

267
27



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

"EL CONCUBINATO EN LA SEGURIDAD SOCIAL"

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL
TITULO DE :
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A L A
C. Hortensia Gallegos Mejía



**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

MEXICO, D. F.

1990



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

I N D I C E :

	Pág.
INTRODUCCION	1
CAPITULO I: <u>LA FAMILIA</u>	
1. Concepto de Familia	4
2. Antecedentes de la Familia	5
3. La Familia como Institución Jurídica	8
4. La Familia y el Derecho Positivo Mexicano	13
5. Conceptos de Seguridad Social, Matrimonio y Concubinatio....	15
CAPITULO II: <u>MATRIMONIO Y CONCUBINATO</u>	
1. Antecedentes del Matrimonio	20
1.1 Antecedentes del Concubinatio	32
2. Regulación jurídica en el Derecho Positivo Mexicano	39
3. Derechos y obligaciones que nacen de estas instituciones...	49
4. Diferencias entre Matrimonio y Concubinatio	58
CAPITULO III: <u>LA SEGURIDAD SOCIAL</u>	
1. Origen de la Seguridad Social	66
2. La Seguridad Social en México.....	72
3. El Derecho Positivo Mexicano y la Seguridad Social	79

	Pág.
CAPITULO IV: <u>EL CONCUBINATO Y LA SEGURIDAD SOCIAL</u>	
1. El Concubinato y su relación con la Seguridad Social	89
2. Medidas a favor de la concubina y sus hijos	91
3. Desventajas de la concubina y su situación con la esposa ..	102
4. La concubina y su situación en la Sociedad Mexicana	106
5. Medidas que deben establecerse en beneficio de la concubina y los hijos del Concubinato	108
CONCLUSIONES	115
BIBLIOGRAFIA	118

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

El presente trabajo ha sido escrito con el objeto de ofrecer - una visión del desarrollo del concubinato a través de la historia y sobre todo en el ámbito de la seguridad social.

El objetivo primordial es dar a conocer la importancia del concubinato tanto jurídica, como económica y socialmente, así como lo importante es que la seguridad social haya tomado en cuenta esta clase de unión, ya que de alguna manera éste reviste una de las formas de crear la familia.

Se ha escrito y dicho mucho a través de la historia de la humanidad en relación a la familia; ya que tantas han sido las manifestaciones - del hombre a través de las cuales podemos conocerle; y así existen manifestaciones culturales, políticas, económicas, sociales, etc., actitudes canalizadas hacia los mejores sentimientos de que pueda ser capaz el ser humano hacia los seres que de manera entrañable se encuentran unidos a él.

Por ello, con profundo respeto hacia esa forma de pensar, creo que nunca será suficiente lo que pueda quedar asentado respecto al tema del - concubinato.

A efecto de lograr el estudio breve pero interesante de la figura del concubinato, es importante resaltar que quien ha sido la célula fundamental en el desarrollo de la humanidad desde que ésta existe es la familia; la cual ha tenido que pasar por varias etapas a través de la historia, que -

van desde una serie de relaciones sexuales poligámicas, hasta llegar a la unión monogámica que por necesidades de tipo económico fue creada que es el matrimonio.

El matrimonio, la forma más perfecta de constituir la familia, cuya finalidad es la de perseguir la ayuda mutua y comprensión, así como la perpetuación de la especie, protegida legalmente, dignifica la unión de la pareja cuya naturaleza ha sido tan discutida por los estudiosos, mismos que la atribuyen a un acto bilateral y solemne, un estado de personas, una sociedad civil creada para la estabilidad de la familia.

Más no obstante lo anterior, cabe reconocer que a la par de esta institución, existe otra forma de vida, situación que el hombre ha desarrollado (muchas veces por conveniencia, otras por ignorancia); y que por su constante y creciente arraigo, ha tenido que ser tomado en cuenta y asimismo, ser legalizado, produciendo diversos efectos.

La seguridad social, materia receptiva de las buenas intenciones que el hombre por naturaleza tiene de ayudar a sus semejantes sobre todo a los desvalidos, viudas, huérfanos y en general a las personas carentes de los recursos suficientes para poder vivir.

Así es como a través del presente trabajo y de manera somera, mencionaré el origen y finalidad de la seguridad social, los cuales se cristalizan en el instrumento de mayor importancia a nivel nacional que es el Insti

tuto Mexicano del Seguro Social.

Es de importancia resaltar, que en cuanto a la situación de los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio, no es posible hacer una distinción y por lo tanto, es digna de admiración, la preocupación del legislador de aclarar que ellos no tuvieron la culpa de generar esta situación; sí es importante hacer una comparación de la situación y beneficios de la esposa con la concubina, porque esta última, al ser generadora de la situación (el concubinato), mientras no cumpla con los requisitos formales que establece la Ley, nunca podrá ocupar el primer lugar al lado de la esposa a pesar de que como ya lo mencioné, el concubinato tiene un gran arraigo tanto en nuestro país como en Latinoamérica.

Es necesario que se siga legislando en favor del concubinato, con la intención de no desproteger a los hogares que en tal situación viven; y así haciendo una labor social, mediante campañas, convencer a las personas que se encuentran unidos a través del concubinato, que legalicen su unión.

CAPITULO I: LA FAMILIA

1. Concepto de Familia

Desde el punto de vista doctrinal, la palabra familia procede de la voz famulia, que deriva de famulus, que a su vez procede de famei, que significa siervo y más remotamente del sánscrito vama que quiere decir hogar o habitación; y por lo tanto la familia es "el conjunto de personas y esclavos que moraban con el señor de la casa" (1).

Los tratadistas que se refieren a ella, sin embargo, no se ponen de acuerdo en su definición ya que el origen de la familia a través de la historia, no es producto de generación espontánea ni de afecto natural exclusivo, necesariamente ha cumplido un complicado ciclo evolutivo, por el cual - forzosamente han pasado.

Actualmente se fundamenta con el matrimonio, ya sea considerado desde el punto de vista religioso como sacramento, o desde el punto de vista del derecho como un contrato.

En mi concepto la familia es una institución de alto contenido

(1) CASTAN TOBERNAS, José. Derecho Civil Español y Floral, Tomo V, Editorial Reus, S.A., Madrid, 1976, pág. 25.

moral que constituye una comunidad de vida, que puede tener un patrimonio propio, con domicilio común y como dice el maestro Manuel Chávez Asencio: "cu - yas relaciones interpersonales y vínculos jurídicos se originan de los esta - dos jurídicos como son: el matrimonio o el concubinato, la filiación y el pa - rentesco" (2).

2. Antecedentes de la Familia

En la evolución de esta institución se han marcado las siguientes etapas:

a) Promiscuidad: En el devenir histórico, hipotéticamente el fundamento de la familia, se finca en la promiscuidad, misma que fue característica de los primeros tiempos de la humanidad, admitiéndose por esta razón el comercio recíproco de todos los hombres y de todas las mujeres del mismo clan o tribu, "de modo que cada mujer perteneció igualmente a todos los hombres y cada hombre a todas las mujeres" (3), considerándose a los hijos producto de esta - unión, como de la comunidad, o si acaso, tan sólo a la madre.

(2) CHÁVEZ ASENCIO, Manuel. La Familia en el Derecho, 1a. Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1984, pág. 176.

(3) OLAVARRIETA, Marcela. La Familia Hoy, Publicación Familia, U.N.E.D., Madrid, 1976, pág. 115.

En esta primera etapa de la promiscuidad de sexos, hombre y mujeres se agrupaban por simple instinto natural, no tenían conciencia de alguna forma de parentesco ni de principios morales; sin embargo, tenían desarrollado el instinto de ayuda mutua, sobre todo la defensa y el aprovisionamiento.

La promiscuidad inicial se caracteriza porque no existen vínculos permanentes en el padre y la madre, la relación que existe entre los cónyuges no está reglamentada y por lo tanto, la responsabilidad del padre para con los hijos no se le toma importancia. Al respecto el maestro Leandro Azuara en su obra nos dice: "El estado original de la humanidad, habría sido de una promiscuidad general en la cual el hombre no se preocupase por los hijos que había engendrado, mientras que la mujer al cuidar de ellos, por ese hecho se convertía en el centro de la familia y en la autoridad" (4).

b) Consanguínea: En la que ya teniendo conciencia de los lazos sanguíneos, se prohíbe el incesto entre padres e hijos.

c) Punalúa: Se extiende esta prohibición a hermanos y hermanas.

d) Sindíasmica: Aquí ya se observa la pareja conyugal, castigándose severa-

(4) AZUARA PEREZ, Leandro. Sociología, 3a. Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1979, pág. 227.

mente el adulterio femenino, pero permitiéndose la infidelidad masculina (5).

La hegemonía de la mujer que caracteriza el matriarcado, sistema que prevalecía en la promiscuidad, tiene su origen en que el hombre, al dedicarse a la agricultura, se asentaba más en un sólo lugar, teniendo más ingerencia en el cuidado del grupo familiar. Al respecto Leandro Azuara nos dice: "la evidencia antropológica no apoya esta interpretación, algunas sociedades extremadamente simples, tienen sistemas patrilineales de parentesco y la ignorancia de la paternidad biológica no se manifiesta en la ausencia de un padre socialmente reconocido" (6).

Como resultado final de la evolución de la familia sindiásmica, se encuentra la monogámica fundada en lazos conyugales más duraderos y en el poder económico del hombre. Tiene por objeto formal, el procrear hijos de una paternidad cierta, para heredar los bienes de la fortuna paterna.

A medida que los grupos humanos evolucionan, se fue debilitando el poder de la mujer dentro del mismo grupo, causa principal fue que al ser raptada o comprada, perdía toda autoridad ya que ésta pasaba a ser propiedad del marido, que venía a ser su único dueño y señor; y así en esta etapa, no había duda de quiénes eran los progenitores.

(5) OLAVARRIETA, Marcela. *Ibidem*

(6) AZUARA PEREZ, Leandro. *Op. cit.*, pág. 227.

3. La Familia como Institución Jurídica

Al implantarse el poder patriarcal, mediante el cual el padre somete a su mujer, hijos siervientes y esclavos, aparece por lo tanto como dueño absoluto del patrimonio familiar y por lógica, el tipo de afiliación que se daba era por línea paterna.

Al decir de Federico Engels (7), el patriarcado se funda en el predominio del hombre; su fin expreso es el de procrear hijos, cuya paternidad sea indiscutible. Afirma el mismo autor, que el poder paterno, es el fundamento de la familia monogámica, no aparece de ninguna manera en la historia como una reconciliación entre el hombre y la mujer; y menos aún, como la forma más elevada del matrimonio, porque el carácter específico de esta etapa es que la monogamia era sólo para la mujer.

Vemos con esto, que la familia monogámica es una institución cuya finalidad (como ya se ha mencionado en el penúltimo párrafo del punto número dos), es la de procrear hijos de una paternidad cierta, para heredar los bienes de la fortuna paterna y posteriormente, ser la base de una nueva familia.

(7) ENGELS, Federico. El Origen de la Familia, La Propiedad Privada y el Estado, 4a. Edición, Editorial Progreso, Cuba, 1975.

Ya establecida la familia monogámica, debemos señalar los logros de la natural evolución enmarcados dentro de dos grandes culturas: Roma y Grecia.

a) En Roma: La familia se organiza bajo un régimen patriarcal monogámico, en el centro del cual se colocaba al pater familiae (época clásica), que era a su vez, el sacerdote del culto doméstico y magistrado para resolver los conflictos entre los miembros de la familia (8). Era el único dueño del patrimonio familiar, en virtud de la manus, ejercía potestad absoluta sobre la mujer, los hijos, los hijos adoptivos y aún entre los servidores domésticos. De ahí la concepción de familia (que hasta la fecha subsiste), como el conjunto de personas que descienden de un tronco común y que están sometidas a una misma potestad.

Este pueblo consagró la idea de que la mujer siendo soltera, estaba sometida al poder de su padre, al morir él, quedaba bajo el de sus hermanos, al casarse pasaba a formar parte de otro culto, es decir, al de su marido, quedando sujeta al poder de manus, y aún más, si quedaba viuda, pasaba al poder de los hermanos de su difunto marido, o sea agnados de él, o si no los había, quedaba en poder de los parientes más próximos del mismo (9).

(8) PETIT, Eugenio. Tratado Elemental de Derecho Romano, Editorial Nacional, S.A., México, 1953, pág. 96.

(9) FUSTEL DE COULANGES. La Ciudad Antigua, Obras Maestras, Editorial Ibero, S.A., Barcelona, 1961, pp. 63-64.

Y en forma simultanea:

b) En Grecia: Nos dice el maestro De Coulanges (10): "la familia no es una institución social, sino más bien religiosa", y continúa señalando: "las creencias relativas a los muertos y al culto que se les debe, constituyeron la familia griega".

La preocupación en Grecia, era que el matrimonio fuera obligatorio, ya que si un célibe no contraía nupcias, corría el peligro de que su cultofamiliar se extinguiera. Conforme a las reglas mencionadas, en Grecia subsistía el sistema patriarcal, por lo tanto, la familia era monógama y al igual que en Roma, no era perfecta, ya que sólo existió para la mujer y por lo tanto, ella tenía que soportar el que su marido tuviera relaciones con sus propias esclavas.

"Más tarde, la familia romana sufrió una evolución y fue absorbida por el Estado, éste interviene en el orden jurídico que regula la relación familiar, se sustituye la estructura antigua de la familia y disgrega su conjunto. Así surge la concepción de la familia como entidad política sometida a la jurisdicción del Estado.

Esta disgregación se aceleró, porque el propio Estado al co -

(10) *Ibidem*, pp. 105 y 106.

rrer de los tiempos, concedió derechos a la familia natural, semejantes a los que sólo correspondían a la familia legalmente constituida" (11).

Cabe hacer mención que a la concepción de la familia, con el paso del tiempo, fueron agregándose elementos decisivos; y así tenemos por ejemplo, que en la familia española medieval, fueron dos los elementos: el individualismo de los germanos y las ideas cristianas.

El primero de estos elementos fue la cohesión recíproca entre parientes.

"El segundo elemento fue el cristianismo, que ejerció un influjo decisivo en el orden al matrimonio y otras instituciones del Derecho de Familia, el catolicismo luchó siempre contra los gérmenes destructores de la familia y especialmente contra el concubinato, muy difundido en España, acaso por el ejemplo de las uniones islámicas" (12).

Vemos pues que la moral y la religión con ayuda del derecho, tratan de mantener el vínculo monogámico el cual no es estable en la mayoría de los hombres y excepcionalmente en las mujeres.

(11) BONFANTE, Pedro. Instituciones de Derecho Romano, Instituto Editorial Reus, Madrid, pág. 180.

(12) CASTAN TOBEÑAS, José. Familia y Propiedad, Editorial Reus, S.A., Madrid, 1956. pág. 8.

Cabe hacer mención, de otro gran pueblo que tuvo mucho que ver en la cultura Mesoamericana:

El pueblo Azteca: Que a la llegada de los españoles, impresionan a éstos, por el grado de desarrollo cultural y conformación del Estado; y refiriéndonos a la evolución de este pueblo, debemos establecer que necesariamente se desarrolló conforme a los principios de orden general y universal que rigen la materia, pero bajo sus propios elementos de integración como lo fue el geográfico, el cual ejerce un papel importante, pues influye de manera preponderante, en las costumbres y forma de ser del elemento humano.

Al igual que en Grecia y Roma, la evolución de los aztecas se vió influenciada por la religión, que estaba unida además a los lazos de sangre y dependían también de los clanes totémicos.

Al iniciar su peregrinar en Aztlán para encontrar la tierra prometida por su Dios Huitzilopochtli, es probable que en esos momentos los clanes totémicos practicaban una promiscuidad restringida.

El maestro Mariano Veytia, citado por Manuel M. Moreno, establece que: "los mexicanos aparecen desde el principio de su peregrinar, como un conglomerado de siete clanes unidos por la comunidad de lengua y culto" - (13).

(13) MORENO M., Manuel. La organización Política y Social de los Aztecas, I.F.C.M., S.E.P., México, 1964, pág. 34.

Fundada la Nueva Tenochtitlan, dichos clanes, ya habían aumentado siendo base para los calpullis o barrios, teniendo éstos individualmente su propio dios; éste pueblo vivió varias etapas evolutivas en lo que respecta al matrimonio y podemos ver por ejemplo, que al ser un pueblo vencido entonces, cuando se celebraban las famosas alianzas, se presentaban los matrimonios por compra.

Al decir que a la llegada de los españoles el pueblo azteca había alcanzado un grado elevado de evolución, nos referimos a que en ese entonces el sistema que prevalecía era la monogamia en base al patriarcado. - Unicamente entre los nobles y guerreros existía la poligamia, a los guerreros se les permitía como premio a sus hazañas; y así como lo señala el maestro Orozco y Berra, citado por Mendieta y Núñez: "los mexicanos acostumbraban la poligamia, principalmente entre los nobles y ricos, pero entre sus mujeres distinguían a la legítima, que era aquélla con quien se habían casado según las formas requeridas para el matrimonio" (14).

4. La Familia y el Derecho Positivo Mexicano

Se hace referencia continua a la familia en las diferentes nor

(14) MENDIETA Y NUÑEZ, Lucio. El Derecho Precolonial, Instituto de Investigaciones Sociales, U.N.A.M., México, 1961, - pág. 91.

mas del Derecho Positivo y los tratadistas se refieren a ella, sin embargo, no se ponen de acuerdo en su definición, algunos las dividen en: amplia y restringida.

a) Amplia: Se le considera familia-parentesco, se integra por el conjunto de personas en las cuales existe algún lazo o vínculo de orden familiar.

b) Restringida: Según Guillermo Borda nos dice en su obra: "ésta está constituida por el padre, la madre y los hijos que viven bajo el mismo techo" - (15).

