos de esta relación, con efectos iguales a los de la filiación legítima.

a) Acta de nacimiento. A diferencia de la filiación de hijo de matrimonio, la prueba de los hijos habidos fuera del mismo sólo requiere como prueba el acta de nacimiento, en la cual puede constar el nombre de ambos padres, o sólo el de uno.

Si el menor es presentado como hijo de padres desconocidos, el Juez del Registro Civil pondrá el nombre y los apellidos haciendo constar esas circunstancias en el acta, lo que le permitirá investigar su paternidad y maternidad (Art. 58 C.C.).

Tratándose de hijos nacidos fuera de matrimonio, "la madre no tiene derecho a dejar de reconocer a su hijo. Tiene la obligación de que su nombre figure en el acta de nacimiento de su hijo", en cambio, "para que se haga constar en el acta de nacimiento el nombre del padre de un hijo fuera del matrimonio, es necesario que aquél

lo pida por sí o por apoderado especial, constituido en la forma establecida en el artículo 44, haciéndose constar la petición" (Art. 60 C.C.). Es decir, parece haber una situación desigual entre la madre y el padre; la primera no tiene derecho de dejar de reconocer a su hijo, como si el padre tuviere el derecho de dejar de reconocerlo.

En relación a la madre, si al hacer la presentación no se da su nombre, se "pondrá en el acta que el hijo presentado es de madre desconocida, pero la investigación de la maternidad podrá hacerse ante los tribunales de acuerdo con las disposiciones relativas de este código". Tampoco podrá asentarse el nombre de la madre cuando ésta sea casada, viva con su marido y se trate de un hijo habido de adulterio, a no ser que el marido hubiere desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que declare que no es hijo suyo (Art. 62 C.C.).

Como existe la presunción de que el hijo nacido de mujer casada es de su marido, en ningún caso, ni a petición de persona alguna, podrá el juez del Registro Civil, asentar como padre a otro que no sea el mismo marido, salvo que éste haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que así lo declare.

En relación a los matrimonios contraídos en violación a la prohibición del incesto, ambos progenitores tienen derecho que consten sus nombres en el acta, pero en ella no se pondrá que el hijo es incestuoso.

De lo anterior se deriva que en el acta de nacimiento pueden aparecer los nombres de ambos padres, de uno de ellos (generalmente la madre), o de ninguno. Por lo tanto, el acta hará prueba de la filiación según aparezcan los nombres de los padres, toda vez que si el padre, o la madre de un hijo natural o ambos lo presentan para que se registre su nacimiento, el acta surtirá todos los efectos de reconocimiento legal respecto del progenitor compareciente (Art. 77 C.C.).

b) Acta de reconocimiento. "Si el reconocimiento del hijo natural se hiciera después de haber registrado su nacimiento, se formará acta separada" (Art. 78 C.C.). El reconocimiento, según veremos oportunamente, es un acto voluntario; en cambio, la sentencia que declare la paternidad en un juicio de investigación de la misma será un acto jurisdiccional que se impone al progenitor con el que se litiga y procede efectos erga omnes (Art. 24 C.P.C.).

Una vez hecho el reconocimiento por alguno de los medios establecidos por la ley, deberán presentarse dentro del término de quince días al juez del Registro Civil, el original o copia certificada del documento que lo compruebe. En el acta se insertará la parte conducente de dicho documento, se observará todo lo relativo a las actas de reconocimiento y también al capítulo de reconocimiento de hijos nacidos fuera de matrimonio (Art. 399 C.C.).

#### D. Indemnización de la madre

En la legislación extranjera existen disposiciones para indemnizar a la madre los gastos de alumbramiento y los gastos de alimentos durante un período posterior al nacimiento, así como otros gastos que se tuvieren como consecuencia del nacimiento. En nuestro derecho no existe disposición semejante, aun cuando puede acudir a los principios generales contenidos en nuestra legislación.

Estimado como ilícita la relación sexual habida fuera de matrimonio, independientemente que fuere en concubinato o fuera de él, procede la aplicación del artículo 1910 con las salvedades necesarias. En estos supuestos las relaciones sexuales (salvo en los casos de delito de raptó, violación o estrupo) se deben a la aceptación o voluntad de ambos, y, consecuentemente, el varón y la mujer son responsables de los gastos habidos y deben contribuir en la medida de sus posibilidades económicas, pudiendo ser la carga total a cargo del hombre si así las circunstancias económicas lo señalan. Se trata en estos casos de indemnización a la mujer por gastos, y, adicionalmente, por las pérdidas que tuvo en relación a su trabajo durante su embarazo y el parto que le impidieron sostenerse a sí misma.

#### **CAPITULO CUARTO**

#### **ASPECTOS JURIDICOS DE LA RELACION CONCUBINARIA**

- I).- Efectos y Consecuencias de la  
Relación Concubinaria**
- II).- Regulación del Concubinato en  
el Código Civil para el Dis--  
trito Federal.**
- III).- Aspectos Jurídicos y Sociales  
del Concubinato**

## 1.- EFECTOS Y CONSECUENCIAS DE LA RELACION CONCUBINARIA

Los efectos que a continuación estudiaremos se refieren a deberes personales, y también a los derechos y obligaciones que entre ellos se generan.

a) Parentesco. Los parentescos reconocidos por la ley son los de consanguinidad, afinidad y el civil (Art. 292 C.C.). El concubinato no genera el parentesco por afinidad, pues el 294 C.C. previene que "el parentesco de afinidad es el que se contrae por el matrimonio entre el varón y los parientes de la mujer y entre la mujer y los parientes del varón".

El parentesco por consanguinidad, en relación con los hijos, deriva de la filiación habida fuera del matrimonio, sobre la cual existe la presunción prevista en el artículo 383 C.C. En la línea ascendiente el parentesco se establece independientemente del concubinato, por el hecho de proceder unos de otros.

b) Igualdad. La igualdad entre los concubinarios no se origina de esta situación de facto. Esta igualdad se establece como garantía constitucional. En el artículo cuarto que expresa: "El varón y la mujer son iguales ante la ley". Esta igualdad se concreta en el artículo 2 C.C., que determina que la capacidad jurídica "es igual para el hombre y la mujer; en consecuencia la mujer no queda sometida por razón de su sexo, a restricción alguna en la adquisición y ejercicio de sus derechos civiles".

En general, los actos de uno de los concubinarios no obligan al otro, a menos que se hubiere constituido fiador o solidario uno respecto del otro, lo cual no requiere autorización alguna, pues recordemos que la autorización judicial que exigen los artículos 174 y 175 C.C. se refieren solamente a los cónyuges.

c) Alimentos. En esta materia de alimentos había hasta 1983, una contradicción. No existía obligación civil, es decir, exigible de prestarse entre sí alimentos, pues esta obligación recíproca se limitaba a los cónyuges (Art. 302 C.C.) y, se requería que alguno de los concubinarios hubiere muerto, para que el otro tuviera derecho a los alimentos en caso de sucesión testamentaria. Esta situación cambió y el Código Civil para el Distrito Federal establece la obligación recíproca entre concubinarios.

El haberse modificado el artículo 302 C.C., para generar la obligación de alimentos recíprocos entre concubinarios, responde sólo a una situación especial, más no resuelve el problema de las relaciones sexuales distintas al concubinato o al matrimonio que en nuestro país se presentan, pues una cosa es la existencia del matrimonio y del concubinato, y otra las muchas relaciones sexuales que se dan en relación con los amantes, madres solteras o abandonadas, etc., que son también situaciones ilícitas que deben producir consecuencias jurídicas en favor de la mujer y sus hijos.

Al proteger a los concubinarios, especialmente a la concubina, estableciendo la obligación civil de los alimentos recíprocos, parece una solución incompleta con el peligro de ir asemejando el concubinato al matrimonio, buscando un lugar dentro de nuestra legislación positiva para ese tipo de relaciones sexuales.

Por lo tanto, tal como se expresó, debería el Código Civil, proteger, primordialmente a la mujer embarazada y a la que tuviere hijos con pensión alimenticia con cargo al varón, y con posibilidad de asistencia social con cargo a la comunidad y al Estado.

d) Relación patrimonial. ¿Genera la convivencia alguna sociedad de hecho entre los concubinarios? Para responder a esta interrogante, dividiremos este aspecto patrimonial en dos: uno de ellos al patrimonio de familia y el siguiente a los otros bienes, muebles o inmuebles, que los concubinarios pueden tener.

En relación con el patrimonio de familia, éste se compone de la casa habitación, o de la parcela cultivable (Art. 723 C.C.). Por ser un patrimonio de familia, puede constituirlo cualquier miembro de la misma en los términos del artículo 731 C.C., debiendo demostrar la existencia de la familia a cuyo favor se va a constituir el patrimonio. Sin embargo, la fracción III del artículo citado, dice que la comprobación de los vínculos familiares se hará con las copias certificadas de las actas del Registro Civil, lo que excluye a los concubenarios, pues no es posible comprobar esa unión con acta del Registro Civil.

Sin embargo, el concubinato también genera una familia y, por lo tanto, en términos generales esta familia también tiene derecho a constituir un patrimonio y se comprobará la existencia de ella a través de las actas de nacimiento de los hijos, que son miembros también de la familia.

Cierto es que el artículo 725 C.C., dice que tienen derecho a habitar la casa afectada al patrimonio de familia "el cónyuge del que lo constituye y las personas a quienes tienen obligación de dar alimentos", y agrega, que ese derecho es intransmisible. Esto parece indicar que el patrimonio de familia puede constituirse para la familia originada de concubinato, pero que los concubenarios no tienen derecho a habitar la casa, al no ser cónyuges; sin embargo, quienes viven en esta unión van a cohabitar en la casa toda vez que es una de las características que los concubenarios tengan un domicilio común para que vivan como si fueran cónyuges, de donde se desprenden, indirectamente, ese derecho de la concubina o del concubinario en su caso.

En relación con el segundo de los problemas, hay que responder si la unión derivada del concubinato genera alguna sociedad de hecho "producto casi siempre más de las circunstancias que de una actitud razonada y voluntaria."

"Inicialmente, ni la doctrina ni la jurisprudencia, la admitieron. Se suponía que aceptarla importaba tanto como acordar el concubinato efectos semejantes a los producidos por la unión

legítima. Además, y para el supuesto de que se invocase la constitución de una sociedad de hecho entre concubinarios, perfectamente posible ante la ausencia de incapacidad para contratar, se consideraba la existencia de una dificultad insuperable: la ausencia de prueba por escrito exigida por el artículo 1834 del Código Civil. Así, la Corte de París, expresaba que el estado de concubinato no puede ser invocado ni como principio ni como prueba de una comunidad o sociedad de hecho, de manera que el concubinario que alegase la existencia de tal sociedad, cuyo objeto fuese superior a 150 francos, debe suministrar la prueba escrita que exige para este caso el artículo 1834 del Código Civil. La Corte de Burdeos. repitió el razonamiento y mantuvo idéntica posición." (112)

Se señala que posteriormente los tribunales cambiaron paulatinamente, y que el Tribunal Civil del Sena, señaló que no se puede evidentemente crear entre las partes una comunidad de bienes y producir así los efectos reservados a la unión legítima, pero "debe sin embargo, reconocerse una sociedad de hecho entre concubinarios, que tiene por objeto la creación y explotación de un fundo de comercio, cuando éste ha sido fundado y explotado por ellos en común. Así ocurre si a la concubina se ha dado la posesión de estado de esposa, ocupa en la casa una situación preponderante que no es, de ningún modo, la de una empleada, sino más bien la de una verdadera asociada y cuando su trabajo ha contribuido en gran medida al éxito de la empresa"(113).

Entre autores latinoamericanos, especialmente argentinos, que son afectos a basarse en la jurisprudencia francesa, también se acepta la posibilidad de regular las relaciones patrimoniales de concubinarios mediante una sociedad irregular o de hecho. Es más fácil una solución en esta línea cuando el único régimen que se origina del matrimonio es la sociedad conyugal o legal, pero esto se dificulta cuando existen dos posibles regímenes del matrimonio como en nuestro Derecho. Si debemos tomar en cuenta que para la existencia del concubinato, la pareja tiene que vivir como casados, esta situación debe reflejarse en lo patrimonial.

(112) Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo III, pág. 620.

