



40721
418
1

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES.

CAMPUS ARAGÓN

**REGULACIÓN DEL CONCUBINATO EN EL DISTRITO
FEDERAL COMO MODO INDIRECTO DE LESIONAR LA
INSTITUCIÓN MATRIMONIAL Y DE MANERA
DIRECTA LA VOLUNTAD DE LOS CONCUBINOS.**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

P R E S E N T A :

FABIOLA LUISA RUIZ INFANTE

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

**ASESOR :
LIC. VELIA SEDEÑO CEA**

SAN JUAN DE ARAGÓN, ESTADO DE MÉXICO

2003



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

2

A DIOS, POR HABERME DADO VIDA, SALUD Y ENTENDIMIENTO PARA CONCLUIR MIS ESTUDIOS UNIVERSITARIOS Y SOBRE TODO POR HABERME PERMITIDO LLEGAR A ESTE MOMENTO RODEADA DE TODOS MIS SERES QUERIDOS.

A MI MADRE, MARIA TERESA INFANTE ALVARADO. POR SER UNA DE LAS RAZONES MAS IMPORTANTES QUE ME MOTIVAN A SEGUIR ADELANTE, POR TU APOYO INCONDICIONAL QUE INVARIABLEMENTE ME BRINDAS, IMPULSANDOME CONSTANTEMENTE A CONTINUAR SIEMPRE ADELANTE Y NO DEJARME VENCER POR LA ADVERSIDAD Y AUN EN LOS MOMENTOS MAS DIFICILES PERMANENTEMENTE JUNTO A MI, POR TI Y PARA TI SIEMPRE, MUCHAS GRACIAS, MAMI.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

A MI PADRE, AMADO RUIZ ARIAS. A QUIEN SIN ESCATIMAR ESFUERZO ALGUNO, HA SACRIFICADO GRAN PARTE DE SU VIDA PARA FORMARME Y EDUCARME. A QUIEN POR SU MISTICO ANDAR POR LA VIDA, ME ENSEÑO EL VALOR DE LA RESPONSABILIDAD Y LA DIGNIDAD Y QUE PACIENTEMENTE NO HA DEJADO DE AUXILIAR. Y A QUIEN NUNCA PODRE PAGAR TODOS SUS DESVELOS NI AUN CON LAS RIQUEZAS MAS GRANDES DEL MUNDO, MUCHAS GRACIAS.

A MIS HERMANOS: ADRIAN Y GUSTAVO, POR HABERME
DADO SIEMPRE SU AMISTAD Y SU CARINO; Y POR TODO
LO QUE HEMOS COMPARTIDO DESDE NIÑOS, SIENDO
HASTA HOY MIS COMPANEROS INSEPARABLES EN LA VIDA.

A MI ESPOSO PEDRO:
POR EL APOYO INCONDICIONAL, RESPETO Y AMOR EN
EL QUE HAS FUNDADO NUESTRA UNION IGRACIAS POR
LLEGAR Y QUEDARTE EN MI VIDA!.

A LA LICENCIADA VELTA SEDEÑO CEA:
POR HABERME BRINDADO TAN GENTILMENTE SU SABIDURIA, SU
AMISTAD, SU TIEMPO, APOYO Y COMPRESION, TAN VALIOSO
EN LA ELABORACION DE LA PRESENTE TESIS.
CON RESPETO Y ADMIRACION.

A TODOS LOS PROFESORES:
QUIENES DESDE MI NIÑEZ Y AHORA EN MI FORMACION
PROFESIONAL, ME BRINDARON SUS CONOCIMIENTOS,
PUES SIN SU ENSEÑANZA, ESTO NO HUBIESE SIDO
POSIBLE. LES ESTOY ETERNAMENTE AGRADECIDA.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

ÍNDICE

"REGULACIÓN DEL CONCUBINATO EN EL DISTRITO FEDERAL COMO MODO INDIRECTO DE LESIONAR LA INSTITUCIÓN MATRIMONIAL Y DE MANERA DIRECTA LA VOLUNTAD DE LOS CONCUBINOS"

INTRODUCCION

CAPITULO I. "ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL CONCUBINATO"

1.1. EN ROMA.....	1
1.1.1. LA REPÚBLICA.....	2
1.1.2. PRINCIPADO.....	3
1.1.3. JUSTINIANO.....	5
1.2. EN ESPAÑA.....	7
1.3. EN MÉXICO.....	10
1.4. EN FRANCIA.....	15

CAPITULO II. "MARCO CONCEPTUAL DE LA FAMILIA"

2.1. LA FAMILIA.....	19
2.1.1. CONCEPTOS PREVIOS.....	19
2.1.2. EN SENTIDO AMPLIO.....	21
2.1.3. EN SENTIDO RESTRINGIDO.....	22
2.1.4. LEGÍTIMA E ILEGÍTIMA.....	24
2.2. EL MATRIMONIO.....	25

TESIS CGN
 FALLA DE ORIGEN

5

2.3. EL CONCUBINATO.....	30
2.4. LA UNIÓN LIBRE.....	35
2.5. EL AMASIATO.....	36

CAPITULO III. "NATURALEZA JURÍDICA DEL MATRIMONIO"

3.1. DEFINICIÓN.....	38
3.2. COMO INSTITUCIÓN.....	43
3.3. COMO ACTO JURÍDICO SUI GENERIS.....	48
3.4. COMO ACTO JURÍDICO.....	49
3.4.1. ELEMENTOS DE EXISTENCIA DEL MATRIMONIO.....	50
3.4.2. ELEMENTOS DE VALIDEZ DEL MATRIMONIO.....	53

CAPITULO IV. "EL CONCUBINATO COMO UNA SITUACIÓN DE HECHO"

4.1. EL CONCUBINATO COMO ESTADO APARENTE DE FAMILIA.....	61
4.2. SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS CONCUBINOS.....	64
4.3. ELEMENTOS DEL CONCUBINATO Y LA ESTRUCTURA SOCIAL.....	70
4.4. INEXISTENCIA DEL CONSENTIMIENTO EN LOS CONCUBINOS.....	84
4.5. NECESIDAD DE DEROGAR EL CAPITULO XI, ASÍ COMO REFORMAR LOS ARTÍCULOS 294 Y 138 QUINTUS DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL VIGENTE.....	92

CONCLUSIONES.....	98
-------------------	----

BIBLIOGRAFIA.....	105
-------------------	-----

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

INTRODUCCION

La presente investigación tiene la finalidad de que el concubinato se siga respetando como tal, debido a que las personas que han decidido vivir bajo esta figura tienen derecho a hacerlo sin que ello implique derechos u obligaciones análogos a los del matrimonio. Considerando que si las mismas desearán manifestar su voluntad de contraer una situación jurídica que implicará los mencionados derechos y obligaciones, lo harían bajo dicha Institución.

En el capítulo primero se resumen los antecedentes del concubinato en los cuatro países en los que éstos han sido más relevantes, los cuales son Roma, Italia; España, México y Francia, antecedentes que a su vez involucran lo relativo al matrimonio en la antigüedad, debido a que ambas formas de unión intersexual en ocasiones han sido confundidas a través de la historia.

En cuanto al desarrollo del capítulo segundo, es de señalarse que se tratan de unificar los conceptos más completos de los distintos tipos de uniones de carácter sexual que se pueden dar entre un hombre y una mujer con el propósito de formar una familia, así como de la institución misma de la familia.

Durante el capítulo tercero se analiza la naturaleza jurídica del matrimonio desde tres distintos puntos de vista como son : el matrimonio como institución, como acto jurídico sui generis y como acto jurídico. Todo ello con la finalidad de establecer que papel juega la voluntad de las partes.

Finalmente, el capítulo cuarto se dedica por completo al estudio del concubinato, primeramente como estado aparente de familia, después señalando la situación jurídica de los concubinos, así como sus elementos y su rol en la estructura social actual, para finalizar con la postura de la inexistencia del consentimiento de los concubinos y la necesidad de derogar el Capítulo XI, así

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

como reformar los artículos 294 y 138 quintus del Código Civil para el Distrito Federal vigente.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPÍTULO I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL CONCUBINATO

1.1. EN ROMA.

El concubinato nació en Roma debido a la desigualdad de las condiciones, toda vez que un ciudadano tomaba por concubina a una mujer poco honrada, e indígena por lo tanto de hacerla su mujer. Por lo cual, por ejemplo, el hijo nacido de concubinato se mantenía *vulgo conceptus*, y la liberta unida en concubinato con su patrón conservaba la facultad de abandonarlo, libertad que hubiera perdido, en cambio, en caso de matrimonio. Según esto el concubinato no era en la época clásica una institución jurídica, sino un campo en el cual el derecho no intervenía.

De lo cual se desprende, que la moral desde Roma cobra existencia en un sistema de derecho y ésta era la base del orden jurídico privado de occidente; así el concubinato es admitido con invocación de la moral, posteriormente se le expulsa del orden jurídico por ser inhábil para generar efectos jurídicos; más adelante se le reconocen ciertos derechos porque "la unión libre no reviste un carácter inmoral".

"Semejantes uniones tuvieron en el mundo romano gran difusión, por las prohibiciones que el ordenamiento jurídico decretaba contra ciertos matrimonios, sobre todo de senadores con libertinas, de cualquier ciudadano con prostitutas, de gobernadores de provincia con mujeres de la misma provincia, de los militares, etc. Cuando tales disposiciones prohibitivas no se fundaban sobre una grave exigencia moral, la jurisprudencia no consideraba las uniones en cuestión como reprobables, sino como perfectamente lícitas con la salvedad de que no producían los efectos del matrimonio".¹

¹ ARANGIO-RUIZ, Vincenzo: Instituciones de Derecho Romano. Argentina, 1986. Pág. 103.



No podemos dejar de señalar que en la esfera de las relaciones humanas, la intimidad entre el hombre y mujer estaba contemplada como un vínculo individual en el cual el Derecho carecía de participación. Por ello, hasta el fin de la República, el Derecho no se ocupó de esas relaciones.

1.1.1. LA REPUBLICA.

"Hasta antes de la República, el concubinato se visualizó como una simple relación de hecho de la que la ley no se ocupó. Augusto fue quien denominó a estas relaciones de rango inferior al matrimonio como *concubinatus*".²

Entendiéndose por tal "una unión estable de un hombre y una mujer sin intención o sin posibilidad de ser marido y mujer. Sin intención, por la falta de *afectio maritalis* y del honor *matrimonii* (trato matrimonial); sin posibilidad, por falta de *conubium*".³

En el periodo republicano, el concubinato fue una relación de hecho, no prohibido ni reconocido por la ley, ni reprobada por la opinión pública.

"Fuera del *contubernium* (convivencia sexual entre esclavos, autorizada por los señores), el derecho romano nos muestra dos formas de matrimonio que de ninguna manera tenían la importancia jurídica que tiene el matrimonio actualmente.

- a) *Iustae nuptiae*, con amplias consecuencias jurídicas.
- b) Concubinato, de consecuencias jurídicas reducidas, las cuales si es verdad que aumentan poco a poco, nunca llegan al nivel del matrimonio justo.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

² HERRERIAS SORDO, María del Mar. El concubinato. México, 1998. Editorial Porrúa. Pág. 2

³ DI PIETRO, Alfredo. Manual de Derecho Romano. Argentina, 1992. Ediciones de Palma Buenos Aires. Cuarta Edición. Pág. 374.

Estas dos formas matrimoniales tienen los siguientes elementos comunes:

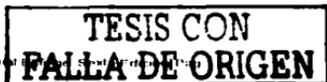
- a) Se trata de uniones duraderas y monogámicas de un hombre con una mujer.
- b) Los sujetos tienen la intención de procrear hijos y apoyarse mutuamente en los lances y peripecias de la vida. La famosa frase de que el *consensus* y no el *concubitus* hace el matrimonio (D.35.1.15) significa, quizá, que el hecho de continuar armonizando (co-sentir) y no el hecho de compartir el mismo lecho, es la base del matrimonio.
- c) Ambas formas son socialmente respetadas, y para ninguna de ellas se exigían formalidades jurídicas o intervención estatal alguna. Estas antiguas uniones fueron "vividitas", no celebradas en forma jurídica, y tenían pocas consecuencias jurídicas. Para nosotros es difícil intuir lo que haya significado el matrimonio romano".⁴

El *concubinatus* clásico es una unión autorizada, aunque ilegítima, de varón y mujer...Tener concubina no es contrario a la moral romana...Para la mujer tampoco es un estigma deshonoroso ser concubina. Se daba ya en época de la republicana el concubinato con mujeres libres y esclavas, pero se hizo más frecuente durante el Principado. Contra lo que Augusto pretendía, se recurrió al concubinato en los casos en que el matrimonio estaba legalmente prohibido.

1.1.2. PRINCIPADO.

"El concubinato comenzó a ser regulado en el derecho romano bajo el primer emperador, Octavio Augusto. A comienzos de la era cristiana, con las leyes *Iulia de Maritandis* y *Iulia de Adulteris*, dicho monarca trató de estructurar la figura buscando, sin duda, poner orden en el medio social donde esta unión era un

⁴ FLORIS MARGADANT, S. Guillermo *El Derecho Privado Romano* México 1975. Editorial de la Universidad Nacional Autónoma de México. Tercera edición. Pág. 502



hecho frecuente; y así, distinguió, mediante requisitos y efectos, el concubinato de las restantes uniones extramatrimoniales".⁵

La ley "julia de *adulteris*" calificaba de "*stuprum*" y castigaba todo comercio con toda mujer joven o viuda fuera de las "*justae nuptiae*", haciendo una excepción a 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.

En cuanto a los requisitos, cabe destacar que en dicha legislación se estableció que debía tratarse de personas púberes sin vínculo de parentesco afín o consanguíneo que constituyera impedimento matrimonial, debiendo ser soltero el concubino. Caso contrario, si la unión era entre parientes o personas casadas, o habiéndose ejercido corrupción o violencia sobre personas honestas para lograr la unión, tratábase de *incestum*, o *adulterium*, o *stuprum*, respectivamente.

Se podía tomar como concubina, solamente, a una mujer de bajo rango: actrices, mujeres manumitidas o libertas, prostitutas, mujeres sorprendidas en adulterio; así como en las provincias, el gobernador enviado por Roma, a una mujer del lugar sólo podía tomarla como concubina y no como esposa. A la mujer que se unía en concubinato, se le llama *Pellex*.

"Si una mujer honrada o ingenua consentía en ser tomada por concubina, debía ello ser acreditado, por un medio formal (bajo riesgo, para el hombre, de ser considerada la unión con ella *stuprum*). Pero aceptando la mujer, y constituyéndose el concubinato, perdía aquélla su posición en el medio social y el título de *mater familiae* que implicaba distinción y honra a la mujer romana"⁶

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

⁵ A. BOSSERT, Gustavo Régimen Jurídico del Concubinato Buenos Aires, 1997, Editorial Astrea, Cuarta Edición, Pág. 9

⁶ *Ibidem* Pág. 10.

"De igual modo, con la *Lex Papia Popaea* el concubinato se permitió inclusive con manumitidas e ingenuas.

La ley antes mencionada no sólo toleró el concubinato, ya que además de lo anterior, estableció que los padres que tuvieran tres o más hijos ilegítimos eran preferidos sobre los demás para desempeñar cargos públicos. "El concubinato, muy extendido, surge así como una forma de convivencia basado en el consentimiento de los interesados como una consecuencia más del libre juego de la voluntad privada en Roma".⁷

"A pesar de su indulgencia, los juristas no transigieron al respecto; los hijos nacidos de un concubinato honorable serán libres, puesto que ha nacido de una madre libre; pero como esta mujer no estaba casada, serán ilegítimos y llevarán tan sólo el nombre de su madre; heredarán de su madre, pero no de su padre natural.

En Roma fueron tratados con rigor extremo, hasta dictarse el edicto "*unde cognati*" referido a la vinculación del hijo con la madre y sus parientes sobre la base de la certeza de la maternidad".⁸

Fue así que el concubinato recibió un reconocimiento tácito.

1.1.3. JUSTINIANO.

El concubinato adquirió relevancia jurídica por influencia del cristianismo: se le atribuyeron efectos jurídicos y se establecieron requisitos, configurándolo como una unión similar, aunque inferior al matrimonio: se le impuso la monogamia – es decir, que no se podía tener esposa y concubina, ni dos concubinas –, se requirió pubertad y falta de impedimentos por parentela y afinidad.

⁷ HERRERIAS SORDO, María del Mar. Op. Cit. Pág. 3

⁸ CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. La Familia en el Derecho Méxicn 2001 Editorial Porrúa. Pág. 72

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Al suprimir los impedimentos matrimoniales basados en razones sociales, el cristianismo quitó la principal causa de los concubinatos y con la legitimación favoreció la conversión de éstos en matrimonio.

"A partir de Constantino, los emperadores cristianos tienden a combatir el concubinato y procurar asimilar a los hijos nacidos de concubina a los legítimos mediante la legitimación. Se reserva a aquéllos la denominación de *liberi naturales*, diferenciándolos así de los *spurri* o vulgo *quaesiti*, habidos de cualquier otra unión, y se permite su legitimación por subsiguiente matrimonio de los padres, que les concedía los efectos de la sumisión a la patria potestad y el ingreso en la familia del padre".⁹

Así también en el derecho justiniano, la unión concubinaria fue vista como una relación estable con mujeres de cualquier condición o de cualquier rango social debido a que se eliminaron los impedimentos matrimoniales de índole social, por lo que el concubinato varío su anterior estructura, quedando a partir de ese momento como una cohabitación estable de un hombre con una mujer de cualquier condición social sin que exista la *affectio maritalis*.

Fue hasta esta época del Bajo Imperio, con Justiniano, que se aceptó el lazo entre el padre y los hijos producto del concubinato. Justiniano legisó el derecho del padre a legitimar y reconoció el derecho de los hijos a recibir alimentos, así como también algunos derechos sucesorios. "Los derechos sucesorios de la concubina consistían en la sexta parte de la herencia, según que hubiera concurrencia con los hijos legítimos o no".¹⁰

El elemento que definía al concubinato frente al matrimonio era que no mediaba, para el surgimiento del vínculo, como requisito indispensable, el cumplimiento de

⁹ FOSAR BENLLOCH, Enrique. *Estudios de Derecho de Familia*. Tomo III. Las Uniones Libres. España, 1982. Editorial BOSCH. Pág. 6.

¹⁰ FERRERIAS SORDO, María del Mar. Op. Cit. Pág. 4.



formalidad alguna, y en ambos sucedía después una cohabitación singular y notoria. "La concubina sólo se distinguía de la esposa por la intención de las partes, por el sólo afecto del hombre, por la sola dignidad de la mujer, y aquella intención diferenciadora la llamaban *affectio maritalis*. Se advierte entonces, claramente, que el consentimiento, la voluntad de contraer matrimonio es, a través del tiempo, un elemento esencial de éste".¹¹

1.2. EN ESPAÑA.

Según su fuero y costumbre antigua de España, podemos distinguir tres clases de enlace de varón y mujer autorizadas o toleradas por la ley...Y después de enumerar el matrimonio, celebrado con todas las solemnidades del Derecho y consagrado por la religión, matrimonio *in facie ecclesiae*, que constituía a la mujer en mujer de bendición o velada, y el matrimonio, *a yuras* que define la barragania:

"La barragania no era un enlace vago, indeterminado o arbitrario; se fundaba en un contrato de amistad y compañía, cuyas principales condiciones eran la permanencia y fidelidad", según expresa en esta ley del Fuero de Zamora. Fuero éste que concede los máximos derechos a la barragania.

"La generalidad con que los fueros hablan de las barraganias, así de los clérigos como de los legos, y aún de los casados, y sus disposiciones políticas y leyes civiles acerca de la conservación, subsistencia y derechos de hijos y madres, prueban cuán universal era la costumbre, y si bien por algunos fueros estaba prohibido a los legítimamente casados tener barraganas en público, esta prohibición no se extendía a las de los solteros, a los cuales no era indecente ni indecoroso contraer y conservar descubiertamente semejante género de amistades...Los fueros consideraban las barraganas de los legos como unas

¹¹ A. BOSSERTI, Gustavo, Op. Cit. Pág. 10.

mujeres de segundo orden, y les otorgaban casi los mismos favores que a las legítimas".¹²

En España, durante el Medievo, el concubinato adoptó el nombre de "barraganía" y fue Alfonso X "El Sabio" en sus Siete Partidas quien calificó con este nombre a las uniones fuera de matrimonio, constituidas entre personas aun casadas o bien entre hombres y mujeres de condiciones sociales distintas. "Fue ya desde esta época que se pusieron límites a la barraganía:

1. Sólo debe haber una barragana y un hombre.
2. Ambos deben estar libres de matrimonio y no tener impedimento alguno para contraerlo.
3. Esta unión debe ser permanente.
4. Deben tratarse como marido y mujer.
5. Deben ser considerados en su comunidad como si fueran esposos."¹³

Solían acogerse a esta unión las clases inferiores de la sociedad, poco inclinadas al matrimonio, precisamente por su rigidez en cuanto a que era un vínculo indisoluble, y también los hombres de alguna calidad que deseaban convivir con una mujer de inferior condición social, el matrimonio con la cual hubiera sido objeto de la repulsa de sus iguales.

"Parece que se dieron dos clases de barraganía: una, contraída en términos de especial dignidad para la mujer, que de hecho no se diferenciaba de la esposa legítima, en cuanto participaba de todas las facultades que se le reconocían a ésta, y la ya conocida de orden inferior, en que la barragana apenas se diferenciaría de los criados y siervos. Los límites de la primera de estas figuras y el matrimonio clandestino serían tan confusos que para diferenciarlos habría que

¹² FOSAR BENLLOCH, Enrique Op. Cit. Pág. 15-16.

¹³ HERRERIAS SORDO, María del Mar. Op. Cit. Pág. 4-5.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

acudir a la declaración expresa, como se hace en la "Carta de Ávila" (Llamada "Carta de manceba e compañera", en que el hombre recibe a la mujer "por manceba e compañera a pan e mesa e cuchuello por todos los días que...visquiéredes"), porque el contenido de ambas relaciones es exactamente idéntico. Determinar en cada caso cuándo se trataba de uno u otra sería una cuestión de prueba".¹⁴

La prole procedente de esta clase de uniones era considerada como de la familia y acreditaba respecto del padre una reciprocidad de derechos y deberes igual a los reconocidos en la legítima, en defecto de ésta; pero concurriendo con ella, era postergada, limitándose sus derechos a los señalados para los hijos ilegítimos.