Desde otro punto de vista, a la familia la clasifican por su constitución como: legítima e ilegítima, según como se constituyen, ya sea como matrimonio o bien como concubinato o de la madre soltera.

Por su parte el maestro Belluscio señala: "el ideal jurídico y ético es y ha sido ordinariamente la organización familiar sobre la base del matrimonio; es decir, la familia legítima o matrimonial. Pero ello no impide que la unión de hecho y la procreación fuera de matrimonio, no dé lugar a la existencia de vínculos cuya regulación jurídica también es necesaria, sea cual fuere el criterio que se adopte para organizar su ordenamiento

(15) BORDA, Guillermo. Tratado de Derecho Civil Argentino, 5a. Edición, Editorial Perrot, Argentina, pág. 20 y siguientes.

to frente a la legítima" (16).

En el Derecho Positivo Mexicano se regula la familia amplia, a título de ejemplo, se observa que el Código Civil actual, extiende la patria potestad a los abuelos paternos y maternos (artículo 419 del Código Civil); en la tutela legítima se abarca a los hermanos y colaterales dentro del cuarto grado inclusive (artículo 483 del Código Civil); y en los casos de los dementes, idiotas, imbeciles, sordomudos, ebrios y los que habitualmente abusan de drogas, enervantes, se establece la tutela legítima forzosa - concargo a los hijos, abuelos y hermanos del incapacitado (artículo 483), - respecto de los alimentos, tiene obligación de darlos los parientes en línea recta ascendente o descendente sin límite de grado; y los colaterales entre los hermanos (artículos del 301 al 307).

5. Conceptos de Seguridad Social, Matrimonio y Concubinato

Concepto de seguridad social: El maestro Hugo Italo Morales Saldaña en su obra, hace mención de la definición que al respecto escribió Beveridge: "La Seguridad Social, es el mantenimiento de los ingresos necesarios para la subsistencia; y señala que la meta del Plan de la Seguridad So-

(16) BELLUSCIO, Augusto. Derecho de Familia, Tomo I, Argentina, 1975, pág. 8.

cial, es hacer innecesaria la indigencia en cualquier circunstancia" (17).

Asimismo, el Doctor Morales SALDAÑA nos dice que Miguel García Cruz la señala "como el postulado de las fuerzas sociales que estructuraron la Revolución Mexicana" (18).

El maestro Alberto Briseño nos indica que: "el término de seguridad es muy amplio; se vé afectado por todo el quehacer de los grupos humanos y aún el individuo. Hay quienes sostienen que el marco individual debe supeditarse al social; otros a la supremacía de un sector sobre los individuos y, en fin, quienes sitúan en la cima a la sociedad representada por el Gobierno" (19).

Ahora bien, en la doctrina también se vierte opiniones específicamente en nuestro país, tomando en consideración a las definiciones existentes, se elaboró la siguiente: "es un Derecho Público, de observancia obligatoria y aplicación universal para el logro solidario de una economía auténtica y nacional de los recursos y valores humanos, que asegura a la población una vida mejor, con ingresos y medios económicos suficientes para una existencia decorosa, libre de miseria, temor, enfermedad, ignorancia y desocupación, con el fin de que todos los países establezcan, mantengan y -

(17) TENA SUCK, Rafael y MORALES SALDAÑA, Hugo Italo. La Seguridad Social, Editorial PAC.S.A., México, 1986, pág.14

(18) Ibidem, pág. 7

(19) BRISERO RUIZ, Alberto. Derecho Mexicano de los Seguros Sociales, Harla, S.A., de C.V., México, 1987, pág. 5.

acrecenten el valor intelectual, moral y filosófico de su población activa, se prepare el camino a las generaciones venideras y se sostenga a los incapacitados eliminados de la vida productiva" (20).

Concepto de matrimonio: El matrimonio es la forma más regular de constituir la familia.

Al respecto el maestro Rafael de Pina nos dice que al matrimonio se le puede considerar "desde el punto de vista de la Iglesia, como sacramento y desde el punto de vista Civil, como un acto bilateral solemne, en virtud del cual se produce entre dos personas de distinto sexo, una comunidad destinada al cumplimiento de los fines espontáneamente derivados de la naturaleza humana y de la situación voluntariamente aceptada por los contribuyentes, la palabra matrimonio, designa también la comunidad formada por el marido y mujer" (21).

Asimismo el maestro Clemente de Diego lo define como "el acto solemne de unirse por modo indisoluble un hombre y una mujer, para prestarse

-
- (20) GORI MORENO, José María. Derecho de la Previsión Social, Tomo I, Editorial Ediar, S.A., Argentina, pág.83 y sigts.
- (21) DE PINA, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano, Introducción Personas-Familia, Porrúa, S.A., México, 1980, pág. 314.

mutuo auxilio, procrear y educar hijos, constituyendo así la sociedad conyugal" (22).

Y desde el punto de vista civil, el matrimonio se define como un contrato solemne en virtud del cual un varón y una mujer se unen válidamente para el mutuo auxilio, la procreación y la educación de la prole de acuerdo a las leyes.

Para resumir haremos mención de que en el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales vigente, no encontramos señalamiento alguno que nos defina lo que es el matrimonio; sin embargo, diferentes artículos lo consideran como un contrato; ejemplo: los artículos 156o. y 178o.

Concepto de concubinato: La palabra concubinato alude etimológicamente hablando a la comunidad de lecho; sugiere una modalidad de las relaciones sexuales mantenidas fuera del matrimonio como una expresión de la costumbre. Desde el punto de vista jurídico, éste aparece algunas veces repudiado enérgicamente o admitido con alternativas que lo consideran con reticente timidez; y también con definitiva y tajante eficacia jurídica.

(22) CLEMENTE DE DIEGO, F. Instituciones de Derecho Civil Español, Imprenta de Juan P., España, 1930, pág. 346.

El maestro Rafael de Pina en su obra, se concreta a citar el concepto de concubinato como la "unión de un hombre y una mujer sin formalización legal, para cumplir los fines atribuidos al matrimonio" (23).

El profesor Chávez Asencio, opina que "el concubinato es un hecho voluntario del hombre, ilícito desde el punto de vista jurídico, ya que la forma legal de constituir una familia es el matrimonio, pero que genera una serie de derechos, obligaciones y deberes familiares, entre los concubinaríos y en relación a los hijos" (24).

Para concluir con este punto, ya que en su oportunidad ampliaremos más el tema, diré que el concubinato es aquella unión extralegal de un hombre y una mujer, que cohabitan por un tiempo prolongado, que ambos son libres, es decir, para que se dé la figura del concubinato, es necesario que ninguno de los dos esté casado (ser célibes) y que ante la sociedad hacen vida marital; es decir, se guarden fidelidad.

(23) DE PINA, Rafael. Ob.cit., pág. 333.

(24) CHAVEZ ASENCIO, Manuel. Ob.cit., pág. 237.

CAPITULO II: MATRIMONIO Y CONCUBINATO

I. Antecedentes del Matrimonio

El Derecho Romano reconoció dos clases de uniones entre libres:
la iustae nuptiae y el concubinato.

La primera daba al padre la patria potestad sobre sus hijos con sus respectivas consecuencias jurídicas; como podemos observar, los romanos tenían la base de la promiscuidad sexual, con principios de orden místico-religiosos, formando familias monocráticas y bajo el sistema patriarcal; dichos principios de orden místico, son la base sobre la cual descansa la idea de que el matrimonio es un hecho social, merced a ello, es sancionado por la religión, pero que surtía efectos jurídicos; mas sin embargo, no era un acto jurídico ya que los supuestos del mismo, no estaban sujetos a órganos estatales ni a comprobación jurídica; el matrimonio derivaba de la religión misma, pues to que cuando la mujer celebraba matrimonio, pasaba del hogar paterno al de su marido, como ya lo mencionamos en el capítulo I; y así, cambia la situación de la mujer ya que dentro del hogar tenía su propio templo, en el cual adoraban a sus antepasados elevados al rango de divinidades.

Al respecto Foustel de Colanges señala: "La autoridad del mando sobre la mujer no deriva en modo alguno, de la mayor fuerza del primero" (1).

Como todo derecho privado, fue consecuencia de las creencias - religiosas, ya que a la mujer que no se sometía a estas reglas (o ritos sagrados), era marginada por la sociedad; era el matrimonio quien imponía la sumisión y al mismo tiempo, la dignidad de la mujer.

A la integración de la mujer que se unía en matrimonio y adquiría una nueva comunidad religiosa distinta de la propia, se le llamó el poder de manus que comprendía el derecho de vida y muerte; y que en esta etapa se le llamó matrimonio cun manu.

Con el decaimiento de la religión de los lazos familiares, el matrimonio cun manu, fue perdiendo influencia y surge el matrimonio sine manu, en éste no se rompen los lazos de agnación de la mujer, su padre sigue conservando sobre ella la patria potestas pues no sale de su familia original y ante el marido tiene una situación de igualdad, pues no le está sometida y sus bienes no los adquiere él (como es el caso del manus), sino que los conserva ella.

Cabe hacer mención de que en Roma había tres formas de otorgar el poder de manus y a saber eran:

(1) FUSTEL DE COULANGES. La Ciudad Antigua, Obras Maestras, Editorial Ibera, S.A. , Barcelona, 1961, pp. 63 y 64.

- a) La Conferratio.- Acto sagrado que se celebraba ante la divinidad de Júpiter, este tipo de ceremonia matrimonial mediante el otorgamiento de la manus, solamente lo realizaban los patricios, es decir, los nobles y se efectuaba "ante el gran pontífice y diez testigos, ofreciéndose el pan sagrado de harina (ferreum) y pronunciándose las fórmulas solemnes, realizándose todo ante Júpiter Farreus" (2).
- b) La Coemptio.- Esta forma se asemeja a la de una compra que se hacía de la mujer, era una especie de mancipatio creada posteriormente a la Ley de las XII Tablas, la finalidad de esta forma de celebración, fue con el objeto de crear al grueso del pueblo, de una forma legal y religiosa para contraer matrimonio; ya que como se mencionó anteriormente la conferratio era exclusiva de la nobleza; y al decir que se asemejaba a la de una compra de la mujer, era porque se celebraba como una venta imaginaria de mujer al marido, realizándose frente al jefe de familia si era aliene iuris; o la autoritas del tutor si era sui iuris.

La mecánica que seguía este evento, era que la mujer cedía voluntariamente, ante cinco testigos y un libre pens, el poder sobre ella mediante el pago de un precio simbólico; las palabras de la fórmula

(2) PETIT, Eugenio. Tratado Elemental de Derecho Romano, Editorial Nacional S.A., México, D.F., 1953, pág. 96.

sagrada deberfan ser las exactas y no pronunciar las de la mancipatio, ya que si el marido no las decfa, la mujer, en vez de pasar como su esposa, podrfia quedar en calidad de esclava.

Esta forma fue decayendo con el tiempo, dándose el caso de que la mujer por sí sola y con asistencia del autoritas patria, podrfia realizar la ceremonia, para celebrarse de las sacras privadas, o para evitar el soportar la tutela de sus agnados, o para poder ella otorgar testamento.

- c) El Usus.- Consistfa en que durante un año, el hombre ejercfa el poder sobre la mujer, y si pasado este tiempo no se interrumpfa, entonces el marido adquirfa para siempre el poder.

"La Ley de las XII Tablas, otorgó el derecho a la mujer de interrumpir esta forma, mediante su ausentismo del hogar conyugal durante tres noches seguidas y si lo lograba, el hombre perfa todos sus derechos sobre ésta" (3).

Esta forma se creó con la finalidad de que la mujer pudiera disponer libremente de su propio matrimonio.

(3) PETIT, Eugenio. Ob.cit., pág. 112.

Así pues, la mística religiosa dió lugar a que de alguna manera se regularan las relaciones familiares en la historia; y así vemos que el matrimonio romano se sustentaba en dos principios:

1o. La unión de dos personas físicamente aptas, cuya finalidad era la de procrear hijos, que serían los continuadores del culto familiar.

2o. El matrimonio era el medio en virtud del cual se otorgaba la potestad; esto lo comprobamos con el hecho de que sólo los hijos que nacían de justae nuptiae, eran legítimos, y por lo tanto, disfrutaban de todos los derechos que otorgaba este acto.

"La potestad se acreditaba por medio del justum matrimonium - siendo el matrimonio legítimo ya que se celebraba conforme el Derecho Civil Romano" (4).

Cabe citar algunas formas mediante las cuales se celebraba el matrimonio:

a) Justae Nuptiae: El elemento primordial para celebrarlo era

(4) PETIT, Eugenio. Op.cit., pp. 103 y 104.

El ser ciudadano romano. Mediante esta forma, la mujer pasaba de su hogar - paterno al de su marido, tomando el rango y dignidad de él, adquiriendo éste el poder de manus sobre su esposa (como ya se ha mencionado anteriormente).

Estos caracteres se encuentran delimitados en la definición de Modestino: "Es la unión del hombre y la mujer implicando igualdad de condiciones y comunidad de derechos divinos y humanos" (5); esto era lo que llamaban comunicati divini.

Esta forma de matrimonio se perfeccionaba mediante la simple - manifestación del consentimiento.

Otro elemento necesario para la celebración de las justae nuptiae era el connubium o aptitud legal que otorgaba el derecho civil romano para poder contraer matrimonio.

b) El Contubernio: Esta forma de matrimonio era exclusiva de los esclavos entre sí, o bien, entre un esclavo y un liberto, esta unión no producía ningún efecto de derecho, debido a la condición que guardaba esta - clase social, ya que eran considerados como cosas.

c) El Matrimonio Sine Connubium: Que era el que celebraban

(5) IDEM.

un hombre y una mujer faltándole a alguno o a los dos, la calidad del nonnumbium. Lo celebraba el ciudadano romano con una liberta o peregrina, o bien, lo realizaban dos peregrinos.

d) Matrimonio Consensual: Se dá en la época de Justiniano; y en esta época representa el grado más alto de evolución; aquí el matrimonio se perfecciona por la simple manifestación libre de la voluntad.

En cuanto a la potestad de que se hallaba investido el padre, vino a menos, ya que tanto la mujer, como el hijo, tienen mayor libertad en relación a todos los actos de la vida.

e) Matrimonio Canónico: En la época de Justiniano, llega a su última etapa de desarrollo el matrimonio, en ella hace su aparición la Doctrina del Cristianismo, dentro del marco de las mismas costumbres de la época, pero esta doctrina, influye de manera directa y produce cambios radicales.

El respecto, nos atrevemos a copiar textualmente lo que el Maestro Kuri Breña relata en su obra:

"Apareció un nuevo concepto del hombre y su destino, se modificaron las instituciones jurídicas, políticas y sociales del mundo, para contener la enorme dignidad del hombre nuevo.

El cristianismo proporcionó al hombre: el amor a la verdadera vida y la esperanza de la resurrección final. Con el advenimiento del cristianismo, otro acontecimiento divino y humano, cambia también el signo de los tiempos; nace una institución universal para guardar y transmitir este mensaje: la Iglesia Católica, la más vieja de todas las instituciones, a pesar y sobre todos los cambios históricos, constituye un fermento de pureza y elevación de verdad y amor dentro de la gran masa de la humanidad, impidiendo que ésta degenerare o se corrompa totalmente.

La Iglesia ejerce un ministerio espiritual que abarca toda la vida del hombre. Está en el bautismo, en el matrimonio, en la niñez, en la adolescencia y en la vejez. Es instrumento que realiza su doctrina" (6).

Además de esta base que dá el cristianismo, su institución, la Iglesia, aumenta su poder y radio de acción, tomando y haciendo suyo el problema del matrimonio; y así, en la obra de Ripert y Boulanger, vemos que "lo que en sus orígenes sólo fue un poder disciplinario terminó por convertirse en un verdadero poder de legislación y jurisdicción. Puede admitirse que esta substitución del poder secular por la Iglesia, estaba consumada en el Siglo X, desde entonces y durante más de seiscientos años, la Iglesia fue la

(6) KURI BREÑA, Daniel. La Filosofía del Derecho en la Antigüedad Cristiana, Imprenta UNAM., Direcc. Gral. de Publicaciones, 3a. Edición, México, 1960, pp. 27 a 29.

única que juzgó las causas matrimoniales" (7).

El maestro Rojina Villegas, al respecto establece que "mientras tanto la Iglesia, avanzando en esta dirección, se atribuye el conocimiento de las causas matrimoniales, afirma la exclusiva competencia de los tribunales eclesiásticos, para dirimir las cuestiones matrimoniales, fijando los oportunos cánones, los requisitos, los impedimentos, la forma de celebración, la nulidad del matrimonio" (8).

Así pues, el matrimonio que se celebraba en esa época, se realizaba sin ninguna formalidad; claro que había una ceremonia nupcial, con ciertas festividades, a lo cual los cristianos habían adquirido como costumbre, que algún sacerdote bendijera su unión y el matrimonio se consideraba válido, por la simple manifestación de la voluntad de quererse unir en matrimonio.

La Iglesia consideraba que la bendición era la confirmación eclesiástica (elemento no esencial).

La religión cristiana vino a darle una nueva fisonomía a este -

(7) RIPERT Y BOULANGER. Derecho Civil de las Personas, Tomo II, Volumen I, Editorial La Ley, Argentina, 1970, pág. 170.

