



Universidad Nacional Autónoma de México

E. N. E. P. - ACATLAN

SITUACION JURIDICA DEL CONCUBINATO .



T E S I S

Que para obtener el título de:
LICENCIADO EN DERECHO

p r e s e n t a :

LAURA PATRICIA CORTES CAÑAS

7668130 - 9

M-0028436



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,

SR. ANDRES CORTES ESPEJEL
Ejemplo de rectitud y amor.

SRA. IRMA HELEANA CAÑAS DE CORTES
Con cariño y respeto.

A ELLOS, POR EL APOYO Y COMPREN-
SION QUE SIEMPRE ME HAN BRINDA-
DO.

I N D I C E

	Página
INTRODUCCION	1
CAPITULO I	
CARACTERISTICAS DEL CONCUBINATO	4
1. Origen de la palabra.	5
2. Definición	10
CAPITULO II	
ANTECEDENTES HISTORICOS	23
1. Roma.	24
2. España	36
3. Francia	44
4. Antecedentes Nacionales.	49
CAPITULO III	
DERECHO POSITIVO MEXICANO	58
1. Situación de los bienes de los concubinos en materia de Derecho Social	60

M-0028436

	Página
1.1. Ley Federal del Trabajo 65
1.2. Leyes de Seguridad Social 77
1.2.a. Ley del Instituto Mexicano del Seguro Social 77
1.2.c. Ley del Instituto de Seguri- dad y Servicios Sociales pa- ra las Fuerzas Armadas Mexi- canas. 93
1.3. Derecho Comparado 102
2. Situación de los bienes de los - concubinos. 108
2.1. Derecho Familiar. Código Civil de 1928. 108
2.2. Derecho Comparado 120
3. Derecho Sucesorio 134
3.1. Derecho Positivo Mexicano 134
3.2. Derecho Comparado 146
4. Apéndice de Reformas por Decreto del 27 de diciembre de 1983. 151
CAPITULO IV 156
PROYECTO DE LEGISLACION FAMILIAR 156
CONCLUSIONES 169
BIBLIOGRAFIA 174

La unión libre es un hecho grave que se presenta cada día, abarcando todas las esferas sociales y que trae aparejadas situaciones que el derecho no puede ignorar, porque se trata en verdad de la unión de un hombre y una mujer libres - que comparten una vida común a la que sólo le falta un requisito: la sanción legal, la formalidad. Pero en la que encontramos identidad con los fines que se atribuyen al matrimonio como son: ayuda mutua, procreación y educación de los hijos, asistencia recíproca y un largo trabajo en común. Sintetizados todos ellos por la expresa y libre voluntad de llevar juntos el hombre y la mujer una vida y buscar así la felicidad.

Por su contenido, posee la misma esencia que el matrimonio y como nos dice elegantemente el Conde de Keyserling, "el matrimonio no es el amor institucionalizado, ni un contrato que asegura la procreación de los hijos o una cooperativa económica, el matrimonio es un lazo espiritual libremente --- aceptado y consentido que integran en una síntesis superior y autónoma, si no todas, por lo menos una gran parte de las tendencias que impulsan a los sexos a unirse".

Es así, que la unión de una pareja sin formalización legal no ha podido ser ignorada por el Derecho, reconociéndosele en la actualidad sendos derechos a la par que al matrimonio. Pero sólo en la medida en que el concubinato ingrese bajo el contralor jurídico en las diferentes ramas que éste abarca, hará accesible a la gran masa de nuestra pobla--

ción la protección que les falta, para que en lo sucesivo, las uniones libres sean dotadas de estabilidad y no situaciones meramente fácticas en las que cada uno de los concubinos puede ser abandonado de la noche a la mañana en la miseria o en la enfermedad por el mismo que se haña constituido en su sostén durante largos años.

Una regulación más a fondo de esta unión, llevada a cabo por el Derecho de Familia, contribuirá a que las diversas ramas de nuestro ordenamiento jurídico normen de manera más -- justa y equitativa dicho enlace..

Este es el tema cuyo estudio someto ahora a consideración del H. Jurado, solícitando de sus integrantes benevolencia en su apreciación.

C A P Í T U L O I

CARACTERÍSTICAS DE CONCUBINATO.

1. Origen de la palabra.
2. Definición.

1. ORIGEN DE LA PALABRA.

En el mundo moderno, el principio de que el matrimonio sólo surge a través de una forma y no mediante la simple convivencia está acogido casi universalmente, pero existen -- países en los que se reglamenta también otro tipo de uniones; en los que el matrimonio deja de ser la única forma de unión conforme a la moral, "se le añade un concubinato favorable y se ve en él un matrimonio de hecho que viene a ser fuente de derechos". (1)

En tal sentido, la calificación de matrimonio de -- hecho que se aplica corrientemente al concubinato no pretende negar que produce determinadas consecuencias negativas, pero que las leyes de algunos países han tratado de aminorar en la jurisprudencia o dentro de su propia legislación.

La legislación mexicana, por su parte, reconoce junto al matrimonio de derecho (solemne), la existencia de una - unión de hecho entre un hombre y una mujer sin formalización legal; no se refiere a una unión meramente accidental, sino - "a aquella que ofrece características de permanencia y constititución de un núcleo formado por los progenitores y los hijos, pero que no reviste sin embargo, la estabilidad del matrimonio"(2)

(1) IBARROLA, Antonio de. DERECHO de Familia. Editorial Po---rrúa-México, 1977. Pág. 391.

(2) LAFAILLE, Héctor. Derecho de Familia. Buenos Aires, 1930. Biblioteca Jurídica Argentina. Pág. 46.

La acepción más remota de la palabra concubinato la ofrece el Derecho Romano que es la compilación que influye directamente sobre nuestro Derecho Privado, es así que en su origen etimológico, proviene del latín "Concubinatus", palabra que deriva de concubina (ae), cuya raíz es CONCUBO, verbo intransitivo formado por la preposición CUM y el verbo CUBARE que significa COMUNIDAD DE LECHO; en sentido estricto, expresa, el tener relaciones carnales con una persona.

En el antiguo derecho romano, el concubinato era un hecho ajeno a toda previsión legal siendo considerada y llamada vulgarmente con el término de manceba o "pellex", la mujer que no siendo casada vivía con alguno, o como lo expresa el Digesto "la que ocupaba en la casa el lugar de la esposa sin haber habido nupcias". (3) Tal unión no era castigada por la ley, antes bien, era la lícita convivencia de un hombre ligado a una pellex" (4) y reconocido en las costumbres. Pero como institución el concubinato debe su nombre legalmente admitido a la legislación imperial de Augusto, en especial a la llamada LEX JULIA DE MARITANDIS ORDINIBUS del año 18 A. de C. y a la LEX PAPIA POPPAEA del año 9 a. de C. Estas leyes tenían por objeto acrecentar la población y poner fin a la co-

(3) DIGESTO. Editorial Aranzadi. Pamplona 1972. Tomo 1. Libro 16.44.

(4) SERAFINI, Felipe. Instituciones de Derecho Romano. Barcelona. Hijos de Espasa, Editores. Tomo Segundo. Pág. 240.

rrupción de las costumbres que se adueñaban de la sociedad romana a los comienzos de la época imperial.

Así, gracias a la Ley Julia, la mujer que integraba la unión irregular recibió el nombre de concubina, juzgado como más honorable que el de pellex, quedando éste reservado en adelante para designar a la mujer que tenía comercio carnal con un hombre.

El concubinato adquirió el carácter de institución legal que vió reafirmada su condición, al ser insertados en la Compilación de Justiniano los Títulos "DE CONCUBINIS" (Digesto, Tomo XXV, 7), que le dieron una reglamentación minuciosa.

En principio, el concubinato estaba permitido con las mujeres respecto de las cuales no era posible el stuprum, s decir, con las manumitidas, las de baja extracción y las esclavas. Pero una mujer honesta podía descender al rango de concubina, sólo que en este caso era preciso una declaración expresa. El emperador Justiniano le dió la categoría de INAEQUALE CONJUGIUM, reconociéndolo como una especie de matrimonio de condición jurídica inferior, definido como una unión legítima de hombre y mujer y base de una comunidad de vida.

Esta concepción de comunidad de vida existente en Roma es esencial al concubinato y la que debe tomarse en cuenta para determinar la importancia de la institución sin ape--

garse al estricto sentido etimológico de la palabra; cabe men
cionar lo que afirma Ulpiano: NUPTIAS NON CONCUBITUS, SED CON
SENSUS FACIT (Digesto, Tomo XXXV, Título 1. 15), "el consen--
sus y no el concubinatus hace al matrimonio; significa quizás
que el hecho de continuar armonizando y no el hecho de compar
tir el mismo lecho es la base del matrimonio. (5)

Puesto que se trata en verdad, de una comunidad que
se refleja más allá de las simples relaciones sexuales mante-
nidas fuera de matrimonio como una expresión de la costumbre;
entre concubinario y concubina, existen entre otros factores:
comunidad de domicilio, igualdad de tratamiento -ya no se pre
senta por existir diferencia de linajes en la pareja-, mante
nimiento de un régimen de vida en común y la exterioridad del
matrimonio. La pareja tiene la intención de procrear hijos y
apoyarse mutuamente en los lances y peripecias de la vida y -
una característica de mayor importancia, es la exigencia con-
sistente en la habilidad para contraer matrimonio, es decir,
no debe mediar entre los concubinos ningún vínculo regularmen
te contraído.

Un matrimonio anterior, válido, subsistente durante
la reunión del hombre y de la mujer conforma la figura del --
adulterio que excluye, lógicamente la existencia del concubi-
nato. El adulterio y el concubinato se excluyen y naturalmen

(5) FLORIS Margadant, Guillermo. Derecho Romano. México, ---
1975. Editorial Esfinge. Pág. 207.

te no pueden coexistir. El carácter delictuoso del adulterio no existe en el concubinato que presupone la libertad del hombre y de la mujer para decidir su unión.

Diversamente apreciado desde el punto de vista jurídico en todas las épocas, el concubinato aparece o repudiado enérgicamente o admitido con alternativas, o también con definitiva y tajante eficacia jurídica. Esta diversidad de juicio parece ser consustancial al concubinato, pues considerándolo desde los momentos iniciales de su desarrollo, hasta ahora, la latitud con la que se aprecia se establece siempre con posturas diferentes, que van desde la repulsa que le niega toda posibilidad de ingreso al orden jurídico, hasta las que lo acogen para acordarle grandes reconocimientos. Quienes ven en el concubinato una afrenta a las buenas costumbres, un ataque a la familia, invocan como más grave razón la moral lesionada. Pero en verdad, es más inmoral desconocer las consecuencias y obligaciones que trae consigo. Por ello también es importante señalar que la magnitud con que se mide el concubinato, varía con cada época o con cada país, o aún con cada cultura; desde Roma, es decir, desde el momento en que cobra existencia el concubinato en un sistema de derecho que después forma la base del orden jurídico privado de occidente, es impregnado o admitido con invocación a la moral, porque la unión libre no reviste en definitiva un carácter inmoral.

2. DEFINICION.

En el capítulo anterior se estableció que es a partir de Justiniano cuando en el Imperio Romano se reconoce al concubinato como un matrimonio regular de segundo orden, pero lícito y con una reglamentación jurídica propia. Existiendo sin embargo, notorias semejanzas entre el matrimonio legítimo conocido como "justae nuptiae" y el concubinato; "debido a la exclusividad y permanencia de las relaciones que caracterizaban este último, soliendo ser ello causa de error en los contratantes". (6)

Entonces, ¿de qué manera distinguieron los romanos al concubinato de las justas nupcias?

El matrimonio legítimo, unión concertada conforme a las reglas del Derecho Civil se perfeccionaba por el mero consentimiento, pues como afirma José Arias, "los romanos no conocieron sino hasta la época del Cristianismo, las ventajas de la inscripción de los actos relativos al estado civil en los registros públicos, sólo los nacimientos, a partir de Marco Aurelio, debían anunciarse al Praefectus Aerari, pero nunca hubo registro civil completo". (7) Por ello, en las justas

(6) ENCICLOPEDIA Jurídica Omeba.

(7) ARIAS, José. Manual de Derecho Romano. Buenos Aires, 2a. Edición. Editorial Guillermo Kraft, Ltd. Pág. 172.

nupcias no existían más signo aparente que la convivencia, -- siendo menester que la jurisprudencia elaborase todo un sistema de presunciones para resolver las situaciones más aparentes para distinguirlos, entre estas presunciones se nombran las siguientes:

1) La existencia de un factor interno, psicológico llamado AFFECTIO MARITALIS, consistente en la intención de -- ser marido y mujer, de fundar una unión liberorum quarendorum causa. Podría ser considerado como una especie de consentimiento, con la característica de que no debía ser tan sólo -- inicial, sino duradero, continuo; de ahí que los romanos más que consensus lo llamaban affectus, que indica exactamente -- una voluntad con ese carácter, a manera de que si faltaba en cualquier momento, el matrimonio cesaba. La posibilidad, --- afirma Degni, "de que el matrimonio se constituyera aún cuando el marido estuviera lejos, demostraba claramente que el -- elemento del affectio era tomado en sí mismo en sentido ético, no material". (8)

El affectio debía inferirse de las circunstancias -- que rodeaban la unión, mediante las declaraciones de los cónyuges mismos o de los parientes y amigos; pero más que mediante su manifestación exterior, se demostraba por medio de ---- HONOR MATRIMONII que es el modo de tratarse en todas las formas, como en sociedad se deben de tratar dos cónyuges, conser

(8) DEGNI, Francesco. Il diritto di Famiglia del Nuovo Codice Civile Italiano. Padova, 1943. Editorial Dott. Pág. 3.

vando la mujer la posición social del marido y la dignidad de esposa.

Estos aspectos en el concubinato no se presentaban ya que la mujer tratándose de un matrimonio libre, se mantenía como dueña y señora de sus bienes o en su caso, seguía sujeta a los vínculos de su familia original.

2) Una presunción derivada de la calidad de los interesados. Ya que las justas nupcias eran privativas de los ciudadanos romanos -quienes en principio, eran los únicos que gozaban del Ius Connubium. Bajo este aspecto Justiniano las define como "VIRI ET MULIERIS CONIUNCTION INDIVIDUAM VITAE CONSUECUDINEM" (Institutas 9.1), cuya versión más fiel sería: "LA UNION DEL HOMBRE Y LA MUJER QUE IMPLICA IDENTIDAD DE CONDICION". (9)

Ahora bien, para los romanos, cuando existía una gran desigualdad de condiciones o de diferencia de linajes, se estaba en presencia de una unión concubinaria. A este punto se puede establecer que el Concubinato fuese definido como "la cohabitación de un hombre con una mujer de baja condición sin affectio maritalis". (10)

A partir de la legislación justiniana, el concubinato pierde su antigua estructura y queda definido desde en-

(9) ARIAS, José. Ob. Cit. Pág. 169.

(10) BONFANTE, Pedro, Instituciones de Derecho Romano. Madrid, 1959. Instituto Editorial Reus. Pág. 197.

tonces, como la cohabitación estable de un hombre con una mujer de cualquier condición sin affectio maritalis.

Esta definición de la unión concubinaría en Roma, - podría tener cierta vigencia actualmente; ya que se trata en efecto, de la unión continuada de un hombre y de una mujer en aptitud para contraer nupcias que aparentan vivir ligados por un acto regular.

Es decir, que el concubinato exige para configurarse la habilidad para contraer matrimonio regularmente, sin incurrir en ninguna violación de la ley. Queda implícito que - deben de mediar la aptitud sexual necesaria y la libertad o - la ausencia de cualquier impedimento que comprometa la viabilidad del matrimonio.

Existen muchas definiciones del concubinato, de las que sólo se mencionarán algunas:

El Diccionario Larousse, lo define como "la vida -- que hacen el hombre y la mujer que habitan juntos sin estar - casados"; Rafael de Pina en su Diccionario de Derecho explica que es "la unión de un hombre y una mujer, no ligados por --- vínculo matrimonial a ninguna otra persona, realizada voluntariamente sin formalización legal, para cumplir los fines atribuidos al matrimonio". Todas ellas están de acuerdo en que - el concubinato en esencia es: La unión de un hombre y una mujer (ambos solteros), que mantienen relaciones sexuales y que comparten una vida en común. Desprendiéndose tres de los ele

mentos característicos del concubinato:

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

El primer elemento, excluye todas las relaciones -- anormales entre personas del mismo sexo, además de que no se trata de una alianza cualquiera de un hombre con una mujer, -- como ejemplo, cuando éstos se unen con el fin de constituir, verbigracia, una sociedad mercantil, sino que esa unión debe implicar la vida en común de los unidos, como marido y mujer.

El segundo elemento excluye todas las relaciones de carácter pasajero. El encuentro azaroso, la coincidencia momentánea o, todavía, el pequeño período de convivencia común, son ineficaces para constituir la figura del concubinato en -- las relaciones de tipo accidental y, asimismo, en aquellas cu yo desarrollo se efectúe dentro de un período deliberadamente establecido, falta junto con el sentido de la permanencia, el elemento anímico que dá el tono afectivo del concubinato. Es más, la apariencia del matrimonio legal debe presidir la exterioridad del concubinato, esto es, que el hombre y la mujer -- constituyan un hogar.

Finalmente, en lo que hace al trato sexual debe expresarse que el mismo sea continuado y no simplemente esporádico. La unión sexual del hombre y de la mujer, discontinua,

intermitente o con reiteración periódica, aún en lapsos de -- larga duración, no configuran el concubinato. La comunidad de lecho debe de ser constante y la continuidad del trato sexual mantenida con la regularidad de un matrimonio legítimo, ya que en caso contrario las relaciones deben estimarse realizadas fuera de la presencia del propio concubinato.

Se puede afirmar que los tres mencionados elementos de hecho, exigen el cumplimiento de determinadas condiciones; las cuales -como afirma Le Reverend Brusone- debe llenar el concubinato para que sea tomado en cuenta por el Derecho:

Condición de Singularidad.- Unión de un solo hombre con una sola mujer.

Condición de Fidelidad.- Intimamente ligada con la anterior.

Condición de Estabilidad y Notoriedad.- Es decir, la posesión de estado de los concubinos para tener el nomen, el tractatus y la fama de casados, o sea, vivir como marido y mujer imitando la unión matrimonial.

Condición de Publicidad.- Debe tratarse de un concubinato notorio, por lo tanto, la clandestinidad en el mismo -impide que se le tome en cuenta para producir efectos jurídicos.

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

Intimamente relacionado con estas características - se encuentra el problema relativo al tiempo que ha de durar - la unión para que sea acogida por el Derecho y surta efectos legales.

En el matrimonio solemne, este factor carece de importancia, pues basta que se celebre con las solemnidades requeridas por la ley para que el mismo exista, no importando - absolutamente que los casados no vivan en común un solo ins-- tante o momento posterior a dicha celebración, ya que siendo el caso de que inmediatamente se separaran, el matrimonio sub-- sistiría.

El problema surge tratándose de la unión libre, ya que si en el matrimonio solemne la forma es el elemento básico, en la unión libre los hechos son todo -de ahí que en la - doctrina se le suele llamar Matrimonio de Hecho. Entonces, - pues, ¿cuánto tiempo ha de durar la unión para que pueda sur-- tir efectos legales y ser reconocida por el Derecho?

Se puede decir que existen diversidad de criterios respecto al problema, y las legislaciones de cada país siguen su propio sistema, conviene transcribir la legislación al res-- pecto de países como Bolivia, Guatemala, Venezuela y México.

"El artículo 131 de la Carta Magna de Bolivia de 24 de Noviembre de 1945 dispone a la letra que "se reconoce el - matrimonio de hecho en las uniones concubinarias con solo el transcurso de dos años de vida en común, verificada por todos los medios de prueba o el nacimiento de un hijo siempre que - las partes tengan capacidad legal para contraer enlace. La - ley del Registro Civil perfeccionará estas uniones de hecho".

"El artículo 1º del Estatuto de las Uniones de Hecho expedido por el Congreso Guatemalteco el 29 de Octubre de 1947 establece: Se reconoce legalmente la unión de hecho de un hombre y una mujer, con capacidad para contraer matrimonio y con el fin de vivir juntos, procrear, alimentar y educar a sus hijos, y auxiliarse mutuamente, mantenida en forma pública y consecutiva por más de tres años, siempre que estos hubiesen fundado un hogar y que ambos se hayan tratado como tales ante sus familiares o relaciones sociales".

"En Venezuela, el artículo 767 del Código Civil de 1942, afirma: Se presume la comunidad salvo prueba en contrario, en aquellos casos de unión no matrimonial cuando la mujer demuestra que ha vivido permanentemente en tal estado y ha contribuido con su trabajo a la formación o aumento del patrimonio del hombre". (11)

El artículo 18 del Código de Familia de Cuba de --- 1975 señala:

"La existencia de la unión matrimonial entre un hombre y una mujer con aptitud legal para contraerla y que reúna los requisitos de singularidad y estabilidad, surtirá todos los efectos propios del matrimonio formalizado legalmente --- cuando fuere reconocida por tribunal competente".

La legislación mexicana por su parte, reconoce solo ciertos efectos jurídicos al concubinato tras un lapso de cinco años de vida en común como mínimo, según lo establece la fracción V. del artículo 1368 de nuestro Código Civil en vigor y que a la letra dice:

"El testador debe dejar alimentos a las personas -- que se mencionan en las siguientes fracciones. Fracción 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 perma-

(11) ORTIZ, Urquidí, Raúl. El Matrimonio por Comportamiento. México, 1955, Editorial Stylo. Pág. 103.

necido libres de matrimonio durante el concubinato y que el superviviente esté impedido para trabajar y no tenga bienes suficientes. Este derecho solo subsistirá mientras la persona de que se trata no contraiga nupcias y observe buena conducta. Si fueran varias las personas con quien el testador vivió como si fueran cónyuges, ninguna de ellas tendrá derecho a alimentos".

Con estos pocos ejemplos, se puede observar que el problema de cuanto debe durar dicha unión para producir ciertos efectos jurídicos, es de difícil solución ya que no estamos en presencia de un criterio absoluto y unificado, porque los términos oscilan entre una cierta cantidad de años de vida en común y en simplemente definirlo como una unión permanente y estable. Le Reverend Brusone precisa y señala el significado del vocablo estabilidad, distinguiéndolo de otros dos que le están próximos: permanencia y subsistencia.

Afirma dicho autor, que "tal distinción no se obtiene por la consideración intrínseca de las palabras, sino por su relación con una idea de lo que actualmente es, es decir, que subsistente es lo que sigue siendo realidad hoy; permanente tiene hasta cierto punto ese mismo sentido, si bien puede permanecer hasta un ya pasado. Estable es lo que dura, independientemente de todo momento actual o pasado; es una posición o noción relativa, y desde luego nunca dependiente de la situación actual". (12)

(12) LE REVEREND Brusone, Eduardo, Matrimonio Anómalo. Citado por Ortiz Urquidí, Raúl. Ob. Cit. Pág. 43.

De manera pues, que con este criterio y siendo como es, evidentemente una condición del concubinato la estabilidad, lo que importa es que tal unión no sea ni haya sido efímera, pasajera, sino que dure independientemente de darse el caso de que al poco tiempo de iniciada una unión bajo las ya señaladas condiciones de singularidad, estabilidad, notoriedad y permanencia, fallezca el marido y la mujer quede encinta, pongamos por ejemplo, es innegable la existencia de tal unión. Por lo que evidentemente también, cuando con motivo de dicha unión tengan que plantearse situaciones de conflicto ante una autoridad judicial, corresponderá a ésta, usando de su prudente arbitrio, decidir en cada caso si tal condición de estabilidad se llegó a realizar o no; pues como Le Reve--rend mismo expresa, "en cuanto a la duración necesaria de esas relaciones para considerarlas estables, es cosa sobre la cual no se puede apriori dar una pauta ya que tal calificación dependerá de las circunstancias del lugar, tiempo, clase de personas afectadas, razón por la que verosímilmente no celebraron el matrimonio y cuantas más puedan ser tomadas en cuenta".

Para tener un concepto más amplio del significado del concubinato, no se debe olvidar que al igual que el matrimonio como fenómeno humano, determina vínculos biológicos entre la pareja y respecto de sus hijos, un estado natural que existe con independencia de los preceptos que regulen esa situación. "De acuerdo con ese vínculo biológico, todas las re

laciones intersexuales son idénticas, del mismo modo que la consanguinidad carece de diferencias -así como se es padre y madre, se es hijo, se es hermano, se es abuelo, por el solo hecho de haberse producido los fenómenos biológicos correspondientes". (13)

Por ello, a estas nociones como uniones sexuales en las que en cierta manera se verifica con propiedad el mismo contenido, es necesario agregar alguna nota que marque su diferencia específica. En este punto, inmediatamente surge un carácter que destacan los juristas y que es "la legalidad": "el matrimonio es la completa comunidad de vida entre hombre y mujer jurídicamente reconocida". Pero si bien la legalidad es un carácter más no la esencia del matrimonio. Es necesario hacer notar que un vínculo biológico carezca del correlativo vínculo jurídico, en cambio es imposible que se admita un vínculo jurídico sin que anteriormente se presente un vínculo biológico, es decir, que la ley no puede restar efectos a la realidad, pero no puede atribuir realidad.

"La familia es una y dentro de ella existirán vínculos jurídicos legítimos y vínculos jurídicos ilegítimos; pero no por ser ilegítimos la ley les va a desconocer su protección, las relaciones familiares son genéricas y de una sola y única naturaleza". (14) Por ejemplo, cuando el Código Penal

(13) DIAZ DE GUIJARRO, Enrique. Tratado de Derecho de Familia. Buenos Aires, 1953. Tipográfica Editora Argentina. Tomo Primero, Pág. 19.

(14) Tomado de Díaz de Guijarro Enrique. Ob. Cit. Pág. 20.

en su artículo 323 tipifica al delito de parricidio expresa:

"Se dá el nombre de parricidio: al homicidio del padre, de la madre o de cualquier otro ascendiente consanguíneo y en línea recta sean legítimos o naturales, sabiendo el delinciente ese parentesco".

El Código Penal habla de ascendiente y descendiente o limitadamente de cónyuges, hijos y nietos, no califica los vínculos por lo que se puede decir, que prevalece la realidad biológica sobre la realidad jurídica.

Con lo expuesto, se trata de considerar al concubinato elevándolo a la categoría matrimonial cuando asume similares condiciones exteriores por su estabilidad y singularidad, con el objeto de que el derecho reconozca la existencia de todos los efectos jurídicos que es capaz de producir. Al haberse enumerado las disposiciones que al respecto han acordado países como Bolivia, Venezuela o Cuba, se advierte que el concepto de concubinato se haya caracterizado con requisitos como:

- Capacidad legal para contraer nupcias.
- Convivencia estable y singular.
- Unión de un solo hombre con una sola mujer.

De tal forma, quedan descartadas las uniones de quienes cuentan con impedimentos matrimoniales, así como también las convivencias pasajeras y las paralelas a un matrimo

nio legal. Se confirma así que las legislaciones referidas -
recogiendo un fenómeno social de los países en que rigen tra-
tan de dignificar las situaciones especiales en que media en
aparición el estado matrimonial.

C A P Í T U L O I I

ANTECEDENTES HISTORICOS

1. Roma
2. España
3. Francia
4. México

1. ROMA

El derecho romano reconoció en el matrimonio civil - al que denominó *justae nuptiae*, el fundamento de la familia y de la sociedad procediendo a dictar normas que han dado al instituto una configuración especial y que han regulado lo relativo a los requisitos necesarios para la celebración, el régimen de los impedimentos matrimoniales y a las distintas causas que provocaban su extinción. También la legislación romana reconoció otra forma de comunidad conyugal permanente, el concubinato, "al que no obstante faltarle los rasgos característicos de la *justae nuptiae*, producía consecuencias jurídicas de orden - personal y patrimonial semejantes a las del matrimonio". (1)

JUSTAS NUPCIAS.- Para los romanos, el matrimonio (matrimonium *nuptiae*) era la unión de dos personas de diferente - sexo efectuada con la intención común de ser marido y mujer y de procrear y educar a los hijos que de dicha unión nacieran - constituyéndose entre ellos una comunidad absoluta de vida, -- imprimiendo al matrimonio algunos rasgos peculiares que hacen de él, un instituto distinto del matrimonio moderno.