En las Siete Partidas, consagran todo un título (XVI Partida Cuarta) que se denomina: "De las otras mujeres que tienen los hombres, que no son de bendiciones", el cual regula cuidadosamente la barragania, de la que se supone que su etimología proviene del árabe "sin ganancia".

Tuvo una gran importancia también en el sistema de los fueros municipales:

El Fuero Zamora permitía dejar por herederos a los hijos tenidos por la barragana, siempre que fuesen solamente instituidos ; del mismo modo la barragana que tuviese un año con su señor conservaba sus vestiduras al separarse, en caso contrario, debía devolverlas.

"El Fuero de Plasencia establecía que la barragana que probará haber sido fiel y buena para con su señor, tenía derecho a heredar la mitad de los gananciales".¹⁵

¹⁴ FOSAR BFNLOGII, Fénique. Op. Cit. Pág. 17

¹⁵ Ibid. Pág. 15

"El Fuero de Cuenca, concedía a la barragana encinta el derecho de solicitar la prestación de los alimentos a la muerte del señor, elevándosele a la categoría de una viuda en cinta.

El Fuero de Soria autoriza al padre a dar a los hijos habidos de barragana, hasta la cuarta parte de sus bienes en vida y los que deseare por testamento, siempre y cuando hubieren sido concebidos antes que los hijos legítimos.

Los Fueros de Burgos y Logroño concedieron a los hijos de barragana el derecho de heredar conjuntamente con los legítimos por cabeza, excepto cuando el padre les hubiere adjudicado una parte determinada de los bienes".¹⁶

Se puede observar que se aceptaba la barraganía o concubinatio debido a que se asemejaba al matrimonio, se daba a conocer sin temor quien era el padre; se buscaba el origen de la filiación mediante las relaciones sexuales, ésta figura también era una especie de dignidad para la mujer puesto que era una garantía contra la mala fama de una supuesta prostitución y para prevenir el abandono de los hijos nacidos de tal unión que se les consideraba naturales, pero con padre conocido desde el momento de su concepción.

1.3. EN MÉXICO.

Entre los indígenas se acostumbraba la poligamia (condición de un hombre casado simultáneamente con varias mujeres), aunque ésta no se práctico por la totalidad de los pueblos, ya que algunos indígenas también practicaron la monogamia.

¹⁶ HERRERÍAS SORDO, María del Mar. Op. Cit. Pág. 6



Entre los aztecas fué difícil precisar una separación entre uniones legítimas e ilegítimas debido a que la poligamia era lícita y muy frecuente. El hombre, casado o soltero, podía tomar cuantas mancebas quisiera, con tal de que estuvieran libres de matrimonio.

El concubinato surgía cuando la pareja se unía mediando su consentimiento, sin observar ningún tipo de formalidad. En este caso, la mujer tomaba el nombre de temecauh y el hombre el de tepuchtlí.

"El derecho sólo equiparaba al concubinato con el matrimonio cuando los concubinarios tenían tiempo de vivir juntos y con fama pública de casados. Ya que la concubina que duraba un lapso largo de tiempo como tal, se convertía en esposa, recibiendo el nombre de tlacarcavilli".¹⁷

Para unirse en concubinato, no se necesitaba ni siquiera el pedimento de mano de la doncella, ni la realización de ningún rito. El surgimiento de esta unión se debía casi siempre a la carencia de recursos económicos para poder realizar los gastos de las fiestas que trata consigo un matrimonio definitivo, esto es, cuando se celebraba la ceremonia nupcial.

Los caciques, quienes pertenecían a un rango superior respecto del resto de la población detentaban la organización y la explotación de las tierras, y las distribuían para satisfacer necesidades de la comunidad dentro de la cual se incluía su propia familia. Los mencionados personajes tenían de dos a cinco mujeres aproximadamente.

Los grandes señores que dirigían a los pueblos también se distinguieron por haber tenido numerosas esposas y procrear varios hijos con cada una de ellas, llegando a tener una cifra muy elevada de descendientes.



¹⁷ Ibid P'Ag 10

En los reinos de Tacuba y Texcoco, solamente los reyes y los nobles tenían varias mujeres, siendo este hecho considerado por el pueblo como una corrupción de costumbres.

Entre los toltecas, sólo se consentía tener una mujer, ni el mismo rey podía tener más de una esposa. Inclusive se impuso la regla de que al morir la esposa de éste, no podía volver a contraer matrimonio.

Con la conquista, en cuanto al matrimonio, los misioneros españoles se encontraron con el fenómeno de la poligamia, práctica muy común en las familias indígenas. El problema básico en relación al matrimonio era la poligamia, practicada ampliamente por los reyes, caciques y señores principales y en una menor escala por el pueblo.

"Con la "cristianización" de los indígenas, los misioneros comenzaron con la labor de convencer a los indios de dejar sus múltiples esposas y conservar sólo una: la "esposa legítima". Esta tarea pareció en un principio sencilla, sin embargo no lo fue: los misioneros se encontraron con una maraña de lazos familiares en los que intervenían las múltiples esposas, los hijos que cada una de ellas había engrandado de un varón, así como los parientes de éstas".¹⁸

Aunado a esto, resultó ser que muchos de estos matrimonios se habían celebrado sin tomar en cuenta los impedimentos contemplados por las leyes españolas así como por la Iglesia católica (Tales como el matrimonio anterior, el parentesco consanguíneo, el parentesco por afinidad, etc.). Miles de hijos habían sido engrandados fuera de lo que los conquistadores consideraban como un matrimonio legítimo.

A pesar de todo lo anterior, los hijos ilegítimos tenían posibilidad de mejorar su situación cuando el padre así lo procurada. En efecto, si los hijos eran reconocidos

¹⁸ *Ibid* Pág. 13

por el padre, tenían acceso a un lugar reconocido social y jurídicamente dentro del núcleo novohispano. Lo anterior no implicaba la equiparación de los hijos legítimos, pero sí les daba a los hijos naturales un sitio de acuerdo a su dignidad de persona.

"No fué sino hasta 1537, con la Bula Altitud Divini Consilli, que el Papa Paulo III resolvió definitivamente lo que habría de hacerse en estos casos: el matrimonio celebrado ante la Iglesia Católica debía de llevarse a cabo con la primera esposa con la que hubiere contraído matrimonio el indio. En caso de no poder resolver este punto, o dada la situación de que el indio no se acordara quién había sido su primera esposa, éste podía elegir a la que quisiera".¹⁹

Todas las demás mujeres que había tomado el hombre, dejaron de ser tratadas por igual y pasaron a ser únicamente exconcubinas, quedando tanto ellas como sus hijos desprotegidos y despojados de los derechos que gozaban anteriormente. Fueron marginados de la comunidad, de la familia y de los medios de producción. De estas familias "ilegítimas" surgieron las primeras concubinas abandonadas y desprotegidas, considerándose a los hijos que hubieren engendrado como "hijos fornezinos".²⁰

Todo lo anterior contribuyó a la desintegración paulatina de la familia prehispánica y fué dando paso a la lenta conversión de la familia fundada sobre las bases del matrimonio católico monogámico.

"A pesar de la labor de la Iglesia Católica y de la autoridad civil para evitar conductas inmorales y ajenas a la institución de la familia cristiana peninsular, siguieron habiendo relaciones ilegítimas. El matrimonio cristiano no fue la única

¹⁹ FERRERIAS SORDO, María del Mar. Op. Cit. Pág. 14

²⁰ Nola Fornezinos: los nacidos de adulterio, los nacidos como producto de relaciones entre parientes o con parientes prohibidos o los nacidos de merca.

unión existente en la sociedad colonial, sino que el concubinato continuó siendo practicado masivamente".²¹

"Los mismos obispos de Oaxaca y México, manifestaron en sus cartas al rey de España que los indígenas más parecía que tomaban una sola mujer "para encubrir adulterios y nefarias costumbres que para tener legítimo matrimonio, y no bastan las amonestaciones o predicaciones públicas para lográrselas quitar, y es necesario algún castigo".²²

Posteriormente, en las diferentes soluciones que encontramos en la historia del derecho, existe siempre un criterio moral que determina de manera casi exclusiva la regulación del Derecho Positivo; en la doctrina también encontramos representadas "las diversas actitudes que el Derecho puede asumir 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 concubinos.
- c) Prohibir el concubinato y sancionarlo bien sea desde el punto de vista civil o penal, permitiendo incluso la separación por la fuerza de los concubinos.
- d) Recoger 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 la concubina para exigir alimentos o heredar en la sucesión legítima.

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

²¹ HERRERIAS SORDO, María del Mar. Op. Cit. Pág. 16.

²² ESQUIVEL OBRERÓN, Toribio. Apuntes para la historia del Derecho en México. México, 1938. Editorial Polis. Pág. 594.

- 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".²³

1.4. EN FRANCIA.

En la doctrina francesa se señala que para que se de un buen concubinato (también conocido como unión libre), debe existir entre la pareja comunidad de lecho, de domicilio, igualdad en trato, exterioridad de su relación, permanencia de estas relaciones y lo principal cuidar y mantener la vida en común.

"En 1604, el Código Michaud disponía la invalidez de toda donación entre concubinos; y por diversas medidas legislativas, se negó toda trascendencia a la unión concubinaria".²⁴

La Revolución francesa de 1789, no enalteció a la familia, puesto que no la consideró como una unidad orgánica. Este movimiento se ocupó principalmente del individuo. Las personas, individualmente consideradas, podían agruparse en una familia en virtud de un contrato de derecho común que podía ser rescindido por ambas partes o por una de ellas.

"La ley 12 Brumario del año II, otorgo a los hijos naturales un derecho hereditario igual al de los hijos legítimos".²⁵ Aunque esta ley contribuyó a debilitar a la familia constituida por el matrimonio, protegió a los hijos nacidos de las familias extramatrimoniales. Para poder hacer valer sus derechos, a los hijos naturales se



²³ ROJINA VILLEGAS, Rafael *Compendio de Derecho Civil*. Introducción, Personas y Familia. México, 2001 Editorial Porrúa. Pág. 348.

²⁴ A. BOSSERT, Gustavo Op. Cit. Pág. 14.

²⁵ CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. Op. Cit. Pág. 53.

les imponía la carga de probar su filiación con el fallecido, y de este modo recurrir a la posesión de este estado de hijo del de cujus. Para probar la relación filial, debían exhibirse documentos públicos o privados que provinieran del padre o como consecuencia de las atenciones dadas a título de paternidad tales como la educación o el mantenimiento sin interrupción.

Si bien el movimiento revolucionario favoreció a los hijos naturales, el Código Napoleónico de 1804 les fué desfavorable.

El Código Napoleónico ignoró totalmente el concubinato y se abstuvo de regular los efectos que puede producir ante determinados conflictos de intereses o negocios jurídicos.

"El ordenamiento de 1804 les negó el título de herederos concediéndoles únicamente el derecho a heredar en la misma proporción de los hijos legítimos cuando concurrieran con éstos. En caso de concurrir con ascendientes y hermanos, únicamente podrían tener derecho a la mitad y por último tendrían derecho a las tres cuartas partes cuando concurrieran con los demás parientes".²⁶

Sólo en caso de que no hubiera parientes en grado hábil para heredar, podían los hijos naturales o ilegítimos recibir la totalidad de la herencia.

Otra de las desventajas que acarreó el Código Napoleónico para los hijos naturales fue la prohibición tajante a éstos de investigar la paternidad.

El Código Napoleónico de 1804 no reguló la figura del concubinato, lo consideraba como un hecho material, que no producía ningún efecto o consecuencia de derecho, por lo que, con estas disposiciones se lesionaron los derechos tanto de la concubina como de los hijos.



²⁶ HERRERÍAS SORDO, María del Mar. Op. Cit. Pág. 9

Es así, como la filosofía del código aparece inserta en la frase pronunciada por Napoleón Bonaparte en el Consejo de Estado: "Los concubinos se pasan sin la ley; la ley se desentiende de ellos" (Les concubines se passent de la loi; la loi se désintéresse d'eux)...²⁷

"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 precisa a resolver los numerosos problemas que derivan del concubinato".²⁸

Fue así que en Francia, la jurisprudencia tuvo que realizar, durante el siglo XIX, una lenta y compleja elaboración para ir resolviendo, no obstante el silencio de la ley, los concretos problemas que, en torno del vínculo concubinario, se planteaban.

En virtud de tal situación, las sentencias de los tribunales fueron otorgando protección a las concubinas y a los hijos nacidos de la relación concubinaria.

A partir de la ley del 16 de noviembre de 1912, que erigió el concubinato notorio en fuente de la paternidad natural, comenzó el gran debate legislativo en torno de la materia. Son memorables por ejemplo, las polémicas habidas en la Asamblea Nacional y en el Senado francés respecto del significado y alcances del concepto de **concubinato notorio**.

Es importante destacar, que el concepto de concubinato del ordenamiento francés no corresponde al que actualmente se sostiene. "En Francia, como en muchas otras legislaciones, se identifica el concubinato con el adulterio. El mismo código establecía en su artículo 230 que la única causal por la que la mujer podía demandar el divorcio por causa de adulterio de su marido, era cuando éste

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

²⁷ DIEZ DEL CORRAL, Luis. *El liberalismo doctrinario*. Madrid, 1956. Segunda Edición. Pág. 243

²⁸ GALINERO GARCÍAS, Ignacio. *Derecho Civil México 2002*. Editorial Porrúa. Pág. 503

hubiera "sostenido a su concubina en la casa común", es decir, cuando el adulterio se hubiere cometido en el hogar conyugal. Con esta disposición, se equiparó el concubinato al amasiato.²⁹

Posteriormente, a tenor de las graves necesidades que impuso la Primera Guerra Mundial, entre 1914 y 1918 se sancionaron numerosas leyes que trataron de solucionar concretos y urgentes problemas que se planteaban a las concubinas de los soldados (Así, por ejemplo, merecen citarse las leyes, complementadas por resoluciones ministeriales, que establecieron una asignación económica por cada día que el jefe de familia se encuentra incorporado a las armas, siendo beneficiarios los miembros de la familia o del grupo que sin vínculo jurídico viva como si constituyera una familia; alcanzaba entonces el beneficio a la concubina. También ésta se encontró protegida contra desalojos, cuando demostraba que además de convivir en el inmueble había estado a cargo de su compañero, que se encontraba bajo las armas). Después de finalizada la guerra, se promulgaron esporádicamente leyes vinculadas a la materia; pero la jurisprudencia continuó realizando, al respecto, una vasta y valiosa labor.



²⁹ HERRERÍAS SORDO, María del Mar. Op. Cit. Pág. 10

CAPITULO II. MARCO CONCEPTUAL DE LA FAMILIA

2.1. LA FAMILIA.

El instinto sexual puede hallar y aún halla desahogo fuera de la familia, pero son insustituibles los sentimientos y los afectos que nacen y se desarrollan recíprocamente entre padres e hijos, entre marido y mujer. Fuera de la familia, estos profundos instintos y necesidades del corazón humano podrán encontrar sustitutos, pero resultarán siempre inadecuados para atender a estas necesidades primordiales.

La familia es la más antigua de las instituciones humanas y constituye un elemento clave para la comprensión y funcionamiento de la sociedad. A través de ella la comunidad no sólo se provee de sus miembros, sino que se encarga de prepararlos para que cumplan satisfactoriamente el papel social que les corresponde.



2.1.1. CONCEPTOS PREVIOS.

"La palabra familia, según la opinión más general, procede de la voz "famulia", por derivación de "famulus", que a su vez procede del osco "famel", que significa siervo, y más remotamente del sánscrito "vama", hogar o habitación, significando, por consiguiente, "el conjunto de personas y esclavos que moraban con el señor de la casa".¹

En sentido muy amplio, la familia es el grupo de personas entre quienes existe un parentesco de consanguinidad por lejano que este fuere. Esta noción por su propia vaguedad y su amplitud, no tiene efectos jurídicos. Estos pueden percibirse en el campo de la sociología, en la medida en que son el fundamento de ciertos

¹ CASTÁN TOBEÑAS, José. Derecho Civil Español Común y Foral. Madrid, 1976. Editorial Reus. Tomo V. Derecho de Familia, Vol I. Pág 25

vínculos de solidaridad o en el ámbito de la psicología, por los sentimientos de afecto que esa situación crea. Se forma así la idea de la familia en sentido amplio que coincide con el concepto de la gens (linaje).

La palabra familia tiene una connotación más restringida, a la que se ha llegado después de una larga evolución y comprende únicamente a los cónyuges y a los hijos de éstos, que viven bajo un mismo techo. "En este sentido se puede hablar de la "familia doméstica" en oposición a la "familia gentilicia". Como una huella de la antigua gens romana, el concepto de familia doméstica se amplía de manera que pueden quedar comprendidos en ella el cónyuge del hijo o de la hija y de los descendientes inmediatos de éstos (nietos) aunque no vivan en la misma casa".²

Por otra parte, puesto que se encarga de la subsistencia de los individuos que la componen, juega un papel primordial dentro de la organización económica de la sociedad. Enraizada por un lado en la biología (reproducción de la especie), constituye un fenómeno social total, con repercusiones en todos los órdenes, al ser el canal primario para la transmisión de los valores y tradiciones de la sociedad de una generación a otra. "Cuando un ser humano nace, comienza en el seno de la familia a aprender las normas de comportamiento que se consideran adecuadas, buenas o morales. A medida que crece, adquiere el lenguaje del grupo y por medio de este instrumento paulatinamente va teniendo acceso al mundo cultural. Así desde pequeño se le enseñan las creencias religiosas y se le infunde una escala de valores determinada y una serie de normas de conducta. Se socializa de este modo el nuevo miembro, haciéndolo apto para la vida en la sociedad a la que pertenece de acuerdo con las diversas etapas de su desarrollo, hasta que alcanza la madurez biológica y social, y el individuo se encuentra preparado para fundar él mismo su propia familia y recomenzar el ciclo que nutre la vida social".³

TEJOS CON
FALLA DE ORIGEN

² UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MÉXICO. *Diccionario Jurídico Mexicano*. México, 1999. Editorial Porrúa. Decimatercera Edición. Pág. 1428.

³ CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. *La Familia en el Derecho*. Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares. México, 2001. Editorial Porrúa. Pág. 231.

No obstante que no existe una definición de familia todos nos referimos a ella. Nacemos en familia, nos formamos en ella y morimos también en familia. Se hace referencia continua a la familia en las diferentes normas del Derecho positivo del país y los tratadistas se refieren a ella. Sin embargo, no conocemos la definición satisfactoria. La familia se basa en el ámbito privado pero abarca a la sociedad toda, y en ella se interesan, no solamente una nación, sino todas las naciones.

2.1.2. EN SENTIDO AMPLIO.

La familia en sentido amplio, que podría considerarse familia-parentesco, se integra por el conjunto de personas con las cuales existe algún vínculo de orden familiar. Bajo este significado lato "comprende la familia tres órdenes de relaciones: las conyugales, las paterno-filiales y las que genéricamente se llaman parentales".

Comprendería según Fassi, "al conjunto de ascendientes, descendientes y colaterales de un linaje", incluyendo los ascendientes, descendientes y colaterales del cónyuge, que reciben la denominación de parientes por afinidad⁴; a esa enunciación habría que agregar al propio cónyuge, que no es un pariente.

Para Díaz de Guijarro, la familia "es una institución social permanente y natural compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual y de la filiación". Y Spota considera que "la familia está constituida por las personas entre las cuales existe una relación de parentesco, así como por quienes se hallan unidos en matrimonio".⁵

Para Bonnecase, "la familia es un organismo social de orden natural, basada en la diferencia de sexos y en la diferenciación correlativa de las funciones, cuya misión consiste en asegurar no solamente la perpetuidad de la especie humana, sino

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

⁴ RELLUSCIO, Augusto César. Derecho de Familia. Tomo I, Parte General. Argentina, 1979. Ediciones Depakna Buenos Aires. Pág. 3

⁵ CHAVEZ ASENSIO, Manuel F. Op. Cit. Pág. 234

también el único modo de existencia que conviene a sus aspiraciones y a sus caracteres específicos".⁶

En opinión de Bellucio, la concibe como el conjunto de personas con las cuales existe algún vínculo jurídico de orden familiar y destaca el autor mencionado que es definido por la existencia de relaciones jurídicas familiares y determina el campo del Derecho de Familia.

En éste sentido, Borda lo refiere como en el que suele incluirse a los parientes cercanos que procedan de un mismo tronco o que tienen un estrecho vínculo de afinidad.

Finalmente, podemos agregar que la familia es el conjunto de personas, en un sentido amplio (parientes) que proceden de un progenitor o tronco común; sus fuentes son el matrimonio, la filiación (legítima o natural) y en casos excepcionales la adopción (filiación civil).

2.1.3. EN SENTIDO RESTRINGIDO.

La familia en sentido restringido actualmente se le considera al grupo formado por los cónyuges y los hijos de éstos, con exclusión de los demás parientes, o al menos de los colaterales. En este sentido la familia se integra por relaciones conyugales y paterno-filiales.

Aún así reducido, el alcance del núcleo familiar no es considerado uniformemente por la doctrina.

Para algunos, la característica fundamental de la pequeña familia está dada por la convivencia. "Con tal criterio, dice Borda que "en un sentido propio y limitado la familia esta constituida por el padre, la madre y los hijos que viven bajo el mismo



⁶ BONNECASSE, Julien. La Filosofía del Código de Napoleón aplicada al Derecho de Familia México, 1945. Editorial José M. Cajica Jr. Puebla PÁg 207

techo". Por el contrario, Spota afirma que la convivencia no es un requisito esencial, pues, por ejemplo, el hijo que no vive con el padre forma igualmente parte de su familia; y Gustavino estima excesivo poner la convivencia como condición o elemento de la definición".⁷

Para Belluscio la familia en sentido restringido (núcleo paterno-filial) es la agrupación formada por el padre, la madre y los hijos que viven con ellos o están bajo su potestad, asumiendo mayor importancia social que jurídica.

Otro autor, "Daniel Hugo D'Antonio, sostiene que son necesarios a la vez el requisito de la convivencia y la sujeción a la autoridad paterna. Define a la pequeña familia como "la institución natural integrada por el padre, la madre y los hijos no emancipados por matrimonio que conviven en el hogar bajo la autoridad paterna".⁸

A mi juicio, bastaría cualquiera de los dos elementos –convivencia o sujeción a la potestad paterna- para configurar la pequeña familia. Porque tanto la integra el hijo mayor de edad que no ha contraído matrimonio y continúa conviviendo con sus padres, como el menor de edad no emancipado que por cualquier razón ha dejado de convivir con ellos.