(8) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano, Tomo II, Volumen I, Antigua Librería Robredo, México, 1959, pp. 247 y 248.

acto y en base a estos principios, la Iglesia inicia la legislación tendiente a regular el matrimonio.

Y es así, como este acto pasa a la categoría de "sacramento solemne cuyos ministros son los propios esposos, siendo el sacerdote un testigo autorizado por la Iglesia; la unión de los esposos es la imagen de una - unión de Cristo con la Iglesia, y como ésta, indisoluble" (9).

Aún con todas las prevenciones que adoptó la Iglesia, en su - gran mayoría los fieles, seguían renuentes a observar las prescripciones con respecto a la celebración del matrimonio; y es así como la Iglesia, en un - afán por recobrar el poder secular, se preocupa por celebrar tratados con la intención de resolver el problema y al respecto se crea en 1563 el Concilio de Trento, en este canon se establecieron las siguientes reglas: "que las - publicaciones deben hacerse antes de la celebración del matrimonio; segunda, por el párroco de los esposos; tercera, durante la celebración de la misma; cuarta, durante tres días sin interrupción y pronunciando los nombres de los contrayentes" (10).

En 1579, la actividad de las autoridades seculares, era de to-

(9) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil, Tomo I, 17a. Edición, Porrúa, S.A., México, 1980, pág.280.

(10) RIPERT Y BOULANGER. Ob.cit., pág. 171.

lerancia por la actividad de la Iglesia pues habfan dejado el conocimiento - del matrimonio en ella; así en Francia, el rey aceptó las prescripciones que habfa establecido la Iglesia, y por medio de ordenanzas, establece que el matrimonio debe celebrarse ante el cura de la parroquia, posteriormente de las amonestaciones y en presencia, por lo menos de cuatro testigos dignos de fé; todo bajo las sanciones impuestas en los cánones.

Dentro de éstas ordenanzas se puede ver claramente, que la autoridad que decidfa sobre asuntos matrimoniales, era la eclesiástica, y que era la que declaraba nulos los matrimonios que no fueran solemnes o fueran clan - destinos, y sólo que la misma Iglesia le diera la facultad a la secular, ésta posfa conocer de la nulidad.

Como es ya de notarse, al paso del tiempo, la Iglesia fue ad - quiriendo mucho poder representando esto un peligro para el Estado, y es así como en 1789, cuando estalla la Revolución Francesa, se dió un gran paso en - materia de lo familiar, ya que al matrimonio se le quitó el carácter de reli - gioso y lo concepta como "un contrato el cual se consideraba como la simple manifestación del consentimiento" (11).

El producto de la Revolución Francesa, entre otros, fue la rati

(11) GUITRON FUENTEVILLA, Julián. Derecho Familiar, Editorial Gama, S.A., - México, 1972, pág. 55.

ficación del Código Civil, en menor grado la disolución matrimonial a través del divorcio, basado en la secularización que se hizo del matrimonio. Se debe a Napoleón Bonaparte la amplia reglamentación sobre la familia, sin embargo, respecto a los hijos naturales y adelantandonos un poco al tema del concubinato, afirmaba " El Estado no tiene necesidad de bastardos".

Asímismo , estableció "una autoridad marital absoluta, confirmando la incapacidad de la mujer, respecto al manejo de los bienes. Tomaron del Derecho Canónico las obligaciones de fidelidad, protección, ayuda mutua, etc., que se debían ambos cónyuges, negándose a demás a la mujer, el derecho a la sucesión intestamentaria" (12).

Cabe hacer mención que el Código Napoleónico reprodujo la definición que Portalis dió del matrimonio: "es la sociedad del hombre y la mujer que se unen para perpetuar la especie, para ayudarse mutuamente a llevar el peso de la vida y para compartir su común destino" (13).

Respecto de esta definición, el maestro Galindo Garfias dice: "lo esencial en el matrimonio desde el punto de vista jurídico, radica en - que através de él, la familia como grupo social, encuentra adecuada organiza

(12) GUITRON FUENTEVEILLA, Julián. Ob.cit., pág. 58.

(13) GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil, 4a. Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1980, pág. 472.

ción seguridad y certeza de las relaciones entre los consortes, la situación y estado de los hijos, de sus bienes y derechos familiares" (14).

1.1 Antecedentes del concubinato

El concubinato se admitió en Roma, a la par que las justae nuptiae (Gayo sólo menciona al matrimonio como fuente de la patria potestad).

Su régimen legal no tenía diferencias substanciales con el matrimonio legítimo, tanto más cuando que el usus de más de un año, era una forma de casamiento.

Sólomente estaba permitido entre púberes no parientes en grado prohibido y no se podía tener más de una concubina, ni podían tenerla los casados.

Así pues en Roma, el concubinato era la unión del hombre y la mujer libres, que no estaban casados y, sin embargo, viven juntos como si lo estuvieran.

El concubinato como institución debe su nombre a la Ley Julia

(14) IDEM.

de Adulteris, dictada por Augusto en el año 9 Después de Jesucristo, y para esta ley, el concubinato era un hecho ajeno a toda previsión legal, y la mujer que integraba la unión irregular, se llamaba pellex. Más adelante, con el paso del tiempo, recibió el nombre de concubina, juzgado como más honorable que el de pellex, reservado en adelante para la mujer que tenía comercio con un hombre casado.

Se puede afirmar, que las justae nuptiae y el concubinato, eran dos formas matrimoniales que tenían los siguientes elementos comunes:

- a) Se trata de uniones duraderas y monogámicas de un hombre con una mujer.
- b) Los sujetos tienen la intención de procrear hijos y apoyarse mutuamente en los lances y peripecias de la vida.
- c) Ambas formas son respetadas socialmente y para ninguna de ellas se exigían formalidades jurídicas o intervención estatal alguna; estas antiguas uniones fueron "vivas", no celebradas en forma jurídica y por lo tanto, tenían muy pocas consecuencias jurídicas.

"Los emperadores cristianos combatieron el concubinato y procuraron que los concubinarios concertasen la justae nuptiae. Sin embargo, subsistió como una institución legal y fue admitido por la Iglesia, que en el Concilio de Toledo (año 400 D.J.C.), prohibió en su Canon IV la posesión de -

esposa y concubina" (15).

En principio el concubinato, estaba permitido en las mujeres ma
numitidas con baja reputación y las esclavas. Pero una mujer honesta podía -
también descender al rango de concubina; en este caso, era preciso una decla
ración expresa y la mujer honesta, pasaba a convertirse en concubina.

En cuanto al régimen en sí, tenía notorias semejanzas con el ma
trimonio legítimo (justum matrimonium); así el concubinato, suponía la ha-
bilidad sexual y excluye la posibilidad de mantener relaciones con más de una
concubina, como igualmente que un hombre casado pueda, además, vivir en concu
binato.

La permanencia de las relaciones y la exclusividad del concubi-
nato, daban una apariencia de matrimonio legal que solía ser causa de error en
los contratantes; la jurisprudencia debió elaborar todo un sistema de presun
ción de dote, la presunción debía de ser a favor de la existencia de un matri
monio, siendo como era la concubina uxos gratuita, es decir, sin aporte de -
bienes.

(15) ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. Tomo XXIII, Bibliografía del Libro, Edito
rial Omeba, Industrias Gráficas del Libro, S.R.L., -
Argentina, 1979, pp. 616 y 617.

La existencia de affectio maritalis, era la que marcaba la diferencia entre el matrimonio legítimo y el concubinato; y así tenemos, por ejemplo, algo muy marcado que definía la distinción: que la mujer que se consideraba honesta aún cuando careciera de dote, se presumía favorablemente al matrimonio; en cambio, a la que se le consideraba deshonesto, se calificaba su unión como un concubinato. Es así, como se le consideraba una unión inferior, sin categoría social, pero regular por encima del desorden lícito (según la expresión de algunos autores), en donde la mujer no tiene la jerarquía del hombre, no es su igual, es su inferior, ya que habitualmente el romano tomaba por concubina a una mujer sin honradez, indigna de ser su esposa una manumitida o una ingenua de baja extracción.

En la época de Justiniano, se le concedió la vocación a la concubina en cuestiones referentes a la sucesión ab-intestato.

En cuanto a su posición en la familia, la mujer no era elevada a la condición social del marido; los hijos de la concubina, son sus cognados y quedan fuera de la familia del padre, hasta la Constitución promulgada por Constantino que modifica el estado de cosas imperantes. Los hijos nacidos del concubinato, a partir de entonces, tenía un padre legalmente declarado y se encontraban ligados por un lazo de parentesco natural.

El padre pudo adquirir la patria potestad sobre sus hijos y darles, mediante la legitimación, la calidad de hijos legítimos. También en lo referente a los hijos nacidos del concubinato, les concedió un derecho a

sucesión legítima en los bienes del padre; y además, invocando su calidad, tenían derecho a exigir del padre alimentos.

"La legitimación de los hijos podía producirse por matrimonio subsiguiente de los padres; ofreciendo el hijo varón a la curi de su edad natal o casando a la hija mujer con un decurión o directamente por rescripto del Príncipe" (16).

El concubinato duró en Roma el tiempo necesario como para fortalecer en un principio, los lazos de unión entre los diversos grupos sociales que se encontraban en total disonancia, fue lo suficiente como para poder destruir moralmente la sociedad más grande y poderosa que ha tenido la humanidad en sus leyes, en su política, en su cultura y por qué no decirlo, en su poderío geográfico e histórico militar.

La historia de la familia romana, fue de tal importancia en la vida política del hombre, del ciudadano romano que hizo que las diversas características que pueda tener ella, tuviesen asimismo, la forma de una acción permanente y un dinamismo tal, que variaba la doctrina y la jurisprudencia de acuerdo con los principios de la ética y de la moral reinante en aquél entonces.

(16) IDEM.

La realidad familiar romana llegó a su punto culminante, cuando ésta soció - el sentimiento del amor con la economía, con el único fin de enriquecer al - clan.

En el último estrato social, la de los libertos o manumitidos, existían otros conceptos diferentes, el concubinato era considerado como un casamiento de hecho (usus).

En cuanto se refiere a los esclavos, el concubinato era la única forma posible de contraer matrimonio; se puede observar por lo tanto, que el concubinato llegó a tener una vital importancia en todos los estratos sociales del Imperio Romano. Esta fue una de las razones principales por las que en Roma, el debilitamiento llegó al extremo máximo, cuando al final de - la República, el concubinato se hizo general, en tanto que el matrimonio le - gal se hizo casual; así la Roma de Oro Política, cayó en decadencia moral.

Durante la época Medieval en España, este tipo de uniones sexuales permanentes entre el hombre y la mujer no ligadas - por matrimonio, fueron objeto de cierta regulación jurídica que se le cono - ció con el nombre de barraganfa. Las Siete Partidas, que tuvieron carácter de Derecho Vigente en México hasta la expedición del código civil de 1870, - en la Cuarta Partida, consagran todo un título llamado "De las otras mujeres que no son de bendiciones". Esta Legislación autoriza a los solteros a te - ner, según lo describe en su libro el maestro Galindo Garfias, barraganfa - "siempre que pueda casar con ella si quisiere" (17).

En Francia, dado los problemas que se derivaban del concubinato, en cuanto a los intereses de la concubina y los hijos, en el Código de Napoleón, se vieron precisados, mediante jurisprudencia a resolver estas situaciones.

Si para los preceptos de la ley el concubinato en Francia, fue un simple hecho material incapaz de producir efectos de derecho, las sentencias de los tribunales no pudieron cerrar los ojos ante la realidad que se impone a las prescripciones del legislador y los jueces, tuvieron que reconocer algunos efectos de derecho producidos por tal situación de hecho.

En nuestro país, como en muchos más, "existen quienes ven el concubinato como una afrenta a las buenas costumbres, un ataque a la familia o la licitud de su conformación, e invocan, con más alta razón, la moral lesionada. Así también, quienes propugnan su defensa, entienden en cambio, que es inmoral desconocer validez a las obligaciones o acción a los derechos que sean la consecuencia del concubinato, aún de modo indirecto y que se sirva de esta manera a intereses que a su vez serían ilegítimos" (18).

(17) GALINDO GARFIAS, Ignacio. Op.cit., pág. 481

(18) ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. Ob.cit., pág. 616.

2. Regulación Jurídica en el Derecho Positivo Mexicano

Como es ya de saberse, el derecho tiene que regular la vida humana, ya sea como una actividad política, económica, penal, social, de trabajo, etc.; y en todo esto hay un derecho de poder, una realidad palpable, - que es la que hace nacer ese derecho, este hecho es el poder o hecho constituyente.

En todos los ámbitos de la vida, encontramos un sinnúmero de - valores, de criterios axiológicos; y éstos, son los que sirven de principio para las normas jurídicas que pueden ser (desde el punto de vista que se midan): normas jurídicas justas y normas jurídicas injustas (cuando van en - contra de los principios).

El derecho regula al matrimonio como un todo y sus normas persiguen la misma finalidad, la de constituir una familia entre los consortes y realizar un estado de vida duradera entre los mismos; es decir, el derecho positivo lo considera como una institución jurídica.

Sin embargo, el derecho no regula al matrimonio en su totalidad, prueba de esto es que el concubinato (que se le considera como una forma de matrimonio, aunque no de derecho sí de hecho), no tiene su regulación especial en el código civil mexicano, sino sólo una que otra referencia.

Al respecto, el maestro Rafael de Pina nos dice que de acuerdo

con Bonnacasse "el matrimonio no puede ser otra cosa que una institución formada de un conjunto de reglas de derecho, esencialmente imperativas, cuyo objeto, es dar a la unión de los sexos y por lo mismo a la familia, una organización social y moral, que a la vez corresponden a las aspiraciones del momento y a la naturaleza permanente del hombre, como también a las directrices que en todos los dominios proporcionan la noción de Derecho" (19)..

Recordando un poco al Derecho Civil, diremos que las modalidades del contrato son: el término y la condición.

El término es un acto futuro de realización cierta, es decir, que se tiene que cumplir forzosamente.

La condición es un acto futuro de realización incierta, es decir, la realización de un acto depende de que en el futuro se dé o no cierto fenómeno.

Por tal motivo, se puede considerar al matrimonio, como un acto jurídico condición, ya que su realización no va a estar supeditada a un acontecimiento futuro, que no se tenga la certeza de que va a suceder.

(19) DE PINA, Rafael.

Elementos de Derecho Civil Mexicano, Introducción Personas-Familia, Editorial Porrúa, S.A., México, 1980, pp. 315 a 320.

Y así, hay autores como León Duguit, comentado por el maestro - Rafael Rojina Villegas en su obra, que lo consideran como un acto jurídico - condición al decir que: "por virtud del matrimonio, se condiciona la aplicación de un estatuto que vendrá a regir la vida de los consortes en forma permanente, es decir, un sistema de derecho en su totalidad es puesto en movimiento por virtud de un acto jurídico que permite la realización constante de consecuencias múltiples y la creación de situaciones jurídicas" (20).

El maestro De Pina, apoyando a León Duguit afirma que "en el Derecho Privado, las situaciones objetivas nacidas a consecuencia de estos actos, son muy numerosas", posteriormente continúa diciendo, "no es este acto el que dá nacimiento a la situación que aparece enseguida de él; ella es creada y regulada por la ley, pero la aplicación de ésta se encuentra subordinada a la del matrimonio" (21).

El matrimonio es un acto jurídico mixto, debido a que para constituirse requiere del consentimiento, tanto de los consortes, como del oficial (juez) del Registro Civil.

(20) ROJINA VILLEGAS Rafael. Derecho Civil Mexicano, Tomo II, Volúmen I, Derecho de Familia, Antigua Librería Robredo, México, 1959, pág. 282.

(21) DE PINA, Rafael. Op.cit., pág. 320.

También se le ha considerado al matrimonio como un contrato ordinario, a partir de la secularización de la Iglesia y el Estado, en el cual existen todos los elementos esenciales de validez que debe tener todo contrato (más adelante en el punto número tres de este capítulo, hablaremos detalladamente sobre este tema).

El matrimonio viene a constituir un nuevo estado civil entre los consortes, pues crea para ellos, una situación jurídica permanente que origina nuevas consecuencias de derecho.

Es también constituido "mediante un acto de un órgano estatal-administrativo o judicial, que crea entre los contrayentes una relación jurídica de tipo permanente que no encaja exactamente en la figura del contrato civil" (22).

Así pues, para el derecho positivo mexicano, "el matrimonio es la unión legal de un sólo hombre con una sólo mujer para perpetuar la especie, vivir en común y prestarse ayuda mutua asistencia en todas las circunstancias de la vida" (23).

(22) DE PINA, Rafael. Op.cit., pág. 315.

(23) SOTO PEREZ, Ricardo. Nociones de Derecho Positivo Mexicano, Editorial

A pesar de que en nuestro Código Civil no encontramos una definición clara y precisa de lo que es el matrimonio; sin embargo, diferentes artículos lo consideran como un contrato; y así vemos por ejemplo que:

En el artículo 146o. se contemplan las formalidades para contraer matrimonio, ya que textualmente nos dice: "El matrimonio debe celebrarse ante los funcionarios que establece la ley y con las formalidades que ella exige.