En efecto, no constituía un acto jurídico, a decir de Peña Guzmán, que se perfeccionara por el cumplimiento de - formalidades especiales, sino que estaba integrado por:

(1) PEÑA Guzmán, Luis. Derecho Romano. Buenos Aires, 1966. Tipográfica Editora Argentina, Pág. 475.

a) Un elemento objetivo derivado del hecho de la --
convivencia, la cual debía estar basada en una relación conti-
nuativa, es decir, en un estado permanente y duradero, porque
el simple acuerdo inicial de considerarse marido y mujer no -
bastaba para configurar matrimonio, comenzando la vida en co-
mún en el momento en que la mujer era introducida en el domi-
cilio conyugal, sin importar que el marido estuviera ausente.

b) Un elemento subjetivo o intencional representado
por la affectio maritalis, que estaba dado por la intención -
de los contrayentes de considerarse recíprocamente como mari-
do y mujer, reflejándose por las manifestaciones que hicieran
a extraños de haber contraído nupcias y por el conocimiento -
que los parientes y amigos tuvieran del hecho.

Ambos elementos debían de ser considerados con un -
criterio ético y no meramente material porque el estado conyu-
gal subsistía mientras los esposos mantuvieran una conducta -
demostrativa del affectio, no atribuyéndose a la unión carnal
las consecuencias jurídicas reconocidas por otras legislacio-
nes, ya que no era la convivencia sino el consentimiento lo -
que constituía las nupcias. A manera de ejemplo de la impor-
tancia del affectio, encontramos que en el Digesto, Ulpiano -
expresa:

"Si los cónyuges hubieran vivido separados por mu-
cho tiempo, pero se mantenían el recíproco respeto matrimo-
nial, lo que sabemos que ha ocurrido a veces incluso entre --
personas de rango consular, creo que las donaciones no son vá-
lidas, como si el matrimonio no se hubiese interrumpido, pues
no es la unión de hecho lo que hace al matrimonio, sino la --
afección marital".

Desde muy antiguo, el derecho romano admitió que el marido adquiriera sobre la mujer una potestad especial llamada "manus", que hacía que ella ingresara a su familia civil - y que sus bienes cayeran bajo el dominio del cónyuge, o sea, la llamada "conventio in manu" que es el acto por el cual ingresa la mujer en la familia del esposo, rompiendo todo lazo con su familia originaria. En el matrimonio cum manu, el poder marital se obtenía mediante actos formales que eran: la Coemptio, la Confaerratio y el Usus.

LA COEMPTIO

Era el modo normal de crear la manus en el período clásico. Originariamente era sin duda, una venta real de la novia hecha al novio por el padre o tutor, en tiempos posteriores, la coemptio de la mujer se verificaba por el padre, - combinada con una promesa recíproca de los contrayentes mismos, que gradualmente fue pasando a ser lo principal, hasta - dar lugar a la apariencia de que era la mujer misma la que intervenía como sujeto de compra.

LA CONFAERRATIO

Esta forma de someterse a la manus era aplicable exclusivamente al matrimonio de los patricios, por ser éstos -- los únicos que en los primeros tiempos podían ocupar las dignidades matrimoniales. El matrimonio se celebraba en forma - de ofrenda a Júpiter con ciertas palabras sacramentales, ante

diez testigos y ante el Pontifex Maximum y el Flamen Dialis. No es una verdadera forma religiosa, es más que todo el matrimonio de los patricios, como se puntualizó, y probablemente se creó para conservar puros los linajes nobles y era, en todo caso inexcusable para el Rex Sacrorum y los grandes Flámines, quienes debían ser engendrados en ese matrimonio y vivir en él.

EL USUS

Al lado de estas dos formas matrimoniales, coemptio y confaeratio, se hizo necesaria una forma complementaria de casamiento, sobre la que no pesara el rigor formalista del antiguo derecho.

El Usus era el modo de adquirir la manus por el transcurso del tiempo; esto quiere decir, que el estado real de matrimonio persistente durante un año tenía eficacia convallidatoria y se admitió que el marido pudiera adquirir la manus marital sin necesidad de que mediase forma alguna de celebración, por el simple transcurso de un año ininterrumpido de vida matrimonial. Tal adquisición por usucapión podía evitarse cuando la mujer pasara cada año tres noches fuera del domicilio conyugal -figura llamada Trinoctio Usurpatio-, con el ánimo de interrumpir el usus.

"Pero estas formas matrimoniales fueron cayendo en desuso, la confaeratio se utilizaba muy poco en la época de

Cicerón, en tiempos de Tiberio era raro encontrar patricios nacidos de matrimonio acompañado de *confaeratio* y este mismo emperador abolió sus efectos. En la época de Gayo, el *usus* estaba en parte derogado por las leyes, y en parte olvidado por la falta de costumbre". (2)

La *conventio in manu* desaparece totalmente en el siglo III a. de C. y no tardó en imponerse en Roma el concepto de que la mujer podía casarse sin caer in manu quedando *sui juris*, si tal era su condición en la familia, o continuando bajo la potestad de su pater, si era *alieni juris*. Aparece así el matrimonio libre o matrimonio *sine manu* que no colocaba a la mujer bajo la potestad marital. Este desdoblamiento entre matrimonios con *manus* y sin ese poder, según explica el Prof. Von Mayr, "tuvo lugar gradualmente, y es muy posible que los matrimonios *sine manu* empezasen a tolerarse como una relación equívoca en aquellos casos en que no cabía un matrimonio pleno por falta de *connubium*, es decir, entre patricios y plebeyos, especialmente mientras estos carecieron de *connubium*. Esto es lo único que puede explicar el matrimonio sin *manu* como un fenómeno de masa, al menos en los primeros tiempos". (3)

(2) IGLESIAS, Juan. Derecho Romano. Barcelona, 1965. Editorial Ariel. Pág. 513.

(3) VON MAYR, Robert. Historia del Derecho Romano, España. -- 1941. Segunda Edición, Colección Labor. Pág. 151.

Aunque la extinción de la manus no se producía por el solo hecho de la disolución del matrimonio, sino que, por haberse adquirido solemnemente era menester la realización de un acto conducente a liberar a la mujer de tal potestad. De tal manera, el vínculo creado por la *confaeratio* se disolvía por una ceremonia contraria llamada *difaeratio*; en tanto que la manus adquirida por *usus* o *coemptio* quedaba sin efecto mediante un proceso análogo al empleado al emancipar a un hijo, realizándose entonces las correspondientes emancipaciones seguidas de la manumisión.

El matrimonio *sine manu* adquirió singular importancia desde los tiempos de la República llegando a ser la típica *justae nuptiae* del derecho romano. Por fin en el derecho justinianeo, solamente se reconoce la existencia del matrimonio libre, *sine manu* que se celebraba sin formalidad alguna.

CONCUBINATO.- Ahora bien, la legislación romana admitió además del matrimonio legítimo, la existencia de otra forma de comunidad conyugal permanente: el concubinato.

Ya se ha señalado que los matrimonios *sine manu* -- carecían de una forma solemne para su celebración, perfeccionándose por el mero consentimiento, y como afirma Von Mayr, podrían por tanto confundirse exteriormente con el concubinato, del que solo los diferenciaba un factor interno: la *affectio maritalis*.

El concubinato no fue castigado por la ley, ni tam

poco llegó a ser reprobado por la conciencia social, antes - bien, ya a causa de las penas graces contra el stuprum, o sea, la relación sexual con una mujer de condición social honrada (honesta) ya a causa de las prohibiciones de las nupcias entre senadores y libertas o mujeres de teatro, entre gobernadores y mujeres de su provincia, el concubinato se difundió extensamente en la sociedad imperial, y si jurídicamente el concubinato era una institución de hecho meramente tolerada, del lado ético y afectivo y en los usos sociales no se confundía en lo absoluto con las uniones transitorias y voluptuosas.

A su difusión contribuyeron en gran parte las leyes matrimoniales de Augusto: La Lex Julia de Maritandis Ordini- bus del año 18 a. de C. y la Lex Papia Poppaea del año 9 a. - de C., quien las dictó con el fin de acrecentar la población y poner término a la corrupción que se adueñaba de la socie- dad romana a los comienzos de la época imperial.

Así, el concubinato era la cohabitación con una mujer de baja condición, en general, una propia liberta o sea, una persona IN QUAS STUPRUM NON COMMITTUR, sin affectio ma- ritalis. En el propio Digesto se afirma que "LA CONVIVENCIA CON UNA MUJER LIBRE, NO DEBE PRESUMIRSE CONCUBINATO A NO SER QUE SE HUBIERA PROSTITUIDO". (4)

(4) DIGESTO. Ob. Cit. Tomo 23. Libro 2. Tit. 24

La ausencia del affectio, factor subjetivo tan importante en el concepto romano del matrimonio, distinguía a éste del concubinato. Pero era preciso inferirlo de motivos concurrentes: la existencia o no de diferencia de clase, la formalidad de los esponsales o también del trato con la dignidad de esposa reservado por el marido en reciprocidad del animus uxoris de la mujer. Pero sin embargo, la permanencia y la exclusividad características del concubinato, daban la apariencia de un matrimonio legal, entonces se hizo menester recurrir a una serie de presunciones:

- a) Cuando había constitución de dote, la presunción debía ser en favor de la existencia de un matrimonio, siendo como era la concubina uxor gratuita, es decir, sin aporte de bienes.
- b) Si la unión se había verificado con una mujer honesta, aún en ausencia de dote, la presunción -- era favorable al matrimonio, siempre que no mediase una declaración formal de concubinato por parte de aquella.
- c) Se presumía el concubinato cuando se trataba de una mujer deshonesto.

A partir de tales presunciones se puede afirmar, que en el concubinato la mujer no tenía la jerarquía del hombre, no era su igual sino su inferior, por ello se le juzga como una unión inferior, sin categoría social pero regular.

Ahora bien, en las situaciones del orden común, el concubinato no producía los efectos del matrimonio respecto de las personas y de los bienes de los unidos: la concubina no participaba en las dignidades de su compañero; no existía la dote, ni tampoco había lugar a donaciones por causa de nupcias. Así mismo la prohibición de hacerse donaciones no le era aplicable, no jugando por lo tanto la disposición que --- prohibía a los esposos hacerse donaciones. Cabe transcribir lo que se afirma al respecto en el Digesto:

"Veamos entre qué personas están comprendidas las donaciones y ciertamente si el matrimonio es válido por nuestras leyes y costumbres, no valdrá la donación; pero si hay algún impedimento que dirima el matrimonio valdrá la donación. Luego si la hija del senador que casase con liberto contra la constitución del Senado, o la mujer de alguna provincia con el que ejerce en ella jurisdicción contra lo mandado, valdrá la donación, porque no es válido el matrimonio; pero es justo que subsistan donaciones para que no sea mejor la condición de los que incurrieron en culpa; el emperador Severo determinó lo contrario en cuanto a la liberta de Poncio Paulino Senador, porque no la tenía por mujer, sino por concubina". (Digesto 24.1.3.1.)

La disolución del concubinato carecía del carácter de divorcio, además que el concubinato no tenía por finalidad establecer entre el hombre y la mujer una comunidad de existencia, aunque es exacto que se contraía con ánimo de perpetuidad.

El concubinato que adquirió gran auge durante la época imperial, fue combatido por los emperadores cristianos, por considerarlo contrario a la moral y a las buenas costumbres, mediante la sanción de normas restrictivas; así, veda-

ron y limitaron las donaciones y legados realizados a la concubina y a los liberi naturales, como se acostumbró después -- llamar a los hijos de éstas, y prohibieron la adrogación de los hijos, pero procurando inducir con medidas transitorias al matrimonio y a la legitimación.

"Prohibición expresa del concubinato fue establecida por los emperadores Basilio y León el Filósofo (Novela Leonis, 91). Algunos emperadores anteriores lo habían condenado antes -Aurelio entre ellos-, pero la disposición no fue respetada". (5)

Con el fin de que la unión concubinaria cesara y se convirtiera en legítima nupcia, una constitución de Constantino, creó la legitimación por subsiguiente matrimonio, que daba al hijo habido de concubinato la condición de hijo legítimo, pero prohibió a los senadores y altos funcionarios hacerse liberalidades.

Solamente Justiniano mostró una tendencia a favor del concubinato; lo eleva a la categoría de INARQUALE CONIUGIUM, y le dá una reglamentación expresa: mitigó y casi suprimió las limitaciones a los donativos; a los hijos naturales y a la concubina les dió un derecho limitado a la sucesión legítima; derecho a los alimentos en comparación con los hijos legítimos y elevó a institución permanente la legitimación. Además, manteniendo la semejanza, extendió al concubinato los

(5) ARIAS, José. Derecho Romano. Buenos Aires. Segunda Edición. Editorial Guillermo Kraft. Pág. 189.

requisitos del matrimonio:

- a) Monogamia Rigurosa. No se puede tener más de una concubina.
- b) La persona casada no puede vivir en concubinato.
- c) Impedimentos de Parentesco de Consanguinidad y Civil. No se puede ser concubina sucesiva del padre y del hijo. Dichos parentescos nacen también del concubinato.
- d) Edad Conyugal. Se exige la pubertad de las partes. Doce años para la mujer, al igual que para el matrimonio.
- e) Consentimiento. La unión con mujer ingenua et honestae vitae, puede tener lugar tanto en concepto de matrimonio, como de concubinato, salvo que para este último caso, es necesario una expresa declaración "testatio", a no ser que se hubiere prostituido.

Transcribo a continuación el título 7 de la compilación de Justiniano, que bajo el nombre de "DE CONCUBINIS" caracteriza al concubinato.

- 1.- Puede la liberta que es concubina de su patrono divorciarse de él contra la voluntad de éste y darse en matrimonio o concubinato? Yo creo en verdad que se debe quitar el derecho de casarse en el caso de una concubina que abandona a su patrono contra la voluntad de éste, ya que más honorable para un patrono es tener a su liberta por concubina que como mujer legítima.

I) Juzgo, como Aticilino, y pienso que solo puede tener como concubina sin temor al repro-

che de cometer un delito a aquellas mujeres con las que no cabe el delito de unión ilícita.

- 2.- El que tenía como concubina a una mujer condenada por adulterio, no creo que quede incurso en la Ley Julia de adulterios, aunque si en caso de haber querido tenerla como mujer legítima.
- 3.- La que fue concubina de su patrono y luego se hizo concubina del hijo o nieto de aquel, o al revés, no creo que obre bien, pues tal unión es en cierto modo incestuosa y debe prohibirse -- por tanto que se cometa tal delito.
- 4.- Es manifiesto que la concubina pueda ser de --- cualquier edad, con tal de que no sea menor de doce años.
- 5.- Si el patrono que tenía una concubina hubiera caído en locura, es más humanitario decir que ella sigue siendo su concubina.
- 6.- Puede ser concubina la liberta de otro y la mujer que nació libre, sobre todo la de origen humilde o la que ejerció la prostitución; en cambio, si quisiera alguien tener como concubina a una mujer de vida honrada, es manifiesto que no se le permita hacerlo sin constancia documental, sino que es necesario que la tenga como mujer legítima o que, si no quiere tenerla así, cometa con ella una unión ilícita.
 - I) Y no puede cometer adulterio al tener una mujer como concubina, pues, como ha escrito -- Marcelo (Dig. 7) el concubinato no está penado por la ley, ya que son las mismas leyes -- las que dieron el nombre de concubinato.
- 7.- Debe estimarse que es concubina la que un hombre tiene en tal condición por la mera intención (Paul, 19 Resp).
- 8.- El que desempeña algún cargo en una provincia pueda tener una concubina de aquella provincia.

La legislación justiniana llega a eliminar los impedimentos matrimoniales de índole social que fueron los que habían provocado la práctica frecuente del concubinato, per--

diendo de esta forma su anterior estructura, quedando desde entonces configurado en el derecho romano como LA COHABITACION DE UN HOMBRE CON UNA MUJER DE CUALQUIER CONDICION, SIN AFFECTIO MARITALIS.

2. ESPAÑA

Se presenta como interesante la regulación del concubinato en las antiguas leyes españolas. Desde el siglo XI en parte del derecho local castellano precisamente en el Ordenamiento de Alcalá-, se permite matar a quien tenga tratos carnales con la considerada "primera en casa" cuando ésta es reconocida; "en el siglo XII se permite refugiarse en ciudad con mujer que no sea casada, ya sea pariente o raptada; en el Reino de Aragón el fuero de Baroca, admite los derechos hereditarios de los hijos de la concubina cuando son reconocidos. En Tortosa, se considera como causa de desheredación, el yacer con la concubina de un descendiente". (6)

En esta época, la mujer no legítima se conoce simplemente como muchacha "manceba" lo que la hace adquirir posteriormente significado pecaminoso, y más específicamente como barragana "fuera de ganancias", alusivo a que, a diferencia de la mujer legítima no disfruta de los beneficios del régimen económico matrimonial. "Esta palabra se compone de la

(6) LALINDE, Abadía, Jesús. *Iniciación Histórica al Derecho Español*. Barcelona, 1970. Ediciones Ariel. Pág. 608.

voz arábica barra que significa fuera y de la castellana gana, de modo que las dos palabras juntas quieren decir ganancia hecha fuera de matrimonio legítimo". (7)

Según fuero y costumbre antigua de España, se distinguían tres clases de enlaces autorizados o tolerados por la Ley.

- a) El matrimonio celebrado con todas las solemnidades de derecho y consagrado por la religión.
- b) El matrimonio "a yuras", esto es, matrimonio juramentado, y era un casamiento legítimo, pero oculto, clandestino y por decirlo así, un matrimonio de conciencia que inducía perpetuidad y las mismas obligaciones que el solemne, del cual no se distinguía sino en la falta de solemnidad y publicidad.
- c) La barraganía, que era la unión o enlace de soltero con soltera a quien llamaban barragana para distinguirla de la mujer de bendiciones o mujer velada y de la mujer a yuras.

La barraganía no era un enlace vago, indeterminado y arbitrario, se fundaba en un contrato de amistad y compañerismo, cuyas principales condiciones eran la permanencia y la fidelidad.

(7) ESCRICHE, Joaquín. Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia Ensenada, B.C. 1974.

La generalidad con que hablan los fueros de las barraganas, así como de sus disposiciones políticas y leyes civiles acerca de la conservación, subsistencia y derechos de los hijos y madres, prueban que era costumbre difundida el tenerlas. Los fueros consideraban a las barraganas de los legos como mujer de segundo orden y les otorgaban los mismos favores que a las legítimas.

En el siglo XIII, señaladamente desde el año 1228 - en que se celebró el Concilio de Valladolid, los legisladores hicieron los mayores esfuerzos para exterminar la barragania, particularmente la del clero -en el que se había desarrollado con preferencia debido a su imposibilidad de contraer matrimonio-, fulminan contra los delincuentes y contra sus hijos - distintas penas: excomuniones, infamias, desheredación e incapacidad de aspirar a los oficios públicos. "Los parroquianos no oigan de tales clérigos la Misa ni reciban los sacramentos", lo cual adviértase, no por defecto del sacramento sino para reprimir a los clérigos. (Part. 1.T.6 Ley 43).

Todas esas disposiciones no lograron su propósito - en la medida deseada, pues continuó el desorden casi con la misma publicidad.

La legislación de las Siete Partidas iniciadas el 23 de junio de 1256 y concluidas en 1263, dictadas por Alfonso X El Sabio, dan una regulación jurídica a la institución, reconociendo "que no es la institución de la barragania cosa

útil para un cristiano que conforme a las prescripciones de la Iglesia cae por tenerla en pecado mortal", pero no obstante ello, reconoce "que los sabios antiguos la permitieron sin pena temporal a fin de evitar que los que las disfrutaran tuvieran pluralidad de mujeres". (8). En seguida se transcriben las Leyes I, II y III del Título XIV de la Partida IV, -- que con el nombre de "Las Otras Mujeres que tienen los Omes que No Son De Bendiciones", regulan la barragania:

Ley I. La mujer que sea recibida por barragana ha de ser libre, o bien, de vil linaje o en vil lugar nacida, -- sea o no mala de su cuerpo. Púedese recibir también como tal, tanto la liberta como la sierva. Y tomó este nombre de dos palabras: de barra, que proviene del arábigo, que quiere decir tanto como fuera, y de gana que proviene del latín, que significa ganancia, y estas dos palabras juntas quieren decir tanto como ganancia que es hecha fuera de matrimonio por la Iglesia y por ende los hijos nacidos de tales mujeres son llamados hijos de ganancia.

Ley II. El que no esté ordenado ni casado puede tener barragana sin pena temporal, no siendo ella virgen, menor de doce años, ni viuda, que viva honestamente; pero si alguno quisiere recibir a ésta por barragana, o a otra libre que no sea virgen, lo debe decir ante hombres buenos; si de otra manera la recibiese, se sospecharía que se había recibido por mujer legítima, y así lo juzgaría el juez, si se suscitase pleito sobre ello, lo que no sucedería, si hubiese probado -- que la tenía por barragana. Pero si tal viuda fuese de vil linaje, de mala fama o fuese juzgada por adulterio, no puede ser recibida por barragana, tampoco puede tomar ninguno por concubina a su parienta, ni cuñada hasta el cuarto grado; además el Adelantado de alguna provincia no podrá casarse con -- ninguna mujer de ella, pero si puede tomar una concubina. Ninguno tenga muchas barraganas, pues las leyes disponen que una sola, y de tal manera que se pueda casar con ella si quisiese.

(8) Partida Cuarta. Título XIV, Introducción.

Ley III. Que mujeres son las que no deben recibir - por barraganas los hombres nobles y de gran linaje.

Las personas ilustres, así como los Reyes, los Condes, los que descienden de ellos y otros semejantes, no deben recibir por concubina a la sierva, ni su hija, ni tabernera, regatera, alcahueta, ni sus hijas, ni otras de vil condición; si alguno contraviniere, los hijos que tuviera con ellas no se llaman naturales, sino espurios; y estos no deben entrar a la participación de los bienes del padre, el que no está -- obligado a criarlos, si no quisiere.

Se puede observar que el legislador de las Partidas, no quiso dejar de regular la situación y sus consecuencias, - tuvo que reglamentarlo para salvar la certeza de los hijos y la moralidad de las costumbres en una sociedad que -como ya - se estableció-, se encontraba corrompida y se había entregado al adulterio y al incesto. (9).

En el Título anterior se consignan los requisitos - y caracteres que comprendía la barraganía, los cuales a continuación se ennumeran:

- a) Podían admitirse por concubinas todas aquellas - mujeres mayores de doce años.
- b) Sólo se permitía la posesión de una concubina.
- c) Se prohibía la barraganía al casado y al ecle--- siástico.
- d) Se aplicaba el impedimento de consanguinidad hasta el cuarto grado.

(9) Algunos eclesiásticos llegaron a solicitar de Alfonso X, la legitimación de sus hijos para heredarlos. Lalinde - Abadía, Jesús. Ob. Cit. pág. 609.

- e) Si la que había de recibirse por barragana era mujer honesta, era necesario tal declaración ante testigos.
- f) Se permitía a las personas de gran dignidad, -- con tal de que la barragana no fuera sierva, tabbernera, etc.

Esta última característica tenía por objeto mantener en este tipo de uniones, limpia la sangre de los hijos - que pudieran procrearse y que de tenerlos con infracción a - este impedimento, no tendrían la condición de hijos natura-- les, ni podrían participar en los bienes de sus padres quienes quedaban desligados de la obligación de criarlos si no - quisieran hacerlo.

Posteriormente, en 1505, las Leyes de Toro se pronuncian al mismo tiempo contra los matrimonios clandestinos, penados con el exilio, así como contra aquellas personas que celebraran un matrimonio o unión contraria a aquel ordenado por la Iglesia. "El IV Concilio de Letrán, en 1215, había - declarado que el matrimonio se hacía por el consentimiento - de los esposos: impuso por primera vez una forma de matrimonio obligatoria: la celebración reservada al sacerdote en -- presencia de testigos". (10)

La Ley 49 de Toro hace dicha sanción en los si----
guientes términos:

(10) ORTIZ URQUIDI, Raúl, Ob. Cit. Pág. 76.

"Dispone la presente ley que el que contrajera matrimonio que la Iglesia tenga por clandestino, por ese hecho, los que intervinieron y los que sirvieron de testigos, pierdan todos sus bienes aplicados a la cámara y sean desterrados del reino, donde no vuelvan, bajo pena de muerte; y declara - que este delito sea causa justa para que el padre y la madre puedan desheredar a sus hijos de cuyo delito nadie puede acusar, sino el padre o la madre en caso de morir aquél". (11)

Como aclaración, la Iglesia tenía por clandestino - al matrimonio de tres modos:

- Por falta de testigos,
- Por falta de las proclamas, y
- Por falta de las solemnidades que exige el matrimonio.

En el Concilio de Trento (1545-1563), se consideró que las uniones libres se presentaban como un contrato despojado de toda formalidad, es decir, sin autorización, sin sacerdotes, ni testigos que dieran la bendición nupcial; y en esta forma el matrimonio se reducía a un contrato simple sin el menor carácter sacramental que Cristo le había dado. El concilio calificó como pecado mortal las uniones concubina---rias y se impusieron sanciones severísimas a los que en este estado convivían.

Este Concilio representa la culminación de la hostilidad con que la Iglesia miró dichas uniones, el concilio 24 nos dá una idea más precisa de lo antes afirmado: establece - "que se fulmine excomunión contra los concubinarios, así casa

(11) LLAMAS y Molina, Sancho. Comentario Crítico, Jurídico y Literal a las 83 Leyes de Toro. Madrid, 1853. Tomo Tercero. Pág. 220.

dos como solteros de cualquier estado o condición que sea, si después de amonestados, aún de oficio, tres veces por el Ordinario, no despidieren las concubinas o se apartaren de su comunicación, sin que puedan ser absueltos hasta que efectivamente obedezcan. Y si despreciando las censuras, permanecieren por un año en el concubinato, proceda el Ordinario severamente contra ellos. Las mujeres, casadas o solteras, que vivan públicamente con adúlteros o concubinarios si no amonestaciones, serán castigadas por los Ordinarios de los lugares -- con graves penas, aunque no haya parte que lo pida; y sean -- desterradas del lugar o de la Diócesis, si así pareciere conveniente a los mismos Ordinarios, invocando, si fuere menester el brazo secular; quedando en todo vigor todas las demás penas fulminadas contra los adúlteros y concubinarios". (12)

El Concilio tridentino marca la pauta para que el concubinato quede desterrado de toda legislación; en España, Felipe II promulga la Ley del Reino, que contiene las disposiciones del Concilio en esta materia.

La legislación del concubinato que podía haber sido favorecida, de acuerdo con nuevas orientaciones de la familia y el derecho que habría de regularla con las medidas prudentes que aconsejara la experiencia, tuvo por efecto de la hostilidad que demostró la Iglesia, una fuerte oposición que -----

(12) PEREZ y López, Antonio Xavier, Teatro de la Legislación Universal de España e Indias. Madrid, 1894. Tomo Tercero. Pág. 61.

hasta la época actual sigue presente.

3. FRANCIA

Siguiendo las normas establecidas por el Concilio de Trento tal y como se estableció-, quedó prendido en el ambiente la hostilidad contra las uniones libres; y aún cuando la influencia de la Iglesia se debilitó como resultó a fines del siglo XVIII, continuaba la tendencia contraria a las uniones concubinarias.

"Los filósofos del siglo XVIII propagaron ideas nuevas en la sociedad, Juan Jacobo Rousseau, preconizando la excelencia del estado natural, no solamente no concibe a la familia como integrando a padres e hijos, sino que transforma el matrimonio en una verdadera unión libre, que se forma y se disuelve a voluntad de los cónyuges". (13) Se conduce entonces a pedir para el hijo natural una situación igual a la del hijo legítimo.

Estos doctrinarios de la libertad y de la igualdad, influyen en el pensamiento de la Revolución Francesa, quienes pretenden constituir un matrimonio, según Juan Jacobo Rousseau y los demás filósofos de la época.

El matrimonio les parece un simple contrato, (artículo 7 de la Constitución de 1791): "La ley no considera al matrimonio más que como un contrato civil". El único re-

(13) MAZAUD, Henry y León. Lecciones de Derecho Civil. Buenos Aires, 1959. Ediciones Jurídicas Europa-América. Parte 1a. Volumen Tercero. Pág. 32.

quisito para formarlos es el libre acuerdo de los futuros esposos. Desaparece su carácter religioso. De tal forma, como contrato, se es libre para ponerle término por medio de un nuevo acuerdo, si cabe disolverlo por voluntad común, admitiéndose, el divorcio por mutuo consentimiento.