2.1.4. LEGÍTIMA E ILEGÍTIMA.

Desde otro punto de vista a la familia la califican por sus relaciones y por su constitución en: legítima o ilegítima, según esté constituida por el matrimonio, o se derive del concubinato o de la madre soltera.



⁷ BELLUSCIO, Augusto César. Op. Cit. Pág. 5.

⁸ CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. Op. Cit. Pág. 234

Rojina Villegas estima que "la familia en el derecho moderno está determinada por virtud del matrimonio y del parentesco consanguíneo, comprendiéndose, además el parentesco por adopción".

Para Enneccerus la familia se entiende "como el conjunto de personas ligadas por el matrimonio o por el parentesco". Por su parte Belluscio señala que "el ideal jurídico y ético es y ha sido ordinariamente la organización de la familia sobre la base del matrimonio, es decir la familia legítima o matrimonial".⁹

Sostienen los Mazeaud que jurídicamente no existe más que una sola familia, la fundada por el matrimonio. Para el Derecho, "dicen, no basta la existencia de una colectividad entre padres e hijos para que haya una familia, sino que son necesarios los caracteres de moralidad y estabilidad que le permitan cumplir su misión social, la llamada "familia natural" no es una agrupación merecedora de protección jurídica. Para Carbonnier, la expresión "familia natural" sólo puede utilizarse metafóricamente, pues la unión libre dista de constituir una entidad jurídica equiparable al matrimonio".¹⁰

En cambio, "Colin, Capitant y Julliot de la Morandière dicen que las relaciones extramatrimoniales no dan nacimiento a una verdadera familia pero sí a filiación o parentesco natural entre padres e hijo, y además con los descendientes legítimos de éste, por lo cual en tal sentido puede hablarse de familia natural".¹¹

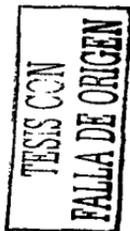
Por el contrario Fassi estima que la filiación ilegítima importa la fundación de una nueva familia, y que el hijo ilegítimo tiene relaciones de familia con su padre, su madre y sus hermanos ilegítimos.

Así, podría seguir citando autores que consideran que la única familia es la que se genera con el matrimonio, y otros que aceptan que también son familias las que se

⁹ Ibid Pág 235

¹⁰ BELLUSCIO, Augusto César Op. Cit. Pág. 8

¹¹ Id



generan fuera del matrimonio, pero clasifican a unas como legítimas y a otras como ilegítimas.

Estimo que la familia es una. Y que el nacimiento o la constitución de ella es un aspecto que no debe calificarse y no deben contraponerse los conceptos de familia legítima e ilegítima. La familia es una realidad sociológica con un fondo ético; la unión de un hombre y una mujer generan descendientes, de esta realidad parte el Derecho. El legislador, tomando en cuenta los principios éticos, religiosos y las buenas costumbres, debe procurar que todas las familias se constituyan por matrimonio, sin olvidar la realidad sociológica existente en México de un gran número de familias constituidas por concubinato y de madres solteras. En nuestro Derecho se ha procurado equiparar en derechos y obligaciones a todas las familias.

Es un tema delicado que debe profundizarse, porque no puede desconocerse que el matrimonio es la forma moral y legal de constituir la familia, y que si se toma en cuenta a las otras es debido a que existen, más no porque fuera lo conveniente y deseable.

2.2. EL MATRIMONIO.

El matrimonio es institución fundamental del derecho familiar, porque el concepto de familia reposa en el de matrimonio como supuesto y base necesarios. De él derivan todas las relaciones, derechos y potestades, y cuando no hay matrimonio, sólo pueden surgir tales relaciones, derechos y potestades por benigna concesión y aún así son éstos de un orden inferior o meramente asimilados a los que el matrimonio genera. La unión del hombre y de la mujer sin matrimonio es reprobada por el derecho y degradada a concubinato cuando no la estima delito de adulterio o incesto; el hijo nacido de unión extramatrimonial es ilegítimo y el poder del padre sobre el hijo natural no es una patria potestad. Una benigna



extensión, limitada siempre en sus efectos, es la hecha por el Código Civil para el Distrito Federal de la familia legítima a las relaciones naturales derivadas de unión ilegítima y ello responde a razones de piedad y a la necesidad de hacer efectiva la responsabilidad contraída por quien procrea fuera de justas nupcias. Esta importancia y preeminencia de la institución que hace del matrimonio el eje de todo el sistema jurídico familiar, se revela en todo el derecho de familia y repercute aún más allá del ámbito de éste.

La palabra castellana matrimonio deriva de la latina *matrimonium*, conformada por las voces *matris* y *monium* que se conjugan para otorgar una acepción referida a una carga o gravamen materno.

"Algunos autores inclinan su preferencia etimológica a las voces *matrem* y *muniens*, que significan en su ensamble defensa o protección a la madre, respondiendo así a la idea generalizada en épocas anteriores según la cual la mujer se encontraba ubicada en un plano social diferenciado y disminuido, del cual resultaba la necesidad de resguardo por parte del marido".¹²

Curiosamente, palabras sinónimas tales como nupcias, casamiento y vínculo conyugal refieren, respectivamente, al velo que cubría a la contrayente en la ceremonia de la *confarreatio*, a la casa común en que vivirán los esposos y a la carga compartida que para los mismos conlleva el matrimonio (*cum*: común; *jugum*: yugo, peso, carga o gravamen).

El matrimonio se considera desde dos puntos de vista: como acto jurídico y como estado permanente de vida de los cónyuges: efecto del acto jurídico de la celebración del matrimonio.



¹² MENDEZ COSTA, María Josefa. Derecho de Familia. Tomo I. Santa Fe, 1987. Editorial Rubinzal Culzoni Editores. Pág. 60.

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

"El matrimonio como estado civil, se compone de un complejo de deberes y facultades, derechos y obligaciones, en vista y para protección de los intereses superiores de la familia, a saber: la protección de los hijos y la mutua colaboración y ayuda de los cónyuges".¹³

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

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

Por otro lado, la perpetuación de la especie y la ayuda recíproca entre los cónyuges para realizar los fines individuales o particulares o para "compartir su común destino", no agota ciertamente, el concepto esencial del matrimonio. La ayuda mutua, la perpetuación de la especie, el destino común de los cónyuges, pueden ser los motivos para celebrar el matrimonio; todos ellos pueden realizarse más o menos satisfactoriamente fuera del matrimonio. Lo esencial en el matrimonio, desde el punto de vista jurídico, radica en que a través de él, la familia como grupo social, encuentra adecuada organización jurídica; la seguridad y la

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

¹³ GALINDO GARFÍAS, Ignacio. Derecho Civil. México, 2002. Editorial Porrúa. Pág. 493.

certeza de las relaciones entre los consortes, la situación y estado de los hijos, de sus bienes y sus derechos familiares. El estado de matrimonio, a través de la seguridad y la certeza que le imparte el Derecho, fortalece al grupo familiar y permite que cumpla las finalidades sociales éticas y aún económicas que le competen dentro de la comunidad.

El doble significado de la palabra, así como la variedad de ideas —religiosas, morales y jurídicas— que sobre el matrimonio recaen y pretenden influencia, hacen difícil definirlo con exactitud; a tal punto llega la dificultad que prácticamente no se encuentran dos obras de derecho de familia que lo definan del mismo modo. Por eso me limitaré a reproducir las definiciones más difundidas en el derecho histórico y las enunciadas por los autores.

"Del derecho romano conocemos la de Modestino, según la cual las nupcias son la unión del hombre y la mujer en un consorcio de toda la vida, comunicación del derecho divino y humano".¹⁴ "Y la de las Instituciones de Justiniano, que expresa que las nupcias o matrimonio son la unión del hombre y de la mujer que comprende el comercio indivisible de la vida".¹⁵

También tuvo repercusión mundial la definición de Portalis, para quien es la "sociedad del hombre y la mujer que se unen para perpetuar la especie, para ayudarse mediante socorros mutuos a soportar el peso de la vida y para compartir su común destino".¹⁶

El Código de Napoleón reprodujo la definición que Portalis dio del matrimonio.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

¹⁴ MENDEZ COSTA, María Josefa. Op. Cit., Pág. 59

¹⁵ BELLUSCIO, Augusto César. Op. Cit. Pág. 284

¹⁶ Ibid. Pág. 285

"Planiol dice del matrimonio, que es el "acto jurídico por el cual el hombre y la mujer establecen entre sí una unión que la ley sanciona y que no pueden romper por su voluntad".¹⁷

"Carlos José Alvarez: "unión legítima del hombre y la mujer con el fin de procrear, alimentar y educar sus hijos y auxiliarse los esposos recíprocamente en la vida".

Rodolfo Rivarola: "unión del hombre y la mujer en una comunidad de vida, destinada a la formación de la familia, precedida de la manifestación de consentimiento, por el acto jurídico de la celebración ante el oficial del Registro Civil".

Prayones: "institución social, mediante la cual se establece la unión entre dos personas de distinto sexo, para realizar la propagación de la especie y los demás fines materiales y morales necesarios al desarrollo de la personalidad".

Juan Carlos Loza: "institución jurídica, formal, de orden público, fundada sobre el consentimiento mutuo, en que dos personas de diferente sexo unen perpetuamente sus destinos para los fines de la procreación de la prole, la educación de los hijos, y la asistencia mutua, sometida al estatuto legal que regla sus relaciones".¹⁸

La definición dada por el Código Civil para el Distrito Federal Vigente en su Título Quinto "Del Matrimonio", Capítulo II, artículo 146, es la siguiente: "Matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua con posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que esta ley exige".



¹⁷ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Op. Cit. Pág. 495.

¹⁸ BELLUSCIO, Augusto César. Op. Cit., Pág. 285.

"La dificultad de encontrar un concepto unitario de matrimonio y expresar su definición es enorme. Estrictamente, es del todo imposible hallar una definición única o un concepto totalitario del matrimonio, válido para todas la épocas y lugares. Precisamente porque el matrimonio es tan variado como la cultura en que se da, y porque los criterios doctrinales y legislativos ponen el acento en diversos aspectos de esa figura. Se le ha definido desde el punto de vista biológico, sociológico, histórico, ético, espiritual, económico, religioso y legal entre otros. El matrimonio efectivamente puede contemplarse desde esa pluralidad de ángulos. Pero, aún desde el punto de vista legal, no hay unidad de criterio".¹⁹

Corresponde ahora, pese a su dificultad, ensayar un concepto del mismo: Matrimonio es la forma legal de constitución de la familia a través del vínculo jurídico establecido entre dos personas de distinto sexo, que crea entre ellas una comunidad de vida total y permanente con derechos y obligaciones recíprocos determinados por la propia ley.

Un concepto unitario y totalizador del matrimonio, válido para todos los lugares y épocas, es del todo difícil, cuando no imposible de obtener. Válido es, sin embargo, el concepto genérico del mismo: "Forma legal de constituir la familia a través de la unión de dos personas de distinto sexo que establecen entre ellas una comunidad de vida regulada por el derecho".

2.3. EL CONCUBINATO.

La sociedad y el Estado se interesan por la regulación de la sexualidad de hombres y mujeres, de ahí su institucionalización por medio del matrimonio. Pero aun así, incluida en las asociaciones intersexuales está la conocida como concubinato.



¹⁹ MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. México, 1985. Editorial Porrúa, S.A. Segunda Edición. Pág. 96

El concubinato presenta formas diversas dependiendo de la cultura que lo registre. Significa siempre una unión sexual diversa al matrimonio y en muchas ocasiones semejante al mismo.

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.

"La República Popular China esta combatiendo el concubinato, señalando que es una forma indeseable de constituirse las familias; pero sigue existiendo sobre todo en los sujetos mayores, tradicionales y de poderío económico".²⁰

"El término "concubinato" viene del latín *concubinatus* (comunicación o trato de un hombre con su concubina), sustantivo verbal del infinitivo *concubere*, que literalmente significa "dormir juntos", utilizado ya en el derecho romano".²¹

"En la doctrina y en la legislación civil mexicana, se entiende por concubinato, la unión sexual de un solo hombre y una sola mujer que no tienen impedimento legal para casarse y que viven como si fueran marido y mujer en forma constante y permanente por un periodo mínimo de dos años. Este plazo puede ser menor, si han procreado. Así, cuando una pareja no realiza la ceremonia matrimonial, pero viven juntos y procrean, desde el momento en que nace el primer hijo se convierten en concubinos y si, no obstante no haber procreado, han permanecido juntos por más de dos años, se entiende que viven en concubinato. A este estado se le considera como un hecho lícito".²²

²⁰ MONTERO DUHALT, Sara. Op. Cit., Pág. 163.

²¹ A. BOSSERT, Gustavo. Op. Cit. Pág. 33

²² MONTERO DUHALT, Sara. Op. Cit. Pág. 165.



El concubinato puede ser disuelto, en cualquier momento, por voluntad de los concubenarios sin que el Derecho intervenga. Se le considera como uno de los problemas morales más importantes del derecho de familia.

Ha habido diversas definiciones y teorías sobre el concubinato entre los doctrinarios: Edgard Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Báez lo definen como "la unión libre y duradera entre un hombre y una mujer que viven y cohabitan como si estuvieran casados, y que puede o no producir efectos legales".²³

Cabe mencionar que tratándose del concubinato en México es indispensable que la relación hombre-mujer dure por lo menos dos años o se procrea por lo menos un hijo. Es por esto que considero que la definición dada por los autores antes mencionados es incompleta.

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

Es importante distinguir, que no basta con hablar de "vida marital" pues es importante para que se figure el concubinato que esa vida tenga una duración específica.

Manuel Chavéz Ascencio, dice sobre el concubinato: "...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 realizada, sino también a la relación continúa 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."²⁴

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

²³ HERRERIAS SORDO, María del Mar. Op. Cit. Pág. 23

²⁴ CHAVEZ ASCENCIO, Manuel F. Op. Cit. Pág. 264

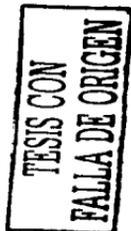
Me parece acertado decir que el acto carnal no es el único propósito del concubinato, ya que en diversas legislaciones, así como jurisprudencias se le equipara al amasiato (figura jurídica que se define con posterioridad), y en realidad va mucho más allá de esta relación.

Para el maestro Rafael de Pina Vara es la "unión de un hombre y una mujer, no ligados por vínculo matrimonial a ninguna otra persona, realizada voluntariamente, sin formalización legal para cumplir los fines atribuidos al matrimonio en la sociedad. Matrimonio de hecho."

Al denominar al concubinato "matrimonio de hecho", estamos en presencia de una unión en la que los integrantes se comportan en todos los aspectos como si fueran marido y mujer, y lo único que faltaría sería darle a esa unión la formalidad exigida por la ley. Es por ello, que la relación concubinaria debe ser tan parecida al matrimonio que inclusive llegue a originar confusión en la sociedad que rodea a los concubinos.

El magistrado Edgar Elías Azar ha manifestado que "se trata de relaciones similares a las del matrimonio, estables, permanentes en el tiempo, con trascendencia jurídica y que muchas veces se identifican por su estabilidad y solidez con el matrimonio."²⁵

"Para el profesor Jean Carbonnier, el concubinato, hace referencia a las relaciones sexuales que se mantienen fuera del matrimonio y que se caracterizan por su estabilidad y duración, haciendo el varón y la mujer vida marital. Este mismo autor, estima que el concubinato puede tener diferentes esquemas, ya que estas relaciones pueden mantenerse sin una residencia común o bien de manera secreta".²⁶



²⁵ ELÍAS AZAR, Edgrr. *Personas y bienes en el Derecho Civil Mexicano*. México, 1995. Editorial Porrúa. Pág. 89.

²⁶ HERRERÍAS SORDO, María del Mar. Op. Cit. Pág. 26.

La anterior definición puede dar lugar a confusiones, ya que hablar de las relaciones sexuales mantenidas fuera del matrimonio se puede hacer referencia no sólo al concubinato, sino también a un amasiato o bien podemos estar en presencia de relaciones sexuales entabladas dentro de un noviazgo.

Difiero de la opinión del autor en cuanto a que el concubinato puede conformarse aún cuando no haya residencia común. Si se está hablando de que los concubinos hacen una "vida marital", una de las cuestiones primordiales que se requieren para que se pueda hablar de esa convivencia en la que habitan "como si fueran marido y mujer" es un hogar común.

"Algunos doctrinarios como el español Eduardo Estrada Alfonso consideran que los requisitos de duración y estabilidad son mucho más importantes para poder probar la relación concubinaria que la cohabitación. "Dentro de este marco la convivencia no puede identificarse a ultranza. En muchas ocasiones y circunstancias de la vida alguno de los compañeros se verá obligado a residir en otra parte, ya sea -a modo de ejemplo- por razones laborales, militares o presidarias. Siempre que éstas no vayan acompañadas de una voluntad real de disolución o de separación, no pueden provocar, sin más, la negación de todo efecto jurídico".²⁷

En el Diccionario Jurídico Mexicano se define al concubinato como "la cohabitación más o menos prolongada y permanente entre un hombre y una mujer solteros, hecho lícito que produce efectos jurídicos".

Esta definición envuelve el problema de determinar que es una cohabitación más o menos prolongada, ya que éste es un término muy subjetivo que quedará a criterio de cada individuo. Por otro lado, no menciona el hecho de que el concubinato se configura también por el nacimiento de un hijo, con lo que daría a



²⁷ Ibid PÁg 27

entender que la relación concubinaria únicamente se configurará cuando tenga una duración más o menos prolongada en el tiempo.

En cuanto a sus aspectos positivos, hay que destacar que habla del hombre y la mujer solteros, por lo que sí engloba el requisito de que ambos deben estar libres de todo impedimento para contraer matrimonio.

2.4. LA UNIÓN LIBRE.

Las uniones sexuales fuera de matrimonio o concubinato, los cuales pueden clasificarse como uniones lícitas, normalmente no están reguladas por el derecho. Son tomadas en consideración más bien por la moral o por las buenas costumbres y convenciones sociales.

"En las obras de derecho francés de la segunda mitad del siglo XIX, se utilizó con frecuencia el término "unión libre"; pero no lo fue como una antítesis del concepto de "concubinato", sino como una expresión que se consideró más precisa en reemplazo de éste; y con posterioridad, ya comenzado el siglo XX, como vocablo equivalente al usado en forma tradicional. Se pretendía aludir, con esa expresión, a una unión contraída libremente y que podía ser también libremente disuelta. Es decir, tal denominación, acuñada en la doctrina francesa, no alude a la libertad de los sujetos para contraer eventualmente, matrimonio, sino a la libertad con que forman y deshacen, frente al derecho, la unión".²⁸

El notario español Federico J. Cantero Núñez señala que la unión libre es "aquella situación en la que se encuentran dos personas que conviven íntimamente sin



²⁸ HERRERIAS SORDO. *María del Mar*. Op. Cit. Pág. 32.

compromiso de estabilidad –sin perjuicio de que la convivencia pueda durar indefinidamente- y al margen de la institución matrimonial”.²⁹

2.5. EL AMASIATO.

Lo que siempre ha existido, antes y ahora, y en todos los niveles sociales y económicos, es la infidelidad matrimonial, la creación de dos o más familias por un solo varón. Una poliginia ilegal, pero tolerada socialmente. La llamada “casa chica” del hombre casado (a veces más grande que la de la esposa). Dentro de los diferentes nombres que toman las uniones sexuales cuando una de las personas que la integra esta unida a otra por lazos matrimoniales se encuentra el amasiato.

El amasiato “es la unión de hecho fundada en la relación sexual, y que no produce consecuencias jurídicas. Se da entre una persona casada y otra soltera, o entre personas casadas, que tienen relaciones sexuales con otras distintas del cónyuge”.³⁰

Desglosando esta definición, podemos establecer la siguientes características:

- a) Es una unión de hecho no matrimonial.
- b) Para que exista es necesario que el hombre y la mujer sostengan relaciones sexuales.
- c) No produce consecuencias jurídicas.
- d) En esta relación debe haber por lo menos una persona casada, aunque también pueden estarlo los dos.
- e) Las relaciones sexuales deben darse con una persona distinta de su cónyuge, es por esto que la figura del amasiato siempre va a coexistir con el adulterio, aún cuando éste sea muy difícil de probar.

TESIS CON
 FALLA DE ORIGEN

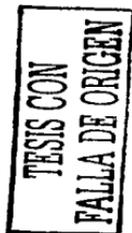
²⁹ Ibid. Pág. 28

³⁰ GUITRÓN FUENTEVILLA, Julián. ¿Qué es el Derecho Familiar? México, 1987. Promociones Jurídicas y Culturales, S.C. Pág. 22.

Respecto a la característica c), estoy en desacuerdo con el autor, ya que este tipo de unión origina una consecuencia jurídica contemplada en el Código Penal: el delito de adulterio. Es por esto que no podemos desconocer que el amasiato sí produce consecuencias de derecho.

En opinión de Alicia Elena Pérez Duarte y Noroña, el amasiato es entendido como la relación sexual discontinua entre dos personas que no pueden contraer matrimonio.

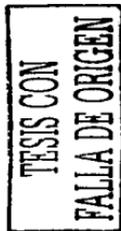
Finalmente, a través del análisis de las anteriores alianzas sexuales que parecen tener el propósito de formar una familia, y muchas otras más que existen debido a la diversidad de ideas. Cabe mencionar que la familia mexicana se encuentra dispersa y debemos recordar que la familia, que se dice frecuentemente es la unidad social básica. Lo inmediato de nuestra participación en la vida familiar, la intensidad de las emociones que esto genera, las satisfacciones sexuales y de otra índole que ella proporciona, las exigencias que supone con respecto a nuestros esfuerzos y a nuestra lealtad y las funciones que ello implica en lo que toca a la educación y al cuidado del niño, parecen ofrecer amplia evidencia de su prioridad como grupo social fundamental... Debido a lo cual debemos siempre considerar la forma idónea de formarla, evitando entrar en conflictos morales o de derecho, ya que esto tarde o temprano debilitará a la misma.