(113) Ibidem, pág. 621

legítima. Además, y para el supuesto de que se invocase la constitución de una sociedad de hecho entre concubinarios, perfectamente posible ante la ausencia de incapacidad para contratar, se consideraba la existencia de una dificultad insuperable: la ausencia de prueba por escrito exigida por el artículo 1834 del Código Civil. Así, la Corte de París, expresaba que el estado de concubinato no puede ser invocado ni como principio ni como prueba de una comunidad o sociedad de hecho, de manera que el concubinario que alegase la existencia de tal sociedad, cuyo objeto fuese superior a 150 francos, debe suministrar la prueba escrita que exige para este caso el artículo 1834 del Código Civil. La Corte de Burdeos. repitió el razonamiento y mantuvo idéntica posición." (112)

Se señala que posteriormente los tribunales cambiaron paulatinamente, y que el Tribunal Civil del Sena, señaló que no se puede evidentemente crear entre las partes una comunidad de bienes y producir así los efectos reservados a la unión legítima, pero "debe sin embargo, reconocerse una sociedad de hecho entre concubinarios, que tiene por objeto la creación y explotación de un fundo de comercio, cuando éste ha sido fundado y explotado por ellos en común. Así ocurre si a la concubina se ha dado la posesión de estado de esposa, ocupa en la casa una situación preponderante que no es, de ningún modo, la de una empleada, sino más bien la de una verdadera asociada y cuando su trabajo ha contribuido en gran medida al éxito de la empresa"(113).

Entre autores latinoamericanos, especialmente argentinos, que son afectos a basarse en la jurisprudencia francesa, también se acepta la posibilidad de regular las relaciones patrimoniales de concubinarios mediante una sociedad irregular o de hecho. Es más fácil una solución en esta línea cuando el único régimen que se origina del matrimonio es la sociedad conyugal o legal, pero esto se dificulta cuando existen dos posibles regímenes del matrimonio como en nuestro Derecho. Si debemos tomar en cuenta que para la existencia del concubinato, la pareja tiene que vivir como casados, esta situación debe reflejarse en lo patrimonial.

(112) Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo III, pág. 620.

(113) Ibidem, pág. 621

En los países en los que existe un sólo régimen, y es la sociedad conyugal, el problema principal consiste en la prueba de la sociedad de hecho entre concubenarios, pues dan por hecho la existencia de este tipo de sociedad, que debe regular las relaciones patrimoniales entre ambos.

En nuestro Derecho, como expresé, esta situación no es tan clara. se tiene que hacer referencia a los regímenes matrimoniales posibles entre cónyuges. Como existen dos regímenes, y si los concubinos viven como si fueran casados, surge el problema para determinar en cuál de los dos viven los concubenarios en sus relaciones patrimoniales. La doctrina mexicana, no obstante la necesidad u obligatoriedad de decidir por alguno de los regímenes al casarse, en caso de que no hubiere alguno, o en caso de duda, se estima que las relaciones patrimoniales entre cónyuges se rigen por la separación de bienes, atento a lo dispuesto por el artículo 172 C.C., que dice que "el marido y la mujer mayores de edad, tienen capacidad para administrar, contratar o disponer de sus bienes propios, y ejecutar las acciones u oponer excepciones que a ellos corresponden sin que para tal objeto necesite el esposo el consentimiento de la esposa, ni ésta de la autorización de aquél, salvo en lo relativo a los actos de administración y dominio de los bienes comunes". Esto significa, a mi entender, que el régimen patrimonial de bienes, de los concubenarios será normalmente el de separación de bienes, lo que se confirma al seguir la evolución de nuestro Derecho en esta materia. Recordemos que en los Códigos de 1870 y 1884, estaba perfectamente reglamentada la sociedad legal, y que a ella se atenían los cónyuges que no hubieren pactado, ni la separación de bienes ni la sociedad conyugal. Recordemos también que la Ley Sobre Relaciones Familiares terminó con la sociedad legal, la que quedó como una simple mancomunidad mientras se hacía la liquidación de la misma, y se estableció el régimen de separación de bienes. Es decir, la trayectoria histórica en nuestra legislación ha sido la de independencia y plena

capacidad del hombre y la mujer en esta materia de bienes aplicados a lo conyugal, que puede trasladarse también a los concubinarios. Sin embargo, como es posible la existencia de una sociedad entre concubinarios, no podemos descartar esta posibilidad, y preguntarnos si sería posible una sociedad de hecho entre concubinarios, independientemente del medio de prueba de su existencia.

Refiriéndome nuevamente al contrato de matrimonio en relación con los bienes entre los cónyuges, en la sociedad conyugal se dice que el contrato se regirá por las capitulaciones matrimoniales, y en lo no estipulado por las disposiciones relativas al contrato de sociedad. De existir, lo que es muy remoto, un contrato de sociedad entre concubinarios, no habría problema alguno en este aspecto, pero lo usual o general es que entre concubinarios no exista escrito contrato alguno en relación a sus bienes, lo que me hace remitirme al contrato de sociedad.

Nuestra legislación en esta materia hace referencia al contrato de sociedad, lo que excluye a las asociaciones. Los concubinarios, mayores de edad, tienen la capacidad para contratar y constituir una sociedad y, por lo tanto, a obligarse "mutuamente a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común, de carácter preponderantemente económico, pero que no constituya una especulación comercial " (Art. 2688 C.C.).

Ahora bien, el contrato de sociedad debe constar por escrito, "pero se hará constar en escritura pública cuando algún socio transfiera a la sociedad bienes cuya enajenación deba hacerse en escritura pública ". (Art. 2690 C.C.). El contrato de sociedad inscrito en el Registro de Sociedades Civiles produce efectos contra terceros. Lógicamente, una sociedad que no conste por escrito (independientemente que sea privado o público), y que no esté inscrita en el Registro de Sociedades Civiles, no tiene personalidad jurídica, ni surte efectos contra terceros, atento a lo que dispone en el artículo 2691 C.C. que establece que, "la falta de forma escrita para el contrato social

sólo produce efectos de que los socios puedan pedir, en cualquier tiempo, que se haga la liquidación de la sociedad conforme a lo convenido, y a falta de convenio, conforme al capítulo V de esta sección, pero mientras esa liquidación no se pida, el contrato produce todos sus efectos entre los socios, y éstos no pueden oponer a terceros que hayan contratado con la sociedad, la falta de forma".

Lo anterior significa que los concubinarios que hubieren establecido algún negocio, que los dos administran o que tuvieren una casa que ambos habitaran, o tuvieren algunos otros bienes que estuvieren afectos a un fin económico, y que no hubieren constituido una sociedad por escrito, tendrían una sociedad de hecho, atento a lo que dispone el artículo 2691 C.C., que surte efectos jurídicos entre ellos, y que en relación a los bienes que se aportaren, éstos no podrían implicar una transmisión de dominio a la sociedad, toda vez que ésta no tiene personalidad jurídica, y no puede, por lo tanto ser titular de ellos. Se debe tomar en cuenta que aún existiendo personalidad jurídica, los socios pueden pactar que no se transfieran los bienes a la sociedad, según lo dispone el artículo 2689 C.C., que establece una presunción de que todas las aportaciones que hagan los socios se entiende traslativas de dominio, "salvo que expresamente se pacte otra cosa".

Sobre este particular se debe tener en cuenta, que el concubinato por prolongado que fuera, no significa, necesariamente, que se hubiere constituido, además una sociedad de hecho. Cualquiera que fuere la situación entre los concubinarios, siempre se requiere una prueba de la existencia de la sociedad de hecho; por sí mismo el concubinato no crea una sociedad de hecho entre los concubinarios, ni hace presumir su existencia, porque existe como posible el doble régimen patrimonial que en materia matrimonial existe. El problema de la prueba es diverso. Existiendo la sociedad de hecho, debe acudirse a todo medio de prueba para su comprobación. Pueden haber documentales consistentes en avisos oficiales, pagos de impuestos, reconocimientos

de terceros de la existencia de esa sociedad, como por ejemplo en el envío de mercancía, facturación, etc., y también son aceptables las testimoniales, pero éstas, para su mejor prueba, deben confirmarse con documentales.

e) Nombre. En el matrimonio no existe obligación alguna de que la mujer use el apellido del consorte. Consecuentemente, tampoco en el concubinato existe obligación alguna de la concubina en esta materia.

f) Domicilio. Los concubenarios deben vivir como si fueren cónyuges. Se requiere para que produzca efectos legales que tenga cierta duración, lo cual exige una convivencia y domicilio común en los términos del artículo 163 C.C., pero no existe obligación de ninguno de los concubenarios, a diferencia de la que existe entre los cónyuges, en relación con los cuales los tribunales con conocimiento de causa puedan eximir la obligación de alguno de ellos. Como el concubinato es una unión libre que puede concluir en cualquier momento, no existe obligación de ellos de permanecer en el domicilio.

g) Sucesión. En nuestro Derecho en la sucesión legítima ambos concubinos tienen derecho a heredar. El artículo 1635 C.C. a semejanza del 1368 C.C., señala que "la concubina y el concubinario tienen derecho a heredarse recíprocamente, aplicándose las disposiciones relativas a la sucesión del cónyuge, siempre que hayan vivido juntos como si fueran cónyuges durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o cuando hayan tenido hijos en común, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato"

Con la reforma del artículo 1635 C.C., se igualaron los concubenarios a los cónyuges en materia de sucesión y se suprimieron las reglas especiales que el mismo artículo contenía para la participación de la concubina en el haber hereditario, que era menor al de la esposa. Parece lógica la modificación, pues si el varón y la mujer para ser concubinos necesitan vivir como si fueran esposos,

debe seguirse la misma regla para la sucesión.

"No basta con probar que la mujer fue concubina o el hombre concubinario, sino que es necesario que a la muerte de alguno de ellos las relaciones entre ambos estuvieran vigentes". "Si de las pruebas rendidas se ve que desde meses antes de la muerte del concubinario terminaron las relaciones, que aunque singulares y permanentes, había tenido en otra época, al no perdurar hasta la muerte del autor de la sucesión, no pudo cumplirse el requisito que la ley exige, de la vida de la concubina, con el concubinario, como si fuera su marido, durante los cinco años inmediatos a su muerte". (114)

Debe probarse que se vivió en concubinato los cinco años inmediatos, lo que se ha reconocido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

"No basta que una persona haya probado haber sido concubina del autor de la herencia, para que se le declare heredera, sino que debe demostrar haber vivido con éste durante los cinco años inmediatos que precedieron a la muerte de dicho señor; porque, aún habiendo sido concubina debe acreditar en el juicio intestamentario tener derecho a heredar con tal carácter, por haber concurrido los requisitos del art. 1635 del Código Civil". (115)

Debido al derecho que la concubina tiene a la "participación en los bienes de la sucesión de su amasío, le da a la concubina interés jurídico para demandar la nulidad de la supuesta acta de matrimonio de su amasío con la demandada, pues la vigencia legal de tal acta de matrimonio la priva de su participación en los propios bienes de la herencia de su amasío".(116)

Este derecho a la sucesión de cualquiera de los concubinarios, se repite en las leyes de carácter social, el artículo 501 de la Ley Federal del Trabajo, previene que "tendrán derecho a recibir la indemnización en los casos de muerte:

I.- La viuda o el viudo que hubieren dependido económicamente de la trabajadora y que tenga una incapacidad de más del 50 por ciento,

(114) Sexta Época, Cuarta Parte; Volumen XXV, pág. 96, Amparo Directo 570/1950, Victoria - Oranados, 5 votos, 3a. Sala, Apéndice de Jurisprudencia "Sucesiones, Prescripción de la acción de petición de Herencia", en este Volumen, Tesis 2483.

(115) Amparo en revisión 30/1973, L.E. de J.M. de la Sucn. de M.M.M. agosto 23 de 1973, Una mayoría, Segundo Tribunal Colegiado Primer Circuito en Materia Civil.

(116) Amparo Directo 2049/1973, María Nicolasa Macedonia Martel Vda. de Lucas, Noviembre de 1974, Unanidad 4 votos, Ponente Mtro. David Franco Rodríguez, 3a. Sala, Séptima Época, Volumen 71, Cuarta Parte, pág. 19, 3a. Sala, Boletín No. 11 y 12 del Seminario Judicial de la Federación, pág. 49, 3a. Sala, Informe 1974, Segunda Parte, pág. 66.

o más, y los hijos menores de 16 años y los mayores de esta edad, si tienen la incapacidad del 50 por ciento o más".

II.- "Los ascendientes concurrirán con las personas mencionadas en la fracción anterior, a menos que se pruebe que no dependían económicamente del trabajador".

III.- "A falta de cónyuge supérstite concurrirá con las personas relacionadas en las dos fracciones anteriores la persona con quien el trabajador vivió como si fuere su cónyuge durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte, o con la que tuvo hijos, siempre que ambos hubieren permanecido libres de matrimonio durante el concubinato".