En el artículo 156o. se hace mención a los impedimentos para celebrarse el matrimonio y al respecto dice: "Son impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio: I. La falta de edad requerida por la ley cuando no haya sido dispensada; II. La falta de consentimiento del que, o los que, ejerzan la patria potestad, el tutor o el juez en sus respectivos casos; III. El parentesco de consanguinidad legítima o natural, sin limitación de grado en la línea colateral igual, el impedimento se extiende a los hermanos y medios hermanos. En la colateral desigual, el impedimento se extiende solamente a los tíos y sobrinos, siempre que estén en el tercer grado y no hayan obtenido dispensa; IV. El parentesco de afinidad en línea recta, sin limitación alguna; V. El adulterio habido entre las personas que pretendan contraer matrimonio, cuando ese adulterio haya sido judicialmente comprobado; VI El atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre; VII La fuerza o miedo graves. En caso de rapto, subsiste el impedimento entre el raptor y la raptada

mientras ésta no sea restituida a lugar seguro, donde libremente pueda manifestar su voluntad; VIII. La embriaguez habitual, la morfinomanía, la etero^umanía y el uso indebido y persistente de las demás drogas enervantes. La -
impotencia incurable para la cópula; la sífilis, la locura y las enfermeda -
des crónicas e incurables, que sean, además, contagiosas o hereditarias; -
IX. El idiotismo y la imbecilidad; X. El matrimonio subsistente con perso -
na distinta de aquella con quien se pretenda contraer. De estos impedimen -
tos sólo son dispensables la falta de edad y el parentesco de consanguinidad
en línea colateral desigual".

El artículo 178o. que nos indica cómo debe celebrarse el ma -
trimonio, y al texto dice: "El contrato de matrimonio debe celebrarse bajo
el régimen de sociedad conyugal o bajo el de separación de bienes".

Resultaría redundante que al tratar de hablar sobre el concubi -
nato, volvieramos a mencionar parte de sus antecedentes, únicamente nos res -
ta decir, que en la historia, desde el momento en que fue reconocido; es de -
cir, desde su desarrollo hasta nuestros días, la latitud en que se le apre -
cia, confina siempre con posturas extremas que van, desde la repulsa que le
niega toda posibilidad de ingreso al orden jurídico, hasta las que lo acogen
para acordarle un reconocimiento que tiene las apariencias de una rehabilita -
ción.

Las posiciones o posturas ya mencionadas, se apoyan no obstan -
te, casi en un mismo fundamento: la moral.

La moral preside así hondamente, el sentido del concubinato, - a pesar de todo, siempre va unida al concubinato, no obstante que la moral - misma se corresponde con cada época o con cada país y así también (como consecuencia), con cada cultura.

El concubinato presenta un antiguo abolengo jurídico; en la - actualidad en nuestro derecho positivo mexicano, no nos referimos a aquella unión meramente accidental u ocasional, sino aquélla que ofrece los caracteres de la vida más o menos permanente y que al constituirse, forman un núcleo familiar, revistiendo la estabilidad y características del matrimonio; aunque existe entre los conceptos de matrimonio y concubinato, una separación perfectamente definida (como ya se ha indicado y se seguirá diferenciando en el transcurso de este trabajo de tesis), pero que a juicio de muchos y el nuestro, el concubinato representa hoy en día una amenaza para los que - van de acuerdo con el matrimonio.

Volviendo al tema de la moral, varios autores difieren respecto de que si es conveniente aceptar o no la figura del concubinato; y así tenemos, por ejemplo la opinión del autor mexicano Antonio de Ibarrola que nos afirma: "nuestra civilización cristiana de una civilización moral: pretende un orden moral y se niega a aceptar los hechos contrarios a ese orden, - por numerosos y manifiestos que sean. Es decir, no se pueden aceptar componendas con la inmoralidad. Desde hace mucho tiempo, periodistas y publicistas protestan contra la marcada infamia con que señalan al concubinato tanto el derecho como las costumbres, desearían la regularización de las uniones -

libres. Defienden así a las concubinas honestas.

Deja así el matrimonio de ser la única forma de acción conforme a la moral. Se le añade un concubinato honorable y se vé en él un matrimonio de hecho que viene a ser fuente de derecho.

El concubinato desprecisa la característica esencial del hombre, ser dotado de razón, cuya grandeza está en vivir según la razón dominando los sentidos" (24).

Al respecto también el maestro Manuel Chávez Asencio, opina: "el concubinato es un hecho voluntario del hombre, ilícito desde el punto de vista de la forma legal, de constituir una familia es el matrimonio, pero - que genera una serie de derechos, obligaciones y deberes familiares, entre - los concubinarios y en relación a los hijos" (25).

El concubinato en la actualidad, ha obtenido un alcance jurídico, puesto que sus efectos y consecuencias jurídicas, dependen de los alcances que el derecho positivo le otorga.

(24) DE IBARROLA, Antonio. Derecho de Familia, 2a. Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1981, pp. 140, 192 y 302.

(25) CHAVEZ ASENCIO, Manuel. Ob.cit., pág. 237.

En nuestro Código Civil vigente, en su exposición de motivos - dice: "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.

El cambio de las condiciones sociales de la vida moderna, impone la necesidad de renovar la legislación y el Derecho Civil, que forma parte de ella, no puede permanecer ajeno al colosal movimiento de transformación que las sociedades experimentan" (26).

Como es ya de notarse, nuestra exposición de motivos, se inspiró en legislaciones extranjeras y en cuanto se refiere al problema del concubinato se expresa de la siguiente manera:

"Hay entre nosotros, sobre todo en las clases populares, una manera peculiar de formar la familia: el concubinato. Hasta ahora se habían quedado al margen de la ley los que en tal estado vivían; pero el legislador no debe cerrar los ojos para no darse cuenta de un modo de ser muy generalizado en algunas clases sociales, y por eso, en el proyecto se reconoce que produce algunos efectos jurídicos el concubinato, ya en bien de los hijos, ya en favor de la concubina, que al mismo tiempo es madre, y que ha -

(26) CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES, 54a. Edición, - Editorial Porrúa, S.A., México, 1986, pp.8 y 9.

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" (27).

Como podemos ver, nuestro actual código civil, ampara al concubinato y le otorga determinados efectos; más sin embargo, sería prudente - que no afectara la estabilidad del matrimonio; y para este fin, se tendría - que resolver hasta qué punto la medida de protección debe realizarse.

El legislador tuvo como propósito distinguir del concubinato - la unión transitoria; pero de una manera muy vaga nos expresa en el artículo 1635o. del código civil, cuáles son los elementos que debe reunir la concubina para recurrir a la sucesión, entre ellos condiciona que "hayan vivido juntos como si fueran cónyuges 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 ..." .

Nuestra legislación no ha llegado a precisar el concepto de -

(27) CODIGO CIVIL, artículo 1635o.

concubinato; es necesario distinguirlo del concepto vulgar que lo define como una unión transitoria.

3. Derechos y Obligaciones que nacen de estas Instituciones

En el matrimonio, tanto para los cónyuges, como para los hijos, surgen derechos y obligaciones o deberes; estas obligaciones, tienen un gran contenido moral y religioso y se refieren al Derecho de Familia.

Al respecto Planiol y Ripert nos dicen que: "el matrimonio - crea para cada uno de ellos (de los esposos), deberes morales. Estos deberes no han sido transformados en obligaciones legales, sino en la medida posible para asegurar su sanción. Por esta razón, no se ha podido considerar el amor conyugal como una obligación legal" (28).

Primeramente trataremos el tema de los derechos y obligaciones de los cónyuges; y así nos atrevemos a retomar lo que en su obra clasifica el maestro Rojina Villegas:

- a) El derecho a la relación sexual, con el débito carnal correspondien-

(28) GALINDO GARFIAS, Ignacio. Ob.cit., pág. 543.

te.

- b) El derecho a la fidelidad, con el deber correlativo impuesto a cada uno de los esposos.
- c) El derecho a la vida en común, con el deber correlativo de la cohabitación.
- d) El derecho y obligación de alimentos, con la facultad de exigir "asistencia y ayuda mutua" (29).

En el Código Civil vigente, se hace referencia a la perpetuación de la especie en el artículo 147o. que prohíbe toda condición contraria a ellas; y también el artículo 162o. que consagra el derecho a la paternidad responsable y que al texto dice: "Cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges, se tendrá por no puesta".

El deber del débito carnal, está comprendido dentro del amor conyugal; es un deber permanente entre iguales y por lo tanto, complementario, que exige por reciprocidad intransmisible, irrenunciable e intransigible.

(29) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Ob.cit., pág. 319.

Así pues, el maestro Chavez Asencio nos dice: "en el matrimonio el varón y la mujer hábiles por el legítimo consentimiento, se entregan mutua potestad sobre sus cuerpos para los actos conyugales" (30).

En el deber de fidelidad impuesto jurídicamente a los consortes, se encuentran principios de orden ético como son: el de preservar la moralidad del grupo familiar, proteger a la familia monogámica; y en cuanto al terreno religioso, tenemos como ejemplo al Cristianismo, que funda a la familia en la constitución de la pareja formada por un sólo hombre y una sola mujer.

En nuestro código civil vigente, no se hace referencia tan precisa, pero incorpora dentro de su legislación, la necesidad de fidelidad entre los cónyuges, consecuencia ineludible del carácter monogámico asignado a éste, por la mayor parte de los países del mundo.

En el artículo 163o. de nuestro código civil, queda plasmado el derecho a exigir una vida en común, con el deber de habitar en el mismo domicilio conyugal; éste es indiscutiblemente, el más importante de los deberes numerados anteriormente, dado que sólo a través de él, puede existir la posibilidad física y espiritual de cumplir los fines del matrimonio.

(30) CHAVEZ ASENCIO, Manuel. Ob. cit., pág. 350.

En cuanto al derecho y la obligación de alimento, con la facultad de exigir la asistencia y ayuda mutua, Chávez Asencio textualmente nos dice: "entendemos que no son similares los términos de ayuda y socorro mutuo, pues cada uno tiene su condición u orientación. La ayuda mutua hace referencia más bien al aspecto económico, lo relativo a los alimentos, administración de bienes, etc., y el socorro hace referencia a la asistencia recíproca en casos de enfermedades, auxilio espiritual, ayuda en la vejez y, combinados ambos, lograr la comunidad conyugal" (31).

En cuanto al estudio de los efectos del matrimonio respecto a los hijos, se deben apreciar desde tres puntos de vista:

- a) para atribuirles la calidad de hijos legítimos.
- b) para legitimar a los hijos naturales por el subsecuente matrimonio de sus padres.
- c) para originar la certeza en cuanto al ejercicio de los derechos y obligaciones que impone la patria potestad.

El artículo 324 del código mencionado, dispone que: "... se presumen hijos de los cónyuges:

(31) CHAVEZ ASENCIO, Manuel. Op.cit., pág. 358.

- I Los hijos nacidos después de 180 días contados desde la celebración del matrimonio.

- II Los nacidos dentro de los 360 días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga éste de la nulidad del contrato, de la muerte del marido o de divorcio. Este término contará en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial ...".

Los artículos 354 y 359 regulan lo siguiente:

Artículo 354 "El matrimonio subsecuente de los padres hace que se tenga como nacidos de matrimonio a los hijos habidos antes de su celebración".

Artículo 359 "Pueden gozar también de ese derecho los hijos no nacidos, si el padre al casarse declara que reconoce al hijo de quien la mujer está encinta, o que lo reconoce si aquélla estuviere encinta".

En nuestra legislación el matrimonio no atribuye efectos en cuanto a la patria potestad, puéstos existen independientemente del mismo, en favor y a cargo de los padres y abuelos sen legítimos o naturales; motivo por el cual nuestro código civil, al regular la patria potestad, no toma en cuenta la calidad del hijo legítimo o natural, sino que confiere ese poder al padre y a la madre, a los abuelos paternos y maternos, según en el

orden enunciado en el artículo 420o. " Solamente por falta o impedimento de todos los llamados preferentemente entrarán al ejercicio de la patria potestad los que sigan en el orden establecido en los artículos anteriores. Si sólo faltare alguna de las personas a quienes corresponde ejercer la patria potestad, la que quede continuará en el ejercicio de ese derecho".

Cabe aclarar, que el legislador de 1928, con amplio criterio se dió cuenta de la gran importancia y arraigo que entre las clases más débiles tiene el concubinato; y tomando en cuenta el desamparo en el que se encontraban tanto la concubina, como los hijos producto del concubinato, incluyó dentro de la legislación civil, normas que tendían a remediar esta situación, que no por encontrarse al margen del derecho, carecían de importancia.

Como ya lo hemos mencionado también, en nuestro código civil actual, no se encuentra definido precisamente el concepto de concubinato, pero en sus siguientes reglamentaciones lo reconoce; y así tenemos como ejemplo el artículo 383o. que nos dice:

"Se presumen hijos del concubinario y de la concubina:

- I Los nacidos después de 180 días contados desde que comenzó el concubinato.
- II Los nacidos dentro de los 360 días siguientes al en que cesó la vida común entre la concubina y el concubinario".

Es así como a nuestra manera de ver, se puede decir que existen derechos y obligaciones entre los concubinarios como son:

1) Que la unión entre el hombre y la mujer, tenga una duración continua y permanente; al respecto, los artículos 1368o. V fracción y 1635o. del código civil mencionado, determinan una duración de cinco años como mínimo, más sin embargo, dicho tiempo se reduce, cuando los concubinos tienen hijos.

2) Que la unión tenga la apariencia de matrimonio, es decir, los concubinos deben vivir como si realmente estuvieran casados (hacer vida marital).

3) Que ambos concubinos se encuentren libres de matrimonio, ya que en el supuesto de que alguno de ellos se encuentre casado, la figura del concubinato desaparece para convertirse en adulterio.

4) Que los concubinos se encuentren en aptitud legal para contraer matrimonio, no deben tener impedimento alguno que se oponga a la conversión del concubinato en matrimonio.

5) En cuanto a la obligación de dar alimentos a la concubina y en determinados casos al concubinario, no existe disposición alguna que exprese en forma absoluta esta obligación.

En donde es notoria la voluntad del legislador de reglamentar obligaciones principalmente respecto de la concubina, es en la parte relativa a las sucesiones; y así tenemos como ejemplo los siguientes artículos - que al texto dicen:

Artículo 1368o. V fracción: "El testador debe dejar alimentos a las personas que se mencionan en las fracciones siguientes: V. A la persona con quien el testador vivió como si fuera su cónyuge durante - los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o con quien tuvo - hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el - concubinato y que el superviviente esté impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes. Este derecho sólo subsistirá mientras la persona de que se trate no contraiga nupcias y observe buena conducta. Si fueran varias las - personas con quien el testador vivió como si fueran su cónyuge, ninguna de - ellas tendrá derecho a alimentos...."

Artículo 1374o. "Es inoficioso el testamento en que no se deje la pensión alimenticia, según lo establecido en este capítulo."

Artículo 1602o. "Tienen derecho a heredar por sucesión legítima: I. Los descendientes, cónyuges, ascendientes, parientes colaterales dentro del cuarto grado y la concubina o el concubinario, si se satisfacen en este caso los requisitos señalados en el artículo 1635o."

Artículo 1635o. La concubina y el concubinario tienen derecho

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

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

En cuanto a los derechos y obligaciones de los hijos nacidos dentro del concubinato, consideramos que de hecho son algo parecido a la de los hijos legítimos, pero todavía resulta injusto ya que no siempre quedan favorecidos; y así tenemos que:

- a) Reconocer la calidad de hijos naturales ya sea por derecho de la concubina, o bien, comprobando la paternidad del concubinario ya que como se dijo anteriormente, los concubinos viven como si fueran esposos y ante la sociedad es muy fácil de comprobarse (artículo 360o.).
- b) En cuanto al derecho de alimentos, tenemos como ejemplo el artículo 389o. fracción II: "El hijo reconocido por el padre, por la madre o por ambos tiene derecho: ...II. A ser alimentado por las personas que lo reconozcan...".

- c) Cuando se trate de heredar mediante sucesión legítima, como lo menciona nuestro código civil en sus artículos 1624o., 1625o. y la fracción I del artículo 1635o.

En nuestro derecho el matrimonio no atribuye efectos en cuanto a la patria potestad, como ya se ha dicho anteriormente, es por eso que de nueva cuenta mencionaremos al artículo 420o. del mismo ordenamiento ya que aquí no existe distinción alguna entre hijos naturales e hijos legítimos.

Como un punta de vista muy personal y para finalizar con esta parte del capítulo, es de considerarse que la ley debe dar una especial protección a la familia sin distinción de ninguna especie, y dicha protección debe darse con mayor razón a la familia natural, toda vez que desde su nacimiento se encuentra con un sinnúmero de trabas y prejuicios, los cuales a veces llegan a degenerar seriamente, como podrían ser los hijos con complejos o traumas.

Por lo tanto, es preciso que el legislador dite en lo conducente, a efecto de que los hijos nacidos en concubinato, adquieran los mismos de rechos que los legítimos.

4. Diferencias entre Matrimonio y Concubinato

Se distingue el matrimonio del concubinato, en que el primero -

en que el primero produce efectos jurídicos, derechos y obligaciones, facultades y deberes tanto entre los cónyuges y con relación a los hijos, dá lugar al parentesco por afinidad y se proyecta sobre los bienes de ambos cónyuges. En tanto que los efectos del concubinato, reconocidos por la ley, son limitados.

El matrimonio es un acto y un estado que el derecho sanciona y protege plenamente.

En cuanto a su disolución, la diferencia estriba en que:

El matrimonio se tiene que tramitar ante el órgano del poder público la disolución del vínculo matrimonial, y éste por medio de su representante oficial debe de pronunciar el divorcio después de que ha sido probada la existencia de algunas de las causales establecidas en el artículo 267o. del código civil, que hacen imposible la vida conyugal; y que a petición de los cónyuges o de alguno de ellos el divorcio se puede tramitar según su clasificación en forma voluntaria o necesaria. Y así, el maestro Soto Pérez nos comenta: "El Divorcio puede ser: voluntario o necesario.