Ahora bien, basados en el principio de libertad, los Revolucionarios admitieron el divorcio, y basados en el principio de igualdad, llegaron a reconocer la existencia de una familia natural junto a la familia legítima, al afirmar los derechos de los hijos naturales. Al respecto, Julien Bonnecasse, expresa: "el bastardo dentro del antiguo derecho consuetudinario, era legalmente un niño sin familia, ningún lazo existía entre él y sus padres, no podía tener derecho alguno en una sucesión intestada, ni ser sujeto de legados o donaciones". Tal condición de hecho de los niños naturales prendió en el ánimo y sensibilidad de los hombres de estos tiempos, porque parecía contrario a la justicia infringir una pena a un inocente", expresando también, "los bastardos deben su origen a los errores religiosos y a las instituciones feudales; pero con la ideología revolucionaria de ellos, todos los hombres son iguales ante la ley". (14)

El artículo 11 del Proyecto sobre Hijos Naturales presentado por la Convención a la Asamblea Constituyente de

(14) BONNECASSE, Julien. Précis de Droit Civil. París, 1935. Edit. Rousseau Tomo Primero. Pág. 235.

1792-1793 establecía: "Para poder reivindicar sus derechos, - los hijos nacidos fuera de matrimonio deberán probar su filiación estableciéndola por medio de la posesión de estado. Prueba de ello no podrá resultar más que de la presentación de escritos públicos o privados del padre, que el hijo natural ha recibido por educación, manutención o entretenimiento por parte del padre. Esta disposición dará lugar a la sucesión de - la madre". (15) Estas disposiciones se aplican sólo a los niños naturales simples, esto es, nacidos de dos personas libres no casadas, que hubieren podido contraer matrimonio uno con la otra.

La obra de los redactores del código civil francés de 1804 fue una obra de transacción, de una parte, del derecho revolucionario y el derecho antiguo; y de otra, la elección entre las reglas del antiguo régimen, del derecho romano, del derecho canónico y del derecho consuetudinario.

Como el derecho revolucionario, el Código Civil, seculariza el matrimonio y permite el divorcio. En cuanto al - hijo natural, lo trata con dureza: "el Estado no tiene necesidad de bastardos", había declarado Napoleón. De igual manera, ignoró completamente que existieran las uniones libres, - "los concubinos quieren prescindir de la Ley, la Ley se despreocupa de ellos". El Código francés ve en las relaciones - fuera de matrimonio, aún en las continuas un hecho simple que

(15) ESMEIN, A. Précis Elementaire de L'histoire du Droit ---
Français. (1789-1814). París. 1908. Edit. Recuil. Pág.
235.

finge ignorar, estas uniones quedan al margen de la ley y no pueden, aún por la posesión de estado prolongada, transformarse en matrimonios regulares.

A través de todo el texto legal, no se encuentra un solo artículo en que se haga referencia o al menos alusión a las uniones libres, y este sistema llega a prohibir la investigación de la paternidad natural a un hijo no reconocido por su padre, o a la madre de ese hijo que haya sido abandonada sin recursos para que él viva.

A partir de la Revolución Industrial de 1830, las condiciones de la vida familiar se transforman con la aparición y el desenvolvimiento de la gran industria. Los hijos abandonan el campo para ganarse en la ciudad un salario que no tienen, obligando también, los salarios de hambre, a la mujer a trabajar fuera del hogar y como observa atinadamente Mazzaud, "en verdad, no existe ya un hogar, la promiscuidad en que se ven forzados a vivir favorece la unión libre". (16)

Pero esta Revolución no sólo afecta a las clases populares, también se ven alcanzadas, la alta burguesía a la que los excesivos beneficios arruinan sobre el terreno moral; y a la mediana y pequeña burguesía, ya que la mujer es llevada a ejercer una actividad profesional fuera del hogar para mantener los ingresos del matrimonio y el nivel de vida. El

(16) Ob. Cit., Pág. 34.

legislador cede a estos problemas, en 1884 reestablece el divorcio, intentando encerrarlo dentro de límites que sean razonables. Pero desde 1886 retoca su obra para facilitar el mismo. En ciertas esferas consagra la unión libre, al conceder a la concubina algunos derechos iguales a la mujer casada.

Por ello, llego a afirmar que los hechos, las necesidades de la vida, las exigencias de la equidad han sido más poderosas que la voluntad legislativa.

Ese desconocimiento de la realidad encontró una --- atenuación gracias a la jurisprudencia francesa, que a principios de este siglo comenzó a crearle efectos al concubinato - no especialmente previstos y en cierta manera, gracias a la - legislación circunstancial, también debida a una necesidad, - como lo fue la guerra durante el período comprendido entre -- 1914-1918, de una manera indirecta influyó grandemente para - el reconocimiento jurídico del concubinato; así, la ley del - 5 de Agosto de 1914 sobre Pensiones, concedía los mismos soco - rros a las concubinas que a las mujeres casadas; el artículo XX de la ley del 9 de Marzo de 1918 sobre la prohibición de - instancias en materia de alquileres, extendía su beneficio a las personas, parientes, o no, que vivían habitualmente con - el inquilino movilizado; la Ley de Asistencia a las Familias Numerosas de 14 de julio de 1913 concedía pensiones a los hogares irregulares, del mismo modo que a los demás. El decreto del 30 de Abril de 1920 concedió premios de natalidad a -- las madres de hijos legítimos o naturales reconocidos. Sin -

duda, aunque esta legislación de guerra sirvió en un momento crítico, fue transitoria, quedando una tendencia a favorable como ya se expresó, al reconocimiento de la unión libre.

Como afirma Bonnacasse, antes de la guerra, la ley de Noviembre de 1912 sobre la investigación en justicia de la paternidad natural, abrió el camino para que pudiese declararse judicialmente la paternidad fuera de matrimonio en el caso de que el padre y la madre pretendidos hayan sido vistos en "estado de concubinato notorio" durante el período legal de la concepción. En virtud de esta ley, el concubinato notorio se erige en presunción de paternidad natural.

La jurisprudencia a partir de entonces, ha otorgado ciertos efectos jurídicos al concubinato cuando se refiere a una continuidad de relaciones, una comunidad de habitación y notoriedad.

4. ANTECEDENTES NACIONALES.

México Prehispánico.- Los antiguos mexicanos fueron principalmente guerreros, se comprende entonces que sus matrimonios eran polígamos. Sin embargo, la poligamia no era un derecho concedido a todo el pueblo sino que estaba reservado a los varones de clases sociales superiores, existiendo siempre una esposa que era reconocida como la principal y los hijos habidos de ésta gozaban de los derechos privilegiados al morir el padre. Podían tener las mancebas o concubinas que quisieran siempre y cuando éstas fueran libres para contraer

matrimonio.

En estas culturas guerreras, la mujer no gozaba de igualdad de derechos. Los aztecas además de ser belicosos -- eran profundamente religiosos, actitud que mostraba en todos los actos de la vida, incluso dentro del matrimonio, pues éste era un acto religioso que carecía de validez alguna cuando no se celebraba de acuerdo con las ceremonias del ritual.

Hubo tres categorías de matrimonio.

- a) El matrimonio como unión legítima, que podríamos llamar solemne.
- b) El matrimonio provisional, que era aquel en el que el hombre se unía en matrimonio por determinado tiempo y lo disolvía cuando se quisiera, caso en el cual, la mujer volvía a la casa de sus padres; en cuanto a la mujer en este caso llamada tlacallacahuilli, daba a luz un hijo, sus padres exigían al marido provisional que la dejase o contrajera nupcias con ella, a efecto de -- que se hiciera definitiva la unión.
- c) El concubinato, el cual se presentaba cuando sólo por consentimiento se unía la pareja, sin más formalidades, tomando la mujer el nombre de temecauh y el varón el de tepuchtli. (17)

(17) SAGON Infante, Raquel. El Matrimonio y el Concubinato en México Prehispánico y las Costumbres que han prevalecido en las Comunidades Indígenas Actuales. Memoria del II -- Congreso de Hist. Del Derecho Mexicano. UNAM México. 1981
Pág. 102.

El derecho solo equiparaba el concubinato con el -- matrimonio cuando --según expresa López Austin--, "los concubinos tenían tiempo de vivir juntos y con fama pública de casados, considerando adúlteros a la mujer que violaba la fidelidad de su compañero y al hombre que tenía relaciones sexuales con ella, castigándose tal adulterio con la muerte". (18)

Tanto las esposas temporales como las concubinas, - podían exigir a sus esposos la legitimación de un matrimonio permanente cuando hubiera pasado un tiempo largo sin que fueren devueltas a sus padres. La concubina que tuviese mucho - tiempo como tal, se convertía en esposa permanente y se llama ba tlacarcayili.

Esta figura del concubinato no era mal vista por la sociedad y era debida casi siempre a la carencia de recursos económicos para poder realizar los gastos de las fiestas que traía consigo un matrimonio definitivo, pero este concubinato podía legitimarse, convirtiéndose en definitivo cuando se celebraba la ceremonia nupcial.

A decir de Raquel Sagón en su estudio referente a - la costumbre en el México Prehispánico y su influencia en las comunidades indígenas actuales, expresa: "esas costumbres se ven reflejadas en algunas comunidades indígenas actuales, en dichas comunidades tanto en el matrimonio como en el concubi-

(18) LOPEZ Austin, Alfredo. La Constitución Real de México-Tenochtitlan UNAM. México, 1961, Pág. 136.

nato se nota la existencia de tradiciones, por ejemplo; en la comunidad de habla náhuatl, en Puebla, la unión se inicia con el concubinato y una vez que han compartido su vida, se celebra el matrimonio civil o religioso; los Coras, un pueblo muy conservador de las costumbres prehispánicas, son polígamos; - entre los Huicholes ha sobrevivido la poligamia pero no existen uniones libres. Entre los tlapanecos, no existe el matrimonio a prueba, pero sí el de compra, ya que se entrega una gratificación al padre de la novia, uniéndose en concubinato cuando por los gastos no les es posible contraer matrimonio; pero viven con la esperanza de reunir fondos para poder legalizar su unión". (19)

Con la llegada de los españoles surgen los primeros brotes de mestizaje en México, debiéndose estos principalmente a uniones concubinarias; raros fueron los matrimonios de los españoles con indígenas que siguieron los preceptos establecidos por la Iglesia y si esto se llegó a presentar, fue solamente como pacto de paz entre los altos jefes militares españoles y las hijas del indio de alta jerarquía social.

Es de recalcar que el ibero no enseña al indígena a casarse conforme a los ritos religiosos, ya que al parecer de los primeros misioneros en América, al recargar la mente del indígena con ritos que no comprendía se ponía en mayores

(19) Ob. Cit. Pág. 104 y 105.

dificultades a las uniones matrimoniales y se opondrían fácilmente a éstas. Así que las principales preocupaciones del misionero consistieron en convertir al indígena en fieles de la religión cristiana, tratar de suprimir la poligamia y en adaptar el matrimonio indígena prehispánico al matrimonio cristiano al realizarse la Conquista.

El indígena comenzó a celebrar matrimonios sólo de naturaleza consensual porque de esta manera se evitaba innumerables dificultades.

A fines del siglo XVI, aparecieron los postulados establecidos por el Concilio de Trento. En España, como se puntualizó, Felipe II dictó la Ley del Reino, conteniendo los preceptos establecidos por este Concilio en materia matrimonial y con esto, los matrimonios de los indígenas que no se celebraban conforme a las ceremonias que establecía la Iglesia, eran considerados como uniones concubinarias y por lo tanto pecaminosas.

En la Colonia, dentro de las clases altas empezó a respetarse lo establecido por el Concilio tridentino, aunque entre el indígena y el mestizo de baja esfera social, las uniones siguieron la forma de concubinato, llegando a ser éste, una fuente para la creación de la familia en América.

La religión católica absorbe por completo y reglamenta la vida familiar y llegó a modelar una forma de vida

que perdura en la actualidad bajo bases similares. El matrimonio religioso se convirtió en la Colonia en la única forma que daba legitimidad a las uniones. La Iglesia atacó de manera violenta otro tipo de unión, la cual quiso desaparecer.

México Independiente.- Durante los primeros años de México Independiente conviven la legislación secular con la religiosa; en la Ley del Registro Civil de 1857 bajo la Presidencia de Ignacio Comonfort, el derecho canónico y el derecho secular siguen un paralelismo en materia matrimonial, pues el matrimonio religioso era aceptado como el único requisito establecido y los cónyuges o el sacerdote debían registrar el acontecimiento en la Oficialía del Registro Civil correspondiente antes o después de la ceremonia religiosa, pero la omisión del registro no negaba los efectos civiles a la unión.

En el año de 1859 la Ley del Matrimonio Civil y la Ley del Registro Civil expedidas por el Presidente Juárez, -- "desconocieron el carácter religioso que hasta entonces había tenido el matrimonio como sacramento, para hacer de él, en -- adelante, sólo un contrato civil; se encomendaron las soluciones del mismo a los jueces del estado civil, encargándose también del registro de nacimientos, matrimonios, reconocimientos y defunciones". (20)

Los Códigos Civiles de 1870 y 1884 se abstienen de comentar o hacer referencia al concubinato, aunque las uniones libres crecían en número, debido primero a la repugnancia

(20) SANCHEZ Medal, Ramón. Los Grandes Cambios del Derecho de Familia en México. México, 1979. Editorial Porrúa. -- Pág. 11.

que siempre tuvo la Iglesia al estudio de las mismas en nuestro país y su trayectoria histórica en la legislación eclesiástica y en segundo lugar, cuando el Estado gana la partida a la Iglesia, en vez de armonizar los sistemas matrimoniales y de reconocer efectos civiles a los matrimonios religiosos - los consideró como uniones concubinarias, no dándoles ninguna importancia a los concubinos ni mucho menos a los hijos no matrimoniales. "Innumerables son las normas jurídicas no sólo discriminatorias, sino negatorias de la libertad humana para la mujer dentro del matrimonio y para los hijos habidos fuera del mismo llamados entonces naturales, cuando sus padres no tenían impedimento para casarse y en caso contrario, en la realidad social se les llamaba: adulterinos, incestuosos, mánceres, sacrílegos. El código de 1884 no permitía más denominación que la de espurios, título por demás infamante pues denunciaba un origen deshonroso y el cual se hacía constar en el acta de nacimiento". (21)

En 1906 el programa del Partido Liberal publicado por Ricardo Flores Magón, es el antecedente inmediato de las normas revolucionarias entre otros aspectos, en materia familiar. Tres fueron sus objetivos fundamentales: establecer la justicia teniendo como mira fundamental a la Nación; a la familia y al individuo. Anunciando que lucharía por establecer la igualdad civil de todos los hijos de un mismo padre,

(21) MONTERO Duholt, Sara. Antecedentes Sociohistóricos de la Ley sobre Relaciones Familiares. Memoria del Segundo Congreso de Historia del Derecho Mexicano. México, 1981. UNAM. Pág. 654.

por ser rigurosamente equitativo. Expresando su razón, "todos los hijos son naturalmente hijos legítimos de sus padres, sea que estos estén o no unidos por contrato matrimonial. La Ley no debe hacer al hijo víctima de una falta que corresponde un todo caso al padre".

En 1917 se expide la Ley sobre Relaciones Familiares, el considerando de esta ley, expresa que el fin principal de su aparición es establecer a la familia sobre bases más racionales y justas que eleven a los consortes la alta misión que la sociedad y la naturaleza ponen a su cargo, de propagar la especie y fundar la familia.

En cuanto al problema concubinario esta ley al igual que los códigos civiles de 1870 y 1884, permanece silenciosa tomando solamente como fuente de familia al matrimonio civil. Quita la denominación infamante de espurios que la legislación anterior denominaba a los hijos habidos fuera de matrimonio y que no podían ser legitimados.

Nuestro Código Civil actual de 1928 ha llegado a reconocer ciertos efectos derivados del concubinato, la exposición de motivos del mismo expresa:

"Hay entre nosotros, sobre todo entre las clases populares una manera peculiar de formar la familia el concubinato"... "y por eso en el proyecto se reconoce que produce algunos efectos jurídicos ya en bien de los hijos, ya en favor de la concubina, "....." estos efectos se producen cuando ningun-

no de los dos que viven en concubinato es casado"...

Como se desprende de la exposición de motivos del Código, el concubinato produce algunos efectos jurídicos, pero es necesario hacer notar que no hace una reglamentación adecuada del mismo, lo cual creemos que es indispensable llevar a cabo sobre todo en un país donde es una práctica muy generalizada no "solo en las clases populares". Sería suficiente ver las cifras que arrojan los censos nacionales de población en relación con el número de matrimonios civiles registrados y las uniones no matrimoniales.

C A P I T U L O I I I

DERECHO POSITIVO MEXICANO

- 1.- Situación de los bienes de los concubinos en materia de Derecho Social.
 - 1.1. Ley Federal del Trabajo
 - 1.2. Leyes de Seguridad Social
 - 1.2.a. Ley del Instituto Mexicano del Seguro Social
 - 1.2.b. Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales -- para los Trabajadores del Estado.
 - 1.2.c. Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas.
 - 1.3. Derecho Comparado

2.- Situación de los Bienes de los Con-
cubinos.

2.1. Derecho Familiar.- Código Civil -
de 1928

2.2. Derecho Comparado.

3.- Derecho Sucesorio

3.1. Derecho Positivo Mexicano

3.2. Derecho Comparado

1.- SITUACION DE LOS BIENES DE LOS CONCUBINOS EN
MATERIA DE DERECHO SOCIAL.

Nuestra Constitución de 1917, es la primera Declaración de Derechos Sociales del mundo, es por consiguiente la norma fundamental de nuestro Derecho Social Positivo consignado expresamente en las normas o preceptos del Título VI de la Constitución denominado "Del Trabajo y de la Previsión Social" en el cual se integran el derecho del trabajo y el derecho de la Seguridad Social.

El conjunto de principios o derechos establecidos -- en el artículo 123 constitucional, aparentemente tienen un sentido más proteccionista que reivindicatorio, y la protección no es exclusiva para los trabajadores. Cabe hacer notar que quedan comprendidos como destinatarios, no sólo los que trabajan, sino también los que no lo hacen, la nota fundamental radica en la debilidad económica de unos y otros, lo que desde luego es atinado, pues, como ha expuesto el maestro Mendieta y Núñez, "el derecho social se dirige a los individuos en tanto que forman parte de una clase económicamente débil, para integrarlos dentro de la sociedad en un orden de convivencia basado en la justicia". (1)

Por ello puede decirse con justa razón que -como ex

(1) MENDIETA y Núñez, Lucio. El Derecho Social Mexicano, - México, 1967. Editorial Porrúa, Pág. 116.

presa el maestro Trueba Urbina-, "el derecho social es el conjunto de principios, instituciones y normas que en función de integración protegen, tutelan y reivindican a los que viven de su trabajo y a los económicamente débiles". (2).

Puede decirse con abundancia de razones, que el Derecho Social está impregnado de un profundo sentido humanitario; para este derecho ya no son los bienes, ni la propiedad, ni el capital, -como fueron durante siglos-, los objetivos -- principales sujetos a su consideración; será el hombre precisamente, el objeto central de su cuidado; la condición humana, - sus necesidades, la inseguridad a la que está expuesta tanto personal como familiarmente.

Los preceptos contenidos en nuestro artículo 123 - - constitucional encierran puntos básicos para extender la seguridad social a todos los económicamente débiles, protegiendo - no sólo la vida del trabajador, sino asegurando su subsistencia y la de su familia.

Tomando en cuenta estos puntos fundamentales, se - - afirma que las leyes de seguridad social contienen en esencia, derechos subjetivos familiares, ya que satisfacen en sus mayores proyecciones el deber de asistencia, que es uno de los propósitos específicos de la familia y de las leyes que la gobier

(2) TRUEBA Urbina, Alberto. Derecho Social Mexicano. México 1978. Editorial Porrúa, Pág. 309.

nan y la medida de este deber de asistencia se determina por el vínculo familiar.

Interesa sobremanera precisar que vínculos jurídicos reconocen las leyes de previsión social, cuya primera característica es la discordancia mayor o menor, con la intensidad de los derechos subjetivos que protegen las leyes del derecho de familia.

Como característica general, las leyes de previsión social -y como consecuencia inmediata del propósito de proteger a la familia tal y como está formada, acuerdan a quienes se encuentran más próximos a los vínculos jurídicos familiares, pero reconocen además a los derechos subjetivos correspondientes a los vínculos extramatrimoniales. Estas dos manifestaciones se basan en una idea principal que forma el óbice de la seguridad social: la dependencia económica, real o presunta con respecto al causante. "La dependencia real se manifiesta por condiciones expresas y la dependencia presunta, se halla implícita en los vínculos más cercanos". (3)

La legislación laboral y la seguridad social en México ha llegado a tomar en consideración los vínculos extramatrimoniales como lo es el concubinato, concediéndole derechos - equiparables a los que otorga en presencia de los vínculos matrimoniales, precisamente debido a que se basa en la dependen

(3) DIAZ de Guíjarro, Enrique. Ob. Cit. Pág. 135

cia económica de unos y otros.

La teoría de la dependencia económica que generó el derecho para obtener las prestaciones propias de la seguridad social a aquellas personas que vivían a expensas del trabajador, ha hecho posible que la unión concubinaría se haya visto favorecida en gran medida.

Bajo este aspecto, la legislación presenta diferencias en la apreciación de dicha dependencia por motivo de un concubinato. Nuestra Ley Federal del Trabajo puede reconocer tal y como se estudia en capítulo separado, derecho a la indemnización correspondiente por muerte del trabajador según el artículo 501, a dos o más concubinas (debido a que en reforma llevada a cabo en 1980 se suprimió el último párrafo que establecía "si al morir el trabajador tenía varias concubinas, ninguna de ellas tendrá derecho a la indemnización"). En cambio, todas las leyes de seguridad social de importancia en nuestro país, tal y como lo establece el Código Civil, disponen que la existencia de dos o más relaciones de este tipo que tenga una persona, hace inexistente para todos los derechos contenidos.

Es mi opinión, que la presencia de más de una unión concubinaría, hace inexistente la figura jurídica del concubinato; considero que el artículo 501 de la Ley del Trabajo, lo que se propone es repartir la indemnización entre todos los dependientes económicos del trabajador y en la proporción de es-

ta dependencia, sin calificar los vínculos, tutelando únicamente como interés principal el no dejar sin protección a todos aquellos que dependiesen del trabajador, haciendo caso -- omiso de la relación que los pudiera ligar; porque parece lógicamente injusto que cualquier persona que demostrase depender del trabajador sin ligarlos alguna relación afectiva, sí pudiese obtener parte de esa indemnización y en cambio, en -- presencia de dos concubinatos, la legislación no autorizase a ninguno de ellos al derecho a la misma.

Ahora bien, a diferencia de la ley laboral, para las legislaciones de seguridad social, la existencia de dos o más relaciones de este tipo, trae por consecuencia el que a ninguna se le considere bajo la protección de sus disposiciones.

Esto es explicable debido a que la mayoría de las -- prestaciones que otorgan dichas legislaciones son continuas, -- reiteradas; no así la indemnización a que se refiere el citado artículo 501, que se agota en un sólo pago a todas las personas -- que se encuentran beneficiadas. Por su propia naturaleza, los derechos que otorgan las leyes de seguridad social, no se agotan en un sólo acto y por ello no puede reconocerse de manera -- tal a todas las personas que dependiesen económicamente del -- trabajador y mucho menos la existencia de dos o mas relaciones concubinarias, ya que se le quitaría al concubinato la caracte -- rística que lo ha elevado en importancia respecto al matrimo -- nio.

Es así que estas leyes siguen en su contenido las características que la legislación civil ha establecido para reconocer fuerza jurídica al concubinato.

1.1. LEY FEDERAL DEL TRABAJO

Para estudiar que situación guardan los bienes de los concubenarios en materia laboral he de referirme específicamente a la reglamentación que hace la ley laboral sobre los riesgos de trabajo; ya que a partir de ella se señala quienes tienen derecho a percibir las prestaciones e indemnizaciones pendientes de cubrirse al trabajador, situación que en último de los casos tiene un contenido económico.

Es necesario aclarar que se toma de referencia el capítulo correspondiente a los riesgos de trabajo, ya sea para designación de beneficiarios o para la determinación del procedimiento, porque la legislación laboral no contiene otro artículo que indique el camino a seguir cuando el acontecimiento que dé origen al derecho del beneficiario no consista en un riesgo de trabajo. Al estar en presencia de una laguna de la ley, ésta habrá de llenarse de conformidad con lo ordenado en el artículo 17 del ordenamiento que se estudia, con apoyo en disposiciones que regulen casos semejantes y por ello, las normas de donde habrá de extraerse el principio serán las relativas a los beneficiarios por riesgos profesionales.

En 1931, la Ley Federal del Trabajo consignó el principio de la dependencia económica en la determinación de

los beneficiarios de las indemnizaciones cuando el trabajador moría a consecuencia de un riesgo de trabajo.

La exposición de motivos del Proyecto de la Secretaría de Industria que sirvió de base a la Ley, contenía este párrafo:

"Por último, para los casos en que el accidente trae como consecuencia la muerte del trabajador, se llama a percibir la indemnización, no a los parientes que tendrían derecho a la herencia en caso de intestado, sino a quienes dependían económicamente de la víctima".

Y al respecto, el artículo 296 estableció:

"Cuando el riesgo realizado traiga como consecuencia la muerte del trabajador, la indemnización comprenderá el pago de las cantidades que fija el artículo 298, en favor de las personas que dependieron económicamente del difunto de acuerdo con el artículo siguiente".

Artículo 297.- "tendrán derecho a recibir la indemnización en los casos de muerte:

- I. La esposa y los hijos legítimos o naturales - que sean menores de dieciseis años y los ascendientes a menos que se pruebe que no dependían económicamente del trabajador.
- II. A falta de hijos, esposa y ascendientes, en los términos de la fracción anterior, la indemnización se repartirá entre las personas que dependían parcial o totalmente del trabajador en la proporción en que dependían del mismo".

El maestro Mario de la Cueva afirma, que la Ley - - "respetó a la familia civil y le otorgó prelación, pero no la impuso sobre la realidad. Bastaba por lo tanto, que la esposa o el hijo o un ascendiente, dependiera económicamente del

trabajador para que se abriera en su favor el derecho a la indemnización; pero si faltaba esta circunstancia, el sentido vital del derecho del trabajo se imponía y beneficiaba a los necesitados". (4)

Este artículo, antecedente del artículo 501 de la -- Ley Federal del Trabajo actual puso en relieve la voluntad del legislador de proteger a la familia tal y como está formada, - al incluir el principio de que los dependientes económicos del trabajador podrán ser tomados en cuenta como beneficiarios; -- pero sin alejarse de las normas del derecho común que regían la herencia civil. "Es así que otorgaba una presunción juris tantum a la esposa y a los hijos legítimos o naturales y a -- los ascendientes , pero la concubina generalmente fue privada - de este derecho", (5) sin tomar en consideración que quién -- se encuentra bajo este tipo de unión es quién recibe del trabajador los elementos necesarios para subsistir, excluyéndosele porque de ningún modo concurría con los hijos o con los ascendientes como beneficiaria.

La fracción segunda, le reconoció en forma indirecta este derecho por considerársele como dependiente económico del trabajador, pero en todo caso, era necesario que no existiesen hijos o ascendientes del mismo para ser llamada como - beneficiario. A este respecto la jurisprudencia quiso recono

(4). DE LA CUEVA, Mario. El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo. México, 1979. Editorial Porrúa, S. C. Pág. 174

(5). Idem. Pág. 175.

cer derecho a la concubina estableciendo:

"La concubina con quien se ha procreado hijos dependientes económicamente del trabajador fallecido como consecuencia de una enfermedad profesional, tiene derecho a la indemnización que corresponde a los deudos en los términos que establece el artículo 297, de la Ley Federal del Trabajo". -- (Téllez, Juana. Sexta Epoca. Tomo CVIII. 24 de Abril de 1951. Pág. 227).

Este reconocimiento hecho por la jurisprudencia sentó precedente de la necesidad de concederle a la concubina y al concubinato en sí mismo el derecho a ser reconocido como -- fuente de relaciones familiares y de dependencia.

En 1970, la exposición de motivos de la actual Ley Federal del Trabajo estableció:

"Es indudable que la reglamentación de los riesgos de trabajo pertenece actualmente al derecho de la seguridad social, pero se la incluyó en el Proyecto tomando en consideración por una parte, que la Ley del Seguro Social aún no se extiende a todos los trabajadores de la República, y por otra parte, que dicha ley se remite expresamente a la Ley Federal del Trabajo: no obstante debe entenderse que las disposiciones relativas tienen un carácter provisional y que, en el futuro, la Ley del Seguro Social deberá extenderse a todos los trabajadores y contener la totalidad de sus principios".

Y más adelante se lee:

"El Proyecto adoptó los criterios consignados en la Ley del Seguro Social, según ya se explicó en un párrafo anterior; las normas sobre los riesgos de trabajo tienen un carácter transitorio, pues en la medida en que se extiende el seguro social, va desapareciendo la aplicación de las disposiciones de la ley; por esta razón, se consideró conveniente aproximar la ley a las normas de la seguridad social".

