



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO**

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES**

**"ARAGON"**

**EL MATRIMONIO DE HECHO**

**TESIS PROFESIONAL**

**BALDEMAR ALDANA ALDANA**

**MEXICO, D. F.,**

**1982**



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**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.

**A MIS PADRES:**

**LOS SRES. JESUS ALDANA TRAPALA  
Y LUCRECIA ALDANA DE ALDANA.  
POR SU VALIOSO APOYO PARA LO -  
GRAR MI SUPERACION.**

**A MIS HERMANOS:**

**EN QUIENES SIEMPRE HE ENCONTRA -  
DO APOYO PARA VENCER LAS ADVERSIU  
DADES.**

**"EL MATRIMONIO DE HECHO"****P R O L O G O****CAPITULO I****EL MATRIMONIO**

- 1.- Concepto y naturaleza jurídica del matrimonio..... 1
- 2.- Elementos esenciales y de validez del matrimonio..... 15
- 3.- Efectos del matrimonio en relación con:..... 25
  - a).- Los Consortes..... 25
  - b).- Los hijos..... 28
  - c).- Los bienes..... 30

**CAPITULO II****EL MATRIMONIO DE HECHO**

- 1.- Concepto y antecedentes históricos en el Derecho:
  - a).- Derecho Romano..... 33
  - b).- Derecho Español..... 39
  - c).- Derecho Frances..... 40
  - d).- Derecho Canónico..... 42

## CAPITULO III

## EL MATRIMONIO DE HECHO EN EL DERECHO COMPARADO.

a).	-	Derecho Español.....	46
b).	-	Derecho Frances.....	46
c).	-	Derecho Canónico.....	48
d).	-	Derecho Boliviano.....	50
e).	-	Derecho Cubano.....	51
f).	-	Derecho Guatemalteco.....	53
g).	-	Derecho Panameño.....	54
h).	-	Derecho Hondureño.....	56

## CAPITULO IV

## EL MATRIMONIO DE HECHO EN MEXICO

1.-	Antecedentes Históricos en la Epoca;	
a).	-	Epoca Precolonial.....57
b).	-	Epoca Colonial.....60
c).	-	Epoca Independiente.....66
2.-	Legislación Civil Vigente..	73
3.-	Opinión del sustentante....	82
	CONCLUSIONES.....	86
	BIBLIOGRAFIA.....	89

## P R O L O G O

El tema que nos hemos permitido someter a la consideración de los miembros del jurado, no es novedoso en el campo jurídico no obstante que algunos estudiosos del derecho opinan lo contrario, en virtud de que el matrimonio de hecho o uniones extramatrimoniales, tienen sus orígenes desde que apareció la vida humana en el universo. Esto es las uniones de hecho han antecedido en tiempo a los matrimonios solemnes.

Con lo anterior ponemos de manifiesto que la primera familia que existió fue sin lugar a duda la ilegítima, tomando en consideración que la legítima es la que se origina generalmente del matrimonio legalmente reconocido.

Por mucho tiempo las uniones de hecho han sido consideradas contrarias a las buenas costumbres, a la moral y al derecho, recibiendo denominaciones tales como: Concubinato, Barranganía, Contubernio, etc. No obstante que como se ha dicho son antecesoras de las uniones legales, no han sido reguladas jurídicamente y con tal actitud se le a dado la espalda al problema a pesar de que es una realidad social frecuente y que actualmente esta en pleno desarrollo, razón por la cual algunos países como Estados, Unidos de Norteamérica, Inglaterra, Rusia, Colombia, Uruguay y a las que haremos mención a través de esta tesis que son; España, Fran -

cia, Bolivia, Cuba, Guatemala, Panamá entre otras.- Estas últimas legislaciones han elevado a la familia a la jerarquía jurídico-constitucional, es decir reconocen expresamente la necesidad de su existencia como elemento esencial e indispensable para la convivencia social, y quien dice convivencia social dice sociedad y dice Estado. Reconocen a la familia extramatrimonial. Vale decir que en estos países se prevee una política familiar que regula las relaciones fuera de matrimonio o uniones libres, lo cual nos parece una solución justa equitativa y acertada dándole la cara a los problemas por parte del cuerpo de legisladores de las naciones antes mencionadas. Este modesto ensayo lo dividimos para su estudio en cuatro puntos a tratar;

I.- El matrimonio, II.- El matrimonio de hecho, III.- El matrimonio de hecho en el derecho comparado, y IV.- El matrimonio de hecho en México.

Queremos poner de manifiesto a los señores integrantes del jurado que si a través de este modesto trabajo propugnamos por la regulación de las uniones extramatrimoniales, concubinato o como las denominamos "matrimonio de hecho", en ningún momento se hará con intención de rebajar al matrimonio solemne al nivel de tales uniones, sino todo lo contrario es decir elevar a la categoría del matrimonio las uniones motivo de la presente tesis "El matrimonio de hecho".

## C A P I T U L O I

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

#### 1.- Concepto y naturaleza jurídica del matrimonio.

La familia ha existido durante la historia del hombre en una marcha incesante, se presenta como una situación permanente y necesaria de las personas, pues todas surgen y conviven en ella. En el derecho positivo contemporáneo la familia depende generalmente del matrimonio legalmente reconocido, en virtud de lo cual haremos en forma breve una reseña de como ha evolucionado el matrimonio desde sus orígenes hasta nuestros días.

Marco Tulio Cicerón afirmaba que la historia es maestra de la vida, ahora bien esa maestra de la vida, nos pone de manifiesto que el matrimonio tuvo sus inicios desde que apareció en el universo la vida humana. Ya sea que se le atribuya un origen teológico mediante la creación de Adán y Eva en el paraíso, o que se le explique en forma científica mediante la evolución de las especies.

El matrimonio es un hecho eminentemente social, el cual ha existido en todos los pueblos, en las diversas épocas de la humanidad y mucho tiempo antes que las normas jurídicas que lo han regulado. Igualmente el concepto de matrimonio no ha podido substraerse a la influencia de la cultura y de las transformaciones sociales de los distintos tiempos. De ahí que sea posible señalar diversas etapas en su proceso evolutivo, y distinguir -

las siguientes formas de matrimonio:

- 1.- Promiscuidad primitiva
- 2.- Matrimonio por grupos
- 3.- Matrimonio por rapto
- 4.- Matrimonio por compra
- 5.- Matrimonio consensual

1.- Promiscuidad primitiva.- Afirma Jacobo Ramírez Sánchez: "Corresponde esta forma a una época en la que no existe propiamente el matrimonio, ya que los hombres vivían en un estado de promiscuidad y no era posible por lo tanto establecer relaciones entre un hombre y una sola mujer. - Nace en esta época la institución del MATRIARCADO, es decir, la potestad de la madre respecto de los hijos, y tal cosa obedece a que no era posible desconocer el vínculo existente entre madre e hijos ya que éstos nacían de aquélla. Algunos autores - sin embargo, consideran que la promiscuidad de los primeros tiempos no fue absoluta y suponen fundadamente por razones de carácter sentimental, el hombre debió haber permanecido al lado de la mujer - hasta que el hijo nacía o hasta que la madre dejaba de amamantarlo." (1)

(1) RAMIREZ SANCHEZ, JACOBO. Introducción al Estudio del Derecho y Nociones de Derecho Civil - Primera Edición 1960 pág. 207.

2.- Matrimonio por grupos.- En relación con este tipo de matrimonio el maestro Rafael Rojina Villegas manifiesta: "El matrimonio por grupos se presenta ya como una forma de promiscuidad relativa, pues por la creencia mitica derivada del totemismo, los miembros de una tribu se consideraban hermanos entre sí y, en tal virtud, no podían contraer matrimonio con las mujeres del propio clan.- De aquí la necesidad de buscar la unión sexual con las mujeres de una tribu diferente. En un principio el matrimonio no se celebró en forma individual sino que determinados hombres de un grupo celebraban matrimonio con igual número de mujeres de una tribu distinta. Este matrimonio colectivo traía como consecuencia un desconocimiento de la paternidad, manteniéndose, por lo tanto, el régimen matriarcal y el sistema de filiación uterina es decir, por la madre. Los hijos siguen en principio la condición social y jurídica que corresponde a los distintos miembros del clan materno...." (2)

3.- Matrimonio por rapto.- El ilustre maestro Raúl Ortiz Urquidi al tratar este tipo de matrimonio en su obra Matrimonio por Comportamiento; opina; ".... esta forma matrimonial debida originalmente a la guerra y a las ideas de dominación que se presentan en las distintas colectividades humanas en pugna. La mujer se considera como par

(2) ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. Compendio de Derecho Civil T. I. Introducción-Personas y Familia - Editorial Porrúa, S. A. México 1976 pág. 277.

te del botín de guerra, adquiriéndolas en propiedad los vencedores, de la misma manera que se apropian de bienes o de animales. Es aquí donde la paternidad se define por la unión monogámica, pues el marido es entonces el jefe de la familia y como tal somete a su autoridad tanto a la esposa como a los hijos. Surge así el patriarcado, según la hipótesis formulada por los sociólogos apoyados en las organizaciones de los primitivos pueblos de pastores y cazadores. La antigua organización del Derecho Romano primitivo constituye una prueba de esta organización patriarcal."(3)

4.- Matrimonio por compra.- Dice Ortíz - Urquidi "... es en esta suerte de matrimonio, en el que por virtud de la compra, el marido adquiere un verdadero derecho de propiedad sobre la mujer, quien de este modo se encuentra totalmente al poder de aquél.

En esta nueva forma matrimonial la familia se organiza jurídicamente sobre la base de la potestad marital, reglamentándose la filiación en función de la paternidad al estilo romano, esto es, el poder absoluto e ilimitado del pater familia sobre los distintos miembros que integran el grupo familiar."(4)

(3) ORTIZ URQUIDI, RAUL Matrimonio por Comportamiento México 1955 pág. 95

(4) ob. cit. pág. 95.

5.- Matrimonio consensual.- Para Rojina-Villegas este tipo de matrimonio".... se presenta como una manifestación libre de voluntades entre hombre y mujer que se unen para constituir un estado permanente de vida y perpetuar la especie. Este es el concepto ya del matrimonio moderno, que puede estar más o menos influenciado por ideas religiosas, bien sea para convertirse en un sacramento como se admite en el derecho canónico, en un contrato como se considera por distintos derechos positivos a partir de la separación de la Iglesia y del Estado, o como un acto de naturaleza compleja en el que interviene además un funcionario público."(5)

Una vez, hecha la breve síntesis de las etapas por las cuales a evolucionado el matrimonio, pasaremos a transcribir algunas de las muchas definiciones que han dado los estudiosos del derecho respecto del matrimonio:

Modestino, uno de los más sobresalientes juristas romanos dejó la siguiente definición de matrimonio"..... es la unión del hombre y de la mujer, implicando igualdad de condición y comunidad de derechos divinos y humanos...."(6)

El Diccionario de la Lengua Española lo-

(5) ob. cit. pág. 278

(6) BRAVO GONZALEZ, AGUSTIN y BIALOSTOSKY, SARA. - Compendio de Derecho Romano Sexta Edición Editorial Pax-México 1973 pág. 44 y 45.

define como "Matrimonio.- (Del Latín matrimonium) unión de hombre y mujer concertada de por vida mediante determinados ritos o formalidades legales... (7)

Ricardo Soto Pérez da el siguiente concepto "es la unión legal de un sólo hombre con una sola mujer para perpetuar la especie, vivir en común y prestarse mutua asistencia en todas las circunstancias de la vida." (8)

Marcel Planiol y Georges Ripert en su obra Tratado Elemental de Derecho Civil define al matrimonio diciendo: "es un contrato por el cual el hombre y la mujer establecen entre sí una unión que la ley sanciona y no pueden disolver a su gusto...." (9)

El Código de Napoleón reprodujo la definición que Portalis dio del matrimonio al establecer que es la sociedad del hombre y la mujer que se unen para perpetuar su especie, para ayudarse mutuamente a llevar el peso de la vida y para compartir su común destino.

- (7) DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Decimonovena edición 1970.
- (8) SOTO PEREZ, RICARDO Nociones de Derecho Positivo Mexicano Quinta Edición Editorial Esfinge - Méx. 1975 págs. 158 y 159.
- (9) PLANIOL, MARCEL y RIPERT, GEORGES ob. cit. Introducción Familia, matrimonio Décima segunda edición pág. 369 1980.

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 el concepto esencial del matrimonio en virtud de que todos ellos pueden realizarse satisfactoriamente fuera del matrimonio en las uniones de hecho. Lo esencial del matrimonio se deriva de que es la forma regular de la constitución de la familia y ésta última es el núcleo del Estado, razón por la cual los juristas, sociólogos y moralistas han hecho tantos esfuerzos para estudiar y esclarecer los diversos problemas que con él se relacionan.

Por último concluimos que el concepto de matrimonio es muy variado y que no existen dos obras de derecho de familia que lo definan de la misma manera en virtud de que conforme vaya evolucionando la humanidad de igual forma sufren cambios los conceptos que se tienen sobre determinadas Instituciones. No obstante ello nos atrevemos a dar la siguiente definición de matrimonio:

Es un acto bilateral, solemne, por medio del cual se produce entre dos personas de distinto sexo una comunidad de vida material y espiritual destinado al cumplimiento de los fines derivados de la naturaleza humana y de las situaciones aceptadas por los contrayentes.

#### Naturaleza jurídica del matrimonio

El maestro Rafael Rojina Villegas considera la naturaleza jurídica del matrimonio desde siete puntos de vista a saber:

- 1.- Como institución.
- 2.- Como acto jurídico condición.
- 3.- Como acto jurídico mixto.
- 4.- Como contrato ordinario.
- 5.- Como contrato de adhesión.
- 6.- Como estado jurídico, y
- 7.- Como acto de poder estatal.

A la enumeración de Rojina, Ortiz Urquidi en su obra Matrimonio por Comportamiento, agrega dos nuevos puntos y son los siguientes.

- 8.- Matrimonio como acto unión, y
- 9.- Matrimonio como convención en sentido técnico.

A continuación expondremos todos y cada uno de los puntos de vista señalados por los tratadistas de derecho antes mencionados.