IV.- "A falta del cónyuge supérstite, los hijos y ascendientes, las personas que dependían económicamente del trabajador concurrirán con la persona que reúna los requisitos señalados en la fracción anterior, en la proporción en que cada una dependía de él".

Debe observarse que en el artículo 1635 C.C., el último párrafo, previene que si al morir el autor de la herencia, tenía varias concubinas o concubinarios en las condiciones mencionadas, ninguno de ellos hereda

En la Ley Federal del Trabajo como ya lo señalamos, también se contempla la situación de la concubina y le otorga el derecho a recibir la indemnización, mism que está supeditado a la comprobación de la dependencia económica del trabajador.

Se refieren a la sucesión de la concubina, los artículos: 73 de la Ley del Instituto Mexicano del Seguro Social; 93 fracción I, 54 fracción IV, y 88 fracción II de la Ley del Instituto de Seguridad de Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, artículo 50 Fracción D de la Ley del Fondo Nacional de la Vivienda para Trabajadores; y el artículo 82 de la Ley Federal de la Reforma Agraria.

El artículo 40 inciso D de la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para Trabajadores, previene que en los casos

de jubilación o de incapacidad total permanente, se entregará al trabajador el total de los depósitos que tenga a su favor en el Instituto. En casos de muerte del trabajador, dicha entrega se hará a sus beneficiarios, en el orden de prelación siguiente: "b) a falta de viuda o viudo, concurrirán con las personas señaladas en las dos fracciones anteriores el superstite con quien el derechohabiente vivió como si fuera su cónyuge, durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte, o con el que tuvo hijos, siempre que ambos hubieran permanecido libres de matrimonio durante el concubinato, pero si al morir el trabajador tenía varias relaciones de esta clase, ninguna de las personas con quienes las tuvo tendrá derecho".

Dentro de la ley del Seguro Social, se encuentran protegidos el trabajador y los beneficiarios. Dentro de los beneficiarios el artículo 72 previene que "a falta de esposa tendrá derecho a recibir la pensión señalada en la fracción II del artículo anterior la mujer con quien el asegurado vivió como si fuera su marido, durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o con la que tuvo hijos, siempre que ambos hubieran permanecido libres de matrimonio durante el concubinato. Si al morir el asegurado, tenía varias concubinas ninguna de ellas gozará la pensión". Aquí se hace referencia nuevamente sólo a la concubina, con lo cual se desprende la necesidad de uniformar nuestra legislación para comprender a ambos, toda vez que pueden ser ambos los beneficiarios o herederos.

h) Donaciones. Nada se opone, en principio, a las donaciones entre concubenarios, siempre que se reúnan las condiciones exigibles para cualquier otro contrato. Sin embargo, nos hallamos ante una contradicción. En relación a la donación entre consortes, éstas pueden ser revocadas en todo tiempo por los donantes por causa justificada a juicio del juez; en cambio, la donación entre concubenarios, sigue las reglas generales del contrato, y ésta sola puede ser inoficiosa cuando perjudique las obligaciones del donante de ministrar alimentos

a aquellas personas a quien los debe conforme a la ley o hubiere ingratitud del donatario.

Sin embargo, al igual que cualquier otro contrato, debe tomarse en cuenta la licitud en el objeto, motivo o fin o causa del contrato. Así en la doctrina y en la jurisprudencia extranjera se dice que "la jurisprudencia, sin embargo, ha vuelto por los fueros de la moral y ha establecido, como tesis general, que las liberalidades hechas por el amante a su concubina pueden ser anuladas en virtud de una causa ilícita o inmoral conforme a los artículos 1131 y 1133. Si por el designio de la liberalidad ha sido remunerada la mujer con el objeto de determinarla a entablar o continuar relaciones ilícitas, no cabe duda que la anulación es procedente, puesto que se está en presencia de la retribución por una conducta inmoral. Si, por el contrario, lo que el amante se propone con la liberalidad es la reparación del perjuicio material o moral causado por la seducción, o incluso, asegurar a la ex amante su tranquilidad en la vejez, el móvil puesto en juego es un designio moral que depura la liberalidad y hace su anulación innecesaria". (117)

Es decir, la donación será nula cuando su causa, o su motivo fueren ilícitos, por ser contrarios a las buenas costumbres, o a una ley prohibitiva, como lo sería el que la donación encubriera la retribución por las relaciones ilícitas que se mantienen; en cambio, si la donación es producto de esa convivencia que existe semejante al matrimonio, la donación sería legítima.

i) Celebración de contratos. No existe prohibición alguna en que los concubinarios contraten entre sí, con lo cual se presenta una nueva contradicción en relación con lo prevenido para el matrimonio, donde los artículos 174 y 175, exigen la autorización judicial para que los consortes puedan contratar entre sí, salvo cuando el contrato sea el de mandato para pleitos y cobranzas o para actos de administración. Es decir, el concubinato no origina incapacidad alguna.

Desde luego, que a semejanza de lo dicho en relación con la

(117) Jean Carbonier, Derecho Civil, Tomo I, Volumen II, Pág. 245, Bosch Casa Editorial, Madrid, 1914.

donación, el contrato debe reunir las características de existencia y validez que para todo contrato se requieren, dentro de los cuales debe tomarse muy en cuenta el aspecto de la licitud en el objeto, motivo, causa o fin del contrato, que entre concubenarios celebren.

j) Terminación del concubinato. El concubinato no genera el parentesco por afinidad y es una unión que puede romperse libremente por cualquiera de los concubenarios. En términos generales la terminación no puede originar indemnización o título de daños y perjuicios.

La doctrina extranjera distingue la ruptura cuando existe una seducción dolosa "que consiste generalmente en una falta promesa de matrimonio, haya o no embarazo de la concubina, puede accionar y obtener declaración de responsabilidad civil del concubinario"<sup>(118)</sup>. Fuera de este caso, parece difícil encontrar otros en los que procediera la indemnización.

En el matrimonio, la indemnización es posible con cargo al cónyuge culpable en los términos del artículo 288 C.C., que califica al divorcio como un hecho ilícito.

(118) Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo 111, Página 623.

## Efectos en Relación con los hijos

a) Filiación y parentesto. Del concubinato se deriva la filiación natural de hijos habidos fuera de matrimonio, independientemente de otros hijos habidos de otras uniones sexuales.

Los hijos de los concubinarios deben ser reconocidos expresamente por el padre de modo voluntario, en la partida de nacimiento ante el juez del Registro Civil, por acta especial ante el mismo juez, por escritura pública, por testamento o por confesión judicial directa y expresa (Art. 369 C.C.).

En relación a la madre, la filiación se establece por el sólo hecho del nacimiento (Art. 360 C.C.).

Está específicamente autorizada la investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio, que comprende al concubinato, en el artículo 382 C.C., el que tiene cuatro casos permitidos, lo que se logrará mediante sentencia que declare la paternidad. Hay, además, un tercer medio que es la presunción establecida en el artículo 383 C.C., en relación al cual la Suprema Corte de Justicia de la Nación dice: "De conformidad con el artículo 360 del Código Civil vigente, la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio se establece, con relación al padre, bien, primero, por el reconocimiento voluntario, o bien, segundo, por una sentencia que declare la paternidad, para lo cual el artículo 382 del mismo ordenamiento concede la acción de investigación en los cuatro casos que limitativamente numera el propio precepto. Pero el mismo Código agrega un tercer medio -el legal- de establecimiento de la filiación natural en su artículo 383, al instituir que se presumen hijos del concubinario y de la concubina: I. Los nacidos después de ciento ochenta días contados desde que comenzó el concubinato. II. Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes al en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina. Estas reglas son idénticas a las que en materia de filiación legítima establece el artículo 324 del propio ordenamiento, ya que conforme a éste se presumen

hijos de los cónyuges: I. Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio, y II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del mismo. Entonces, pues, cuando se está en el caso de un hijo nacido dentro de los trescientos días siguientes al en que cesó la vida en común del concubinario y de la concubina, o bien después de los ciento ochenta días de iniciado el concubinato, es evidente que ya no se trata de un caso en que hay que investigar la paternidad para establecer la filiación natural, sino que se está en presencia de una auténtica filiación natural, legalmente establecida, y que, por lo mismo, ya no hay necesidad de investigar, puesto que, como acaba de decirse, legalmente se encuentra ya establecida por expresa presunción de la Ley Civil en su invocado artículo 383, del mismo modo que tratándose de los hijos legítimos lo hace, según también ya se vio, el artículo 324. Y si ello es así, es claro que el hijo goza de una posesión de estado que no puede arrebatarle sino por sentencia ejecutoria dictada en juicio contradictorio en que se destruya dicha presunción, siendo ésta la razón por la que el artículo 352 establece al respecto la protección del juicio plenario, y el 353 concede acción interdical al hijo a quien se pretendiera despojar o perturbar en dicha posesión; en la inteligencia de que aunque estos dos últimos preceptos se refieren expresamente a los hijos nacidos de matrimonio, debe sin embargo establecerse que igualmente protegen a los hijos naturales, por virtud del bien conocido principio de aplicación analógica de que donde existe la misma razón legal, debe existir igual disposición de derecho." (119)

Esta presunción se basa en el deber de fidelidad de la mujer. "Pues bien, en el caso del concubinato notorio, conforme al artículo 340, se da cabida a cierto deber de fidelidad y, consiguientemente la aplicabilidad del precepto se condiciona a que las relaciones entre varón y la mujer hayan previsto caracteres de alguna estabilidad".(120)

(119) Amparo directo 4718/1968, Aristeo Maldonado Torres, Junio 26 de 1969, 5 votos, Ponente Mtro. Ernesto Solís López, 3a. Sala, Séptima Época, Volumen 6, Cuarta Parte, Página 7, Tesis que ha servido precedente.

(120) Jean Carbonier, obra citada, página 247.

Recordemos que para que exista el concubinato deben reunirse las características de que sea una unión semejante al matrimonio, que sea de una hombre y una mujer, que tenga cierto tiempo, es decir, cinco años o a menos de que hubiere habido un hijo, y que no hubiere impedimento de ligamen alguno, lo que le da esta exigencia de fidelidad.

El parentesco es producto de la filiación. Al establecerse éste, bien sea por el simple hecho del parto en el caso de la mujer, o por el reconocimiento o la investigación de paternidad en el caso del varón, se establecen entre los padres e hijos todos los derechos, deberes y obligaciones que nacen del parentesco; no existe limitación alguna derivada de la situación de los padres.

b) Igualdad. En nuestra actual legislación se borró la odiosa diferencia entre hijos de matrimonio y los nacidos fuera de matrimonio. "Se procuró que uno y otro gozasen de los mismos derechos, pues es una irritante injusticia que los hijos sufran las consecuencias de las faltas de sus padres, y que se vean privados de los más sagrados derechos, únicamente porque no nacieron de matrimonio, de lo cual ninguna culpa tienen; se ampliaron los casos de la investigación de la paternidad porque los hijos tienen derecho a saber quiénes los trajeron a la vida, pueden pedir que los autores de su existencia les proporcionen los medios de vivir; pero se procuró que la investigación de paternidad no constituyera una fuente de escándalo, de explotación por parte de mujeres sin pudor que quisieran sacar provecho de su prostitución". (121)

c) Alimentos. Comprobado el parentesco entre los padres e hijos, se establece entre ellos la obligación alimenticia recíproca. "Los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos. A falta o por imposibilidad de los padres, la obligación recae en los demás ascendientes por ambas líneas que estuvieren más próximos en grados" (Art. 303 C.C.). En reciprocidad, también los hijos están obligados a dar alimentos a los padres, según lo previene el artículo 304 C.C.

(121) Exposición de Motivos, Código Civil de 1928.

d) No pueden adoptar. Si se acepta que el concubinato es una relación de facto, un hecho jurídico ilícito, por ser contrario a las buenas costumbres, los concubinarios no pueden adoptar, atento a lo que dispone el artículo 390 C.C., que en el último de los requisitos previene que se debe acreditar que "el adoptante es persona de buenas costumbres".

e) Patrimonio de familia. Me remito a lo expresado en relación a los efectos entre concubinarios. Puede constituirse un patrimonio de familia, pues lo que debe comprobarse para ello es la existencia de la familia, con las actas del Registro Civil, del nacimiento de los hijos. Por lo tanto, la concubina o el concubinario puede constituir un patrimonio de familia para todos los efectos legales.

f) Nombre. Los hijos habidos del concubinato tienen derecho a llevar el apellido paterno de sus progenitores o ambos apellidos del que lo reconozca, según previene el artículo 389 C.C.