Por su parte la Ley del Seguro Social en su exposición de motivos afirma:

"La protección en la forma de pensiones que se pagan a quienes dependían económicamente del obrero que muere, será de positivos efectos sociales, por medio de la cual se lograra uno de los objetivos esenciales del seguro que consiste en evitar que la realización del riesgo repercuta angustiosamente en la base económica de las familias proletarias".

Congruente con todas estas disposiciones y principios, el artículo 501 de la Ley Federal del Trabajo que actualmente está en vigor, ennumera las personas que tienen derecho a la indemnización y su orden de prelación:

Artículo 501. "Tendrán derecho a recibir la indemnización en los casos de muerte:

- I. La viuda, o el viudo que hubiese dependido económicamente de la trabajadora y que tenga una incapacidad de 50% ó más, y los hijos menores de dieciseis años y los mayores de esta edad si tienen una incapacidad de 50% ó más:
- II. Los ascendientes concurrirán con las personas mencionadas en la fracción anterior, a menos que se pruebe que no dependían económicamente del trabajador.
- III. A falta de cónyuge supérstite, concurrirá con las personas señaladas en las dos fracciones anteriores, la persona con quien el trabajador vivió como si fuera su cónyuge durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o con la que tuvo hijos, siempre que ambos hubieren permanecido libres de matrimonio durante el concubinato.
- IV. A falta del cónyuge supérstite, hijos, ascendientes, las personas que dependían económicamente del trabajador concurrirán con la persona que reúna los requisitos señalados en la fracción anterior, en la proporción en que cada uno dependía de él.
- V. A falta de las personas mencionadas en la fracciones anteriores, el Instituto Mexicano del Seguro Social.

A la disposición anterior se pueden hacer ciertas observaciones:

a) Mantiene una línea de designación preferentemente femenina, olvidando que en un país como el nuestro -y esto ocurre cada día con más frecuencia-, tanto el hombre como la mujer participan en el trabajo y su aportación es igualmente importante. Por ello no veo con justicia el que se condicione el derecho del viudo a estar incapacitado para poder ser beneficiario.

b) Es importante señalar que la fracción segunda -dá derecho a los ascendientes del trabajador a ser considerado -juris tantum-, como beneficiarios a la indemnización por muerte, pero ello también pone de relieve el hecho de que la ley no admite como beneficiario, sin condiciones, a la persona que convivió con el trabajador o trabajadora. Además, en el caso de concurrir los ascendientes con la viuda o con los hijos o con la concubina, la prueba de la no dependencia económica de los primeros corre a cargo de los últimos, y la realidad social indiscutible, es que la preferencia alimenticia debe de corresponder al cónyuge, a los hijos y en todo caso a la concubina.

c) Es de admirar que nuestra legislación laboral -conceda protección a la concubina, debido a que en nuestra --realidad social, los trabajadores de cualquier nivel que llegan a convivir en esta situación, lo han hecho realmente como esposos que por diversas circunstancias, tales como el evitar se gastos económicos, trámites burocráticos y a veces por ig-

norancia o incultura no llegan a legalizar su unión; pero debe reconocerse que tanto el hombre como la mujer participan - ya, en la vida económica debido a las dificultades que en la actualidad presenta el sostenimiento de la familia y la ley - está obligada a proteger tanto a uno como al otro.

Si bien el concubinato es una situación de hecho, - vista por muchos con indiferencia y a veces con desagrado, - es una situación lícita y en algunos casos protegida por el - derecho que dá nacimiento a relaciones y obligaciones jurídi- cas tanto para el hombre como para la mujer, más aún cuando - nuestra Constitución Política ha establecido en su artículo - 4o. que "El varón y la mujer son iguales ante la ley". Por - ello cuando la fracción tercera del artículo que se comenta - afirma el principio de la dependencia económica, establece co - mo beneficiario a "la persona con quien el trabajador vivió - como si fuera su cónyuge durante los cinco años que precedie- ron a su muerte o con la que tuvo hijos"; pero esta redacción me parece ambigua porque hace pensar que la ley otorga dere- - cho al concubinario a ser beneficiario de su concubina, pero - sin condicionar su derecho tal y como lo hace con el viudo que en ese caso se encuentra, es decir, o le dá derecho en forma total al concubinario en detrimento del cónyuge - cuestión - - inexplicable porque mostraría una preferencia hacia el concu- binato y no hacia el matrimonio-, o le está negando todo dere- cho al concubinario al no incluirlo como beneficiario y sólo protegiendo a la concubina.

Tanto la condición de la incapacidad del viudo como el no señalar al concubinario como beneficiario en caso de -- muerte de la trabajadora, son situaciones injustas y derechos negados que una ley profundamente humana como lo es la ley -- laboral no debe contener, porque es necesario que tome en --- cuenta que la falta del hombre o de la mujer que trabaja debe generar idénticos derechos.

"La legislación mezcla dos factores distintos para establecer los derechos de sucesión de beneficiarios: la relación familiar, ya sea matrimonial, de parentesco o concubina-
ria y la dependencia económica. Las primeras tienen un orden de preferencia siempre condicionado a la comprobación de la -
segunda". (6)

Como fué señalado al inicio de este capítulo, la -- Ley laboral no señala expresamente quienes son los beneficia-
rios de los trabajadores en caso de muerte distinta al resul-
tado de un riesgo profesional, y que por analogía son aplica-
bles las disposiciones relativas a éstos de acuerdo con lo --
dispuesto por el artículo 17 de la misma Ley. A partir del -
artículo 501, la Ley establece quienes tienen derecho a ser -
designados como beneficiarios y señala un procedimiento para -
su designación contenido en el artículo 503.

(6). DE BUEN, Néstor. Derecho del Trabajo, México, 1981.
Editorial Porrúa. Pág. 587.

Artículo 503. Para el pago de la indemnización en los casos de muerte por riesgo de trabajo, se observarán las normas siguientes:

- I. La Junta de Conciliación Permanente o el Inspector del Trabajo que reciba el aviso de la muerte, o la Junta de Conciliación y Arbitraje ante la que se reclame el pago de la indemnización, mandará practicar dentro de las veinticuatro horas siguientes una investigación encaminada a averiguar qué personas dependían económicamente del trabajador y ordenará se fije un aviso en lugar visible del establecimiento donde presta sus servicios, convocando a los beneficiarios para que comparezcan ante la Junta de Conciliación y Arbitraje, dentro de un término de treinta días a ejercitar sus derechos.
- II. Si la residencia del trabajador en el lugar de la muerte era menor de seis meses, se girará exhorto a la Junta de Conciliación Permanente, a la de Conciliación y Arbitraje o al Inspector de Trabajo del Lugar de la última residencia, a fin de que se practique la investigación y se fije el aviso mencionado en la fracción anterior.
- III. La Junta de Conciliación Permanente, la de Conciliación y Arbitraje o el Inspector del Trabajo, independientemente del aviso a que se refiere la fracción I, podrá emplear los medios de publicidad que juzgue conveniente para convocar a los beneficiarios.
- IV. La Junta de Conciliación Permanente o el Inspector del Trabajo, concluida la investigación, remitirá el expediente a la Junta de Conciliación y Arbitraje.
- V. Satisfechos los requisitos señalados en las fracciones anteriores y comprobada la naturaleza del riesgo, la Junta de Conciliación y Arbitraje, con audiencia de las partes, dictará resolución, determinando qué personas tienen derecho a la indemnización.
- VI. La Junta de Conciliación y Arbitraje apreciará la relación de esposo, esposa, hijos y ascendientes, sin sujetarse a las pruebas legales que acrediten el matrimonio o parentesco, pero no podrá dejar de reconocer lo asentado en las actas del Registro Civil; y
- VII. El pago hecho en cumplimiento de la resolución de la Junta de Conciliación y Arbitraje libera al patrón de la responsabilidad. Las personas que presenten a deducir sus derechos con posterioridad a la fecha en que se hubiese verificado el pago, sólo podrán deducir su acción en contra de los beneficiarios que lo recibieron.

Lo esencial en el procedimiento establecido en este artículo es el requisito de publicidad que se exige cumplir, en términos razonables, ya que ha de publicarse el aviso en el lugar de trabajo a fin de que los interesados puedan concurrir a la Junta para reclamar sus derechos. La investigación que debe de practicarse -aunque en ningún artículo establece de qué manera-, es una solución de que se sirve la autoridad laboral para indagar qué personas dependían económicamente del trabajador fallecido.

La fracción cuarta del artículo establece la facultad de la Junta de Conciliación y Arbitraje para apreciar la relación matrimonial, de parentesco o concubinaria por cualquier medio probatorio, sin sujetarse a las pruebas documentales legales que conforme al Derecho Civil lo acreditan, es decir, no hay necesidad de que el reclamante sea declarado heredero por medio de un juicio de sucesión para poder ser considerado beneficiario en materia laboral, pero es claro que de presentarse actas del Registro Civil, no podrá dejar ser reconocerse lo asentado en ellas.

Ahora bien, en los casos en que por virtud de contrato colectivo, se permita la designación de beneficiarios, la situación se convierte en semejante a la que se produce en un contrato de seguro de vida, pero inclusive se conserva en todo tiempo el derecho de modificar la designación, siempre y cuando se haga en los términos formales que para el caso se tiene establecido; teniendo el trabajador la libertad

de designar a la persona que guste como su beneficiario.

En el caso de un concubinato, no se presentaría problema alguno, ya que sería posible designar libremente el concubinario o concubina sin necesidad de proporcionar alguna -- prueba o esperar procedimiento alguno; pero aún este tipo de designación presenta dificultad, porque en el caso de que in dependientemente de que la relación sea matrimonial, de parentesco o concubinato-, no se actualice o modifique la designación por cualquier motivo que sobrevenga, la cantidad asegurada entrará de lleno en el caudal hereditario y los herederos tendrá que comprobar sus derechos; o en otro caso, iría a parar, si el asegurado muriere en estado de insolvencia a manos de sus acreedores.

Sin embargo, también ante el Seguro Social se hace esta designación de beneficiarios, pero difiere porque para éste, la inscripción sirve para facilitar la investigación pero no para evitarla.

En base a las disposiciones contenidas en los artículos 501 y 503, de la Ley del Trabajo que se han comentado, en la doctrina se ha sostenido que estamos en presencia de -- una sucesión.

Las reglas para la transmisión del patrimonio por causa de muerte, integran el derecho sucesorio, que es parte fundamental del derecho civil. En materia laboral no operan-

estas reglas. De manera expresa la ley en su artículo 115 establece su exclusión al señalar:

"Los beneficiarios del trabajador fallecido tendrán derecho a percibir las prestaciones e indemnizaciones pendientes de cubrirse, ejercitar las acciones y continuar los juicios, sin necesidad de juicio sucesorio".

En el derecho del trabajo es evidente que hay derechos intransmisibles, por ejemplo, la muerte del trabajador extingue la relación laboral, sin que sea posible jurídicamente la sucesión en el puesto.

Hay derechos que sí son transmisibles por vía de sucesión, es decir, todos aquellos que tienen un contenido económico. Aquí es necesario hacer una aclaración; para que sea transmisible el derecho es necesario que previamente haya integrado un activo en favor del trabajador, pero que en el momento de su muerte, aún no haya sido efectivo. Es decir, como señala el maestro De Buen, "La sucesión laboral es limitada y solo comprende como lo establece el artículo 115, las prestaciones e indemnizaciones pendientes de cubrirse. Con frecuencia se plantea una grave confusión en la materia. A propósito de las prestaciones que a favor de los beneficiarios genera la muerte de un trabajador, esencialmente en los términos de la Ley del Seguro Social, se intenta hacer valer derechos sucesorios de índole civil a pesar de que esas prestaciones, por su propia razón de ser no llegan a integrar jamás el patrimonio del trabajador, en este caso, el autor de

la sucesión y por lo mismo, no son transmitidas por esa vía". (7). La facultad de designación que eventualmente se otorga a los trabajadores por la vía de la contratación colectiva no constituye de ninguna manera un acto testamentario. En realidad lo que ocurre es que no se advierte que el derecho del beneficiario nace con la muerte del trabajador a consecuencia de un riesgo. Por el contrario, el derecho del sucesor se transmite desde el momento del fallecimiento.

De acuerdo con lo expuesto, la situación jurídica del concubinato en materia de bienes que son susceptibles de transmitirse por sucesión en materia laboral, presenta mismas características que en el derecho civil, si se limita la sucesión civil a la legítima, "pero la naturaleza jurídica de la designación de beneficiarios es distinta ya que no se transmite con ella derecho alguno que integre el patrimonio del trabajador, éste antes de su muerte no tiene derecho alguno a la indemnización y ni siquiera desde el punto de vista legal el derecho de proponer a sus beneficiarios". (8).

1.2. Leyes de Seguridad Social

1.2.a. LEY del Instituto Mexicano del Seguro Social.

(7). Ob. Cit. Pág. 585

(8) Idem. Pág. 586.

El apartado "A" del artículo 123 constitucional en su fracción XXIX expresa: "Es de utilidad pública la Ley del Seguro Social, ella comprenderá seguros de invalidez, de vejez, de vida, de cesación involuntaria del trabajo, de enfermedades y accidentes, de servicios de guardería y cualquier otro encaminado a la protección y bienestar de los trabajadores, campesinos no asalariados y otros sectores sociales y -- sus familiares".

El Proyecto de Ley del Seguro Social fué promulgado el 31 de diciembre de 1942. Destaca el establecimiento de varias prestaciones sociales en favor de los trabajadores y sus familiares.

La nueva Ley del Seguro Social proyectada por el -- Presidente Luis Echeverría Alvarez, promulgada el 26 de febrero de 1973, recogió en lo substancial el contenido de la Ley de 1942, superándola al confirmar principios de seguridad social extensivos a campesinos y a los económicamente débiles.

Como afirma Mario de la Cueva, la ley a estudio, -- "miró siempre hacia el futuro, hacia una sociedad que pudiera hacer frente a la necesidad y en la que se superaran las costumbres, de suerte que la familia volviera ser la célula social que eduque a los hijos en una idea de servicio hacia su comunidad", continúa expresando que, "no corresponde al Seguro Social alentar el concubinato, pero lo que si acepta es -- que cuando la familia no esté legitimada, la madre concurra -

con sus hijos, si el hombre muere a consecuencia de un riesgo de trabajo".

Esta ley se fundamenta en la misma idea central del derecho social moderno, la dependencia económica para otorgar sus beneficios, al grado de que en su Exposición de Motivos - expresa: "la protección en la forma de pensiones que se pagan a quienes dependían económicamente del obrero que muere será de positivos efectos sociales por medio de la cual se logrará uno de los objetivos esenciales del seguro".

Y aunque no corresponde al Seguro Social alentar al concubinato teniendo siempre presente que es la forma usual - de unión en la clase trabajadora, le otorga una serie de prerrogativas similares a las que tiene el matrimonio, no sólo - en caso de riesgo de trabajo, sino también en lo que se refiere a otros beneficios que proporciona el Instituto.

Ahora bien, ¿a qué tipo de relación el Seguro Social reconoce como concubinato?. Para que una relación de -- concubinato sea reconocida por la ley del Seguro Social y sea sujeto de sus beneficios, se necesita que llene los mismos requisitos que al efecto fija el artículo 1635 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, es decir, es necesario como lo establece el artículo 72 de la Ley del Seguro, que sea una unión estable con una vigencia mínima de cinco años o en la que se hayan procreado hijos; que ambos concubinos permanez-- can solteros mientras dure la unión y que no se tengan varias

relaciones de este tipo.

Desde el punto de vista social, y como ya se ha establecido en este trabajo, se ha necesitado producir similares beneficios tanto a un matrimonio como a un concubinato, porque en realidad se trata de un matrimonio de hecho, entendiéndose que es la vida habitual en común de dos personas de distinto sexo de modo que no deje duda sobre la existencia de lazos de unión espiritual y material, no es un libertinaje sexual, porque la unión bajo esta forma, es un matrimonio al que le hace falta un requisito formal, pues socialmente pasan como cónyuges.

Es así que atinadamente el Seguro Social ha otorgado protección a la concubina haciéndola beneficiaria en las mismas condiciones y términos que a la cónyuge cuando ésta no existe, sin menoscabo de su condición, otorgándole beneficios como:

- Ser beneficiaria en caso de muerte del trabajador a consecuencia de un riesgo de trabajo.
- Tener derecho a la pensión de viudez, y;
- Ser tomada en consideración para las asignaciones familiares y ayuda asistencial que concede el Seguro.

Estas prestaciones las tiene la mujer por tenerse en cuenta que en determinadas circunstancias se encuentra en un plano más desfavorable que el hombre. Pero la ley no con-

sidera que la participación de la mujer en la vida económica de la familia es cada vez más frecuente; y que por ejemplo, - si la mujer, esposa o concubina es la que trabaja en una empresa donde disfruta de las prestaciones y beneficios de la - seguridad social, y que el hombre, esposo o concubinario, se dedica al comercio independiente, éste no puede en ningún caso gozar de asistencia médica cuando la asegurada es la mujer, ya que necesita encontrarse totalmente incapacitado (artículo 92) para ser sujeto de protección. En este sentido es injusta y debiera ampliar su amparo hacia el hombre quien por su - naturaleza se ha negado a sí mismo protección.

Omisiones como la anterior pueden observarse en la siguiente transcripción de algunos artículos de importancia - de la Ley en la que se podrá apreciar, primero, que la concubina está colocada en un mismo plano que la esposa y segundo, que tanto el concubinario como el marido se encuentran desprotegidos cuando no están totalmente incapacitados.

Artículo 72.- Sólo a falta de esposa tendrá derecho a recibir la pensión señalada en la fracción II del artículo anterior, la mujer con quien el asegurado vivió como si fuera su marido durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o con la que tuvo hijos, siempre que ambos hubieran permanecido libres de matrimonio durante el concubinato. Si al morir el asegurado tenía varias concubinas ninguna de ellas gozará de pensión.

Artículo 73.- El total de las pensiones atribuidas a las personas señaladas en el artículo anterior, - en caso de fallecimiento del asegurado, no excederá de la que correspondería a éste si hubiere sufrido incapacidad permanente total. En caso de exceso, - se reducirán proporcionalmente cada una de las pensiones. Cuando se extienda el derecho de alguno de

los pensionados se hará nueva distribución de las pensiones que queden vigentes, entre los restantes, sin que se rebasen las cuotas parciales ni el monto total de dichas pensiones.

A falta de viuda, huérfanos o concubina, con derecho a pensión a cada uno de los ascendientes que dependían económicamente del trabajador fallecido, se les pensionará con una cantidad igual al 20 por ciento de la pensión que hubiere correspondido al asegurado, en el caso de incapacidad permanente total.

Tratándose de la cónyuge o concubina, la pensión se pagará mientras no contraiga nupcias o entre en concubinato, la viuda o concubina que contraiga matrimonio recibirá una suma global equivalente a tres anualidades de la pensión otorgada.

Del Seguro de Enfermedades y Muerte.

Artículo 92.- Quedan amparados por este ramo de seguridad social:

I. El asegurado

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

Del mismo derecho gozará, cuando se encuentre totalmente incapacitado para trabajar, el esposo de la asegurada, o a falta de éste el concubino si reúne los requisitos del párrafo anterior.

IV. La esposa del pensionado en los términos de los incisos: a), b), c). de la fracción II. A falta de la esposa, la concubina si se reúnen los requisitos de la fracción III;

Del mismo derecho gozará, cuando se encuentre totalmente incapacitado para trabajar el esposo de la pensionada o, a falta de éste, el concubino si reúne los requisitos de la fracción III;

Artículo 102.- En caso de maternidad, el Instituto otorgará a la asegurada durante el embarazo, el alumbramiento y el puerperio, las siguientes prestaciones:

- I. Asistencia obstétrica
- II. Ayuda en especie por seis meses para la lactancia; y
- III. Una canastilla al nacer el hijo, cuyo importe será señalado por el Consejo Técnico.

Artículo 103.- Tendrán derecho a disfrutar de las prestaciones señaladas en la fracción I y II del artículo anterior, las beneficiarias que se señalan en las fracciones II, IV del artículo anterior.

Del Seguro de Muerte.

Artículo 152.- Tendrán derecho a la pensión de viudez la que fué esposa del asegurado o del pensionado. A falta de esposa, tendrá derecho a recibir la pensión, la mujer con quien el asegurado o pensionado vió como si fuera su marido durante los cinco años que precedieron inmediatamente a la muerte de aquél, o con la que hubiere tenido hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato. Si al morir el asegurado o pensionado tenía varias concubinas ninguna de ellas tendrá derecho a recibir la pensión.

La misma pensión le corresponderá al viudo que estuviese totalmente incapacitado y que hubiere dependido económicamente de la trabajadora asegurada o pensionista fallecida.

Artículo 155.- El derecho al goce de la pensión de la viuda comenzará desde el día del fallecimiento del asegurado o pensionado y cesará con la muerte del beneficiario, o cuando la viuda o concubina contrajeran matrimonio o entren en concubinato. La viuda o concubina pensionada que contraiga matrimonio, recibirá una suma global equivalente a tres anualidades de la cuantía de la pensión que disfrutaba.

De las Asignaciones Familiares y Ayuda Asistencial.

Artículo 164.- Las asignaciones familiares consisten en una ayuda por concepto de carga familiar y se concederán a los beneficiarios del pensionado por invalidez, vejez, o cesantía en edad avanzada, de acuerdo con las siguientes reglas:

- I. Para la esposa o concubina del pensionado, el 15 por ciento de la cuantía de la pensión.

El análisis de los anteriores artículos nos permite hacer las siguientes observaciones:

El artículo 72, al hablar de beneficiarios a una pensión por causa de muerte debida a un riesgo de trabajo, incluye a la esposa o a la concubina, más de ningún modo hace mención al esposo o concubinario como posibles beneficiarios de la pensión en caso de que la mujer que trabaje fallezca, no es el caso discutir que el hombre puede ser sostenido por la mujer, sino en el caso de que ambos trabajen, la pérdida de uno o de otro significa un desequilibrio en la familia.

Para el artículo 73, en su párrafo final, la concubina o la esposa tienen derecho a la pensión siempre y cuando no contraigan matrimonio o entren en concubinato. Esto quiere decir que ambas figuras tienen el mismo valor porque tienen la misma consecuencia, al quitarles el beneficio.

El artículo 92, que se refiere a los beneficiarios del seguro de enfermedad también protege a la esposa o a la concubina y no así al esposo o concubinario, porque deben encontrarse totalmente incapacitados para poder ser sujetos de asistencia médica cuando no son ellos los asegurados directamente.

Y por último, el artículo 152, otorga una pensión de viudez a la esposa o a la concubina y al viudo totalmente incapacitado, pero no lo hace hacia el concubinario ni aún cuando esté totalmente incapacitado.

Estos artículos me parece que adolecen de una contradicción, porque mientras que el artículo 92, no le otorga derecho alguno al hombre -esposo o concubinario-, el artículo 152, sólo se lo otorga al esposo bajo la circunstancia de encontrarse totalmente incapacitado.

Es claro que si esta ley es la principal fuente de seguridad social, por estar dirigida a la mayoría de la población trabajadora, debe de extender sus prestaciones a todos aquellos que bajo cualquier punto de vista dependan económicamente ya sea del trabajador o de la mujer trabajadora. Ya -- que sólo de esta manera podrá realizar su objetivo primordial de seguridad general.

Para la Ley del Seguro Social, al igual que como -- ocurre en la Ley Federal del Trabajo las relaciones esposa o concubina, hijos y demás parientes a que se refiere deben demostrarse por cualquier medio probatorio, sin necesidad de sujetarse a las pruebas que acreditan al parentesco conforme al derecho común, pero no se desconocerá lo asentado en ellas en caso de presentarse. Ahora bien, la designación de beneficiarios que hagan los asegurados al Instituto podrá servir para determinar al causahabiente; y sólo producirá efectos en cuanto se ciña a lo dispuesto con relación a los beneficiarios legales, la ley ha determinado claramente quienes son los beneficiarios del trabajador en normas irrenunciables. "Esta designación puede decirse que no tiene gran importancia en el sistema del Seguro Social, ya que ésta sólo tiene efecto si -

no contraría el propósito protector de la Ley, ya que no podrá señalarse como beneficiarios a personas distintas de las que enumera la legislación del Seguro, ni podrá alterar la situación jurídica de unos en perjuicio de otros". (9).

El trabajador no podrá señalar para que perciba la pensión a la concubina y excluir a la esposa, ni dejar de designar a alguno de sus hijos, por que los derechos consignados en favor de los familiares y dependientes económicos del trabajador son de interés público y el asegurado no puede señalar libremente a las personas que han de percibir la pensión con motivo de su muerte, como si se tratara de una herencia, la designación hecha al Instituto puede facilitar la investigación pero no evitarla.

1.2.b. Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado.

Esta Ley, tiene su fundamento en la fracción XI del apartado B del Artículo 123 constitucional y entró en vigor el 1o. de Enero de 1960, siendo adicionada y reformada a partir del decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 1o. de Enero de 1981.

Al igual que la legislación del Seguro Social, la ley del ISSSTE, adoptó como uno de sus principios fundamenta-

(9). ARCE Cano, René. De los Seguros Sociales a la Seguridad Social. México, 1972. Editorial Porrúa, Pág. 206.

les, el de la dependencia económica en la asignación de sus - beneficios. Sin embargo, presenta diferencias en la aplica-- ción de sus prerrogativas; pero si bien es cierto que a seme- janza de la Ley del IMSS protege dentro de sus prestaciones a la institución del concubinato a partir de las mismas bases - para definirlo. Otorga sus beneficios a decir de su artículo 23, fracción I, a "la mujer con quien ha vivido el trabajador como si fuera su esposa durante los cinco años anteriores a - la enfermedad o con la que tuvo hijos, siempre que ambos perma- nezcan libres de matrimonio", no lo reglamenta en la misma for- ma que la ley del Seguro Social.

Para esta legislación, el concubinato también produ- ce relaciones familiares y de dependencia entre lo que forman la familia, esté está legitimada -por medio del matrimonio-, o no lo esté, por que dentro de una unión concubinaria se es pa- dre y madre, esposo y esposa, razón por la que tienen derecho a gozar de sus prerrogativas. Pero como ha acontecido con -- nuestras leyes, el hombre no es sujeto de protección por el - hecho de pensarse que sólo él es quien ha sostenido a una fa- milia; sin tomar en cuenta el hecho muchas veces mencionado - de la cooperación actual de la mujer en el sostenimiento de - la familia. Todas las leyes de previsión social que se men- cionan en este trabajo, no toman en cuenta al hombre ya sea - esposo o concubinario para ser beneficiario cuando la mujer - es la derechohabiente, situación que pienso debe tomarse en - consideración y modificarse la legislación al respecto. Mi -

posición se fundamenta en la siguiente redacción de varios --
artículos importantes de la Ley del ISSSTE.

Del Seguro de Enfermedades no Profesionales de Ma-
ternidad y Conservación de Derechos.

Artículo 23.- También tendrán derecho a los servi-
cios que se señala la fracción I del artículo 22, -
en caso de enfermedad, los familiares del trabaja-
dor y del pensionista que en seguida se ennumeran:
I. La esposa, o a falta de ésta, la mujer con -
quien ha vivido como si lo fuera durante los cinco
años anteriores a la enfermedad o con la que tuvie-
se hijos, siempre que ambos permanezcan libres de -
matrimonio. Si el trabajador o pensionista tiene -
varias concubinas, ninguna de ellas tendrá derecho
a recibir la prestación;

V. El esposo de la trabajadora o pensionista que
se encuentre incapacitado física o psíquicamente o
que sea mayor de 55 años y que, en ambos casos, de-
penda económicamente de ella;

Los familiares que se mencionan en este artículo -
tendrán el derecho que esta disposición establece -
si reúnen los siguientes requisitos:

- a) que dependan económicamente en forma total del
trabajador o del pensionista.
- b) que el trabajador o pensionista tengan derecho
a las prestaciones señaladas en la fracción I
del artículo 22;
- c) que dichos familiares no tengan por sí mismos -
derechos propios a las prestaciones otorgadas -
por esta Ley.

Seguro de Maternidad

Artículo 26.- La mujer trabajadora, la esposa del -
trabajador o del pensionista o a falta de esposa, -
la concubina de uno u otro, según las condiciones -
de la fracción I del artículo 23, tendrán derecho a
las siguientes prestaciones:

I. Asistencia obstétrica necesaria a partir del --
día en que el Instituto certifique el estado de em-
barazo. La certificación, señalará la fecha proba-
ble del parto para los efectos del artículo 25 del
Estatuto de los Trabajadores al Servicio de los Po-
deres de la Unión;

II. Ayuda para la lactancia, cuando según dictamen médico exista incapacidad física para amamantar al hijo. Esta ayuda será proporcionada en especie hasta por un lapso de seis meses, con posterioridad al nacimiento y se entregará a la madre, o a falta de ésta, a la persona encargada de alimentar al niño.