1.- El matrimonio como institución.- García Maynes define a la institución diciendo "es el núcleo de preceptos que reglamentan relaciones de igual naturaleza. Podemos mencionar como ejemplos las normas relativas a la hipoteca, al matrimonio, a la filiación...."(10)

(10) GARCIA MAYNES, EDUARDO. Introducción al estudio del Derecho vigesimaquinta edición Editorial Porrúa, S.A. Mex. 1975 pág. 128.

A criterio de Rojina, en este sentido se entiende como el conjunto de normas de igual naturaleza que tienen como objetivo regular un todo orgánico y persiguen una misma finalidad. Ahora bien consideramos que el conjunto de normas que regulan el matrimonio son sin lugar a duda una institución, en virtud, de que tienen como fin primordial fijar derechos y obligaciones entre los cónyuges, es decir, persiguen una misma finalidad toda vez que, crean un estado permanente de vida que originara una gran variedad de relaciones jurídicas.

2.- El matrimonio como acto jurídico condición.- Según opinión de Miguel Acosta Romero "...el acto condición es aquel por medio del cual el Estado aplica una norma general a un caso concreto, por ejemplo el nombramiento de un empleado público, cuya designación está prevista en leyes, pero que no se hace concreto sino hasta que exista un acto de autoridad que designa a una persona en particular....."(11)

Creemos que para que tenga aplicación la norma jurídica es imprescindible la verificación de un acto jurídico intermediario, que produce una modificación en el orden legal, en virtud del cual el individuo se ve colocado dentro de la regla general. Así por ejemplo, la situación de casado o de hijo adoptivo no se aplica a todos los individuos; toda vez que se requiere para el primer caso el acto de matrimonio y para el segundo, el acto

(11) ACOSTA ROMERO, MIGUEL. Teoría General del Derecho Administrativo Segunda edición Textos Universitarios Méx. 1975 págs. 135 y 136.

de adopción.

3.- El matrimonio como acto jurídico mixto.- Respecto a este tipo Rojina Villegas sostiene que "Se distinguen en él derechos los actos jurídicos privados, los actos jurídicos públicos y los actos jurídicos mixtos. Los primeros se realizan por la intervención exclusiva de los particulares; los segundos por la intervención de los órganos estatales y los terceros por la concurrencia tanto de los particulares como de los funcionarios públicos en el acto mismo, haciendo sus respectivas manifestaciones de voluntad. El matrimonio es un acto mixto debido a que se constituye no solo por el consentimiento de los consortes, sino también por la intervención que tiene el Oficial del Registro Civil. Este órgano del Estado desempeña un papel constitutivo y no simplemente declarativo, pues podemos decir que si se omitiese en el acta respectiva hacer constar la declaración que debe hacer el citado funcionario, considerando unidos a los consortes en legítimo matrimonio, éste no existiría desde el punto de vista jurídico."(12)

4.- Matrimonio como contrato ordinario.-- A partir de la época Colonial, hasta que se dictaron las Leyes de Reforma en el año de 1859, la celebración del matrimonio y las relaciones jurídicas entre los cónyuges, estuvieron reguladas de conformidad con los preceptos del derecho canónico. Ahora bien, la concepción del matrimonio como-

(12) ob. cit. pág. 282.

contrato frente a la de matrimonio como sacramento se puso de manifiesto tan pronto como el Estado declara su independencia de la Iglesia ".....el artículo 130 de la Constitución General de la República y los Códigos Civiles de 1870, 1884 y 1928, se refieren al matrimonio calificandolo de contrato; es decir, de un acuerdo de voluntades que produce derechos y obligaciones entre los consortes y sus hijos". (13)

5.- El matrimonio como contrato de adhesión.- Para Ortiz Urquidi este tipo de matrimonio participa de las características de los contratos de adhesión, en virtud de que los contrayentes no son libres para establecer derechos y obligaciones distintos de aquellos que establece la ley y que de igual manera acontece en los contratos de aquel tipo, ya que en ellos, (refiriendose a los contratos de adhesión) una de las partes no hace sino aceptar en todos sus términos la oferta de la otra, sin posibilidad alguna de poder variar los términos del mismo, o bien aceptar las cláusulas o elementos impuestos por el Estado, tal como ocurre, por ejemplo en el contrato de transportes o en el de suministros de energía eléctrica.

6.- El matrimonio como estado jurídico.-- En este caso los tratadistas se refieren al estado civil de una persona, consistente en la situación-

(13) GALINDO GARFIAS, IGNACIO. Der. Civ. parte general Segunda edición Editorial Porrúa, S.A.- Méx. 1976 pág. 460.

jurídica que guarda en relación con la familia, -- la cual puede ser de hijo, esposo, padre o bien pariente por consanguinidad, adopción o afinidad.

"El matrimonio evidentemente que constituye un estado jurídico entre los consortes, pues -- crea para los mismos una situación jurídica permanente que origina consecuencias constantes por -- aplicación del estatuto legal respectivo a todas -- y cada una de las situaciones que se van presentando durante la vida matrimonial. Además, el matrimonio se presenta como un estado de derecho en oposición a los simples estados de hecho. Los estados del hombre pueden ser estados de hecho y estados de derecho, según nazcan de hechos o de actos jurídicos. Por ejemplo, el concubinato es un estado de hecho y el matrimonio es un estado de derecho, en los sistemas que le niegan a aquél efectos jurídicos."(14)

7.- El matrimonio como acto de poder estatal.- Al respecto dice Rafael de Pina "Con significación diferente, (Cicu) sostiene que el matrimonio es un acto de poder estatal, rechazando la tesis contractualista. Para él, la constitución del matrimonio se realiza por el acto de pronunciamiento que por medio del encargado del registro del estado civil formula el Estado. Dicha intervención -- en opinión de este civilista es activa y no meramente certificativa, puesto que el encargado del -- Registro está facultado para examinar si existe o-

(14) ROJINA VILLEGAS, RAFAEL ob. cit. pág. 287.

no obstáculo para la celebración del matrimonio.

Señala (Cicu) la importancia que en apoyo de su tesis tiene (desde el punto de vista del Derecho de su país) el hecho de que la declaración de voluntad de los esposos debe ser dada al encargado del registro y por él recogida personalmente en el momento en que se preparan para el pronunciamiento, y la circunstancia de que cualquiera otra declaración o contrato realizado entre los esposos carezca de valor jurídico

Finalmente entiende que admitido el interés en la constitución de relaciones familiares es también interés del Estado, no existe dificultad alguna para considerar el matrimonio como constitutivo formalmente por acto del poder estatal.(15)

8.- El matrimonio como acto unión.- Dice Acosta Romero "Por las voluntades que intervienen en la formación del acto jurídico, éste puede ser:

Acto-unión, intervienen varias voluntades para formar un determinado acto jurídico, y cada voluntad tiene un fin único, verbigracia el matrimonio. También se da esta clase de actos cuando el estado nombra un empleado y éste tiene voluntad de colaborar con aquel, prestando sus servicios -

(15) DE PINA, RAFAEL. Elementos del Derecho Civil-Mexicano Introducción-Personas-Familia V.I. - Septima edición Editorial Porrúa, S. A. México 1975 pág. 321.

personales."(16)

A mayor abundamiento dice Fraga "Puede presentarse un tercer caso en que, concurriendo varias voluntades, tengan el mismo objeto, lo cual asemejaría el acto a un acto colectivo; pero que tiene cada una de ellas, o cada grupo de ellas, finalidades diferentes, lo cual sería motivo para asemejarlo al contrato.

Este tercer caso se considera, por algunos autores, como siendo en realidad una forma del acto complejo o colectivo, porque se estima que un mismo objeto de la voluntad puede satisfacer múltiples y diversos intereses.

Sin embargo, se ha sostenido que esta forma a que nos venimos refiriendo debe considerarse como tipo especial del acto plurilateral, ha biendose llamado en la doctrina "acto unión".

A este efecto, se indica que en él las voluntades concurrentes no son independientes como en el acto colectivo, sino que ellas están ligadas entre sí de manera de dar lugar a una convención; pero sin que ésta llegue a formar un contrato, -- puesto que el efecto jurídico que se produce y que es otro elemento que viene a caracterizar a este, -- no es crear una situación jurídica individual.

Así, el acto de matrimonio implica la concurrencia de dos voluntades que se convencionan

(16) ob. cit. pág. 134.

lo cual haría pensar en calificarlo como un contrato, si no fuera porque esas voluntades no son las que determinan la situación jurídica de los conyuges, pues ésta se encuentra de antemano determinada por la ley. De manera que el acto del matrimonio no es sino la condición de aplicación del estado de casado a los concurrentes con su voluntad a formarlo. "(17)

9.- El matrimonio como convención en -  
sentido técnico.- Respecto a este punto de vista -  
manifiesta Ortiz Urquidi lo siguiente "Salvador Pu  
gliatti opina que existen negocios convencionales -  
no contractuales en virtud de que los contratos no  
agotan la categoría de los negocios bilaterales, -  
no obstante ocupan la mayor parte. Tienen en efec  
to la misma estructura de los negocios que se de -  
signan como convenciones en sentido técnico y res -  
tringido (en sentido lato el término convención -  
comprende también los negocios no contractuales).-  
Dada la identidad de estructura, la distinción en -  
tre estas dos categorías bilaterales debe ser he -  
cha en relación al contenido: los contratos tienen  
un contenido patrimonial y pertenecen de preferen -  
cia al campo obligatorio; las convenciones en sen -  
tido técnico, están más bien dirigidas a crear un -  
status, una situación jurídica estable y pone como  
ejemplo el matrimonio y la adopción.

Siendo el matrimonio un acto jurídico es

(17) FRAGA, GABINO. Derecho Administrativo Duodé -  
cima edición Editorial Porrúa, S.A. págs. 35-  
y 36.

incuestionable que debe tener tanto elementos esenciales o de existencia como elementos o requisitos de validez.

A.- Los elementos o presupuestos para la existencia del matrimonio son:

a).- La manifestación de la voluntad de los contrayentes y del Oficial del Registro Civil- (consentimiento).

b).- Objeto física y jurídicamente posible.

c).- El reconocimiento que haga la norma jurídica a la manifestación de voluntad de los contrayentes.

d).- Las solemnidades que deben observarse en la celebración del matrimonio.

B.- Son elementos o requisitos de validez del matrimonio los siguientes:

a).- La capacidad de los contrayentes.

b).- La ausencia de vicios en el consentimiento.

c).- Las formalidades, y

d).- La licitud en el objeto, motivo, - fin y condición del matrimonio.

Es de aclararse que la falta de alguno - de los elementos de validez en el matrimonio, no - impide su existencia pero ésta será imperfecta, en

cambio cuando llegara a faltarle alguno de los presupuestos para su existencia o esenciales, el matrimonio es inexistente, o sea, sera la nada jurídica.

A.- Elementos de existencia del matrimonio.

a).- La manifestación de la voluntad de los contrayentes y del Oficial del Registro Civil. "Este requisito de existencia presenta en el matrimonio una particularidad muy especial ya que para que se considere que existe se requiere que la voluntad se exprese no nada más por los contrayentes sino también por el Estado.

Siendo el matrimonio un acto bilateral - bastaría en principio, para su existencia, el - acuerdo o concurrencia de las voluntades de los - contrayentes, ya que por virtud de ese acuerdo se puede decir que existe el consentimiento, pero como acabamos de explicar, se requiere también la veluntad del Estado, que aún cuando no es constitutiva del consentimiento, debe sin embargo manifiestar se con el objeto de sancionar el acto celebrado - ante el Oficial del Registro Civil."(18)

Estamos de acuerdo con lo manifestado - por el autor en cita, toda vez, que al respecto el artículo 102 de nuestro Código Civil en vigor establece que el Oficial del Registro Civil interrogará a los pretendientes si es su voluntad unirse en

(18) RAMIREZ SANCHEZ, JACOBO. ob.cit. pág. 214.

matrimonio y si estan conformes, lo declarara unidos en nombre de la ley y de la sociedad.

b).- Objeto física y jurídicamente posible.- Todo acto jurídico requiere de un objeto física y jurídicamente posible, el objeto existe también en el matrimonio, Ortiz Urquidi dice "Por esto mismo es conveniente distinguir entre el objeto directo del matrimonio y el objeto indirecto del mismo, reservándose la primera denominación para la creación de dichos derechos y obligaciones entre los consortes, y la segunda para la obligación que éstos tienen de hacer vida en común, de ayudarse reciprocamente a soportar el peso de la vida, al débito carnal y al auxilio espiritual, así como, cuando haya hijos, toda la serie de consecuencias que con relación a éstos establece la ley, especialmente en lo que se refiere a la patria potestad y a la filiación en general...." (19)

c).- El reconocimiento que haga la norma jurídica a la manifestación de voluntad de los contrayentes.- Si no hay norma jurídica o bien si la hay pero no reconoce una cierta manifestación de voluntad, no hay acto jurídico por falta de objeto para producir consecuencias de derecho que estén amparadas por el ordenamiento, pero en éste caso si existen normas que originan entre los cónyuges derechos y obligaciones.

d).- Solemnidades que deben observarse -

(19) ob. cit. pág. 32.

en la celebración del matrimonio.- Como ya se dijo con anterioridad las solemnidades son esenciales para la existencia del matrimonio, y consideramos como solemnidades esenciales, las siguientes:

I.- Que se otorgue el acta matrimonial,

II.- Que se haga constar en dicha acta la voluntad de los consortes de unirse en matrimonio, como la declaración del Oficial del Registro Civil declarándolos unidos en nombre de la Ley y de la sociedad.

III.- Que se determinen los nombres y -- apellidos de los contrayentes.

IV.- Por último, al igual que el maestro Rafael Rojina Villegas pensamos que la existencia del acta matrimonial en el libro correspondiente (cuarto artículo 36 Código Civil), es una solemnidad, pues faltando ésta, no puede haber matrimonio. Dentro de este requisito se comprende -- la firma del acta por el Oficial del Registro Civil en unión de los contrayentes. Toda vez que si se otorga el acta pero no se firma por los contrayentes o bien si no imprimen su huella digital -- por no saber firmar, no habrá matrimonio.

Como se desprende de lo anterior, la -- solemnidad es una formalidad que la técnica jurídica ha elevado a la categoría de elemento de -- existencia. Esto viene a colación en virtud de -- que el artículo 250 del Código Civil vigente para el Distrito Federal establece:

"No se admitirá demanda de nulidad por falta de solemnidades en el acta de matrimonio celebrado ante el Oficial del Registro Civil, cuando a la existencia del acta se una la posesión de estado matrimonial".