El nombre es un atributo de la personalidad que corresponde a todos y es inherente a ellos. Por lo tanto, cualquier hijo tiene derecho a llevar el nombre de los progenitores por derecho natural, lo que es reconocido en nuestra legislación.

g) Sucesión. Todos los habitantes del Distrito Federal tienen capacidad para heredar independientemente de la edad "y no pueden ser privados de ella de un modo absoluto; pero con relación a ciertas personas, y a determinados bienes, pueden perderla por alguna de las causas siguientes":

I.- "Falta de personalidad; II. Delito; III. Presunción de influencia contraria a la del testador o a la verdad del testamento; IV. Falta de remoción de algún cargo conferido en el testamento" (Art. 1313 C.C.). Salvo las causas señaladas, ningún otro obstáculo existe en relación con el origen de los hijos, pues todos, independientemente que fueran hijos habidos de matrimonio o fuera de él, tienen la misma capacidad de heredar.

Existe en la sucesión legítima un capítulo relativo a la sucesión de los descendientes que comprende a los hijos, y establece las reglas cuando participan sólo hijos, en cuyo caso la herencia se dividirá entre todos, por partes iguales, o bien cuando concurren con la concubina.

h) Patria potestad. La patria potestad se origina de la filiación. Es un deber y una obligación con cargo a los padres, y una respuesta de los hijos a honrar y obedecer a sus padres.

El ejercicio de la patria potestad puede ser por ambos concubinarios, o por uno de ellos. El artículo 415 C.C., establece reglas sobre el particular, al expresar que cuando los progenitores han reconocido al hijo nacido fuera del matrimonio y viven juntos, ejercerán ambos la patria potestad.

Si viven separados, se observará, en su caso, lo dispuesto por los artículos 380 y 381 C.C., que establecen la forma y manera como se reconocen hijos y quién ejerce la custodia. Por ejemplo: si el padre y la madre no viven juntos y ambos reconocen al mismo tiempo, entre ellos decidirán quién ejerce la custodia, y de no ponerse de acuerdo, el juez de lo Familiar decidirá. En caso de reconocimiento sucesivo, quien reconozca primero, si no viven juntos, ejercerá la custodia.

Para el caso de separación de los concubinarios, el artículo 417 C.C., señala la regla, al decir que "cuando los padres del hijo nacido fuera de matrimonio que vivan juntos se separen, continuará ejerciendo la patria potestad, en caso de que no se pongan de acuerdo sobre ese punto, el progenitor que designe el juez, teniendo siempre en cuenta los intereses del hijo".

### Efectos en Relación con Terceros

a) Daños por accidente. Independientemente del derecho que asiste a la concubina o al concubinario, en muchos casos, para ser beneficiario en relación a la seguridad social, y que comprende la indemnización por muerte, conviene precisar si en los términos de la legislación civil, alguno de los concubinos tiene derecho a la indemnización por lesiones o muerte del otro. Y esto desde dos puntos de vista: como una indemnización civil, en primer término, y después como reparación moral.

Según los autores franceses, el agravio moral exige "para configurarse que aparezca lesionado un aspecto legítimo", es decir, respetable y, por lo tanto, no reprobado por la moral, lo que no ocurre en opinión de la doctrina y de la jurisprudencia con los sentimientos invocados por la concubina. En este sentido mantienen su enérgica repulsa la Corte de Casación y en los mismos términos se expresan los autores franceses Jean Carbonnier, Marcel Planiol y Jorge Ripert. En Argentina, siguen en principio la teoría y jurisprudencia francesas". (122)

En nuestro Derecho, contamos con el artículo 1919 C.C., que previene que el que "obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima", y el artículo 1913 C.C., que trata del uso de mecanismos o instrumentos, aparatos o sustancias peligrosas, como puede ser, por ejemplo el uso de vehículos automotores, y que por virtud de algún accidente de tránsito muera el concubinario, bien sea en una colisión de automóviles o víctima de atropellamiento. En estos casos, ¿la concubina tiene derecho a demandar la indemnización?

En términos del Código Civil creo que es posible. Los artículos 1915 y 1916 señalan, el primero, la reparación civil y el segundo, la reparación moral. En el primero, en caso de muerte

"la indemnización corresponderá a los herederos de la víctima", dentro de los cuales está, necesariamente, la concubina. En el segundo, es legítima a "los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida", lo que dificulta el posible ejercicio de la acción por la concubina, pues es difícil que después de un accidente, el accidentado o su apoderado demanden la indemnización por daño moral.

En este sentido está una jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que dice: "Responsabilidad civil objetiva, quienes están legitimados para reclamarla. Para exigir responsabilidad objetiva, no es necesario demostrar el entrocamiento con la víctima que fallece, porque el derecho a la indemnización no corresponde al occiso, y por lo tanto, a sus causahabientes o herederos universales, sino que corresponde a su familia como ordena el artículo 1916 C.C., o sea el conjunto de ascendientes, descendientes, esposa, concubina o quienes hacen vida en común con el finado y a quienes económicamente sostenía". (123)

Por lo tanto, se puede afirmar que en nuestro Derecho positivo se encuentra legitimada la concubina para obtener la indemnización en caso de muerte del concubinario, tanto en el Código Civil, según lo expuesto, como en las diversas leyes ya citadas, y que corresponden a la Ley Federal del Trabajo, Ley del Instituto Mexicano del Seguro Social, Ley del INFONAVIT, etc.

Lo relativo a la prueba para lograr la indemnización, debe comprender no sólo la comprobación del concubinato, sino también la dependencia económica para que exista la causalidad.

b) Alimentos adecuados. Entiende que puede ser aplicable a esta materia, lo previsto en los artículos 322 y 1908 C.C., en relación con los alimentos.

El segundo trata de la opinión de negocios y previene que "cuando, sin consentimiento del obligado a prestar alimentos, los diese un extraño, éste tendrá derecho a reclamar de aquél su importe,

(123) Citada por Manuel F. Chávez Ascencio, La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Conyugales, Editorial Porrúa 1990, página 316.

a no constar que los dio con ánimo de hacer un acto de beneficencia." En este caso debemos tomar en cuenta que los concubinarios viven como esposos, se ostentan públicamente como tales, y el tercero que diese los alimentos, lo hace en ese entendido, por lo cual tendrá derecho para exigir el importe erogado, con base en el principio de la apariencia. Sería incongruente que por un lado se exija que en el concubinato, para que produzca efectos, los concubinarios deben vivir como cónyuges, y por el otro, que se pueda causar daños a tercero que ignora la relación habida, y presume la existencia del matrimonio. Por lo tanto, los alimentos dados en esta situación a la concubina, pueden ser reclamados por quien los dio al concubinario.

En el mismo sentido, estimo, pueden interpretarse los artículos 322 y 323 C.C., toda vez que se trata de una simulación de matrimonio, y el tercero, para resarcirse de la deuda contraída, no requiere que se le exhiba el acta de matrimonio para poder vender alimentos que necesitan la concubina y sus descendientes. Además la última reforma al artículo 302 C.C., equiparó los concubinarios a los cónyuges en lo relativo a los alimentos.

c) Arrendamiento. Se han preguntado también los autores si el arrendamiento concluye con la muerte del concubinario. En nuestro Derecho el artículo 2408 C.C., establece que "el contrato de arrendamiento no se rescinde por la muerte del arrendador y del arrendatario, salvo convenio en otro sentido". Por lo tanto, si en la casa arrendada vive el concubinario, salvo pacto en contrario, no rescinde el contrato y la familia del arrendatario tiene derecho a seguir habitando la casa y, dentro de la familia se comprende a la concubina, como he expresado.

## II.- REGULACION DEL CONCUBINATO EN EL CODIGO CIVIL PARA EL D.F.

El concubinato presenta formas diversas dependiendo de la cultura que lo registre. Significa siempre una unión sexual diversa al matrimonio.

En algunas culturas, y como característica en China, el concubinato se presenta al lado del matrimonio en el sentido de que un varón tiene una esposa legítima y al mismo tiempo, y conviviendo entre sí, una o varias concubinas.

La calidad jurídica y social de estas últimas es inferior a la de la esposa, aunque en las preferencias del "señor" alguna de ellas tenga una posición de privilegio.

A través de la historia, buen número de pueblos han conocido formas semejantes del concubinato, teniendo todas ellas en común el ser manifestaciones de las clases poderosas. Al hombre corriente le es más difícil el sostenimiento de dos o más esposas, en forma lícita.

Lo que siempre ha existido, antes y ahora, y en todos los niveles sociales y económicos, en la infidelidad matrimonial, la creación de dos o más familias por un solo varón. Una poligamia ilegal, pero tolerada socialmente. La llamada "casa chica" del hombre casado (a veces más grande que la de la esposa).

Las uniones sexuales fuera de matrimonio, cuando el varón tiene lazos matrimoniales con otra mujer, toman diferentes nombres a saber: concubinato, barraganería, amasiato, queridato, contubernio

arreglo, lío, entre otros.

Los epítetos a la mujer que vive fuera de matrimonio con un hombre casado, son también innúmeros, v. gr.: amante, amasia, amiga, querida, barragana, manuela, entretenida, quillotra, manfia, conbleza, usurpadora, la otra concubina, etc.

Derivado del concubinato, la terminología para ambos sujetos es diversa: "concubina" la mujer, "concubinario" el hombre. Términos que debieran cambiarse, igualándolos: o ambos son concubinos, o ambos son concubinarios.

La terminación "ario" en las figuras jurídicas da la idea de acreedor, del titular del derecho; así tenemos: arrendatario, depositario, comodatario, etc. Si el Código Civil vigente ha igualado la condición jurídica de ambos miembros de la pareja, unida por matrimonio o por concubinato, deben cambiarse también los términos relativos. Los casados son cónyuges. Los no casados serán ambos concubinarios.

Las formas de vida sexual fuera de matrimonio, normalmente no están reguladas por el derecho. Son tomadas en consideración, más bien, por la moral o por las costumbres y convenciones sociales. Pueden dar lugar, sin embargo, a ciertas consecuencias jurídicas, tales como la filiación habida fuera de matrimonio con sus consecuentes reconocimientos de hijos o investigación de la paternidad; ser causa de divorcio o configurar delitos como el adulterio o la bigamia.

El derecho romano no reglamenta el concubinato y reconoce la producción de ciertos efectos, a la unión entre un varón y una mujer, que sin haber contraído "justae nuptiae", llevan vida en común.

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

Durante el medioevo, al concubinato se le conoció con el nombre de Barraganía.

La cohabitación entre hombre y mujer (si ambos eran solteros), la vida en común más o menos prolongada y permanente, es un hecho ilícito, que produce efectos jurídicos, pero requiere, para que el concubinato sea reconocido como tal, que tanto el hombre como la mujer que llevan vida en común sin estar casados entre sí, sean célibes. La unión sexual que exista entre un hombre una mujer, cuando alguno de ellos o ambos, son casados, constituye el delito de adulterio.

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

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

En nuestros Códigos Civiles de 1870 y 1884, no se encuentra disposición alguna sobre el concubinato.

En la Exposición de Motivos del Código Civil de 1928, se establece que "Hay entre nosotros, sobre todo en las clases populares, una manera peculiar de formar familia: el concubinato. Hasta ahora se habían quedado al margen de la ley los que en tal estado vivían; pero el legislador no debe cerrar los ojos para no darse cuenta de un modo de ser muy generalizado en algunas clases sociales, y por eso en el Proyecto se reconoce que produce algunos efectos jurídicos, ya en bien de los hijos, ya en favor de la concubina, que al mismo tiempo es madre, y que ha vivido por mucho tiempo con el jefe de la familia.

Estos efectos se producen cuando ninguno de los que viven en concubinato es casado, pues se quiso rendir homenaje al matrimonio, que la Comisión considera como la forma legal y moral de constituir la familia, y si se trata del concubinato, es, como se dijo antes, porque se encuentra muy generalizado, hecho que el legislador no debe ignorar". (124)

De acuerdo con lo expuesto, el Código Civil en los inicios de su vigencia, señaló escasas consecuencias al concubinato a saber:

1a.- Otorgaba a la concubina el derecho a recibir alimentos a través del testamento inoficioso.

2a.-Daba a la mujer el derecho a heredar por vía legítima, pero siempre en condiciones de inferioridad con respecto a la esposa, llegando al extremo de que, cuando el concubinario moría intestado y carecía totalmente de familiares, a excepto de su compañera, ésta heredaba únicamente la mitad del haber hereditario, compartiendo la otra mitad con la beneficencia pública.