III. Una canastilla de maternidad, al nacer el hijo, cuyo costo será señalado periódicamente por el Instituto.

Artículo 27.- Para que la trabajadora, la esposa o concubina derechohabiente tengan derecho a las prestaciones que establece el artículo anterior, será necesario que, durante los seis meses anteriores al parto, se hayan mantenido vigentes los derechos de la trabajadora asegurada o del trabajador del que se deriven estas prestaciones.

Del Seguro de Accidentes del Trabajo, Enfermedades Profesionales..

Artículo 35.- Para la división de la pensión derivada de este capítulo, entre los familiares derechohabientes, se estará a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 89 de esta Ley.

En cuando a la determinación de la pensión para la viuda, concubina, hijos o divorciada, en su caso, se estará a lo dispuesto en los artículos 91 y 92.

De las Habitaciones para Trabajadoras, de los Préstamos Hipotecarios, de la Excensión de Impuestos y del Fondo de Vivienda.

Artículo 54M.- En los casos de pensión o jubilación o de incapacidad total permanente, se entregará al trabajador el total de los depósitos que tenga a su favor en el fondo. En caso de muerte del trabajador, dicha entrega se hará a sus beneficiarios, en el orden de prelación siguiente:

- I. Los que al efecto el trabajador haya designado ante el Instituto.
- II. La viuda o viudo y los hijos que dependan económicamente del trabajador en el momento de su muerte.
- III. Los ascendientes concurrirán con las personas -

- mencionadas en la fracción anterior, cuando dependan económicamente del trabajador;
- IV. A falta de viuda o viudo concurrirán con las -- personas señaladas en las dos fracciones anteriores, al supérstite con quien el derechohabiente vivió como si fuera su cónyuge durante los -- cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o con la que tuvo hijos, siempre que ambos hubieran permanecido libres de matrimonio durante el concubinato, pero sí al morir el trabajador tenía varias relaciones de esta clase, -- ninguna de las personas con quienes las tuvo -- tendrá derecho.

De la Jubilación y de las Pensiones por Vejez

Artículo 67.- La edad y el parentesco de los trabajadores y sus derechohabientes se acreditará ante el Instituto en los términos de la legislación civil y la dependencia económica mediante informaciones testimoniales en vía de jurisdicción voluntaria.

Pensiones por Causa de Muerte

Artículo 89.- El Orden para gozar de las pensiones a que se refiere este capítulo será el siguiente:

I. Esposa supérstite e hijos menores de 18 años ya sean legítimos, naturales, reconocidos o adoptivos.

II. A falta de esposa legítima, la concubina, siempre que hubiere tenido hijos con ella el trabajador o pensionista, o vivido en su compañía durante los cinco años que precedieron a su muerte y ambos hayan estado libres de matrimonio durante el concubinato. Si al morir el trabajador tuviere varias concubinas, ninguna de ellas tendrá derecho a pensión.

III. El esposo supérstite siempre que a la muerte de la esposa trabajadora o pensionada fuese mayor de 53 años, o que este incapacitado para trabajar y hubiere dependido de ella.

Artículo 92.- Sólo se pagará la pensión a la viuda o a la concubina mientras no contraiga nupcias o entre en concubinato. Al contraer matrimonio recibirán como única y última prestación el importe de seis meses de la pensión que hubiese disfrutado alguna de ellas.

Artículo 93.- Sí un pensionista desaparece de su domicilio por más de un mes sin que se tengan noticias de su paradero, los deudos con derecho a la transmisión de la pensión, disfrutarán de la misma en los términos de la fracción II del artículo 90 con carácter provisional, y previa la solicitud respectiva, bastando para ello que se compruebe el parentesco y la desaparición del pensionista, sin que sea necesario promover diligencias formales de ausencia. Si posteriormente y en cualquier tiempo el pensionista se presentase, tendrá derecho a disfrutar él mismo su pensión y a recibir las diferencias entre el importe original de la misma y aquel que hubiese entregado a sus familiares. Cuando se compruebe el fallecimiento del pensionista será definitivo.

De la lectura de los artículos anteriores se puede establecer que la Ley del ISSSTE a diferencia de la Ley del IMSS, establece beneficios al esposo o concubinario de la trabajadora condicionándolos de manera distinta:

a) En cuanto a asistencia médica, según el artículo 23 del ordenamiento citado, sólo el esposo tiene derecho a ella, siempre y cuando esté incapacitado física o psíquicamente o sea mayor de 55 años, y que en ambos casos se encuentre dependiendo de la trabajadora. No menciona en ninguna de sus fracciones al concubinario. La ley del Seguro Social, sí le otorga a éste ese beneficio aunque sea necesario que el concubinario esté totalmente incapacitado.

b) El artículo 54M, en su fracción IV establece que tiene derecho a ser beneficiario de la pensión de jubilación o de incapacidad total permanente, a falta de viuda o viudo, "el supérstite con quien el derechohabiente vivió como si fuera su cónyuge". Es de aplaudir, que en este artículo

la ley le dá derecho tanto al hombre como a la mujer de ser - beneficiarios uno de otro, en caso de muerte, porque se hace patente que esta ley ha tomado en consideración que la ausencia de uno o de otro causará un desequilibrio a la familia, - sin menoscabo de que se trate de un matrimonio o de concubinato. Este artículo es de gran importancia en esta materia por que puede servir de precedente en la reglamentación futura -- del concubinato, a fin de que exista una igualdad de trata para el hombre y la mujer que en esta unión se encuentran.

c) Desgraciadamente, a diferencia del artículo anterior, el artículo 89 del mismo ordenamiento -cuestión inexplicable-, no dá derecho al concubinario para recibir una pensión por causa de muerte de su concubina. Al esposo sí le -- otorga este derecho, pero siempre y cuando éste se encuentre incapacitado para trabajar o sea mayor de 53 años, y que en los dos casos haya dependido de la trabajadora. Un artículo les dá un derecho sin condiciones mientras que el otro se lo quita y se lo condiciona.

En resumen, la misma ley no sigue idénticos lineamientos al otorgar sus prestaciones, porque un artículo otorga derechos y en otros los niega. La conclusión a la que va encaminado este trabajo, no es la de darle menos valor al matrimonio reconociendo mismos derechos al concubinato, sino -- que como ya se ha expresado, ambas figuras producen relaciones que el derecho en cualquiera de sus ramas no puede ignorar y mucho menos la legislación de seguridad social en nues-

tro país, porque sólo de esta manera se logrará un verdadero bienestar social.

1.2.c. Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas.

Esta ley abrogó la Ley de Retiros y Pensiones Militares de 1955, el Decreto que creó la Dirección de Pensiones Militares de 26 de diciembre de 1955 y la ley de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas del 30 de diciembre de 1961, -- creando el Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas Mexicanas publicada en el Diario Oficial el 29 de junio de 1976. Siendo reformada y adicionada por decreto del 28 de abril de 1978.

Esta legislación es importante porque abarca a un núcleo de población con características propias que sin duda alguna tienen la misma necesidad de protección y amparo que la población civil. Es relevante también señalar que tipo de relaciones toma en consideración para designar a sus beneficiarios. El artículo 37 de esta ley, considera como familiares del militar los que se desprenden tanto de un matrimonio como de un concubinato; y siguiendo la fórmula básica para caracterizar a este último, requiere de una unión con vigencia mínima de cinco años o en la que haya habido hijos y que ambos hayan permanecido solteros durante el mismo.

La situación jurídica del concubinato, presenta las mismas características que en las dos legislaciones estudia--

das; la concubina ocupa el mismo lugar que la cónyuge en la adquisición de sus prestaciones, pero tanto el esposo como el concubinario se encuentran en una situación desfavorable, sobre todo este último.

La Ley del ISSFAM al igual que la Ley del ISSSTE -- contiene un artículo de relevancia para la reglamentación del concubinato, el cual designa como beneficiario del fondo de vivienda en caso de muerte del militar al "cónyuge o al supértite con quien el derechohabiente vivió como si fuera su cónyuge". Este artículo proporciona un derecho al hombre o mujer por igual, sin condiciones físicas o psíquicas, y es imprescindible afirmar que esta reglamentación es la más apropiada, no sólo respecto al concubinato, sino también es esencial al matrimonio. Pero como se deducirá de los artículos que se transcriben a continuación, existe una diferencia de trato de un artículo a otro.

Artículo 37.- Se consideran familiares de los militares para los efectos de este capítulo:

I. La viuda sola o en concurrencia con los hijos - o éstos solos, siempre que las mujeres sean solteras y los varones menores de edad, o mayores incapacitados o imposibilitados para trabajar en forma total y permanente si son solteros;

II. La concubina sola o en consecuencia con los hijos o éstos solos que reúnan las condiciones a que se refiere la fracción anterior, siempre que por lo que hace aquella existan la siguientes circunstancias:

a) Que tanto el militar como ella hayan permanecido libres de matrimonio durante su unión.

b) Que haya habido vida marital durante los cinco años consecutivos anteriores a la muerte

III. El viudo de la mujer militar incapacitado o imposibilitado físicamente para trabajar en forma total o permanente, o mayor de 55 años.

Artículo 42.- En caso de que dos o más interesados reclamen derechos a pensión o compensación como cónyuges supervivientes de algún militar exhibiendo sus respectivas actas del Registro Civil, se suspenderá el trámite del beneficio hasta que se definan judicialmente la situación sin perjuicio de continuarlo por lo que respecta a los derechos de los hijos y los padres, en su caso. Al concederles el beneficio a éstos últimos, se reservará una cuota, parte que se aplicará al cónyuge superviviente que la forma anteriormente indicada acredite su derecho.

Artículo 43.- Cuando un interesado, ostentándose cónyuge superviviente del militar se presente a reclamar beneficio cuando ya se haya concedido pensión a otra persona por el mismo concepto, solo se resolverá dejar insubsistente el beneficio otorgado, con apoyo en una sentencia ejecutoria en la que declare la nulidad del matrimonio que sirvió de base a tal beneficio. Si el segundo solicitante reúne los demás requisitos legales, se le concederá pensión, la cual percibirá a partir de la fecha en que se hubiera dejado insubsistente la anterior, sin que tenga derecho a reclamar las cantidades cobradas por el primer beneficiario.

Artículo 51.- Los derechos a percibir compensación o pensión, se pierden para los familiares por alguna de las siguientes causas.

VI. Contraer matrimonio el cónyuge superviviente, la concubina, las hijas y hermanas solteras;

Fondo de trabajo, fondo de ahorro y seguro de vida militar.

Artículo 59.- Podrán disponer de su fondo de trabajo:

I. Los elementos de tropa que queden separados del activo, obtengan jerarquía de oficiales, o que se les haya concedido licencia ilimitada;

II. Las personas que los elementos de tropa hayan designado como beneficiarios a su fallecimiento y a falta de designación, sus familiares de acuerdo con la siguiente prelación:

1) El cónyuge o en su defecto, la persona con quien haya hecho vida marital los cinco años inmediatos anteriores a su muerte, en concurrencia con los hijos del occiso, a partes iguales;

2) La madre;

3) El padre;

4) Todos aquellos que mediante resolución judicial acrediten sus derechos.

Artículo 84. Si al morir el militar no existiere - designación de beneficiarios conforme a esta Ley, - el seguro se pagará a los familiares de acuerdo con la prelación siguiente:

1. El cónyuge o si no lo hubiere a la concubina o - al concubinario en los términos de los artículos -- 37 fracción II inciso a) y b) y 170 de esta ley, en concurrencia con los hijos del militar por partes - iguales.

Artículo 111. En los casos de retiro relativo de li cencia ilimitada, en los términos de las disposicio nes legales aplicables se entregará al militar el - total de los depósitos que tenga a su favor en el - fondo de la vivienda. En caso de muerte del mili- tar, dicha entrega se hará a sus beneficiarios o a sus causahabientes en el orden de prelación siguien te:

I. Los que al efecto el militar haya designado ante el Instituto.

II. La viuda, el viudo y los hijos menores de edad o imposibilitados físicamente para trabajos e inca- pacitados legalmente.

III. Los ascendientes concurrirán con las personas mencionadas en la fracción anterior. Si tales as- cendientes son mayores de 55 años o se encuentran - imposibilitados físicamente para trabajar o sufren una incapacidad legal.

IV. A falta de viuda o viudo, concurrirán con las - personas señaladas en las dos fracciones anteriores, el supérstite con quien el derechohabiente vivió co mo si fuera su cónyuge durante los cinco años que - precedieron inmediatamente a su muerte o con el --- que tuvo hijos, siempre que el militar haya hecho - designación del supérstite ante la Secretaría de la Defensa Nacional o de Marina, y además que ambos hu bieran permanecido libres de matrimonio durante el concubinato.

Servicio Médico Integral.

Artículo 152. La atención médico-quirúrgica es el sistema por el cual se trata de conservar la salud de las personas, entendiéndose por este concepto - no solo la ausencia de enfermedad sino también físi ca y mental. Este servicio se prestará gratuitamente a los militares en activo, por las Secretarías - de la Defensa Nacional y de Marina, en sus Hospita- les, Enfermerías y Secciones sanitarias, de acuerdo con las leyes que los rigen.

Los familiares de militares que tienen derecho a esta prestación son:

El cónyuge o en su defecto la concubina con quien - haga vida marital; los hijos solteros menores de -- 18 años, los mayores de esta edad que se encuentren en planteles oficiales o incorporados con límite -- hasta de 25 años; y los hijos de cualquier edad inu- tiles total y permanentemente;

Las hijas solteras;

El padre y la madre.

Artículo 153. Para los efectos del artículo anterior:

El cónyuge de la mujer militar solo tendrá derecho a las prestaciones si está incapacitado o inutiliza- do total o permanentemente.

Para que la concubina con quien el militar haga vi- da marital tenga derecho a la atención médico-qui- rúrgica, será indispensable que haya sido designada como tal por el militar ante ese Instituto o las Se- cretarías de la Defensa Nacional o de Marina, y am- bos estén libres de matrimonio. No podrá designar a otra antes de 3 años, salvo el caso de muerte de la primera.

Artículo 159. El servicio Materno-Infantil se im- partirá al personal militar femenino y a la esposa o en su caso a la concubina del militar.

Pruebas.

Artículo 166. El estado civil y el parentesco de - los familiares de un militar serán acreditados con las constancias relativas del Registro Civil y, en los casos de reconocimiento de hijo nacido fuera de matrimonio con los medios de pruebas que reconozca la ley.

Artículo 169. La dependencia económica será proba- da con información testimonial, rendida bajo pro- testa de decir verdad, ante la Secretaría de Defen- sa Nacional o de Marina, las cuales podrán comple- tar la prueba, mandando practicar la investigación oficial del hecho. Solo en caso de litigio la de- pendencia económica será probada por los medios es- tablecidos en el Código Federal de Procedimientos Civiles exigiéndose además un principio de pruebas por escrito.

Artículo 170. La relación de concubinato será --- acreditada necesariamente, y en todo caso, con la designación que el militar haya hecho de la perso- na interesada, como esposa, o concubina, ante el -

Instituto o en la Secretaría de la Defensa Nacional o de Marina, sin que sea admisible otro medio de -- prueba. La designación posterior anula la anterior. Las circunstancias del concubinato, indicadas en -- los incisos a) y b) de la fracción II del artículo 37 de esta ley, se acreditarán con los medios de -- prueba establecidos por el Código Federal de Procedimientos Civiles.

A diferencia de la Ley del IMSS y de la Ley del --- ISSSTE y debido a que el Instituto de las Fuerzas Armadas tie ne por una parte un control mayor de sus beneficiarios por el tipo de organización que su naturaleza necesita y por otra, - que va dirigida a una población menor, presenta como caracte- rística, el hecho de que todos sus beneficiarios deben ser -- designados ante la Secretaría de la Defensa Nacional o de Ma- rina o ante el Instituto para poder gozar de sus prerrogati-- vas, ya que a decir de su artículo 170, y en el tema que nos ocupa, la relación de concubinato "será acreditada necesaria- mente y en todo caso con la designación que el militar haya hecho de la persona interesada...." sin que sea admisible -- otro medio de prueba". Esto significa que en caso de que el militar no haya registrado a su concubina y fallezca, ésta só lo puede tener derecho a las indemnizaciones en caso de ser - declarada judicialmente como heredera.

Esta legislación que es de carácter eminentemente - social, se aleja de los postulados que caracterizan a las le- yes de esta materia porque si bien a través de la Ley Federal del Trabajo se ha hecho patente la existencia de una sucesión laboral independiente de la sucesión civil y las leyes del --

IMSS y del ISSSTE, han conformado soluciones aunque de carácter administrativo para establecer derechos al concubinato. La Ley del ISSFAM en base a su artículo 170 niega la existencia del concubinato si éste no se ha registrado. A este respecto existe una decisión de la Suprema Corte que señala:

"Se reconoce el derecho de la concubina cuando ésta ante la sociedad y no forzosamente ante la Secretaría de la Defensa Nacional se ostenta como esposa del militar fallecido pues es evidente que el derecho moderno, en sus recientes disposiciones especialmente en las de carácter laboral, ha ampliado a tal extremo los beneficios que deben reconocerse a la concubina que, con las limitaciones y exigencias a que las mismas se refieren, la equipara con la esposa legítima; por lo que si ello es así, no hay razón por la cual, cuando una concubina se ostenta como esposa ante la sociedad no pueda tener los derechos que se derivan del precepto invocado por el hecho de que el concubinario no la haya designado como esposa, precisamente por no serlo, ante la mencionada Secretaría". (FLORES RANGEL, Eva. Tomo CXXIII. 2 de febrero de 1955 Pág. 6601).

Esta resolución de nuestro Tribunal Supremo pone en relieve el interés que existe en establecer con justicia los derechos que nacen a raíz del concubinato, que aunque al parecer son soluciones vagas o aisladas, van organizando una legislación al respecto, con el fin de que llegue a constituirse un acuerdo común y norme con unidad y eficacia esta institución.

Los ordenamientos citados siguen en su contenido el plurimencionado principio de la dependencia económica para conceder derechos y proteger a los familiares de sus causantes. Y con ello, el concubinato jurídicamente se ha visto --

protegido como institución fuente de relaciones familiares o de dependencia y se ha visto favorecida en gran medida la mujer que en esta situación se encuentra, equiparando el lugar que ocupa al de la mujer que se ha unido en matrimonio cuestión por la que nuestra legislación merece un gran reconocimiento, porque desde el punto de vista de la seguridad social el concubinato es admitido en un plano más humanitario por ser objeto propio del derecho social la protección al desamparado.

En cada uno de los artículos a que se ha hecho mención, se otorgan los mismos beneficios como la propia ley establece, a la esposa o concubina; beneficios como seguro de enfermedades y maternidad, seguro de muerte, fondo de ahorro, fondo de trabajo y todas aquellas prestaciones cuyos beneficiarios son aquellos que dependen económicamente del trabajador. Los beneficios se extienden al concubinato y reafirman su condición de igualdad con el matrimonio reconocido, al ordenarse en estas leyes que mientras no contraiga la mujer-esposa o concubina-, nuevas nupcias o entre en concubinato seguirá disfrutando de su prestación, lo que significa que ambas figuras tienen como ya se ha afirmado, el mismo valor ante la ley social.

Aunque también es necesario que estas leyes se actualicen debido a las siguientes consideraciones:

1.- En las circunstancias actuales se hace presen-

te el hecho de que un solo salario no baste para satisfacer - las necesidades de una familia y es el caso de que hoy en día tanto el hombre como la mujer trabaje, haciéndose imprescindible que puedan beneficiarse uno a otro en las prestaciones -- que otorga la seguridad social.

2.- La esposa o concubina tiene derecho a los beneficios siendo ella la trabajadora o no, pero el hombre-esposo o concubinario-, si desarrolla una actividad en la que no esté inscrito por sí mismo al Seguro Social no puede ser objeto de protección por medio de la mujer asegurada, porque la legislación actual condiciona siempre su derecho a una incapacidad ya sea total o parcial según la legislación de que se trate. Es cierto que se deba reglamentar su derecho con el fin de evitar una desventaja en perjuicio de la mujer trabajado--ra, pero de ninguna manera bajo las circunstancias extremas - que la legislación en la actualidad establece.

3.- Además del hecho de que el hombre aún como esposo es excluído en alguno de los beneficios de la seguridad social en forma total, se encuentra en una posición más desfavorable el concubinario y debe de tenerse en cuenta que tanto - el esposo como el concubinario desempeñan el mismo papel den--tro de una familia y por lo tanto, deben ser sujetos de igual protección.

Es pertinente destacar que las diferencias que presentan entre sí los preceptos de las legislaciones estudiadas

y la diversidad de criterios que sustentan, es consecuencia - de la forma en que se encuentra reglamentada la unión concubi- naria en nuestro derecho civil. Porque si bien, la legisla- ción civil reconoció antes que las leyes de carácter social, - la existencia y consecuencias del concubinato, al punto de -- que dichas leyes toman como base para reconocerlo la fórmula contenida en el Art. 1635 del Código Civil, también es cierto que este cuerpo legal no lo ha reconocido en todas sus conse- cuencias lo que acarrea que la ley laboral y con más razón -- las leyes de seguridad social, no puedan hacer extensivos sus beneficios a la persona del concubinario ni reglamentar con - uniformidad los derechos del concubinato.

Porque aunque estas leyes tiendan esencialmente a - satisfacer el deber de asistencia y protección a la familia - tal y como está formada, es necesario que la ley rectora de - las relaciones familiares identifique en su totalidad y con - justicia los derechos y obligaciones de los concubinos porque de otra manera, solo se seguirán presentando soluciones diver- sas de una legislación a otra que bajo ningún aspecto serán - adecuadas a la importancia que reviste el concubinato.

1.3. Derecho Comparado.

El seguro social consituye en la actualidad la base de la legislación obrera de un país porque es la institución que más amparo proporciona a los asalariados, que sin ella - quedarían a merced de la inseguridad económica por no poder-

se procurar con sus propios medios un sistema de protección.

El Seguro Social funciona en casi todos los países del mundo y es por ello también, que la introducción de dicho régimen ha sido colocado entre los derechos fundamentales del hombre en la Constitución Política de numerosos pueblos entre los que puede citarse: Cuba, Italia, Francia, España, Rusia, entre otros. Pero cada uno ha establecido la forma y las bases sobre las cuales determina sus beneficios y a sus beneficiarios, dependiendo sobre todo su configuración al desarrollo económico en que cada nación se encuentra.

En México, las más importantes leyes de seguridad social reconocen efectos al concubinato por ser conecedoras de que bajo esta unión vive la mayoría de sus derechohabientes, concediendo beneficios en mayor o menor proporción a los concubinos.

Comparativamente, esta institución no es observada en otros países con un criterio uniforme debido a las siguientes consideraciones:

Primero. En muchos países no es corriente que se presente o simplemente ignoran su existencia, por ejemplo, la Ley portuguesa ha otorgado a la viuda una pensión por muerte del esposo, en tanto permanezca ésta en estado de viudez, pero como no se reconocen derechos a la concubina no establece auxilio alguno para ella porque no existe.

Segundo. En otros, aunque se presenta con frecuencia no es aceptado el legislar en esta materia directamente debido al problema moral que significa como es el caso representativo de España o Italia.

Tercero. Algunos países poseen seguros sociales - tan avanzados que abarcan y protegen a su población entera - por medio de múltiples organismos de seguridad social, es el caso de los Estados Unidos de Norteamérica y en general de los países más desarrollados.

Sin embargo y en virtud de las consecuencias sufridas por las guerras mundiales a que se ha enfrentado la comunidad internacional, en la mayoría de los Estados se han tomado medidas protectoras para los dependientes económicos de los trabajadores y este carácter es lo que llega a ser -- parte integrante de la seguridad social tanto en México - como ya se puntualizó-, como a nivel mundial; y aunque algunos países no conceden derechos inherentes al concubinato, se le reconoce aunque indirectamente cierta protección al encuadrarse al hombre o a la mujer como dependientes del o la trabajadora.

En el caso de Venezuela, la ley del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales creado en 1946 precisa que -- "el derecho a las prestaciones está concedido a los miembros de la familia del asegurado que vivan en su hogar (casa de habitación) y que estén a su cargo, cuando esas personas no

estén ellas mismas aseguradas en razón de sus ocupaciones profesionales". (10)

Al igual que la legislación mexicana, la venezolana, beneficia bajo todas sus diferentes prestaciones tanto a la mujer legítima del asegurado como a la compañera asimilada a la mujer legítima, cuando ésta falta, exigiendo una duración mínima de vida común de un año.

España absorbe el problema desde otro punto de vista, ya que no reconoce efectos al concubinato en sí mismo, pero sí puede decirse que todos los seguros sociales en caso de muerte del asegurado conceden a sus beneficiarios o causahabientes sus prerrogativas, estableciéndolos "no sólo en consideración a la relación de parentesco que con el causante les puede ligar, sino atendiendo además, a la circunstancia de que el causahabiente dependa económicamente del causante". (11). - Ello dá lugar a que en caso de muerte de cualquiera de los concubinos que sea causante, pueda cada uno solicitar y tener derecho a una pensión con las condiciones que la propia Ley de Seguridad Social establece.

En Francia como afirma Mazaud, "los textos legales en materia de seguridad social aunque reserven al cónyuge del

(10) ZELENKA, Antonio, La Introducción de los Seguros Sociales en Venezuela, Caracas. 1950. Imprenta Nacional. Pág. 38.

(11) ALONSO Olea, Manuel.- Instituciones de Seguridad Social. Madrid, 1974. Instituto de Estudios Políticos. Pág. 253.

asegurado las subvenciones por enfermedad y la pensión debida por fallecimiento, han abierto a las concubinas el derecho al capital por muerte". Del mismo modo se ha hecho extensiva -- la prestación del seguro de enfermedad y maternidad para la - persona que viva maritalmente con el asegurado (Ley Ordinaria de 2 de enero de 1978); se ha otorgado pensión de invalidez o de viudedad a la esposa o a la concubina (Ley Ordinaria del - 4 de septiembre de 1956), suspendiéndose éstas en caso de que la viuda o concubina contraiga nuevas nupcias o viva en concu binato notorio (Ley Ordinaria del 10 de julio de 1979).

Aunque en la previsión social francesa no existen - más que medidas fragmentarias esparcidas en algunos artículos de sus diferentes leyes en favor del concubinato se hace pa-- tente la necesidad que el legislador ha tenido de conceder -- reconocimiento al mismo.

El seguro social ruso alcanza a "todas las personas asalariadas en Empresas, establecimientos o explotaciones pú- blicas, cooperativas o del Estado, concesiones, usufructos, - arrendamientos o casas particulares con independencia de la - naturaleza, clase, duración del trabajo y forma de regularlo".

(12)

(12) Artículo 175 del Código de Leyes de Trabajo de la Repúbli ca Socialista Soviética de Rusia.

Debido al desarrollo de la Unión Soviética, al igual que los Estados Unidos de Norteamérica, Alemania o Inglaterra, la seguridad social es obligatoria y abarca a toda su población, concediendo en virtud de la política demográfica característica de estos países, ayudas por parte del Estado a las familias numerosas, otorgando una pensión por cada hijo, no importando en caso de maternidad y asistencia médica en general a las madres casadas o no.

Es así, que la legislación laboral internacional y de seguridad social, en cuanto a la unión es disímbola, pero en una de sus consecuencias, en lo que respecta a la existencia de hijos habidos en esta unión, en todas ellas se encuentran disposiciones en favor a la protección de los descendientes sean legítimos o naturales; y al ser motivo preocupante y de relevante importancia la protección a los mismos, ya se está reconociendo a nivel mundial una consecuencia más del concubinato.

En nuestro país, la unión libre ha sido reconocida como sujeto de protección por las instituciones de seguridad social por presentarse como forma típica dentro de la sociedad para no dejar de proteger a las familias creadas. Así, el estudio de otras legislaciones de previsión social pone de relieve de que si en México adolecemos de un prototipo de seguridad que abarque a toda la población, es necesario que los Institutos se avoquen a realizar una nueva y mejor reglamentación del problema concubinario de manera que esas fami-

lias creadas al margen de la ley no carezcan de protección. Y si como se afirma, que este defecto del mexicano de unirse libremente a una persona como si fuese matrimonio, es parte característica de una forma de ser en general, no puede ser ignorada ni vista con menosprecio, pues no implica una unión de menor valor moral o sentimental.