No obstante que se habla de solemnidades en el acta de matrimonio, debemos considerar que los legisladores trataron de hacer alusión a las formalidades, ya que así nos explicamos que a pesar de la inobservancia de las mismas, no se admite demanda de nulidad cuando a la existencia del acta se una la posesión de estado matrimonial. Ahora bien el artículo en cita parte de la existencia misma del matrimonio, pues se otorgó el acta correspondiente ante el Oficial del Registro Civil, pero no se observaron las formalidades que mencionamos en el inciso anterior (IV). En tales condiciones queda convalidado el matrimonio de conformidad con lo dispuesto por el artículo 2234 de nuestra ley objetiva civil que a la letra se reproduce.

"El cumplimiento voluntario por medio de pago o por cualquier otro modo, se tiene por ratificación tácita y extingue la acción de nulidad."

Si el legislador se hubiera referido a las solemnidades que se deben observar en el acto matrimonial, éste sería inexistente y no se podría convalidar según se desprende del contenido del artículo 2224 el cual establece:

"El acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él no produjera efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por todo interesado."

Al respecto también tiene aplicación el-

artículo 2228 mismo que ordena:

"La falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo, la violencia. La lesión y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, produce la nulidad relativa del mismo."

Por todo lo anterior concluimos que en el matrimonio la posesión de estado, en ciertas ocasiones sirve para convalidar la nulidad relativa que afecta exclusivamente al acta, en virtud de que hay un cumplimiento voluntario que se pone de manifiesto mediante el estado matrimonial el cual equivale según se desprende del contenido del artículo 2234 a una ratificación tacita y que extingue la acción de nulidad.

B).- Elementos de validez del matrimonio.

a).- La capacidad de los contrayentes.-- En relación con este elemento opina Jacobo Ramírez Sánchez "es necesaria para la validez del matrimonio pero respecto de la de goce, la aptitud para contraer el vínculo se adquiere a los 16 años en el hombre y a los 14 en la mujer. Tal cosa obedece a que siendo una de las finalidades del matrimonio la de perpetuar la especie, esa finalidad no podría lograrse si los que lo celebran no están en condiciones físicas de alcanzarla. Por ello la ley ha fijado la edad núbil, o dicho de otra manera, la edad de la pubertad, como punto de partida para establecer la aptitud para el matrimonio. Debe tenerse en cuenta sin embargo que en el derecho canónico la edad núbil se fijó en un principio en-

14 años para el hombre y 12 para la mujer, aumentando posteriormente, considerándose que aún - cuando las edades primeramente citadas permitían - por regla general alcanzar el objeto del matrimo - nio, no prestaban sin embargo ninguna garantía pa - ra el fortalecimiento de un hogar".(20)

La capacidad de ejercicio se adquiere - a la edad de 18 años según lo previene el artículo 237 fracción II del Código Civil Vigente en el Dis - trito Federal, edad en la que las personas tienen - la facultad de contraer matrimonio sin que para - ello sea necesario obtener el consentimiento de - sus padres o representantes legales, pero si es re - quisito indispensable que los contrayentes no ten - gan alguna incapacidad que por lo general consti - tuyen impedimentos para celebrar matrimonio.

b).- Ausencia de vicios en el consenti - miento.- Para que el matrimonio sea legalmente va - lido es necesario que el consentimiento de los con - trayentes se manifiesta libre de vicio alguno, ta - les como; el error, dolo, violencia o lesión.

En relación con este elemento Rojina Vi - lleras sostiene "En consecuencia, la ausencia de - vicios en el consentimiento constituye un elemento de validez para el matrimonio, disponiéndose el -- 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, cuando el mie-

(20) ob. cit. págs. 215 y 216.

do y la violencia, cuando se incurra en las tres - circunstancias que se enumeran en las tres fracciones del citado artículo 245 " (21)

c).- Las formalidades.- Las formalida - des que se deben observar en la celebración del matrimonio se encuentran establecidas en los artículos 102 y 103 de nuestro Código Civil en vigor, - mismas que a continuación enúmeraremos:

I.- Asentar el lugar día y hora del acta matrimonial.

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

III.- Si son mayores de edad,

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

V.- La manifestación de los cónyuges - sobre si el matrimonio se contrae bajo el régimende sociedad conyugal o de separación de bienes, y

VII.- Los nombres, apellidos, edad, estado, ocupación y domicilio de los testigos y su de-

claración sobre si son o no parientes de los con--  
trayentes, y si lo son en qué grado y en que lí -  
nea.

Estamos de acuerdo con el maestro Rojina Villegas en lo siguiente: "No todas las formalida-  
des que consagra el artículo 103 son necesarias -  
para la validez del matrimonio, pues podrán omitirse  
algunos datos que por su importancia secunda -  
ria, indiscutiblemente no afectarán la validez de  
ese acto jurídico. Tales serían, por ejemplo, el  
no mencionar la ocupación de los contrayentes, de  
sus padres o abuelos, así como el omitir el esta -  
do, ocupación y domicilio de los testigos, y su de  
claración sobre sí son o no parientes de los con -  
trayentes y en qué grado."(22)

d).- Licitud en el objeto, motivo, fin y  
condición del matrimonio.- Para que el matrimonio  
sea legalmente valido debe ser licito en todas -  
sus manifestaciones a efecto de que el derecho lo  
ampare y le otorgue consecuencias jurídicas, al -  
respecto Ortiz Urquidi manifiesta "Hacen referen -  
cia a este elemento de validez, las fracciones III,  
IV, y X del repetido artículo 156, que respectiva -  
mente se refieren al incesto (parentesco de consan -  
guinidad sin limitación de grado en la línea recta  
y en la colateral a los hermanos y medios herma -  
nos); al parentesco de afinidad en línea recta sin  
limitación alguna; al adulterio habido entre las -  
personas que pretenden contraer matrimonio; al -  
atentado contra la vida de alguno de los casados -

(22).- ob. cit. pág. 297

para contraer matrimonio con el que quede libre; - y a la bigamia y con mayor razón la poligamia.

En efecto, siendo todos estos casos de notoriedad ilicitud en el objeto, motivo o fin del matrimonio, todos ellos dan causa a la nulidad de éste, siendo de advertirse que el de la condición- ilícita queda resuelto por el artículo 147 del multiticado Código Civil, en el sentido de que en el supuesto de que llegara a pactarse, no sería causa de nulidad del matrimonio, sino que la condición - se tendría por no puesta".(23)

### 3.- Efectos del matrimonio.

Los efectos del matrimonio los hemos determinado desde tres puntos de vista y son a).- Entre consortes; b).- En relación con los hijos, y - c).- En relación con los bienes.

a).- Los efectos jurídicos entre consortes.- "El matrimonio forma un estado entre los consortes constituidos por un conjunto de vínculos - que imponen deberes y derechos, que no pueden ser- renunciados por la sola voluntad de las partes, - permanentes, recíprocos, y que establecen un con - junto de relaciones de contenido ético jurídico.

Los deberes impuestos a los cónyuges, - que forman el contenido esencial del complejo de - relaciones jurídicas de esa comunidad de vida en - tre los cónyuges, tradicionalmente se designan como:

(23) ob. cit. págs. 34 y 35.

- 1) El deber de cohabitación.
- 2) El deber de fidelidad.
- 3) El deber de asistencia.

De cada uno de ellos nos ocuparemos en su orden, en seguida."(24)

1) El deber de cohabitación.- Como una consecuencia del matrimonio se origina el deber de cohabitación entre los esposos, es decir deben vivir bajo un mismo techo, en el domicilio conyugal en virtud, de que, solo a través de él es posible cumplir física y espiritualmente los fines del matrimonio, tal deber se encuentra plasmado en artículo 163 del Código Civil en vigor para el Distrito Federal que a la letra se reproduce.

Art. 163.- Los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal. Los tribunales, con conocimiento de causa, podrán eximir de esta obligación a alguno de ellos. Cuando el otro traslade su domicilio a país extranjero, a no ser que lo haga en servicio público o social, o se establezca en lugar insalubre o indecoroso.

2) El deber de fidelidad.- Al respecto sostiene Domenico Barbero en el tomo II de su obra Sistema de Derecho Privado traducción al español por Santiago Senties Melendo que "La fidelidad (bonum fidei) comporta para cada cónyuge el deber-

(24) GALINDO GARFIAS, IGNACIO. ob.cit. pág. 532.

de abstenerse de relaciones sexuales y filosexuales con otra persona que no sea el propio cónyuge: deber que, en cuanto a ciertos aspectos, está también envuelto en una tutela de orden penal que castiga como delito de bigamia, adulterio....."(25)

Augusto César Belluscio dice "Los esposos están obligados a guardarse fidelidad, sin que la infidelidad del uno autorice al otro a proceder del mismo modo. El que faltare a esta obligación puede ser demandado por el otro por la acción de divorcio, sin perjuicio de la que le acuerde el Código Penal."(26)

En nuestro Derecho vigente, es el principal deber de carácter moral que origina el matrimonio, y a la vez tiene un carácter legal, en virtud, de que si se viola por alguno de los consortes, da origen al adulterio o bigamia como causal de divorcio o bien como delito severamente sancionado por nuestras leyes penales.

3) El deber de asistencia.- El artículo 162 del Código Civil establece el deber de asistencia y de ayuda recíproca, impuesta a los esposos,- para Rojina Villegas "El deber de socorro también comprende la asistencia recíproca en casos de en -

(25) BARBERO, DOMENICO, ob. cit. Ediciones EJEA - Buenos Aires 1967 pág. 60

(26) CESAR BELLUSCIO, AUGUSTO. Manual de Derecho de Familia T.I. Ediciones DEPALMA Buenos Aires 1975 pág. 322.

fermedad y, sobre todo, el auxilio espiritual que mutuamente deben dispensarse los cónyuges. De esta suerte tenemos un contenido patrimonial en la obligación de alimentos y un contenido moral en el auxilio y ayuda de carácter espiritual que en nuestro derecho se reconoce expresamente por el artículo 147, así como por el 162, bajo los términos de "ayuda mutua", "socorro mutuo". (27)

Por último como una consecuencia de los tres deberes tratados anteriormente, surge el derecho a exigir el cumplimiento del débito carnal o de relación sexual, el cual no es sólo con la finalidad de satisfacer una función biológica sino también una función jurídica según lo disponen los artículos 147 y 162 del Código Civil en vigor.

b).- Efectos jurídicos del matrimonio en relación con los hijos.- Los efectos que produce el matrimonio en relación con los hijos se manifiestan de tres formas a saber:

1o.- El matrimonio es fuente para atribuir a los hijos la calidad de legítimos.

2o.- El matrimonio es un medio, para legitimar a los hijos naturales, y

3o. El matrimonio hace posible el ejercicio de la patria potestad.

1o.- La calidad de hijos legítimos la es

(27) ob. cit. pág. 322.

establece el artículo 324 del Código Civil cuando nos dice:

"Se presumen hijos de los cónyuges:

I.- Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio.

II.- Los hijos nacidos dentro de los trecientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio. Este término se contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial."

2o.- La legitimación permite a los hijos naturales adquirir una situación semejante a la de los legítimos según lo establece el artículo 354, mismo que se reproduce:

"El matrimonio subsecuente de los padres hace que se tenga como nacidos de matrimonio a los hijos habidos antes de su celebración."

3o.- Por lo que se refiere al ejercicio de la patria potestad es uno de los medios legales que permite a los padres ejercerla sobre los hijos, no obstante ello, también se puede ejercitar sobre los hijos nacidos fuera de matrimonio con la condición de que hayan sido reconocidos por sus padres según dispone los artículos 414 y 415 que a la letra establecen:

"La patria potestad sobre los hijos de -

matrimonio se ejerce:

- I.- Por el padre y la madre;
- II.- Por el abuelo y la abuela paternos;
- III.- Por el abuelo y la abuela maternos."

"Cuando los dos progenitores han reconocido al hijo nacido fuera de matrimonio y viven juntos, ejercerán ambos la patria potestad.

Si viven separados se observará en su caso lo dispuesto en los artículos 380 y 381."

c).- Efectos del matrimonio en relación con los bienes.- "Dada la reciprocidad de las relaciones jurídicas entre los consortes que nacen del matrimonio, el marido y la mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales. Todo lo relativo a la educación y establecimiento de los hijos, así como la administración de los bienes que a estos pertenezcan sera arreglado de común acuerdo por ambos consortes. En caso de desacuerdo, el juez de lo familiar resolverá lo conducente."(28)

Los efectos causados por el matrimonio en relación con los bienes, tienen relación con el régimen bajo el cual se contrae el vínculo matrimonial, razón por la cual en el momento de la celebración del acto, deben manifestarse por escrito ante el Juez del Registro Civil cuál es el régimen

(28) GALINDO GARFIAS, IGNACIO. ob. cit. pág. 540.

al que van a quedar sometidas las cosas y los derechos de que son propietarios o que en lo futuro adquieren, y para ello, deberán presentar ante dicha autoridad junto con la solicitud de matrimonio un convenio en el que va a quedar establecida la manera en que habrán de disfrutar, administrar y disponer de los bienes que en ese momento pertenecen a cada uno de ellos y los que adquieren en lo futuro. Para tal efecto nuestro derecho estableció dos sistemas que quedan a elección de los contrayentes como se desprende de lo dispuesto en la fracción V del artículo 98 del Código Civil Vigente.

1.- En el régimen de SOCIEDAD CONYUGAL, establece que los bienes ya adquiridos y futuros, pero que entren dentro de esa sociedad, corresponden por mitad a cada uno de los esposos independientemente de que dichos bienes estén a nombre de cualquiera de ellos.

2.- En el régimen de SEPARACION DE BIENES, establece que si se ha pactado que cada uno de los cónyuges conserve la propiedad y administración de los bienes que le pertenecen sin que tenga derecho alguno al otro cónyuge.

3.- DONACIONES ANTENUPCIALES.- Son todo tipo de obsequios o regalos que a título gratuito, hace uno de los futuros consortes al otro, obviamente en consideración al matrimonio que habrá de celebrarse, en virtud de lo cual quedan sin efecto si éste no se realiza.