Establecía un principio de presunción de paternidad con respecto a los hijos de matrimonio, al siguiente tenor:

(124) Exposición de Motivos, Código Civil de 1928.

Art. 383: Se presumen hijos del concubinario (sic) y de la concubina:

I.- Los nacidos después de ciento ochenta días contados desde que comenzó el concubinatio;

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

Se establece aquí una presunción similar a la que contempla el art. 324. respecto a los hijos de matrimonio. Al parecer bastaría probar el concubinatio para que la presunción operara de pleno derecho.

La regulación del artículo 383 sigue siendo norma vigente. La equiparación que hace el legislador con respecto al establecimiento de la filiación de los hijos del concubinatio con los del matrimonio, nos parece que no puede operar de la misma manera por la siguiente razón: Las fechas de inicio y de extinción del matrimonio tienen una certeza jurídica indudable, autenticada a través del acta de matrimonio de los padres, del acta de nacimiento del hijo, del acta de defunción del padre, o de la sentencia ejecutoriada que declare la nulidad de matrimonio o de divorcio de los progenitores, según sea el caso. A partir de esas fechas se tiene el conteo de los plazos que fija la ley para determinar la certeza de paternidad (180 y 300 días). Con respecto al concubinatio se carece de documentos con autenticidad legal. Cuando no exista el reconocimiento espontáneo de parte del concubinario respecto al hijo nacido de su mujer, o cuando niegue su paternidad, habrá que probar las fechas de inicio o cese del concubinatio por los medios de prueba de tipo genérico que se aceptan en cualquier juicio (testimonial, circunstancial,

etc.). Se tratará en este caso, de un auténtico juicio de investigación de la paternidad.

En el informe de la comisión redactora del CC de 1928, se dejó constancia de lo siguiente: "Se concedió al hijo nacido fuera de matrimonio el derecho de investigar quien es su madre, y se estableció en favor de los hijos nacidos de concubinato, la presunción de ser hijos naturales del concubinario y de la concubina".

La Suprema Corte de Justicia de la Nación en una ejecutoria que aparece publicada en el Apéndice correspondiente al año 1975 del Seminario Judicial de la Federación en la página 633, señala sobre esta materia en su parte pertinente:

Sin embargo, si es evidente que en la redacción de este precepto -el 382- nuestro Código se ajustó al sistema francés de investigación limitada, también lo es que en la del 383 siguió el sistema alemán -1717 del BGB- como lo dice García Téllez en sus Motivos de Concordancias, en cuanto a que estatuyó los casos en que se establece presuntivamente la filiación natural y no ya aquellos en que se permita investigarla, equiparando así la situación de los hijos que se presumen hijos del concubinario y de la concubina - a. 383- con la de los hijos que se presumen hijos de los cónyuges -a. 324.

#### Consecuencias Jurídicas

En materia de concubinato, el Código Civil ha tenido algunas reformas. En diciembre de 1974, en razón de establecer la igualdad jurídica para las personas de ambos sexos, se otorgó el derecho

y de alimentos al concubinario a través del testamento inoficioso (fracción V del artículo 1368), pues originalmente sólo se concedía este derecho a la concubina. Inexplicablemente en esa fecha, pese a las diversas sugerencias que se hicieron a las comisiones que estudiaban esas reformas en las Cámaras legislativas, no se extendió el derecho a heredar por vía legítima, al varón en el concubinato. Omisión que ha sido corregida en las reformas al Código Civil de diciembre de 1983.

La regulación del concubinato, una vez reformada, produce las siguientes consecuencias jurídicas: 1. Derecho a alimentos en vida de los concubinos, a semejanza del derecho de los cónyuges entre sí; 2. Derecho a alimentos por causa de muerte a través del testamento inoficioso; 3. Derecho a la porción legítima en la sucesión ab-intestato, y 4. Presunción de paternidad con respecto a los hijos.

El Código Civil para el Distrito Federal no regula las uniones sexuales fuera de matrimonio, excepto cuando se dan en circunstancias particulares, configurándose el concubinato.

En tal sentido, en nuestro medio jurídico dicho Código Civil de 1928, actualmente en vigor ha reconocido efectos de derecho derivados del concubinato, atribuyendo ciertos derechos de carácter económico a la concubina y algunos otros, en relación con la investigación de la paternidad, respecto de los hijos de los concubinarios, como más adelante se comentará.

La cohabitación entre hombre y mujer (si ambos son solteros) la vida en común más o menos prolongada y permanente, es un hecho lícito, que produce efectos jurídicos, pero requiere, para que el concubinato sea reconocido como tal, que tanto el hombre como la mujer que llevan vida en común sin estar casados entre sí, sean célibes. La unión sexual que exista entre un hombre y una mujer, cuando alguno de ellos o ambos, son casados, constituye el delito de adulterio.

El legislador de 1928, imbuído del espíritu socializador del derecho imperante en su época, quiso extender la esfera de la justicia a las clases desvalidas. En este sentido trató de incluir dentro de los beneficios que la ley otorga a los casados, a la mujer que vive con un hombre como si fuera su marido, a la concubina; los intentos al respecto no pudieron cristalizarse en la magnitud deseada por el legislador; se opusieron a ellos la fuerza de la tradición y el concepto de moral decimonónica que imperaba en el ánimo de los integrantes de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, que fueron los principales críticos del anteproyecto del Código Civil. No obstante, la figura del concubinato quedó incluida en el texto del Código, aunque de manera por demás limitada, al plasmar los legisladores su intención a medias en los pocos artículos en los que hacen alusión al concubinato.

### Derecho a Alimentos en Vida de los Concubinos

El artículo 302 establecía la obligación recíproca de los cónyuges de otorgarse alimentos. Esta norma fue adicionada de la siguiente manera: "Los concubinos están obligados en igual forma, a darse alimentos si se satisfacen los requisitos señalados por el artículo 1635". (Este artículo establece los elementos que configuran el concubinato, como se verá más adelante).

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

En 1983 se reformó este artículo para reconocer que la relación afectiva de los concubenarios es igual a la de los cónyuges y, por tanto, si se satisfacen los requisitos establecidos en el artículo 1635 del propio código tienen derecho a exigirse mutuamente alimentos como si estuvieran unidos en matrimonio.

Esta forma da un paso necesario desde hace mucho tiempo al reconocer precisamente que uno de los fundamentos de la obligación alimentaria es el afecto que existe o ha existido entre un varón y una mujer solteros que hacen vida marital independientemente de que hayan celebrado matrimonio o no entre sí.

### Alimentos por Testamento Inoficioso

El artículo 1368 prescribe que "El testador debe dejar alimentos a las personas que se mencionan en las fracciones siguientes:

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

La Fr. V. se refiere a los concubinos. Esta fracción fue retomada por la ley de 31 de diciembre de 1974 y hoy tiene derecho a exigir alimentos uno u otro de los concubinarios que antes del decreto modificatorio, sólo tenía la concubina.

Para que proceda el pago de la pensión alimenticia el concubinario supérstite debe reunir los requisitos que en esta fracción se indican, que son muy similares a los que exige el art. 1635, siempre que, además se encuentre impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes. El derecho subsiste mientras el supérstite no contraiga matrimonio y observe buena conducta.

La SCJN en una ejecutoria que aparece publicada en el apéndice 1917-1975, en la página 114, resolvió que "el hecho de que una mujer tenga un hijo fuera de matrimonio no es suficiente para acreditar su mala conducta, pues para eso es necesario una sucesión de actos que manifiesten que la persona de quien se trata, es viciosa o amoral, y seguramente que un solo acto que puede en algunos casos hasta encontrarse justificado no demuestra mala conducta".

#### Sucesión Legítima

Reforma sustancial experimentó el Código Civil en esta materia,

el 27 de diciembre de 1983, con entrada en vigor el 27 de marzo de 1984.

No sólo extendió el derecho que tenía a heredar por vía legítima la concubina a su compañero, sino que igualó en forma total el derecho a heredar de los concubinarios y de los cónyuges. Originalmente sólo tenía derecho a heredar la mujer en el concubinato, mas en condiciones de inferioridad con respecto a la herencia de la esposa. Actualmente la redacción del artículo 1635 quedó de la siguiente manera:

La concubina y el concubinario (sic) tienen derecho a heredarse recíprocamente, aplicándose las disposiciones relativas a la sucesión del cónyuge, siempre que hayan vivido juntos como si fueran cónyuges durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o cuando hayan tenido hijos en común, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato.

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

El artículo transcrito determina las condiciones para que se entienda la vida en común de la pareja como concubinato, a saber: 1° Que vivan como cónyuges, o sea, con exclusividad y permanencia; 2° Que duren en su convivencia (si no han procreado entre sí), un mínimo de cinco años; 3° Que viviendo como marido y mujer, sin importar la duración de su convivencia, hayan tenido hijos en común; 4° Que ambos estén libres de matrimonio; 5° Que no tengan otra relación permanente con individuo distinto al concubino (a).

A partir de las reformas al CC en vigor desde 1984, se extendió el derecho a heredar por sucesión legítima al concubinario, y se igualaron los derechos de ambos concubinarios con los reconocidos para los cónyuges sobrevivientes (aa. 1624 a 1629 del CC).

El concubinato es una situación de hecho no reglamentada por el derecho, pero a la que se le reconocen en este caso ciertos efectos sucesorios. Para que exista concubinato se requiere que la pareja haya vivido unida como si fueran marido y mujer, durante los cinco años que precedieron a la muerte del autor de la sucesión, o que hayan procreado hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato. Debe tratarse además de la unión de un solo hombre con una sola mujer. Sin estos requisitos la convivencia de hecho entre varón y mujer no es concubinato y no surge el derecho a heredar por sucesión legítima.

### III.- Aspectos Jurídicos y Sociales del Concubinato

Desde el punto de vista jurídico el concubinato aparece, o repudiado enérgicamente o admitido con alternativas. Existe una diversidad de juicios y posturas extremas que van desde el repudio total, hasta quienes lo acogen con su reconocimiento semejante al matrimonio. "La actitud que debe asumir el Derecho en relación con el concubinato, constituye, a no dudarlo, el problema moral más importante del Derecho de Familia". (125)

Con base en la moral, existen quienes ven en el concubinato una afrenta a las buenas costumbres y un ataque a la familia; en cambio otros, señalan que lo inmoral es desconocer los derechos y obligaciones que se derivan de esa relación sexual. La moral preside, así, hondamente el sentido del concubinato.

Carbonnier, en la parte relativa a la política legislativa, señala que algunos autores se muestran partidarios de una fórmula de combate contra la unión libre; en cambio, otros señalan que es "menester evolucionar progresivamente para lograr una asimilación al matrimonio", y agrega que algunos dicen que "el matrimonio desciende al nivel de la unión libre a causa de la facilidad con que el divorcio es obtenible, la unión libre se va situando al nivel del matrimonio". (126)

Rojina Villegas nos señala que el Derecho puede asumir diferentes actitudes, y señala las siguientes:

Una primera posición consistente en ignorar de manera absoluta el concubinato, sin implicar una valoración moral "por cuanto que nise le considera un hecho ilícito para sancionarlo ni tampoco"

(125) Rafael Rojina Villegas, *Obra Citada*, Tomo II, volumen I, página 447, Antigua Librería de Robledo México, D.F., 1959.

(126) Carbonnier Jean, *Derecho Civil*, Tomo I, volumen II, página 249, Bosen Casa Editorial Barcelona.

un hecho lícito para que produzca relación jurídica entre las partes. En tal actitud se estima que el concubinato es un hecho ajurídico, como podría serlo la amistad o los convencionalismos sociales". El mismo autor agrega que "aún cuando en el fondo se revela un criterio negativo para no reglamentar el concubinato, necesariamente se parte de una calificación de orden moral, pues merced a ella se puede colocar a esa unión de hecho en el ámbito de la conducta ajurídica". Estimamos que un hecho humano no puede ser desconocido, que moralmente debe calificársele y los efectos jurídicos que se produzcan comprenderlos dentro de la legislación. (127)

Como segunda posición señala las legislaciones que regulan exclusivamente las consecuencias del concubinato, pero sólo en relación a los hijos, sin preocuparse en consagrar derechos y obligaciones entre los concubinaríos. Señala el autor que esta posición es adoptada por nuestro Código Civil vigente que regula lo relativo a los hijos en el artículo 383 en el cual existe la presunción de hijos del concubinario y la concubina, a semejanza de cómo se regula y se establece la presunción relacionada con los hijos habidos de matrimonio. Nuestro Derecho cambió y además trata de algunas consecuencias de los concubinaríos en relación a los alimentos, tanto en vida como después de muerto alguno de ellos, y también la sucesión de los concubinos, como oportunamente veremos.