CAPITULO III. NATURALEZA JURÍDICA DEL MATRIMONIO

3.1. DEFINICIÓN.

"El antropólogo Robert H. Lowe nos dice que donde quiera que encontremos a un varón y a una mujer, compartiendo una vida común, hallamos también una forma de matrimonio y una familia. Siempre se trata de un grupo social primario constituido por la comunidad de los padres y los hijos. Aunque ese grupo puede variar considerablemente, en cuanto a su forma y actividad, según los diferentes pueblos, hallamos algunos datos comunes o constantes. Existe siempre una forma de matrimonio a través de la cual, el varón y la mujer se unen para la procreación; hay un cierto rito para la ceremonia de la celebración del matrimonio a través del cual la relación de la pareja, es públicamente reconocida y respetada y también aparecen ciertos arreglos relativos a las necesidades económicas del alumbramiento y del cuidado de los hijos. Además, hallamos la existencia de una habitación común y un sistema que otorga autoridad o preeminencia a los parientes ya del padre o ya de la madre, que prevé qué tratamiento habrían de darle los esposos a los parientes".¹



En la evolución del concepto moderno del matrimonio han intervenido distintos factores que podemos fundamentalmente reducir a tres: a).- El concepto romano del matrimonio; b).- El concepto canónico del mismo, y c).- El carácter laico del matrimonio en algunos derechos positivos.

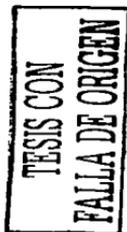
A).-Concepto romano del matrimonio.- Transcribimos la interesante síntesis que formula Ruggiero y de la que se desprende un concepto integral de la institución:

"El matrimonio romano —que en la larga evolución de aquel derecho adoptó configuraciones muy diversas, de forma que el matrimonio justiniano no es en

¹ GALINDO GARFÍAS, Iguacim. Derecho Civil México, 2002 Editorial Porrúa. Pág. 494

realidad más que una pálida imagen del arcaico- se halla integrado por dos elementos esenciales. El uno físico, la conjunción del hombre con la mujer, que no debe entenderse como conjunción material de sexos y sí en un sentido más elevado, como unión o comunidad de vida que se manifiesta exteriormente con la *deductio* de la esposa *in domum mariti*. La *deductio* inicia la cohabitación y fija el momento en que el matrimonio se inicia. Desde este instante la mujer es puesta a disposición del marido, se halla sujeta a éste y comparte la posición social del mismo. Este poder del marido sobre la mujer puede ser más o menos intenso, afirmarse enérgicamente en la *manus* que coloca a la mujer en situación de hija o faltar completamente; la participación en la dignidad, en los honores, en el culto familiar del marido puede ser más o menos plena; la cohabitación puede interrumpirse, el régimen patrimonial puede variar; puede darse una absoluta paridad y una plena bilateralidad de derechos y deberes; pero lo importante es que el elemento físico no falte, que haya un estado de hecho manifestado en la convivencia, en el ponerse la mujer a disposición del marido. El otro elemento es intelectual o psíquico y es el factor espiritual que vivifica el material o corporal, del mismo modo que en la posesión (a ella se equipara el matrimonio en las fuentes romanas con frecuencia) se *animus* es el requisito que integra o complementa el *corpus*. Este elemento espiritual es la *affectio maritalis*, o sea la intención de quererse en el marido y en la mujer, la voluntad de crear y mantener la vida común, de perseguir la consecución de los fines de la sociedad conyugal; una voluntad que no consiste en el consentimiento inicial, en un único acto volitivo, sino que debe prolongarse en el tiempo, ser duradera y continua, renovándose de momento en momento, porque sin esto la relación física pierde su valor. Cuando estos dos factores concurren, el matrimonio queda constituido; si uno de ellos falta o desaparece, el matrimonio no surge o se extingue".²

B).-Matrimonio canónico.- También sobre esta fase del matrimonio, nos remitimos a la obra de Ruggiero. Dice así: "Profundamente diversa es la concepción del derecho canónico, que reposa sobre fundamentos y bases distintas. La historia de



² ROJINA VILLEGAS, Rafael *Compendio de Derecho Civil* Introducción, Personas y Familia, México, 2001. Págs 288, 289.

la institución a través de los cánones de la Iglesia es demasiado larga y compleja para poder exponerla aquí en todas sus fases; su evolución está influenciada en la lucha entre la Iglesia y el Estado y sigue las vicisitudes de este conflicto secular... el matrimonio se eleva a la dignidad de sacramento. Según la concepción canónica, es un sacramento solemne cuyos ministros son los mismos esposos, siendo el sacerdote un testigo autorizado por la Iglesia; la unión de los esposos es la imagen de una unión de Cristo con la Iglesia, y como ésta, indisoluble. El vínculo es creado por la voluntad de los esposos, ya que es su libre consentimiento el que genera la relación matrimonial; pero su consagración ante la Iglesia, merced a la bendición nupcial, lo eleva a sacramento, y como el sacramento ha sido instituido por Dios, y Dios mismo sanciona la unión, ésta es indisoluble. Según las palabras del Evangelio los cónyuges no son ahora sino una misma carne (*itaque iam duo non sunt, sed un caro*) y la unión no se puede disolver si no es por la muerte (*quo Deus coniunxit, homo non separet*). Esta es la base teológica de la relación y se pretende conciliar con ella la base jurídica; la base jurídica se estructura con las definiciones y pasajes de las fuentes romanas, pero genera consecuencias muy diversas. Interpretando los textos en que se hace alusión al *consensus* en oposición a la cópula, algunos juristas o curiales, si bien espiritualizan el matrimonio infundiendo en él la idea religiosa, ven en el mismo contrato, porque creen que el *consensus*, que en los pasajes romanos significa *affectio maritalis*, equivale a acuerdo o convención, es decir, a un contrato".³

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

C).-Concepto laico del matrimonio.- En el Tratado de Derecho Civil de Enneccerus, Kipp y Wolf, se expresan las causas que permitieron crear un concepto laico sobre la institución matrimonial. En dicha obra se considera que la reconquista del derecho matrimonial y de la jurisdicción en los casos matrimoniales, por el poder del Estado, deriva de tres factores: El protestantismo, las ideas de la Iglesia galicana y las del derecho natural.

³ Ibidem Pág 289

"Del protestantismo. Los reformadores, aunque no sin vacilaciones, rechazan la naturaleza sacramental del matrimonio: principalmente Lutero califica el matrimonio como una cosa externa, mundana, como el vestido, la comida y la casa, sujeta a la autoridad secular"... "De la Iglesia galicana. En Francia durante el siglo XVI se difundió una teoría teológico-jurídica que separaba dentro del matrimonio el contrato del sacramento: la regulación del contrato es competencia exclusiva del Estado, pero es supuesto para recibir el sacramento del matrimonio"... "Del derecho natural. Los teóricos del derecho natural de los siglos XVII y XVIII niegan, igual que Lutero, la naturaleza sacramental del matrimonio y toman del galicanismo la concepción del matrimonio como un *contratus civilis*".⁴

Las relaciones que existan entre el derecho canónico y la regulación laica del matrimonio, en los distintos países, han sido precisadas por Kipp y Wolf de la siguiente manera: Los derechos positivos pueden contener una regulación puramente confesional a efecto de que a los católicos se les aplique el derecho canónico y a los protestantes su derecho común. Puede también admitirse una regulación confesional con carácter de derecho supletorio para aquellos casos en los cuales el derecho vigente en un país determinado no comprenda una reglamentación completa sobre el matrimonio. En esta hipótesis se aplicará supletoriamente la regulación eclesiástica correspondiente.

En México, el artículo 130 de la Constitución de 1917 ha declarado que los actos del estado civil de las personas son de la exclusiva competencia de las autoridades administrativas en los términos que establezcan las leyes, y tendrán la fuerza y validez que las mismas les atribuyan.

"Las autoridades federales, los estados y los municipios tendrán en esta materia la facultades y responsabilidades que determine la ley. Sin embargo, debe

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

⁴ ENNEGERUS, KIPP Y WOLF. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo IV. Volumen I. Pág. 13, 14.

reconocerse que para la debida interpretación de las normas que regulan los impedimentos, así como para las sanciones de nulidad, es necesario tomar en cuenta el antecedente del derecho canónico. Desde nuestros Códigos Civiles de 1870 y 1884 el matrimonio ha quedado totalmente reglamentado por la ley civil, tanto por lo que se refiere a su celebración ante el Oficial del Registro Civil competente, como en lo que atañe a la materia de impedimentos, a los casos de nulidad y a los efectos de la institución".⁵

Se señalan como caracteres del matrimonio actual la unidad, la monogamia, la permanencia y la legalidad.

"La unidad del vínculo matrimonial responde a la constitución de una nueva realidad social, con proyección jurídica, en la cual ambos componentes asumen responsabilidades mutuas que implican un ensamble total, tanto en el aspecto personal como en el patrimonial".⁶

"La monogamia, a su vez, responde a un ordenamiento natural de las cosas que ha hecho que desde los orígenes de la humanidad exista una perfecta y armónica paridad entre individuos de uno y otro sexo. Tal presupuesto básico para la perpetuación de la especie humana encuentra su complementación imprescindible en la unión conyugal, que por sus notas caracterizantes de permanencia —y consiguiente estabilidad— concede a la descendencia el marco insustituible para la formación de la personalidad".⁷

"La unión conyugal tiene carácter permanente (o perdurable o estable) en el sentido de que se contrae con la intención de que perdure y de que su estabilidad esta asegurada por la ley, la que sólo en circunstancias excepcionales permite su disolución. El restablecimiento de la aptitud nupcial, derivado del estado de viudez,



⁵ ROJINA VILLEGAS, Rafael Op Cit Pág 290

⁶ MENDEZ COSTA, María Josefa Derecho de Familia Tomo I Santa Fe, 1987 Editorial Rubinzal Culzoni Editores, Pág

71.

⁷ Ibid Pág 72

de la nulidad del matrimonio o del divorcio vincular no priva al matrimonio de su carácter de permanente, pues la unión ha sido concertada para proyectarse temporalmente, única forma en que los fines matrimoniales podrán alcanzarse".⁸

La legalidad otorga al matrimonio la nota diferencial más significativa en relación con situaciones que usualmente son presentadas como análogas y que tanto en su esencia como en sus fines resultan ubicadas en las antípodas de la unión conyugal.

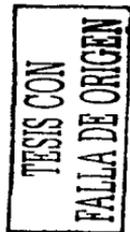
La legalidad significa, por un lado, que el acto jurídico matrimonial ha sido cumplido en consonancia con las normas jurídicas que lo regulan en un lugar y tiempo determinados.

Por el otro, importa que el estado de familia matrimonial resultante de aquel acto jurídico estará enmarcado en el ámbito legal específico, del cual resultan todos los efectos, tanto en el aspecto personal de los cónyuges como en el patrimonial.

"Es innegable entonces la vinculación existente entre este carácter y el de permanencia, pues la adecuada regulación jurídica del matrimonio constituye el basamento más eficaz para la cohesión y estabilidad inherentes al vínculo matrimonial".⁹

3.2. COMO INSTITUCIÓN.

En este sentido significa el conjunto de normas que rigen el matrimonio. Una institución jurídica es un conjunto de normas de igual naturaleza que regulan un todo orgánico y persiguen una misma finalidad. Ihering explica que las normas jurídicas se agrupan constituyendo series de preceptos para formar verdaderos



⁸ REILLUSCID, Augusto César. Discurso de Familia. Tomo I, Parte General. Argentina, 1979. Ediciones Dopalma Buenos Aires. Pág. 28B.

⁹ MENDEZ COSTA, María Josefa. Op. Cit. Pág. 72

cuerpos que tienen autonomía, estructura y funcionamiento propios dentro del sistema total que constituye el derecho positivo. Para el citado autor, el enlace entre las normas es de carácter teleológico, es decir, en razón de sus finalidades.

"Para Hauriou, la institución es "una idea de obra que se realiza y dura jurídicamente en un medio social. En virtud de la realización de esta idea se organiza un poder que requiere órganos; 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" (*La théorie de l'institution et de la fondation*).

En este orden de ideas, Hauriou relacionaba la teoría de la institución con la indisolubilidad del matrimonio, afirmando que la consecuencia de la concepción contractual es la disolubilidad del vínculo por todo incumplimiento grave de uno de los esposos. (*Principes de droit public*). En una de sus obras, Renard expuso que la familia es una institución, y el matrimonio, el acto de su fundación; luego, sin dejar de insistir sobre esa idea, se refirió también al matrimonio como institución, propugnando su indisolubilidad".¹⁰

Así, el matrimonio como idea de obra significa la común finalidad que persiguen los consortes para constituir una familia y realizar un estado de vida permanente entre los mismos. Para el logro de las finalidades comunes que impone la institución, se organiza un poder que tiene por objeto mantener la unidad y establecer la dirección dentro del grupo, pues toda comunidad exige necesariamente tanto un poder de mando como un principio de disciplina social. En el matrimonio, ambos cónyuges pueden convertirse en órganos de poder, asumiendo igual autoridad como ocurre en el sistema mexicano, o bien, puede descansar toda la autoridad exclusivamente en el marido como se ha venido reconociendo a través de la historia de la institución, desde el matrimonio por raptó.



¹⁰ BELLUSCIO, Augusto César. Op. Cit. Pág. 296

"La tesis de Hauriou aplicada al matrimonio tiene la importancia de comprender no sólo el aspecto inicial de la institución que existe por virtud de la celebración del acto, sino también el estado de vida 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".¹¹

"Con más detenimiento examinó la cuestión Bonnacase, quien estimó un error de la escuela de la exégesis el de considerar al matrimonio como un contrato partiendo de la intención del legislador, ya que ninguna regla positiva hay en el Código –Napoleón en tal sentido. Por el contrario, sostuvo que los propios textos excluían la tesis contractual, al establecer un papel activo a desempeñar por el oficial público, un lugar determinado de celebración, previos anuncios públicos, y la propia celebración en forma pública, fuera de normas especiales con respecto al consentimiento, la capacidad, la representación y los efectos. Afirmó que el matrimonio es una institución jurídica, un conjunto de reglas de derecho esencialmente imperativas, cuyo objeto es dar a la unión de los sexos, y por lo mismo a la familia una organización social y moral; tratárase de una institución jurídica compleja de la cual deriva una situación jurídica compleja, el estado de esposos. Añadió que no dejaba de intervenir la noción de acto jurídico en el funcionamiento del matrimonio-institución, pero que en ello no había nada en particular al matrimonio pues el acto jurídico no produce efectos de derecho por sí mismo sino fundado en una regla de derecho o en una institución jurídica. Reconoció, por fin, que el término "matrimonio" designa tanto a la institución jurídica que comprende el conjunto de las reglas que presiden la organización social de la unión de los sexos y de la familia natural, como al acto jurídico que se concreta en la celebración de esta unión ante el oficial del estado civil y cuyo único objeto es la adhesión de los interesados a la institución jurídica del matrimonio; pero aseguró que este acto jurídico –complejo por reunir el consentimiento de los

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

¹¹ ROJINA VILLEGAS, Rafael Op Cit P'Ag 202

esposos y la intervención del oficial del estado civil que lo complementa- tiene una función externa, subordinada en relación a la institución jurídica del matrimonio".¹²

Según este autor, el matrimonio es una institución porque se trata de un núcleo de normas que regulan relaciones de una misma naturaleza y persiguen un mismo fin que, en este caso, es la creación de un estado permanente entre los cónyuges del que surge una serie de efectos de tipo jurídico. "Ahora bien, si se toma literalmente la definición de Bonnacasse se observa que contiene los tres momentos en que se celebra, el cual se puede definir como un acto jurídico de naturaleza contractual *sui generis*; un segundo momento marcado por el estado jurídico o civil que se establece a partir de ese acto jurídico y la institución que la norma; este autor señala que institución es un conjunto de reglas de derecho que forman un todo orgánico (institución) y que comprenden una serie indefinida de relaciones (estado jurídico) considerada como punto de partida y base".¹³

"Dentro de las diferentes definiciones de la palabra institución señalaremos aquella que dice que la institución es un conjunto de normas de carácter imperativo que regula un todo orgánico y persiguen una finalidad de interés público. Efectivamente, el matrimonio está regulado como un todo orgánico en la parte correspondiente del Código Civil para el Distrito Federal (Título Quinto, capítulo primero del Libro Primero), y en lo relativo a las Actas de Registro Civil (Título IV, capítulo VII del Libro Primero del propio Código). En esas normas se establecen los diferentes aspectos del matrimonio: requisitos para contraerlo y derechos y deberes derivados del mismo, que surgen con independencia de la voluntad de los sujetos, emanados directamente de la ley en forma imperativa. Los requisitos para contraer matrimonio tienen que ser forzosamente cumplidos y si por alguna circunstancia se incumplen, el matrimonio estará afectado de nulidad, ya absoluta, ya relativa, y, en algunos casos de excepción, el incumplimiento de ciertos

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

¹² RELLUSCIO, Augusto César. Op. Cit., Pág 297.

¹³ PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia Elena. Derecho de Familia. 1997 Editorial Mc Graw-Hill Pág. 12.

requisitos no acarreará la nulidad, sino solamente se declarará que el mismo es "ilícito, pero no nulo".¹⁴

Una vez contraído el matrimonio, nacen para los cónyuges, independientes de su voluntad, ciertos derechos y deberes recíprocos derivados directamente de la ley, por ser el matrimonio una auténtica institución jurídica en la que la voluntad de los sujetos es inoperante en ese sentido. Al respecto ordena el artículo 147 CCDF: "Serán nulos los pactos que hagan los contrayentes, en contravención a lo señalado en el artículo anterior." El cual a la letra dice lo siguiente: "Matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que esta ley exige" (art. 146 CCDF).

Viene al caso la siguiente reflexión: Siendo el matrimonio la relación más íntima que puede darse entre dos seres, ¿no podrán éstos, en el uso de su libre voluntad, pactar la forma en que llevarán al cabo su convivencia? Obviamente sí; ellos pueden planear no procrear, incluso no tener relación sexual, vivir separados, y tantas cuestiones más en contravención a los dictados de la ley, y nadie estará a reclamarles su decisión. Aún más, ellos mismos no podrán exigir coercitivamente uno al otro el cumplimiento de la mayor parte de los deberes matrimoniales, como sí puede obligar una parte, en un contrato civil, a su contraparte a cumplir con lo pactado o a rescindir el mismo. El matrimonio no es rescindible por incumplimiento; únicamente dará lugar a la acción de divorcio, cuando la conducta de uno de los cónyuges, en incumplimiento de los deberes matrimoniales, esté recogida como causa de divorcio.

En el derecho de familia en general, pero no en particular en la normatividad propia del matrimonio se puede observar que la característica más connotada del



¹⁴ MONTERO DUALI, Sara. Derecho de Familia. México, 1985. Segunda Edición. Editorial Porrúa. Pág. 113, 114.

orden jurídico, la coercibilidad, se ve desvanecida, cuando no ausente, en la imposición de sus preceptos.

3.3. COMO ACTO JURÍDICO SUI GENERIS.

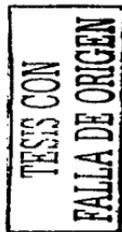
La primera respuesta al interrogante de la naturaleza jurídica del matrimonio es la de ser indiscutiblemente un acto jurídico pues es la manifestación de voluntad sancionada por el derecho para producir consecuencias jurídicas. El matrimonio es un acto jurídico porque surge de la manifestación de voluntad de los que lo contraen, acorde con las normas que lo regulan y, una vez realizado, produce consecuencias jurídicas previamente establecidas en la ley.

La compilación doctrinaria surge con respecto al tipo de acto jurídico al cual pertenece el matrimonio.

"De los actos jurídicos se han realizado innumerables clasificaciones, por ejemplo: unilaterales, bilaterales y plurilaterales; simples, complejo y mixtos; actos unión, actos condición; actos instantáneos, de tracto sucesivo, de prestación diferida; actos consensuales, formales y solemnes; actos simples, condicionales, perfectos e imperfectos.

Las clasificaciones pueden extenderse largamente, crearse nuevas de las ya existentes, dependiendo de los diversos criterios clasificadores y de los incontables y distintos puntos de vista".¹⁵

Deteniéndose en la primera y universalmente aceptada clasificación de unilaterales, bi y plurilaterales en que se clasifican los actos en razón de las personas que intervienen en él, el matrimonio es indudablemente un acto por excelencia bilateral o, para algunos autores, plurilateral. Es un acto jurídico



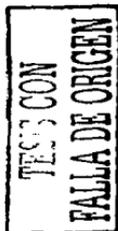
¹⁵ MONTERO DUHALT, Sara. Op. Cit. Pág. 111.

bilateral en razón de surgir por el acuerdo de voluntades de los esposos y por las consecuencias jurídicas que se darán en la esfera jurídica de ambos consortes. Quienes sostienen que es un acto de carácter plurilateral afirman que la manifestación de la voluntad de quienes pretenden contraer matrimonio debe ir acompañada forzosamente de la manifestación de la voluntad de la autoridad competente (Juez del Registro Civil) como elemento de existencia de ese acto jurídico; de manera tal, que la sola manifestación de los contrayentes es insuficiente para que se realice el acto jurídico matrimonio.

3.4. COMO ACTO JURÍDICO.

Para determinar los elementos esenciales del matrimonio, aplicaremos la doctrina general relativa al acto jurídico, pues la naturaleza especial que hemos señalado de aquél, no impide que en su celebración se tomen en cuenta las disposiciones generales que en el Código Civil regulan los contratos y que por disposición del artículo 1859 (CCDF) son aplicables a los demás actos jurídicos en tanto que no se opongan a la naturaleza de los mismos o a disposiciones expresas de la ley.

Por la regulación que hace el Código Civil para el Distrito Federal respecto a los matrimonios nulos, se desprende que se aceptan en principio todas las disposiciones contenidas en el propio Código respecto a existencia y validez de los contratos (artículos 1794 y 1795 del CCDF), así como las reglas sobre capacidad, vicios del consentimiento, objeto, motivo y fin de los contratos, inexistencia y nulidad de los actos jurídicos. Relacionando el artículo 2224 con el 1794, podemos sostener que son elementos esenciales de un acto jurídico: a) La manifestación de la voluntad, y b) La existencia de un objeto física y jurídicamente posible.



"A su vez, de acuerdo con los artículos 1795, 1798, 1812 a 1834, 2225 a 2231, todos ellos del Código Civil para el Distrito Federal, son elementos de validez de todo acto jurídico, los siguientes:

- 1.- Capacidad;
- 2.- Ausencia de vicios en la voluntad;
- 3.- Licitud en el objeto, fin o condición del acto, y
- 4.- Firma, cuando la ley la requiera".¹⁶

El matrimonio, como todo acto jurídico, está compuesto por elementos de existencia para que surja a la vida jurídica, y por elementos de validez para que sus efectos sean plenos y no haya lugar a la nulidad.