3.- DONACIONES ENTRE CONSORTES.- Durante el matrimonio cualquiera de los cónyuges puede hacer donaciones a su consorte, al respecto los artículos 323, 233 y 234 del Código Civil establecen:

a) Las donaciones entre consortes son revocables en cualquier tiempo y solo se confirman con la muerte del donante.

b) No deben ser contrarias a las capitulaciones matrimoniales, y

c) Sólo son válidas en cuanto no perjudiquen el derecho de los ascendientes o descendientes a recibir alimentos.

## C A P I T U L O    I I

## EL MATRIMONIO DE HECHO

## 1.- Concepto y antecedentes histórico en el Derecho:

## a).- Derecho Romano:

El nombre o denominación que aquí se le ha dado al concubinato, matrimonio por comportamiento como lo denomina el maestro Raúl Ortiz Urquidí o bien matrimonio anómalo o por equiparación según Eduardo Le Riverend no debe tildarse de partidista por aquellos tratadistas del Derecho que rechazan considerar la materia favorablemente, toda vez, que con éste título intentamos más que nada ser explicativos y claros, e igualmente superar la denominación más corriente sin duda, con origen en el Derecho Romano.

En Roma se definía al matrimonio o nupcias, como "la unión del varón y la mujer que llevan en sí un régimen inseparable de vida", este acto en sí no era jurídico sino una mera situación de convivencia de dos personas, cuyo comienzo no exigía formalidad de orden legal, manteniéndose por la simple intención de vivir continuamente como marido y mujer, llamada afectio maritalis.

El matrimonio en la antigua Roma podía ser de las siguientes clases a saber:

a).- Las *justae nuptiae*

b).- Las injustas nupcias

c).- El concubinato

d).- El contubernio

a).- Las *justae nuptias*.- Esta clase de matrimonio era el celebrado entre personas que tenían la calidad de ciudadanos romanos, o sea, gozaban del ius connubium que consistía en la aptitud legal para celebrar tal acto.

b).- Las injustas nupcias.- Recibían esta denominación aquellos matrimonios que se celebraban entre personas que por razón de su nacionalidad no tenían la calidad de ciudadanos romanos o sea carecían del ius connubium, desapareció esta forma matrimonial cuando el Derecho de ciudadanía fué otorgado a todo el imperio.

c).- El concubinato.- En relación con las justas nuptiae. "Los Romanos dan el nombre de concubinatus a una unión de orden inferior más duradera, y que se distinguía de las relaciones pasajeras consideradas como ilícitas."(1)

Afirma el maestro Ventura Silva que "Esta especie de matrimonio parece haber nacido de la desigualdad de condición; así, un civis tomaba por concubina a una mujer poco honrada, indigna de ha-

(1) EUGENE, PETIT. Tratado Elemental de Derecho Romano Editora Nacional México 1976 traducido por José Fernandez pág. 110.

cerla su esposa, una manumitida o una ingenua de -  
baja extracción. Hasta el fin de la República el -  
Derecho Civil no se ocupo de estas uniones de he -  
cho."(2)

A mayor abundamiento el maestro Max Ka -  
ser opina que el, "Concubinatus es una comunidad -  
de vida sexual duradera de hombre y mujer, no reco -  
nocida como matrimonio. Es tolerada dentro de -  
ciertos límites y adquiere singular importancia ba -  
jo el principado en los casos en que el matrimonio  
no es legalmente posible.

2.- En la época postclasica se abre paso  
la concepción de que la comunidad de vida de hom -  
bre y mujer que cumple las exigencias cristianas -  
del matrimonio, puede ser reconocido por el Esta -  
do, aún cuando falte el requisito por éste exigido  
de voluntad de matrimonio. Este concubinato es co -  
mo una especie de matrimonio de menos derecho y es -  
tá sujeto, a diferencia de lo que ocurría en el De -  
recho clásico, a supuestos muy rigurosos: no es -  
compatible con el matrimonio y exige una unión du -  
radera con mujer, con la que sea posible el matri -  
monio. Distingase este concubinato, que por lo ge -  
neral se celebra entre personas pertenecientes a -  
diversos estamentos, del matrimonio propiamente di -  
cho, sólo por la falta de reconocimiento social -  
que va unido a la conciencia del matrimonio. Los -  
hijos habidos de concubinato son, ahora como antes,  
ilegítimos, pero estos hijos y sólo ellos pueden -  
mediante legitimación conseguir la condición de le -  
gítimos.

(2) VENTURA SILVA, SABINO. Derecho Romano Segunda -  
Edición Editorial Porrúa, S.A. México 1976 . -  
pág. 121

El hombre unido en concubinato puede donar o disponer por testamento en favor de la concubina y de los hijos asignándoles cuotas variables. Justiniano en la Novela 18.5 les otorga, cuando no existen hijos ni mujer legítimos que tengan derechos hereditarios, un Derecho sucesorio ab intestato por la cuantía de una 6a. parte."(3)

Por otra parte sostiene Rodríguez Ruíz - que "la licitud del concubinato no lo tornaba en una unión digna para la mujer. Por regla general, las que aceptaban la situación de concubinas o barraganas eran las libertas. A la mujer ingenua y honesta debía tomársele como esposa. Si se la quería como concubina, había necesidad de atestarsele este hecho por un acto formal, si no el comercio con ella hubiere sido un stuprum. No tenía esto lugar cuando ella consistía, pero perdía todo el respeto que se le debía y el digno nombre de mater familias.

Sin embargo de todo lo dicho, era tal la legitimidad, del concubinato en el derecho romano, que había casos en que era difícil distinguir, si se trataba de un concubinato o de un matrimonio. - Ortolan sostiene que la distinción entre ambas instituciones era la siguiente: si era una mujer adúltera domiciliada en la provincia romana y viviendo con el Administrador de la Provincia, había concubinato. Si era ingenua y honesta, y no existía una manifestación formal del concubinato, había ma

(3) KASER, MAX. Derecho Romano Privado Quinta Edición citado por José Santa Cruz Tejeiro pág. - 268.

trimonio legítimo. Si se traba de una mujer de malas costumbres, era concubina. Si había acto do - tal, era matrimonio."(4)

En cuanto a los hijos nacidos del concubinato según Petit, "son cognados de la madre y de los parientes maternos, pero no están sometidos a la autoridad del padre, y nacen sui juris. Por tanto, un ciudadano puede elegir dos clases de uniones, cuyas consecuencias son distintas. Si quiere desarrollar su familia civil, contrae las justae nuptiae, que le darán hijos bajo su autoridad, ahora, si quiere dejar fuera de su familia los hijos que le nacieran de la mujer a la cual se unió entonces toma una concubina. Pero si estos hijos, no siendo agnados del padre, tienen con él al menos un parentesco natural legalmente cierto, se distingue por esto de los spurii o vulgo concepti, en la época clásica, ningun texto pudo afirmarlo.- Fue unicamente en el Bajo Imperio, y desde Constantino, cuando parece haber sido reconocido un lazo natural entre el padre y los hijos nacidos del concubinato, designandoles con la nueva apelación de liberi naturales. El padre puede legítimarlos, y Justiniano terminó dando como efectos a esta filiación natural la obligación de alimentos y ciertos derechos de la sucesión.

Los emperadores cristianos buscaron la -

(4) RODRIGUEZ RUIZ, NAPOLEON, Historia de las Instituciones Jurídicas Salvadoreñas T. 2o. Segunda edición 1959 pág. 30.

Los emperadores cristianos buscaron la manera de hacer desaparecer el concubinato. Constantino creyó acertar ofreciendo a las personas viviendo en concubinato, y teniendo hijos naturales. Legitimarlos, siempre que transformasen su unión en *justae nuptiae*, siendo también acordado por Zenon este mismo favor sin ningún reparo. Anastasio fue todavía mas lejos pues decidió que, tanto en lo presente como en lo futuro, todos los que tuviesen hijos nacidos del concubinato podían legitimarlos contrayendo las *justae nuptiae*. Esta disposición fue conservada por Justiniano; es la legitimación por matrimonio consiguiente. Sin embargo el concubinato subsistió, como institución legal tolerada por la Iglesia. Fue prohibido en Oriente la primera vez, por León el Filósofo."(5)

d).- El contubernio.- Opina el maestro Eugéne Petit que se llama así a la unión entre un esclavo y una persona libre. Es un hecho que no produce ningún efecto civil. El hijo sigue la condición jurídica de la madre, y durante mucho tiempo el Derecho no reconoció parentesco alguno entre esclavos, ni aún natural, pero al principio del imperio se admitió una especie de *cognatio* entre el padre, la madre y los hijos, por una parte, y entre hermanas y hermanos por otra parte. Este parentesco se admitió con la finalidad de impedir entre estas personas, hechas libres por manumisión matrimonios que hubiesen sido contrarias al derecho natural y a la moral.

(5) ob. cit. págs. 111 y 112.

b).- Derecho Español:

En el Derecho Español al Matrimonio de Hecho se le denominaba barraganía y la concubina recibió el nombre de barragana a dicha situación de hecho no se le negaron efectos jurídicos como se desprende de lo manifestado por algunos tratadistas, que como César Belluscio sostiene: "el antiguo Derecho Español admitió la institución de la barraganía, unión de carácter inferior similar al concubinato romano. Las partidas le dedican todo un título (Partida 4a, título XVI), que tras declararla pecado mortal, establece que la barragana debe ser una sola, que no debe existir impedimento matrimonial, y que la de reyes y nobles no debe pertenecer a las clases sociales inferiores. La partida 6a. título XIII, Ley 8, concede a la barragana 1/2 del haber hereditario. También se estableció que el tomaba barragana debía hacerlo ante testigos, para impedir que se la considerase esposa legítima en virtud de matrimonio clandestino".(6)

La aceptación y reglamentación jurídica de la barraganía en el Derecho Español, fue debido a la gran influencia que ejercía la Iglesia sobre el derecho, él cual estableció ciertas restricciones a los hombres que quisieran tomar a alguna mujer como barragana. Las partidas admitieron el concubinato así tenemos que la ley 2a. título XIV, Partida IV, establecía todo hombre que no fuese embargado de Orden o de casamiento podía tener sin -

(6) CESAR BELLUSCIO, AUGUSTO. Manual de Derecho de Familia T. II Ediciones DEPALMA Argentina 1975 pág. 383.

miedo de pena temporal una barragana; solamente - que no sea virgen, menor de doce años, viuda que - sea honesta o de buen testimonio. Esa misma Ley - prohibía el concubinato en ciertos casos; ningún - hombre puede tener por barragana a ninguna mujer - que sea su pariente, hasta el cuarto grado, ni su - cuñada, según lo transcrito nos podemos percatar - que regían para el concubinato iguales impedimen - tos que para el matrimonio.

Concluimos que las Leyes Civiles, inspi- radas previamente en el Derecho contenido en las - Partidas reconocieron el régimen jurídico a que - tradicionalmente había estado sometida la barraga- nía, Esto es que se acepto por Derecho consuetudi- nario, y la filiación que surgía de ella tenía la- calidad de natural. Para lo cual la barraganía de- bía ser notoria y pública, que la mujer observara- fidelidad al hombre, a efecto de que no hubiera la menor duda de que ambos vivían carnalmente, en tal forma que si hubiera sido reconocida por la ley, - tal unión habría sido un matrimonio legítimo. Es- decir se trataba de una unión a la cual solo falta- ba el reconocimiento de la ley para que fuera un - matrimonio legalmente constituido.

### c).- Derecho Francés

El concubinato en un principio no fue - aceptado en el Derecho Francés y mucho menos se le reconocieron efectos jurídicos de ninguna especie, en virtud de que como lo manifiesta Planiol la - unión libre, llamada también concubinato, se opone al matrimonio del mismo modo que una situación de- puro hecho se opone a una situación regulada por - el derecho. Respecto a la legislación en estudio -

el maestro César Belluscio sostiene: "El antiguo - derecho francés no se limitó a desconocer efectos- jurídicos al concubinato, sino que, bajo la in - fluencia del derecho canónico, adoptó medidas ten- dientes a combatirlo. Tales, la Ordenanza de 1604 que dispuso la invalidez de las donaciones entre - concubinos; luego la declaración del 26 de noviem- bre de 1639 sobre las formalidades del matrimonio- y otros aspectos de éste y el edicto de marzo de - 1697, negaron vocación sucesoria a los hijos de ma- trimonios contraídos in extremi por quienes habían vivido en concubinato, así como los contrayentes - de tales matrimonios."(7)

A mayor abundamiento debe decirse que - dicha unión no fue regulada por el Código de Napo- león, incluso la considero como una situación - real, contraria a la moral y carente de efectos ju- rídicos, o sea que el unico matrimonio al cual se- le concedió plena validez y legalmente reconocido- fue: El matrimonio estrictamente civil y solemne - celebrado ante el oficial del Estado y absolutamen- te independiente de toda formalidad religiosa.

No obstante lo anterior el concubinato - producía ciertos derechos y obligaciones como se - desprende de lo siguiente: "Toda unión de un hom - bre y una mujer engendra obligaciones, por que pue - de nacer de ella un hijo y fundar, de hecho, una - familia. La diferencia estriba en que los esposos reconocen estas obligaciones y se comprometen a - cumplirlas; pero quienes viven en concubinato no -

(7) ob. cit. pág. 383.

se comprometen a ello y se reservan además la posibilidad de substraerse a esas obligaciones. Lo ilícito en el concubinato no es una simple omisión: la ausencia de las formas iniciales, sino el hecho de que gracias a esta irregularidad, los concubinarios conservan su libertad y privan al poder social de todo medio de coacción. La sociedad tiene un supremo interés en la duración de las uniones - que crean familias."(8)

d).- Derecho Canonico.

Para Augusto César Belluscio "El cristianismo primitivo se vió obligado a reconocer al concubinato, como institución legal que era, pero trato de mantener la unión de los concubinos. Así, San Agustín admitió el bautismo de la concubina - con tal que se obligara a no dejar a su compañero; San Hipélito negaba el matrimonio a quien lo solicitase para abandonar a su concubina, salvo que esta lo hubiese engañado; y el primer Concilio de Toledo, celebrado en el año 400, autorizó al concubinato con la condición de que tuviese el mismo carácter de perpetuidad que el matrimonio, opinión - que en el siglo VII mantuvo Isidoro de Sevilla, - pero más tarde lo repudio cuando se admitió el dogma del matrimonio sacramento e impuesta la forma pública de celebración; esa posesión no podía subsistir."(9). En opinión de Rodríguez Ruiz fue "considerado como un comercio sexual prohibido y como un estado continuo de fornicación. La cópula carnalis fuera de matrimonio era un delito. El Santo

(8) PLANIOL, MARCEL y RIPERT, GEORGES ob.cit.pag. 373.