Otra postura consiste en la prohibición del concubinato y sancionarlo, bien sea desde el punto de vista civil o penal, permitiendo incluso la separación por la fuerza de los concubinaríos. En los antecedentes ya vimos cómo al principio la legislación romana consideró al concubinato como un hecho que pudo ser stupro o adulterio. También vimos cómo después los emperadores cristianos lo prohibieron, y el Derecho Canónico llegó a excomulgar a los concubinaríos. En esta posición se combate al concubinato, y sólo para evitar males

(127) *Rojina Villegas, ob. cit.*

mayores se regula en algunas épocas históricas.

Otra posición consiste en reconocer el concubinato y regularlo jurídicamente para crear una unión de grado inferior a la matrimonial, concediendo derechos y obligaciones a las partes, en especial a la concubina para que pueda exigir alimentos y heredar en la sucesión legítima. Esta sería una unión de grado inferior al matrimonio que se regularía en el Código Civil o Familiar respectivo.

Por último, está la posición o postura que consiste en equiparar al concubinato con el matrimonio.

Se observa que la doctrina y la jurisprudencia no concuerdan la mayor parte de las veces en esta materia. Cuando la doctrina se niega a reconocer al concubinato, la jurisprudencia, al enfrentarse a los problemas humanos, ha tenido que ir resolviendo los que se presentan con base en la equidad. En la mayor parte de los países, especialmente en aquéllos que establecen que es innecesario reglamentar las relaciones que nacen de esta unión libre, se enfrentan a las contradicciones existentes entre su doctrina y la vida diaria, como se observa en los tratadistas franceses y también en los argentinos, lo que indica que en la práctica estas uniones son una realidad que se presenta, con mayor o menor frecuencia según la situación o época histórica, y tan es así que la jurisprudencia ha tenido que tratar de resolver los problemas que se originan del concubinato.

A mayor abundamiento analizaremos en toda su extensión las actitudes antes mencionadas, o sea la diversidad de tratamientos jurídicos y sociales respecto al concubinato.

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

del derecho de la familia. Podemos decir que más que un problema político, jurídico o de regulación técnica, es fundamentalmente una cuestión de orden moral. El derecho puede asumir diferentes actitudes en relación con el concubinato; las principales serían las siguientes:

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

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

c) Prohibir el concubinato y sancionarlo, bien sea desde el punto de vista civil o penal, permitiendo incluso la separación por la fuerza de los concubinos.

d) Reconocer el concubinato y regularlo jurídicamente, para crear una unión de grado inferior a la matrimonial, concediendo derechos y obligaciones a las partes, principalmente la facultad otorgada a las concubinas para exigir alimentos o heredar en la sucesión legítima.

e) Equiparar al concubinato que reúna ciertas condiciones con el matrimonio, para crear por virtud de la ley o de una decisión judicial, en cada caso, un tipo de unión que consagre entre los concubinos los mismos derechos y obligaciones que se conceden a los cónyuges.

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

la regulación del derecho positivo.

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

2. El concubinato como estado ajurídico.- La primera posición que ha asumido el derecho en relación con el concubinato, ignorándolo de manera absoluta, implica una valorización moral, por cuanto que ni se le considera un hecho ilícito para sancionarlo, ni tampoco un hecho lícito para que produzca relaciones jurídicas entre las partes. En tal actitud se estima que el concubinato es un hecho ajurídico, como podría serlo la amistad o los convencionalismos sociales (reglas de educación, de cortesía, de urbanidad, de moda, etc.). Aún cuando en el fondo se revela un criterio negativo para no reglamentar el concubinato, necesariamente se parte de una calificación de orden moral, pues merced a ella se puede colocar a esa unión de hecho en el ámbito de la conducta ajurídica. Desde este punto de vista podemos decir que la conducta humana frente al derecho puede ser considerada como ajurídica, si tiene un contenido digno de regulación por el derecho, o, si su contenido es absolutamente indiferente para el mismo. A su vez, la conducta jurídica puede ser lícita o ilícita y en ambos casos es objeto de regulación por el derecho. Sirva este ejemplo de conducta que generalmente regula el derecho civil o mercantil, que podemos denominarla conducta jurídica lícita; o bien, la conducta contraria que regula el derecho penal y que le denominamos como conducta jurídica ilícita.

3. El concubinato como estado jurídico en relación con los hijos.-La segunda forma asumida por el derecho a reconocer sólo consecuencias jurídicas al concubinato, respecto a los hijos, parte también de un criterio moral, pues considera que si entre los

concubinarios no debe tomar partido alguno la regulación jurídica, si es necesario que lo haga para proteger a los hijos, determinando sobre todo su condición en relación con el padre. Tal es la posición adoptada por nuestro Código Civil vigente, además de reconocer ciertos derechos a la concubina para heredar o recibir alimentos en la sucesión testamentaria. El artículo 383 declara: "Se presumen hijos del concubinario y de la concubina: I. Los nacidos después de ciento ochenta días contados desde que comenzó el concubinato; II. Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes al en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina." Es decir, el concubinato viene a constituir la base jurídica principal para poder definir la paternidad que de otra manera quedaría incierta. Por la misma razón el artículo 382 en su fracción III permite la investigación de la paternidad cuando el hijo haya sido concebido durante el tiempo en que la madre habitaba bajo el mismo techo con el pretendido padre, viviendo maritalmente. Se advierte aquí la equiparación que ha hecho la ley, desde el punto de vista de investigar o admitir la paternidad, entre los hijos legítimos y aquellos que hubieran sido concebidos durante el concubinato de sus padres, pues en ambos casos se presumen hijos respectivamente de los cónyuges o de los concubinarios los nacidos después de ciento ochenta días de la celebración del matrimonio o de la fecha en que comenzó el concubinato y de los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio o a la fecha en que cesó el concubinato. Como por otra parte en nuestra ley se vienen a reconocer aquellos derechos a los hijos legítimos y a los naturales cuya paternidad o maternidad esté debidamente comprobada, se llega así a la conclusión de que en nuestro sistema jurídico, los hijos habidos en concubinato tienen una completa y eficaz protección jurídica, facilitándose ostensiblemente la prueba de la paternidad o maternidad en su caso, a través de la justificación del concubinato de los padres y de las presunciones que consagran los artículos 382 y 383.

Prohibición del concubinato. La tercera postura rara vez ha sido asumida por el derecho. En la legislación romana, en la época de la república, el concubinato se consideró como un simple hecho que pudo ser stuprum o adulterio, según que mediasen las circunstancias constitutivas de esos delitos. Sin embargo, relata Adhemar Esmein en su obra "Le mariage en droit canonique", Paris, 1929-1935, que bajo Augusto adquirió el concubinato la condición de estado legal y probablemente fue reglamentado. Asimismo, en la época de Constantino se requerían determinadas condiciones de validez y se prohibían los concubinatos respecto de personas que no fuesen célibes, pero a los solteros se les permitía tener varias concubinas. En el derecho canónico primero se siguió la tendencia romana, pero después se consideró que el concubinato implicaba un delito de naturaleza aún más grave que la fornicatio, pues constituía un estado continuo de fornicación. Posteriormente se llegó a excomulgar a los concubinarios y se autorizó el uso de la fuerza pública para romper tales uniones.(128)

En la doctrina encontramos también una tendencia que tiene por principal mira combatir el concubinato, aceptándolo sólo en circunstancias excepcionales, más bien con el propósito de poder resarcir a la concubina de los daños y perjuicios que hubiesen sufrido por el hecho mismo del concubinato, abandonando una situación anterior para después ser objeto de repudiación. En esta tendencia debe mencionarse al profesor francés Paul Esmein que sólo acepta efectos del concubinato para determinadas relaciones económicas en cuanto a los bienes que fuesen adquiridos por los concubinarios, sin admitir que constituya una comunidad susceptible de división, al asimilarlo a una sociedad de hecho como ha pensado la jurisprudencia francesa; pero sí reconociendo un derecho de indemnización a la concubina cuando fuere abandonada de manera injustificada. Niega el citado autor - que la concubina pueda tener derechos frente a terceros que falsamente puedan ser inducidos a error bajo la apariencia de un matrimonio.(129)

(128) Citado por Rafael Rojina Villegas, Derecho Civil Mexicano, Tomo II Derecho de familia, página 365, Editorial Porrúa, México 1987.  
(129) Ibidem.

La jurisprudencia francesa se ha caracterizado por tomar al concubinato generalmente como un hecho ilícito que imprime tal carácter a las donaciones que se hagan como pago por el hombre a la mujer, pero ha reconocido ciertos efectos a los bienes adquiridos por los concubinarios. Dice al respecto el profesor cubano Eduardo Le Riverend Brusone en su monografía denominada Matrimonio anómalo (por "equiparación"): (130'

"Llegado a este punto estudia (se refiere a Paul Esmein) varias tendencias particulares que se observan en los Tribunales: a) La jurisprudencia no hace del concubinato en general una causa de caducidad de aquellos derechos cuyas condiciones se han cumplido ni, tampoco, una causa de caducidad, por ejemplo, del derecho de dar y recibir a título gratuito. Sólo admite tal cosa cuando descubre un elemento de inmoralidad: precio del inicio o de la continuación del concubinato, lo que adquiere un sentido de prostitución; o bien cuando uno de los concubinarios estaba ya casado, por ser ilícito ese concubinato (adulterio); admite una obligación moral en caso de seducción, de prestación de servicios o de aseguramiento del futuro de la mujer, al separarse los unidos. b) Sobre los bienes adquiridos en común, los declara partibles, bien por la idea de sociedad de hecho o por la teoría del enriquecimiento sin causa. c) Sobre la indemnización a la concubina en caso de homicidio del amante o de su abandono por éste, varían los criterios y Esmein llega a conclusiones inversas a las de la jurisprudencia francesa: niega ese derecho en el primer caso, lo afirma en el segundo. Se funda en que, para indemnizar, ha de existir un interés jurídicamente protegido; la unión no constituye un título lícito frente a los terceros; pero es distinto entre los concubinarios mismos, que han aceptado esa relación. Con ambas soluciones Esmein combate la unión libre, puesto que no atribuye derechos frente a los terceros, en el primer caso, y en el segundo, impone una obligación que se quiere rehuir". (131)

(130) Ibidem.

(131) Ibidem, página 366.

El concubinato como unión de grado inferior al matrimonio.-

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

Ya en el derecho romano encontramos en un principio esa tendencia.

En la actualidad podemos considerar que nuestro Código Civil vigente tiende a dar efectos al concubinato entre las partes y no sólo para beneficiar a los hijos. Independientemente de las disposiciones que ya analizamos que facilitan la investigación de la paternidad y la prueba de la filiación, se ha reconocido en el artículo 1635 el derecho de la concubina para heredar en la sucesión legítima del concubinario si vivió con éste como si fuera su marido durante los cinco años anteriores a su muerte o tuvo hijos con él, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato y el de cujus no haya tenido varias concubinas. También para el caso de sucesión testamentaria se permite a la concubina, cumpliendo las condiciones antes citadas, exigir una pensión de alimentos dentro de las limitaciones mismas del caudal hereditario.

Dice al efecto el artículo 1368: "El testador debe dejar alimentos a las personas que se mencionan en las fracciones siguientes: V. A la mujer con quien el testador vivió como si fuera su marido, durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o con la que tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato. La concubina sólo tendrá derecho a alimentos mientras que observe buena conducta y no se case. Si fueren varias las concubinas, ninguna de ellas tendrá derecho a alimentos".

Se advierte con claridad que en nuestro derecho se atribuyen efectos jurídicos al concubinato, pero sólo para la herencia o derecho de alimentos de la concubina, cumpliendo con determinados requisitos que implican un minimum de moralidad social, tales como que los concubinos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato y el autor de la herencia no haya tenido varias concubinas.

No se reconoce a la concubina el derecho de exigir alimentos durante el concubinato, pero sí podría desprenderse que una repudiación injustificada le daría derecho, conforme al artículo 1910, para exigir el pago de daños y perjuicios por hecho ilícito, demostrando dolo en el concubinario.

En el Código Civil del Estado de Morelos se ha ascendido un grado más en esta regulación jurídica, facultando a la concubina para exigir alimentos durante el concubinato, siempre y cuando se cumplan los requisitos que antes hemos mencionado, es decir, que la unión sea de cinco o más años o bien, que haya tenido hijos del concubino aun cuando no exista la duración mencionada. También se requiere que ambas partes sean célibes y la condición de singularidad en cuanto a que sólo exista una sola concubina.