El divorcio voluntario. tiene lugar cuando ambos cónyuges están de acuerdo para pedir la disolución del matrimonio, cuando la voluntad de separarse es común a ambos.

El divorcio necesario (o con causa), supone que uno de los es

posos desea la disolución del matrimonio, fundándose en alguna de las causas numeradas por las diez y seis primeras fracciones del artículo 267o. del Código Civil y que el otro se opone a ello" (33).

Dichas causales son:

- I. El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges.
- II. El hecho de que la mujer dé a luz, durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse este contrato y que judicialmente sea declarado ilegítimo;
- III. La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el mismo marido la haya hecho directamente sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquiera remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer;
- IV. La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal;
- V. Los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción;
- VI. Pader sífilis, tuberculosis o cualquiera otra enfermedad crónica o

(33) SOTO PEREZ, Ricardo. Nociones de Derecho Positivo Mexicano, 17a. Edición, Esfinge, S.A. de C.V., México, 1988, pág. 146.

incurable, que sea, además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio;

VII. Padecer enajenación mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge demente;

VIII. La separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada.

IX. La separación del hogar conyugal originada por una causa que sea bastante para pedir el divorcio, si se prolonga por más de un año sin que el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio;

X. La declaración de ausencia legalmente hecha, o la de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga que proceda la declaración de ausencia;

XI. La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro;

XII. La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el artículo 164, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendientes a su cumplimiento, así como el incumplimiento, sin justa causa, por alguno de los cónyuges, de la sentencia ejecutoriada en el caso del artículo 168;

- XIII. La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor a dos años de prisión;
- XIV. Haber cometido uno de los cónyuges un delito que no sea político, - pero que sea infamante, por el cual tenga que sufrir una pena de - prisión mayor de dos años;
- XV. Los hábitos de juego o de embriaguez o el uso indebido y persistente de drogas enervantes, cuando amenazan causar la ruina de la familia o constituyen un continuo motivo de desavenencia conyugal;
- XVI. Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro un acto que sería punible si se tratara de persona extraña, siempre que tal acto tenga señalada en la ley una pena que pase de un año de prisión;
- XVII. El mutuo consentimiento.
- XVIII. La separación de los cónyuges por más de dos años independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos.

Con respecto al concubinato, se presenta la situación de que - puede ser disuelto en cualquier momento por voluntad de cualquiera de los -

concubinarios "sin que el derecho intervenga o deba intervenir para procurar el mantenimiento de esa situación de hecho, cuya solidez y permanencia es jurídicamente indiferente y queda abandonada a la sola voluntad de los concubinarios" (34).

En cuanto a las sucesiones hereditarias: En el matrimonio, tiene derecho a heredar tanto la esposa como los hijos; en tanto que en el concubinato, queda condicionado a que la concubina haya hecho vida en común permanente con un mínimo de cinco años, lapso en el cual debe tener lugar la cohabitación, no ser casados ninguno de los dos y que en el momento de hacer efectivo el derecho a heredar no se presenten más concubinas a reclamar su derecho (valga la redundancia) a heredar.

Establecida la paternidad de los hijos de la concubina, nace el derecho de éstos a ser llamados a la herencia del padre y a también les corresponde recibir alimentos; al respecto citaremos los siguientes artículos:

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

I. A llevar el apellido paterno de sus progenitores, o ambos

(34) GALINDO GARFIAS, Ignacio. Ob.cit., pág. 482.

apellidos del que lo reconozca;

II. A ser alimentado por las personas que lo reconozcan ;

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

Art. 1607o. "Si a la muerte de los padres quedaren sólo hijos la herencia se dividirá entre todos por partes iguales".

Sólo en estas circunstancias, nace el derecho de los concubinos a heredar entre sí (artículo 1635).

El concubinato dá lugar a que se presuman hijos del concubinario y concubina, los hijos concebidos por ésta, durante el tiempo en que vivieron juntos, habitando bajo el mismo techo (artículo 382).

El concubinario y la concubina, tienen derecho a recibir alimentos, en la sucesión testamentaria de la persona con quien el testado vivió en concubinato durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte, o con quien tuvo hijos, si el acreedor alimentario, está impedido para trabajar y no tiene bienes suficientes; y como condición indispensable, que no contraiga nupcias (artículo 1368o. V fracción). Y según lo establecido en el artículo 1635, la concubina también puede heredar en la sucesión legítima y en la proporción de la herencia que hace mención este ordenamiento.

Así, el maestro Rojina Villegas nos dice lo siguiente: "si tomamos en cuenta todos los requisitos, no nos parece que se desconozca, ni la santidad del matrimonio para quienes tienen la idea del matrimonio como sacramento, ni tampoco el rango mismo que en el Derecho Civil debe tener la unión matrimonial sobre las uniones matrimoniales. Y en cambio, logramos una solución que nos parece justa, para poder garantizar a la mujer que ha formado una familia, que ha sido fiel, que le ha dado hijos al concubinario, que tiene el requisito de capacidad para unirse en matrimonio, la misma condición jurídica de la esposa en cuanto a los derechos que puede exigir frente al marido en relación a los hijos.

Nótese que sólo hay una diferencia formal entre el concubinato y el matrimonio; el matrimonio simplemente difiere de esta unión en que la voluntad se ha manifestado ante el Oficial del Registro Civil y se ha firmado un acta, es decir, una cuestión simplemente de formalidad" (35).

Apoyando esta opinión, a nuestro juicio, es esta la diferencia primordial existente entre matrimonio y concubinato, puesto que el matrimonio es un acto jurídico.

(35) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Ob.cit., pp. 344 y 345.

CAPITULO III. LA SEGURIDAD SOCIAL

1. Origen de la Seguridad Social

El origen de la seguridad social se dió en Europa Occidental a principios del Siglo XIX, cuando se dá el fenómeno de la industrialización, - que al comenzar a dar sus primeros pasos, origina como consecuencia el surgimiento de una nueva clase social llamada el proletariado.

El proletariado, clase numerosa de trabajadores industriales, - cuya subsistencia dependía por completo del pago regular de salarios, debido a la prestación de un trabajo manual; y que en sus inicios, pasaban privaciones, cuando caían enfermos o quedaban sin empleo, debido a que no contaban con ningún tipo de protección; y por lo tanto, quedaban desamparados.

Para poder entender lo anterior, es necesario explicar que a lo largo de la historia de la humanidad, se comprueba que una de las necesidades más acuciosamente sentida por el hombre, es la protección ante infinitas situaciones de desamparo que pueden sobrevenirle por eventos de la vida.

Es así como el maestro Hugo Italo Morales Saldaña en su obra - nos dice: "Desde tiempos remotos las civilizaciones se han preocupado por la seguridad social, ante el peso de la inseguridad en todos los órdenes, no obstante que es una institución moderna en su inspiración, es tan antigua como - la necesidad del hombre de combatir esta inseguridad.

Ciertamente el origen de las agrupaciones obedece al desarrollo histórico del hombre y fundamentalmente la forma instintiva de luchar por su seguridad que el mundo inhóspito le presentaba, por lo que sintió la necesidad de vivir en grupos, con la idea de bienestar común en todos sus aspectos, con el pastoreo, la domesticación de animales y el cultivo de plantas logró tener seguridad sobre el futuro de su alimentación " (1).

En monumentos antiquísimos como por ejemplo: el Código de Hammurabí, las Leyes de Manú y sobre todo en la Torah Hebreaica, se encuentran referencias sobre el comportamiento a seguir con el necesitado y el extranjero.

Se tiene también como antecedente que en Roma, se crearon asociaciones de protección mutua entre los trabajadores, las collegia y las sodalitia, unas con carácter profesional y otras con finalidad funeraria y religiosa.

"En Grecia existían organizaciones encargadas de socorrer a la población y a los menesterosos" (2).

(1) TENA SUCK, Rafael y MORALES SALDAÑA, Hugo Italo. La Seguridad Social, - Editorial PAC, S.A., México, 1987, pág.3.

(2) TENA SUCK, Rafael y MORALES SALDAÑA, Hugo Italo. IDEM.

En la época Medieval, en donde existe un profundo sentido espi ritual, se crearon numerosas Cofradías (formas de seguridad más complejas), en donde los vínculos de hermandad cristiana entre los trabajadores de iguales oficios, llevaban a establecer auxilios para los cofrades enfermos.

Asimismo, se conocen los Estatutos de algunas Cofradías, reguladoras de auxilios y limosnas para los casos de enfermedad, invalidez, vejez y muerte; normas que se dictan para sus propios miembros y en otros casos se hallan contenidas en los fueros locales; pero ni unos ni otras, obedecen a propósitos de mayor permanencia que los puramente circunstanciales, ni tienden a dejar grabada en el derecho, una línea al servicio de la justicia.

"Se forman agrupaciones denominadas: Gremios, Corporaciones o Gildas.

Los gremios eran la unión de los oficiales de un mismo oficio, con el único fin de buscar protección.

Las corporaciones, organizaciones de oficios regidos por sus propios estatutos en los que fijaban normas sobre la calidad de sus productos, condiciones de trabajo y ayuda mutua ante la incipiente regulación y protección laboral.

Las gildas que proporcionaban a sus agremiados, protección mu tua, mediante asistencia en caso de enfermedad, muerte, orfandad y ---

viudez" (3).

Como se puede observar, se dictan normas para sus propios miembros y en otros casos se hallan contenidas en los fueros locales.

Las Leyes de las Indias, copiosa aportación hispánica, que en buen porcentaje de su contenido constituye el primer conjunto de disposiciones de tipo social aparecido en el mundo, desde tres siglos antes de la iniciación de esta nueva rama política.

El Liberalismo apoyado por la Ilustración, acabó con la vida de los gremios a fines del Siglo XVIII y principios del Siglo XIX, los trabajadores se quedaron prácticamente sin protección, creándose los Montepíos - Láicos; sólo para funcionarios y profesionales libres.

Al decir al principio de este capítulo, que el origen de la seguridad social se dió prácticamente en Europa Occidental, nos referimos a lo siguiente:

En los países del noroeste de Europa, existía una legislación de beneficencia que sólo se practicaba en caso de personas muy necesitadas cuando éstas, habían agotado todos sus recursos y sus parientes se hallan en

(3) IDEM.

imposibilidad de ayudarlos.

"La conflictiva situación traída por la aplicación de salarios mínimos a unos trabajadores que, bajo la benévola mirada del estático sistema liberal, habían alcanzado la libertad de morir de hambre, dió lugar al establecimiento de las primeras medidas protectoras, como el seguro de enfermedad alemán, creado por el Canciller Bismarck en 1873. Este paso decisivo en la historia de la previsión europea, por lo que tuvo de estímulo para otros países, dió lugar al nacimiento de los primeros seguros libres" (4).

Hacia 1880, se habían ideado métodos destinados a proteger la clase trabajadora urbana contra la miseria, los cuales se aplicaron de la siguiente manera:

- 1o. método: Los pequeños ahorros
- 2o. método: Obligar a los empleados a asumir la responsabilidad de ciertos riesgos.
- 3o. método: Diversas formas de seguro privado.

El error en que se incurrió en el Siglo XIX, consistió en creer con demasiado optimismo, que los trabajadores de las categorías más po

(4) ALDEANUEVA, Manuel. Seguridad Social, Ministerio de Trabajo, Sucs.de RIVadeneyra, S.A., España, 1972, pp. 25 y 26.

bres, iban a poder practicar, al igual que los trabajadores calificados, el método del ahorro o del seguro en sociedades y ayuda mutua.

Derivado de todo ésto, encontramos que las finalidades de la - seguridad social son:

- . Garantizar a los trabajadores seguridad, asistencia y amparo ante los riesgos de todo orden.
- . Generalizar la protección a la población activa en su conjunto.
- . Contemplar armónicamente las situaciones de necesidad social susceptibles de cobertura.
- . Socializar la financiación acudiendo a la solidaridad nacional.
- . Proteger a la familia en general.
- . Asegurar la participación de empresarios y trabajadores en el gobierno de los órganos gestores.
- . Contribuir en fin, a que los tres factores clásicos de la producción: naturaleza, trabajo y capital, sea el segundo por su contenido esencialmente humano, el primero en atención, condición y jerarquía.

Es así como el maestro Manuel Aldeanueva, define que la seguridad social es: "el conjunto sistemático de medidas establecidas por el Estado, en cumplimiento de sus fines al servicio del bien común, para remediar situaciones de necesidad previamente establecidas, elevando el nivel general de vida en lo económico, sanitario y cultural" (5).

Los estudiosos de la materia difieren de la fecha histórica - cuando comenzó a utilizarse la expresión "seguridad social".

Al respecto el inolvidable maestro Mario de la Cueva, comenta que fue usado por Simón Bolívar en febrero de 1819, durante la lucha por la independencia de los países sudamericanos, en la Ciudad de Angostura, al expresar: "el sistema de gobierno más perfecto, es aquél que produce mayor suma de felicidad posible, mayor suma de seguridad social y mayor suma de estabilidad política" (6).

Pero el que asegura que en 1935 se utilizó este término es el maestro Juan José Etala, quien menciona que "en la Ley Americana Social, se concebía a la seguridad social, como una amalgama de seguridad económica y - seguro social, y fusionaba el seguro de vejez y de desempleo con la política de asistencia a la vejez y a la salud pública" (7), ya que fue la primera - ley que utilizó por primera vez y en forma oficial dicha expresión.

2. La Seguridad Social en México

- (6) DE LA CUEVA, Mario. El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo, 2a. Edición Tomo II, Editorial Porrúa, S.A., México, 1981, pág. 37.
- (7) ETALA, Juan José. Derecho de la Seguridad Social, Edar, Argentina, - 1966, pág. 35.

A continuación citaremos hechos que de alguna manera han sido trascendentales para el desarrollo de la seguridad social en nuestro país.

En 1876, cuando ocurre la ascensión al poder del General Don Porfirio Díaz, fiel seguidor de la ideología liberal, se introduce la implantación de los ferrocarriles, coadyuva al desarrollo de la industria y dá amplias facilidades al ingreso del capital extranjero.; más sin embargo, la justicia social pasaba inadvertida y la legislación liberal mantenía en la pobreza y la esclavitud a la mayor parte de la población, cuyos padecimientos eran atribuidos a defectos congénitos del latinoamericano.

En 1910 con la Revolución Mexicana, se vino a modificar el sistema legal y económico impuesto por el Porfiriato; con el triunfo de la Revolución Mexicana y al asumir al poder Don Francisco I. Madero, se inician diversas investigaciones en materia laboral, las cuales dieron su fruto años más tarde; y durante el gobierno del usurpador Victoriano Huerta, fueron presentadas como Proyectos de Ley.

"Poco después, los insurgentes alzados contra Huerta, iniciaron una labor legislativa en materia social para defender los aspectos más nobles e importantes de la Revolución y expresar, por la vía jurídica, los anhelos del pueblo mexicano" (8).

(8) COHEN, Noemí. La Seguridad Social en el Proceso de Cambio Internacional, I.M.S.S., México, 1980, pág. 47.

La legislación sobre el tema de seguridad social en México, se inicia en 1904 con la Ley Sobre Accidentes de Trabajo del Estado de México, y otras sobre el descanso obligatorio y los salarios, que aparecen en los meses de septiembre y octubre del año de 1914 en el Estado de Jalisco.

Para 1915, se promulgan las siguientes Leyes:

1. Ley Sobre Accidentes de Trabajo, que sirvió como antecedente directo de la actual Ley del Seguro Social; y que fue promulgada por el entonces Gobernador del Estado de Hidalgo, Nicolás Flores.
2. Ley del Trabajo, promulgada por Salvador Alvarado gobernador de Yucatán (Ley de Alvarado), y que en su exposición de motivos, describía las penalidades que sufrían los trabajadores peninsulares; ya que en ese entonces, era más despiadada la explotación del campesino y del trabajador en Yucatán, que en otros estados.

Al respecto, la Licenciada Cohen nos relata: "en Salvador Alvarado encontramos un atisbo profético de los futuros sistemas de seguridad social. Le preocupaba el trabajo de las mujeres, que no debe impedirles la procreación de hijos; admite de mala gana el trabajo de los menores, pero señala una serie de restricciones al respecto, con el objeto de permitir el crecimiento normal de los obreros adolescentes. Por otra parte, procura rescatar al hombre del temor ante una vejez desvalida y funda una sociedad mutualista del Estado, que otorgará pensiones en caso de vejez o muerte del

asegurado" (9).

En 1916 Don Venustiano Carranza, convoca un Congreso Constituyente, destinado a elaborar una nueva constitución y es así como surge la actual Constitución Política Mexicana, que reúne en un orden normativo, ideas de libertad y justicia social.

"Mediante los artículos 27o. y 123o. de este documento, se abrió paso a una nueva política social, que beneficiaría a los obreros y campesinos; y serviría más tarde contra el Imperialismo" (10).

En 1918, el Estado de Yucatán (a partir de la Constitución de 1917), olvida el sistema de seguro social obligatorio, para adoptar las nuevas disposiciones de nuestra Carta Magna.

"En 1919, se formulará un Proyecto de Ley del Trabajo para el Distrito y Territorios Federales, que proponía la constitución de cajas de ahorro, cuyos fondos tendría por objeto entre otros, impartir ayuda económica a los obreros cesados" (11).

(9) Ibidem, pág. 62.

(10) IDEM.

(11) ARCE CANO, Gustavo. Los Seguros Sociales en México, Editorial Botas, - México, 1944, pp. 24 y 25.