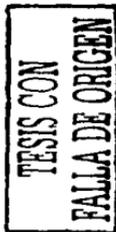
Los elementos de existencia del acto jurídico son: la voluntad, el objeto y las solemnidades. Los elementos de validez: capacidad de las partes, ausencia de vicios del consentimiento, licitud en el objeto, motivo y condición, y las formalidades.

La generalidad de los actos jurídicos se constituyen con sólo dos elementos: la voluntad y el objeto. El matrimonio, es un acto solemne. Requiere de un tercer elemento: la solemnidad.

3.4.1. ELEMENTOS DE EXISTENCIA DEL MATRIMONIO.

LA VOLUNTAD

"El matrimonio es un acto jurídico bilateral que requiere del consentimiento expreso de ambos cónyuges. Esta doble voluntad se manifiesta 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 momento: en la



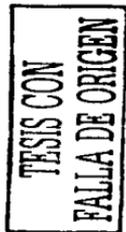
¹⁶ ROJINA VILLEGAS, Rafael OP. Cit. Pág. 299

ceremonia misma de la boda al contestar "sí" a la pregunta del juez en el sentido de si acepta como cónyuge a la persona con quien se va a casar. Es en este segundo momento que se configura realmente el consentimiento. 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, aun 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. Si en el momento de la pregunta uno de los cónyuges (o los dos) contestaran negativamente, o no contestaran, el matrimonio no tendría efecto. Y si el que se negare a contraer matrimonio en el momento de la ceremonia, y constreñido por la violencia o las amenazas del otro cónyuge, o de sus parientes, otorgará el sí, podría posteriormente invocar la nulidad de matrimonio por vicio de la voluntad".¹⁷

EL OBJETO

Todo acto jurídico requiere un objeto que sea física 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.¹⁸



¹⁷ MONTERO DUHALT, Sara Op. Cit. Pág. 122

¹⁸ ROJINA VILLEGAS, Rafael Op. Cit. Pág. 302

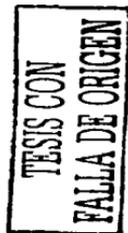
LAS SOLEMNIDADES

El matrimonio es por definición un contrato solemne, pues requiere de la intervención de una especial autoridad, de ciertas palabras expresas y del levantamiento de un acta en que estén incluidos ciertos requisitos forzosos.

El Código civil expresa en qué consiste la solemnidad, en el art. 102 con las siguientes palabras: "...el Juez del Registro Civil leerá en voz alta la solicitud de matrimonio, los documentos que con ella se hayan presentado y las diligencias practicadas, 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 segundo aspecto de solemnidad consiste en el levantamiento del acta respectiva señalada en el art. 103, con nueve fracciones, de las cuales son requisitos de existencia las fracciones I, VI, y el párrafo final, a saber: "Se levantará luego el acta de matrimonio en la cual se hará constar: F.I. Los nombres, apellidos, edad, ocupación, domicilio y lugar de nacimiento de los contrayentes; F.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 al cabo o, si se efectuó faltando alguno o varios de los mismos, el matrimonio no existirá como acta jurídico y no podrá producir las consecuencias relativas".¹⁹



¹⁹ MONTERO DUHALT, Sara. Op. Cit. Pág. 124.

3.4.2. ELEMENTOS DE VALIDEZ DEL MATRIMONIO.

CAPACIDAD DE LAS PARTES

Como el matrimonio es la forma regulada por la ley de la relación sexual y, en su caso, de la procreación, la capacidad que se exige es la del desarrollo sexual de las personas, es la edad núbil.

La madurez física de las personas varía de sujeto a sujeto; se da precozmente o con atraso, dependiendo del medio geográfico, de los hábitos de alimentos, de la herencia y de tantos factores y de tantos factores más. La edad del desarrollo varía en las niñas entre los diez y los dieciséis años y con dos años más (12 a 18 en los adolescentes). El derecho, en razón de esta variedad, toma en cuenta un promedio, lo más cercano a la realidad, y establece sus medidas.

Las legislaciones varían mucho en razón de los límites mínimos de edad para contraer matrimonio. Existen países en que se toma en cuenta no sólo el desarrollo biológico, sino también la madurez emocional y mental del sujeto y, en este caso, el límite mínimo asciende en años. Formalmente se establece una edad menor para la mujer en razón de su precoz desarrollo en comparación con el varón.

La capacidad de ejercicio es un elemento de validez de 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. Art. 148.- "Para contraer matrimonio es necesario que ambos contrayentes sean mayores de edad. Los menores de edad podrán contraer matrimonio, siempre que ambos hayan cumplido dieciséis años. Para tal efecto, se requerirá del consentimiento de quienes ejerzan la patria potestad, o en su defecto, la tutela; y a falta o por negativa o imposibilidad de



éstos, el Juez de lo Familiar suplirá dicho consentimiento, el cual deberá ser otorgado atendiendo a las circunstancias especiales del caso". Art. 237.- "El matrimonio entre el hombre o la mujer menor de edad, dejará de ser causa de nulidad cuando el menor hubiere llegado a los dieciocho años, y ni él ni su cónyuge hubieren intentado la nulidad".

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 dieciocho años para poder celebrar válidamente el matrimonio. Además, se requiere no padecer locura ni alguna otra de las enfermedades que se indican en las fracciones VIII y IX del artículo 156.

Por Decreto publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 25 de mayo de 2000, se reformaron las fracciones VIII y IX del artículo 156 para quedar como sigue:

VIII.- "La impotencia incurable para la cópula;

IX.- Padecer una enfermedad crónica e incurable, que sea, además, Contagiosa o hereditaria."

Conforme al artículo 156, fracciones I y II, son impedimentos para celebrar el matrimonio, respectivamente la falta de edad requerida por la ley, la falta de consentimiento del que, o los que ejerzan la patria potestad, el tutor o el Juez de lo Familiar en sus respectivos casos. Cuando el matrimonio se celebra existiendo un impedimento, está afectado de nulidad, según previene el artículo 235, fracción II. Ahora bien, esta nulidad se regula de manera especial por los artículos 238 y 240.

"Tratándose de la incapacidad de goce, es decir cuando un matrimonio se contrae por el hombre antes de cumplir los dieciséis años o por la mujer antes de llegar a los catorce, se presenta el problema relativo a determinar si hay una inexistencia o una nulidad. Conforme al artículo 237 se desprende que el legislador sanciona



sólo con la nulidad el matrimonio así celebrado. Sin embargo, este artículo más bien está redactado para considerar que no habrá nulidad cuando haya habido hijos o cuando el menor hubiera llegado a los veintiún años, y ni él ni el otro cónyuge hubieren intentado la nulidad. Por consiguiente, nada estatuye para el caso de que no haya hijos y se impugne el acto por el propio menor o por el otro cónyuge, antes de que el primero hubiere cumplido veintiún años. Aplicando los principios relativos a la imposibilidad jurídica que se consagran respectivamente en los artículos 1828 y 2224, consideramos que en tal hipótesis se trata de un matrimonio inexistente, pues la falta de capacidad de goce impedirá, por un obstáculo legal insuperable, que se pueda celebrar el matrimonio. El hecho de que se otorgue el acta correspondiente, no puede hacer desaparecer el obstáculo legal, ni puede tampoco el menor que no ha llegado a la edad núbil considerar que ha entrado en su status el derecho para celebrar el matrimonio. Habrá, por consiguiente, sólo una situación material consagrada en un acta, que podrá impugnarse entretanto no haya hijos o no llegue el menor a los veintiún años. Sin embargo, aunque estrictamente debe considerarse que se trata de un matrimonio inexistente, la ley permite su convalidación a través de las dos formas antes indicadas y, por lo tanto, debemos concluir que conforme a nuestro derecho positivo el matrimonio simplemente estará afectado de nulidad".²⁰

La mayor parte de los países de mayor desarrollo económico y cultural han subido el límite mínimo para contraer matrimonio, más o menos a los dieciocho años. Esto es realmente conveniente pues la personas menores de ese límite son demasiado jóvenes para asumir a tan temprana edad las responsabilidades que significa la formación de una familia.

En el pasado, tanto en México como en muchos otros lugares, la edad mínima para casarse era de 12 y 14 respectivamente para la mujer y el hombre. Ello puede tener parte de su explicación en que el promedio de vida era mucho menor que en la actualidad y en que, siendo la vida menos complicada, se requería quizá

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

²⁰ ROJINA VILLFGAS, Rafael. Op. Cit. Pág. 308

menos tiempo para alcanzar la madurez total del individuo. En otros países, sobre todo entre los nobles y poderosos, se acostumbraban las alianzas entre niños, aunque obviamente, el matrimonio se consumara con posterioridad. Estos matrimonios eran arreglados por los padres para consolidar fortunas, poderíos, dignidades, etc.

AUSENCIA DE VICIOS DEL CONSENTIMIENTO

Para los contratos en general el artículo 1795, fracción II, estatuye que: "El contrato puede ser invalidado II: Por vicios del consentimiento". Los artículos 1812 a 1823 regulan el error, el dolo y la violencia como vicios del consentimiento y, por lo tanto, de acuerdo con lo que llevamos dicho, tales disposiciones son aplicables, en lo conducente, al matrimonio, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1859 que hace extensivas las reglas sobre contratos a todos los demás actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos.

"En consecuencia, la ausencia de vicios en el consentimiento constituye un elemento de validez para el matrimonio, disponiéndose al efecto en los artículos 235, fracción I, y 245, que son causas de nulidad tanto el error en la persona con quien se contrae el matrimonio, cuanto el miedo y la violencia, cuando se incurra en las circunstancias que se enumeran en las fracciones del citado artículo 245".²¹

"El error de identidad consiste en casarse con persona distinta de aquélla con la que se desea unir. Obviamente esto sólo puede darse en los matrimonios que se realizan a través de apoderado. Es muy difícil, por no decir imposible, que exista el error de identidad en el matrimonio que se celebra con la comparecencia de ambos contrayentes, como sucede en la enorme mayoría de los casos. En esta situación, sólo podría darse el error en el caso de gemelos idénticos, lo cual es un tanto fantaseoso de imaginar. No podrá alegarse error cuando el o la consorte no



²¹ Ibid. Pág. 309

corresponde a lo que su pareja suponía sus cualidades o características (él o ella eran ricos, herederos, hacendados, virtuosos, católicos, parientes de influyentes, etc.,etc.) y la realidad muestra lo contrario".²²

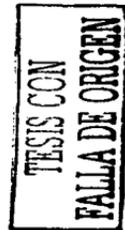
La violencia es el segundo vicio de la voluntad que puede invocarse para pedir nulidad de matrimonio. La violencia puede ser la genérica de todo acto jurídico: "Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud, o una parte considerable de los bienes del contratante (de su cónyuge), de sus ascendientes, de sus descendientes, o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado" (art. 1819 CCDF). Existe además otra forma particular de violencia propia del acto matrimonial y se encuentra contemplada en el artículo 245 del Código Civil vigente que a la letra dice: La violencia física y moral serán causa de nulidad del matrimonio, en cualquiera de las circunstancias siguientes:

- I. Que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes;
- II. Que haya sido causada al cónyuge, a la persona o personas que la tenían bajo su patria potestad o tutela al celebrarse el matrimonio, a sus además ascendientes, a sus descendientes, hermanos o colaterales hasta el cuarto grado; y
- III. Que haya subsistido al tiempo de celebrarse el matrimonio.

La acción que nace de estas causas de nulidad sólo puede deducirse por el cónyuge agraviado, dentro de sesenta días contados desde la fecha en que cesó la violencia.

LICITUD EN EL OBJETO, MOTIVO Y CONDICIÓN

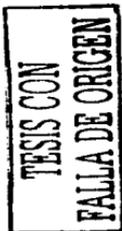
Significa este requisito de validez que el matrimonio debe realizarse sin que medien las prohibiciones legales señaladas en el código con la palabra "impedimentos".



²² MONTERO DUHALT, Sra. Op. Cit. Pág. 126.

Los impedimentos están enumerados en las doce fracciones del artículo 156 y en los artículos 157 y 159 del Código Civil vigente y son los siguientes:

- 1) La falta de edad requerida por la ley;
- 2) La falta de consentimiento del que, o los que ejerzan la patria potestad, el tutor o el Juez de lo Familiar en sus respectivos casos;
- 3) El parentesco de consanguinidad, sin limitación de grado en línea recta ascendiente o descendiente. En la línea colateral igual, el impedimento se extiende hasta los hermanos y medios hermanos. En la colateral desigual, el impedimento se extiende solamente a los tíos y sobrinos, siempre que estén en tercer grado y no hayan obtenido dispensa;
- 4) El parentesco de afinidad en línea recta, sin limitación alguna;
- 5) El adulterio habido entre las personas que pretendan contraer matrimonio, cuando ese adulterio haya sido judicialmente comprobado;
- 6) El atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre;
- 7) La violencia física o moral para la celebración del matrimonio;
- 8) La impotencia incurable para la cópula;
- 9) Padecer una enfermedad crónica e incurable, que sea, además contagiosa o hereditaria;



10) Padecer alguno de los estados de incapacidad a que se refiere la fracción II del artículo 450;

11) El matrimonio subsistente con persona distinta de aquélla con quien se pretenda contraer;

12) El parentesco civil extendido hasta los descendientes del adoptado, en los términos señalados por el artículo 410-D.

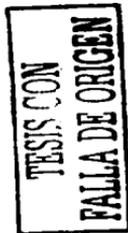
13) Bajo el régimen de adopción, el adoptante no puede contraer matrimonio con el adoptado o sus descendientes.

14) El tutor no puede contraer matrimonio con la persona que ha estado o está bajo su guarda, a no ser que obtenga dispensa, la que no se le concederá por el presidente municipal respectivo, sino cuando hayan sido aprobadas las cuentas de la tutela. Esta prohibición comprende también al curador y a los descendientes de éste y del tutor.

Si un matrimonio se contrae mediante las prohibiciones legales, el mismo será ilícito y las consecuencias jurídicas son diversas, dependiendo cuál fue la prohibición que se violó. Habrá lugar a la nulidad absoluta, a la nulidad relativa o simplemente el matrimonio tendrá la calidad de ilícito, pero no nulo.

LAS FORMALIDADES

Además de las ya estudiadas solemnidades que, si no se cumplen, el matrimonio carecerá de existencia legal, se debe cumplir con ciertos requisitos de forma al solicitar el matrimonio y en el momento mismo de contraerlo.



Los artículos 97 a 101 del Código Civil vigente, regulan las formalidades anteriores al matrimonio. Además, en los artículos 102 y 103 se estatuyen las formalidades y solemnidades del matrimonio mismo, en el momento de su celebración.

De acuerdo con lo que se ha expuesto, el artículo 103 consagra las formalidades que deberán observarse en la celebración del matrimonio y en la redacción del acta correspondiente. Sólo se exceptúa la solemnidad que exige la fracción VI del propio precepto, relativa al consentimiento de los contrayentes, y a la declaratoria del juez del Registro Civil, así como a la existencia misma del acta que deberá otorgarse por el citado juez del Registro Civil y en el libro correspondiente, según previene el artículo 37.



u

CAPITULO IV: EL CONCUBINATO COMO UNA SITUACIÓN DE HECHO

4.1. EL CONCUBINATO COMO ESTADO APARENTE DE FAMILIA.

La doctrina de la apariencia fue trasvasada al ámbito del Derecho de Familia matrimonial por Díaz de Guijarro, quien extendió la aplicación que se efectuaba en materia de próroga de las locaciones urbanas a favor de la concubina.

Sostuvo dicho autor que el estado objetivo de familia alcanza su expresión más delicada en el concubinato, debiendo tratarse de una pareja que viva exteriormente como un matrimonio; presentándose entonces la objetividad como un estado de apariencia siendo, en sí misma, un valor jurídico que las leyes toman de la realidad de los hechos y al que se le atribuye - al menos en ciertas situaciones- importancia fundamental.

Con posterioridad, Díaz de Guijarro desarrolla su tesis sobre el estado aparente de hecho, donde hay una realidad objetiva mas puede faltar el emplazamiento jurídico, y el estado aparente de derecho, en el que se cuenta con un emplazamiento legal básico, pero que no corresponde a la realidad. En la primera de las especies ubica dicho autor el concubinato, denominándolo "estado matrimonial aparente de hecho" y distinguiendo entre "concubinato simple" -que no presenta las características de la unión marital- y "concubinato perfecto" que es estable, singular y que une a personas con aptitud nupcial.

La construcción doctrinaria del distinguido jurista citado tuvo pronta y amplia difusión. Así, para Belluscio, el orden jurídico admite en ciertos y limitados casos los efectos jurídicos del concubinato.



En concepto de Zannoni, el concubinato es toda unión de un hombre y una mujer, sin atribución de legitimidad y en su noción restringida los ubica como "un matrimonio de hecho", definiéndolo como la unión estable de un hombre y una mujer en estado conyugal aparente o de hecho, esto es sin atribución de legitimidad pero con aptitud potencial a ella.

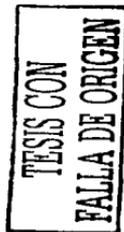
Al denominar al concubinato "matrimonio de hecho", estamos en presencia de una unión en la que los integrantes se comportan en todos los aspectos como si fueran marido y mujer, y lo único que faltaría sería darle a esa unión la formalidad exigida por la ley. Es por ello, que la relación concubinaría debe ser tan parecida al matrimonio que inclusive llegue a originar confusión en la sociedad que rodea a los concubinos.

Sostiene a su vez Bossert que dándose la totalidad de los elementos que configuran el concubinato se crea, además, un estado aparente de familia y afirma Borghonovo que el concubinato es un matrimonio aparente, en el cual la pareja tiene posesión de estado y carece de vínculo jurídico.

La distinción de la unión matrimonial, signada por su condición de vínculo legal, es relativizada por quienes otorgan categoría de "matrimonio de hecho" a las relaciones intersexuales carentes de legalidad y cuando se concede a las mismas la calidad de apariencia matrimonial para reconocer efectos jurídicos análogos a los que derivan del matrimonio.

Siendo la legalidad un carácter esencial del matrimonio constituye una contradicción inadmisibles pretender la existencia de un "matrimonio" signado precisamente por la carencia de dicha nota caracterizante.

La familia de hecho destacada por Dogliotti como formación social merecedora de tutela debe ser apreciada como fenómeno social que no puede desconocerse y al cual corresponde reconocer consecuencias jurídicas, generalmente para otorgar



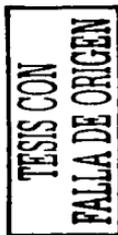
protección a la descendencia. Mas tal posición del derecho en miras de un ordenamiento social justo no puede llevar a confundir realidades sociales notoriamente disímiles en su esencia.

Es inaceptable afirmar que el concubinato constituya una estructura que aporte estabilidad y permanencia a la sociedad, porque es la figura del matrimonio la que permite que exista una sociedad sana y fuerte.

¿Cómo podemos aceptar que una relación en la que no existe un compromiso formal de vida pueda originar una sociedad sólida y permanente? Aún en el caso en que el concubinato se constituya por una temporalidad mínima de dos años, la continuidad de la relación puede romperse fácilmente sin mayores consecuencias en el momento en que así lo deseen los concubinos. Con la anterior afirmación, no pretendo decir que el matrimonio en la práctica sea eterno, sin embargo, en él hay un compromiso de vida en común mucho más serio y sólido que para disolverse requerirá del procedimiento especial del divorcio, y en el que los cónyuges se verán obligados a evaluar seriamente la decisión de separarse. En el también interviene la autoridad judicial, quien intentará en las juntas de avenencia, hacer reconsiderar sobre esta posición a quienes pretendan separarse.

Se le reconocen al concubinato ciertos efectos respecto de los concubenarios así como de los hijos procreados en este tipo de unión, pero no se desprende de ningún artículo relativo a esta figura que se le reconozca como un acto jurídico, o como un hecho jurídico ni mucho menos como una institución. La permanencia, durabilidad u organización, es generalmente un elemento característico de la institución.

Los efectos jurídicos que se le reconocen al concubinato no implican una organización sistematizada ni ordenada del mismo. No existe un conjunto de normas jurídicas ordenadas que regulen detalladamente la unión concubinaria.



Hablando de otro aspecto, el concubinato no cuenta con un procedimiento específico que indique como debe llevarse a cabo, caso totalmente opuesto lo es el matrimonio para el cual el Código Civil señala los pasos a seguir para contraerlo, los requisitos con los que deben cumplir los consortes para poderse unir en matrimonio, la forma de su celebración, e inclusive existen normas que establecen la manera en que habrá de disolverse éste. Para el concubinato no hay normas que regulen la forma en que se deberá llevar a cabo e incluso uno de los problemas más comunes que presenta esta figura en la vida diaria es el determinar cuándo se inició la relación concubinaria.

Podemos concluir que el concubinato es un fenómeno que se ha ido dando espontáneamente a través de los tiempos, pero no siempre tiene el mismo patrón, en algunas legislaciones se le reconocen algunos efectos y en otras son diferentes; en algunos lugares está prohibido terminantemente y en otros se le llega incluso a equiparar al matrimonio, en otros más esta figura es tolerada pero no está totalmente aceptada ni regulada.

4.2. SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS CONCUBINOS.

El Código Civil del Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal sólo se ocupaba de algunas de las consecuencias que derivan de este tipo de uniones irregulares, como son:

- El derecho de los concubinos de participar recíprocamente en la sucesión hereditaria.
- El derecho a recibir alimentos.
- El derecho a investigar la paternidad de los hijos.
- El derecho a percibir alimentos de los hijos habidos en el concubinato.



- Establecida la paternidad de los hijos de la concubina, nace el derecho de éstos a ser llamados a la herencia del padre.

Con el propósito de llenar las lagunas que existían así como de reconocer los derechos y obligaciones que nacen de esta ancestral figura del concubinato, en el Código Civil para el Distrito Federal se adiciona un capítulo undécimo al Título Quinto del Libro Primero, denominado "Del concubinato". Este nuevo capítulo consta de cuatro artículos, del 291 bis al Quintus.

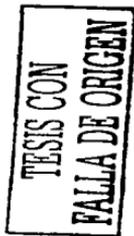
Esta reforma sustancial que experimentó el Código Civil en esta materia fué publicada como iniciativa de fecha 25 de Mayo del 2000, y se aprobó el 28 de abril del 2000, con entrada en vigor el 1° de Junio del 2000.