En la obra antes citada del profesor cubano Eduardo Le Riverend Brusone, se estudian determinadas condiciones que debe llenar el concubinato para que sea tomado en cuenta por el derecho, las cuales podemos resumir en los siguientes términos:

a) Un elemento de hecho consistente en la posesión de estado de los concubinarios para tener el nomen, el tractatus 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.

b) Una condición de temporalidad que 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 ya hemos indicado que el artículo 1635 de nuestro Código Civil reduce el elemento temporal a una duración de cinco años, en tanto que el Código Civil de Chile exige diez años.

c) Una condición de publicidad. La ley francesa en 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. El autor cubano Guerra López menciona la apariencia de un matrimonio legítimo a efecto de que socialmente se ostenten las partes como si se tratase de una unión legítima.

d) Condición de fidelidad. "Una importante tendencia hace de esta condición el elemento típico del concubinato. Savatier, uno de sus principales expositores, la admite como obligación, asumida implícita e ilegalmente, pero públicamente, por la concubina. Desde luego, basta recordar el asunto que ocupa a este autor. Cassin, algún tiempo antes, había puesto de relieve esta condición, unida a la de "respeto recíproco" entre los concubinos. Desde un plano más general, Planiol reduce ese elemento un tanto y lo limita a "por regla general conducta de fidelidad" o "aparición de fidelidad", y Rouast, que adopta un punto de vista más general aún, al tratar del concubinato o unión libre, dice "cierta actitud o género de vida de la mujer que haga verosímil la fidelidad", debiendo recordarse que este profesor afirma que "la definición estricta del concubinato está descartada; pero al mismo queda aún por definir". Este es un rasgo moral sobre el cual, estima Bonnacase, no cabe insistir, puesto que la noción empleada por el legislador lo ha sido sin restricciones, debiéndose por ende admitir en la forma que se entiende generalmente: "relaciones continuas". En efecto, se exagera este requisito si se le mantiene su importancia a pesar de que no se está ya en el terreno de la investigación de la paternidad, sino, como nuestra Constitución, en la actitud de sancionar la situación de los unidos. En efecto, si para aquel propósito es esencial, cerrando toda posibilidad de éxito la prueba contraria, es decir, de la infidelidad de la mujer (excepto plurium concumbentium), a los fines que persigue nuestra ley fundamental es indiferente la rígida exclusividad de las relaciones sexuales de la mujer: 1º porque puede no haber hijos; 2º porque la cuestión de paternidad es diversa e independiente de esa otra finalidad, y se desliga de la "equiparación", 3º porque la excepción no afecta

al matrimonio en sí mismo. Así vemos que en nuestra legislación sólo se exige "singularidad". (132)

e) Condición de singularidad. Esta condición consiste en la existencia de una sola concubina. Desde el tiempo de Constantino se comenzó a regular este requisito y en el Bajo Imperio era condición para que el concubinato surtiera efectos legales, que hubiese sólo una concubina.

f) Elemento de capacidad.- Este elemento consiste en exigir a los concubinos la misma capacidad que se requiere para contraer matrimonio, principalmente el de que sean célibes o sea, que no exista el impedimento de un vínculo anterior. Nuestro Código expresa esta idea de manera incompleta al indicar que las partes se encuentren libres de matrimonio. Comentando este requisito Le Riverend se expresa así:

"El Código Civil vigente, al atribuir al concubinato efectos en lo sucesorio, exige que durante él los unidos hayan estado "libres de matrimonio". Es la más importante característica del concubinato eficaz, ya que de no hallarse en esa situación los unidos, se convierten en pareja de delincuentes civiles o criminales (simple adulterio o incesto, según el caso). Nuestra Constitución exige la "capacidad para contraer matrimonio", nota más acertada que la simple "libertad", porque excluye la pretensión de habilitar uniones incestuosas, no comprendidas en la fórmula del CCMex. Esta condición es indispensable en nuestro sistema y nos da la clave del tratamiento que merece la unión extra-matrimonial: su "equiparación" al matrimonio. Un antecedente de esta condición lo hallamos en el et utroque solutus, distintivo de la unión concubinaria a los efectos de atribuir la condición de natural a los hijos habidos de tales personas". (133)

g) Elemento moral.- Este último requisito es el que tiene desde luego mayor valor para que el derecho pueda tomar en cuenta al concubinato. Se expresa así el autor antes citado: (134)

(132) Ibidem, páginas 367 y 368

(133) Ibidem, página 368.

(134) Ibidem.

"Entre los elementos que hemos venido estudiando, algunos poseen cierto sentido ético (fidelidad, singularidad, capacidad inclusive), que da verdadera altura a la situación de hecho, extra legal y más bien de vida práctica respecto a la unión legítima normal, sentido que a menudo puede señalarse. Ya vimos cómo las leyes francesas de guerra exigían la "moralidad de las relaciones". Una circular interministerial adicional a esa legislación vino a precisar "...que ella viviera en su hogar (de él) y en condiciones de moralidad satisfactoria". También un importante sector de la doctrina reclama francamente un elemento moral en las relaciones que van a ser tomadas en cuenta por el derecho; así lo vemos en relación con la "fidelidad de la mujer". "el respeto recíproco" y otras fórmulas que hemos citado ya. En la inmoralidad de la causa se basa la supresión de efectos favorables en ciertos supuestos (donaciones, alimentos). Pero se alza, a su vez una fracción de la doctrina que combate tal tendencia, por no hallar en la ley justificación para ella: es lo que se llama concepto amplio de la unión libre. Bonnecase dice, por ejemplo: "A nuestro ver hay concubinaje notorio en cuanto existe -conforme a la jurisprudencia de la Corte de Casación- continuidad de relaciones" No concebimos la necesidad de un elemento moral cualquiera; el concubinato es específicamente un hecho físico, en otras palabras, una serie de relaciones físicas.

6.- Equiparación del Concubinato con el matrimonio.-La última postura que hemos presentado, consiste en equiparar al concubinato con el matrimonio.

Los que sostienen la necesidad de legislar sobre el concubinato, sin dejar de considerar que es una situación ilícita, justifican la intervención del legislador, no en el sentido de legalizarlo y darle apariencia de matrimonio, que no puede tener, pues le falta el consentimiento, sino para reparar las faltas contra la justicia

que todo concubinato lleva necesariamente consigo. Esta posición nos parece la correcta.

El concubinato no se parece en nada al matrimonio, ya que a éste sólo lo puede formar la voluntad de los contrayentes y falta totalmente en aquél. No es tampoco un matrimonio al que le falta un requisito o está afecto de alguna invalidez; no es un matrimonio inexistente, pues aún en éstos hubo alguna apariencia de matrimonio y un grave defecto en la forma, un vicio invalidante en la voluntad, un impedimento, hicieron que la voluntad de los cónyuges no fuera eficaz. Aún esa apariencia falta por completo en el concubinato; no es un matrimonio putativo, pues nunca se quiso ni de buena ni de mala fe por parte de ninguno. Es solamente una unión de hecho que no debe producir más efectos jurídicos que los necesarios para reparar la injusticia intrínseca que está en todo concubinato.

No es correcto por tanto presentar al concubinato como un matrimonio de hecho, o como un matrimonio aparente; pues no tiene apariencia alguna de matrimonio, y éste, como vimos, tiene una esencia jurídica en el vínculo matrimonial que excluye como absurda la misma expresión matrimonio de hecho. Además, reducir al mínimo que reclama la sola justicia los efectos del concubinato, es reconocer la voluntad de los interesados que no desean que su situación produzca derechos ni obligaciones; la norma se los impone contra su voluntad, como que están originados en un hecho ilícito. No se debe equiparar a esposos a los que han querido permanecer extraños entre sí.

Los concubinos viven como marido y mujer pero no lo son. O sea, observan una conducta externa similar a los cónyuges. La analogía sólo puede establecerse en el plano de los hechos físicos. Pero esa analogía no debe llevarnos a equívocos, porque siendo la esencia del matrimonio plenamente jurídica, la similitud de situaciones de

hecho no puede, en ningún caso, trasladar esa analogía al terreno jurídico donde uno de los extremos de los analogados falta por completo; no hay analogía posible.

Entendidas así las cosas, el reconocimiento y regulación del concubinato no es un atentado contra el matrimonio, sino el cumplimiento de una obligación por parte del derecho positivo, que debe obligar a reparar las injusticias que se cometen, y en el concubinato siempre, cada concubinario, está faltando a la justicia en relación al otro, a los hijos y a la sociedad. La abstención del Código Napoleónico, es un grave fallo de la legislación, consecuencia de su liberalismo individualista.

Los efectos jurídicos del concubinato tienen por tanto su origen en el acto ilícito del mismo concubinato, no en la voluntad de los concubinarios que no existe; se impone a los concubinarios sin su voluntad y con esto se contradice lo que ellos mismos desearon, ya que la unión libre, producto con frecuencia de un individualismo egoísta, se resuelve en contra del sujeto que resulta obligado contra su voluntad. "Es que en la unión del hombre y de la mujer la libertad es una quimera, y sólo la interdependencia es ley de la naturaleza".

Las injusticias que produce el concubinato se han visto también con claridad en el reciente desarrollo de la mal llamada legislación social. Las leyes sobre el contrato de trabajo, la legislación laboral, el Seguro Social, han sido en muchos países los pioneros en reconocer efectos jurídicos al concubinato acordando prestaciones para la concubina o los hijos del concubinato. No sucedió así, sin embargo, en México en donde el Código Civil de 1928, con un criterio audaz para su época, otorgó reconocimiento al concubinato al organizar la sucesión de la concubina (Art. 1635), permitir la investigación de la paternidad en casos de concubina (Art. 382, Frac. III), crear una presunción de filiación como consecuencia del mismo (art. 383)

y otorgar al concubinario sobreviviente, una pensión alimenticia en caso de necesidad (Art. 1368). La razón que adujo el legislador quedo consignada en la exposición de motivos del Código Civil de 1928.

Sin compartir del todo las razones que aducen en la exposición de motivos aludida, pues los efectos del concubinato no se producen "porque se encuentra muy generalizado", sino por la injusticia que implica todo concubinato por sí mismo, debemos admitir que desde entonces, la concubina ha sido bien tratada en nuestra legislación y a últimas fechas, y con el prurito de la igualdad completa de ambos sexos, esos beneficios se han hecho extensivos al concubinario. Tampoco es correcta del todo la apreciación de que sea una manera normal de constituir la familia, como nos lo presenta la Exposición de Motivos y no hay datos estadísticos de confianza para asegurar que sobre todo se da en las clases populares. Los datos recientes dicen lo contrario, pues las uniones libres disminuyen, según el censo nacional de 1980. En 1960, por cada mil habitantes mayores de 12 años, vivían 84 en unión libre; esa cifra fue de 82 en 1970 y disminuyó a 66 en 1980. (135)

Hay que tener en cuenta que entre nosotros, la misma legislación civil ha creado una fuente de concubinatos que no existe en otros países al otorgar efectos de matrimonio solamente a la unión contraída ante los funcionarios que la ley establece y con las formalidades que ella exige (Art. 146). Esta disposición, que conecta con la más pura tradición del liberalismo francés, ha hecho del matrimonio en la ley civil un negocio formal que excluye cualquier otra forma de matrimonio que no llene los requisitos exigidos y, como sucede siempre que se abusa del formalismo, los requisitos formales terminan imponiéndose sobre el negocio mismo. Con esto, la ley deja fuera, y por tanto coloca en la categoría de concubinatos, a otras muchas uniones que son verdaderamente matrimoniales porque ha habido verdadero

(135) X Censo General de Población y Vivienda 1980. Resultados Preliminares 1981. Secretaría de Industria y comercio, Dirección General de Estadística.

consentimiento matrimonial, pero que por no haberse expresado ante el Registro Civil, no surten efectos de matrimonio para la ley. Es el caso de las parejas que sólo contraen matrimonio ante el ministro de su religión pero no acuden al Registro Civil y que sigue siendo un sector importante, pues según el mismo Censo de Población antes citado, por cada 1,000 matrimonios contraídos en 1980, 222 lo fueron sólo por lo civil, 728 por lo civil y por lo religioso y 50 solamente ante el ministro religioso. Es el caso también de muchas parejas que por ignorancia extrema o desidia, no reúnen los requisitos que se les exigen en el Registro Civil (actas de nacimiento, convenio sobre los bienes, certificados médicos, etc.) y comienzan a hacer vida marital sin ninguna otra formalidad; son estos, verdaderos matrimonios naturales, que al formarse por un verdadero consentimiento matrimonial no pueden considerarse como concubinatos, aunque el formalismo legal los coloque en esa categoría.