La obra de Obregón del 14 de diciembre de 1921, conocida como el "Proyecto de Ley del Seguro Obrero", en sus aspectos más importantes se encuentran:

- a) La inversión del fondo, canalizado a través de instituciones de crédito para fomento de la riqueza pública.
- b) El destino de éste, sería la construcción de habitaciones, con la finalidad de que fueran adquiridas por los trabajadores.

"En el período presidencial de Don Plutarco Elías Calles, encontramos otro Proyecto, dictaminado por la Comisión de Trabajo y Previsión Social, de la Cámara de Senadores de 1925, que comprendía la formación de un fondo de ahorro, constituido en favor de los trabajadores, que sería retirado sólo en caso de ocurrir la incapacidad definitiva por accidente o enfermedad incurable, y por tener sesenta años cumplidos. Además, contenía la obligación del patrón de garantizar la atención médica y el pago de la indemnización a los trabajadores, mediante el seguro contratado, con empresas aseguradoras para el caso de enfermedades profesionales y accidentes de trabajo" - (12).

(12) SANCHEZ VARGAS, Gustavo. Orígenes y Evolución del Seguro Social en México, Instituto de Investigaciones Sociales, Universidad Nacional Autónoma de México, 1963, pág. 47.

En 1929 durante el gobierno de Portes Gil, tiene lugar la Reforma Constitucional del artículo 123 fracción XXIX, por virtud de iniciativa del Ejecutivo Federal, la Legislación del Trabajo se crea en el momento preciso, la norma constitucional que dió expresión jurídica al régimen de seguridad social, ya que conforme a este artículo, recibía autonomía la legislación sobre el seguro social.

"Por otra iniciativa del Ejecutivo Federal en julio de 1929, se presentó un Proyecto de Código Federal de Trabajo, que en su artículo 6o. transitorio, facultaba al Ejecutivo para que en el término de un año, expidiera la Ley del Seguro Social" (13).

No obstante lo anterior, durante el gobierno de Don Lázaro Cárdenas, únicamente se encuentran diversos Proyectos de Ley.

Y es hasta el gobierno del entonces presidente Manuel Avila Camacho, cuando se toma conciencia de que es un deber imperativo la expedición de la Ley del Seguro Social, meta trazada en el Plan Sexenal 1940-1946, en el cual se asienta: "Durante el primer año de vigencia del Plan, se expedirá la Ley del Seguro Social"; dicha Ley cubriría los riesgos profesiona-

(13) *Ibidem.* pág. 58 y siguientes.

les y sociales más importantes y se sostendría con las aportaciones de la --
clase patronal y del Estado, en su organización intervendría la clase organi-
zada obrera.

"El 22 y 24 de diciembre de 1942, la Cámara de Diputados, y -
luego la de Senadores, aprobarían la Ley del Seguro Social, que será publica-
da el 19 de enero de 1943" (14).

Las reformas subsecuentes que se han hecho de la Ley, tienen -
el propósito de avanzar hacia una seguridad social integral, en el doble sen-
tido de mejorar la protección al núcleo de los trabajadores asegurados y de
extenderla a grupos humanos no sujetos a relaciones de trabajo.

En 1943, se establecen las primeras bases de la organización -
del Instituto Mexicano del Seguro Social; y se inicia la primera afiliación
de patrones y trabajadores del Distrito Federal. En este año, también se -
inicia la prestación de servicios del Seguro Social en los Estados de Puebla
Monterrey y Jalisco (en la Ciudad de Guadalajara).

3. El Derecho Positivo Mexicano y la Seguridad Social

Hacia fines del siglo pasado, las autoridades de varios países

(14) GARCIA CRUZ, Miguel. La Seguridad Social en México (Bases, Evolución,
Importancia Económica, Social, Política y Cultu-
ral), Tomo I-B, Costa-AMS, México, 1972, pág. 113.

3. El Derecho Positivo Mexicano y la Seguridad Social

Hacia fines del siglo pasado, las autoridades de varios países del Continente Europeo, decidieron utilizar los fondos públicos para subvencionar el ahorro voluntario; estas iniciativas dieron resultado satisfactorio en algunos países, pero fueron abandonados en la mayoría de los demás.

Es necesario hacer mención en este punto, de algunos antecedentes del derecho positivo en general, para poder adentrarnos al Derecho Positivo Mexicano.

Entre los años de 1883 y 1889, el gobierno de Alemania, presidido por Otto Von Bismarck, crea el primer sistema de seguro social "como una estrategia de control de proletariado y en contra del socialismo instituye el Seguro de Riesgo de Enfermedades y posteriormente en 1889, el Seguro contra Accidentes de Trabajo que fue ampliado para la vejez e invalidez" (15).

Esto se debió a que Alemania no había aceptado la doctrina del liberalismo económico, pues respetaba la tradición prusiana del Estado autoritario y paternal.

(15) TENA SUCK, Rafael y MORALES SALDAÑA, Hugo Italo. Ob.cit., pág.4

El ejemplo de Alemania fue seguido poco después por Austria y años más tarde, por el Reino Unido y los demás países europeos, así como Japón y la URSS.

Y así continúan citando Tena Suck y Morales Saldaña: "Inglterra después de una larga lucha sindical en el año de 1907, introduce la Ley de Reparación de Accidentes de Trabajo y el Sistema de Asistencia para Ancianos. Sin embargo en 1911 promulga la de la Ley denominada "National Insurance Bill" la cual obtuvo la solidaridad nacional, porque abarcó en forma más completa y perfeccionada los riesgos de enfermedades, incapacidad y el paro voluntario colocándose como líder mundial en materia de seguros sociales.

Los principios de obligatoriedad del seguro social inglés, se basó en la participación tripartita de los recursos económicos por parte de los trabajadores, patrones y Estado, gran aportación a nivel internacional" - (16).

Después de la crisis económica de 1930, el Seguro Social se extendió hacia Latinoamérica, Estados Unidos y Canadá; y en 1943, se crea en - nuestro país " un organismo público descentralizado con personalidad y patrinionio propios, denominado Instituto Mexicano del Seguro Social" (17).

(16) TENA SUCK, Rafael y MORALES SALDAÑA, Hugo Italo. Ob.cit.pág.4

(17) LEY DEL SEGURO SOCIAL, Ob.cit.págs. 59 en adelante.

Básicamente, se encarga de vigilar que se dé cumplimiento con la idea fundamental de la seguridad social "tener por finalidad garantizar el derecho humano a la salud, la asistencia médica, la protección de los medios de subsistencia y los servicios sociales necesarios para el bienestar individual y colectivo" (18).

El Seguro Social, es una actividad que trata de "preveer, evitar y reparar los riesgos o daños que el porvenir pueda deparar al individuo como consecuencia de la edad, las enfermedades, los accidentes y otras circunstancias próximas" (19).

El seguro social es un instrumento de previsión social y es - además, un servicio público que tiene por finalidad, la protección del salario del trabajador frente a las contingencias que lo amenazan.

Así pues, se puede decir que la misión del seguro social es - muy amplia, ya que protege al trabajador contra la mayoría de los riesgos a que está sujeto durante su vida, alcanzando la protección a su esposa, a sus hijos y a sus padres.

(18) IDEM.

(19) SOTO PEREZ, Ricardo. Nociones de Derecho Positivo Mexicano, 17a. - Edición, Esfinge, S.A., México, 1988, pág.125.

Nuestra Constitución desde 1929, ya tenía prevista la expedición de la Ley del Seguro Social; y ésta se llevó a la práctica el 31 de diciembre de 1942; al expedirse la mencionada Ley, se establece al Seguro Social como un servicio nacional de carácter obligatorio.

Es así como el artículo 4o. de la Ley del Seguro Social, define al SEguro Social como: "el instrumento básico de la seguridad social, es establecido como un servicio público de carácter nacional, sin perjuicio de los sistemas instituidos por otros ordenamientos".

En su carácter de organismo fiscal autónomo, el Instituto Mexicano del Seguro Social, hace la determinación de los créditos, percibe las cuotas exhibidas voluntariamente por los obligados y en su caso, promueve el cobro por medio del Procedimiento Administrativo de Ejecución.

Cabe hacer mención, que el Seguro Social comprende:

- a) El Régimen Obligatorio: que se implanta y opera mediante la expedición de Leyes y Decretos.
- b) El Régimen Voluntario: que comprende los seguros facultativos y adicionales; abarca los sistemas de protección que son optativos para los sujetos beneficiarios.

El Instituto Mexicano del Seguro Social, tiene como órganos su

periores a:

1. La Asamblea General: la cual se integra con treinta miembros, los cuales duran en su cargo seis años y pueden ser reelegidos nuevamente y que son designados de la siguiente manera:
 - a) diez por el Ejecutivo Federal
 - b) diez por las organizaciones patronales
 - c) diez por las organizaciones de los trabajadores.

Dicha Asamblea se reúne para discutir anualmente para modificar o aprobar el estado de ingresos y gastos, el balance contable, el informe de actividades presentado por el C. Director General, el programa de actividades y el presupuesto de ingresos y egresos para el año siguiente, así como el informe de la Comisión de Vigilancia; la Asamblea General, siempre será presidida por el Director General.

2. El Consejo Técnico: el cual se integrará hasta por doce miembros - que se designarán de la siguiente manera:
 - a) cuatro por los representantes patronales
 - b) cuatro por los representantes de los trabajadores
 - c) cuatro por los representantes del Estado.

Es el representante legal y administrador del Instituto; también lo

preside el Director General; el Consejo Técnico tiene además las siguientes atribuciones:

- . Decide sobre las inversiones de los fondos del Instituto
- . Establece y clausura delegaciones del Instituto
- . Convoca la Asamblea General Ordinaria o Extraordinaria
- . Concede, rechaza y modifica pensiones, delegando estas facultades a las Dependencias competentes.
- . Puede extender el régimen obligatorio del Seguro Social

3. La Comisión de Vigilancia: Será asignada por la Asamblea General, se compondrá de seis miembros propuestos por los sectores representativos que constituyen la Asamblea General y también durarán en su cargo seis años, sus funciones son:

- . Vigilar que las inversiones se hagan de acuerdo con las disposiciones de la Ley
- . Practicar la auditoría de los balances contables y comprobar los avalúos de los bienes materiales de operación del Instituto
- . Presentar ante la Asamblea General un dictamen sobre el informe de actividades y estados financieros presentados por el H. Consejo Técnico.

4. Dirección General: El Director General será nombrado por el Presidente de la República, debiendo ser mexicano por nacimiento; y el

cual tiene las siguientes atribuciones:

- a) Presidir las sesiones de la Asamblea General y el Consejo Técnico
- b) Representar al Instituto Mexicano del Seguro Social, ante toda clase de autoridades, organismos y personas.

El Instituto Mexicano del Seguro Social, tiene como atribuciones:

- a) Administrar los diversos ramos del Seguro Social y prestar los servicios necesarios para el bienestar colectivo
- b) Recaudar las cuotas y percibir los demás recursos del Instituto
- c) Establecer clínicas, hospitales, guarderías, farmacias, centros de convalecencia y vacacionales, así como escuelas de capacitación y demás establecimientos para el cumplimiento de los fines que le son propios sin sujetarse a las condiciones, salvo las sanitarias, que fijen las leyes y reglamentos respectivos para empresas privadas con finalidades similares
- d) Organizar sus Dependencias.

Sus recursos económicos se constituyen a través de:

- . Las cuotas obrero patronales y demás sujetos, así como la contribución del Estado.

- Los intereses, alquileres, rentas, rendimientos, utilidades y frutos de cualquier clase que produzcan sus bienes.
- Las donaciones, herencias, legados, subsidios y adjudicaciones que se haban a su favor.

En relación a la Ley del Seguro Social, en su exposición de motivos nos dice: "El régimen del Seguro Social ha contribuido a la expansión económica mediante el mejoramiento de las condiciones de vida del trabajador y la reducción de tensiones laborales, y asimismo, ha coadyuvado a disminuir los resultados negativos de la industrialización, en el seno de una sociedad aún altamente agrícola, en la medida en que es un instrumento redistribuidor del ingreso y un factor de integración nacional" (20).

Para concluir con este capítulo y refiriendonos a las características del Seguro Social Moderno, se puede decir que generalmente es financiado con cotizaciones específicas de los trabajadores, los patrones y el Estado; las prestaciones se pagan de estas cotizaciones que se acumulan en fondos especiales.

Los derechos de prestaciones de los trabajadores se basan en sus cotizaciones al régimen, y normalmente difieren en su cantidad con arreglo a sus salarios previos. No se exige ninguna comprobación de recursos; y

(20) Ley del Seguro Social. Ob.cit., pág. 12

por último, la participación en el régimen del Seguro Social, es casi siempre obligatoria para todos los trabajadores y empleadores de las industrias a que se aplica en virtud de la Ley.

CAPITULO IV: EL CONCUBINATO Y LA SEGURIDAD SOCIAL

1. El Concubinato y su relación con la Seguridad Social

El legislador de 1928, con un amplio criterio, se dió cuenta de la gran importancia y arraigo que entre las clases más débiles tiene la figura jurídica del concubinato; y tomando en cuenta el desamparo en que se encontraba la concubina y los hijos de ésta nacidos del concubinato, incluyó dentro de la legislación civil, medidas o normas, con tendencia a remediar el problema.

Tomando el ejemplo del legislador y tratando de dar cumplimiento a los fines primordiales de la seguridad social, también de la Ley del Seguro Social, incluye en su legislación normas que tienen por objeto proteger a estas personas que, aunque encontrándose al margen del derecho, merecen que se les dé la debida importancia, ya que es uno de los problemas sociales más frecuentes en nuestro país y en Latinoamérica.

Cabe hacer mención (aunque ya en su oportunidad ya fue detallado más ampliamente), que el concubinato llamésmole "perfecto", es aquella unión extra legal de un hombre con una mujer, que mantienen relaciones sexuales estables, prolongadas en el tiempo y espacio, en forma notoria, dentro de una correlativa fidelidad y sin que medien obstáculos para que puedan unirse legítimamente entre sí.

Es necesario que el concubinato sea notorio, es decir, que esta notoriedad sea más bien, el convencimiento de los vecinos y del público en general, que considera a los que en tal estado permanecen, como legítimamente casados sin serlo.

Tienen derecho tanto la concubina, como el concubinario y como consecuencia los hijos de éstos, a reclamar en un momento dado situaciones de derecho (valga la redundancia), debido al aspecto moral de fidelidad entre las parejas, por sus consecuencias en relación a los hijos, aunque puede ser que no hayan tenido hijos, y tenemos por ejemplo que: La fidelidad, en la época de la concepción, es requisito sine qua non, para que pueda declararse judicialmente una paternidad.

Otro ejemplo sería: la posibilidad de poderse casar entre sí, los que en tal estado viven, le dá a esta unión una mayor fuerza; la ley está presta en todo momento a reparar, subsanar, por así decirlo, lo que hizo irregularmente, bien legitimado por el matrimonio posterior, a los hijos que ambos hayan reconocido como naturales, otorgándoles derechos de carácter patrimonial.

Otro ejemplo más se vé en la sucesión del hijo natural, el cual ahora puede pedir la declaración judicial de paternidad, estableciendo el concubinato notorio o las relaciones sexuales estables de sus padres, durante la época de la concepción; y para dar fin a este legajo de ejemplos, tenemos que en la Ley Federal del Trabajo en su artículo 501o., establece que a falta

de cónyuge supérstite, la indemnización por la muerte de un trabajador debida a un riesgo profesional, a las personas que económicamente dependen parcial o totalmente del trabajador fallecido. Entre dichas personas se encuentra la concubina o concubino, con quien el trabajador que ha muerto hacía vida en común..

Como consecuencia, todos los miembros de una familia tiene derecho a una seguridad social integrada que abarque el bienestar físico y psíquico, que comprende no sólo la asistencia médica, quirúrgica, hospitalaria, pago de pensiones; sino también, todo lo relativo a la promoción de la sanidad familiar y prevención de enfermedades.

Estos recursos de seguridad social, es un derecho que debe abarcar a todos los ciudadanos así lo señala el artículo 4o. constitucional que en su tercer párrafo nos dice: " Toda persona tiene derecho a la protección a la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución".

Es así como se puede relacionar al concubinato con la seguridad social, ya que aunque sea de buena o mala fé por parte del concubinario, se puede decir que desde el momento en que se forma la figura del concubinato, desde el hijo más pequeño hasta los concubinos son ciudadanos y por tanto, tienen derechos y obligaciones.

2. Medidas a favor de la Concubina y sus Hijos

En México, nuestras familias se constituyen (como ya se ha visto a través de este proyecto de tesis), no sólo por el matrimonio, sino también por el concubinato, el amor libre y las madres solteras; y es así como durante la discusión habida con motivo del artículo 16o. de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, en su tercer párrafo, actualmente se incorpora la siguiente definición: "La familia, es el elemento natural fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado" (1).

Sin mayor preámbulo trataremos de explicar algunas medidas a favor de la concubina y sus hijos, que la Ley del Seguro Social les otorga mediante prestaciones en dinero y en especie clasificadas en diferentes ramos del Seguro Social; cabe mencionar (sin llegar a enviciar el tema), que estas prestaciones en dinero y en especie, se otorgan tanto a personas unidas por un vínculo matrimonial, como a aquéllas que sólo se encuentran vinculadas por una relación de concubinato.