2. SITUACION DE LOS BIENES DE LOS CONCUBINOS.

2.1. Derecho Familiar. Código Civil de 1928.

Nuestro Código Civil actual promulgado en 1928, en su Exposición de Motivos toma en consideración al concubinato, unión que tanta trascendencia tiene en nuestra sociedad y lo hace en los siguientes términos:

"Hay entre nosotros sobre todo entre las clases populares una manera peculiar de formar la familia: - el concubinato. Hasta ahora se habían quedado al margen de la Ley los que en tal estado vivían; pero el legislador no debe cerrar los ojos para no darse cuenta de un modo de ser muy generalizado en algunas clases sociales y por eso en el Proyecto se reconoce que produce algunos efectos 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".

Como se desprende de estos comentarios insertos en la exposición de motivos, el concubinato produce ciertos efectos jurídicos en favor de los hijos y de la concubina, -

pero no así en lo que hace al concubinario; y si el legisla--
dor consideró a la concubina como la compañera de vida del --
concubinario, también éste participa en la vida de ella y am-
bos desempeñan un papel importante en la familia, papel idén-
tico al que desempeñan los cónyuges en el matrimonio; por ---
ello, no existe razón para mantener esa distinción, pues eso
es tanto como admitir que por ejemplo, en materia sucesoria -
sólo herede la concubina y no así el concubinario. Lo que --
considero una desigualdad que contradice lo que al principio
de su Exposición de Motivos señala este código: "Se equiparó
la capacidad jurídica del hombre y la mujer estableciéndose -
que ésta no quedaba sometida por razón de su sexo a restric--
ción legal alguna en la adquisición y ejercicio de sus dere--
chos". Y en vez de dar un trato igualitario como además está
contenido como norma fundamental en el artículo cuarto de ---
nuestra Carta Magna: que ordena "el hombre y la mujer son ---
iguales ante la ley"; se le dá un trato preferencial a la mu-
jer sin tomar en cuenta que el hombre también se encuentra ba
jo el amparo y protección de la misma.

La causa motivadora que generó el derecho de la con-
cubina en el ámbito del legislador de 1928, fue su protección
ante la evidencia de que en nuestro sistema social, hasta ha-
ce relativamente poco tiempo la participación de la mujer en
la vida productiva era casi nula y necesitaba que la ley evi-
tara su desamparo, pues como señala la propia exposición de -
motivos, "las revoluciones sociales del presente siglo han --

provocado una revisión completa de los principios básicos de la organización social, y han echado por tierra dogmas tradicionales consagrados por el respeto secular" y añade "socializar el derecho significa extender la esfera del derecho del rico al pobre, del propietario al trabajador, del industrial al asalariado, del hombre a la mujer, sin ninguna restricción legal ni exclusivismo".

Y como afirma el maestro Gutiérrez y González -al referirse a la legislación sobre concubinato-, "en buena hora se dió ese paso pues respondía a una necesidad de justicia", "porque tan digna es la que contrajo nupcias, como la que hace vida marital sin estar casada" (13). Pero con la evolución actual y el desarrollo de la educación, la mujer ha llegado a participar en mayor número y cada vez con más frecuencia en la actividad económica, pues como ya se estableció en el capítulo precedente, la familia en las circunstancias actuales ya no se sostiene fácilmente con un solo salario.

A partir de la reforma del Código Civil llevada a cabo en 1975, se dió un paso adelante en materia de sucesión respecto del concubinario, pero el estudio de este aspecto se desarrollará en el capítulo correspondiente.

Es necesario hacer notar que aún cuando la ley concede efectos jurídicos al concubinato en esta materia, no ha-

(13) GUTIERREZ y González, Ernesto. El Patrimonio. México, 1982. Editorial Cajiga, Puebla. Pags. 622 y 623.

ce una reglamentación a fondo de esta unión, punto que es indispensable llevar a cabo sobre todo en nuestro país donde este tipo de unión es una práctica muy generalizada; pudiéndose observar que respecto de los bienes en el concubinato, el código no contiene dentro de sus artículos, alguno que regule las relaciones patrimoniales de los concubinos. El legislar sobre estas relaciones no significa en mi opinión restarle valor al matrimonio, porque estas uniones también forman una familia y se presentan como un defecto o vicio -entre otros muchos de la sociedad mexicana-, entendido no como una conducta reprochable, sino como una conducta que se presenta con una frecuencia tal que forma parte de nuestra idiosincracia. Si se reglamenta el concubinato en sus consecuencias para la pareja acarrearía las mismas obligaciones que genera el matrimonio y me pregunto, ¿no sufren los mismos problemas, las mismas vicisitudes de la vida común, no tienen hijos, no se socorren y ayudan en los problemas y en la formación de un patrimonio? "El concubinato no debe verse como problema político-jurídico o de regulación técnica, sino que es fundamentalmente una cuestión de orden moral". (14); afirmación que sigo y que debería estar presente en el ánimo del legislador, porque al reglamentarse el concubinato "no podrá desembarazarse el hombre y aún la mujer, sin hacerse previamente responsables de las consecuencias que tal situación sea capaz de -----

(14) SOTO Alvarez, Clemente. Derecho y Nociones de Derecho -- Civil. México, 1981. Editorial Limusa. Pág. 106.

traer consigo". (15)

La situación jurídica de los bienes de los concubinos es el punto más interesante y de mayor controversia y --- aplicación práctica dentro del concubinato, pero nuestro le--- gislador se vió obligado sólo a reconocer la existencia de la realidad que es, para no cerrar los ojos ante el mismo, pero siempre tomando en consideración, "que se quiso rendir homena--- je al matrimonio" y por lo tanto no quiso crear, prolongar, - fomentar o estimular el concubinato concediéndole mayores con--- secuencias. Bajo estas condiciones es evidente que para la - legislación civil, el concubinato aún cuando se haya caracte--- rizado por una comunidad de habitación, basada en la permanen--- cia de relaciones y comportándose ambos como si fueran marido y mujer, no crea por sí mismo una comunidad de bienes, enton--- ces cada concubino es dueño de lo que a su nombre se encuen--- tra, de tal manera que aún cuando el propio concubinato termi--- na, esta ruptura no podrá dar base a una liquidación de bie--- nes adquiridos durante su duración. Sin importar que el con--- cubinato "es susceptible de crear relaciones patrimoniales -- entre quienes así viven; sus patrimonios en esta situación -- llegan a confundirse; sus recursos, en modo especial los pro--- venientes de su trabajo han sido puestos en común" (16). To--- dos estos aspectos pueden constituir una sociedad de hecho --

[15] ORTIZ Urquidi, Raúl. Ob. Cit. Pág. 128.

[16] MAZAUD, Henry y León. Ob. Cit. Pág. 58.

que aunque no esté reglamentada por el derecho, tiene una existencia de hecho que debe reconocerse al concubinato.

Un examen atento de la situación con las características señaladas tanto en este trabajo, demuestra que no es un simple estado de hecho, sino como afirma Bonnacasse, "sus características actuales nos dan la idea de hasta qué punto actualmente el concubinato es un hecho jurídico dentro del sentido riguroso del término, es decir, un hecho que tiene gran repercusión jurídica" (17). Un hecho jurídico en sentido estricto, es una manifestación de voluntad que genera efectos de derecho independientemente de la intención del autor de la voluntad para que esos efectos se produzcan, o un hecho de la naturaleza al que la ley vincula efectos jurídicos. En nuestro derecho, una de las fuentes de las Obligaciones son los hechos jurídicos y si al concubinato la doctrina ya lo está definiendo como hecho jurídico, ya es sujeto de consecuencias de derecho; porque en él, aún cuando la voluntad de la pareja no es la de crear consecuencias jurídicas, el derecho las ha convenido, tales como la filiación, el parentesco, los derechos en favor de los hijos a alimentos y la sucesión para la concubina. Pero se ha desconocido que también crea consecuencias de índole patrimonial al que se presentan en diversas situaciones:

(17) Ob. Cit. Pág. 460.

- El Código Civil actual otorga derecho a la concubina a ser llamada a la sucesión de su concubinario -con las anomalías y contradicciones que se estudian por separado-, -- pero ¿no es la sucesión mortis causa la subrogación de una -- persona en los bienes y derechos transmisibles dejados a su -- muerte por otra? Estos bienes y derechos forman un patrimo-- nio que se transfiere. Patrimonio que tanto concubina como -- concubinario contribuyeron a crear, ¿ Por qué razón justa, la ruptura del concubinato no dá lugar en vida de los concubinos a que se liquide ese patrimonio fruto de la cooperación de -- ambos?

La solución que presenta la legislación es, como ya se estableció, que cada concubino es dueño de lo que a su nombre se encuentra y al separarse la pareja, cada uno se lleva lo poco o lo mucho que aportó; pero tanto hombre -- son susceptibles bajo esta reglamentación de encontrarse ca-- rrentes de bienes que en algún momento contribuyó a obtener. Esto no ocurre sólo en el caso de la concubina, pues el maes-- tro Gutiérrez y González señala un ejemplo del caso contrario: "Así en la realidad cuando se forma una pareja de este tipo, dado el carácter del mexicano, por lo general, los bienes que se adquieren para lo que sería la sociedad conyugal si estu-- vieran casados conforme a la ley civil, se ponen a nombre de la concubina, y sucede que al fallecer ella, el concubino no tiene ningún derecho a esos bienes que el compró y adquirió".

(18).

(18) GUTIERREZ y González, Ernesto, Ob. Cit. Pág. 622.

En este tipo de situación los concubinos no pueden, como lo ha señalado la jurisprudencia, intentar la posesión de un inmueble aún cuando éste haya servido de casa-habitación para la pareja y lo hace bajo los siguientes términos:

"La concubina no puede adquirir por prescripción positiva el inmueble donde vivió con su marido. Si de autos aparece que la actora, que pretende adquirir un inmueble por prescripción positiva, estuvo viviendo en el mismo en calidad de concubina con el autor de la sucesión demandada y aportó pruebas de que el inmueble está inscrito en el Registro Público de la Propiedad a nombre del de cuyos, la conclusión debe ser en el sentido de que quien estuvo disfrutando de la posesión fue el autor de la sucesión demandada. Por consiguiente, ese inmueble se transmitió a los herederos en las mismas condiciones jurídicas en las que estuvo poseyendo el difunto, en virtud de que conforme a los artículos 281 y 288 -- del Código Civil para el Distrito Federal, la herencia es la sucesión de todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte, los cuales constituyen la masa hereditaria a la que tienen derecho los herederos como a un patrimonio común. De esto se sigue que no habiendo poseído la actora el bien que trata de adquirirse por prescripción positiva y no existiendo prueba de que la causa de su detención haya variado a partir de la muerte del propietario, es inconcuso que de acuerdo con lo que dispone el artículo 827 del mismo código, la actora no ha poseído el inmueble con las características necesarias para usucapir". (19)

En este sentido, se pronuncian las sentencias de -- nuestros Tribunales, negando derecho a los concubinos para solicitar por alguna vía los beneficios de un patrimonio que -- ayudaron a crear, situación injusta que el derecho debe corregir con el fin se le reconozcan al concubinato los derechos y consecuencias que por su misma naturaleza genera.

(19) Amparo Directo 1184/1959. Sucesión Eustasio Rodríguez. Tercera Sala. Boletín 1962. Pág. 134.

El aspecto pecuniario del concubinato es tratado en las legislaciones de los Estados miembros de la Federación de diversas maneras pero la mayoría, sigue los lineamientos establecidos por el código civil para el Distrito Federal; aunque existen legislaciones que dan un trato diferente a la unión.

Uno de los códigos más avanzados en la actualidad es el que pertenece al Estado de Tlaxcala, en el capítulo Único de su Título IV que versa sobre el Patrimonio de la Familia dispone en su artículo 860:

"Tienen derecho de habitar la casa y de aprovechar los frutos de la parcela afecta al patrimonio familiar, el cónyuge del que lo constituye, en su caso, el concubinario o la concubina y las demás personas a quienes tiene el constituyente del patrimonio de la familia la obligación de dar alimentos".

Para la legislación de Tlaxcala deben darse alimentos: los cónyuges, el concubinario y la concubina en las mismas proporciones y casos que los cónyuges (artículo 147 en relación al 54 del Código de referencia).

Es de observar que este cuerpo legal ve en el concubinato una unión que es sujeto de reglamentación y además que es la base de una familia que tiene necesidad de protección, al grado de otorgar derecho al concubinato para crear un patrimonio de familia que pueda ser disfrutado por la pareja.

Otra legislación de referencia lo es el Código Penal para el Estado de México, que en su artículo 168 tipifi-

ca el delito de abandono de familiares en los siguientes términos:

"Al que sin motivo justificado abandone a sus hijos, o a su cónyuge o concubino, sin recursos para atender sus necesidades de subsistencia se le aplicará prisión de dos meses a dos años y multa hasta de dos mil pesos y privación de los derechos de familia".

Ambas legislaciones son un precedente de la necesidad que existe de que la ley civil se vea modificada y reglamente esta unión, porque si bien es cierto que nuestra legislación civil, ha convenido derechos sucesorios a quienes viven en concubinato, también es cierto que sobre los bienes -- que se crean durante el mismo la ley no otorga derecho alguno, en caso de separación de los concubinos. Bajo este aspecto, esta ley hace una discriminación: reconoce el concubinato como un hecho jurídico que crea consecuencias de derecho y reglamenta una de ellas, la sucesión legítima de la concubina, pero deja de reglamentar otra, como lo es el problema de los bienes de los concubinos antes de que sobrevenga la muerte de uno de ellos. Pienso que antes de regular la sucesión, nuestro legislador debió tomar en consideración los efectos que puede producir el concubinato sobre los bienes creados durante él, porque como se ha afirmado, el concubinato es un hecho jurídico que tiene consecuencias de derecho en forma total, no presenta unas y otras no.

Mi pretensión va encaminada a que la ley reconozca el derecho de los concubinos sobre los bienes que lograron --

conseguir durante su unión, no de la manera sustancial que se presenta en el caso de la sociedad conyugal dentro del matrimonio; sino que va dirigida a que se creen esos derechos en función de que se halla probado judicialmente la existencia y configuración del concubinato y establecido por la autoridad judicial que efectivamente se dió la figura jurídica y que -- los bienes adquiridos y que se reclamen fueron adquiridos durante el concubinato con el esfuerzo, ayuda y cooperación de ambos concubinos. A partir de ese momento, la ley debe reglar el derecho de cada uno sobre los bienes en el porcentaje o medida que al legislador le parezca más justo.

Esta posición es la que a mi juicio es más equitativa y más apegada a un principio de justicia, y no la que sostiene actualmente la ley ignorando los efectos de la unión -- concubinaria en este aspecto. En el momento en que se reglamente la situación de los bienes de los concubinos en todas -- sus consecuencias y se llegue a reconocer la existencia de -- una sociedad de hecho entre ambos, el campo del derecho sucesorio se verá beneficiado también y podrá conformarse una legislación familiar más justa y más apegada a la realidad.

Si bien es cierto que la falta de reglamentación sobre esta unión de que adolece el Código Civil hace que se cometan estas injusticias sobre los concubinos, también es cierto que a consecuencia de las reformas introducidas en 1975 -- por el Presidente de la República Luis Echeverría Álvarez -- se modificaron algunos artículos de este ordenamiento que tu-

vieron grandes repercusiones en el Derecho de Familia, sobre todo en lo que hace al matrimonio, porque el concubinato al seguir quedando en la ignorancia y en el olvido por parte -- del legislador presenta ahora menores responsabilidades y ma yores beneficios, a contrario sensu, que el mismo matrimonio.

En este sentido, Ramón Sánchez Meda afirma que "a partir de la reforma del código civil en 1975, en el concu binato, no tienen el hombre y la mujer la incapacidad para con tratar entre sí, de la que adolecen el marido y la esposa -- conforme al nuevo artículo 174 y, por ello, también las don a ciones entre concubinos quedan firmes e irrevocables, cosa - que no ocurre con las donaciones entre consortes que con --- arreglo a los artículos 232 y 233 del Código Civil permanec--- cen sujetas a la libre revocación del cónyuge donante hasta antes de la muerte de éste. Así mismo, la esposa al con---- traer matrimonio debe estar dispuesta a trabajar fuera del - hogar para subvenir por mitad con el marido los gastos do- mésticos y cumplir así con la obligación que al respecto le impone el nuevo artículo 164, en tanto que a la concubina -- no le amenaza semejante carga legal. Finalmente, cuando en un concubinato surjan desacuerdos en orden al manejo del ho--- gar, a la formación y educación de los hijos o a la adminis- tración de los bienes de estos, son el concubinario y la con cubina quienes deben resolver lo conducente, sin intromisión de ningún tercero, en tanto que según el mismo artículo 168, las desaveniencias entre marido y mujer en lo tocante a los

asuntos antes indicados, son decididos por un extraño, o sea, por el Juez de lo Familiar". (20)

Es más, cuando un concubino es llevado a concurso o a quiebra, los bienes que haya puesto a nombre de la concubina no se arrastran al procedimiento del concurso o quiebra; en cambio, en caso similar tratándose de una unión matrimonial, declarada la quiebra o concurso del esposo, los bienes de la cónyuge, si está casada por sociedad conyugal, sí son traídos al proceso". (21)

Los problemas y consideraciones antes mencionados son consecuencia de la posición de la legislación al ignorar el concubinato, y que implícitamente considere sobre los concubinos la existencia de una separación de hecho de los bienes, dejando de reglamentar efectivamente las obligaciones y derechos inherentes al mismo. Por ello, también es importante e indispensable que se actualice esta materia y no se perjudique a la unión matrimonial.

2.2. Derecho Comparado.

Como se estableció al inicio de este trabajo, existen países en los que se reglamenta otro tipo de uniones en las que el matrimonio deja de ser la única forma de unión conforme a la moral, se le añade un concubinato honorable y se

(20) Ob. Cit. Págs. 71 y 72.

(21) GUTIERREZ y González, Ernesto. Derecho de las Obligaciones, México, 1982. Editorial Cajiga. Pág. 75.

ve en el un matrimonio de hecho que viene a ser fuente de derechos; y como matrimonio de hecho, el derecho comparado nos dá una visión de la forma en que algunos países han tratado de resolver los problemas planteados desde el punto de vista pecuniario durante el concubinato.

VENEZUELA.

Su legislación considera al aspecto patrimonial del concubinato bajo los términos del artículo 767 del Código Civil de 1942 de la siguiente manera:

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

Este artículo adolece de varias críticas, pero aun cuando así sea, es importante porque aborda la cuestión patrimonial, pudiéndose observar los siguientes elementos:

- Presunción de que existe - *juris tantum* - comunidad de bienes en virtud del concubinato.

- Debe demostrarse la existencia de esa unión judicialmente, para poder ser encuadrado en el ámbito de este artículo.

- Por una parte, toma solo en cuenta a la mujer que puede demostrar que ha vivido permanentemente en tal estado, y por otro afirma el citado precepto, que esa presunción surte efectos legales entre ellos, abarcando de esta manera al concubinario.

Bajo esta forma, la legislación venezolana "reconoce lo que en muchos casos se opera en uniones libres de carácter permanente y moral, es decir, la comunidad de bienes por efecto de la cooperación indiscutible que la concubina presta al compañero para obtener el éxito de la empresa del hombre - que con ella comparte su vida". (21)

ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA.

Algunos estados de la Unión Americana reconocen la existencia de un matrimonio consensual o COMMON LAW MARRIAGE.

Common Law significa derecho común o consuetudinario; esto es, aquel matrimonio no solemnizado pero creado mediante acuerdo de casarse seguido de cohabitación, siendo el único requisito para constituirlo el consentimiento, que como afirma el Doctor Ortíz Urquidi, "puede manifestarse bajo cualquier forma y una de ellas es la unión del hombre y la mujer, no siendo necesario el consentimiento de los padres, ni la -- presencia de testigos, ni de ninguna otra ceremonia". (22)

La ley en los matrimonios efectuados de acuerdo al Common Law sostiene implícitamente un contrato oral de matri-

(21) MELENDEZ, Emilio. El Concubinato Legal. México, 1946. Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia. Tomo VIII Pág. 37.

(22) Ob. Cit. Págs. 112 y 113.

monio entre las dos partes y cuyo cumplimiento puede exigirse ante los Tribunales de los Estados donde este tipo de contrato es reconocido y aceptado como válido y legal. Para probar este matrimonio, deben presentarse pruebas adecuadas de acuerdo con lo establecido por las leyes respectivas, "dichas pruebas pueden consistir en la tenencia o propiedad conjunta de bienes inmuebles, cuentas corrientes conjuntas, tarjetas de crédito conjuntas, créditos obtenidos bajo nombre conjunto -- y afiliaciones en organizaciones civiles o religiosas, ya sea como marido y mujer o bajo nombre conjunto". (23).

Bajo esta unión, la mujer tiene derecho al régimen de tenencia conjunta de los bienes muebles o inmuebles, pero es necesario que presente pruebas suficientes de la existencia de dicho matrimonio de acuerdo con las exigencias que las leyes o estatutos de los Estados determinen.

CUBA.

El artículo 43 de la Constitución cubana de 1940 - afirmó:

(23) DINU, Madeleine. El Common Law Marriage y el Concubinato en América. Montevideo, Uruguay, 1952. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Año 3. Nos. 2-3.- Pág. 156.

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

No sólo el matrimonio solemne tenía la protección del Estado, sino también el concubinato, el cual se asimiló al matrimonio bajo determinadas circunstancias. Pero esta equiparación no se producía de una manera automática, "sino a través de una sentencia judicial en la que por razones de equidad se determinaba en cada caso singular si la unión que se pretendía asimilar tenía categoría y condiciones para ello". (24).

A partir del establecimiento del estado socialista fue dictada la nueva Constitución de la República de Cuba en 1976, dentro de la cual también se encuentra como norma constitucional el reconocimiento al concubinato de la siguiente forma: el artículo 34 establece que "el Estado protegerá la familia, la maternidad y el matrimonio". Y define este último como la unión voluntariamente concertada de un hombre y una mujer con aptitud legal para ello" y agrega, "La ley regula la formalización, reconocimiento y disolución del matrimonio y los derechos y obligaciones que de dichos actos se derivan". (Artículo 35).

(24) MELENDEZ, Emilio. Ob. Cit. Pág. 40.

Es pertinente hacer notar que la constitución cubana hace referencia a los matrimonios reconocidos cuya principal fuente es la relación que nace de la unión concubinaría. Siguiendo este principio, el Código de Familia de 1975 contiene disposiciones que es importante señalar.

El artículo 18, afirma que la existencia de la unión no matrimonial entre un hombre y una mujer con aptitud legal para contraerla y que reúna los requisitos de singularidad, estabilidad y notoriedad, surtirá todos los efectos propios del matrimonio formalizado legalmente cuando fuere reconocido por tribunal competente.

La formalización o el reconocimiento judicial del matrimonio entre el hombre y la mujer unidos en la forma señalada retrotrae sus efectos a la fecha de iniciada la unión de acuerdo con lo manifestado por los cónyuges y por los testigos en el acta de formalización del matrimonio o la declarada en la sentencia judicial (Artículo 19).

La solución plasmada por el Código cubano pone de manifiesto que la voluntad del legislador es proteger en las uniones concubinarias reconocidas a la familia que producen. Así, ya reconocido el concubinato como matrimonio hace el camino más fácil para la reglamentación de los bienes en esta unión.

En cuanto al Régimen económico del Matrimonio, el -

artículo 29 de este Código a la letra señala:

"El régimen económico del matrimonio será el de comunidad de bienes que regula este Código. Este régimen existirá desde el momento en que se -- formalice el matrimonio o desde la fecha de iniciada la unión en los casos a que se refiere el artículo 19 y cesará cuando el vínculo matrimonial se extinga por cualquier causa".

Es decir, también reconoce la existencia de una comunidad de bienes en los matrimonios no formalizados, o sea, en las uniones concubinarias reconocidas como matrimonio por sentencia judicial. A partir de este reconocimiento, la Ley cubana, regula todas las situaciones a que puede dar nacimiento una unión de este tipo, porque establece con mayor justicia, las relaciones de tipo pecuniario que son susceptibles de crearse.

UNION DE REPUBLICAS SOVIETICAS SOCIALISTAS.

La legislación soviética sobre la familia ha tenido cambios trascendentales a partir de 1918.

La concepción del primer Código Soviético de 1918 - fue sólo el secularizar el matrimonio dándole al registro plenos efectos constitutivos, no tuvo más tendencia doctrinal -- que "aplicar a la organización de la familia los acuerdos políticos adoptados sobre la separación de la Iglesia y el Estado" (25), puesto que establecía su artículo 52 que "sólo el

(25) DE CASTRO, Horacio. Principios de Derecho Soviético, Pág. 164. Citado por el Doctor Ortíz Urquidi. Ob. Cit. Pág.107

matrimonio civil (laico) registrado en los órganos del registro de las actas del Registro Civil, engendra los derechos y deberes de los esposos expuestos en el presente Título".

Pero el Código Soviético fue modificado en esta materia con el objetivo de hacer más efectiva la igualdad de la mujer con el hombre, así, "el código de 1926 le reconocía - - fuerza jurídica no sólo al matrimonio civil, sino también a las uniones maritales de hecho. La necesidad de extender a estas el amparo jurídico obedecía principalmente, a que en el país existían aún clases explotadores cuyos miembros, aprovechando la dependencia económica de la mujer, hacían vida marital de hecho con ella, sin asumir obligaciones de ningún género con respecto a la mujer y a los hijos" (26).

Es así que el artículo 3o. del Código del Matrimonio, la Familia y la Tutela de 1926, establecía:

"Las personas que vivan maritalmente de hecho y cuyo matrimonio no esté registrado conforme al sistema establecido, tienen el derecho de formalizar en cualquier momento -- sus relaciones mediante el registro, indicando el plazo en -- que efectivamente hubiesen vivido en común".

Además, se establecía la comunidad de bienes entre las personas que se encontrasen en relaciones maritales de he

(26) SEDUGUIN, Piotr Ivanovich, Matrimonio y Familia en la U. R.S. Moscú, 1974. Editorial Progreso. Pág. 11.

cho, aún cuando no estuvieren registradas, "si tales personas se reconocen mutuamente como cónyuges o si las relaciones matrimoniales entre ellos han sido comprobadas por el Tribunal, según los signos del ambiente de su vida real (artículo 11).

Si bien este código reconoce y protege además del matrimonio civil los derechos de las personas que mantengan relaciones matrimoniales de hecho, requiere pruebas especiales y así lo resuelve el Tribunal Supremo de la U.R.S.S.: - - "Conforme el artículo 12 del Código de Matrimonio, la Familia y la Tutela, los Tribunales considerarán como pruebas de tal naturaleza, el hecho de la convivencia, la existencia junto a ésta de una economía común, la exteriorización de relaciones matrimoniales ante terceras personas, en la correspondencia personal y en otros documentos, así como de acuerdo a las circunstancias del caso, la ayuda económica recíproca, la educación de los hijos, etc. La falta de estas pruebas en las relaciones entre hombre y mujer puede demostrar la existencia entre ellos de relaciones ocasionales, pero no de relaciones matrimoniales".(27)

Pero a partir del Decreto del Presidium del Soviet-

(27). LUBAN, Miguel, Legislación Soviética Moderna. México. - 1963. Editorial. U.T.E.H.A. Pág. 62.

Supremo de la República Federativa Soviética de Rusia de - -
1945, se introdujeron radicales reformas al sistema matrimo--
nial y en especial a la unión de hecho, ya que al disponer --
el artículo 1o. del código reformado que sólo el matrimonio -
registrado crea los derechos y obligaciones previstas en la -
ley, se reformó en esencia toda esa legislación alusiva a las
uniones de hecho.

FRANCIA.

Los redactores del Código Civil francés ignoraron -
absolutamente la existencia del concubinato, de ahí que los -
tribunales franceses colocados frente a éste y a la diversi--
dad de situaciones creados por él, han tenido que reconocer -
efectos jurídicos al mismo, por medio de resoluciones juris--
prudenciales que se anotan de manera resumida a continuación:

Se ha establecido que si las relaciones sexuales
se han iniciado con un acto de seducción, el hombre que las -
rompe es condenado sobre la base de su culpa originaria, a --
indemnizar a su compañera por el perjuicio que le hubiera cau--
sado. Más cuando no ha mediado seducción y la mujer se ha en--
tregado voluntariamente a la unión conyugal de hecho, "el con--
cubinario asume frente a su compañera una obligación natural--
que tiene por objeto, no solamente la reparación del perjui--
cio sufrido en el pasado, sobre todo por el hecho de la seduc

ción, sino también la seguridad para el porvenir" (28). La obligación natural ha sido definida como una obligación que no es susceptible de cumplimiento forzoso, sino solamente de cumplimiento voluntario, esta cuestión solo es importante en el caso de la sucesión, que se estudia en capítulo aparte.