(9) ob. cit. págs. 383 y 384.

Concilio de Trento consideraba grave pecado y excomulgaba a los concubinos solteros o casados que después de amonestados tres veces no despidieren a sus concubinas y si persistieren durante un año en el concubinato, que proceda el ordinario contra ellos severamente, según la calidad de su delito. Las mujeres solteras o casadas, después de amonestadas si no obedecieren serán condenadas a penas graves.

En resumen, se plantearon dentro del catolicismo, dos principios contradictorios en cuanto al concubinato. El primero tendiendo a reconocerlo, asimilándolo al matrimonio en lo que se refería a las reglas de la monogamia y de la indisolubilidad. Conforme a este principio, el concubino que ha tenido un hijo con su concubina, no puede repudiarla para casarse con otra, salvo que la concubina le hubiere sido infiel. Acorde con ello, observamos que el primer concilio de Toledo permite expresamente el concubinato al cristiano casado pero a condición de que tenga una sola mujer; y el Concilio de Orleans asimila desde el punto de vista de la bigamia y de la entrada de las órdenes el concubinato al matrimonio.

El segundo principio tenía al concubinato como una consecuencia de malas costumbres y creado para satisfacer las necesidades que reconocía la sociedad pagana. Pero la Iglesia no admitía. Consolidó la tesis sostenida con este principio, la relación de las costumbres y el libertinaje que había en materia sexual. Principalmente en el mundo romano anterior al Emperador Justiniano y como consecuencia las Constituciones, Apostólicas -

establecieron que el infiel que viviera con una de  
bía abandonarla si era esclava o desposarla si era  
libre porque en caso contrario, sería rechazado de  
la comunidad de los fieles. De esta manera, la -  
Iglesia en forma categórica rechazó el concubinato  
como contrario a la moral y a las buenas costum- -  
bres, y a los principios cristianos".(10)

(10) ob. cit. págs. 30 y 31.

## C A P I T U L O   I I I

## EL MATRIMONIO DE HECHO EN EL DERECHO COMPARADO

El Derecho Civil se esta formando con materiales y construcciones nuevas, se interroga sobre si deben o no disciplinarse en los ordenamientos positivos las uniones maritales de hecho estables. Por otra parte, el Derecho no debe inadvertir sucesos de la realidad, y se encuentra obligado a abordar el tema y estudiar las posibles soluciones, toda vez, que el concubinato o matrimonio de hecho es una realidad que no debe pasar inadvertida por los legisladores, en virtud de que no es lícito a éstos volver la espalda a la realidad, como si la vida se desenvolviera a la voluntad del gobernante, y con cruzar los brazos ante una situación tan frecuente no se impide su existencia y por otra parte, se desamparan y perjudican intereses legítimos de terceras personas.

Las sociedades humanas no han sido siempre regidas por el mismo Derecho. La evolución ha sido más o menos rápida según las épocas y las naciones pero puede decirse que se ha verificado, como un fenómeno universal, esto se puede constatar en lo que se refiere a la reglamentación del concubinato en virtud de que son ya varios países los que lo reglamentan jurídicamente, sin que para tal efecto influya en forma alguna el régimen de gobierno, toda vez que lo han hecho tanto países de régimen cien por ciento capitalistas como países con sistema socialista, como se desprende del estudio comparativo que hacemos en este capítulo.

## a).- Derecho Español

El Derecho Español en diversos artículos regula al matrimonio de hecho o concubinato, así - tenemos que el maestro Elias y de Eloy José Antonio en su obra Manual de Derecho Civil Vigente en Cataluña dice: "El parentesco ilegítimo es el que proviene del consorcio del hombre con la mujer que no constituye matrimonio legal y valido. Empero - los hijos nacidos de matrimonio nulo son legítimos si este hubiese contraído con buena fé, a lo menos por uno de los consortes."(1)

Continúa diciendo el autor en cita: "Es hijo natural el nacido fuera de matrimonio de - - unión no dañada, ó sea el habido de padre y madre - que podían casarse en el momento de la concepción, aunque no sean de concubina que el padre tuviese - en su casa".(2)

De lo transcrito anteriormente se desprende que el matrimonio de hecho en el Derecho Español al igual que en otros países a evolucionado - favorablemente, esto es, se le han reconocido de - terminados efectos jurídicos en beneficio de los - hijos y de la mujer que vive con el concubinario - como esposa. No obstante la evolución que ha tenido en dicho país no ha llegado a ser comparado al matrimonio Civil o Canónico.

## b).- Derecho Frances

Es de mencionarse que el concubinato no

(1) ob. cit. Tercera Edición España 1885 pág. 58

(2) ob. cit. pág. 59.

fue regulado favorablemente por los legisladores - del Derecho Francés, y además se menciona que tal- realidad social era una situación inmoral, como se desprende de los siguientes principios:

"1.- Los actos jurídicos destinados a - crear y mantener la vida en común entre quienes no están unidos por el matrimonio son nulos por ser - contrarios al orden público y tener causas contra- rias a las buenas costumbres. Inclusive son nulas las donaciones hechas con miras a crear o mantener esa unión.

2.- Quien vive en concubinato puede poner fin voluntariamente a ese estado sin que el otro - concubino pueda invocar la ruptura como fuente de - daños y perjuicios. Sin embargo, la reparación ca- be en casos en que las circunstancias en que se - produce la ruptura importan la culpa cuasidelic - tual: tal el supuesto en que el hombre expulsa - de la casa bruscamente y sin motivo a la mujer con quien vive. Por otra parte, se ha considerado que hay una obligación natural en el pago de una indem- nización, de modo que si se le da voluntariamente - no hay derecho a repetición.

3.- Entre los concubinos puede existir - una sociedad de hecho, de manera que si adquirie - ron bienes en común, al separarse debe procederse - a la liquidación y partición de esos bienes.

4.- Puesto que los gastos de hogar están a cargo de ambos concubinos, se admite que la mu - jer que los realiza actúa con un mandato del hom - bre similar al que se le reconoce en el matrimo - nio.

5.- En una época, la jurisprudencia admitió la acción de daños y perjuicios de la concubina contra quien ocasionó la muerte del hombre con quien vivió, pero la jurisprudencia de la Corte de Casación la negó a partir de 1937."(3)

Pensamos que el Derecho Frances se obtuvo de regular conforme a derecho las uniones de hecho, sin lugar a duda debido al temor del legislador de equiparar a dicha conducta con el matrimonio legalmente celebrado, no obstante ello tales situaciones continúan poniéndose de manifiesto y por lo tanto los tribunales no quedan eximidos de contemplarlas. Por lo que no debe pasar inadvertido que la humanidad va evolucionando constantemente, razón por la cual el derecho debe ser flexible maleable y adaptar sus normas a la realidad social.

c).- Derecho Canónico.

El concepto de matrimonio de hecho en el derecho Canónico nos lo da el maestro Arturo Valencia Zea en su obra Derecho Civil de la siguiente manera: "El concubinato es el estado de vida común que hacen un hombre y una mujer, pudiendo casarse libremente entre sí, sin embargo no están unidos por el vínculo matrimonial."(4)

De lo anterior concluimos que según el Derecho Canónico, no hay matrimonio de hecho o con

(3) CESAR BELLUSCIO, AUGUSTO. ob. cit. Págs. 384 y 385.

(4) T.V. Tercera Edición Editorial Bogotá 1970 - pág. 401.

concubinato cuando concurren las siguientes circunstancias:

1.- Cuando un hombre casado hace vida común con mujer diferente de su esposa, o viceversa, o bien que ambos estén casados con personas diferentes, ahora bien, los hijos nacidos bajo este tipo de uniones recibían el nombre de adulterinos.

2.- Las uniones entre un padre clérigo de órdenes mayores o de personas, madre o padre, ligados por voto solemne de castidad, en orden religiosa aprobada por la Iglesia católica, a los hijos habidos en este tipo de relaciones se les denominaba sacrilegos.

En virtud de lo anterior, cuando se ponía de manifiesto alguna de las uniones prohibidas por el Derecho Canónico ya comentadas, implicaba la comisión de un ilícito penal, que traía como consecuencia la imposibilidad de poder reconocer los padres a sus hijos, con excepción de los habidos en concubinato.

La existencia de estas uniones de hecho estables y que en algunos países se ha calificado de extralegales, constituyen una realidad social que se ha observado en todos los países y en todas las épocas, de ahí que los legisladores deben interpretar fielmente los datos que les suministra la realidad social y reglamentar los efectos que producen, especialmente respecto a los hijos procreados en ellas.

c).- Derecho Boliviano

En el Derecho Positivo contemporáneo, algunos países hoy en día reconocen jurídicamente a la familia extramatrimonial, en virtud del elevado número de este tipo de uniones, llegando incluso a equipararla con el matrimonio solemne. Con este movimiento se ha elevado a la familia a la jerarquía jurídico-constitucional, reconociéndose por consiguiente lo indispensable de su existencia para la integración del Estado.

La Constitución Política de la República de Bolivia reconoce plena validez al matrimonio de hecho como se desprende de lo dispuesto por los artículos 194 y 195 que a la letra establecen:

"ARTICULO 194.- El matrimonio descansa en la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges.

Las uniones libres o de hecho, que reúnen condiciones de estabilidad y singularidad y sean mantenidas entre personas con capacidad legal para contraer enlace, producen efectos similares a los del matrimonio en las relaciones personales y patrimoniales de los convivientes y en los que respecta a los hijos nacidos de ella.

ARTICULO 195.- Todos los hijos sin distinción de origen, tienen iguales derechos y deberes respecto a sus progenitores.

La filiación se establecerá por todos - los medios que sean conducentes a demostrarla, de acuerdo al régimen que de -- termine la ley."(5)

A mayor abundamiento César Belluscio - afirma "Por los artículos 158 y 159 del Código de Familia de 1972, las uniones conyugales libres o - de hecho tienen lugar cuando el varón y la mujer, - voluntariamente, constituyen hogar y vida en común en forma estables y singular, siempre que no me - dien impedimentos matrimoniales de los convivien - tes. Según el artículo 160, quedan comprendidas - en esas reglas las formas prematrimoniales indíge - nas, las uniones de hecho de los aborígenes y -- otras mantenidas en los centros urbanos, industria - les y rurales".(6)

e).- Derecho Cubano

Es de mencionarse que en virtud del es - tado actual del Derecho, a los avances que se han - puesto de manifiesto en las importantes y progre - sivas legislaciones. No es posible negar a las - uniones extramatrimoniales o concubinato, efectos - jurídicos entre personas que sostienen dicha unión y mucho menos el desconocimiento de derechos res - pecto de los hijos nacidos bajo tal situación.

Dice Eduardo Le Riverend Brusone en su - obra El Matrimonio Anómalo o por Equiparación "In - dicase, a veces que las posturas adoptables ante - la unión extramatrimonial varían desde la llamada-

(5) ob. cit. de fecha 2 de febrero de 1967 Arts. - 194 y 195.

(6) ob. cit. págs. 385 y 386.

política del silencio del Código Napoleón hasta la separación material de los unidos. Pero, resulta una flagrante contradicción, que motiva la ineficiencia de la actitud adversa a ese género de uniones, entre el fin perseguido, que es lograr la extirpación de ese fenómeno social, y por los medios puestos en acción para alcanzarlo, una deficiente atención del aparato legal. Se llega a pedir la neutralidad del legislador y como sin querer, se insinúa, calificandola, neutralidad malintencionada: así no vamos a ningún lado. Ante esa situación más que abundante en desarrollo progresivo, el legislador no puede cruzarse de brazos.

Tiene el Derecho positivo cubano la fortuna de un hallazgo: ha introducido una novedad en el Derecho moderno, de la cual no hemos comprobado antecedente directo alguno, con la que trata de superar la postura abstencionista. No suprime con ella el concubinato, no atiende todos los casos; pero, los más importantes, los que revelaban la conciencia social, son resueltos con remedio máximo, eficaz en todos los terrenos, ya que además de subsanar el daño causado en lo material, también lo hace en lo moral, aspecto que nunca había preocupado mucho: se levanta de su inferiorización tanto a la pareja como a sus productos, los hijos, dándosele condición matrimonial a la que ha sido simple unión, y se le confiere para lo futuro la misma solidez que pueda alcanzar el matrimonio, tan lejos ya, por desgracia, de una satisfactoria indisolubilidad."(7)

(7) ob. cit. La Habana 1942 págs. XI y XII.

En efecto, como afirma el autor en consulta, los legisladores Cubanos no pasaron inadvertido el problema social denominado concubinato, en virtud de lo cual consagro en el parrafo sexto del artículo 43 de la Constitución Política de la República de Cuba de fecha 10 de Octubre de 1940 que:

Los tribunales determinaran los casos en que por razón de la equidad, la unión entre personas con capacidad legal para contraer matrimonio sera equiparada por su estabilidad y singularidad, al matrimonio civil".(8)

f).- Derecho Guatemalteco

También este país regula legalmente al matrimonio de hecho como se desprende de lo dispuesto por el artículo 86 de la Constitución de la República de Guatemala de fecha 15 de Septiembre de 1965 el cual dispone lo siguiente:

"La ley determinará la protección que corresponda a la mujer y a los hijos dentro de la unión de hecho y lo relativo a la forma de obtener su reconocimiento. Todos los hijos son iguales ante la ley y tienen identicos derechos.

La ley establecerá los medios de prueba-

(8) CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA DE CUBA, ART. 43.

para investigar la paternidad."(9)

En relación con la más reciente legislación Guatemalteca la maestra Amézquita sustenta; - "La ley de Tribunales de familia estatuye que la patria potestad se ejerce sobre los hijos menores de edad conjuntamente por el padre y la madre en el matrimonio y en la unión de hecho, y por el padre o la madre en cuyo poder esté el hijo, en cualquier otro caso."(10)

"La Ley establece una responsabilidad de alimentos en forma solidaria. Además, los hijos procreados fuera de matrimonio gozan de iguales derechos que los nacidos dentro de él. No obstante, para que vivan en el hogar conyugal se necesita el consentimiento expreso del otro cónyuge."(11)

g).- Derecho Panameño.