En cuanto a Riesgos de Trabajo:

Si el riesgo ocasiona la muerte del asegurado, el Instituto Mexicano del Seguro Social otorgará:

Una cantidad igual al equivalente de dos meses de salario pro-

medio del grupo de cotización correspondiente al asegurado en la fecha de su fallecimiento. Dicho pago se hará a la persona, preferentemente familiar - del asegurado, que presente copia certificada del acta de defunción y la - cuenta original de los gastos de funeral (artículo 71 fracción I).

El artículo 72o. en relación a la fracción II del artículo antes mencionado, nos indica que sólo a falta de la esposa, tendrá derecho a - recibir una pensión equivalente al 40% de la que hubiese correspondido al - trabajador tratándose de una incapacidad permanente total, la concubina. Pa - ra estos efectos, se considera concubina a la mujer con quien el asegurado - vivió como si fuera su marido durante los cinco años que precedieron inmedia - tamente a su muerte o con la que tuvo hijos, siempre que ambos hubieran per - manecido libre de matrimonio durante el concubinato. Si al morir el asegura - do tenía varias concubinas, entonces ninguna de ellas gozará de dicha --- pensión.

Tanto en el caso de la cónyuge o de la concubina, la pensión - se pagará mientras no contraiga nuevas nupcias o entre nuevamente en concubi - nato; si se presentara el caso, entonces recibirá una suma global equivalen - te a tres anualidades de la pensión otorgada (artículo 73).

La Ley excluye como generador de la prestación finiquito al - concubinato, lo contempla ya que predomina en las clases populares y es ya - de saberse que el sector obrero y campesino, constituyen la mayoría de los - trabajadores y por lo tanto de la población.

En cuanto al Ramo de Enfermedades y Maternidad:

Nos referiremos al de Enfermedades y diremos que en caso de -
muerte quedan amparados:

- . La esposa del asegurado o a falta de ésta la concubina
- . El esposo de la asegurada o a falta de éste el concubinario siempre y cuando se encuentre totalmente incapacitado para trabajar
- . La concubina (a falta de la esposa) del trabajador, que haya sido -
pensionado por incapacidad permanente total o parcial, con un mínimo del 50% equivalente al salario promedio del grupo de cotización co -
rrespondiente al trabajador a la fecha de la pensión: ésto es por -
incapacidad por invalidez, vejez y cesantía en edad evanzada.

La concubina como condición, debe depender económicamente del asegurado o pensionado y éste tiene también derecho a las prestaciones señaladas por la Ley (artículo 92); asimismo la fracción III del mismo artículo aclara al respecto: "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".

En cuanto a las Prestaciones en Especie que otorga el Instituto Mexicano del Seguro Social, diremos que:

Para poder cobrar la prestación para gastos de funeral por muerte del asegurado, tendrá derecho a un mes del salario promedio del grupo de cotización correspondiente: la persona, preferentemente familiar del asegurado, que presente copia certificada del acta de defunción y original de la cuenta de gastos de funeral. Para recibir esta ayuda, el asegurado fallecido deberá haber cubierto cuando menos doce cotizaciones semanales en los nueve meses anteriores a su fallecimiento (artículo 112).

En el Ramo de Maternidad:

Tendrán derecho a disfrutar de las prestaciones en especie:

La esposa del asegurado o a falta de ésta la concubina; así como también la esposa del pensionado o a falta de ésta, la concubina del pensionado y tendrán derecho a recibir:

- . Asistencia Obstétrica
- . Ayuda en especie por seis meses para la lactancia (artículo 103 en relación al artículo 92).

En cuanto a Ramo de Invalidez, Vejez, Cesantía en Edad Avanzada y Muerte:

Existen seguros de Invalidez, Vejez, Cesantía en Edad Avanzada y en estos tres estado, además de otras prestaciones, cabe señalar una muy importante ya que es un logro más de la seguridad social y se llama: "las asignaciones familiares", que consisten en una ayuda por concepto de carga familiar y tiene derecho a ésta la concubina, a falta de esposa, en un 15% de la cuantía de la pensión; esta prestación desaparecerá al momento de la muerte del pensionado (artículo 164).

Respecto al Seguro por Muerte:

Cuando ocurra la muerte del asegurado o pensionado por Invalidez, Vejez, y Cesantía en Edad Avanzada, el Instituto otorgará a la concubina (en caso de faltar la esposa), las siguientes prestaciones (artículo 152):

Una pensión de viudez igual al 50% de la pensión que disfrutaba el pensionado o de la que le hubiera correspondido al asegurado en caso de Invalidez (artículo 153).

El artículo 150 nos indica, que para poder tener derecho a esta prestación, es necesario que el asegurado al fallecer, hubiese cotizado un mínimo de ciento cincuenta semanas, o bien, que se encontrase disfrutando de una pensión de Invalidez, Vejez y Cesantía en Edad Avanzada.

El derecho al goce de la pensión por viudez, 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 entraren en concubinato (artículo 155); en el momento en que se dé esta situación, se otorgará una suma global equivalente a tres anualidades de la cuantía de la pensión que disfrutaba.

En cuanto a las medidas a favor de los hijos, diremos que:

Hasta hace poco los hijos sufrían las consecuencias de las faltas de sus padres. Se clasificaban a los hijos según su nacimiento, no sólo en relación a los habidos dentro del matrimonio o fuera de él, sino también en relación al estado de los padres o forma de vida de ellos; y así, se clasificaban a los hijos naturales como: adulterinos, los ilegítimos habidos de unión de personas de las cuales, al menos una de ellas, estuviera casada con persona distinta; incestuosos, los habidos entre personas que no pudieran contraer matrimonio entre sí, sin la obtención de la dispensa en razón del parentesco; nefarios, los habidos entre parientes que, ni aún con dispensa, pudieron contraer matrimonio entre sí; sacrílegos, los habidos entre personas de las cuales unas o ambas estuvieren ligadas con voto solemne de castidad; e hijos manceren que eran los habidos de prostitutas.

Cabe hacer mención que la exposición de motivos de nuestro Código Civil vigente (como ya lo indicamos), dice por lo que toca a los hijos

que "se comenzó a borrar la odiosa diferencia entre hijos legítimos y los nacidos fuera del matrimonio; se procuró que unos y otros gozaran de los mismos derechos, pues es una irritante injusticia que los hijos sufran las consecuencias de las faltas de sus padres, y que se vean privados de los más sagrados derechos, únicamente porque no nacieron de matrimonio, de lo cual ninguna culpa tienen" (2).

La Ley del Seguro Social certeramente sigue la corriente social y justa del Código Civil y trata de que todos los hijos nacidos dentro del matrimonio o fuera de él, tengan los mismos derechos en cuanto a seguridad social se refiere.

Con respecto a situaciones de orfandad, cabe señalar que:

Cuando los hijos son huérfanos de padre o madre, deberán reunir los siguientes requisitos:

- a) ser menores de dieciseis años
- b) Que se encuentren incapacitados para su trabajo, debido a una enfermedad crónica, defecto físico o psíquico.
- c) Mayores de dieciseis años hasta una edad máxima de veinticinco años, si se encuentran estudiando en los planteles del Sistema Educativo Nacional, tomando en consideración las condiciones económicas, familiares y personales del be

beneficiario y siempre que no sea sujeto del Régimen del Seguro Obligatorio.

El derecho al goce de pensión por Orfandad, comenzará desde el día del fallecimiento del asegurado o pensionado y cesará con la muerte del beneficiario o cuando éste, cumpla dieciseis años, recupere su capacidad para el trabajo, o bien, cumpla la edad de veinticinco años respectivamente.

Las pensiones de orfandad, derivadas de los diferentes seguros serán de:

1. Un 20% para los huérfanos de padre o madre que se encuentren en los casos señalados.
2. Un 30% para los huérfanos de padre o madre que por desgracia se les muera el segundo progenitor.
3. Un 30% para los huérfanos de padre y madre que se encuentren en los casos señalados.

En una forma generalizada, especificaremos a continuación las diferentes prestaciones otorgadas a los hijos en los diferentes Ramos del Seguro Social:

En cuanto a Riesgos de Trabajo, si la muerte del trabajador es provocada por un Riesgo de Trabajo:

Una pensión de orfandad que corresponderá (en el porcentaje y casos arriba señalados), a la pensión que hubiese correspondido al asegurado tratándose de incapacidad permanente total.

Al término de la Pensión de Orfandad, se otorgará al huérfano, un pago adicional de tres mensualidades de la pensión que recibía.

En cuanto al Ramo de Enfermedades:

En este caso, entran como beneficiarios los hijos que dependen económicamente de:

- . Asegurados que tengan acreditadas un mínimo de cientocinuenta semanas de cotización; y de
- . Pensionados por Invalidez, Vejez y Cesantía en Edad Avanzada, que estén disfrutando de las asignaciones familiares; así como los de los pensionados por incapacidad permanente total o parcial, con un mínimo de 50% de incapacidad (artículo 92).

Para ser beneficiario hijo, se deberán reunir los requisitos ya mencionados en su oportunidad.

En cuanto a Prestaciones en Especie:

Tienen derecho a asistencia médico-quirúrgica, farmacéutica y hospitalaria que sea necesaria, desde el comienzo de la enfermedad y durante el plazo de cincuenta y dos semanas prorrogables por el mismo padecimiento (artículo 99).

La hospitalización de menores de edad y demás incapacitados, precisa del consentimiento de quienes ejerzan la patria potestad o la tutela, o bien, de la autoridad judicial (artículo 95).

En lo referente a Prestaciones en Dinero:

En caso de fallecer el asegurado, el Instituto Mexicano del Seguro Social, pagará a la persona, preferentemente familiar, entre otros los hijos, que presente copia certificada del acta de defunción y la cuenta original de los gastos de funeral, un mes de salario promedio del grupo de cotización al que correspondía; éste es, siempre y cuando el asegurado fallezca después de haber cubierto cuando menos doce cotizaciones semanales en los nueve meses anteriores al fallecimiento (artículo 112).

En el Ramo de Invalidez, Vejez, Cesantía en Edad Avanzada, también se generan las asignaciones familiares y a cada uno de los beneficiarios hijos les corresponde un 10%.

En el caso de los hijos, las asignaciones familiares terminarán:

- a) con la muerte de éstos
- b) cuando cumplan dieciseis años
- c) cuando sean capaces o bien, cuando cumplan veinticinco años
- d) con la muerte del familiar que las originó (artículo 164).

Para el caso de Seguro por Muerte, en este Ramo, es necesario que el asegurado al fallecer haya tenido reconocido el pago de un mínimo de ciento cincuenta semanas (artículo 150).

En el caso de un pensionado por Orfandad, junto con la última mensualidad, se otorgará al huérfano un pago finiquito equivalente a tres mensualidades de su pensión (artículo 158).

3. Desventajas de la Concubina y su situación con la Esposa

Al considerar al concubinato como una situación de hecho que se mantiene al margen de la Ley, es lógico suponer que siempre la concubina estará en desventaja de la esposa, ya que ésta última, tiene preferencias desde el momento en que se ha sometido a todas las condiciones que le marca la ley para ser reconocida su legitimidad; aunque se reconoce que el concubinato es ya una realidad social de nuestro país, tomando como una costumbre principalmente en las clases populares.

Y así, si nos pusieramos a analizar nuestro Código Civil, en -
contraríamos una serie de ventajas a favor de la esposa; pero lo que nos in
teresa en este punto y en sí, en todo nuestro proyecto de tesis, es en lo re
ferente a la seguridad social; y atendiendo a ésto, nos atreveremos a reali-
zar una comparación generalizada, sin entrar en detalles de lo que indicamos
en el punto número 2.

En el Ramo de Enfermedades en caso de muerte del trabajador o
pensionado, tiene derecho la esposa, según la Ley del Seguro Social, a reci-
bir de éste, ya sea pensionado por incapacidad permanente total o parcial, -
un mínimo del 50% equivalente al salario promedio del trabajador.

En el Ramo de Riesgos de Trabajo:

La viuda del asegurado recibirá una pensión equivalente al -
40% de la que le hubiere correspondido a aquél, tratándose de incapacidad -
permanente total (artículo 71 fracción II).

Cabe hacer mención que en todos los ramos que comprende el Se-
guro Social, se hace partícipe a la viuda de la prestación-finiquito; y tam-
bién tiene derecho a recibir un aguinaldo anual equivalente a quince días -
del importe de la pensión que recibe (artículo 71 fracción VI).

Tiene derecho la esposa a prestaciones tanto en Especie, como
en Dinero; según el Régimen al cual pertenezca el trabajador.

En el Ramo de Maternidad:

Tiene derecho la esposa a disfrutar de las prestaciones en especie que la Ley le otorga, tales como:

- a) Asistencia obstétrica
- b) Ayuda en especie por seis meses para lactancia (artículo - 103).

En el Ramo de Invalidez, Vejez, Cesantía en Edad Avanzada, el trabajador pensionado tiene derecho a las asignaciones familiares, en una - porción del 15% de la cuantía de la pensión.

Respecto al Seguro por Muerte, cabe señalar:

Cuando ocurra la muerte del asegurado o pensionado por Invalidez, Vejez, Cesantía en Edad Avanzada, el Instituto otorgará a la esposa del asegurado, una pensión por viudez igual al 50% de la pensión que disfrutaba el pensionado, o de la que le hubiera correspondido al asegurado en caso de Invalidez (artículo 153).

No se tendrá derecho a la pensión por Viudez, cuando a la muerte del asegurado acaeciere antes de cumplir seis meses de matrimonio; cuando hubiera contraído matrimonio con el asegurado después de haber cumplido -

éste cincuenta y cinco años, a menos de que a la fecha de la muerte, haya transcurrido un año desde la celebración del enlace; y cuando al contraer matrimonio el asegurado recibía una pensión por Invalidez, Vejez, Cesantía en Edad Avanzada, a menos de que a la fecha de la muerte haya transcurrido un año desde la celebración del matrimonio.

Cabe señalar que según el artículo 154, las limitaciones que se mencionan, no regirán cuando al morir el asegurado o pensionado, la viuda compruebe haber tenido hijos con él.

La mala fé que se pueda presumir por parte de la viuda en los casos anteriores, pierde alcance ante la existencia de los hijos, ya que la seguridad social, procura el bienestar de ellos a toda costa; y puede darse el caso hablando de buena fé, que se tratara de una concubina que al pasar el tiempo contrae nupcias con su concubinario y que por lógica, pasa a formar parte (ya como legítima esposa) de estas situaciones de hecho.

Existe también otra prestación que deja en desventaja a la concubina y es la ayuda asistencial a las viudas pensionadas, cuando su estado físico requiera de que la asista otra persona, de manera permanente o continua. Con base en el dictamen que al efecto se formule, la ayuda asistencial consistirá en un aumento hasta el 20% de la pensión por Viudez que esté disfrutando (artículo 149 fracción IV).

4. La Concubina y su situación en la Sociedad Mexicana

Se suele decir con frecuencia, que el espíritu latino en el concubinato, es el resultado del egoísmo de quienes no desean contraer lazos permanentes y así quedar en libertad de cambiar de compañera o compañero sin ninguna dificultad.

En nuestro país, donde el amancebamiento es la manera común de la unión sexual, en la que se establece entre concubinos cierta unidad matrimonial, no se podría ignorar tal estado de cosas, y la Ley del Seguro Social reconoce la forma general de formar la familia en la clase proletaria de México, que constituye el núcleo más numeroso de la población, como lo hace también nuestro código civil.

Y es así como es digna de elogios la labor del legislador, al momento de que toma en cuenta a la concubina y sus hijos para protegerlos jurídicamente.

La situación de la concubina en nuestra sociedad resulta un tanto molesta, ya que siempre se encontrará condicionada a que no exista, o bien la esposa, o más de una concubina, para efectos de poder reclamar algún derecho.

Pero nuestro sistema, está presto a auxiliar y remediar tal situación (labor de previsión), ya que en el momento en que los concubinos lo

deseen, regularizará su situación de hecho por la de derecho; y como ya se ha dicho que tanto el concubinato como el matrimonio, se diferencian por la única formalidad legal que es la de firmar un contrato, en el momento en que lo soliciten se reparará tal estado, pues no hay que olvidar que hasta en la exposición de motivos de nuestro código civil está asentado que el matrimonio se considera la forma "legal y moral de constituir la familia".

Se ha dicho que la legislación no debe ser más que un trasunto de las costumbres, una de las necesidades de una sociedad; la realidad social de nuestro país, es que existen un sinnúmero de costumbres y como consecuencia, una variación de necesidades sociales; y aunque no debe existir, se dá una división de clases sociales, ya que existe una separación de los grupos que se hayan dentro de las ciudades, en el campo, e incluso algunos grupos de indígenas marginados.

Lo anterior obedece, a que si el legislador busca su finalidad sobre bases objetivas y para ésto, se apoya en el conocimiento de realidades económicas, jurídicas y sociales, va a encontrar una de las mejores formas para saber como legislar.

En el caso de la familia natural (concubinato), y como consecuencia importante el de la concubina y los hijos de ésta nacidos de tal situación, en donde el legislador debe conocer los medios económicos y las costumbres sean morales, religiosas, por razones de tipo geográfico, necesidades económicas, psicológicas, urbanas, rurales, de trabajo, etc.; sin desco

nocer la trascendencia histórica de los grupos sobre los cuales se ha de legislar y teniendo como finalidad, la no intromisión en los lazos naturales del hombre y como mira la justicia social.

5. Medidas que deben establecerse en beneficio de la Concubina y los Hijos - Del Concubinato

No es posible cerrar los ojos ante la realidad social que representa el concubinato, tampoco podemos sorprendernos del mismo, ya que sería tanto como ignorar que existe.