- Aplicando la misma idea, la jurisprudencia ha declarado válidas las donaciones entre concubinos cuando están destinadas a asegurar el porvenir de uno de ellos, después de la ruptura de la unión; y no así las destinadas a mantenerlas, por reputarlas ilícitas, Es decir, el fin es el que justifica el medio empleado, a decir de Marcel Planiol, "la causa de la liberalidad, no es sino la ejecución de la obligación natural mencionada y como la causa es irreprochable el acto es válido" (29).

- También existe una tendencia para garantizar a los terceros con quienes los concubinos contratasen, aceptando para el concubinato una especie de mandato tácito, esta resolución jurisprudencial, afirma Carbonnier, "es una deduc---

(28) JOSSERAND, Louis. Derecho Civil. Buenos Aires, 1952. Ediciones Europa-América. Traducción de Santiago Cuchillos y Manterosa. Tomo I. Volúmen II. Pág. 339.

(29) PLANIOL, Marcel y RIPERT, Jorge. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. La Habana. 1946. Ediciones Cultural, Tomo II. Pág. 62.

ción de la teoría de la apariencia, invocando la culpa en que incurren los concubinos haciendo creer a terceros que su mujer (maitresse) era su esposa (épouse)" (30). En este caso, los tribunales franceses han declarado a los concubinos solidariamente responsables por los actos llevados a cabo por cualquiera de los dos, siendo aplicable esta resolución solo a aquellos que viven maritalmente como casados.

- De igual forma se ha resuelto que cuando el concubinato termina, los intereses pecuniarios acumulados durante los años de vida común, hacen que voluntariamente entre los concubinos se cree una sociedad de hecho. Aún en el caso de no haber otorgado ningún documento especial a este efecto, se procederá a la partición de los bienes de esa sociedad que, si no está reconocida por el derecho, tiene una existencia de hecho. Planiol afirma que, "la prueba de las aportaciones -- puede ser hecha por un principio de prueba por escrito, en su defecto, la concubina que haya contribuído con su trabajo a la prosperidad del falso hogar, podrá por lo menos reclamar -- una indemnización correspondiente".

Hay que tomar en cuenta que esta solución admitida por la jurisprudencia se limita a una hipótesis precisa: que se pueda encontrar en el concubinato los elementos ordinarios

(30) CARBONNIER, Jean. Droit Civil. Paris, 1967. Presses Universitaires de France. Tomo I. Pág. 467.

de un contrato de sociedad (aportes recíprocos, interés de asociarse y la participación en los beneficios y en las pérdidas). El sólo hecho de haber vivido en concubinato no es suficiente para crear una sociedad de hecho, ya que sólo el matrimonio -- crea una comunidad de bienes.

Es de notar que la jurisprudencia francesa ha querido regular en alguna forma los efectos jurídicos del concubinato, porque los bienes que se llegan a constituir han sido enfocados desde la noción de la obligación que representa, hasta el reconocimiento de una sociedad de hecho a que puede dar lugar. Sociedad de hecho de la que sólo podrán disfrutar aquellas uniones que por sus características lleguen a probar ante la autoridad judicial la existencia de dicha unión.

Es bien aceptado por las legislaciones extranjeras - mencionadas que el concubinato no es una mera situación fáctica carente de trascendencia, sino una situación que no puede - dejar de considerarse jurídica por las consecuencias de derecho que es susceptible de producir. Por ello, han considerado que la unión concubinaría es capaz de crear una comunidad de bienes que la ley ha de reglamentar, estando todas las legislaciones de acuerdo en que no va a reconocerse esa sociedad de hecho por la sola presencia del concubinato, sino sólo a través del reconocimiento que se haga de la existencia de esa - - unión de hecho como unión matrimonial por el Tribunal competente y basándose en las pruebas que cada legislación menciona.

En México nuestro derecho positivo no establece ninguna norma que regule las relaciones patrimoniales que crea el concubinato, sólo se ha reglamentado acerca de la sucesión en el caso de la concubina; pero con los ejemplos que se han comentado de derecho comparado, podrá nuestro legislador tomar una orientación y así llenar esa laguna que contiene la legislación, es decir, tal y como ya se ha establecido, reconocer la existencia de una comunidad de bienes creados durante la unión y que al presentarse la ruptura del concubinato, cualquiera de los concubinos pueda obtener una parte de esos bienes que contribuyó a adquirir.

3. DERECHO SUCESORIO.

3.1. Derecho Positivo Mexicano.

Por Derecho Sucesorio se entiende, el conjunto de normas jurídicas que dentro del derecho privado regulan el destino del patrimonio de una persona después de su muerte, o bien, el conjunto de las disposiciones relativas a la sucesión mortis causa.

La sucesión, es la sustitución de una persona en los derechos transmisibles de otra, o como la define Planiol, "la transmisión del patrimonio entero de un difunto a una o varias personas vivas".

Nuestra Legislación reconoce la sucesión testamentaria y la sucesión legítima, el artículo 1282 del código ci-

vil vigente para el Distrito Federal, afirma: "la herencia -- se difiere por la voluntad del testador o por disposición de la ley, la primera se llama testamentaria y la segunda legítima".

Para el tema presentado en este trabajo sólo nos referiremos a la sucesión legítima. En ella, la ley ejerce una función supletiva de la voluntad del de cuius; se abre la sucesión legítima - a decir de Antonio de Ibarrola-, "cuando -- una persona sujeto de patrimonio ha dejado de existir sin haber expresado su última voluntad en cuanto a sus bienes, y en vista de ello, se abren supletoriamente los cuadros que la -- ley establece". (31)

Es así que el artículo 1599 del código que se comenta, señala cuando se abre la sucesión ab intestato:

- I. Cuando no hay testamento o el que se otorgó es nulo o perdió validez;
- II. Cuando el testador no dispuso de todos sus bienes;
- III. Cuando el testador no cumpla con la condición - impuesta al heredero.
- IV. Cuando el heredero muere antes que el testador, repudia la herencia o es incapaz de heredar, si no se ha nombrado sustituto.

Dispone además el artículo 1601 que "si el testador dispone legalmente solo de una parte de sus bienes, el --

(31) DE IBARROLA, Antonio. Cosas y Sucesiones. México 1977. - Editorial Porrúa. Cuarta Edición. Pág. 609 y 617.

resto de ellos forma la sucesión legítima".

Podemos considerar por orden de importancia como su puestos del derecho hereditario, tal y como los llama Rojina-Villegas, y especialmente de la sucesión legítima el parentes co, el matrimonio y el concubinato. A este respecto el artículo 1602 establece a las personas que tienen derecho a heredar por sucesión legítima, en los siguientes términos:

- I. Los descendientes, cónyuge, ascendientes, pa--- rientes colaterales dentro del cuarto grado y - en ciertos casos la concubina.
- II. A falta de los anteriores, la Beneficencia Pú- blica.

Este artículo es de suma importancia porque en los códigos de 1870 y de 1884 no se reconoció derecho alguno a la concubina para heredar, y mucho menos se le reconoció, como - lo hace el código de 1928 actualmente, el derecho de exigir - alimentos en los casos de herencia testamentaria; porque como afirma la Exposición de Motivos del código civil vigente, "se creyó justo que la concubina que hacía vida marital con el -- autor de la herencia al morir éste, y que o tiene hijos de él o vivió en su compañía los últimos cinco años que precedieron a su muerte, tuviera alguna participación en la herencia legí tima, pues en la mayoría de los casos, cuando se reúnen las - expresadas circunstancias, la mujer es la verdadera compañera de la vida y ha contribuido a la formación de los bienes".

Dentro de este marco y a partir del Código Civil --

de 1928, para que el concubinato pueda producir efectos jurídicos en esta materia, deben concurrir en su formación los elementos esenciales que al respecto previenen los artículos 1368 en su fracción IV y 1635 del código de referencia.

El artículo 1635 había exclusiva y expresamente de la sucesión de la concubina estableciendo cuatro condiciones:

- a). Que haya vivido con el autor de la herencia como si fuera su marido.
- b). Que esa cohabitación haya tenido lugar durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte.
- c). O bien, que haya tenido con ella hijos, y
- d). Siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato.

Es interesante apuntar lo que afirma la jurisprudencia mexicana al respecto:

"El simple contenido ideológico del artículo 1635 del Código Civil entendido con el criterio jurídico que da el conocimiento de las leyes anteriores que se han ocupado del concubinato, basta para establecer el principio de que el mismo requiere una unión temporal y constante y que la concubina no es solamente la madre de cualquier hijo, sino precisamente la mujer que ha vivido con un hombre como su esposa por un tiempo más o menos largo y en lo que se refiere a la herencia, cuando el derecho se sustenta sobre la base de que una mujer tuvo hijos con el de cuyos realmente no necesita probar que tuvo varios hijos, pero si es indispensable que demuestre además de haber tenido aunque sea uno, vivió con aquel como si fuera su marido, aunque no determine porque tiempo, pero siempre con la realidad objetiva de la propia convivencia, -- misma que no puede ser suplida con el sólo propósito de hacerlo o alegando que espiritualmente existe la convivencia pues

esta clase de unión meramente sentimental y de pura intención, podrá ser poderosa y respetable, y aún acaso noble, pero nunca puede constituir el concubinato, en los términos en que lo reconoce la ley el derecho." (García Silviano. Tercera Sala - Tomo LXIV. Abril. 1940, Pág. 83).

También se ha sostenido por la Suprema Corte que:

"Si de las pruebas rendidas se ve que desde 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". (Amparo Directo 5730 58. Sexta Epoca, 1960. Cuarta Parte Volumen XXV. S.C. J. Tercera Sala. Pág. 96).

De esta manera, el concubinato puede caracterizarse por una convivencia permanente y establece, para que en nuestra legislación la concubina tenga derecho a solicitar ser considerada como heredera del concubinario. Sin embargo, hasta hoy el legislador no se ha avocado a reconocer derecho alguno al concubinario para poder ser heredero a la muerte de su --- concubina. Es importante repetir que, las leyes de seguridad social en México ya han llegado a reconocer a éste derecho -- a una pensión de jubilación o de incapacidad total o permanente en caso de muerte de la concubina asegurada (Art. 54M de la ley del ISSSTE y art. 59 de la ley del ISSFAM). A partir de esta innovación nuestra legislación familiar y civil debería modificarse y permitir que bajo determinadas condiciones - el concubinario pueda participar en la sucesión de su concubina y evitar la desigual situación en que se encuentra uno de otro.

Dentro de la sucesión testamentaria, nuestro código civil en su artículo 1368 menciona a qué personas el testador tiene la obligación de dejar alimentos, y específicamente en su fracción IV establece, "a la persona con quien el testador vivió como si fuera su cónyuge durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o con quien tuvo hijos, - siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato y que el superviviente esté impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes. Este derecho solo -- subsistirá mientras la persona de que se trate no contraiga - nupcias y observe buena conducta. Si fueren varias las personas con quienes el testador vivió como si fuera su cónyuge, - ninguna de ellas, tendrá derecho a alimentos".

En este artículo, se da derecho indistintamente al hombre y a la mujer para recibir alimentos en caso de muerte de alguno de ellos; pero el artículo 1373 del mismo ordena-- miento señala que "cuando el caudal hereditario no fuera su-- ficiente para dar alimentos a todas las personas ennumeradas en el artículo 1368, se observarán las reglas siguientes:

- I. Se ministrarán a los descendientes y al cónyuge supérstite a prorrata;
- II. Cubiertas las pensiones a que se refiere la -- fracción anterior, se ministrarán a prorrata a los ascendientes;
- III. Después se ministrarán, también a prorrata, a los hermanos y a la concubina;
- IV. Por último, se ministrarán igualmente a prorrata a los demás parientes colaterales dentro -- del cuarto grado".

Habiendo transcrito los artículos anteriores, 1368 fracción IV, 1635 y 1373 del código, se puede notar la existencia de una contradicción o contrasentido entre ellos, confusión que se presenta a raíz de que el legislador no ha reglamentado en forma total las consecuencias del concubinato.

- El artículo 1635, reglamenta las condiciones en las que hereda única y exclusivamente la concubina, excluye del gozo de este derecho en forma total y absoluta al concubinario. Y así lo ha expresado la jurisprudencia:

"La causa motivadora que genera el derecho de la concubina es su protección ante la evidencia de que en nuestro sistema social hasta hace relativamente poco tiempo la participación de la mujer en la vida productiva era casi nula, de tal manera que al fallecer el concubinario aquella al igual que los hijos que en su caso hubieran procreado quedaban económicamente desprotegidos, tal régimen legal no puede aplicarse en forma análoga al caso del concubinario pues el texto de la ley civil es explícito y limita ese derecho de heredar solo a la concubina sin que sea permisible interpretar jurídicamente dicha aplicación en forma amplia o ilimitada que autorizara extenderse a cuestiones que no se contemplan en la ley, ya que esto significaría invasión a la esfera competencial de las autoridades legislativas sin que sea óbice para lo anterior la circunstancia de que la Constitución General de la República en su artículo cuarto, declare categóricamente la igualdad ante la ley del hombre y la mujer, razones por las cuales el concubinario no tiene derecho a heredar los bienes que hubieran sido propiedad de su concubina".(32)

Si bien esta resolución jurisprudencial establece -- como causa generadora del artículo 1635 la protección a la mujer, tal y como ya se ha establecido, ella ya participa cada-----

(32) Informe de la Suprema Corte de Justicia. 1980. Amparo -- Directo 289/79. Pág. 298.

vez en mayor número y con más frecuencia en la actividad económica del país, de ahí que la Constitución en su artículo -- cuarto haya establecido la igualdad jurídica entre hombre y - mujer; y como la propia jurisprudencia nos señala, es de la - competencia del poder legislativo el actualizar el mencionado artículo abarcando también al concubinario, porque se debe -- recordar que esta legislación referida a la sucesión en el -- concubinato fue plasmada por nuestro legislador del año de -- 1928, y la evolución que la sociedad ha realizado hace imperante que se modifique esta legislación. Esta inquietud ya se - encuentra plasmada en algunos códigos civiles de la República Mexicana, como son las legislaciones de los estados de Vera-- cruz, en su artículo 1558 y el de Tlaxcala en su artículo - - 2910, en los que se han concedido derechos hereditarios tanto a la concubina como al concubinario por igual, observando de - esta forma el principio contenido en ese Artículo Cuarto de - nuestra Carta Magna tantas veces mencionado.

El artículo 1368 del Código establece también que - "el testador debe dejar alimentos a la persona con quien vi-- vió como si fuera su cónyuge". Este párrafo podría interpre-- tarse en el sentido de que ambos, ya se concubinario o concu-- bina tienen el mismo derecho a percibir alimentos por virtud de la sucesión testamentaria, sin embargo, en otro artículo - ya transcrito, el artículo 1373, que además pertenece al mis-- mo capítulo, establece en su fracción III, que los alimentos "se suministrarán a prorrata a los hermanos y a la concubina".

Es decir, el legislador otorgó en el artículo 1368 un derecho al concubinario para ser beneficiario, y en otro artículo ni siquiera lo menciona, ignora el derecho que con anterioridad había otorgado. Puedo decir que la intención del legislador no fue dar un trato igualitario al hombre y a la mujer, pues de otra manera no se puede explicar el hecho de que se haya modificado un artículo de la ley que con anterioridad sólo beneficiaba a la concubina. Haciéndolo ahora extensivo al concubinario y en otro artículo del mismo capítulo, no les concede el mismo trato, aún cuando ambos artículos están íntimamente ligados.

Esto me parece una arbitrariedad, ya que si se alega que la mujer está más desprotegida que el hombre y que cuando éste muere va a quedar todavía más desamparada, y que el hombre por su naturaleza no queda en la misma situación, debo decir, que en una familia tanta falta hace uno como el otro y la muerte de cualquiera de los dos, crea un desequilibrio en esa familia. Para evitar lo que podría llamarse abuso por hacer partícipe al concubinario en la sucesión de la concubina, la propia ley establece en el artículo 1370 ciertas normas a seguir para evitarlo, ya que señala que: "no hay obligación de dar alimentos a las personas que tengan bienes; pero sí teniéndolos, su producto no iguala a la pensión que debería de corresponderles, la obligación se reducirá a lo que falta para completarla"; y además el mismo artículo 1368 condiciona la obligación contenida cuando establece que "el su-

perviviente esté impedido para trabajar y no tenga bienes suficientes".

Estas condiciones ya contenidas en nuestro código civil son importantes porque en ellas debe buscar el legislador actual el fundamento para realizar una nueva redacción de esos dos artículos que se comentan y evitar así la incongruencia que presentan en su configuración actual; porque estas -- condiciones son reglas o medidas sobre las que se tendría que basar la autoridad judicial para evitar que se deje a cualquiera de los concubinos en desventaja y así lograr dar ese -- trato igualitario que se pretende en este trabajo.

-Otro aspecto importante en la sucesión en el concubinato en el derecho positivo es el contenido dentro del propio artículo 1635, en cuanto a las reglas según las cuales -- hereda la concubina:

- a). Si concurre con los hijos, que lo sean también del autor de la sucesión, hereda como un hijo, siempre que no tenga bienes; o si los tiene, solamente en la parte necesaria a igualar la porción de un hijo, es decir, en las mismas condiciones en que heredaría el cónyuge supérstite.
- b). Si concurre con descendientes del autor de la sucesión, que no lo sean también de ella, tiene derecho a la mitad de la porción que le corresponde a un hijo.

- c). Si concurre con hijos que sean suyos y con hijos que el autor de la sucesión tuvo con otra mujer, que no ha sido su esposa legítima, tiene derecho a las dos terceras partes de la porción de un -- hijo.
- d). Cuando concurre con ascendientes del autor de -- la sucesión, tendrá derecho a la cuarta parte -- que forma la sucesión.
- e). Si concurre con parientes colaterales dentro del cuarto grado del autor de la sucesión, tendrá -- derecho a una tercera parte de ésta, y por último,
- f). Si el autor de la sucesión no deja descendientes, ascendientes, parientes colaterales dentro del -- cuarto grado, entonces la concubina hereda la -- mitad de los bienes y la otra mitad la Benefi--- cencia Pública.

Ya se hizo hincapié en la falta de reglamentación - en materia sucesoria en favor del concubinario, pero además, - el legislador al reglamentar los porcentajes en los que here- da la concubina, lo ha hecho de una manera desproporcionada, - porque si consideró a la concubina como "la compañera de la - vida del concubinario", y si ésta desempeña el papel de la -- esposa dentro de la familia, no existía razón alguna para res- tarle reconocimiento y darle porcentaje menor que a la cónyu-

ge. Ya que como se ha estado señalando, tanto concubina como cónyuge tienen el mismo papel, son respetables y honestas tanto una como la otra. Pero la regla más absurda y de hecho -- injusta y sin fundamentación jurídica y humana de ninguna naturaleza, es la señalada en la última fracción del artículo -- que establece la obligación de la concubina de compartir con la Beneficencia Pública los bienes que forman la sucesión.

De hecho, dentro del concubinato al igual que en el matrimonio, subsisten los mismos lazos de cariño y afecto, estabilidad y permanencia de relaciones que traen como consecuencia un trabajo común y por lo tanto, el mismo pensamiento en las personas de tener un patrimonio que en presente les -- sirva de seguridad en la vida y en el futuro, cuando alguno -- de ellos muera, sea resguardado el otro de las situaciones difíciles que la vida depara y el que de ninguna manera debe -- ser objeto de apropiación en mayor o menor proporción por parte del Estado.

La línea seguida por los códigos de Tlaxcala y de -- Morelos afirma mi dicho, al no establecer diferencia alguna, -- propiamente el código civil de Tlaxcala en su artículo 2910 -- dispone que "la concubina hereda al concubinario y éste a -- aquélla en las mismas porciones y lugar que establece el código para la sucesión de la cónyuge". En este código no tiene -- la Beneficencia Pública injerencia alguna, salvo el caso de -- que no exista ninguna de las personas señaladas como heredee--

ros; esta posición es de las más acertadas y una de las tantas carencias que contiene el código civil vigente en el Distrito Federal y de la mayoría de los códigos de los Estados que siguen su técnica, y por ello, mi propuesta en razón de estas situaciones consiste en que se adicione a fin de encontrar una mayor justicia lo relativo al derecho de heredar de la concubina y concubinario, pues me parece una situación injusta que el código civil sin motivo que lo justifique haga partícipe en la sucesión legítima del concubinario a la Beneficencia Pública; que prive a aquél, esto es, al concubinario de todo derecho a la sucesión de la concubina y que además, a la concubina le reste valor al no poder heredar en las mismas porciones que la cónyuge. Los nexos que ligan a estas personas, concubina y concubinario, y la circunstancia de que en muchos casos su esfuerzo común contribuye a la formación de la herencia, justifica legal y humanamente mi postura.

Pero tal y como se afirmó en el capítulo anterior, mientras que la legislación continúe renuente a reglamentar el concubinato en todas sus consecuencias de tipo pecuniario tanto en vida como a la muerte de alguno de los concubinos, todas las normas relativas a esta unión adolecerán de contradicciones y no cumplirán con justicia su razón de ser.

3.2. Derecho Comparado.

No podemos presumir que el derecho comparado en materia sucesoria ofrezca una gama de preceptos y disposiciones relativas al concubinato de la que podamos tomar algún ejem-

plo que establezca un precedente importante para revolucionar esta materia. Es más, puedo afirmar que el derecho mexicano es el único ejemplo de legislación en que se halle introducido dentro del propio código civil el derecho de la concubina a ser considerada como heredera en la sucesión legítima.

En este aspecto, los códigos civiles de países como Polonia, Unión Soviética, España, Italia, Francia, Costa Rica o Argentina, caracterizan el orden hereditario de la sucesión legítima en forma semejante: el cónyuge supérstite (en algunos casos sólo se reconoce este derecho a la mujer); los descendientes legítimos o naturales (algunas legislaciones otorgan derecho a heredar del caudal hereditario una menor porción a los hijos naturales que a los legítimos); los ascendientes, todos ellos concurren unos con otros, heredando en determinada proporción según la legislación de que se trate y en defecto de éstos, la persona que hereda es el Fisco o alguna institución del Estado.

Pero el problema concubinario, aunque se presenta con frecuencia en algunos países -y se ha llegado a reconocerle otros derechos-, a raíz de una herencia, los problemas por el suscitados, se solucionan en cada caso que se presentan, observando las características especiales que cada uno guarda, por ejemplo, la jurisprudencia francesa reconoce que "en caso de un accidente mortal que sobrevenga al concubinario, la concubina puede tomar acción contra el responsable del - -

accidente invocando el perjuicio sufrido por ella; perjuicio material debido a que quien le proporcionaba los medios para subsistir era el concubinario ". (33)

Pero esta resolución no corresponde a una firme reglamentación en materia sucesoria, sólo representa la solución a un caso determinado y así al menos la jurisprudencia lo establece.

La legislación del llamado Common Law Marriage o Matrimonio de Derecho Consuetudinario en Norteamérica, es quizá el ejemplo más cercano que proporciona el derecho comparado a estudio en esta materia.

En este tipo de unión, ya identificada en el capítulo precedente, la esposa por derecho común tiene el derecho a la tenencia legal conjunta o a la tenencia en su integridad de todos los bienes inmuebles propiedad del hombre. Los derechos a la sucesión se dividen en dos: derechos sobre bienes inmuebles y derechos sobre bienes muebles.

En el primer aspecto, bajo el régimen de tenencia conjunta, a la muerte del hombre, retiene la mujer una participación equivalente al valor de la mitad de la propiedad y un interés de viudez vitalicio sobre la otra mitad.

(33) CARBONNIER, Jean. Ob. Cit. Pág. 468.

Bajo la tenencia de lazos íntegros, el título íntegro de la propiedad pasa a la mujer por disposición de la ley.

En el segundo aspecto, o sea, en relación a los bienes muebles, "los estatutos legales otorgan a la esposa todo el moblaje del hogar, las ropas y los objetos personales del difunto; un año de uso sin pago de alquiler de especie alguna de la casa común y dinero de la herencia para el sustento adecuado de ella y de sus hijos durante un año íntegro. Al término de la administración de la herencia, la mujer y los hijos comparten lo que resta del caudal hereditario después de que se hayan deducido de él los gastos, deudas de enfermedades, impuestos, pagos a acreedores en general, etc. Las partes que corresponden son: en los casos en que exista más de un hijo, un tercio corresponderá a la mujer y los dos tercios restantes a los hijos, en los casos en que sólo exista un hijo, la mitad corresponderá a la mujer y la mitad al único hijo. En todos los casos, la mujer y los hijos de este matrimonio efectuado de acuerdo al derecho común o consuetudinario, tendrán plenos derechos legales a la herencia que el padre pudiese recibir de su familia o de cualquier otra fuente exactamente de la misma forma que los habrían tenido de haberse celebrado el matrimonio con contrato civil escrito". (34)

(34) DINU, Madeleine. Ob. Cit. Pág. 157.

No obstante, la reglamentación de este tipo de matrimonio en Norteamérica y del concubinato dentro de la sucesión legítima en el caso de México, esta unión no se ha visto favorecida ni reconocida en esta materia por otros países, ni aún en aquellos que le han reconocido la existencia de una comunidad de hecho sobre los bienes adquiridos referida en el tema anterior y mucho menos, cuando ya en algunos países existen sistemas de seguridad social tan avanzados como los citados en el capítulo correspondiente.

Todo ello hace resaltar que si en México se reconoce ya en el concubinato una unión estable, capaz de producir consecuencias jurídicas no solo bajo un aspecto determinado, es necesario que su regulación se vea corregida no solo en materia sucesoria o de seguridad social o sobre la existencia de una reglamentación sobre el patrimonio de los concubinos, sino realizar ese avance de manera íntegra, paralela, para que exista un concierto entre las diferentes leyes en las que de alguna manera el concubinato llega a afectar o tiene trascendencia.

Y si bien otros países no han hecho esa reglamentación es por causas bien diversas al caso de México, es decir, ya sea por ser su ordenamiento jurídico tan flexible que se resuelve cada caso presentado en particular; ya sea por ignorar el problema, o bien, reconocen en determinado aspecto las consecuencias del concubinato. Pero en el caso de México, esta unión está plenamente identificada en la vida del mexicano

no por presentarse cada día en todas las clases sociales y es necesario que el problema no sea visto con indiferencia, sino considerarlo en toda su extensión.

4. APENDICE DE REFORMAS AL CODIGO CIVIL DE 1928.

Materias que comprende el Decreto publicado el 27 - de diciembre de 1983.

El citado decreto abarca distintas modificaciones - introducidas al Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, principalmente en cuanto a alimentos, matrimonio, divorcio y concubinato. Siendo las reformas a éste último las importantes -- para la actualización de este trabajo y las que se mencionarán, estableciendo por medio de un cuadro comparativo las modificaciones que introdujo el citado decreto.

Código Civil para el Distrito Federal de 1928.

Decreto de 27 de diciembre de 1983.

Artículo 302. Los cónyuges de ben darse alimentos. La ley - determinará cuando queda subsistente esta obligación en - los casos de divorcio y otros que la misma señale.

Artículo 302. Los cónyuges de ben darse alimentos, la ley - determinará cuando queda subsistente esta obligación en - los casos de divorcio y otros que la misma señale. Los concubinos están obligados en -- igual forma a darse alimentos si se satisfacen los requisitos señalados por el artículo 1635.

Artículo 1602. Tienen derecho a heredar por sucesión legítima:

I. Los descendientes, cónyuge, ascendientes, parientes colaterales dentro del cuarto grado y en ciertos casos la concubina.

II. A falta de los anteriores, la Beneficencia Pública.

Artículo 1635. La mujer con quien el autor de la herencia vivió como si fuera su marido durante los cinco años que procedieron inmediatamente a la 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 tendrá 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;

Artículo 1602. Tienen derecho a heredar por sucesión legítima:

I. Los descendientes, cónyuge, ascendientes, parientes colaterales dentro del cuarto grado y la concubina o el concubinario, si se satisfacen en este caso los requisitos señalados por el artículo 1635.

II. A falta de los anteriores, la Beneficencia Pública.

Artículo 1635. La concubina y el concubinario tienen derecho a heredarse recíprocamente, aplicándose las disposiciones relativas a la sucesión del cónyuge, siempre que hayan vivido como si fueran cónyuges durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o cuando hayan tenido hijos en común, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato.

Si al morir el autor de la herencia, sobreviven varias concubinas o concubinarios en las condiciones mencionadas al principio de este artículo, ninguno de ellos heredará.

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 descendientes, 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 Beneficencia 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.

Comentario respecto a las Reformas que introdujo el Decreto de 27 de diciembre de 1983 respecto al concubinato.