Al igual que otras legislaciones, la de Panamá también a tomado una decisión acertada en cuanto a la regulación jurídica del matrimonio de hecho, como lo podemos constatar en los artículos 56 y 58 de la Constitución de la República de Panama

(9) CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DE GUATEMALA, -  
ART. 86.

(10) AMEZQUITA DE ALMEIDA, JOSEFINA. Lecciones de -  
Derecho de Familia Editorial TAMIS Bogota -  
1980 pág. 65.

(11) AMEZQUITA DE ALMEIDA, JOSEFINA. ob.cit. pág.-  
66.

má de fecha lo. de Marzo de 1946, los cuales a con  
tinuación se reproducen:

ARTICULO 56.- La unión de hecho entre -  
personas legalmente capacitadas para con  
traer matrimonio mantenida durante diez-  
años consecutivos, en condiciones de sin  
gularidad y estabilidad, surtira todos -  
los efectos del matrimonio civil.

Para este fin bastará que las partes --  
interesadas soliciten conjuntamente al -  
Registro Civil la inscripción del matri-  
monio de hecho. Cuando no se haya efec-  
tuado esa solicitud, el matrimonio po-  
drá comprobarse, para los efectos de la-  
reclamación de sus derechos, por cual -  
quier interesado, mediante los tramites-  
que determine la ley judicial. Pero po-  
drán oponerse a que se haga la inscrip-  
ción o impugnarla después de hecha, el -  
Ministerio Público, en interés de la mo-  
ral y de la ley, o los terceros que ale-  
guen derechos susceptibles de ser afecta-  
dos por la inscripción, si la declara -  
ción fuera contraria a la realidad de -  
los hechos.

ARTICULO 58.- Los padres tienen para con  
sus hijos habidos fuera del matrimonio -  
los mismos deberes que respecto de los -  
nacidos en él. Todos los hijos son igua-  
les ante la Ley y tienen el mismo dere-  
cho hereditario en las sucesiones intes-

tadas."(12)

h) .- Derecho Hondureño.

Honduras es otro país que reconoce al matrimonio de hecho, y es posible percatarnos que al respecto a sido influenciado por los lineamientos jurídicos de las naciones, a que hemos hecho mención con anterioridad como se desprende de lo que a continuación se reproduce:

"ARTICULO 111.- Se reconoce la unión de hecho entre las personas legalmente capa citadas para contraer matrimonio. La Ley señalará las condiciones para que surta los efectos del matrimonio civil.

ARTICULO 112.- Las clasificaciones sobre la naturaleza de la filiación quedan abo lidas. No se consignará declaración alguna diferenciando los nacimientos ni sobre el estado civil de los padres en las actas de inscripción de aquellos, ni en ningún documento atestado o certificación referente a la filiación. En consecuencia, no se reconocen desigualdades entre los hijos, teniendo todos los mismos derechos y deberes."(13)

(12) CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DE PANAMA. 1946- Arts. 56 y 58.

(13) CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DE HONDURAS, de fecha 6 de junio de 1965 Arts. 111 y 112.

## C A P I T U L O I V

## EL MATRIMONIO DE HECHO EN MEXICO

Nos parece de suma importancia hacer un análisis como ha venido evolucionando el matrimonio de hecho o concubinato en nuestro país, en virtud de lo cual desglosamos el presente capítulo en diversas épocas, que analizaremos a continuación:

## a).- Epoca Precolonial.

En el México precolonial, la forma de matrimonio era monógamica, pero en casos especiales y bajo determinadas circunstancias era permitida la poligamia, ahora bien no había ceremonias especiales para la celebración del matrimonio y los padres disponían de un baile y en esa fiesta entregaban a su hija al marido, y con el sólo hecho detomarse las manos quedaban casados. En otros casos, en virtud de que el matrimonio reportaba gastos y el pueblo bajo carecía de recursos económicos, se celebraban las uniones matrimoniales con el único requisito para el hombre, que pidiera a los padres de la mujer con quien deseaba unirse su consentimiento para celebrar el acto de unión.

Sostiene Riva Palacio "los nahoas practicaban la poligamia; pero por una ley sabia, el hombre estaba obligado a cultivar un nuevo campo por cada nueva mujer que tomase. De este modo se limitaba prudentemente el abuso, y daba el resultado de que solamente los señores principales podían ser polígamos. La generalidad de los hombres quedaban así obligados a no tener un peso superior a-

sus fuerzas, y limitaba la familia, no estaba expuesta a la miseria, porque el trabajo y la riqueza del padre estaban en proporción de las necesidades de aquella."(1)

A mayor abundamiento Francisco Javier Clavijero en su obra Historia Antigua de México opina lo siguiente:

"Matrimonio del rey de acolhuacan con una princesa de tacuba

Este famoso rey, aunque desde su edad juvenil tuviese algunas mujeres y de ellas muchos hijos, a ninguna hasta entonces había concedido el honor de reina, por ser todas ó hijas de sus vasallos o esclavas. Creyendo en este tiempo necesario el tomar una mujer digna de tan grande honor y que pudiese darle un sucesor en la corona de Acolhuacan, casó con Matlalcihuatzin, hija del rey de tacuba, joven hermosa y modesta, la cual fue conducida a Tezcoco por su padre y el rey de México." (2)

"Casamiento del rey Nezahualpilli con dos señoras mejicanas

Tenía ya entonces el rey de Tezcoco algunas mujeres de casas nobilísimas, pero a ninguna

- (1) RIVA PALACIO, VICENTE. México a Través de los Siglos T.I. pág. 119.  
 (2) ob. cit. Traducida al Español por Francisco Pablo Vazquez Editorial del Valle de México, S.-A. pág. 123.

había declarado reina, reservándose este honor para aquella que quería tomar de la familia real de Méjico. Pidiola al rey Tizoc, y este le dio a una sobrina suya hija de Tzotzocatzin. Celebráronse estas bodas en Tezcoco con mucha concurrencia de la nobleza de las dos cortes. Tenía esta señora una hermana dotada de singular hermosura, que se llamaba Xocotzin. Ambas se amaban tanto, que no pudiendo separarse, obtuvo la nueva reina de su padre el permiso de llevar consigo a Tezcoco a su hermana. Con la frecuente visita y trato continuo se enamoró tanto el rey de su bella cuñada, que de terminó casarse con ella y exaltarla también a la dignidad de reina. Estas segundas bodas fueron, por lo que dicen los historiadores, las más solemnes y las más magníficas que se vieron en aquel país."(3)

Carlos Hermsillo Alba sostiene que: "La forma más común de la familia azteca era la monogámica, aunque los nobles y guerreros especialmente, y en general todos los hombres pueden ejercer la poligamia, con el solo requisito de que puedan sostener a todas sus esposas."(4)

Entre los aztecas los padres tenían pleno derecho de concertar el matrimonio de sus hijos -

(3) CLAVIJERO, FRANCISCO JAVIER. ob. cit. pág. 132

(4) HERMOSILLO ALBA, CARLOS. Estudio Comparado entre el Derecho Azteca y el Derecho Positivo Mexicano Ediciones Especiales del Instituto Indigenista Interamericano México 1944 pág. 35.

con persona que mejor les parezca, aclarando que era requisito indispensable para la celebración el consentimiento de la mujer.

Se consideraban aptos para contraer matrimonio los hombres que tuviesen de veinte a veintidos años y la mujer de quince a dieciocho.

La celebración del matrimonio no estaba encomendada propiamente, ni a representantes del poder público ni a los sacerdotes o ministros del culto; el matrimonio se llevaba a cabo mediante una serie de actos, en los que intervenían única y exclusivamente los parientes y amigos de los contrayentes y se observaban los actos y costumbres del caso.

Entre los aztecas también tuvo aplicación el matrimonio a prueba que consistía en la unión de un hombre y una mujer para hacer vida matrimonial durante un tiempo determinado y en calidad de mero ensayo. Una vez concluido el término fijado, si las partes estaban de acuerdo en continuar haciendo vida marital, se celebraba el matrimonio de conformidad con las ceremonias establecidas. Si no había tal acuerdo, el hombre debía separarse de la mujer entregándola a sus familiares. Para que se efectuara esta unión a prueba era indispensable que el varón pidiera a la mujer a su madre y que ésta última la concediera.

#### b).- Epoca Colonial.

A criterio de José María Ots Capdequi en su obra El Estado Español en las Indias: "uno de los problemas más interesantes que ofrece la le

gislación de Indias en orden al derecho de familia es el que se refiere a la forma en que hubieron de regularse los matrimonios entre los indios recién convertidos al catolicismo. El legislador español, comprendió lo injusto e impolítico que hubiera sido tratar de imponer a los hombres de aquellas razas los mismos moldes en que se había venido vaciando una civilización de siglos, busco el medio de condensar en preceptos nuevos las reglas más adecuadas para el régimen civil de aquellos pueblos, atrayendolos lentamente al derecho de Castilla, sin transiciones demasiado violentas que hubieran resultado, a más de abusivas y tiránicas, en absoluto contraproducentes. Uno de los fines con más ahinco perseguido en nuestra obra colonizadora era, como es sabido, la conversión de los infieles; para ello era forzoso ir administrando a los neófitos los sacramentos del catolicismo y, si en cada uno de éstos se ofrecían dificultades de muy penoso vencimiento, éstas aumentaban todavía más al tratar del matrimonio por el carácter básico que esta institución tiene en la vida de los pueblos. Pensar en imponer a aquellas gentes los preceptos canónicos con el mismo rigor y disciplina que hubieron de ser declarados en el Concilio de Trento, hubiera sido acometer una empresa poco menos que insuperable, con todas las probabilidades de un fracaso seguro; pero, por otra parte, no podía tampoco consentir el fervor apostólico de la época exageradas consecuciones en materias de tanta trascendencia y que tan a lo íntimo de las conciencias afectaba. Veamos, pues, como pudieron armonizarse en la ley exigencias tan opuestas.

El primer problema a resolverse que en -

este aspecto hubo de plantearse, fue el de la convalidación, dentro de las normas canónicas, de los matrimonios ya contraídos por los indios en tiempos de su infidelidad. Como acreditan los conocidos testimonios de los primitivos cronistas de Indias, en la casi totalidad de aquellas regiones existía de hecho una verdadera poligamia, y por ello, al tiempo de su conversión, fueron frecuentes los casos en que los neófitos se encontraban casados con más de una mujer, siendo verdaderamente difícil resolver en justicia cual de éstas tuviera mejor derecho, ya que no podía aceptarse el que siguieran en aquel estado de peligrosa desmoralización. El pontífice Pablo III trató de resolver este conflicto declarando que en estos casos debía considerarse como legítima a la mujer con que primeramente se hubiera tenido acceso carnal, reservándose al marido la facultad de elegir, para cuando aquello no pudiera precisarse; pero ésta última salvedad del legislador fué portillo abierto a toda clase de abusos y de torcidas interpretaciones porque los indios, maliciosamente aleccionados, fingían siempre ignorar cual había sido su primera mujer, para de este modo poder elegir entre aquellas que más les conviniese o les gustase. Hubo, pues, que pensar en corregir tales excesos, y para ello se retiró a los interesados la facultad que hasta entonces habían tenido de designar por sí mismos con cuál de sus mujeres habían contraído primeramente enlace matrimonial, encomendando esta misión a los indios más viejos de cada parroquia, quienes sentenciaban después de haber escuchado las razones que cada uno alegaba en apoyo de sus pretensiones. Elegida así la que había de seguir siendo desde entonces única mujer del con-

trayentes, se consagraba en ella el matrimonio, y a las demás se les dotaba convenientemente para que pudieran atender en adelante sus necesidades propias y las de sus hijos que quedaban en su poder". (5)

En términos generales, puede decirse que los mismos preceptos que en España regularon la celebración del matrimonio canónico, estuvieron también vigentes en los territorios hispanoamericanos. Primero con la variedad de formas y solemnidades imperantes en la madre patria al tiempo de producirse los descubrimientos; posteriormente con la rigidez doctrinal prescrita en el Concilio de Trento.

El principio de la libertad en la presentación del consentimiento; fundamental para la validez del matrimonio canónico, no se declara expresamente en la legislación de Indias, pero resulta incuestionable su vigencia por algunos documentos históricos que de una manera indirecta lo atestiguan por ejemplo la Ley XXXII, Tít. III. lib. III de la recopilación de 1860 establecía que los "Virreyes y Gobernadores no traten de casamiento de sus deudos y criados con mujeres que han sucedido en encomienda y las dejen de casar y tomar estado con la libertad que tan justa y debida es".

Los matrimonios de hecho estables contraídos entre españoles y mujeres de las distintas

(5) OTS CAPDEQUI, JOSE MARIA. El Estado Español en las Indias Primera Edición Argentina 1946, págs. 66 y 67.

razas indias sojuzgadas estuvieron reconocidas y sancionadas por la ley, desde los primeros años de la conquista. En realidad, puede, decirse que el problema no llegó a plantearse. Y son muy abundantes y conocidos los pasajes de los cronistas de las Indias que nos narran de la frecuencia con que los españoles se unieron con mujeres mexicanas, generalmente en simples concubinatos, que acabaron la mayor de las veces en legítimos matrimonios.