Bajo este orden de ideas, ahora se consagra que la concubina y el concubinario tienen derechos y obligaciones recíprocos, siempre que sin impedimentos legales para contraer matrimonio, hayan vivido en común en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años que precedan inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones.

Asimismo, se prevé que no es necesario el transcurso del periodo de dos años cuando, reunidos los demás requisitos, los concubinos tengan un hijo en común.

Se dispone como excepción que si con una misma persona se establecen varias uniones del tipo descrito, en ninguna se reputará concubinato. Asimismo, se señala que quien haya actuado de buena fe podrá demandar del otro una indemnización por daños y perjuicios.

Por su parte, el artículo 291 ter dispone que en lo que le fueren aplicables al concubinato regirán todos los derechos y obligaciones inherentes a la familia. Cabe destacar que con el tratamiento que se le da al concubinato en este capítulo



se está elevando prácticamente al mismo rango que al matrimonio celebrado con todas las formalidades de ley.

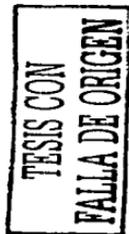
En este sentido, esta unión genera entre los concubinos derechos alimentarios y sucesorios, independientemente de los demás derechos y obligaciones reconocidos en el Código Civil o en otras leyes (art. 291 Quáter).

Es muy importante resaltar que de acuerdo con lo que dispone ahora el Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 294, se considera que el concubinato genera parentesco por afinidad, entre el hombre y la mujer y sus respectivos parientes consanguíneos.

Al cesar la convivencia, la concubina o el concubinario que carezca de ingresos suficientes para su sostenimiento, tiene derecho a pensión alimenticia por un tiempo igual al que haya durado el concubinato. No podrá reclamar alimentos quien haya demostrado ingratitud, o viva en concubinato o contraiga matrimonio. Este derecho podrá ejercitarse sólo durante el año siguiente a la cesación del concubinato.

Este derecho de los alimentos también se encuentra consagrado en el artículo 302 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual a la letra dice lo siguiente: Los cónyuges están obligados a proporcionarse alimentos. La ley determinará cuándo queda subsistente esta obligación en los casos de separación, divorcio, nulidad de matrimonio y otros que la ley señale. Los concubinos están obligados en términos del artículo anterior.

En este sentido, el artículo 294 se reforma para consagrar que el parentesco de afinidad es el que se adquiere por matrimonio o concubinato, entre el hombre y la mujer y sus respectivos parientes consanguíneos.



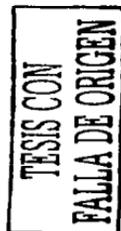
Finalmente, conviene señalar que se presumen hijos del concubinario y la concubina, los nacidos después de 180 días, contados desde que comenzó el concubinato y los que nazcan dentro de los 300 días siguientes a aquel en que cesó la cohabitación. (art. 383 CCDF)

Por otra parte, en las siguientes legislaciones se reconocen derechos, principalmente en favor de la concubina y sus hijos:

La Ley Federal del Trabajo menciona en su artículo 501 que tendrán derecho a ser considerados beneficiarios de la indemnización en caso de muerte del trabajador:

- I. La viuda, o el viudo que hubiese dependido económicamente de la trabajadora y que tenga una incapacidad de 50% o más, y los hijos menores de dieciséis años y los mayores de esta edad si tienen una incapacidad de 50% 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 del cónyuge supérstite, concurrirá con las personas señaladas en las dos fracciones anteriores, la persona con quien el trabajador vivió como si fuera su cónyuge 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;
- IV. A falta del cónyuge supérstite, hijos y ascendientes, las personas que dependían económicamente del trabajador concurrirán con la persona que reúna los requisitos señalados en la fracción anterior, en la proporción en que cada una dependía de él;...

La Ley del Seguro Social menciona que quedan amparados por el seguro de enfermedades y maternidad:



...III. La esposa del asegurado o, a falta de ésta, la mujer con quien ha hecho vida marital durante los cinco años anteriores a la enfermedad, o con la que haya procreado hijos, siempre que ambos permanezcan libres de matrimonio. Si el asegurado tiene varias concubinas ninguna de ellas tendrá derecho a la protección.

Del mismo derecho gozará el esposo de la asegurada o, a falta de éste el concubinario, siempre que hubiera dependido económicamente de la asegurada, y reúnan en su caso, los requisitos del párrafo anterior.

Así mismo, el artículo 130 de la misma ley señala que tendrá derecho a la pensión de viudez la que fue esposa del asegurado o pensionado por invalidez. A falta de esposa, tendrá derecho a recibir la pensión, la mujer con quien el asegurado o pensionado por invalidez vivió como si fuera su marido, durante los cinco años que precedieron inmediatamente a la muerte de aquél, o con la que hubiera tenido hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato. Si al morir el asegurado o pensionado por invalidez tenía varias concubinas, ninguna de ellas tendrá derecho a recibir la pensión.

La misma pensión le corresponderá al viudo o concubinario que dependiera económicamente de la trabajadora asegurada o pensionada por invalidez.

Como podemos observar tanto la Ley Federal del Trabajo, así como la Ley del Seguro Social continúan con el tiempo que antes de las reformas se consideraba el tiempo mínimo de vida común para constituir el concubinato, mismo que era de cinco años y como anteriormente mencionamos ahora el Código Civil para el Distrito Federal lo establece de dos años. Por otra parte si se siguen las mismas reglas en caso de multiplicidad de relaciones de la misma especie, caso en el cual ninguna de ellas tendrá derechos. Así como también se menciona la otra forma de constituir el concubinato, teniendo hijos en común.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

La ley del ISSFAM (Ley del Instituto de Seguridad Social de la Fuerzas Armadas Mexicanas) menciona en su artículo 37 que serán considerados familiares de los militares para el ramo de los haberes de retiro, pensiones, compensaciones, pagas de defunción y ayuda para gastos de sepelio:

"...I. La viuda sola...

II. La concubina sola...

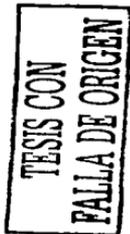
IV. La madre soltera, viuda o divorciada..."

Este ordenamiento militar hace detallada mención de las diferentes "categorías" que pueden haber dentro del género de las mujeres solteras, llegando incluso a mencionar a la madre soltera. Es una clasificación más pormenorizada de los estados civiles en que se puede clasificar a las personas solteras. En este aspecto, para el Código Civil todas ellas son simplemente "solteras", e inclusive la concubina que tiene hijos sería madre soltera.

Por su parte la ley del ISSSTE (Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los trabajadores del Estado) nos habla en su artículo 43 que para la división de la pensión derivada del seguro de riesgos de trabajo, serán tomados en cuenta la viuda, la concubina, viudo, concubinario, los hijos o la divorciada o ascendientes. Esta disposición hace una especie de subdivisión dentro del estado civil de "solteros" que reconoce el Código Civil, ya que del artículo antes mencionado se desprende que no es lo mismo viuda que concubina o divorciada.

El artículo 79-II establece que se pierde el derecho a percibir pensión en caso de muerte:

"II. Porque la mujer o el varón pensionado contraigan nupcias o llegasen a vivir en concubinato. Al contraer matrimonio la viuda, viudo, concubina o concubinario, recibirán como única y última prestación el importe de seis meses de la pensión que venían disfrutando. La divorciada no tendrá derecho a la pensión de quien haya sido su cónyuge, a menos que a la muerte del causante, éste estuviese pagándole pensión alimenticia por condena judicial y siempre que no exista viuda, hijos, concubina y ascendientes con derecho a la misma. Cuando la



divorciada disfrutase de la pensión en los términos de este artículo, perderá dicho derecho si contrae nuevas nupcias, o si viviese en concubinato...”.

4.3. ELEMENTOS DEL CONCUBINATO Y LA ESTRUCTURA SOCIAL.

De acuerdo al Código Civil para el Distrito Federal, el concubinato en México tiene los siguientes rasgos característicos:

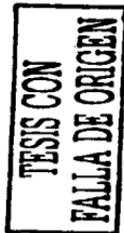
- a) Que los concubinos hayan vivido en común

A la palabra “en común” se le pueden dar diferentes interpretaciones, por un lado, podemos entender que común se refiere a que vivan juntos como pareja, con una actitud como si se encontraran casados; pero por otra parte, debemos entenderlo también en el sentido de que deben vivir en un mismo lugar. Además se exige que deba vivir como si fueran cónyuges, y en el matrimonio lo más usual es que la pareja tenga una residencia común.

Como ya hemos señalado en el capítulo II de la presente tesis, el rasgo que, decididamente, distingue una unión concubinaria de una mera relación circunstancial, es el de la cohabitación.

Si los sujetos carecen de un domicilio común, no es posible sostener la existencia de un concubinato para los diversos efectos que pueden invocarse en el ámbito jurídico.

Esta cohabitación implica, por tanto, la comunidad de vida; es decir, posibilita que la pareja, en mayor o menor medida, comparta la vida en todos esos aspectos que determinan situaciones que exigen consideración y solución por parte del derecho; por ejemplo, derechos sucesorios, responsabilidad solidaria ante los proveedores del hogar común, etcétera.



El hablar de comunidad de vida no implica que deban compartir lo que hace a sus actividades individuales (sus profesiones, etc.), pero sí lo que atañe a ese aspecto íntimo que, en el ámbito matrimonial, es común a los cónyuges.

Con suma claridad, explica Osorio y Gallardo la necesidad de la cohabitación: "Sabemos que 'fulano' tiene un 'entretenimiento' porque visita con frecuencia a una señora. Sabemos que 'mengana' lleva un enredo porque recibe de vez en cuando las visitas de un señor. Por eso mismo nos da la idea de que no quieren aparentar un matrimonio ni engañar a nadie. Al vivir distanciados nos quieren decir que no tienen nada que ver, o que su vínculo es de simple amistad...se huye de una apariencia concubinaría".¹

De manera que la ya mencionada cohabitación debe conllevar la comunidad de lecho; es decir, la existencia entre los sujetos de las relaciones sexuales o, al menos, la apariencia de ellas, dado el modo íntimo en que comparten la vida.

Careciéndose de este elemento, la cohabitación puede implicar otras situaciones muy distintas, que frente a concretos problemas jurídicos, pueden determinar distintas soluciones.

Ahora bien el significado de "comunidad de lecho" debe reducirse estrictamente a lo enunciado; es decir, la cohabitación de los concubinos implicará que ellos mantienen relaciones sexuales o aparentan mantenerlas sin perjuicio de que en los hechos éstas hayan cesado entre ellos.

La relación sexual es un elemento que está presente en un matrimonio normalmente constituido. Y de la semejanza que con el matrimonio, considerada la figura en su normalidad, presenta el concubinato, es de donde éste obtiene, en gran parte su trascendencia jurídica.

¹ A. BOSSERT, Gustavo Régimen Jurídico del Concubinato Buenos Aires, 1997. Editorial Astrea. Cuarta Edición. P.º 49. 35.



b) Durante un periodo mínimo de dos años

Los dos años aplican en cualquier circunstancia como la temporalidad mínima de permanencia para que la unión sea considerada como concubinato.

Uno de los grandes problemas que se suscitan con la temporalidad de dos años es el de determinar a partir de qué momento se computan éstos, ya que no existe una certeza absoluta del momento en que se inició la vida en concubinato, y mucho menos si los concubinos iniciaron su relación con espaciamentos de tiempo durante la convivencia.

La Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha manifestado: "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".

c) Cuando tengan un hijo en común

El concubinato tiene dos formas de constituirse; o bien por la duración mínima de dos años o bien cuando los concubinos hayan procreado uno o varios hijos en común. En caso de que hubieren nacido hijos de esta unión, no se requerirá un tiempo determinado de duración de la relación.

d) Siempre que sin impedimentos legales para contraer matrimonio

Los impedimentos legales han sido impuestos por la ley teniendo en cuenta no sólo el interés individual de los contrayentes, sino también el interés del grupo; así, por ejemplo, se procura evitar el nacimiento de individuos con taras o defectos físicos, se trata de preservar la institución matrimonial, etcétera.



Como es obvio, ese interés público (además del interés individual) también se ve lesionado cuando la unión, en tales circunstancias, se produce sin formalidad matrimonial alguna.

De manera que, frente a los hechos mismos, de los cuales se hacen derivar consecuencias jurídicas, no cabe hacer incidir los impedimentos que están destinados a evitar el surgimiento de un estado de familia, cuya trascendencia no puede ser equiparada a las consecuencias que se siguen de determinados hechos.

Como señalamos en el Capítulo primero de la presente tesis, en los precedentes históricos romanos, la ausencia de impedimentos matrimoniales era un requisito necesario para la constitución del concubinato.

Pero, sin lugar a dudas cabe incluir también dentro del concubinato a las uniones en las que existen impedimentos matrimoniales entre los miembros de la pareja.

Debido el comentario, a que los efectos jurídicos provenientes o vinculados a la existencia de la unión extramatrimonial, se producen igualmente, haya o no tales impedimentos, según analizamos en el punto relativo a la situación jurídica de los concubinos, los efectos quedan determinados por las circunstancias fácticas que rodean al hecho que nos ocupa, y entre las cuales figura la vida en común de la pareja. Y esto evidentemente, no se altera por la existencia de impedimentos matrimoniales.

A través de las soluciones que surgen de la naturaleza misma de las cuestiones que pueden afectar a los concubinos, queda al descubierto la identidad de las uniones en que hay impedimentos con las que no los tienen.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

Y este aspecto, en el cual quedan unificadas, es el más importante, pues constituye el fin mismo de la cuestión: las consecuencias de la unión frente a los distintos planteamientos que formulan la vida y el orden jurídico general.

Ante esa razón pierde fuerza la consideración, anteriormente expuesta, acerca del interés público que fundamenta los impedimentos matrimoniales.

El grupo social está interesado en no asentarse sobre uniones que presenten dichos impedimentos, y para ello les crea obstáculos, prohibiendo el matrimonio. La base legítima, que de la sociedad, que se organiza con el matrimonio, no debe presentar determinadas afecciones.

Aquí no estamos tratando la base familiar legítima, que a la sociedad tanto le interesa cuidar, sino justamente situaciones que son solamente de hecho, pero que presentándose en la realidad, producen consecuencias.

Es más: el matrimonio, como célula necesaria del grupo, recibe toda clase de protección (que se hace extremadamente patente en las normas que procuran evitar su finalización). En tanto que el concubinato no es así considerado; en sí mismo no recibe, ni ha de recibir protección alguna. Sólo se trata de resolver, con justo criterio, las numerosas cuestiones que plantea, pero no para preservar esa unión extraconyugal, sino para que cada conflicto humano tenga la adecuada solución que merece.

Por consiguiente, al incluir en la figura concubinaria a uniones de sujetos con impedimentos matrimoniales, no se contraría al régimen del matrimonio, pues el concubinato no es ni debe ser la base legítima del grupo.

Contemplado el tema desde el punto de vista de los terceros, se ve aún más claramente la necesidad de no formular la distinción sobre la base de la existencia de impedimento, ya que, por ejemplo, en nada puede variar el derecho de los



proveedores del hogar común o la situación de quien por un hecho ilícito provoca la muerte del concubino, en razón de que existen impedimentos matrimoniales entre los integrantes de la pareja.

Por otro lado, nuestra legislación es muy clara en el punto de que no puede hablarse de la existencia de una relación concubinaria si alguno de los concubinos ha contraído matrimonio y éste subsiste.

De los requisitos que exige la ley para que el concubinato produzca sus efectos y sea reconocido como tal, podemos deducir los siguientes elementos:

1. Temporalidad

La relación de los concubinos no puede ser momentánea, ni accidental. Debe ser duradera. A tal punto que, faltando esta modalidad, resultarían inaplicables la totalidad de los efectos que cabe adjudicar al concubinato.

Ya que para que esta figura surta sus efectos, es necesario que los concubinos vivan juntos por lo menos dos años, y no sólo es suficiente esto, sino que deben ser dos años de vida como si fueran marido y mujer.

Este requisito no es necesario si se procrean uno o más hijos.

Pero así como en el matrimonio hay alejamientos momentáneos de los cónyuges, también en el concubinato puede haber breves rupturas, momentáneas separaciones seguidas de pronta reconciliación, sin que por ello afecte el carácter de permanencia que la relación presente.

Deben tomarse en cuenta aspectos concernientes a lo afectivo; a la convicción que, en determinado momento, surge en los sujetos que comienzan a sentirse integrantes de una pareja, de que no es una unión caprichosa, accidental, o fruto

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

exclusivo de un deseo sexual más o menos prolongado, sino que también tiene su mundo propio, su esfera íntima y algo de destino común.

2. Procreación

Además de la temporalidad, el concubinato puede constituirse al procrear uno o más hijos, insistiendo siempre en que el hombre y la mujer vivan bajo el mismo techo como si fueran marido y mujer.

3. Continuidad

Este elemento le da solidez y estabilidad a la figura del concubinato, ya que se requiere que los dos años de convivencia sean constantes, sin interrupciones. No podemos aceptar un concubinato en el que los miembros se separan constantemente dejando de convivir durante largos intervalos de tiempo, ya que en este caso estaríamos ante meras relaciones sexuales extramatrimoniales sostenidas esporádicamente y que no producen ningún efecto jurídico.

Aunque no existen criterios para determinar por cuánto tiempo pueden permanecer separados los concubinos sin que se rompa esta figura, algunos autores han intentado proponer soluciones al problema:

Por su parte, el doctrinario español Eduardo Estrada Alonso refiere que en muchas ocasiones alguno de los concubinos se ve obligado a residir en otra parte, ya sea por razones laborales, militares, presidiarias o cualquier otra, y que no por ello se le va a negar todo efecto jurídico a esta relación.

Para dicho autor, no puede identificarse la convivencia de los concubinos con la cohabitación a ultranza, por lo tanto si la separación no va acompañada de una voluntad real de disolver la relación concubinaría, ésta no tiene por qué considerarse desintegrada.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

La continuidad del concubinato debe demostrarse, no tanto por la convivencia material, sino por la voluntad real de estar juntos.

El maestro Manuel F. Chávez Asencio considera que cuando la convivencia en forma material sea intermitente, aun cuando se dé en lapsos largos de tiempo, no configura el concubinato.²

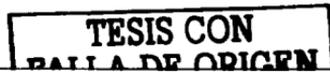
Respecto a esta idea, habría que determinar cuánto tiempo se requiere en las separaciones de los concubinos para considerar que la convivencia es intermitente. No existe ningún criterio jurisprudencial ni disposición alguna en nuestras leyes para determinar si la relación es continua.

En mi opinión, la solución es un intermedio entre la posición adoptada por Estrada Alfonso y Manuel Chávez Asencio: No podemos desconocer o ignorar una relación concubinaría que ha sido sólida, en la que se ha dado la convivencia entre los concubinos como si fueran marido y mujer sólo por el hecho de que se hayan separado esporádicamente por razones justificadas que son ajenas a su voluntad. Siempre que la constante de la relación sea la vida juntos y las separaciones se den excepcionalmente sin que exista la voluntad de suspender o dar por terminada la relación concubinaría, podemos considerar que la relación concubinaría continúa y es voluntad de los concubinos permanecer así unidos.

Cuando las separaciones son la constante en la relación y la cohabitación se da excepcionalmente, no estaremos en presencia de la figura del concubinato, sino de relaciones sexuales esporádicas que pueden darse entre cualquier pareja que no se encuentra casada.

Cuando el tiempo de convivencia es superior al tiempo que duran las separaciones, podemos considerar que sí existe el concubinato.

² CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. *La Familia en el Derecho*. Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares. México 2001. Editorial Porrúa. Pág. 233



Cuando el tiempo de separación es superior al tiempo de convivencia física no se configura el concubinato.

Es necesario resaltar que las causas de separación deben ser ajenas a la voluntad de los concubinos y que no debe existir posibilidad de que el que se separa lleve al otro consigo. Como ejemplo tenemos un viaje por motivos de trabajo al que la empresa sólo paga un boleto de avión o un hospedaje, etc., y no existen posibilidades económicas de viajar juntos.

4. Heterosexualidad

Si hacemos una interpretación literal del artículo 291 BIS y 291 QUINTUS, así como 1635 del Código Civil para el Distrito Federal, nos daremos cuenta que hablan de "la concubina y el concubinario..." Ante esto, hay que afirmar que están dando por entendido que el concubinato es una unión que se forma por un hombre y una mujer, por lo que será imposible hablar de concubinato entre personas del mismo sexo. La ley no reconoce las uniones homosexuales bajo ningún aspecto.

A esto hay que agregar que el código exige que los concubinos vivan "como si fueran cónyuges", es decir, como si se encontraran unidos en matrimonio, y en la legislación se encuentra constituido por un solo hombre y una sola mujer y nunca por dos personas del mismo sexo, por lo que se deduce que el concubinato es una unión heterosexual.

5. Monogamia

"Ciertos autores, al ensayar la determinación de los elementos que integran el concubinato, incluyen referencias a la conducta honesta o fiel, principalmente de la mujer, y hay quienes la extienden también al concubino. Entiende López del Carril que "la unión de personas libres" ha de reunir, entre otros, los siguientes

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

caracteres: "Fidelidad recíproca. Vivir en condiciones de moralidad suficiente. Honestidad en la mujer... Exclusión de toda otra unión y/o concubinato".³

Nosotros preferimos decir que entre los elementos constitutivos del concubinato tiene que figurar la singularidad.

Este concepto implica que la totalidad de los elementos que constituyen el concubinato debe darse solamente entre los dos sujetos; pero no se destruye la singularidad por el hecho de que alguno de dichos elementos se dé entre uno de los concubinos y otro sujeto en la medida en que ello resulte posible. Por ejemplo: la singularidad no se destruye, si el concubino mantiene una momentánea relación sexual con otra mujer, o si la concubina le es infiel, en un momento dado, al concubino.

Tiene gran importancia este aspecto, pues si bastará la sola circunstancia de darse uno de los elementos fuera de la pareja para destruir el concubinato sería suficiente apuntar un hecho aislado para demostrar su inexistencia; y de este modo los sujetos o los terceros podrían utilizar una circunstancia ajena al contenido general del vínculo, para evitar los efectos que el derecho (por vía jurisprudencial o legislativamente) establece o puede establecer, como consecuencia de una relación que reviste importancia, no sólo por su tiempo de duración, sino también por la significación de los elementos que reúne.