Debemos aún tener en cuenta otro dato para encuadrar el fenómeno del concubinato, y es que nuestra legislación, ampliamente divorcista de 1915, se ha vuelto a últimas fechas aún más, y como ya decía Savatier: "cada progreso del divorcio atenúa la diferencia entre el matrimonio y la unión libre. A medida, en efecto, en que el matrimonio se hace más y más frágil, cambia de naturaleza. Y cuando esta fragilidad llega a la libre repudiación unilateral, se produce una verdadera metamorfosis. No se trata ya de un matrimonio, en el sentido aún usual y jurídico de la palabra, sino de otra cosa muy diferente; es eso que en palabras nobles se llama unión libre y que en lenguaje menos noble es concubinato".(136). Ya hemos visto cómo nuestra legislación se ha aproximado notablemente al divorcio como repudio unilateral sin causa, con la adición de la Frac. XVIII del Art. 267 del Código Civil hecha el 27 de diciembre de 1983. Es la experiencia ya vivida y rectificadas por la Unión Soviética que en su Código de la Familia de 1918 establecía en su Art. 52 que "sólo el matrimonio (136) Savatier Rene. *Le droit, l'amour et la liberte*. Paris 1963, páginas 102 y 103.

civil registrado en los organismos de recepción de actas del estado civil engendra los derechos y deberes de esposos", pero entre esos deberes no estaba la fidelidad, y aún después de registrado el matrimonio, podía ser disuelto por una simple declaración unilateral de cualquiera de los cónyuges. Fue la forma como los soviéticos comenzaron a practicar la unión libre y la abolición del matrimonio propugnada por Marx, Engels y Lenin y que produjo tales catástrofes sociales que hubo que volver al matrimonio tradicional, con causas de divorcio muy restringidas de tal forma que hoy, la legislación soviética es menos divorcista que la mexicana.

La doctrina extranjera ha discutido ampliamente los requisitos y circunstancias bajo las cuales una unión extramatrimonial puede considerarse concubinato, a cuáles de estos es justo que se les concedan efectos legales, y la extensión de estos efectos legales. No obstante el interés que tiene toda la abundante literatura extranjera al respecto, vamos a concretarnos a nuestra ley, pues entre nosotros están claramente especificadas las uniones extramatrimoniales que deben ser consideradas como concubinatos y cuales son los efectos que producen éstos.

Una precisión previa sobre terminología nos parece necesaria, pues en esta materia la confusión es grande. Partimos de la base que el Código Civil en su Art. 1635 señala con precisión el concepto legal de concubinato, y por tanto dejaremos de llamar así a todas las otras uniones fuera de matrimonio que no reúnan esos requisitos. Así, entonces, no llamaremos concubinato a las uniones adulterinas ni a las plurilaterales y otras más que no tienen las características señaladas por el Código. Esas serán amasiatos, barraganías, etc. En otro sentido, no nos parece correcto llamar al concubinato con el eufemismo de unión libre, con que en ocasiones pretende llamarse, pues el concubinato, por las consecuencias nefastas que con frecuencia

produce y la inmoralidad e injusticia que siempre trae consigo, ataca la verdadera libertad de los concubinarios, ya que la auténtica libertad es la que se compromete mediante un vínculo matrimonial y no el que elude éste buscando una existencia sin obligaciones, pero que en consecuencia tampoco da derechos.

7. Parece inmoral y escandaloso sostener que el concubinato con determinadas condiciones. surta efectos jurídicos semejantes al matrimonio, como pretende el Código Civil de Morelos, al darle derecho a la concubina para heredar y para exigir alimentos, o bien la solución radical del Código de Tamaulipas, o la solución más sensata de la Constitución Cubana. Pero si meditamos que exigiendo el legislador un conjunto de requisitos, tales como 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 reputarse marido y mujer; una estabilidad, una permanencia, una cierta publicidad, para que no sea un hecho clandestino, oculto, manteniendo esa relación marital en la sombra; una condición de fidelidad de la concubina, esencial, para poder presumir que los hijos de ella son hijos del concubinario; el requisito de la singularidad para que sólo exista una concubina, y el fundamento de la capacidad, para que no medien los impedimentos que originan la nulidad del matrimonio o bien, que impiden la celebración del mismo; y, finalmente, una condición de moralidad, que toda ley en este ensayo de equiparación debe exigir; si tomamos en cuenta todos los requisitos no nos parece que se desconozca, ni la santidad del matrimonio para quienes tienen la idea del matrimonio como sacramento, ni tampoco el rango mismo que en el derecho civil debe tener la unión matrimonial sobre las uniones no matrimoniales. Y en cambio, logramos una solución que nos parece justa, para poder garantizar a la mujer que ha formado una familia, que ha sido fiel, que le ha dado hijos al concubinario, que tiene el requisito de capacidad para unirse en matrimonio, la misma condición jurídica de la esposa en

cuanto a los derechos que puede exigir frente al marido y con relación a los hijos.

Nótese que sólo hay una diferencia formal entonces entre concubinato y matrimonio: el matrimonio simplemente difiere de esta unión en que la voluntad se ha manifestado ante el juez del Registro Civil y se ha firmado un acta, es decir, es una cuestión simplemente de formalidad. En la unión de hecho, la voluntad se ha manifestado día a día, con esta ventaja sobre el matrimonio: que siendo al principio unión que en cualquier momento puede destruirse, disolverse, ha logrado permanencia, ha logrado estabilidad, es decir, hay sinceridad, hay espontaneidad en la unión. Y si esa unión tiene socialmente la importancia de ser base de una familia, si ha habido hijos, si la concubina se mantiene en una conducta igual a la de la esposa, no vemos la razón por la cual no venga la ley en auxilio de ella, a reconocer determinados derechos. Por ejemplo, el derecho a alimentos, para que no pueda ser abandonada en cualquier momento y cuando quiera el concubinario. Existe ya una familia formada y el legislador no puede permanecer indiferente ante este hecho.

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

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

- 1).- El estado civil como atributo de la personalidad, es inseparable y espontáneo desde el nacimiento hasta la muerte.
- 2).- La familia en general es una agrupación que se integra con la pareja humana, y en su caso con los hijos de ella.
- 3).- La familia legítima, que se funda en la unión natural y legal de un hombre y una mujer, de carácter estable, conforme a las buenas costumbres, y que crea siempre relaciones jurídicas con respecto a los hijos provenientes de dicha unión, es el matrimonio.
- 4).- El matrimonio produce plenitud de efectos jurídicos, derechos y obligaciones, facultades y deberes, tanto entre los cónyuges y con relación a los hijos, da lugar al parentesco por afinidad y se proyecta sobre los bienes de ambos consortes.
- 5).- Los efectos del concubinato reconocidos por la ley, a pesar de que también es fuente de la familia, son limitados a la protección de los intereses particulares de la concubina y eventualmente hacia el concubinario y en todo tiempo hacia los hijos habidos durante tal situación.
- 6).- En el matrimonio procede el divorcio, como rompimiento del vínculo matrimonial y se requiere la intervención de autoridad competente que lo decreta.
- 7).- En el concubinato basta la voluntad unilateral de cualquiera de los concubinarios para romper el vínculo que los une, sin intervención de autoridad alguna. Por lo que el suscrito considera la necesidad de que se reglamente debidamente su disolución.
- 8).- Igualmente, es necesario legislar sobre la protección -- más eficaz de los hijos nacidos en concubinato así como de la propia concubina, para evitar una paternidad irresponsable.
- 9).- A diferencia del matrimonio, el concubinato no puede probarse con documentos públicos, como sería el caso de actas de Registro Civil, pues no es un estado de derecho reconocido por la ley.

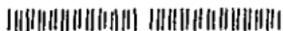
- 10).- Si el concubinato no existe como institución jurídica expresa dentro de nuestra ley civil, la labor constructiva de la jurisprudencia le ha dado ese rango, siendo muchos los fallos en que se han regulado los efectos de la unión concubinaria.
- 11).- La concubina está protegida para los efectos, laborales y de seguridad social, por todos los ordenamientos que protegen tales derechos, siendo éstas la Ley Federal del Trabajo, Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, Ley del Seguro Social, Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado y Ley de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas.
- 12).- El matrimonio se forma en un día y momento precisos; el concubinato, en cambio, no nace sin que haya transcurrido un lapso desde que principia la cohabitación, con la cual, su inicio es siempre impreciso.
- 13).- En el concubinato, el reconocimiento es un beneficio para obtener la situación de estado civil como hijo legítimo.
- 14).- En el concubinato, se genera un estado jurídico, pero no un estado civil, aunque a juicio del suscrito debiera contemplarse en la legislación, como un verdadero estado civil.

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

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

- 1.- Baqueiro Rojas Edgar y Buenrostro Báez Rosalía, Derecho de Familia y Sucesiones, Edit. Harla, 1990.
- 2.- Cicu Antonio. "El Derecho de Familia". traducción de Santiago Skntis Malendo, Editores Ediar, S.A., Buenos Aires Argentina. 1947.
- 3.- De Pina, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano, Edit. Porrúa, S.A., 2a. Edición, México 1960.
- 4.- Floris Margadant S. Guillermo, El Derecho Privado Romano, Editorial Esfinge, S.A., México, 1965.
- 5.- Ignacio Galindo Garfias, Derecho Civil, Editorial Porrúa, S.A., México 1987.
- 6.- Chávez Ascencio Manuel F. La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Paterno Filiales, Editorial Porrúa, S.A., México, 1992.
- 7.- Chávez Ascencio Manuel F., La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Conyugales, Editorial Porrúa, México, 1990.
- 8.- Chávez Ascencio Manuel F., Matrimonio, Compromiso Jurídico de Vida Conyugal Editorial Limunsa, México, 1988
- 9.- Instituto de Investigaciones Jurídicas U.N.A.M., Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, Comentado, Libro Primero de las Personas, Tomo I. Edit. Porrúa, S.A. México, 1987.
- 10.- Instituto de Investigaciones Jurídicas. U.N.A.M., Código Civil para el Distrito federal en materia común y para toda la República en Materia federal, Comentado, Libro Tercero De las Sucesiones, Tomo III. Editorial Porrúa, S.A. México, 1987.
- 11.- Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M. Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo II, México, 1983.
- 12.- Montero Duhañt Sara, Derecho de Familia, Editorial Porrúa, México, 1992.
- 13.- Ortiz -Urquidí, Raúl, Oaxaca, Cuna de la Codificación Iberoamericana Editorial Porrúa, S.A., México, 1984.
- 14.- Pacheco E. Alberto, La Persona en el Derecho Civil Mexicano, Panorama Editorial, México, 1985.

- 15.- Pacheco E. Alberto, La Familia en el Derecho Civil Mexicano, Panorama Editorial, México, 1985.
- 16.- Ripert Georges y Boulanger Jean, Tratado de Derecho Civil, Según el Tratado de Planiol, Tomo X (Primer Volumen) Sucesiones (1a. parte) Sucesión Legal - Sucesión Testamentaria, La Ley, Buenos Aires.
- 17.- Ripert Georges y Boulanger Jean, Tratado de Derecho Civil, Según el Tratado de Planiol, Tomo XI Liberalides, Régimen Legal - Liberalidades y Familia, La Ley, Buenos Aires.
- 18.- Rojina Villegas Rafael, Derecho Civil Mexicano, Tomo Segundo, Derecho de Familia, Séptima Edición, Editorial Porrúa, S.A. México, 1987.
- 19.- Rojina Villegas Rafael, Compendio de Derecho Civil, Primer Tomo, México, Edit. Porrúa, S.A. 1971.
- 20.- Sánchez Meda! Ramón, Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia de México, Segunda Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1991.
- 21.- Zannoni Eduardo A. Derecho de Familia, Editorial Astrea, Buenos Aires Arg., 1978.



#### LEGISLACION CONSULTADA.

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES DE 1917

LEY FEDERAL DEL TRABAJO

LEY FEDERAL DE LOS TRABAJADORES AL SERVICIO DEL ESTADO

LEY DEL SEGURO SOCIAL

LEY DEL INSTITUTO DE SEGURIDAD Y SERVICIOS SOCIALES DE LOS TRABAJADORES DEL ESTADO

LEY DE PRESUPUESTO CONTABILIDAD Y GASTO PUBLICO FEDERAL Y SU REGLAMENTO

CODIGO CIVIL DE 1928

CODIGO PENAL