En el transcurso de este trabajo se estableció la necesidad latente de que la unión concubinaria fuera objeto de una reglamentación más apegada a la realidad actual y la reciente reforma que se ha introducido a los artículos 302, 1602 y 1635 del código civil es de suma importancia, porque está reconociendo un hecho innegable: la igualdad en el tratamiento hacia los cónyuges y hacia los concubinos.

La modificación del artículo 302, imponiendo a los concubinos la obligación de darse alimentos, al igual que los cónyuges; es de gran relevancia porque se reconoce al concu-

binato la cualidad de crear una obligación, por el hecho de - llevar una vida en común, y no sólo respecto a la persona del concubinario sino a ambos, al igual que existe la obligación- en el matrimonio.

El artículo 1635 llega a reconocer en virtud de la- actual modificación que tanto concubinario como concubina tie- nen derecho a heredar en las mismas condiciones y términos -- en los que se heredan los cónyuges. A partir de esta nueva - concepción, la cual ya se afirmó en este trabajo era patente- en los códigos de Tlaxcala y de Morelos, se suprimen las limi- taciones que anteriormente este artículo imponía a la suce--- sión de la concubina, única que era considerada con derecho a suceder; limitaciones como eran el hecho de que la concubina- heredaba en menor cantidad que la cónyuge y la absurda condi- ción de la participación de la Beneficencia Pública en la su- cesión de la concubina. A partir del Decreto de diciembre de 1983 y tal como en su momento lo señalé en el interior de es- te trabajo, la legislación civil reconoce en ciertas conse--- cuencias a la unión concubinaria, reglamentándola en un plano igualitario al matrimonio y reconociendo la igualdad jurídica del hombre y de la mujer. Pero debido a que las reformas a - nuestros cuerpos legales no se realizan de una manera inte--- gral, estudiando la figura jurídica a reglamentar en toda su- extensión y se deja a la misma fragmentada, ya lo afirmé en - este trabajo, se observan y regulan ciertas consecuencias y - otras ni se toman en cuenta. Sin duda, las modificaciones --

recientes representan la respuesta a la inquietud que existía desde hace algún tiempo en la mayoría de los estudiosos del Derecho de reglamentar de manera justa y equitativa el concubinato, que como tantas veces lo he expresado, es también un matrimonio al que le hace falta un requisito: la sanción legal, la formalidad.

Pero los otros diferentes aspectos que aún no se han contemplado por la ley y que tienen más importancia en la reglamentación de la unión concubinaría y que establezco en las conclusiones a las que llego en esta tesis, se verán hechas una realidad en el futuro, pues el Derecho no puede quedar rezagado a la evolución de la sociedad.

C A P I T U L O I V .

PROYECTO DE LEGISLACION FAMILIAR

No es propósito del presente capítulo dar vida a un verdadero proyecto en materia familiar, porque lógicamente no podría abarcarse en un capítulo único todo su contenido, sino más concretamente, es señalar las bases sobre las que descansa nuestro Derecho de Familia, mencionar las diversas corrientes que actualmente existen para separarlo del Derecho Civil y poner de relieve que dentro de esa nueva legislación se daría cabida a la figura del concubinato y dar una opinión sobre el particular.

Es necesario en primer lugar, establecer el concepto de familia que es el objetivo primordial de este Derecho.

La familia es un conjunto de personas que proceden de un progenitor común que establece vínculos entre sus componentes de diverso orden (sentimentales, morales, jurídicos, económicos, de auxilio y ayuda recíproca), a los que el derecho objetivo atribuye el carácter de deberes, obligaciones, facultades y derechos de naturaleza especial. Para Rojina -- Villegas, la familia "es una institución basada en el matrimonio que vincula a cónyuges y descendientes bajo fórmulas de autoridad, afecto y respeto, con el fin de propagar, conservar y desarrollar la especie humana en todas las esferas de la vida". (1)

(1) ROJINA Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano. México. -

Se afirma que es una institución porque está basada en el matrimonio, porque es lo que aporta a la unión estabilidad y seguridad. Aunque no se puede desconocer, en base a -- nuestro primer concepto de familia expresado, la existencia - de la familia creada bajo la unión extramatrimonial, padres e hijos en este tipo de unión también son sujetos de vinculación en la composición de la familia propiamente dicha.

A este respecto, Galindo Garfias señala que "las -- fuentes reales del derecho de familia están constituidas por el hecho biológico de la generación y conservación de la especie y el hecho social de la protección de la persona humana - en el caso de los menores e interdictos. De esta fuente nacen las instituciones básicas del derecho de familia: el parentesco, la filiación, el matrimonio y el concubinato. Las fuentes formales están constituidas por el conjunto de normas de derecho que establecen, modifican o extinguen las relaciones jurídicas derivadas del parentesco consanguíneo, por afinidad y civil, la filiación natural y adoptiva, el matrimonio y el concubinato". (2) De esto se desprende que el concubinato crea verdaderas relaciones familiares que son importantes para el Derecho, no sólo en razón de la pareja que así se une, sino tomando en cuenta los lazos que se establecen con los -- descendientes, sus derechos y obligaciones.

(2) GALINDO Garfias, Ignacio. Derecho Civil. México 1976. Editorial Porrúa. Pág. 427.

El derecho se ha ocupado de esta unión desde tiempos inmemoriales, ya el derecho romano lo reconocía como figura jurídica; el derecho germano también conoce este tipo de relaciones a las que denomina "matrimonio libre" (friedelhe). Es decir, el concubinato no es una unión que se presenta actualmente o en una clase social determinada o como lo afirma la -- Exposición de Motivos de nuestro Código Civil "entre las clases populares", es una forma de unión común al ser humano de todas las latitudes y que cobijada por el Derecho en función de las relaciones familiares que crea, deja de ser una unión que atenta contra la moral o las buenas costumbres, convirtiéndose en una fuente importante de las relaciones que la legislación ha creado.

En nuestro país, el Código Civil reconoció que el -- concubinato podía crear consecuencias en favor de los hijos -- y de la concubina integrándolos cuando un hombre y una mujer, libres de matrimonio convienen en la propia habitación como si fueran esposos, lo que quiere decir que no se trata de un enlace vago, indeterminado y arbitrario, sino basado por el contrario, en la permanencia, en la habitación común del mismo hogar y comportándose ambos como si fueran marido y mujer, estableciendo como mínimo cinco años de vida en común, o bien que se hayan procreado hijos.

En base a esta unión, el Derecho convino facultades a los hijos y a la mujer, dándole aptitud para suceder en la -

herencia de su concubinario, colocándose el legislador en un plano de justicia y de equidad considerando que una mujer que vive permanentemente con el autor de la sucesión y lo ayuda a formar un capital, debe ser protegida por la ley. Pero la -- legislación civil no ha convenido más derechos y obligaciones al concubinato que aquellos que fueron acordados por el legis- lador de 1928, y siendo como es, una institución que crea con- secuencias jurídicas, deben ser éstas acordadas en toda su -- extensión. Y solo cobijado el concubinato bajo una legisla-- ción eminentemente familiar podrá ser considerado como una -- verdadera unión de la que emanan verdaderas relaciones fami-- liares. Que aún como hecho jurídico que significa, crea con- secuencias jurídicas que la legislación tiene que reglamentar de manera justa y de acuerdo con la realidad de los problemas que acarrea.

Día con día, requieren mayor relevancia en el ámbi- to social los problemas relacionados con la familia, ya sea a través de la unión matrimonial o de la unión extramatrimonial: instituciones como la adopción o la tutela, son figuras que - también tienen que observar un cambio debido a la evolución - que presenta la sociedad en la actualidad debido al desenvol- vimiento de las encontradas corrientes ideológicas que surten a un país en proceso de cambio como lo es el nuestro. De es- to se desprende que las instituciones que conforman el dere-- cho familiar adquieran trascendental importancia.

Es pertinente recordar que el Código Civil actual -

se ha visto modificado recientemente con reformas que revolucionaron el derecho de familia: se estableció la responsabilidad compartida de los consortes en el sostenimiento del hogar y en la formación de los hijos; se consagró el principio constitucional de que toda persona tiene derecho a decidir de manera responsable, libre e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos y por lo que toca al matrimonio, tal derecho compete a ambos cónyuges. Pero en cuanto al concubinato, este tan solo continúa en el olvido por parte del legislador, a pesar de las contradicciones e injusticias de que es objeto.

Todas las reformas que se han hecho en materia de derecho familiar y muchas más que deben dictarse, no deben ya estar ventiladas en el Código Civil, sino en un Código eminente familiar, cuya esencia es ante todo la organización y vida de la familia, pero en base a una mayor sensibilidad y mayor contenido humano, tal y como deben verse los problemas relacionados a la familia y en especial, a los menores que en un alto porcentaje se ven involucrados en los conflictos de índole familiar.

La legislación familiar que se propone en este Capítulo debe ocuparse de las mencionadas fuentes reales y que son las que dan vida al derecho familiar, las cuales son las siguientes:

- a). La Filiación y el Parentesco. Parentesco con--sanguíneo y por afinidad y el nexu jurídico que nace de la adopción (llamado parentesco civil); sus derechos y obligaciones.
- b). De la protección de los menores e interdictos. La patria potestad, que es una institución protectora de la persona y bienes de los hijos menores de edad, no emancipados que nace de la filiación; sus derechos y obligaciones. La tutela que es la institución protectora de los menores no sujetos a patria potestad y de los incapacitados.
- c). El derecho matrimonial, que comprende el conjunto de relaciones que nacen entre marido y mujer- y que norman la vida en común entre los consor-tes y se ocupa a la vez, de establecer reglas -relativas a la administración, disfrute y disposición de los bienes que antes del matrimonio -o durante él adquieren los esposos, es decir, -a los regímenes patrimoniales; el estudio de la disolución del vínculo que existe entre los consortes; divorcio y nulidad de matrimonio.
- d). La institución del concubinato o unión extrama-rimonial, que como se ha repetido, el hombre y la mujer así unidos representan una verdadera -familia con lazos de afecto y ayuda recíproca -

con los requisitos de moralidad, publicidad, --
trato sexual bajo el mismo techo, existencia de --
un domicilio y trabajo común, permanencia de --
las relaciones, con el tratamiento que deben --
darse los concubinos considerándose públicamen--
te como marido y esposa.

Este tipo de tratamiento y relación tiene que ser -
protegida por el Derecho Familiar con el objeto de proteger -
a la familia creada. El ingreso de las uniones bajo el con--
trator jurídico de una nueva orientación en el derecho de fa--
milia, hará posible la aplicación en lo conducente, al régi--
men del matrimonio, especialmente en cuanto a impedimentos, -
para evitar uniones extramatrimoniales incestuosas o inmora--
les; así como que pueda ocurrir una verdadera bigama. Con --
iguales derechos y obligaciones que un matrimonio evitando --
que las nuevas modalidades que rigen para el matrimonio, aca--
rreen una desventaja a éste por estar cargado de una serie de
obligaciones que hasta este momento no afectan a los concubi--
nos. Con ello las uniones libres ya no serán situaciones de
hecho, sino situaciones dotadas de estabilidad sujetas a regu--
lación normativa. Evitando que el hombre y aún, la misma mu--
jer pueda desembarazarse tan fácilmente de esta unión, sin ha--
cerse previamente responsables de las consecuencias jurídicas
que esta situación pueda traer consigo. Tal vez podrá apli--
carse lo relativo al régimen de sociedad, sociedad de hecho -
que crea el concubinato en los bienes adquiridos durante su -

vigencia; así como derechos y obligaciones y acción para exigir que se haga constar la unión por resolución judicial, pero con efectos retroactivos.

El derecho de familia al reconocer al matrimonio de hecho, concubinato o unión extramatrimonial, ha de ampliarse y enriquecerse. Ensanchando su dominio, dará cabida a las uniones realizadas libremente y al margen de la celebración oficial. En cuyo concepto podrá entenderse que, en el Derecho de Familia, el matrimonio civil se presentará revestido de dos modalidades: la unión matrimonial y la unión extramatrimonial.

- c). El Patrimonio Familiar, institución para garantizar el cumplimiento de las obligaciones asistenciales entre los miembros de la familia que a partir de una nueva legislación se podrá actualizar y renovar, haciendo también partícipe a las uniones extramatrimoniales.

Ahora debemos establecer lo que se entiende por Derecho de Familia y las razones por las que se pugna su autonomía:

Para Bonnacasse, es el conjunto de reglas de derecho de orden personal y patrimonial cuyo objeto exclusivo, principal, accesorio o indirecto es presidir la organización, vida y disolución de la familia. Rafael de Pina lo define como --

"el conjunto de las normas del derecho positivo referentes -- a las instituciones familiares. Pero siempre se le ha conside-- rado como parte del derecho civil y así lo definen algunos -- juristas: aquella parte del derecho civil que regula la cons-- titución del organismo familiar y las relaciones entre sus -- miembros, o bien, aquella parte del derecho civil que regula-- la constitución, existencia y disolución de la familia.

Es latente la inquietud en distinguidos juristas de sustraer al derecho de familia del derecho civil. En el año - de 1856 en nuestro país, el jurista Ignacio Ramírez, concep-- tuó el derecho de familia en forma independiente al civil, -- formando parte del derecho social, incluyendo en éste; el de-- recho de los menores, hijos abandonados, huérfanos , mujeres-- y jornaleros. En época más reciente, un intento separatista-- de trascendencia fue la Ley de Relaciones Familiares expedida por Don Venustiano Carranza en 1917, que segregaba del tronco del Código Civil la materia familiar para darle autonomía.

Es interesante establecer que existen dos tenden--- cias para apartar el Derecho de Familia del Drecho Civil:

La primera, encabezada por el italiano Antonio Cicu, que coloca al Derecho de Familia junto al Derecho Público y - no como una rama del Derecho Privado, fundándose en que la -- característica de éste radica en que el Estado actúa como ex-- traño en las relaciones de los particulares, reconociendo al-- individuo libertad para crear sus relaciones jurídicas y rea-

lizar sus propios fines. En cambio, en el Derecho Público, - lo mismo que en el Derecho de Familia, el Estado interviene - en todas las relaciones jurídicas que se originan entre los - distintos sujetos interesados y, además procura realizar di-- rectamente los fines superiores, bien sea, de la comunidad -- política o del grupo familiar; y afirma que "al Derecho de -- Familia se le podría asignar un lugar independiente en la dis-- tinción entre Derecho Público y Derecho Privado; es decir, -- que la bipartición podría ser sustituida por una tripartición -- que respondiera a las características particulares que sociall mente asume el agregado familiar frente al agregado político".

(3)

La segunda, avalada por una considerable cantidad de juristas mexicanos y que en la actualidad se ha convertido en propuesta de los Magistrados de nuestro Tribunal Superior de Justicia, quienes promueven que el Derecho de Familia debe comprenderse en forma autónoma del Derecho Civil pero siempre -- siendo rama del Derecho Privado.

Debido a la reticencia en la proyección de estas co rrientes, atribuible a las tradiciones y conductas que se han seguido desde hace mucho tiempo, ninguna ha fructificado en la

(3) CICU, ANTONIO. Citado por Rojina Villegas, Rafael. Ob. --
Cit. Págs. 17 y 21.

legislación positiva, a excepción de las legislaciones de países socialistas como es el caso de la U.R.S.S. Polonia o Cuba por mencionar algunos, quienes han concertado las normas relativas a las relaciones familiares en un cuerpo autónomo de su Código Civil; contando cada uno en la actualidad con un Código de Familia expreso.

En México esta inquietud separatista se hace patente en la creación de los actuales Juzgados y Salas Familiares en el Distrito Federal que desde el año de 1971 atienden exclusivamente los juicios de carácter familiar y que a decir del Lic. y Mag. Humberto Navarro Mayoral, "su creación ciertamente ha redundado en la especialización de funcionarios y empleados que atienden tales Tribunales, y al mismo tiempo, han adquirido además de amplia experiencia, esa mayor sensibilidad hacia los problemas de tal índole. Porque en la aplicación de las normas del Derecho de Familia, se hace patente, además de una verdadera vocación de servicio, una sensibilidad especial en beneficio de quienes intervienen en los conflictos de índole familiar y especialmente de los menores que en un alto porcentaje se ven involucrados en los mismos. Habiendo resultado positiva la creación de dichos Tribunales en el Distrito Federal, estimamos conveniente reiterar en esta ocasión, una vez más, la conveniencia de establecer en las entidades federativas en donde no existan aún, Juzgados y Salas Familiares". (4)

(4) Anales de Jurisprudencia. S.C.J.N.México.1978.Tomo 168.- Pág. 359.

En forma semejante y en virtud de que hoy en día, - el Derecho interfiere profundamente en la organización y funcionamiento de la familia por ser una institución social fundamental y que tiene interés en su sano desarrollo y conservación, es importante y de relevante necesidad crear una legislación familiar autónoma que le facilite agilidad y sencillez, porque sustrayéndolo del Código Civil, se podrán crear a su amparo una serie de normas que no incurran en las contradicciones y deficiencias que actualmente contienen las instituciones del Derecho de Familia, otorgándosele una mayor agilidad, mayor contenido humano, pudiéndose por tanto conseguir - aglutinar todos aquellos, principios, normas y figuras jurídicas que pertenecen a esta materia y que actualmente se encuentran esparcidas en nuestro Código Civil

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

PRIMERA. El exámen de los antecedentes históricos del concubinato permite estimar que esta institución ha llegado a asumir perfiles propios, presentándose dentro de la vida social de todos los países y desde muy lejanos tiempos con las siguientes características:

- a) Monogamia Rigurosa.
- b) Impedimentos de parentesco de consanguinidad y civil.
- c) Edad conyugal.
- d) Consentimiento.

SEGUNDA. Clara manifestación de la gestación propia del concubinato y de la importancia que tiene, son los siguientes enunciados que han sido vertidos por los diversos ordenamientos que se han mencionado:

- a). La unión de un solo hombre con una sola mujer.
- b). La capacidad legal para contraer matrimonio.
- c). La convivencia estable y singular de la pareja.
- d). Igualdad de tratamiento, aparentando ante la sociedad la existencia de un matrimonio con la consiguiente comunidad de domicilio.
- e). La presencia de un trabajo en común y ayuda mutua, conformando un patrimonio a través de los aportes recíprocos hechos a un mismo fondo.

TERCERA. Al presente, el concubinato se ha estructurado en función protectora de las clases económicamente débiles, sin tomar en cuenta que se presenta en cualquier nivel social: pero el Derecho lo ha llegado a abarcar a través de sus diversas ramas: Derecho de Familia, Derecho Sucesorio, Derecho Laboral y de Seguridad Social.

CUARTA. Habiéndose contemplado de modo indiferente en nuestra Legislación, afinó su estructura y precisó su naturaleza a partir del Código Civil de 1928 que reconoció que el concubinato podría generar ciertos efectos en favor de la concubina y de los hijos. A partir de ello, han sido aumentadas sus atribuciones, así, en materia de seguridad social y laboral, a partir de las reformas que en 1970 tuvo la Ley Federal del Trabajo y en 1973 la Ley del Instituto

Mexicano del Seguro Social fueron consignados nuevos derechos y una serie de prestaciones y obligaciones inherentes al concubinato.

Pero se hace necesario que los lineamientos de estas leyes se vean modificados en esta materia a efecto de ampliar sus beneficios sobre la persona del concubinario, quien se encuentra en marcada desventaja no solo respecto del tratamiento hacia la concubina, a quien la legislación le ha reconocido el lugar de la esposa, en defecto de ésta; sino también porque la seguridad social le ha negado protección al hombre, no solo al concubinario sino también al esposo, pues ha condicionado sus derechos de manera injusta haciendo a un lado el principio constitucional de la igualdad jurídica del hombre y de la mujer. Esta modificación es precisa a fin de que pueda tener acceso el hombre a la asistencia social a que su esposa o concubina se encuentre inscrita.

QUINTA. Como consecuencia de vital importancia, se presenta la necesidad de reconocer que el concubinato es susceptible de crear una comunidad de bienes que fueron adquiridos durante su existencia. En función de que se pruebe judicialmente.

a). La configuración y existencia del concubinato con las exigencias que la legislación establece.

b). Que los bienes adquiridos y que sean susceptibles de reclamarse, efectivamente se hayan obtenido durante el concubinato, con el esfuerzo, ayuda y cooperación de ambos concubinos.

SEXTA. Es necesario reformar la fracción III del artículo 1373 del Código Civil para el Distrito Federal a fin de que no exista la contradicción actual en su redacción, en relación con la fracción V del artículo 1368 del ordenamiento de referencia, reconociendo el derecho que esta última fracción otorga tanto al concubinario como a la concubina y que actualmente niega al concubinario la citada fracción III del artículo 1373.

SEPTIMA. En forma semejante se debe reformar el artículo 1635 a fin de que al concubinario se le reconozca también derecho a ser llamado en la sucesión legítima de su concubina, tal y como al presente ya se encuentra establecido en el artículo 2910 del Código Civil del Estado de Tlaxcala.

OCTAVA. De más significativa trascendencia es la urgente necesidad de suprimir del mencionado artículo 1635 la fracción VI, que otorga a la Beneficencia Pública la mitad de los bienes de la sucesión en caso de concubinato afectando de esa forma un patrimonio que en ningún caso ni momento contribuyó a formar y que

pertenece por entero a la concubina o al concubinario supérstite.

NOVENA. En razón de la importancia que reviste actualmente el Derecho de Familia y de la naturaleza de los problemas que en él se plantean, es necesario que se codifique la legislación familiar en un solo cuerpo que orgánica y sistemáticamente regule todas las relaciones de los integrantes de la familia, facilitando su entendimiento y aplicación y propiciando la evolución de dicha Legislación y con ello la de nuestro Orden Jurídico.

DECIMA. La creación de una codificación familiar haría posible y facilitaría que a la institución del concubinato, al que se ha llamado también en la doctrina Matrimonio de Hecho, fuese regulado a partir de un punto de vista más humano y justo, en virtud de los lazos familiares que crea y se convirtiera en una institución de la que no pudiese desembarazarse el hombre o la mujer sin hacerse previamente responsables de las consecuencias jurídicas que tal situación sea capaz de traer consigo. El Derecho de Familia, al reconocer el matrimonio de hecho o unión extramatrimonial, ha de ampliarse y enriquecerse; y el matrimonio, que constituye una de sus principales fuentes se verá robustecido.

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

1. ALONSO OLEA, MANUEL.- Instituciones de Seguridad Social. Madrid, 1974. Instituto de Estudios Políticos.
2. ARCE CANO, RENE. De los Seguros Sociales a la Seguridad Social. México 1972. Editorial Porrúa, - S. A.
3. ARIAS, JOSE MANUEL. Manual de Derecho Romano. -- Buenos Aires, 2a. Edición. Editorial Guillermo - Kraff, Lt.
4. BONFANTE, PEDRO. Instituciones de Derecho Romano. Madrid, 1959. Instituto Editorial Reus.
5. BONNECASSE, JULIEN. Précis de Droit Civil. Paris, 1935. Editorial Rousseau. Tomo I.

6. CARBONNIER, JEAN. Droit Civil. Paris. 1967. Presses Universitaires de France. Tomo I.
7. DE BUEN, NESTRO. Derecho del Trabajo. México, -- 1981. Editorial Porrúa, S. A.
8. DEGNI, FRANCESCO. Il Diritto de Famiglia del Nuovo Codice Civile Italiano. Padova, 1943. Editorial Dott.
9. DE LA CUEVA; MARIO. El Nuevo Derecho Mexicano -- del Trabajo. México, 1979. Editorial Porrúa, -- S. A. Tomo II.
10. DIAZ DE GUIJARRO, ENRIQUE. Tratado de Derecho -- de Familia. Buenos Aires, 1953. Tipográfica Editora Argentina. Tomo I.
11. DIGESTO. Pamplona. 1972. Editorial Aranzadi.
12. Enciclopedia Jurídica Omeba.
13. ESCRICHE, JOAQUIN. Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia. Ensenada, B.C. 1974.
14. ESMEIN, A. Précis Elementaire de L' Histoire du Droit Francais (1789-1814). Paris. 1908. Editorial Recuil.
15. FLORIS MARGADANT, GUILLERMO. Derecho Romano. México, 1975. Editorial Esfinge, S. A. Sexta Edición.

16. GALINDO GARFIAS, IGNACIO. Derecho Civil. México, 1976. Editorial Porrúa, S. A.
17. GUTIERREZ Y GONZALEZ, ERNESTO. Derecho de las - Obligaciones. Puebla, 1982, EDITORIAL Cajiga, - S. A. Quinta Edición.
18. GUTIERREZ Y GONZALEZ, ERNESTO. El Patrimonio. - Puebla, 1982. Editorial Cajiga, S. A.
19. IBARROLA ANTONIO, DE. Cosas y Sucesiones. Méxi- co, 1977. Editorial Porrúa, S. A.
20. IBARROLA ANTONIO, DE. Derecho de Familia. Méxi- co, 1974. Editorial Porrúa, S. A.
21. IGLESISAS, JUAN. Derecho Romano. Barcelona, --- 1965. Ediciones Ariel.
22. JOSSERRAND, LUIS. Derecho Civil. Traducción de - Santiago Cuchillos y Manterosa. Buenos Aires, - 1952. Ediciones Europa-América. Tomo I. Volumen II.
23. LAFAILLE, HECTOR. Derecho de Familia. Buenos -- Aires, 1930. Biblioteca Jurídica Argentina, S.A.
24. LALINDE ABADIA, JESUS. Iniciación Histórica al - Derecho Español. Barcelona, 1970. Ediciones - - Ariel.

25. LOPEZ AUSTIN, ALFREDO. La Constitución Real de México Tenochtitlán. México, 1961. U.N.A.M.
26. LUBAN, MIGUEL. Legislación Soviética Moderna. - México, 1963. Editorial U.T.E.H.A.
27. LLAMAS Y MOLINA, SANCHO. Comentario Crítico, Jurídico y Literal a las 83 Leyes de Toro. Madrid 1853. Tomo III.
28. MAZAUD, HENRY Y LEON. Lecciones de Derecho Civil. Traducción de Luis Alcalá-Zamora. Buenos Aires, 1959. Ediciones Jurídicas Europa-América. Parte Primera. Volumen III.
29. MENDIETA Y NUÑEZ, LUCIO. El Derecho Social Mexicano. México, 1967. Editorial Porrúa, S. A.
30. ORTIZ URQUIDI, RAUL. El Matrimonio por Comportamiento. México, 1955. Editorial Stylo, S. A.
31. PEÑA GUZMAN, LUIS ALBERTO. Derecho Romano. Buenos Aires, 1966, Tipográfica Editora Argentina.
32. PEREZ Y LOPEZ, ANTONIO XAVIER. Teatro de la Legislación Universal de España e Indias. Madrid. 1894. Tomo III.
33. PLANIOL, MARCEL Y RIPERT, JORGE. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. La Habana, 1946.-

Ediciones Cultural, S. A. Tomo II.

34. ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. Derecho Civil Mexicano. México, 1980. Editorial Porrúa, S. A. Tomo II.
35. SANCHEZ MEDAL, RAMON. Los Grandes cambios del Derecho de Familia en México. México, 1979. Editorial Porrúa, S. A.
36. SEDUGUIN, PIOTR IVANOVICH. Matrimonio y Familia en la U.R.S.S. Moscú, 1974. Editorial Progreso.
37. SERAFINI, FELIPE. Instituciones de Derecho Romano. Barcelona. Hijos de Espasa, Editores. Tomo II.
38. TRUEBA URBINA, ALBERTO. Nuevo Derecho del Trabajo. México, 1970. Editorial Porrúa, S. A.
39. VON MAYR, ROBERT. Historia del Derecho Romano, España, 1941. Colección Labor.
40. ZELENKA, ANTONIO. La Introducción de los Seguros Sociales en Venezuela. Caracas, 1950. Imprenta Nacional, S. A.

LEGISLACIONES.

Constitución Política de los Estados Mexicanos.

Constitución Política de la República de Cuba.

Código Civil para el Distrito Federal.

Código Civil del Estado de Tlaxcala.

Código Civil del Estado de Morelos.

Código Penal del Estado de México.

Ley Federal de Trabajo.

Ley del Instituto Mexicano del Seguro Social.

Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales
de los Trabajadores del Estado.

Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales
de las Fuerzas Armadas Mexicanas.

OTRAS FUENTES.

- 1.- Anales de Jurisprudencia. México, 1978. S.C.J.N.
Tomo 168. Año 45.
- 2.- Memoria del Segundo Congreso de Historia del De
recho Mexicanos. México, 1981. U.N.A.M.
- 3.- Revista de la Escuela Nacional de Jurispruden--
cia. México, 1946. Tomo VIII.
- 4.- Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias So
ciales. Montevideo, Uruguay, 1952. Año 3 No. --
2-3.
- 5.- Anales de Jurisprudencia. México, 1976. S.C.J.N.
Tomo 16 Año 43.