Por último concluimos de acuerdo con el maestro Ortiz Urquidi que en los primeros tiempos de la colonia se reconoció como legal y se tuvo como valido el matrimonio celebrado consensualmente por los indios, por cierto porque así se lo enseñaron los misioneros. Son dignas de citarse las palabras que al respecto dice el ilustre Gabriel García Rojas y que a la letra se reproducen "En el siglo XVI se realizó la conquista de México. La cristianización del pueblo de México duro aproximadamente un siglo: del año 1521 a 1635 o 1640. El concilio de Trento funciono a mediados del siglo XVI, de 1545 a 1563. Cuando llegaron los españoles a México se encontraron con la poligamia entre los indios, quienes al ser cristianizados tenían que abandonar la poligamia y ser monógamos, y les enseñaron los misioneros a los indios la forma de serlo; pero al mismo tiempo les enseñaron esa manera de casarse, anterior al Concilio de Trento, entre fieles, consistente en convivir, tener trato sexual continuado con deber de fidelidad y un tratamiento de igualdad en el matrimonio; no se necesitaba la bendición del cura, no se necesitaba ceremonia de ninguna naturaleza. En toda la vastedad del territorio nacional, en la raza indígena, ese-

matrimonio se celebraba sin formalidad de ninguna naturaleza, por el trato recíproco sexual; bastaba con que se unieran hombre y mujer para que la unión se convirtiera en matrimonio y en matrimonio eclesiástico, en matrimonio canónico, cristiano, válido. Pero las costumbres del matrimonio que es perfecto cuando se ha consumado, es decir, cuando ha habido yacimiento carnal entre el hombre y la mujer, esas costumbres enseñadas por los misioneros, son todavía las que nuestro pueblo practica, hay un porcentaje muy grande de los llamados concubinatos, amasiatos, en el pueblo de México. Pero no es por malas costumbres o malos hábitos, es porque a eso fueron enseñados. El misionero no enseñó a casarse al indio con las formalidades del Concilio de Trento que todavía no existía. Le decían: si quieres a tal mujer, llevatela; porque recordarán los señores ministros que en el Derecho Canónico no se necesitaba el consentimiento de los padres para la validez del matrimonio. Así era en el Derecho Frances que se ha difundido por el mundo y es una de las cosas que puso en el Código de Napoleón. Cuando hablan de amasiato y lo desprecian, no se dan cuenta que esa fue la enseñanza de los Franciscanos. Cuando se celebraba ese matrimonio no había bendición del cura en ranchos donde no había cura ni había curatos y aun en donde la población era muy grande tampoco el cura bendecía las uniones; se casaban llevándose a la mujer a su casa, haciendo vida con ella. Vino el Concilio de Trento en las postrimerias del siglo XVI en que se decretaron las Bulas. Yo no quiero comentar, ni es aquí lugar para tratarlo, si la recepción de las Bulas por Felipe II para crear el matrimonio -

eclesiástico para los indios, fue bien o mal hecho por el Rey de España; yo tengo formada mi opinión sobre el particular. Así es que esa era la situación entre los indios, y en nuestra clase pobre todavía hay la costumbre de llevarse a la muchacha a su casa, porque así se les enseñó a hacerlo; no necesitaban el consentimiento de los padres, luego el amor espontáneamente se desarrollaba."(6)

De manera que las leyes de Indias estableció como forma legal del matrimonio el consensual, es decir, el que se perfecciona por el sólo consentimiento y comportamiento de las partes de acuerdo logicamente con sus costumbres, no obstante que durante la conquista y aún en los primeros años de la época independiente, el único matrimonio reconocido por el derecho fué el eclesiástico, sin embargo no debemos desconocer el reconocimiento legal que en la historia de nuestro país se le dió al matrimonio consensual.

### c).- Epoca Independiente.

En relación con el matrimonio de hecho, una vez consumada la independencia del pueblo mexicano dice Mateos Alarcon en su obra La Revolución del Derecho Civil Mexicano desde la Independencia hasta nuestros días que:

"En los momentos en que se consumó nuestra independencia, porque con pocas excepciones,

(6) GARCIA ROJAS, GABRIEL. Autor citado por ORTIZ-URQUIDI, RAUL en su ob. cit. págs. 83 y siguientes.

todos los individuos eran fervientes católicos, al menos en la apariencia; pero desde el momento que por aquel grande acontecimiento se abrieron las puertas de nuestra patria al comercio y a la inmigración extranjera, y se la hizo en el concierto general de las naciones, vinieron a ella hombres de todas las religiones, quienes no podían contraer matrimonio con mujeres católicas, porque la diferencia de cultos es impedimento dirimente, que no permite la celebración de él; y entonces se imponía la necesidad de una abjuración, siquiera fuera mentida, porque el que abjuraba conservaba las creencias que había adquirido desde la niñez, o bien se formaban uniones ilegítimas, que daban origen a familias ilegítimas con perjuicio de la moral."(7)

Al efectuarse la independencia, la realidad de México, heredada de los españoles, era que se reconocía amplias facultades a la Iglesia para celebrar los matrimonios y para legislar respecto de la materia, toda vez que como dice Gomis: "Al producirse la invasión española, los conquistadores trajeron al país las costumbres de la Península Iberica, y fueron creados los registros parroquiales al igual que sucedían en España. Los primeros intentos de secularización de los registros parroquiales datan de mediados del siglo XVII. La Real Cedula de 21 de Marzo de 1749 y las Reales órdenes de 8 de mayo y de 15 de Octubre de 1801 orde

(7) MATEOS ALARCON, MANUEL. ob. cit. México 1914 - pág. 14.

naron que los ásiientos de los Registros Parro --  
quiales debian someterse y ajustarse a determina --  
dos modelos y señalaron ciertas disposiciones que--  
tendian a la conservación y custodia de dichos re--  
gistros. Dichas prescripciones perduraron hasta el  
año de 1857 en que se promulgó la ley de 27 de ene--  
ro. Por medio de la cual se estableció en la Repú--  
blica el Registro Civil, antecedente inmediato de--  
esa ley lo encontramos en el Estatuto Orgánico Pro--  
visional de la República.

Por medio de la ley de 27 de enero de --  
1857 el Estado se emancipó totalmente de la tutela  
de los Registros Parroquiales. Sin embargo dicha --  
emancipación no fué perfecta, ya que la ley confe--  
ría a los archivos parroquiales la facultad de ex--  
tender las actas de nacimiento y de matrimonio cu--  
ya celebración y formalidades quedaron a cargo de--  
los curas de almas limitandose el poder Civil a --  
darse por enterado de las actas.

La ley de 28 de julio de 1859, al llevar  
en sus disposiciones el espíritu secular y el de --  
la independenciam absoluta entre el Estado y la --  
Iglesia, secularizo el registro del estado civil.--  
Esa ley inicia realmente en nuestro país la insti--  
tución del Registro, que fue solamente alterada du--  
rante el imperio del usurpador Maximiliano. Por --  
el decreto de 5 de diciembre de 1867 hubo de reva--  
lidar las actas del Estado Civil registradas duran--  
te esa época."(8)

(8) GOMIS, JOSE. y MUÑOZ, LUIS. Elementos del Dere--  
cho Civil Mexicano Tomo Primero México 1942 --  
págs. 315 y 316.

Siendo presidente interino Constitucional Don Benito Juárez, promulgo el 12 de julio de 1859 en la ciudad de Veracruz la Ley de Nacionalización de los Bienes Eclesiásticos, en la que se proclamó la separación de la Iglesia del Estado, como se desprende de lo siguiente:

"El ciudadano Benito Juárez, presidente interino constitucional de los Estados Unidos Mexicanos a todos sus habitantes hago saber que, considerando:

Que por la independencia declarada de los negocios del Estado, respecto de los eclesiásticos, ha cesado la delegación que el soberano había hecho al clero para que con sólo su intervención en el matrimonio éste contrato surtiera todos sus efectos;

Que resumiendo todo el ejercicio del poder en el soberano, éste debe cuidar de que un contrato tan importante como el matrimonio se celebre con todas las solemnidades que juzgue conveniente a su validez y firmeza, y que el cumplimiento de estas le conste de un modo directo y auténtico.

He tenido ha bien decretar lo siguiente:

ARTICULO 1.- El matrimonio es un contrato civil que se contrae lícita y válidamente ante la autoridad civil. Para su validez bastará que los contrayentes, previas las formalidades que establece esta ley, se presenten ante aquéllas y expresen libremente la voluntad que tienen de unirse en matrimonio.

ARTICULO 2.- Los que contraigan el matrimonio de la manera que expresa el artículo anterior, gozan de todos los derechos y prerrogativas que las leyes civiles les conceden a los casados.

ARTICULO 3.- El matrimonio civil no puede celebrarse más que por un sólo hombre con una sola mujer, la bigamia y la poligamia continúan -- prohibidas y sujetas a las mismas penas que les -- tienen señaladas las leyes vigentes.

ARTICULO 4.- El matrimonio civil es indisoluble; por consiguiente, sólo la muerte de alguno de los cónyuges es el medio natural de disolverlo; pero podrán los casados separarse temporalmente por alguna de las causas expresadas en el artículo 20 (debe decirse 21), de esta ley. Esta separación legal no los deja libres para casarse con otras personas."(9)

Los Códigos para el Distrito Federal de fechas 1870 y 1884 establecían en los artículos -- 159 y 155 respectivamente que:

"El matrimonio es la sociedad legítima -- de un solo hombre y una sola mujer, que se unen -- con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida."(10)

(9) Ley de Nacionalización de los Bienes Eclesiásticos de fecha 12 de Julio de 1859

)10) Códigos Civiles para el Distrito Federal de -- 1870 y 1884 Artículos 159 y 155.

Es de observarse que en los anteriores ordenamientos legales se le dio al matrimonio el carácter de indisoluble según lo podemos apreciar en su articulado.

Posteriormente con fecha 9 de abril de 1917, siendo presidente Constitucional Don Venustiano Carranza se dictó la Ley de Relaciones Familiares, que en su artículo 13 establecía:

"El matrimonio es un contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer que se unen con vínculo disoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida". (11)

Este ordenamiento legal a diferencia de los anteriores substituye el concepto de sociedad civil por el contrato civil además de que es el primero en establecer que el matrimonio es un vínculo disoluble.

El único antecedente de reglamentación jurídica del matrimonio de hecho lo encontramos en el Código Civil de Tamaulipas de fecha 1940 y lo hace de la siguiente manera:

## CAPITULO VI

ARTICULO 70.- Para los efectos de la ley, se, considerará matrimonio, la unión, convivencia y trato sexual continuado de un solo hombre con una sola mujer.

(11) Ley de Relaciones Familiares de 1917 Artículo 13.

ARTICULO 71.- Las relaciones sexuales que concurren fuera de matrimonio, sólo producirá los efectos que determine la ley.

ARTICULO 72.- Se considera ilícita toda relación sexual con menores de quince años, cualquiera que sea su sexo, con los enajenados mentales, con los ascendientes y descendientes por afinidad. También será considerada como ilícita toda relación sexual efectuada por quienes se encuentren unidos en matrimonio, con persona distinta a su cónyuge.

ARTICULO 73.- Los representantes legítimos de los menores de dieciocho años, podrán pedir la anulación del matrimonio celebrado por éstos sin su consentimiento, dentro del año siguiente a su realización, pero transcurrido este término, se tendrá como consentido el matrimonio.

ARTICULO 74.- El consentimiento del representante de los menores para celebrar matrimonio, podrá suplirse mediante autorización del Gobernador del Estado, cuando la persona que lo solicite sea mayor de quince años y la negativa de su representante legítimo no tenga justificación a juicio del Ejecutivo (12)

En relación con legislación en cita es conveniente hacer mención del artículo 25 el cual se refiere a la responsabilidad civil proveniente de la unión extramatrimonial el cual textualmente-

(12) Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Tamaulipas México 1940 Artículos 70, 71, 72, 73 y 74.

establece:

ARTICULO 25.- El trato carnal realizado fuera de matrimonio, con mujer que no ejerza la -- prostitución, originará responsabilidad civil, que consistirá en el pago de las pensiones alimenticias para los hijos que nacieren de dicho trato, -- hasta que éstos cumplan dieciocho años de edad. -- También se proporcionará pensión alimenticia a la mujer si hubiere más de un hijo, o solo uno menor de seis años, pero esta obligación cesará en caso de que la mujer se relacione sexualmente con otro hombre, o tenga bienes propios suficientes para su sustento.....

## 2.- Legislación Civil Vigente.-

En opinión de Rafael de Pina junto al -- matrimonio de Derecho, la legislación Mexicana reconoce la existencia del matrimonio de hecho, o -- concubinato que se define como "La unión de un hombre y una mujer, sin formalización legal, para cumplir los fines atribuidos al matrimonio".

Para Galindo Garfias "La cohabitación -- entre hombre y mujer, la vida en común más o menos prolongada y permanente es un hecho lícito, que -- produce efectos jurídicos, pero requiere, para que el concubinato sea reconocido como tal, que tanto el hombre como la mujer que lleven esa vida en común sin estar unidos en matrimonio entre si, sean solteros."(13)

(13) Ob. cit. pág. 469.

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

Sustenta Ignacio Galindo Garfias que: - "Se distingue el matrimonio del concubinato, en - que el matrimonio produce plenitud de efectos jurídicos, tanto entre los cónyuges y con relación a - los hijos; da lugar al parentesco por afinidad y - se proyecta sobre los bienes de ambos consortes; - en tanto que los efectos del concubinato reconocidos por la ley, son limitados. El matrimonio es - un acto y un estado que el derecho sanciona y protege plenamente.

Aún en las legislaciones como la nuestra que reconoce la disolubilidad del vínculo matrimo-

nial por medio del divorcio, éste ha de ser pronun-  
ciado por un órgano del poder público, después de-  
que ha quedado probada plenamente la existencia de  
causas graves y que hacen imposible o no deseable-  
socialmente la vida conyugal; mientras que el con-  
cubinato puede ser disuelto, en cualquier momento-  
por voluntad de cualquiera de los concubinarios, -  
sin que el derecho intervenga o deba intervenir pa-  
ra procurar el mantenimiento de esa situación de -  
hecho cuya solidez y permanencia es jurídicamente-  
indiferente y queda abandonada a la sola voluntad-  
de los concubinarios."(14)

Estamos de acuerdo con lo manifestado --  
por los maestros de Pina y Galindo Garfias, así co-  
mo con los legisladores del Código Civil en vigor-  
para el Distrito Federal, en el sentido de que, el  
matrimonio de hecho o concubinato no se encuentra-  
regulado conforme a derecho, toda vez, que, unica-  
y exclusivamente se le reconocen determinados -  
efectos jurídicos en relación con la concubina o -  
esposa y de los hijos, los cuales analizaremos a -  
continuación.

Los efectos jurídicos reconocidos por -  
nuestra legislación civil vigente, al concubinato-  
según nuestro criterio son:

1o.- El derecho de la concubina a concu-  
rrir a la sucesión hereditaria del concubinario.

2o.- La posibilidad de investigar la pa-  
ternidad de los hijos habidos entre los concubina-

rios,

3o.- El derecho a percibir alimentos en favor de los hijos habidos durante el concubinato, y

4o.- El derecho de la concubinato o concubinario de percibir alimentos en la sucesión testamentaria.