En cambio, no es posible hablar de existencia de un concubinato, con su nota definitiva de apariencia de estado matrimonial, cuando existe una apariencia, al menos, de fidelidad entre los sujetos, trasuntada en ser exclusiva, singular, la relación entre ellos; cuando el hombre, por ejemplo, mantiene cohabitación ciertos días con una mujer, en forma espaciada, en tanto sostiene relaciones con otras mujeres, con la misma notoriedad que con aquélla.

³ A. BOSSERTI, Gustavo Régimen Jurídico del Concubinato, Buenos Aires, 1997 Editorial Astrea.



Se trata allí de relaciones sexuales pasajeras, aunque resulten recurrentes, que no llegan a componer la comunidad de vida que da apariencia de estado matrimonial y define la nota típica de un concubinato nítidamente establecido.

No existe sanción para el concubino o la concubina que sostenga relaciones sexuales con otras personas que no sean su compañera o compañero, sin embargo, el carácter monogámico del concubinato se deduce tanto del artículo 291 BIS, como del 1368 del Código Civil para el Distrito Federal, ya que en caso de que hubiere varias concubinas o concubinos, ninguno de ellos tendrá los derechos y obligaciones a los que alude el capítulo XI del mencionado ordenamiento. De hecho en ninguna se reputará concubinato.

Aquí no podemos hablar estrictamente de una prohibición, sino que es un requisito esencial para que exista este tipo de unión que únicamente sea una persona con la que se viva como si fuera su cónyuge. Es posible hablar de concubinatos sucesivos, pero no simultáneos.

Si ya hemos establecido que en la figura del concubinato los compañeros se comportan maritalmente, al grado tal que inclusive llegan a originar confusión en la sociedad que los rodea respecto de su estado civil, no podemos decir que un sujeto que sostiene relaciones con más de una persona se está comportando como si estuviera casado, por lo menos en el campo de lo que el derecho exige a quienes se unen en matrimonio.

6. Fidelidad

Este elemento se desprende del anterior, y aunque la infidelidad en el concubinato no está sancionada por nuestras leyes, la prohibición está implícita en la naturaleza de esta figura. Podríamos decir que la fidelidad en el concubinato constituye un deber moral, porque carece de sanción en la ley, sin embargo el hombre y la mujer deben entregarse únicamente a su pareja, ya que de lo

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

contrario romperán el requisito de monogamia y ocasionarán un desequilibrio en la estabilidad de la pareja.

La falta de cumplimiento de este deber no conlleva a una sanción jurídica directa, pero se supone que debe cumplirse en forma espontánea y voluntaria, por la simple razón de que los compañeros están convencidos de que en su relación deben respetarse mutuamente en aras del sentimiento que los une.

7. Publicidad

La unión del hombre y la mujer consiste en una comunidad de lecho, de habitación y de vida, debe ser susceptible de público conocimiento; es decir, no debe ser ocultada por los sujetos. Si así fuera, mal podría hablarse de una apariencia de estado matrimonial.

Si bien la jurisprudencia no ha hecho una construcción orgánica del concepto y caracteres del concubinato, en cierta oportunidad dentro del capítulo I relativo a los antecedentes históricos del presente trabajo de tesis se resolvió que no se concedía el beneficio de prórroga de la locación del inmueble, que hubiera correspondido a la concubina, a la mujer que no era tal, sino una simple manceba; y se basaba en que los sujetos ocultaban su relación, ya que ante los terceros se trataban meramente como médico y enfermera, con toda la distancia que ello implica.

"Este requisito implica que quienes viven en concubinato deben ostentar públicamente su relación, esto no necesariamente quiere decir que deban de dar a conocer a quienes los rodean diariamente su situación de concubinos, sino que deberán aparecer públicamente dándose un trato de marido y mujer. A este respecto, algunos autores como Puig Peña han exigido que para el reconocimiento de las uniones extraconyugales debe darse:

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

- a) Nombre: que los convivientes utilicen el mismo apellido.
- b) Trato: que los concubinos se traten como si fueran marido y mujer, que se comporten como tales.
- c) Fama: que los concubinos se presenten como esposos ante terceros. En cuanto a la fama hay que destacar que se refiere a que ostenten como si fueran marido y mujer ante las demás personas, pero no se necesita manifestar verbalmente a terceros que están unidos en matrimonio."⁴

El maestro Chávez Ascencio, opina que una de las formas de probar la existencia del concubinato, es la posesión de estado de concubinos y ésta está integrada por el nombre, el trato y la fama.

En realidad, ni el nombre ni la fama son requisitos esenciales para probar el concubinato o para reconocerle a éste efectos jurídicos previstos en la ley, el único requisito que adquiere gran relevancia es el trato marital que se dé entre ellos, y que este trato sea abierto ante terceros, ya que de lo contrario será imposible probar que existió el concubinato.

8. Ausencia de toda formalidad

Una de las principales diferencias entre la unión concubinaria y el matrimonio, es precisamente que el último es solemne, en él, como mencionamos en el capítulo que antecede, el incumplimiento de las formalidades establecidas por la ley originan la inexistencia del mismo, mientras que el concubinato carece de toda formalidad, se inicia con la simple manifestación de la voluntad de los concubinos. La legislación mexicana no habla en ningún momento de las formalidades del concubinato, sino que basta con que se cumpla con determinados requisitos que ya se han mencionado para que produzca efectos jurídicos.

⁴ HERRERIAS SORDO, María del Mar. El concubinato México, 1998. Editorial Porrúa. Pág. 37

9. Relación sexual

La relación concubinaría implica un comportamiento conyugal de quienes la integran, por lo que resulta obvio que para que ésta cumpla con el requisito, es necesaria la unión carnal entre los concubinos, ya que de lo contrario, los efectos jurídicos que se le reconocen al concubinato, se extenderían a todo tipo de convivencia que pueden darse entre hombres y mujeres. De esta forma, incluiríamos dentro de la relación concubinaría a las convivencias formadas entre estudiantes, amigos, compañeros de trabajo, etcétera.

Además, al ser la procreación una de las vías para que se constituya esta figura, es indispensable que se haya entablado una relación sexual.

La relación sexual es el toque que convierte una convivencia o relación cualquiera en una unión libre (convivencia que no cuanta aún con dos años de duración y que no ha procreado hijos) y con el paso del tiempo o los hijos, en concubinato.

Dentro de este elemento, existe una excepción: las uniones de personas de edad avanzada que por el paso del tiempo no tienen la aptitud o capacidad física necesaria para tener relaciones sexuales. En efecto, no podemos negarle efectos jurídicos a una relación continua, estable, monógama, etc., sólo por el hecho de que no medien relaciones sexuales entre la pareja, ya que esto constituiría una injusticia y una situación de desigualdad para las personas de la tercera edad que deseen vivir bajo esta figura. Se les estaría privando de derechos sucesorios, alimentarios y otros reconocidos por la Ley del Seguro Social y la Ley Federal del Trabajo mencionados en el punto anterior.

La anterior es la única excepción admisible en cuanto al elemento de las relaciones sexuales entre la pareja de concubinos.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

4.4. INEXISTENCIA DEL CONSENTIMIENTO EN LOS CONCUBINOS.

Las doctrinas más importantes del acto jurídico son la francesa y la alemana, por lo que a continuación se exponen de forma breve:

"En cuanto a la teoría francesa, uno de sus exponentes más importantes fue Bonnacase, quien define el acto jurídico como "manifestación exterior de la voluntad bilateral o unilateral, cuyo fin directo es engendrar, fundándose en una regla de derecho, en contra o en provecho de una o varias personas, un estado, es decir, una situación jurídica general y permanente, o, al contrario, un efecto de derecho limitado que conduce a la formación, a la modificación o la extinción de una relación de derecho".⁵

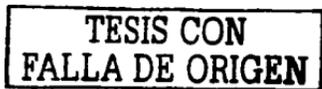
Según este autor, el acto jurídico consta de dos elementos:

1. El psicológico, voluntario, personal, y
2. El formado por el derecho objetivo.

Si falta alguno de estos dos elementos, no se producirá ningún efecto de derecho, ya que si no existe la voluntad, el derecho objetivo no puede producir por sí solo el acto; si falta el derecho objetivo, tampoco es suficiente la voluntad para que se produzca el acto, porque en este caso el derecho no le reconocerá efectos jurídicos.

De acuerdo con lo anterior, el acto jurídico radica en la conducta del ser humano, siempre que haya una manifestación de voluntad, con la intención de producir consecuencias jurídicas, debiendo existir una norma jurídica que sancione tanto la manifestación de la voluntad como los efectos deseados por el autor.

⁵ HERRERIAS SORDO, María del Mar. Op. Cit. Págs. 43.



Para Ripert Boulanger los actos jurídicos son aquellos "actos que se llevan a cabo para realizar uno o varios efectos de derecho; son llamados jurídicos a causa de la naturaleza de sus efectos."⁶

Podríamos decir que de acuerdo a esta teoría el acto jurídico es una manifestación exterior de voluntad que se realiza con el fin de crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones, y que produce efectos deseados por su autor.

Para la doctrina francesa, que es la que sigue nuestro código civil, el acto jurídico se diferencia del hecho jurídico *stricto sensu* en que en el primero, la voluntad no sólo está encaminada a la realización del acto, sino también a la producción de los efectos jurídicos contemplados por la ley. En el hecho jurídico voluntario, existe la voluntad de realizar el acto, pero su autor no busca las consecuencias jurídicas que derivarán de su verificación.

Para la doctrina alemana, dentro del hecho jurídico *lato sensu*, se encuentran el hecho jurídico *stricto sensu* y el acto jurídico. Este último, se divide a su vez en dos especies:

1. Acto jurídico *stricto sensu*: es todo acontecimiento voluntario al cual el ordenamiento legal le ha señalado ciertas consecuencias que se verificarán con su realización. En este acto, el autor se limita a realizar el acontecimiento, existiendo intervención de la voluntad en cuanto a su verificación, elemento suficiente para que la ley le atribuya los efectos jurídicos que ésta prevé.
2. Negocio jurídico: es la declaración de la voluntad que va encaminada a producir determinados efectos jurídicos que el ordenamiento legal reconoce y garantiza, y a través de los cuales los particulares regulan sus propios intereses.

⁶ RIPERT BOULANGER Derecho Civil Parte General Tomo I. Ed. La Ley Buenos Aires, 1964, p. 101.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

La principal característica del negocio jurídico radica en que la voluntad está dirigida de manera consciente a la producción de efectos jurídicos.

De acuerdo con la teoría alemana, tanto en el acto jurídico *stricto sensu* como en el negocio interviene la voluntad, sin embargo, en el primero las modificaciones en las diferentes situaciones jurídicas no dependen de la voluntad del sujeto, sino de la ley; por otro lado, en el segundo la manifestación de la voluntad está encaminada con la intención de producir consecuencias jurídicas.

Ahora veremos la posición de un autor de derecho mexicano:

Para el licenciado Rafael Rojina Villegas, el acto jurídico "es una manifestación de voluntad que se hace con la intención de producir consecuencias de derecho, las cuales son reconocidas por el ordenamiento jurídico".⁷

De esta definición de acto jurídico, podemos desglosar tres elementos principalmente:

1. Es la manifestación de la voluntad.

En el matrimonio podemos decir que esta manifestación de voluntad debe ser expresa y debe exteriorizarse cumpliendo una solemnidad cuya ausencia puede originar la inexistencia del mismo. A *contrario sensu*, aunque el concubinato se constituye habiendo la voluntad de los concubinos; ésta sólo se refiere a su relación, a la convivencia ya sea por razones económicas, de vivienda o afectivas, pero no podemos decir que exista el elemento voluntad desde la perspectiva jurídica. La voluntad se enfoca únicamente al querer vivir juntos compartiendo techo, gastos, vivencias, etc. Los concubinos no se plantean las consecuencias jurídicas que pueden derivar de esa relación, sino que únicamente los une el deseo de convivir.

⁷ ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Compendio de Derecho Civil*. Introducción, Personas y Familia. Ed. Porrúa, México, 1991. Pág. 115.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

La unión concubinaría nace de la libre voluntad de los concubinarios de unirse en una relación que carece de todo compromiso formal de vida.

2. Que se hace con la intención de producir consecuencias de derecho.

En el acto jurídico se da una manifestación de la voluntad, en la que las partes buscan las consecuencias de derecho que se originen de dicha manifestación. Es decir, quienes intervienen en esta manifestación de la voluntad, se proponen producir estas consecuencias de derecho.

Hay que destacar que no es esencial que el sujeto mida el alcance o este conciente de absolutamente todas las consecuencias que pueda producir esa manifestación de la voluntad, basta con que el sujeto esté conciente de que en virtud de la manifestación de su voluntad se van a producir consecuencias de derecho.

En el acto jurídico, la voluntad manifestada libremente por los sujetos, va a producir determinados efectos jurídicos queridos por ellos.

Ejemplo de lo anterior es el matrimonio, considerado como un contrato. En efecto, como se menciona en el capítulo III de la presente tesis, en el matrimonio se da el acuerdo de voluntades manifestadas expresamente ante la autoridad competente, en el que los cónyuges están concientes de que a raíz de la celebración de éste, se originarán entre ellos derechos, deberes y obligaciones recíprocas, y estos derechos, deberes y obligaciones son aceptados libremente por ellos. Los cónyuges están concientes de que del matrimonio derivan determinadas consecuencias previstas por la ley.

Cierto es, que del concubinato también surgen determinados derechos y deberes, tales como el derecho sucesorio, el derecho a la indemnización en caso de

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

fallecimiento por accidente de trabajo del concubino o la concubina o el deber de alimentos, sin embargo, éstos sólo son algunos efectos que reconocen las leyes y muchas veces, el hombre y la mujer toman la decisión de vivir en "unión libre" o concubinato sin que previamente estén enterados de los derechos que confiere la ley a quienes viven bajo esta figura.

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

La mayoría de las parejas que viven en concubinato, lo hacen porque no desean comprometerse formalmente como lo exigiría el matrimonio.

3. Las cuales son reconocidas por el ordenamiento jurídico.

De todos los actos jurídicos derivan consecuencias de derecho previstas expresamente por la ley. De esta forma, tenemos que las leyes determinan el alcance de los derechos y las obligaciones que se originan de la celebración de un acto jurídico, la ley se encarga de detallar éstos para cada caso que se presente. Un ejemplo de esto es la celebración de un contrato de compraventa, en el cual la ley determina quienes son las partes en este contrato, señala cuales son los derechos y obligaciones de cada uno de ellos determina cuales son las consecuencias del incumplimiento de cada uno de los que intervienen, establece la forma en que se deberá llevar a cabo y señala a partir de que momento se entiende que nace el contrato de compraventa.

Esto mismo sucede en el caso del matrimonio, en el cual se dan efectos jurídicos o consecuencias de derecho entre los cónyuges, en relación a los hijos, así como en relación a la sociedad y al estado.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

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

En esta materia hay muchas consecuencias que no se encuentran previstas por la ley y que constituyen lagunas que el legislador no previó o no quiso reglamentar, tal vez en el afán de proteger la institución del matrimonio. En la actualidad se presentan situaciones en que el juzgador no tiene una ley en que basarse y tiene que acudir a la jurisprudencia y a otras fuentes para poder resolver los conflictos que se le presentan.

En conclusión, no es posible afirmar que los escasísimos efectos que se le reconocen al concubinato por algunas leyes sean todas las consecuencias de derecho que el ordenamiento jurídico podría reconocerle a esta unión.

Es lo único que se requiere desde el punto de vista subjetivo, o sea, que el sujeto sea conciente de que por su declaración de voluntad y en atención a la misma, se van a producir por el derecho objetivo determinadas consecuencias, pero puede ignorar todas las que seguirán a su declaración de voluntad, o proponerse consecuencias mayores o menores de aquellas que la ley reconozca, de tal manera que la ley operando sobre una declaración inicial, después admita una serie de efectos que el autor del acto no pudo prever.

Es obvio que los concubinos no están conscientes de que por su manifestación de voluntad se van a producir determinados derechos y obligaciones, y desde luego, también ignoran consecuencias posteriores que se originan con motivo del concubinato.

Como se puede observar, la intención de quienes intervienen en este acto es la de crear efectos jurídicos que se encuentran previstos por la ley. Nuevamente insisto

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

en que el concubinato nace sin que quienes lo constituyen tengan la intención de crear esos efectos de derecho.

Al referirnos a "hecho jurídico", estaremos hablando del hecho jurídico *stricto sensu*. El hecho jurídico es el acontecimiento puramente material o de la naturaleza, o bien aquel en que se da una intervención del hombre, que genera consecuencias de derecho, sin que exista la intención de crear esas consecuencias.

De acuerdo a la definición antes dada, los hechos jurídicos *stricto sensu* se dividen en:

- a) Hecho jurídico material o de la naturaleza: es el acontecimiento que se verifica sin que haya intervención de la voluntad y que crea, transmite, modifica o extingue derechos y obligaciones. Ejemplo: un terremoto.
- b) Hecho jurídico voluntario: son los sucesos que producen consecuencias de derecho y en cuya realización interviene la voluntad, sin que ésta intervenga en la producción de las consecuencias de derecho. Ejemplo: la gestión de negocios.

Es importante destacar que en este acontecimiento de la naturaleza o del hombre no se da la intención de originar consecuencias de derecho, y es esa la principal diferencia con el acto jurídico, ya que en éste la manifestación de la voluntad va encaminada a producir esas consecuencias de derecho.

Respecto del hecho jurídico también es importante definir brevemente las posiciones de los doctrinarios franceses y alemanes:

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

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Bonnecase considera que el hecho jurídico es "un acontecimiento puramente material, tal como el nacimiento o la filiación, o acciones más o menos voluntarias, que fundadas en una realidad de Derecho, generan situaciones o efectos jurídicos, aun cuando el sujeto de este acontecimiento o de estas acciones no haya tenido, ni podido tener, deseo de colocarse bajo el imperio del Derecho".⁸

La doctrina francesa, hace a su vez, otra clasificación de los hechos jurídicos voluntarios:

- a) Hechos voluntarios lícitos: son los cuasicontratos.
- b) Hechos voluntarios ilícitos: son los delitos y cuasidelitos.

Para la doctrina alemana, el hecho jurídico *stricto sensu*, se reserva para calificar a los acontecimientos en cuya realización no interviene la voluntad.

La diferencia entre ésta y la teoría francesa, radica en que la última si reconoce al hecho jurídico en el que interviene la voluntad, calificándolo como "hecho voluntario".

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

Por lo tanto, podemos decir que sólo los hechos considerados por la doctrina francesa como "puramente materiales o de la naturaleza" son los que la doctrina alemana considera como "hechos jurídicos *stricto sensu*".

De lo anterior, se infiere que el concubinato constituye un hecho jurídico.

⁸ BONNECASE, Julien Op. Cit. Pág 141

El concubinato, en mi opinión, puede catalogarse como un hecho jurídico del hombre, porque es un hecho originado por el ser humano que no pretende ir más allá del querer entablar una relación sin ataduras ni compromisos de ninguna especie.

4.5. NECESIDAD DE DEROGAR EL CAPITULO XI, ASI COMO REFORMAR LOS ARTICULOS 294 Y 138 QUINTOS DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL VIGENTE.

Si bien es cierto que la familia moderna ha perdido la extensión y la estabilidad que tuvo en el derecho romano y en la Edad Media (como ya mencionamos en el capítulo I de la presente tesis) y si bien hay que reconocer que el interés público sigue apareciendo comprometido en lo referido a la constitución del vínculo, su mantenimiento y garantías de cohesión y estabilidad; en lo concerniente al cumplimiento de los derechos-deberes que comporta la unión y a las relaciones de sus componentes con los demás miembros de la familia y con terceros. Y aunque algunos afirman que actualmente es la voluntad libre la que forma la familia y en ella el interés particular está sobre el interés colectivo; no se debe olvidar que hoy en día, el derecho infliere profundamente en la organización y funcionamiento de la familia. Puesto que ésta es una institución social fundamental, el Estado tiene interés o debe tenerlo, en el sano desarrollo y en la conservación de la familia; prestando cuando sea necesario, su autoridad y auxilio para fortalecer al grupo familiar.

Como ya se ha determinado anteriormente, la célula básica de la sociedad es la familia, siendo la unión matrimonial la manera sana y adecuada de constituirla. De ahí se deriva la importancia del matrimonio, figura regulada minuciosamente en nuestras leyes y promovida por el Estado. Siendo pertinente mencionar que esta figura es la que establece mayor estabilidad tanto para llevar a cabo los fines

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

primarios (la procreación y educación de los hijos), como los secundarios (la mutua asistencia y la prestación del débito conyugal).

Desafortunadamente, en la actualidad sea perdido su calidad de molde sociocultural imprescindible para la formación integral de la persona de los hijos; lo cual se ha reflejado en el deterioro personal, frecuentemente irreversible para el menor, derivado precisamente del obrar de quienes fueron señalados naturalmente para constituirse en sus moldes formativos.

Sin embargo una nueva realidad social, nos muestra al concubinato como una figura semejante al matrimonio, sin tomar en cuenta que es éste una simple unión de hecho que no reúne las características de la institución; lo cual provoca un deterioro en la cohesión y estabilidad de la familia.

De todo lo anteriormente analizado, podemos establecer que aun cuando existen semejanzas entre el matrimonio y el concubinato como son la cohabitación, la procreación y la vida marital, es evidente que el matrimonio es un acto jurídico perfecto, reconocido y aceptado por la sociedad y las leyes mientras que el concubinato es un hecho jurídico, una situación de hecho a la que el derecho se ha visto obligado a reconocerle ciertos efectos jurídicos en aras del bienestar de los hijos y de la pareja en algunos casos.

La exposición de motivos de las nuevas reformas hechas al Código Civil señala en resumen lo siguiente:

"Todos nosotros estamos interesados, y es obvio y así lo hemos dicho, en protegér con más fuerza a la familia, de que haya equidad en la familia... Para que se les de seguridad a las concubinas en sus derechos alimentarios y sucesorios...La presente iniciativa está orientada a rescatar muchos de los valores perdidos en nuestra sociedad... El artículo 4 Constitucional consagra los principios de igualdad jurídica de los sexos, la protección y fomento del núcleo familiar y la

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

paternidad responsable, publicados en el Diario Oficial el 31 de Diciembre de 1974... Es preciso y necesario la salvaguarda a la familia por encima de todas las cosas... Ha sido inquietud permanente en esta Asamblea Legislativa, enfocar a la protección de la mujer y de los menores, es necesario reformar todos aquellos preceptos del Código Civil que contengan restricciones a la capacidad jurídica de las mujeres... Cabe destacar que en esta iniciativa se busca proteger a las parejas que han decidido vivir en concubinato, reduciendo los plazos para la generación de derechos y obligaciones alimentarios y sucesorios, de cinco años que establece el Código vigente a dos años... Un capítulo específico al concubinato, garantizando con ello que las personas que hayan decidido vivir de esta forma tengan derechos análogos a los que se tienen dentro del matrimonio. Y aún, se ha reducido el plazo de 5 a 2 años para adquirirlos y además establecido la posibilidad inédita de que los cónyuges puedan adoptar."