Este mal que nos afecta grandemente, es un problema que, como ya lo hemos visto, se arrastra desde varias generaciones atrás y no tan sólo en nuestro país, sino que como ya fue mencionado, aunque un tanto a la ligera este problema también afecta a Latinoamérica.

En la mayoría de los regímenes de América Latina la concubina es también beneficiaria. Las prestaciones se proporcionan durante el embarazo, parto y puerperio y comprenden, ordinariamente la asistencia médica, quirúrgica, hospitalaria y farmacéutica. En muchos países tales como El Salvador, Honduras, México y Nicaragua, se entrega el servicio de lactancia por seis meses.

El problema del concubinato podría tener una posible solución a

nuestra manera de ver; es decir, para que el concubinato no se dé, se debe elevar el nivel económico, moral y sobre todo cultural de nuestra población.

Siento que muchas personas al leer ésto, me tacharían de un tanto utópica, pero siento que nuestras autoridades han empezado a dar un paso muy grande en cuanto a que realizan una intensa campaña social encaminada a la regularización legal de estas uniones de hecho, acción que hasta ahora han dado un resultado positivo, al lograr poner término a estas situaciones irregulares, mediante la aceptación del matrimonio civil, por parte de los interesados. En lo personal, es digna de elogio esta acción, ya que es la más conveniente y la más eficaz, sobre todo, es la más respetuosa del principio de igualdad de los ciudadanos frente a la ley, como lo establece el artículo 4o. constitucional que al texto dice: "El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia. Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.

Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de al

canzar el objetivo.

Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La ley determinará los apoyos a la protección de los menores, a cargo de las instituciones públicas".

Es real lo que en su obra opina el Licenciado Julián Güitrón al decir que " la situación actual en la legislación convierte al concubinato en un paraíso y el matrimonio en una situación gravosa, puesto que libra a los concubinos de toda carga,; y en cambio, regarga a los cónyuges" (2).

Pero tanto en el derecho civil, como en el marco de la seguridad social, encontramos que esta figura jurídica del concubinato, se enfrenta a una gran problemática, ya que uno de los inconvenientes de éste, es el desmembramiento de la familia, debido a la facilidad que existe para la disolución del concubinato.

La especial protección de la ley debe dar a la familia natural toda vez que desde su nacimiento se encuentra con un sinnúmero de trabas y perjuicios, los cuales a veces llegan a degenerar seriamente, como podrían ser los hijos con complejos o traumas.

(2) GUITRON FUENTEVILLA, Julián. Derecho Familiar, Editorial Gama, S.A., - México, 1972, pp. 74 y 75.

Afortunadamente la legislación tanto civil como social en general, se preocupa por proteger a los hijos, sin tomar en cuenta si descienden de gente que está unida en matrimonio, vive en concubinato, o bien, provienen de madres solteras; postura que consideramos justa, ya que ellos no son los que generan una u otra situación.

Así también, le dá lugar a la concubina, pero quedando condicional a que no exista esposa; esta actitud del legislador es loable, ya que reconoce que el concubinato, es un hecho social innegable; y como tal, susceptible o capaz de crear relaciones de carácter jurídico.

Un ejemplo real y latente, es el de que en ocasiones la concubina se encuentra padeciendo una enfermedad que requiere de un tratamiento largo y prolongado; y que además, a veces requiere de intervención quirúrgica, que la ponen entre la vida y la muerte; pierde su derecho al servicio que le presta el Instituto Mexicano del Seguro Social, en virtud de que el concubinario se presenta a registrar a su legítima esposa.

Consideramos injusto que en estos casos a la concubina le sea cesado todo derecho a recibir los beneficios que otorga tal organismo y que no se le aplique por ejemplo los beneficios que al asegurado le otorga el artículo 99 de la Ley del Seguro Social ya mencionado anteriormente (supra pág. 101).

En muchas ocasiones, la concubina no tan sólo ha convivido cin-

co años sino más; y dada la facilidad que tiene el concubinato de disolverse a la gran mayoría de los concubinarios les es muy normal, o bien volverse a unir en concubinato, o cuando se sienten que están muy enamorados de otra mujer que en ocasiones es más joven, o en otras son hasta madres solteras, viudas o divorciadas, con hijos que llegan a reconocer como legítimos.

Una medida que se podría proponer sería que se valorara el caso por parte de las autoridades competentes, tomando en cuenta la situación económica de la concubina, si tuvo hijos con el concubinario, el tiempo en que vivieron juntos y el estado de gravidez de ésta; y si fallara a favor, que el concubinario asuma su responsabilidad, ¿de qué manera? , pues además de las aportaciones que le otorga por derecho al servicio del seguro social, a costa de éste, se le proporcione servicio a la concubina hasta su completa recuperación o hasta el tiempo que marca el artículo número 99, es decir hasta cincuenta y dos semanas más, posteriores a la fecha en que se emita el dictamen y hasta por un año más.

En cuanto a las prestaciones en dinero a que se refiere la Ley del Seguro Social, no se podrían proponer medidas, ya que debido a la situación tan crítica que impera en el país, resultaría incosteable para el Instituto pagar pensión en forma simultanea a la viuda, y a la concubina.

Como ya es de saberse, resulta injusto que una persona que dió gran parte de su juventud, su vida y a veces hasta hijos a su pareja, de pronto pierda todo derecho; pero por tal motivo, nuestro gobierno realiza

campañas para remediar tal situación.

Hay que tener presente que la amplitud del campo de aplicación de la seguridad social puede examinarse desde dos puntos de vistas: las diversas contingencias cubiertas y las personas protegidas.

Dicha descripción del campo de aplicación ha de basarse fundamentalmente, en la legislación en vigor, pero debe tenerse en cuenta siempre que la información al respecto no siempre está de acuerdo con la efectividad de la seguridad social.

Por una parte, el campo potencial de aplicación en cuanto a las personas protegidas -conforme a la legislación- no siempre coincide con la aplicación real, a causa de la omisión en la afiliación de trabajadores o en el pago de cotizaciones, o a otros factores de incumplimiento de las leyes.

Por otra parte, dificultades de orden económico, deficiencias en la organización o en los métodos administrativos, pueden determinar que la aparente cobertura de las contingencias, esté representada en la práctica por servicios de mala calidad, por prestaciones no pagadas en tiempo oportuno o no revalorizadas.

La unión de la pareja se dignifica en el matrimonio y de la procreación se crean vínculos que hacen nacer deberes, derechos y obligaciones que perduran toda la vida entre padres e hijos, y se prolongan hasta después

de la muerte.

El concubinato en muchos países es aceptado ya que en algunos, no se permite el divorcio, motivo por el cual las personas viven bajo esta forma de unión; en otros, es debido a la ignorancia o a la corrupción moral, del medio ambiente en que viven; y sociológicamente hablando, es un hecho grave, en razón de la libertad sin límite que confieren a marido y mujer a una situación fuera de derecho y por lo mismo al margen del orden público.

Concluiremos este proyecto de tesis diciendo que el amor y la procreación, viejos como la vida, vinculan a los seres humanos con lazos más o menos fuerte, según las circunstancias económicas o sociales, y las creencias religiosas, pero siempre poderosos estos lazos de unión.

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

1. La familia es una institución jurídica que se origina por el matrimonio, o por el concubinato, en donde se desarrolla una relación sexual lícita y permanente; también existen normas jurídicas, religiosas, sociales, y morales, que regulan las relaciones entre los miembros de la familia; - se cuenta con la relación perfectamente definida del parentesco, la familia cuenta con un hogar en el que conviven los miembros que la integran.
2. El derecho es dinámico y por lo tanto, está sujeto a cambios, los cuales son producto de diversos factores que se presentan en la vida misma.
3. El legislador debe estar enterado de las necesidades de la sociedad, que surgen como consecuencia de la evolución, ya que estas necesidades, son las que permiten que el derecho continúe vigente.
4. Del concubinato no existe un concepto determinado, ni en el ámbito doctrinal, ni en el legislativo; en la Ley del Seguro Social, se considera concubina a la mujer con quien el trabajador o pensionista, vivió como si fuera su mujer durante cinco años, siempre y cuando hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato o bien, hayan procreado hijos.
5. A pesar de que existen quienes pugnan por equiparar al concubinato con -

el matrimonio, éste no ha podido trascender como tal, al menos en nuestra Legislación.

6. En nuestro país, se ha legislado en torno al concubinato, no por ser el ideal jurídico, en la conformación de la familia, sino por ser una situación de hecho, palpante, creciente y de gran arraigo tradicional, sobre todo en las clases económicamente marginadas.
7. Es loable que el legislador se haya preocupado en proteger a los hijos nacidos dentro del concubinato, otorgándoles los mismos derechos a los que tienen los hijos legítimos, ya que ellos no son generadores de tal situación.
8. La seguridad social en México, se ha consolidado como un servidor público nacional, tendiente a proteger al mayor número de personas ante las contingencias de la vida, a través de instituciones como es el Instituto Mexicano del Seguro Social.
9. Así como se ha legislado a favor de los hijos nacidos dentro del concubinato, se debería proteger un poco más a la concubina que de buena fe se une a un hombre cuya moral dista mucho de ser conocida por él; ya que de acuerdo a la realidad social mexicana y a la facilidad con que se puede disolver este tipo de unión, muchas veces el trabajador o pensionista, posee más de una concubina; y cualquiera de éstas pierde el derecho a la seguridad social y en otros ámbitos jurídicos, aún cuando

haya vivido cinco o más años con el concubinario y le haya dado hijos, quedando como consecuencia en el desamparo total.

10. Una de las medidas que se deberían adoptar si se presentara la situación de que el trabajador o pensionado tuviera más de una concubina y alguna de ellas requiera un servicio médico de emergencia, se le proporcionara a costa del mismo trabajador o pensionado, todo esto desde luego, derivado del dictamen emitido por la autoridad que el Instituto Mexicano del Seguro Social eligiera para el caso, como consecuencia del estudio socio-económico realizado a la concubina.

11. Es digna de elogios y admiración la actitud gubernamental, de proteger, hasta ahora y hasta donde sea posible, a las familias originadas, es decir, creadas en el concubinato; y así mismo, loable su labor de realizar campañas tendientes a persuadir a la gente de que por su bien y estabilidad social, es mejor cimentar su familia en la institución digna y establecida que es el matrimonio y no vivir constantemente de la incertidumbre de saber que el día menos pensado, la unión termine con consecuencias graves y que además de afectarlos a ellos generadores de la situación, afecten a vidas inocentes.

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

ALDEANUEVA, Manuel

Seguridad Social, Ministerio de Trabajo, Sucs. de Rivadeneira, S.A., Madrid, 1972.

ARCE CANO, Gustavo

Los Seguros Sociales en México, Editorial Botas, México, 1944.

ARENAS EGEA, Luis y MARTI, Agustín

Tratado Práctico de Seguridad Social, Tomo I, Editorial Casa Bosch, Barcelona, 1971.

AZUARA PEREZ, Leandro

Sociología, 3a. Edición, Porrúa, S.A., México, 1979.

BELLUSCIO, Augusto

Derecho de la Familia, Tomo I, Buenos Aires, Argentina, 1975.

BEVERIDGE, William

El Seguro Social y sus Servicios Conexos, Editorial JUS México, 1946.

BEVERIDGE, William

Las Bases de la Seguridad Social, Fondo de Cultura Económica, México, 1946.

BONFANTE, Pedro

Instituciones de Derecho Romano, Instituto Editorial - Reus, Madrid.

BONNECASE, Julián

La Filosofía del Código de Napoleón aplicada al Derecho de la Familia, Editorial José Ma. Cajica Jr., México, - 1945.

BORDA, Guillermo

Tratado de Derecho Civil Argentino, 5a. Edición, Editorial Perrot, Buenos Aires, Argentina.

BRAVO GONZALEZ, Agustín y BIALOSTOSKY, Sara

Compendio de Derecho Romano, 9a. Edición, Pax-Méx., México, 1978.

BRICEÑO RUIZ, Alberto

Derecho Mexicano de los Seguros Sociales, Editorial Harla, S.A. de C.V., México, 1987.

CARBONNIER, Jean

Derecho Civil, Tomo I, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1961.

CASTAN TOBERAS, José

Derecho Civil Español, Común y Floral, Tomo V, Editorial Reus, S.A., Madrid, 1976.

CASTAN TOBERAS, José

Familia y Propiedad, Editorial Reus, S.A., Madrid, - 1956.

CLEMENTE DE DIEGO, F.

Instituciones de Derecho Civil Español, Imprenta de Juan P., Madrid, 1930.

COHEN, Noemí

La Seguridad Social en el Proceso de Cambio Internacio-
nal, I.M.S.S., 1980.

COHEN, Noemí

Trabajadores y Seguridad Social en América Latina, I.M.
S.S., México, 1982.

CHAVEZ ASENCIO, Manuel

La Familia en el Derecho, Porrúa, S.A., México, 1984.

DE FERRARI, Francisco

Los Principios de la Seguridad Social, 2a. Edición, -
Editorial De Palma, Buenos Aires, 1972.

DE COULANGES, Fustel

La Ciudad Antigua, 4a. Edición, Editorial Porrúa, S.A.,
México, 1980.

DE IBARROLA, Antonio

Derecho de la Familia, 2a. Edición, Editorial Porrúa, -
S.A., México, 1981.

DE LA CUEVA, Mario

Derecho Mexicano del Trabajo, Tomo -II, 4a. Edición, Edi-
torial Porrúa, S.A., México, 1961.

DE PINA, Rafael

Elementos de Derecho Civil Mexicano, Introducción Perso-
nas-Familia, Editorial Porrúa, S.A., México, 1980.

ENGELS, Federico

El Origen de la Familia, La Propiedad Privada, y el Estado, 4a. Edición, Editorial Progreso, Cuba, 1975.

ETALA, Juan José

Derecho de la Seguridad Social, Editorial Edar, Buenos Aires, 1966.

FIORE, Pascuale

Interpretación de las Leyes, 3a. Edición, Editorial Reus S.A., Madrid, 1927.

FLORIS, Guillermo

El Derecho Privado Romano, 9a. Edición, Editorial Esfinge, S.A., México, 1979.

GALINDO GARFIAS, Ignacio

Derecho Civil, 4a. Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1980.

GARCIA CRUZ, Miguel

La Seguridad Social en México (Bases, Evolución, Importancia Económica, Social, Política y Cultural), Tomo I-B, Costa-AMS., México, 1972.

GORI MORENO, José María

Derecho de la Previsión Social, Tomo I, Editorial Ediar S.A., Buenos Aires, 1956.

GONZALEZ DIAZ-LOMBARDO, Francisco

El Derecho Social y la Seguridad Social Integral, Editorial U.N.A.M., Dirección General de Publicaciones, México, 1973.

GUITRON FUENTEVILLA, Julián

Derecho Familiar, Editorial Gama, S.A., México, 1972.

KURI BREÑA, Daniel

La Filosofía del Derecho en la Antigüedad Cristiana, -
Imprenta U.N.A.M., Dirección General de Publicaciones,
3a. Edición, México, 1960.

MENDIETA Y NUÑEZ, Lucio

El Derecho Precolonial, Instituto de Investigaciones So-
ciales, U.N.A.M., México, 1961.

MORENO M., Manuel

La Organización Política y Social de los Aztecas, I.F.-
C.M., S.E.P., México, 1964.

OLAVARRIETA, Marcela

La Familia Hoy, Publicación Familiar, U.N.E.D., Madrid,
1976.

ORTIZ URQUIDI, Raúl

Matrimonio por Comportamiento, Editorial Estylo, México
1955.

PETTIT, Eugenio

Tratado Elemental de Derecho Romano, Editorial Nacio -
nal, S.A., México, 1953.

PLANTOL, Marcelo y RIPERT, Georges

Tratado Elemental de Derecho Civil, Tomo I, Editorial -
Cultural S.D., La Habana, Cuba, 1946.

RECASENS SICHES, Luis

Tratado General de Sociología, 18a. Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1980.

RIPERT Y BOULANGER

Derecho Civil de las Personas, Tomo II, Volúmen I, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1970.

ROJINA VILLEGAS, Rafael

Compendio de Derecho Civil, Tomo I, 17a. Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1980.

ROJINA VILELGAS, Rafael

Derecho Civil Mexicano, Tomo II, Volúmen I, Editorial Antigua Librería de Robredo, México, 1959.

SANCHEZ VARGAS, Gustavo

Orígenes y Evolución de la Seguridad Social en México, Instituto de Investigaciones Sociales, U.N.A.M., México, 1963.

SOTO PEREZ, Ricardo

Nociones de Derecho Positivo Mexicano, Editorial Esfinge, S.A. de C.V., México, 1988.

TENA SUCK, Rafael y MORALES SALDAÑA, Hugo Italo

Derecho de la Seguridad Social, Editorial PAC, S.A., - México, 1987.

VERDOOT, Albert

Declaración Universal de los Derechos del Hombre (Nacimiento y Significación), Biblioteca Mensajero, España, 1969.

OTRAS FUENTES:

ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, Tomo XI, Bibliografía del Libro, S.R.L., Buenos Aires, Argentina 1980.

ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, Tomo XXIII, Bibliografía del Libro, S.R.L., - Buenos Aires, Argentina, 1980.

DICCIONARIO ENCICLOPEDICO DE DERECHO USUAL, Tomo II, 14a. Edición, Editorial Hellasta S.R.L., Argentina, 1979.

LEYES Y CODIGOS CONSULTADOS:

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, 87a. Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1989.

CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, 54a. Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1986.

LEY DEL SEGURO SOCIAL, Secretaría General, Unidad de Publicaciones y Documentación I.M.S.S., México, 1986.