1o.- Derecho de la concubina a concurrir a la sucesión hereditaria del concubinario. Para que la concubina pueda ejercitar su derecho a heredar a su concubinario es necesario que se cumplan los requisitos fijados por los artículos 1635, 1624 y 1625 del Código Civil en vigor que a la letra se reproducen:

Art. 1635.- La mujer con quien el autor de la herencia vivió como si fuera su marido durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o con la que tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato, tiene derecho a heredar conforme a las reglas siguientes:

I. Si la concubina concurre con los hijos que lo sean también del autor de la herencia se observará lo dispuesto en los artículos 1624 y 1625.

II. Si la concubina concurre con descendientes del autor de la herencia, que no sean también descendientes de ella, tendrán derecho a la mitad de la porción que le corresponda a un hijo;

III. Si concurre con hijos que sean suyos y con hijos que el autor de la herencia hubo con otra mujer, tendrá derecho a las dos terceras partes de la porción de un hijo;

IV.-Si concurre con ascendientes del autor de la herencia, tendrá derecho a la cuarta parte de los bienes que forman la sucesión;

V. Si concurre con parientes colaterales dentro del cuarto grado del autor de la sucesión, tendrá derecho a una tercera parte de ésta;

VI. Si el autor de la herencia no deja descendiente, ascendientes, cónyuge o parientes colaterales dentro del cuarto grado, la mitad de los bienes de la sucesión pertenece a la concubina y la otra mitad a la Beneficiencia Pública.

En los casos a que se refieren las fracciones II, III y IV, debe observarse lo dispuesto en los artículos 1624 y 1625, si la concubina tiene bienes.

Si al morir el autor de la herencia tenía varias concubinas en las condiciones mencionadas al principio de este capítulo, ninguna de ellas heredará.

Art. 1624.- El cónyuge que sobrevive, -- concurriendo con descendientes, tendrá el derecho de un hijo, si carece de bienes o los que tiene al morir el autor de la sucesión no igualan a la porción que a cada hijo debe corresponder. Lo mismo-

se observará si concurre con hijos adoptivos del autor de la herencia.

Art. 1625.- En el primer caso del artículo anterior, el cónyuge recibirá íntegra la porción señalada; en el segundo, sólo tendrá derecho de recibir lo que baste para igualar sus bienes con la porción mencionada.

En relación con la sucesión de la concubina, la Suprema Corte de Justicia de la Nación a-resuelto en jurisprudencia definida lo que a continuación se transcribe:

**CONCUBINA, ACCION DE PETICION DE HERENCIA  
EJERCITADA POR LA.**

Si de las pruebas rendidas se ve que des de meses antes de la muerte del concubinario terminaron las relaciones, que aunque singulares y permanentes, habían tenido en otra época, al no perdurar hasta la muerte del autor de la sucesión. No puede cumplirse el requisito que la ley exige, de la vida de la concubina, con el concubinario, como si fuera su marido, durante los cinco años inmediatos a su muerte.

Sexta Epoca, Cuarta Parte: Vol. XXV, pág. 96 A.D.-  
5730/58. Victoria Granados Ortiz.-- Votos. 3a. sala.

El simple contenido del artículo 1635 de nuestro Código Civil hasta para establecer el principio de que el concubinato requiere de una unión-

temporal y constante, y que la concubina no es solamente cualquier madre de cualquier hijo sino precisamente la mujer que ha vivido con un hombre, como esposa, por un tiempo más o menos largo, y por lo que se refiere a la herencia, cuando el derecho se sustenta sobre la base de que una mujer tuvo hijos con el De Cujus, realmente no necesita probar que tuvo hijos, pero si es indispensable que demuestre que, además que de haber tenido aunque sea uno, vivió con aquel como si fuera su marido, aunque no determine por que tiempo, toda vez, que la ley no fija ninguno, pero siempre con la realidad-objetiva de la propia convivencia, misma.

Por otra parte para la existencia del concubinato se requiere que la mujer viva con el hombre en la misma casa, atendiéndolo y auxiliándolo en sus necesidades, como si fuera su esposa.- Este es el criterio adoptado por la ley al crear la sucesión de la concubina; en virtud de que el legislador considero, que cualquier mujer que vive con un solo hombre permanentemente y lo ayuda a formar un capital, debe ser protegida por la ley.- En consecuencia no puede considerarse como concubina a una mujer con quien se tengan relaciones sexuales accidentales, pues creemos que extremando el concepto, podría calificarse a una mujer como concubina de un hombre, aun sin tener como determinante la relación sexual.

Haciendo un somero analisis de la parte-final del artículo 1635 de nuestro Código Civil, - el cual ordena: que si al morir el autor de la su-



dre se encuentre ligado en matrimonio solemne con mujer distinta.

Igualmente se presumen hijos de los concubinarios los nacidos después de ciento ochenta días contados a partir de que se inicio el concubinato y los que nazcan después de los trecientos días siguientes al en que cesó la vida en común como se desprende de lo dispuesto en las fracciones I y II del artículo 383 de la ley objetiva civil vigente en el Distrito Federal.

3o.- El derecho de percibir alimentos en favor de los hijos habidos durante el concubinato. Una vez establecida la paternidad a través del ejercicio de la acción de investigación de la misma, la ley concede a los hijos nacidos en uniones fuera de matrimonio legal, el derecho de llevar el apellido de sus padres, así como el de percibir alimentos y el de adquirir la porción hereditaria en la sucesión del concubinario como se desprende de lo dispuesto por el artículo 389:

Art. 389.- El hijo reconocido por el padre, por la madre o por ambos tiene derecho;

I.- A llevar el apellido paterno, de sus progenitores, o ambos apellidos del que lo reconozca:

II. A ser alimentados por las personas que lo reconozcan.

III. A percibir la porción hereditaria y los alimentos que fije la ley.

4o. El derecho de la concubina o concubi

nario de percibir alimentos en la sucesión testamentaria.- Otro de los efectos producidos por el concubinato consiste en la facultad de recibir alimentos los concubinarios el uno del otro de conformidad con lo dispuesto por la fracción V del artículo 1368 que en su parte conducente establece:

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

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

### 3.- Opinión del sustentante.

Consideramos que los legisladores deben olvidarse por un momento de sus prejuicios ancestrales, y recordar que la ley es la que debe adaptarse a la sociedad en que va a regir y no esta la que debe amoldarse a la ley. en virtud de que la vida de los ciudadanos en su carácter de gobernados no debe desenvolverse a criterio y voluntad de sus gobernantes. Razón por la cual propugnamos por que se eleve a la categoría del matrimonio

civil solemne, las uniones de hecho, concubinato, matrimonio por equiparación o de hecho, en virtud de que estas últimas al igual que las de derecho forman familias y estas ya sean legítimas o ilegítimas configuran a la sociedad.

Independientemente de las razones argumentadas en el párrafo anterior consideramos con justa razón y plena convicción, que en las uniones de hecho se cumplen todas y cada una de las finalidades y obligaciones perseguidas y protegidas por el derecho en las uniones legítimas, con la salvedad de que en las uniones extramatrimoniales faltan los elementos de forma, solemnidad y reconocimiento legal. Ahora bien si creemos pertinente que se regulen jurídicamente a las uniones de hecho, lógicamente que no serán todas las existentes toda vez que algunas son contrarias a la moral a las buenas costumbres y al derecho. Tales serían el caso del incesto entre otros por lo cual las que reglamente el derecho deben reunir ciertas características a las cuales haremos mención a continuación.

**PRIMERA.**- Debe tratarse de uniones de un solo hombre con una sola mujer y que ambos tengan capacidad legal para poder contraer el matrimonio civil solemne, y tener ambos el ánimo de tratarse como marido y mujer.

**SEGUNDA.**- La convivencia de ese hombre y esa mujer debe ser bajo el mismo techo, por lo tanto es requisito indispensable que sólo tengan esa vivienda común como única constituyendo su hogar.

**TERCERA.**- Debe existir entre los presun-

tos cónyuges de las uniones de hecho, un trato sexual continuado, no esporádico, porque en este último supuesto las relaciones deben estimarse como fuera de matrimonio.

CUARTA.- La unión debe ser pública y notoria, ostentándose las partes, social y familiarmente como marido y mujer.

QUINTA.- La unión debe ser permanente por haber durado no menos de un año o bien hasta el nacimiento del primer hijo, y además no haberse interrumpido durante ese término.

SEXTA.- La capacidad y las condiciones que deben haberse cumplido en este tipo de uniones deben ser concordantes con los fijados para el matrimonio civil solemne, por lo que se refiere a impedimentos y requisitos.

SEPTIMA.- Una vez cumplidos en lo conducente todos y cada uno de los requisitos enunciados, la unión entre hombre y mujer, surtirá todos los efectos del matrimonio civil en cuanto a derechos y obligaciones se refiere.

Grave misión estamos solicitando a nuestros legisladores no lo dudamos por la índole del problema de que se trata. Así veremos infinidad de casos en los que los pro y los contra sean tantos que toda solución resulta objetable; pero, no siempre es así! otras veces son francos, abundan mucho y sin embargo hasta ahora no tenían remedio. Respecto a los casos difíciles entre los cuales se encuentra el que planteamos diremos que "mil veces -

peor que no hacer algo no perfecto será no hacer -  
cosa alguna".

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

**PRIMERA.-** El matrimonio de hecho también denominado concubinato, barraganía, contubernio, - etc., ha sido antecesor de las uniones legalmente reconocidas, no obstante ello, los legisladores - han pasado por alto su regulación directa en los - preceptos de derecho vigentes hasta el siglo pasado.

**SEGUNDA.-** Como lo hemos podido constatar - a través del estudio realizado sobre el matrimonio de hecho, 'este se ha puesto de manifiesto como un fenómeno universal y solo algunos países han tenido el valor suficiente para darle la cara al problema o realidad social llamada concubinato, el - cual se presenta continuamente y hasta se puede de - cir que esta en pleno desarrollo.

**TERCERA.-** Las uniones de hecho son muy - frecuentes en nuestro país y en otras tales como -

España, Cuba, Guatemala, Panamá y Honduras entre - otros, tan es así que los últimos han tomado con - ciencia de la magnitud del problema, razón por la - cual a tales uniones les han concedido efectos ju - rídicos similares a los del matrimonio civil solem - ne, legalmente reconocido.

CUARTA.- En nuestro Derecho Civil vigen - te se le han concedido efectos jurídicos al concu - binato tales como:

a).- El derecho de la concubina de concu - rrir a la sucesión intestada del concubinario.

b).- La posibilidad de investigar la pa - ternidad de los hijos nacidos entre los concubina - rios.

c).- El derecho de la concubina o concu - binario de percibir alimentos en la sucesión testa - mentaria.

QUINTA.- Para que el concubinato surta - efectos jurídicos en nuestro Derecho Civil en vi - gor, deben preceder a la muerte del concubinario - cinco años de convivencia con la concubina como - marido y mujer o bien que haya habido hijos entre - ambos, y además que se encontrasen libres de matri - monio y de impedimento para celebrarlo.

SEXTA.- No obstante lo anterior el matri - monio de hecho o concubinato no ha sido elevado a - la categoría del matrimonio civil solemne, razón - por la cual propugnamos por que éste fenómeno so - cial sea incorporado a los Códigos Civiles vigen -

tes en México, en términos de la opinión del sustentante, misma que en obvio de inútiles repeticiones, deberán tenerse por reproducidas en estas conclusiones.

## BIBLIOGRAFIA

- AMEZQUITA DE ALMEIDA, Josefina, Lecciones de Derecho de Familia, Edic. Bogotá 1980.
- ACOSTA ROMERO, Miguel, Teoría General del Derecho-Administrativo, Edic. México 1975.
- BRAVO GONZALEZ, Agustín y BIALOSTOSKY, Sara. Compendio de Derecho Romano, - Edic. México 1973.
- BARBERO, Domenico. Sistema de Derecho Privado (Traducción de Santiago Santiés-Melendo), Edic. Buenos Aires 1967.
- CESAR BELLUSCIO, Augusto, Manual de Derecho de Familia T.I. Edic. Buenos Aires-1975.
- CESAR BELLUSCIO, Augusto. Manual de Derecho de Familia T.II Edic. Buenos Aires - 1975.
- CLAVIJERO, Francisco Javier. Historia Antigua de México (Traducida al Español por Francisco Javier Pablo Vazquez).
- DE PINA, Rafael. Elementos del Derecho Civil, Volumen I. Edic. México 1975.

- ELIAS Y DE ELOY, José Antonio. Manual de Derecho - Civil Vigente en Cataluña. Edic.- España 1885.
- FRAGA, Gabino. Derecho Administrativo, Edic. México 1975.
- GALINDO, GARFIAS. Ignacio Derecho Civil, Edic. México 1976.
- GOMIS, José y Muñoz, Luis. Elementos del Derecho - Civil Mexicano Tomo Primero. Edic. México 1942.
- GARCIA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al Estudio - del Derecho. Edic. México 1975.
- HERMOSILLO ALBA, Carlos. Estudio Comparado entre - el Derecho Azteca y el Derecho Positivo Mexicano, Edic. México 1944.
- KASER, Max. Derecho Romano Privado (Traducido al - Español por José Santa Cruz Tejeiro).
- MATEOS ALARCON, Manuel. Evolución del Derecho Civil Mexicano Edic. México 1914.
- OTS CAPDEQUI, José Maria. El Estado Español en las Indias, Edic. Argentina 1946.
- ORTIZ URQUIDI, Raul. Matrimonio por Comportamiento, Tesis Doctoral 1955.

PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Tratado Elemental de Derecho Civil (Traducción al Español por Manuel Cajica).

PETIT, Eugéne. Tratado Elemental de Derecho Romano (Traducción al Español por José-Fernández), Edic. México 1976.

RIVA PALACIO, Vicente. México a Través de los Siglos Tomo I.

RODRIGUEZ RUIZ, Napoleón. Historia de las Instituciones Jurídicas Salvadoreñas - Tomo I.

RODRIGUEZ RUIZ, Napoleón. Historia de las Instituciones Jurídicas Salvadoreñas - Tomo Segundo, Edic. Salvador - 1959.

RAMIREZ SANCHEZ, Jacobo. Introducción al Estudio del Derecho Civil y Nociones de Derecho Civil, Edic. México 1960.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil Tomo I. Edic. México 1976.

SOTO PEREZ, Ricardo. Nociones de Derecho Positivo-Mexicano, Edic. 1975.

VENTURA SILVA, Sabino. Derecho Romano, Edic. México 1976.

VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. Edic. Bogota 1970.