Considero que de lo anterior, se deduce que la sociedad y el Estado se interesan por continuar complementando la regulación de la sexualidad de hombres y mujeres; cuestión que anteriormente se institucionalizó por medio del matrimonio.

Ahora bien, si hablamos de proteger con más fuerza a la familia, es inadmisibles aceptar que una relación en la que no existe un compromiso formal de vida pueda cumplir los fines que conlleva el formar una familia; si aún en el caso en que el concubinato se constituya por la temporalidad mínima de dos años, la continuidad de la relación puede romperse fácilmente sin mayores consecuencias en el momento en que así lo deseen los concubinos.

Por otro lado, uno de los grandes problemas que se suscitan con la temporalidad de dos años es el determinar a partir de que momento se computan éstos, ya que no existe una certeza absoluta del momento en que se inició la vida en concubinato. Además una vez que se considera que determinadas personas viven en concubinato, surge la interrogante que sería de mayor importancia: ¿si ésta

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

será la única unión de este tipo que establecen ambas personas?, debido a que la ley establece que en ninguna se reputará concubinato.

Sin embargo, quien haya actuado de buena fe podrá demandar del otro, una indemnización por daños y perjuicios. Cabe hacer la mención siguiente, si el concubinato goza casi de los mismos derechos que el matrimonio debido a su semejanza con el mismo, entonces como es posible que se este hablando de establecer varios a la vez; consideró que se están mal logrando ideas sobre el matrimonio, que acabaran por dañarlo.

Por consiguiente, la ley señala que en lo que le fueren aplicables al concubinato regirán todos los derechos y obligaciones inherentes a la familia.

Los derechos alimentarios y sucesorios, independientemente de los demás derechos y obligaciones reconocidos en el Código Civil o en otras leyes a los concubinos han sido hasta hoy el rasgo que decididamente distingue a la unión concubinaria de una mera relación circunstancial, basando los mismos en su semejanza con el matrimonio.

Pero como ya he señalado anteriormente la duración del matrimonio es demostrable, pero en cambio la del concubinato no, debido a lo cual considero que el artículo que menciona que la concubina o el concubinario que carezca de ingresos suficientes para su sostenimiento al momento de la terminación de su relación, tiene derecho a pensión alimenticia por un tiempo igual al que haya durado el concubinato y que dicho derecho podrá ejercitarse sólo durante el año siguiente a la cesación del concubinato; está basado en situaciones de tiempo inciertas y muy difíciles de demostrar, cosa que deja en el mismo desamparo jurídico a los concubinos. Eso sin mencionar que este derecho ya se encuentra establecido en el Código Civil para el Distrito Federal en el capítulo II "De los alimentos" artículo 302.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

Aunque en realidad dentro del concubinato existen aspectos que determinan situaciones que exigen consideración y solución por parte del derecho; no dejan de ser situaciones solamente de hecho, pero que presentándose en la realidad, producen consecuencias que deben encontrarse dispersas en el Código Civil para el Distrito Federal, ya que dependiendo de las circunstancias del caso y las características de la relación producirán o no efectos jurídicos.

Sólo se debe tratar de resolver, con justo criterio, las numerosas cuestiones que plantea, pero no para preservar esa unión extraconyugal como hoy en día lo pretende el Capítulo undécimo denominado "Del concubinato" en el Código Civil. Ya que con el tratamiento que se le da al concubinato en este capítulo se está elevando prácticamente al mismo rango que al matrimonio celebrado con todas las formalidades de ley.

Entonces, el vínculo legal que distingue a la unión matrimonial es relativizada porque se están concediendo a las mismas la calidad de apariencia matrimonial para reconocer efectos jurídicos análogos a los que se derivan del matrimonio.

Si bien es cierto que hay muchas consecuencias que no se encuentran previstas por la ley y que constituyen lagunas; pero con el capítulo específicamente del concubinato, no se garantizan los derechos análogos del matrimonio a los concubinos; y mucho menos estableciendo parentesco de afinidad entre el hombre y la mujer y sus respectivos parientes consanguíneos.

Finalmente, la unión concubinaria nace de la libre voluntad de los concubinarios de unirse en una relación que carece de todo compromiso formal de vida y es obvio que los mismos no están conscientes de que por su manifestación de voluntad se van a producir determinados derechos y obligaciones, y desde luego, también ignoran consecuencias posteriores que se originan con motivo del concubinato. Por lo cual cabe afirmar que el concubinato nace sin que quienes lo

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

constituyen tengan la intención de crear esos efectos de derecho, ya que lo único que desean es entablar una relación sin ataduras ni compromisos.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

CONCLUSIONES

Del presente trabajo de investigación, se derivan las siguientes conclusiones:

PRIMERA. 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 indígena por lo tanto de hacerla su esposa; sin embargo hasta antes de la República, el concubinato se visualizó como una simple relación de hecho de la que la ley no se ocupó. Augusto fue quien denominó a estas relaciones de rango inferior al matrimonio como *concubinatus*, empezando a regularlo a principios de la era cristiana con las leyes *Iulia de Maritandis* y *Iulia de Adulteris*. En cuanto a los requisitos el concubinato ya desde la Época Romana y por influencia del cristianismo contaba con los mismos que en la actualidad, como son que no existan impedimentos matrimoniales entre los concubinos, que ambos fuesen solteros, se le impuso la monogamia, cohabitación estable. La concubina sólo se distinguía de la esposa por la intención de las partes, por el sólo afecto del hombre, por la sola dignidad de la mujer, y aquella intención diferenciadora la llamaban *affectio maritalis*. Se advierte entonces, claramente, que el consentimiento, la voluntad de contraer matrimonio es, a través del tiempo, un elemento esencial de éste.

SEGUNDA. En España, durante el Medioevo, el concubinato adoptó el nombre de "barraganía". Fue ya desde esta época que se pusieron límites a la barraganía: sólo debía haber una barragana y un hombre, ambos debían estar libres de matrimonio y no tener impedimento alguno para contraerlo, esta unión debía ser permanente, debían tratarse como marido y mujer, además de que debían ser considerados en su comunidad como si fueran esposos. Se puede observar que se aceptaba la barraganía o concubinato debido a que se asemejaba al matrimonio, ésta figura era una especie de dignidad para la mujer puesto que era una garantía contra la mala fama de una supuesta prostitución y para prevenir el abandono de los hijos nacidos de tal unión.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

TERCERA. Entre los aztecas el concubinato surgía cuando la pareja se unía mediando su consentimiento, sin observar ningún tipo de formalidad. El derecho sólo equiparaba al concubinato con el matrimonio cuando los concubinarios tenían tiempo de vivir juntos y con fama pública de casados. Entre los indígenas se acostumbraba la poligamia, aunque ésta no se practico en la totalidad de los pueblos; con la "cristianización" de los indígenas, los misioneros comenzaron con la labor de convencer a los indios de dejar sus múltiples esposas y conservar sólo una la "esposa legítima", de ahí surgieron las primeras concubinas abandonadas y desprotegidas. A pesar de la labor de la Iglesia católica y de la autoridad civil, el matrimonio cristiano no fue la única unión existente en la sociedad colonial, sino que el concubinato continuó siendo practicado masivamente.

CUARTA. En la doctrina francesa se señala que para que se de un buen concubinato (también conocido como unión libre), debe existir entre la pareja comunidad de lecho, de domicilio, igualdad de trato, exterioridad de su relación, permanencia en estas relaciones y lo principal cuidar y mantener la vida en común. El Código Napoleónico de 1804 no reguló la figura del concubinato, lo consideraba como un hecho material, que no producía ningún efecto o consecuencia de derecho, por lo que, en estas disposiciones se lesionaron los derechos tanto de la concubina como de los hijos. Fue así que en Francia, la jurisprudencia tuvo que realizar, durante el siglo XIX, una lenta y compleja elaboración para ir resolviendo, no obstante el silencio de la ley, los concretos problemas que, en torno del vínculo concubinario, se planteaban. En virtud de tal situación las sentencias de los tribunales fueron otorgando protección a las concubinas y a los hijos nacidos de la relación concubinaria. A partir de la ley del 16 de noviembre de 1912, que erigió el concubinato notorio en fuente de la paternidad natural comenzó el gran debate legislativo en torno a la materia. Es importante destacar que el concepto de concubinato del ordenamiento francés no corresponde al que actualmente se sostiene. En Francia, como en muchas otras legislaciones, se identifica el concubinato con el adulterio.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

QUINTA. La familia es la más antigua de las instituciones humanas y constituye un elemento clave para la comprensión y funcionamiento de la sociedad. A través de ella la comunidad no sólo se provee de sus miembros, sino que se encarga de prepararlos para que cumplan satisfactoriamente el papel social que les corresponde. Constituye un fenómeno social total, con repercusiones en todos los ordenes, al ser el canal primario para la transmisión de los valores y tradiciones de la sociedad de una generación a otra. Se hace referencia continua a la familia en las diferentes normas del Derecho positivo del país y los tratadistas se refieren a ella. Sin embargo, no conocemos la definición satisfactoria. La familia es una realidad sociológica con un fondo ético; la unión de un hombre y una mujer generan descendientes, de esta realidad parte el Derecho. El legislador tomando en cuenta los principios éticos, religiosos y las buenas costumbres, debe procurar que todas las familias se constituyan por matrimonio, sin olvidar la realidad sociológica existente en México de un gran número de familias constituidas por concubinato y de madres solteras.

SEXTA. Lo esencial en el matrimonio desde el punto de vista jurídico, radica en que a través de él, la familia como grupo social, encuentra adecuada organización jurídica, la seguridad y la certeza de las relaciones entre los consortes, la situación y estado de los hijos, de sus bienes y sus derechos familiares. El Estado de matrimonio, a través de la seguridad y la certeza que le imparte el Derecho, fortalece al grupo familiar y permite que cumpla las finalidades sociales y éticas y aún económicas que le competen dentro de la comunidad. La sociedad y el Estado se interesan por la regulación de la sexualidad de hombres y mujeres de ahí su institucionalización por medio del matrimonio. Pero aún así, incluida en las asociaciones intersexuales está la conocida como concubinato. El concubinato presenta formas diversas dependiendo de la cultura que lo registre. Significa siempre una unión sexual diversa al matrimonio y en muchas ocasiones semejante al mismo.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

SÉPTIMA. El matrimonio es una institución jurídica, un conjunto de reglas de derecho esencialmente imperativas, cuyo objeto es dar a la unión de los sexos, y por lo mismo a la familia una organización social y moral; tratárase de una institución jurídica compleja de la cual deriva una situación jurídica compleja, el estado de esposos. El término matrimonio designa tanto a la institución jurídica que comprende el conjunto de las reglas que presiden la organización social de la unión de los sexos y de la familia natural, como el acto jurídico que se concreta en la celebración de esta unión ante el oficial del estado civil y cuyo único objeto es la adhesión de los interesados a la institución jurídica del matrimonio. Efectivamente, el matrimonio está regulado como un todo orgánico en la parte correspondiente del Código Civil para el Distrito Federal (Título Quinto, capítulo primero del Libro Primero), y en lo relativo a las Actas de Registro Civil (Título IV, capítulo VII del Libro Primero del propio Código). En esas normas se establecen los diferentes aspectos del matrimonio: requisitos para contraerlo y derechos y deberes derivados del mismo, que surgen con independencia de la voluntad de los sujetos, emanados directamente de la ley en forma imperativa.

OCTAVA. La primera respuesta al interrogante de la naturaleza jurídica del matrimonio es la de ser indiscutiblemente un acto jurídico pues es la manifestación de voluntad sancionada por el derecho para producir consecuencias jurídicas. El matrimonio es un acto jurídico porque surge de la manifestación de voluntad de los que lo contraen, acorde con las normas que lo regulan y, una vez realizado, produce consecuencias jurídicas previamente establecidas en la ley.

NOVENA. Al denominar al concubinato "matrimonio de hecho", estamos en presencia de una unión en la que los integrantes se comportan en todos los aspectos como si fueran marido y mujer, y lo único que faltaría sería darle a esa unión la formalidad exigida por la ley. Es por ello, que la relación concubinaria debe ser tan parecida al matrimonio que inclusive llegue a originar confusión en la sociedad que rodea a los concubinos. Sin embargo, la distinción matrimonial, signada por su condición de vínculo legal, es relativizada por quienes otorgan

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

categoría de "matrimonio de hecho" a las relaciones intersexuales carentes de legalidad y cuando se concede a las mismas la calidad de apariencia matrimonial para reconocer los efectos jurídicos análogos a los que derivan del matrimonio. Siendo la legalidad un carácter esencial del matrimonio constituye una contradicción inadmisble pretender la existencia de un "matrimonio" signado precisamente por la carencia de dicha nota caracterizante.

DECIMA. De acuerdo con el Código Civil para el Distrito Federal, el concubinato en México tiene los siguientes rasgos característicos: a) Que los concubinos hayan vivido en común, b) Durante un período mínimo de dos años, c) Que tengan un hijo en común y d) Siempre que sin impedimentos legales para contraer matrimonio se haya dado la relación. Además de los requisitos que exige la ley para que el concubinato produzca sus efectos y sea reconocido como tal, podemos deducir los siguientes elementos: una cierta temporalidad, en su caso la procreación, debe existir continuidad, es de afirmar que existe la heterosexualidad, se pretende que exista monogamia y fidelidad, debe haber publicidad ostentando públicamente su relación, debe haber ausencia de toda formalidad, es necesaria la relación sexual entre los concubinos, ya que de lo contrario los efectos jurídicos que se le reconocen al concubinato se extenderían a todo tipo de convivencia que puede darse entre hombres y mujeres.

DECIMA PRIMERA. El acto jurídico radica en la conducta del ser humano, siempre que haya una manifestación de voluntad, con la intención de producir consecuencias jurídicas, debiendo existir una norma jurídica que sancione tanto la manifestación de la voluntad como los efectos deseados por el autor. De acuerdo con esto podríamos decir que el acto jurídico es una manifestación exterior de voluntad que se realiza con el fin de crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones, y que produce efectos deseados por su autor. Para la doctrina francesa, que es la que sigue nuestro código civil, el acto jurídico se diferencia del hecho jurídico *stricto sensu* en que el primero, la voluntad no sólo está encaminada a la realización del acto, sino también a la producción de los

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

efectos jurídicos contemplados por la ley. En el hecho jurídico voluntario, existe la voluntad de realizar el acto, pero su autor no busca las consecuencias jurídicas que derivarán de su verificación. En este caso no es posible afirmar que los escasísimos efectos que se le reconocen al concubinato por algunas leyes sean todas las consecuencias de derecho que el ordenamiento jurídico podría reconocerle a esta unión. Además de que es obvio que los concubinos no están conscientes de que por su manifestación de voluntad se van a producir determinados derechos y obligaciones, y desde luego, también ignoran consecuencias posteriores que se originan con motivo del concubinato. Como se puede observar, la intención de quienes intervienen en un acto jurídico es la de crear efectos jurídicos que se encuentran previstos por la ley. El concubinato, en mi opinión, puede catalogarse como un hecho jurídico del hombre. Porque es un hecho originado por el ser humano que no pretende ir más allá del querer entablar una relación sin ataduras ni compromisos de ninguna especie.

DECIMA SEGUNDA. De todo lo analizado podemos establecer que aún cuando existen semejanzas entre el matrimonio y el concubinato como son la cohabitación, la procreación y la vida marital, es evidente que el matrimonio es un acto jurídico perfecto, reconocido y aceptado por la sociedad y las leyes mientras que el concubinato es un hecho jurídico, una situación de hecho a la que el derecho se ha visto obligado a reconocerle ciertos efectos jurídicos en aras del bienestar de los hijos y de la pareja en algunos casos. Sólo se debe tratar de resolver, con justo criterio, las numerosas cuestiones que plantea, pero no para preservar esa unión extraconyugal como hoy en día lo pretende el Capítulo undécimo denominado "Del concubinato" en el Código Civil. Ya que con el tratamiento que se le da al concubinato en este capítulo se está elevando prácticamente al mismo rango que al matrimonio celebrado con todas las formalidades de ley.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

DECIMA TERCERA. La propuesta sería en el sentido de derogar el Capítulo referente al Concubinato, así como reformar los artículos 294 y 138 Quintus en el Código Civil para el Distrito Federal que actualmente a la letra establecen:

Artículo 294. El parentesco de afinidad, es el que se adquiere por matrimonio o concubinato, entre el hombre y la mujer y sus respectivos parientes consanguíneos.

Artículo 138 Quintus. Las relaciones jurídicas generadoras de deberes, derechos y obligaciones surgen entre las personas vinculadas por lazos de matrimonio, parentesco o concubinato.

Los cuales quedarían de la siguiente manera:

Artículo 294. El parentesco de afinidad, es el que se adquiere por matrimonio, entre el hombre y la mujer y sus respectivos parientes consanguíneos.

Artículo 138 Quintus. Las relaciones jurídicas generadoras de deberes, derechos y obligaciones surgen entre las personas vinculadas por lazos de matrimonio o parentesco.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

BIBLIOGRAFIA

DOCTRINA:

A. BOSSERT GUSTAVO.
REGIMEN JURÍDICO DEL CONCUBINATO
 ED. ASTREA, 1997. 4ta. EDICIÓN. 254pp.

ARANGIO-RUIZ, VICENZO.
INSTITUCIONES DE DERECHO ROMANO.
 ARGENTINA, 1986. EDICIONES DE PALMA BUENOS AIRES. 682pp.

BELLUCIO AUGUSTO, CESAR.
DERECHO DE FAMILIA.
 TOMO I. PARTE GENERAL. ARGENTINA, 1979.
 EDICIONES DE PALMA BUENOS AIRES. 629pp.

BONNECASSE, JULIEN.
LA FILOSOFIA DEL CODIGO DE NAPOLEÓN APLICADA AL DERECHO DE FAMILIA.
 MÉXICO, 1945. EDITORIAL JOSE M. CAJICA JR. PUEBLA. PAG. 207.

CASTAN TOBEÑAS, JOSE.
DERECHO CIVIL ESPAÑOL COMÚN Y FORAL.
 MADRID, 1976. EDITORIAL REUS
 TOMO V. DERECHO DE FAMILIA VOL.1. PAG. 25.

CHAVEZ ASENCIO, MANUEL F.
LA FAMILIA EN EL DERECHO.
 DERECHO DE FAMILIA Y RELACIONES JURÍDICAS FAMILIARES.
 MÉXICO, 2001. EDITORIAL PORRÚA. 547pp.

DIEZ DEL CORRAL, LUIS.
EL LIBERALISMO DOCTRINARIO.
 MADRID, 1976. SEGUNDA EDICIÓN. PAG. 243.

DI PRIETO, ALFREDO.
MANUAL DE DERECHO ROMANO.
 ARGENTINA, 1992. EDICIONES DE PALMA BUENOS AIRES
 CUARTA EDICIÓN 486pp.

ELIAS AZAR, EDGAR.
PERSONAS Y BIENES EN EL DERECHO CIVIL MEXICANO.
 MÉXICO, 1995. EDITORIAL PORRUA. PAG. 26.

**TESIS CON
 FALLA DE ORIGEN**

ENNECERUS, KIPP Y WOLF.
TRATADO DE DERECHO CIVIL.
 TOMO IV. VOLUMEN I. PAGS. 14 Y 15.

ESQUIVEL OBREGÓN, TORIBIO.
APUNTES PARA LA HISTORIA DEL DERECHO EN MÉXICO.
 MÉXICO, 1938. EDITORIAL POLIS. PAG. 584.

FLORIS MARGADANT, S. GUILLERMO
EL DERECHO PRIVADO ROMANO.
 MÉXICO, 1975. EDITORIAL ESFINJE,
 SEXTA EDICIÓN 528pp.

FOSAR BENLLOCH, ENRIQUE.
ESTUDIOS DE DERECHO DE FAMILIA
 BARCELONA ESPAÑA: BOSH, 1984. V3. LAS UNIONES LIBRES.

GALINDO GARFIAS, IGNACIO.
DERECHO CIVIL
 MÉXICO, 2002. EDITORIAL PORRUA. 547pp.

GÜITRON FUENTEVILLA, JULIAN.
¿QUÉ ES EL DERECHO FAMILIAR?
 MÉXICO, 1987. PROMOCIONES JURÍDICAS Y CULTURALES S.C. PÁG. 22.

HERRERÍAS SORDO, AMRIA DEL MAR.
EL CONCUBINATO: ANÁLISIS HISTÓRICO JURÍDICO Y SU PROBLEMÁTICA
 EN LA PRÁCTICA.
 MÉXICO. PORRUA, 2000. 159pp.

MENDEZ COSTA, MARIA JOSEFA.
DERECHO DE FAMILIA.
 TOMO I. SANTA FE, 1987.
 EDITORIAL RUBINZAL-CULZONI EDITORES. 299pp.

MONTERO DUHALT, SARA.
DERECHO DE FAMILIA.
 MÉXICO, 1985. EDITORIAL PORRUA.
 SEGUNDA EDICIÓN. 429pp.

PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, ALICIA ELENA.
DERECHO DE FAMILIA.
 EDITORIAL Mc GRAW-HILL. 1997. PAG.12

TESIS CON
 FALLA DE ORIGEN

ROJINA VILLEGAS, RAFAEL.
COMPENDIO DE DERECHO CIVIL.
INTRODUCCIÓN, PERSONAS Y FAMILIA.
MÉXICO, 2001. EDITORIAL PORRUA. 540pp.

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MÉXICO
DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO.
MÉXICO, 1999. EDITORIAL PORRUA.
DECIMATERCERA EDICIÓN PAG. 1428.

LEGISLACIONES:

CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.
CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL.
CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.
LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES.
LEY DEL SEGURO SOCIAL.
LEY FEDERAL DEL TRABAJO.
LEY DEL INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE LAS FUERZAS ARMADAS
MEXICANAS.
LEY DEL INSTITUTO DE SEGURIDAD Y SERVICIOS SOCIALES DE LOS
TRABAJADORES DEL ESTADO.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN