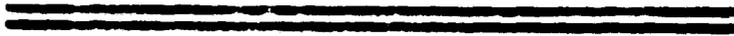


18/
2Ej



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**



**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
A R A G O N**



**CONSTITUCION Y DISOLUCION DEL
CONCUBINATO DENTRO DEL CODIGO CIVIL
PARA EL DISTRITO FEDERAL.**

FALLA DE ORIGEN

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO**

P R E S E N T A

ANA LILIA GUTIERREZ GARCIA.

ASESOR DE TESIS: LIC. FERNANDO PINEDA NAVARRO.



MEXICO,

1996

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

Dedico con todo mi amor este trabajo a Herminia García mi madre, porque su amor, apoyo y confianza, fueron la energía y vitalidad que hicieron posible mi formación personal y profesional.

A Adolfo Gutiérrez, mi padre por permitirme llegar al final de una de mis metas. Por la vida que me ha dado y por todo lo que soy.

A mis hermanos: A. Rafael y José Luis que han sido y serán mi principal motivo de superación.

Al Lic. Ricardo Mendoza, porque a través de su ejemplo, descubrí mi vocación.

**Al Lic. Juan Carlos Hernández como
una muestra de lo que significa en
mi vida.**

**Al Dr. Francisco Jiménez, por ser un
ejemplo de superación.**

**Al Lic. Javier Rangel, por su
sinceridad y honestidad, que lo
hacen una persona sin igual.**

**A Guadalupe González, Julieta
Ávila, Uriel Flores, Jesús
Hernández, Ruben Noguez, Jesús
Escobar, Dinorah Ramirez, Ma.
Elena Medina y Oscar Zavala; por
todos esos momentos, que dejan en
mí, una huella imborrable, por su
Amistad.**

**A mi asesor, Lic. Fernando Pineda
Navarro, porque supo ser guía con
sus valiosas aportaciones.**

Con respeto, cariño y admiración

**A los miembros del jurado, por sus
valiosas aportaciones durante la
revisión de este trabajo.**

**Y sobre todo a Dios, por darme la
serenidad de aceptar las cosas que
no puedo cambiar y el coraje para
cambiar las que sí puedo.**

**CONSTITUCIÓN Y DISOLUCIÓN DEL CONCUBINATO DENTRO DEL
CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.**

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I	
ANTECEDENTES DEL CONCUBINATO	
A. EN EL DERECHO ROMANO	5
B. EN EL DERECHO ECLESIASTICO	15
C. EN LAS SIETE PARTIDAS	18
D. EN EL DERECHO AZTECA	22
E. EN LA ÉPOCA COLONIAL	25
F. EN EL CÓDIGO DE NAPOLEON.	26
CAPITULO II	
EL CONCUBINATO Y OTRAS FIGURAS	
A. ADULTERIO	29
B. AMANCEBAMIENTO	32
C. BARRAGANIA	33
D. CONTUBERNIO	37
CAPITULO III	
DERECHO NACIONAL E INTERNACIONAL	
A. LEGISLACIÓN NACIONAL	40
a) LEGISLACIÓN DE VERACRUZ	40
b) LEGISLACIÓN DE TLAXCALA	51
c) LEGISLACIÓN DE TAMAULIPAS	66
B. LEGISLACIÓN INTERNACIONAL	73
a) LEGISLACIÓN DE CUBA	73
b) LEGISLACIÓN DE GUATEMALA	74

**CAPITULO IV.
EL CONCUBINATO Y SUS EFECTOS SOCIO-JURÍDICOS**

A. CONCEPTO DE CONCUBINATO	70
B. CRITERIOS SOBRE LA FIGURA DEL CONCUBINATO	81
C. REQUISITOS DEL CONCUBINATO	85
D. CONCEPTO DE FAMILIA Y SU RELACIÓN CON EL CONCUBINATO	91
E. DIFERENCIAS DEL MATRIMONIO CON EL CONCUBINATO	93
F. DIFERENTES ACTITUDES QUE EL DERECHO PUEDE ASUMIR EN RELACIÓN CON EL CONCUBINATO	95
G. EL CONCUBINATO EN LOS DIFERENTES ESTRATOS SOCIALES.	98

**CAPITULO V
EL CONCUBINATO EN NUESTRO CÓDIGO CIVIL VIGENTE.**

A. CONSTITUCIÓN DEL CONCUBINATO	113
a) EFECTOS JURÍDICOS RESPECTO A LA CONCUBINA.	113
b) EFECTOS JURÍDICOS RESPECTO AL CONCUBINARIO	120
c) EFECTOS JURÍDICOS RESPECTO A LOS HIJOS NACIDOS DENTRO DEL CONCUBINATO	121
B. DISOLUCIÓN DEL CONCUBINATO	133
a) EFECTOS JURIDICOS RESPECTO A LOS CONCUBINOS	134
b) EFECTOS JURÍDICOS RESPECTO A LOS HIJOS NACIDOS DENTRO DEL CONCUBINATO	144
c) EFECTOS JURÍDICOS EN RELACIÓN CON TERCERAS PERSONAS	145
CONCLUSIONES	149
BIBLIOGRAFÍA	155

INTRODUCCIÓN

La figura del concubinato, evidentemente, es un tema que despierta el ánimo de tratarlo, debido a que es muy común en la crítica social que a menudo escuchamos o leemos, de ahí, mi inquietud de abordarlo

De esta manera expongo; uno de los grandes y crecientes problemas socio-jurídicos que afectan la integración familiar y por ende a la sociedad.

Observaremos que el concepto de concubinato ha estado presente en la historia de la humanidad en varios países y distintas épocas, razón por la cual, son notables las conceptualizaciones sobre el término.

Analizaremos que esta figura desde su inicio formó parte de una desigualdad social romana, ya que aquél que no fuera ciudadano romano o patricio debía unirse por medio del concubinato. Desigualdad que se acrecentó con la regulación jurídica de la justa nuptiae pasando el concubinato a ser una unión de grado social y jurídico inferior al matrimonio.

El multicitado tema ha sido equiparado con el adulterio, el emancipamiento y la barraganía a fin de trazar sus similitudes y diferencias. Manifestaremos las posturas adoptadas por la legislación nacional y extranjera.

En este renglón, notaremos que fue el Código Civil de 1928 el primer cuerpo legislativo que reconoció efectos jurídicos a la concubina y a los hijos de esta. Provocando con ello un cierto malestar en la sociedad de esa época que consideró dicho avance un atentado contra la moral.

Sin embargo, la mencionada regulación no fue suficiente debido a que existía una desigualdad jurídica entre concubenarios, como consecuencia de que dicha figura sólo surtía efectos en favor de la concubina dejando desprotegida a su pareja siendo en el año de 1963 cuando se otorgaron igualdad de condiciones.

No obstante los logros legislativos de nuestra figura, nos percatamos que aún hoy en día, existe una controversia en torno a que no es posible conceder los derechos de un matrimonio a una situación de hecho, lo cual algunos autores consideran injusto debido a que si bien es cierto que no cumple con las formalidades requeridas por ley, sí cumple con los fines del matrimonio.

En este tenor, analizaremos los requisitos que debe cumplir dicha unión a fin de ser considerada por el derecho.

Notaremos que el concubinato es una forma generalizada de constituir un núcleo familiar, aún cuando no todos comparten esta idea.

El concubinato no constituye una figura aislada a nuestro entorno sino por el contrario, está presente en cada uno de los diferentes estratos sociales, como consecuencia de que día a día se generaliza más.

Finalmente evaluaremos los efectos jurídicos que nuestro Código Civil vigente, otorga a los concubenarios y a los descendientes de estos, así como a su relación con terceros.

Es preciso indicar que la presente investigación, tiene como intención mostrar que la figura del concubinato no atenta con el principio de moralidad, ni contra el matrimonio, motivo por el cual, debe gozar del mismo rango jurídico.

CAPITULO I.

ANTECEDENTES DEL CONCUBINATO.

- A. EN EL DERECHO ROMANO.**
- B. EN EL DERECHO ECLESIASTICO.**
- C. EN LAS SIETE PARTIDAS**
- D. EN EL DERECHO AZTECA**
- E. EN LA ÉPOCA COLONIAL**
- F. EN EL CÓDIGO DE NAPOLEÓN**

ANTECEDENTES DEL CONCUBINATO.

A. ANTECEDENTES EN ROMA.

La coemptio y el usus nos llevan a las costumbres más antiguas de la humanidad. La compra y el rapto fueron en un principio los medios más simples para procurarse mujeres.

La coemptio era una compra de la mujer bajo la forma de mancipatio, antiguo tipo de compra venta. El padre tenía el derecho de obtener beneficios de sus hijos, vendía a sus hijas a quienes necesitaban para procurarse descendencia. Con el tiempo la compra terminó en convertirse en simbólica.

"Al respecto Floris Margadant, menciona que etimológicamente la coemptio no debe considerarse como una compra de la novia sino más bien un acto por el cual la mujer se une a su nueva familia, con el consentimiento del antiguo paterfamilias, del cual se liberó mediante una mancipatio ficta".¹

"Originalmente el padre de la desposada era el que transmitía la potestad sobre ella, al marido, ante cinco testigos, empleando el cetro y la balanza, por un precio fingido. En la época clásica parece ser que era la propia desposada la que celebraba la mancipatio con el marido"²

Ya en la época de las Doce Tabas el matrimonio se podía perfeccionar sin confarreatio ni coemptio por el mero hecho de constar la

¹ Guillermo Floris Margadant, *Revista de la Facultad de Derecho*, Número 23, México 1956. Pág. 23.

² Paul Jura Wolfgang Kuntzi, *Derecho Privado Romano*, segunda edición, Editorial Labor, España 1973, Pág. 383.

voluntad unánime de los esposos de contraer matrimonio y de la constitución afectiva de la comunidad conyugal.

De esta manera, a fines de la República el matrimonio sin formalidad pasó a ser la regla general.

"Por lo que respecta al usus consistía en la práctica antigua del rapto violento acomodado en una sociedad más ordenada, en la que la posesión no se transformaba en derecho sino al cabo de cierto tiempo" ³

En tanto que para el autor Guillermo Floris Margadant, consiste en:

Una renuncia a la nacionalidad doméstica de origen hecha con consentimiento del antiguo paterfamilias, de la mujer o de sus tutores implicando una entrada a la nacionalidad doméstica del marido ⁴

"El modo de perfeccionar esta situación era la presencia ininterrumpida de la esposa en casa del marido por 300 noches, pero el modo de impedir el perfeccionamiento de esta forma de poder marital era que la mujer se ausentara del hogar conyugal durante tres noches seguidas, "Trinoctium usurpendi gratia" misma que podía pasar a la domus original participando en los cultos familiares" ⁵

El cambio de familia no se da de manera automática, como se puede apreciar en el Discurso Pro Flacco de Cicerón, que menciona en el capítulo

³ J. Decleruil, *Roma y la Organización del Derecho*, Traducción de José López Férez, Segunda edición, Hispánica México 1958, pág. 76.

⁴ Guillermo Floris Margadant, *Revista de la Facultad de Derecho*, op. cit. Pág. 23.

⁵ Paul Jore-Wolfgang Kunkel, *Derecho Privado Romano*, op. cit. Pág. 398.

34 que se requería para el *usus* el consentimiento de los titulares del poder doméstico de la mujer.

El *usus* a través del tiempo podía regularizarse ante el derecho, adquiriendo así una carta de legitimación con las consecuencias propias del matrimonio.

Fue reglamentado por los Decemviri, el año 451 antes de Cristo, y es probable que esta institución y, por lo tanto el matrimonio *sine manus* sean las formas de matrimonio conocidas desde épocas anteriores a las Doce Tablas.

De lo expuesto anteriormente se pueden desprender que en la antigua Roma, el matrimonio se celebraba de manera informal, y aún cuando se realizaban fiestas familiares, sociales y a veces de carácter religioso, estas no eran indispensables para que el matrimonio fuera reconocido, la celebración no estaba acompañada de ningún contrato y muchos menos intervenía alguna autoridad pública. Motivo por el cual la diferencia entre concubinato y matrimonio en el pueblo romano era difícil de percibir lo cual hoy en día en los sistemas modernos no ocurre, como consecuencia de que existe una marcada diferencia entre ambas figuras que radica esencialmente en la forma.

"Los romanos daban el nombre de concubina a la unión permanente entre personas de distintos sexo, sin que exista la intención de

34 que se requería para el usus el consentimiento de los titulares del poder doméstico de la mujer.

El usus a través del tiempo podía regularizarse ante el derecho, adquiriendo así una certa de legitimación con las consecuencias propias del matrimonio.

Fue reglamentado por los Decemviri, el año 451 antes de Cristo, y es probable que esta institución y, por lo tanto el matrimonio sine manus sean las formas de matrimonio conocidas desde épocas anteriores a las Doce Tablas.

De lo expuesto anteriormente se pueden desprender que en la antigua Roma, el matrimonio se celebraba de manera informal, y aún cuando se realizaban fiestas familiares, sociales y a veces de carácter religioso, estas no eran indispensables para que el matrimonio fuera reconocido, la celebración no estaba acompañada de ningún contrato y mucho menos intervenía alguna autoridad pública. Motivo por el cual la diferencia entre concubinato y matrimonio en el pueblo romano era difícil de percibir lo cual hoy en día en los sistemas modernos no ocurre, como consecuencia de que existe una marcada diferencia entre ambas figuras que radica esencialmente en la forma.

"Los romanos daban el nombre de concubinatus a la unión permanente entre personas de distintos sexo, sin que exista la intención de

considerarse marido y mujer (*Affetio maritalis*); diferenciándose así las relaciones pasajeras consideradas como ilícitas”⁶

En roma el concubinato era una institución expresamente reconocida, a la que se le da un rango inferior al matrimonio, ya que la mujer no adquirió la consideración de casada y los hijos seguían la condición del padre, no de la madre.

“Esta especie de matrimonio parece haber tenido sus orígenes en la desigualdad de condiciones sociales de las personas, de esta forma un civil tomaba para concubina a una mujer que no había sido honorable para hacerla su esposa; tal como una manumitida o una de baja extracción. Antes de Justiano se presumió la existencia de matrimonio. Cuando los esposos eran de la misma condición social y concubinato cuando eran de condición diversa”⁷

Esto hace suponer que el concubinato, en ocasiones, era una forma de unión impuesta cuando quería eludir los obstáculos constituidos por la existencia de determinadas condiciones de clase social que debían concurrir para celebrar las justas nuptias, entre personas de diferente categoría social.

Estas uniones libres, que existieron en mayor o menor proporción en la antigua Roma, se multiplicaron hacia el final de la República, época hasta la cual el Derecho Civil se ocupó de lo que se consideraban simples uniones

⁶ Eugenio Petá, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, Traducción de Manuel Rodríguez C., Editorial Cárdenas, México, 1980, Pág. III.

⁷ Raúl Lanza García, *El Derecho Romano*, Segunda edición, Editorial Linusa, México 1964, Pág. 98.

de hecho. Durante los primeros siglos de Roma constituyó un simple hecho natural, no reglamentado ni reconocido por el Derecho Civil.

"Las uniones extrajurídicas recibieron por las Leyes Caducarias de Augusto el nombre de concubinato, término utilizado desde antes para uniones pasajeras,, pero desde Augusto toma, socialmente otra significación: ya no es ninguna deshonra vivir en concubinato"⁸

"Los emperadores más virtuosos de los primeros siglos de nuestra era, Vespiano, Antonio Pío y Marco Aurelio, vivían en concubinato"⁹

De las Leyes Caducarias podemos afirmar que el concubinato recibió su nombre, como compensación concedida a las personas entre las cuales las leyes prohibían el matrimonio, al menos las eximió de las penas de la Lex Adulteris, dictada en el año 9 después de Cristo, por Augusto.

"Ley que castigaba penalmente, el stuprum y el comercio cometido con las mujeres e hijas de condición honorable, con tal de que esa unión no violase ni el principio de la monogamia (principio que podía ser disuelto por el divorcio cuando desapareció la affectio maritalis entre cónyuges), ni las reglas de uniones sexuales, referentes al parentesco o a la pubertad, recibiendo de este modo una especie de consideración legal. Desde entonces le fueron impuestas condiciones para precisar los límites, fuera de los cuales había unión ilícita"¹⁰

⁸ Guillermo Floris Margadant, *Revista de la facultad de Derecho*, op. cit. Pág. 32.

⁹ *Idem*, Pág. 33.

¹⁰ Eugene Petit, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, op. cit. Pág. III

"El concubinato se practicaba al principio entre personas Privadas de "Connubium"; posteriormente se permitió con una mujer de cualquier condición, sin que hubiera entre ambas partes "Affectio maritalis". Si bien cuando se trataba de una mujer ingenua et honesta vitae, debía aclarar expresamente su voluntad de descender a concubina -Testatio-, de no ser así se cometía el delito de adulterio. Tampoco se podía tener más de una concubina y únicamente así no tener mujer legítima. El consentimiento del jefe de familia no parece que fuera exigido y escapaba asimismo el concubinato de las demás prohibiciones dictadas para las justas nuptias, por ejemplo: un gobernador, estándole prohibido casarse con una mujer de su provincia, podía tomar una concubina" ¹¹

El concubinato en sus principios no producía efecto alguno de Derecho Civil que estaban unidos a las justas nuptias. Uno de los efectos es que la mujer no era elevada a la condición social del marido en este tipo de unión; asimismo cuando un ciudadano había tomado como concubina a alguna mujer de su mismo rango social, lo cual era raro por la testatio, no era tratada como "uxor" (consideración de casada) en la casa y en la familia, ni en la sociedad, en donde el hombre de inaequale conjugium venía aplicando esta unión. ¹²

En relación a los hijos nacidos del concubinato, son cognados de la madre y de los parientes maternos, pero no estaban sometidos a la potestad del padre, y nacen sui iuris, calificados de spurri, liberi naturales o filii.

¹¹ Sabino Ventura Silva, El Derecho Romano, Séptima edición Editorial Porrúa, México 1964, Pág. 109.

¹² Eugene Petit, Tratado Elemental de Derecho Romano, op. cit. pág. 111.

De esta manera los romanos contaban con dos tipos de uniones la *justae nuptiae* o el concubinato, cuyas consecuencias y efectos socio-jurídicos son distintos. Si querían desarrollar una familia civil, contrataban la *justae nuptiae*, que les daría hijos bajo su potestad; si querían dejar fuera de su familia a los hijos que nacieran de esa mujer a la cual se le habían unido, entonces tomaban el concubinato.

Ambas uniones se caracterizaban por los siguientes elementos comunes:

- a. Se trataba de uniones duraderas y monogámicas de un hombre y una mujer.
- b. El hombre y la mujer tienen la intención de procrear hijos, y apoyarse mutuamente en los enleces y peripecias de la vida.
- c. Ambas formas de unión son socialmente respetadas, y como se indicó anteriormente a ninguna de ellas se le exigía formalidad jurídica ni intervenía el Estado romano.

La diferencia entre la *justae nuptiae* y el concubinato, radica en la falta de alguno de los requisitos establecidos por los romanos para la primera y los cuales consistían en:

1. Que los cónyuges tengan el *connubium*.-Antes de la *Lex Canuleia* de 445 a.c., esto quería decir, que el hombre y la mujer fueran de origen patricio: posteriormente significaba que ambos fueran de nacionalidad romana o que perteneciesen a pueblos que hayan recibido de las autoridades romanas el privilegio del *Connubium*.

2. Que los cónyuges sean sexualmente capaces: el hombre mayor de 14 años y la mujer de 12 años.
3. Que los cónyuges como sus paterfamilias hayan dado su consentimiento.
4. Que no exista un parentesco de sangre dentro de ciertos grados.
5. Que no exista una gran diferencia de rango social, requisito que no ha logrado sobrevivir en nuestra época.
6. Que no exista una relación de tutela entre ambos cónyuges. Sólo después de terminada la tutela y de rendir cuentas.
7. Dispersos en las fuentes se encuentran requisitos de carácter negativo como el de que el justo matrimonio no pueda celebrarse entre adúltera y amante, entre un gobernador y una mujer de provincia.

Los romanos establecieron estos requisitos para contraer justas nuptias fuera de los cuales había concubinato ¹³

Ante esta situación, fuera de la sucesión legítima y los alimentos, el concubinato en el derecho romano quedaba excluido de los siguientes efectos jurídicos:

- a) Los cónyuges se deben fidelidad.

¹³ Guillermo Floris Margalant, El Derecho Privado Romano, Onceava edición, Editorial Estings, México 1979, Pág. 209.

- b) La esposa tiene el derecho y también el deber de vivir con el marido.
- c) Los cónyuges se deben mutuamente alimentos.
- d) Los hijos nacidos de tal matrimonio caen bajo la patria potestad de su progenitor.
- e) Los hijos del justo matrimonio siguen la condición social del padre (por ejemplo la condición senatorial).
- f) Los cónyuges no pueden hacerse mutuamente donaciones para que no se priven recíprocamente de sus bienes por mutuo amor.
- g) Desde la época de Augusto se prohíbe que la esposa siga ramera de su marido.
- h) Un cónyuge no puede ejercer contra otro una acción de robo.
- i) En materia civil, la condena que obtenga un cónyuge contra otro, no puede ir más allá de las posibilidades de la vencida.
- j) La viuda pobre tiene ciertos derechos (bastante limitados) a la sucesión del marido, si este muere intestado.

Es preciso señalar que bajo la influencia del Cristianismo, las leyes imperiales manifestaron su reprobación a las uniones fuera de matrimonio, castigado a los hijos que nacieran de esas uniones con penas más o menos grandes parecieran más o menos censurables, Adulterinos o

incestuosos y los hijos ni siquiera tenían derecho a alimentos: *apuri*, no tuvieron sucesión de su madre, nacidos de una unión en concubinato no pudieron recibir nada de su padre ni adrogados por él"¹⁴

Durante el bajo imperio, el concubinato llegó a ser un incaeque *coniugium*, una unión inferior al matrimonio, lícita con tal de que la concubina fuera única, libre y viviesen conyugalmente en su casa. Las leyes lo admitieron pero le fueron poco favorables.

Fue Constantino quien gravó a los hijos nacidos de estas uniones con el nombre de hijos naturales (*filii naturales*) así como a la madre con la incapacidad de recibir nada del padre; creyó lograrlo ofreciendo a las personas que viviendo en concubinato tenían hijos naturales, legítimos siempre que transformaran su unión en justas nupcias. En los tiempos de Zenón este acordó el mismo favor, sin mayor éxito. El emperador Anastasio fue todavía más lejos, puesto que decidió que tanto como en el presente como en el futuro, todos aquellos que tuvieron hijos nacidos; podrían legítimos contrayendo la justa nupcias.

Das generaciones después, en tiempos de Valentiniano (371), esta medida contra el concubinato desaparece, y desde entonces los emperadores siguen una política sensata; ya no tratan de fomentar un matrimonio justo mediante medios que perjudiquen a los hijos nacidos del concubinato, sino que garantice a los hijos naturales ciertos derechos respecto a los padres; política que culminan en las famosas Novelas 18 y 88 de Justiniano, en las cuales el emperador:

¹⁴ Eugenio Petá, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, op. cit. Pág. 111.

"Conmovido por las lágrimas de los hijos, concede al concubinario el derecho de legar la mitad de su fortuna a su concubina y a los hijos del concubinato, concediéndoles además a estos derechos de alimentos a cargo de la herencia, en caso de existir también hijos legítimos del de cujus y también establece para los hijos del concubinato un derecho de intestato a la sexta parte de la herencia cuando, no concurren hijos legítimos".¹⁵

De esta forma Justiniana, como unión monogámica, estable socialmente aceptada, pero con consecuencias jurídicas reducidas, el concubinato coexistía con el matrimonio justo hasta que León el Filósofo, a comienzos del siglo X, mediante una disposición quitó al concubinato su carácter decoroso.

Es así como podemos afirmar que en la antigua Roma, la figura del concubinato se distingue del matrimonio, sólo en sus condiciones de validez y de efectos, no ocupándose de la formal.

B. EN EL DERECHO ECLESIASTICO

En lo referente a nuestra figura, podemos apreciar que la iglesia misma, tan especial guardadora del sacramento conyugal y tan celosa defensora de la unidad de la familia, ha tenido en este punto sus alternativas y transigencias. San Agustín por ejemplo admitió el beatusmo de la concubina, siempre que ésta se obligará a no dejar nunca a su concubinario. Los cánones de San Hipólito negaron el matrimonio a quienes lo solicitase para abandonar a su concubina, a menos que esta hubiese cometido adulterio.

¹⁵ Guillermo Florio Margulies, *Revista de la Facultad de Derecho*, op. cit. Pág. 34.

Por su parte el Concilio de Orleans, de 528, declara bigamo al que tuviese dos mujeres, sin distinguir entre la esposa legítima y la concubina. El primer Concilio de Toledo autoriza el concubinato, siempre que éste tenga el carácter de perpetuidad del matrimonio, fue tiempo después cuando la iglesia cambió de política y gradualmente impone severas sanciones para las uniones irregulares.

Es el Primer Concilio de Letrán celebrado en 1123, cuando la iglesia católica trató por primera vez de convertir el matrimonio consensual en sacramento, mejor dicho de reglamentarlo como sacramento, puesto que fue el mismo Jesucristo quien lo elevó a la dignidad de tal. Sin embargo, las disposiciones que al respecto dictó la iglesia no tuvieron ningún efectos sino hasta la celebración del Concilio de Trento, el cual establece:

"...que los concubinaros que no rompiesen sus relaciones a la tercera amonestación serían excomulgados, y que si persistiesen en ellas más de un año serían considerados como adúlteros y herejes " 16

El mencionado concilio es decretado con la finalidad de anular los matrimonios consensuales, tan difundidos en ésta época.

"A partir de este momento la iglesia ha tenido ya una táctica más uniforme y segura. El matrimonio constituye para ella el vínculo familiar respetable y el concubinato implica una relación pecaminosa al margen de la ley que ha tenido su condenación" 17

16 Ángel Caserio, Matrimonio, Divorcio y Concubinato, Editorial Lex, La Habana, Cuba 1944, Pág. 315.

17 *Ídem*.

Actualmente el Código Canónico vigente reglamenta el matrimonio en sus artículos: 1020, 1043, 1044, 1104, y demás relativos. En cuanto al concubinato repetimos es un delito e impedimento dirimente del matrimonio, según lo establece el canón 1078, la legitimación de los hijos sólo puede operarse por el matrimonio ¹⁸

"El amasiato viola directamente el 6º mandamiento de la Ley de Dios que dice no fornicarse".¹⁹

Se llama amasiato; a que un hombre y una mujer vivan juntos sin estar casados por la iglesia.

"Empecemos por entender bien que este lamentable estado no deja de existir porque ellos se unen por la Ley Civil, pues el matrimonio civil es nulo entre los bautizados, cuyo verdadero matrimonio es el religioso, por lo que todo cristiano que vive sin casarse por la iglesia, vive en amasiato, y si se casa por lo civil, cae en lo que S.S. Pío XII llama concubinato legal". ²⁰

Es un hecho que la mujer amancebada, no podrá tener para su persona el mismo respeto y estimación que una esposa, ni del compañero con el que vive, ni de los hijos, ni mucho menos de la sociedad aunque esta se haya vuelto tan permisiva, pues en el fondo no será tratada igual a una mujer de bien, que una a la que le resultan indiferentes lo que llamamos las buenas costumbres que tienen como raíz, los preceptos morales del Decálogo ²¹

¹⁸ Carlos E. Mancueras; Nueva Enciclopedia Jurídica, México 1976.

¹⁹ Folletto E.V.C., Liberación Femenina, Sociedad E.V.C., México 1968, Pág. 13.

²⁰ *Ibid.*

²¹ Carlos E. Mancueras; Nueva Enciclopedia Jurídica, México 1976.

Como podemos observar la iglesia atribuye al matrimonio un carácter moral, pues considera que el concubinato fija a la pareja continuamente en un estado de pecado.

C. EN LAS SIETE PARTIDAS

Durante la Edad media existieron tres clases de enlaces matrimoniales de varón y mujer, que a continuación se enlistan.

- a. El matrimonio celebrado con todas las solemnidades de derecho y consagrado a la religión.
- b. El matrimonio llamado "Ayuras" o sea casamiento pero oculto, clandestino.
- c. La unión o enlace de soltero, que fuese lego o clérigo, con soltera a la que llamaban barragana sin solemnidad alguna.

Siendo la unión entre soltero con soltera, el motivo de nuestro interés.

En España el concubinato tomo el nombre de barragania ²² Término que después fue substituido por el de amancebamiento.

Figura que es contemplada en el Libro de las Leyes, conocido con el nombre de las Siete Partidas, título modesto, que tomo de las siete partes en que está dividido. ²³

²² Enciclopedia Universal Ilustrada, tomo XIV, Editorial Euroamericana, México, 1976.

²³ *Ibidem*.

Cuyo autor fue Alfonso X de Castilla (Alfonso el Sabio), en su prólogo contiene elogios de la religión y del pueblo en el que se publicó (1348, en los Cortes de Alcalá), y en cuyo texto encontramos las siguientes consideraciones;

En cuanto al matrimonio, la Partida I establece que no hay más que uno legítimo para los cristianos; el religioso en que los aspectos contractuales quedan esfumados bajo el carácter sacramental.

En tanto que la Cuarta Partida legisla sobre la familia siguiendo los moldes del Derecho Romano y Canónico ²⁴

La partida IV establece que el único matrimonio lícito para los católicos es el religioso. Y en consecuencia, sólo eran considerados legítimos los hijos nacidos de tales matrimonios consagrados con la bendición canónica y reservándose a los hijos nacidos fuera de matrimonio, según la ley eclesiástica, una situación inferior y penosa, que no obstante podía remediarse por dispensa real o señorial, borrándose en tales casos la mancha infamante del origen.

"El título XIII de la Quinta Partida prescribe: los hijos legítimos (hijo legítimo). Tanto quiere decir como el que es fecho según ley ; e aquellos deben ser llamados legítimos, que nacen de padre o madre que son casados verdaderamente según manda la santa iglesia". ²⁵

²⁴ *Ibidem.*

²⁵ *Ibidem.*

"Asimismo el título XIV se ocupa de las otras mujeres que tienen los omes, que no son de bendiciones. Barragana defiende santa iglesia, que no tengan ningún cristiano, porque viven con ellas en pecado mortal, pero los sabios antiguos que fizieron las leyes, consintieron las que algunas la pudiesen a ver sin pena temporal: porque tuvieron que era menos mal, de haber una que muchas. El porqué los hijos que nacieren de ellas, fuesen más ciertos" ²⁶

La Ley Primera prescribe que para ser recibida como concubina, la mujer debe ser libre desde su nacimiento, aunque provenga de vil linaje o lugar.

La Ley segunda establece; la unión extramatrimonial de hombre con mujer libre, mayor de 12 años, que no sea virgen y si es viuda que sea de buena reputación. Para esta situación, no existía pena temporal, lo que significa que era permitida aunque para la iglesia fuera considerada pecaminosa. Y de ella podía resultar matrimonio legítimo para el Fuero Segar sino se había tomado la precaución de declarar ante testigos calificados cuando se unían el hombre a la mujer, que tomaba por barragana.

La otra parte de la ley está dedicada a las mujeres de mala reputación y de despreciable linaje, con las cuales no era necesario el recaudo de los testigos para probar que sólo habían sido recibidas como concubinas.

Hece alusión a los impedimentos de parentesco y custodia, lo mismo que para el matrimonio legítimo.

²⁶ Idem.

"...los altos funcionarios en algunas tierras llamadas adelantados, a los que estaba prohibido casarse legítimamente en su jurisdicción, pero a los que estaba permitido tomar barragana. ²⁷

El título XIV. menciona; naturales e non legítimos llamaren los sabios antiguos a los hijos que non necen de casamiento segun ley, ocaí como los que nascen en las barraganas.

Entre los perjuicios que sufrían los hijos ilegítimos se pueden mencionar que eran considerados indignos para ejercer determinadas funciones, tampoco podían heredar bienes de los padres, de los abuelos o de otros parientes que descendieran de ellos, como se establece en la Segunda Ley. La penosa situación del hijo ilegítimo podía remediarse por legitimidad obtenida por gracia del rey o del Papa. También se podía legitimar por instrumento o carta escrita de propia mano ²⁸En la Sexta Partida encontramos diecinueve títulos que desarrollan la materia de testamentos de los herederos, de los huérfanos y los menores de edad, de la guarda de sus bienes.

En la Partida IV se excluye por completo a los hijos ilegítimos de la sucesión de sus padres (título XXII, Ley Segunda, Ley Tercera). Doctrina menos inhumana se establece en la Partida VI. El hijo natural, ya que no los demás ilegítimos, heredan una sexta parte del haber del padre, si este muere intestado y sin dejar hijos legítimos. Esta parte constituye la legítima del hijo natural ²⁹

²⁷ Ibidem.

²⁸ Ibidem.

²⁹ Ibidem.

Una vez expuesto lo anterior, podemos indicar que la diferencia esencial entre el concubinato y el matrimonio contemplado dentro del texto de la Siete Partidas es de tipo religioso.

Cuya validez se pone en duda tiempo después cuando Juan Calvino en 1543 en Francia niega y ataca la sacramentalidad del matrimonio argumentado, los reformistas que éste es un contrato social por ende sólo corresponde al Estado su competencia y legislación, dando pauta a la separación de Iglesia y Estado.

En 1570 con Martín Lutero se trata de detener los desmanes y abusos de la Iglesia restituyendo su carácter de sencillez. Aunque al paso del tiempo toman auge las justas protestas y de esa forma queda dividida Europa en la cuestión teológica.

D. EN EL DERECHO AZTECA

"La familia tenía carácter patriarcal. El esposo era dentro de ella la autoridad superior y gozaba de potestad sobre su mujer y sus hijos"³⁰

El matrimonio era visto entre los aztecas como un bien imprescindible en la sociedad; como un lazo que todo individuo debía contraer a cierta edad para seguir disfrutando del aprecio de las familias. El joven que llegaba a la edad de veintidós años y permanecía soltero, se veía precisado a consagrarse a los dioses y si arrepentido de su celibato pretendía después casarse, quedaba infamado y no había mujer que lo admitiese como marido

* 31

³⁰ Revista de Derecho Natural, El Derecho de los Aztecas, Número 9, Volumen III, México 1959, Pág. 9.

³¹ Niceto de Zamacoín, Historia de México, tomo I, Capítulo XIV, Editorial Tipografía de T. Monge, Barcelona 1976, Pág. 409.

El casamiento estaba considerado ante todo como un asunto que se resolvía entre familias. En cuanto los padres habían elegido a la futura esposa de su hijo, no sin antes haber consultado a los adivinos a fin de conocer los presagios que se podían extraer de los signos de los cuales habían nacido uno y otra, entraban en escena las ancianas encargadas de servir como intermediarias entre las familias, pues no debía hacerse ninguna gestión de manera directa. Esas matronas iban a visitar a los padres de la doncella y exponían el objeto de su misión, las buenas costumbres exigían que la primera vez se diera una negativa a las matronas regresaban al día siguiente o días después y los padres de la doncella deban finalmente su consentimiento, se señalaba la fecha de la boda consultando una vez más a los adivinos, a fin de celebrar la boda bajo un signo favorable.

Los ritos del matrimonio se celebraban con majestuosa formalidad.

"Llegada la fecha de la boda, en la noche los parientes de la novia se encargaban de conducirla al hogar conyugal a la luz de las antorchas"³²

"Llegado el grupo al hogar conyugal, el novio y la novia se purificaban con humo y se sentaban en un tapete. El sacerdote ataba los vestidos de los consortes, después bendecía la unión y el lugar donde estaban, así quedaban unidos. Celebrado el enlace, los consortes ayunaban durante cuatro días, no se levaba y se abstenían de cualquier acto carnal. En la cuarta noche, después de bendecir el lecho y hacer un sacrificio se arañaban con una espina de maguey la lengua y una oreja, se realizaba la cohabitación. Al quinto día los contrayentes eran bañados y la sábana del

³²Jacques Soustelle, La Vida Cotidiana de los Aztecas en Vísperas de la Conquista, Traducción de Carlos Villegas, Segunda edición, Editorial F.C.E., México, Pág. 176.

lecho conyugal era llevado al templo en testimonio de la virginidad de la contrayente, quedando concluido el enlace" ³³

"En estas condiciones y de acuerdo con estos ritos es como el hombre desposaba a su mujer principal y sólo podía celebrarlo con una sola mujer; pero además podía tener tantas esposas secundarias como le conveniese. El sistema matrimonial era una especie de transacción entre la monogamia y la poligamia, sólo existía una esposa legítima, o sea aquella con la cual el hombre se había casado observando todas las ceremonias que han quedado descritas, pero también había un número indefinido de concubinas oficiales que tenían su sitio en el hogar y cuyo estatus social no era de ninguna manera de burla o de desprecio." ³⁴

"Además del matrimonio al que ya no hemos referido había otro que se podía llamar temporal" ³⁵

El hombre se unía en matrimonio hasta que él quisiera disolverlo, caso en el que la mujer volvía a sus padres. En ésta clase de uniones no se celebraba ningún rito pues sólo era preciso el consentimiento del padre de la joven.

Tanto las esposas temporales como las concubinas podía exigir a los esposos la legitimación de un matrimonio permanente cuando hubiere pasado un tiempo largo o que se les devotiesen a sus padres.

³³Niceto Zamacoín, *Historia de México*, op. cit. Pág. 549.

³⁴Jacques Bonstelle, *la Vida Cotidiana de los Aztecos en Vigencia de la Conquista*, Pág. 181.

³⁵Guillermo Florín Merigand, *Introducción a la Historia del Derecho Mexicano*, Tercera edición, Editorial Eudasa México, 1978, Pág. 23

"De esta manera tenemos que una unión irregular podía convertirse en legítima, después de varios años de duración efectiva, cuando los vecinos lo consideraban como matrimonio"³⁶

E. ANTECEDENTES EN LA ÉPOCA COLONIAL.

En los primeros tiempos de la Colonia se reconoció como legal y se tuvo como válido el matrimonio celebrado consensualmente por los indios.

Fue a mediados del siglo XVI cuando a través del Concilio de Trento, se establecieron los matrimonios con ceremonias y requisitos exigiendo la presencia del cura como testigo, ya que anteriormente el matrimonio se formaba exclusivamente por el consentimiento de las partes y ese consentimiento no tenía porque manifestarse por medio de solemnidades obligatorias.

"La Iglesia trató de establecer en todas partes la institución del matrimonio cristiano, los matrimonios en consecuencia cayeron bajo el control del Clero español y con esto el matrimonio de los indígenas que no se efectuaba con todas las ceremonias que establecía la Iglesia, eran consideradas como uniones concubinaras"³⁷

"La clase dominante indígena que había practicado un tipo de poligamia se veía obligada ahora a aceptar las normas cristianas monogámicas. Surgiendo el problema consistente en saber cuál de las

³⁶ Toribio Esquivel Obregón, *Agendas para Historia del Derecho en México*, Editorial Polia, México 1937, Pág. 364.

³⁷ Ch. Gibson, *Los Aztecas Bajo el Dominio Español*, Traducción de Julieta Campos, Editorial Siglo XXI, México 1967, Pág. 133

mujeres debía considerarse como legítima. En el Sínodo de 1524, que presidió Fray Martín de Valencia, se decidió que fuese la que el interesado tomara libremente, medida que adoptó provisionalmente el Sínodo hasta conocer mejor las costumbres de los naturales" ³⁸

"En 1571, después del Concilio de Trento se tomó como decisión que la mujer que debía conservarse era la primera. En este último caso surgió la duda de cuáles eran los ritos que convertían a una mujer en esposa. La iglesia reconocía el matrimonio natural con todas las fuerzas del vínculo legítimo con tal de que se reúnan dos requisitos: el consentimiento mutuo y la intención de unirse para toda la vida" ³⁹

El primer brote de mestizaje en México, apareció en la unión concubinaría, raras fueron los matrimonios de los españoles con indígenas que siguieron los preceptos establecidos por la iglesia.

F. EN EL CÓDIGO DE NAPOLEÓN

Este tiene un antecedente de gran importancia en la revolución francesa, iniciada el 17 de Julio de 1789, bajo las ideas de libertad, igualdad y fraternidad mismas que se vieron culminadas con la Asamblea nacional el 4 de agosto del mismo año en que se proclamó la Declaración de los Derechos del Hombre.

³⁸ Toribio Esquivel Obregón, *Apuntes para la Historia del Derecho en México*, pág. 583.

³⁹ Ricardo B. Citado por Toribio Esquivel Obregón, *Apuntes para la Historia del Derecho en México*, Pág. 585.

Situación de gran trascendencia para el derecho por la promulgación del Código Civil Francés hecho a petición de Napoleón Bonaparte cuando era cónsul vitalicio.

El mencionado Código, como el Español de 1851, aplica una política de silencio absoluto en referencia al concubinato en todos sus aspectos como pueden ser: hijos, sucesiones o régimen alimentario. Esto se entendía dado que los franceses en ese momento se encontraban imbuidos del carácter libertario y sólo consentían derechos a los individuos agrupados en familias surgidas a través de un contrato de derecho común llamado matrimonio, el cual puede desaparecer con la figura jurídica del divorcio.

Ante tal situación la figura del concubinato fue totalmente ignorada, situación que repercutió en nuestro primer Código Civil, como analizaremos más adelante.

CAPITULO II
EL CONCUBINATO Y OTRAS FIGURAS

- A. ADULTERIO.**
- B. AMANCEBAMIENTO**
- C. BARRAGANA**
- D. CONTUBERNO**

EL CONCUBINATO Y OTRAS FIGURAS

A. ADULTERIO

"La palabra adulterio es la forma castellana de la voz latina *adulterium*, cuyo verbo *adulterare* se refiere genéricamente a la acción del adulterio y sólo de manera figurada aunque sea la que definitivamente se impuso significa; viciar, falsear alguna cosa" ⁴⁰

"En nuestro lenguaje usual vale tanto como ayuntamiento carnal ilegítimo del hombre con mujer, siendo uno de los dos o ambos casados" ⁴¹

En las antiguas legislaciones encontramos severas penas contra los adúlteros como podemos observar en el desarrollo del presente apartado.

Por ejemplo en Atenas: según la legislación de Solón el marido podía dar muerte al amante de la mujer ó bien exigirle una indemnización, en caso de flogancia.

Plutarco menciona que el adulterio se permitió en Esparta encontrando su justificación en razones militares, hasta el punto de que se habla en los textos de que el marido impotente o estéril podía encomendar a otro varón la función procreadora con su propia mujer.

En Egipto se castigó el adulterio de la mujer con la mutilación de la nariz y el amante se le daba muerte.

⁴⁰ Enciclopedia Jurídica Ombú, Tomo I, Argentina 1976.

⁴¹ *Ibid.*

El pueblo Hebreo castigó el adulterio, fundamentado en los preceptos bíblicos con la muerte para el hombre y para la mujer (lapidación).

En el Derecho Romano no se penaba más que a la mujer adúltera y en el antiguo derecho, el hombre era dueño de la acción. Después y conforme a la Ley Julia de Adulterio, se declaró público este delito.

La penalidad del adúltera en Roma varió en el decurso de los tiempos. En los más primitivos, el marido tenía el derecho de darle muerte. Durante la República, la pena fue solo de destierro; pero al aumentar la corrupción, se establecieron penas más severas. En la Lex Julia de Adulterio se castigó el adulterio con la relegación. Constantino impuso la pena de muerte; pero Justiniano modificó esos castigos, en cuanto a la mujer adúltera, ordenando que fuera azotada y recluida en un monasterio, de donde el marido podía sacarla a los dos años, y de lo contrario, quedaban allí como monjas.

Por su parte el Derecho Español contemplaba dos posturas: la primera representada por el Fuero Juzgo, que estaba influenciada por el Derecho Germánico según el cual la adúltera y su cómplice quedaban a merced del marido, la segunda, por las Partidas Españolas, inspiradas en las fuentes romanas, que castigaban el adulterio de la mujer con pena de azotes, o bien de prisión en algún monasterio.

"De esta forma el adulterio ha venido experimentando una serie de modificaciones en cuanto a su sanción, una prueba de ello lo constituyen los Códigos Penales actuales, como podemos advertir a continuación.

Un ejemplo es el Código Penal Argentino, en su artículo 118 que establece:

Serán reprimidos con prisión de un mes a un año;

I. La mujer que cometiere adulterio

II. - El codeficiente de la mujer;

III. El marido, cuando tuviera manceba dentro o fuera de la casa conyugal;

IV. La manceba del marido" ⁴²

"Asimismo el artículo 69 establece que como todo delito de acción privada este se extingue por perdón de la parte ofendida". ⁴³

"Por su parte la legislación boliviana deja la duración de la pena de la adúltera a lo que "quiera" el marido con tal de que no exceda de seis años"

44

Los Códigos de Chile (artículos 375 a 381), Nicaragua (artículo 415 a 425), el Salvador (336 a 381), Honduras (431 a 435), Paraguay (286 a 288), Panamá (301, a 308), Venezuela (386 a 401), Guatemala (325 a 328), y Ecuador (478 a 480); regulan el adulterio y el amancebamiento por separado y conforme a inspiración española.

⁴²Cf. Código Penal Argentino Art. 118.

⁴³ Cf. Código Penal Argentino, Art. 69.

⁴⁴ Cf. Código Penal Boliviano.

"En los Códigos de Puerto Rico (artículo 269) , Perú (212 a 213, y Brasil (240), no hace distinciones entre marido y mujer cualquiera de los cónyuges se adúltero si quebranta la fidelidad. El adúltero se encierra en los dos últimos Códigos entre los delitos contra la familia" ⁴⁵

En México, el Código Penal para el Distrito Federal, tipifica el adúltero como delito en los artículos 273 a 276.

De acuerdo a nuestra legislación y a la historia existe una marcada diferencia entre el adúltero y el concubinato; como resultado de que el primero surge como un delito, en tanto que el concubinato ha sido tolerado e incluso regulado, logrando con ello ciertos derechos.

B. AMANCEBAMIENTO

Considerado como un hecho que interesa al derecho, es el comercio carnal que realiza el marido con persona de otro sexo que no sea su cónyuge. ⁴⁶

Ante tal definición, el amancebamiento es el adúltero del marido. En el Derecho español se considera que se configura el delito cuando el marido tuviere mancha dentro de la casa conyugal o en forma notoria fuera de ella (con escándalo). El mismo requisito exige el Código de Italia en esta materia.

⁴⁵Cfr. Código Penal de Puerto Rico, Art. 269.

⁴⁶Enciclopedia Jurídica Ombra, op. cit.

El sistema de legislación Argentina, italiana y española se caracteriza porque castiga el delito de amancebamiento del esposo en forma condicionada. Lo que es diferencia del sistema alemán y el austriaco, por ejemplo, que castigan el adulterio del marido en la misma forma que el cometido por la mujer.

Nuestra figura se caracteriza por ser bilateral, pues ha de ser cometido por dos personas. Además de ser habitual con respecto a los actos del marido que lo configuran.

Del concepto consagrado dentro del presente apartado, podemos concluir que el amancebamiento constituye propiamente lo que la legislación penal mexicana considera como adulterio; razón por la cual dicha figura no cuenta con protección civil alguna.

C. BARRAGANA

Este tipo de unión sexual corresponde al Medioevo español, y se daba en forma permanente entre un hombre y una mujer no ligados por el matrimonio.

"Algunos autores le han definido, diciendo que es la unión sexual de un hombre soltero, clérigo o lego, con una mujer soltera, bajo las condiciones de permanencia y fidelidad " 47

⁴⁷ Ignacio Galindo Garlín, Derecho Civil, Primer curso, Segunda edición, Editorial Porrúa, México 1976, Pág. 470.

"En tanto que para Alfonso el sabio, Barraganía quiere decir como ganancia que es hecha fuera del mandamiento de la Iglesia" ⁴⁸

"Etimológicamente no se establece un origen preciso, pues mientras unos consideran que viene del árabe baleg, adulto, mozo, soltero, ya que barraganas eran mozas, solteras y púberes."⁴⁹

"Otros creen que procede de bargania del bajo latín, que significa convenio" ⁵⁰

Su naturaleza jurídica fue la de un contrato de sociedad cónyugal con características similares al matrimonio: unidad, permanencia y fidelidad; convivencia entre los asociados y la procreación de la especie, sin embargo no se puede afirmar que constituyera un verdadero matrimonio como consecuencia de que dicha unión carecía de su consagración ante la Iglesia.

Los precedentes históricos de esta figura se encuentran en Roma, aunque también se considera que se deriva del matrimonio islámico o al menos de la unión sexual del señor con la esclava que según es sabido, en la legislación musulmana se consideraba libre por el mero hecho de tener hijos de su señor.

Lo anterior no es totalmente aceptado, en razón de que la barraganía no constituye propiamente un matrimonio, por ello se cree que es en el pueblo romano, donde se localizan los primeros vestigios de esta institución con el nombre de concubinato, el cual se caracterizaba por la unión de un

⁴⁸ Enciclopedia Jurídica Osmo, op. cit.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ *Ibidem*.

hombre y una mujer solteros con ánimo de vivir juntos perpetuamente y someterse a todas las condiciones del matrimonio.

En los Fueros Municipales la barragana producía un estado inferior al matrimonio pero sin dejar de originar derechos importantes, teniendo como objetivo con esto, aumentar la población, lo cual no sucedió con el concubinato romano que sólo pudo gozar de dos derechos; el de alimentos y el de adquirir una porción en la sucesión ab-intestato.

Los derechos de la barragana eran casi iguales a los de una esposa legítima como por ejemplo los Fueros de Zamora y Plasencia, que le otorgaban la mitad de los gananciales probando que habían sido fieles y buenas a sus señores.

"La barragana si probada fuere fiel a su señor e buena, hereda la mitad ansos en uno garron en muebles e en raiz"⁵¹

El Fuero de Cuenca, en su ley XXX, capítulo X, autorizaba a la barragana embarazada para pedir alimentos a la muerte de señor adoptándose las mismas precauciones, con una viuda en cinta.

El fuero de Beza por su parte, equiparaba a la barragana con la mujer legítima en orden de responsabilidad, por deudas del señor o marido ausente o enfermo.⁵²

⁵¹ Enciclopedia Universal Ilustrada, Tomo XIV, op. cit.

⁵² Enciclopedia Jurídica Osmbe, op. cit.

Los Fueros de Ayala y el de Logroño: autorizaban a los hijos de las barraganas a heredar conjuntamente con los hijos legítimos, por cabezas, salvo en el caso de que el padre los hubiera adjudicado algunos bienes en vida.

El Fuero de Soria manifestaba; el padre podrá dar a los hijos de la barragana, hasta la cuarta parte de sus bienes en vida y las propiedades que quisiera en disposición testamentaria, siempre que los indicados descendientes hubieran nacido antes de haber nacido los hijos legítimos.

La Ley Primera, capítulo IV del Libro III del Fuero Real, establecía que los hijos de las barraganas no podían heredar más del quinto en concurrencia con los hijos de la mujer legítima, pero si no existieran éstos podían ser instituidos en el total.

Por su parte el Código Alfonso en la Cuarta Partida, capítulo XIV; Ley Primera establece quienes pueden ser barraganas.

La Ley Segunda mencionaba que todo hombre no ordenado ni casado estaba autorizado para tener barragana,, con tal de que no fuera virgen, menor de 12 años, viuda honesta o pariente suyo.

Por lo que toca a la Ley Tercera declara que las personas ilustres podían tener barragana, siempre que ésta no fuera sierva, libertina, hija de juglares, tabernera, recadera (o cosa parecida). Aunque en el preámbulo, de esta Partida se expresa que la Iglesia prohíbe a los cristianos tener barraganas porque con ellas se vive en pecado mortal.

Es preciso señalar que actualmente carece de importancia la barragán dentro del Derecho Civil Español.

D. CONTUBERNO

Habitación ó alojamiento con otras personas, cohabitación ilícita, e inmoral por extensión acuerdo entre dos o más personas a fin de obtener algún beneficio ó causar un perjuicio a terceros⁵³

Es preciso aclarar que actualmente, se concibe el contubernio conforme al concepto anterior.

Sin embargo, "en el Derecho Romano se llama así a la unión entre esclavos o entre una persona libre y un esclavo"⁵⁴

La unión permanente entre esclavos, que en la práctica fue no sólo tolerada, sino con frecuencia favorecida por los patrones. Es más ; así como en materia de obligaciones el régimen de las deudas y créditos entre los libre, se reproducen entre los esclavos en las llamadas naturales obligaciones, también aquí se forman, bajo la égida del patrón, verdaderas familias serviles y especialmente a los hijos de estas cuasi familias que el derecho clásico da el nombre de liberi naturales. No producía ningún efecto civil. Los hijos siguen la condición de la madre y durante mucho tiempo, el derecho no reconoció entre esclavos ningún parentesco, ni siquiera el natural.

⁵³Guillermo Cabanels, Diccionario Usual, Tomo I, Editorial Porra, México, 1933, Pág. 521.

⁵⁴Vicenzo Arangio Ruis. Instituciones de Derecho Romano, Editorial de Palma, Buenos Aires 1973, Pág. 520.

"Es a principios del imperio en que se admitió una especie de cognatio servilis entre el padre, la madre y los hijos, por una parte, y por la otra entre hermanos y hermanas. Esta cognatio tenía por objeto impedir entre esas personas, hechas libres por manumisión, matrimonios que hubieran sido contrarios al derecho natural y a la moral" ⁵⁵

El concubinato desapareció posteriormente con la libertad de esclavos. La mencionada figura es igual que el concubinato tuvo su origen en la condición social de las personas.

⁵⁵ Rabino Ventura Silva. Derecho Romano, Editorial Azteca, México 1962, Pág. 110.

CAPÍTULO III
DERECHO NACIONAL E INTERNACIONAL
A. LEGISLACIÓN NACIONAL.
a) **LEGISLACIÓN DE VERACRUZ.**
b) **LEGISLACIÓN DE TLAXCALA.**
c) **LEGISLACIÓN DE TAMAULIPAS.**
B. LEGISLACIÓN INTERNACIONAL
a) **LEGISLACIÓN DE CUBA**
b) **LEGISLACIÓN DE GUATEMALA**

DERECHO NACIONAL E INTERNACIONAL

En el capítulo citado, se analizarán someramente las legislaciones que aluden al concubinato, a fin de determinar los derechos y obligaciones que nuestra controvertida figura, ha logrado a través del tiempo. Para ello y con objeto de su sistematización, hemos dividido dichas legislaciones en nacionales e internacionales, como nos percataremos a continuación:

A. LEGISLACIÓN NACIONAL

Aún cuando su nombre correcto no es legislación nacional, pues no es el derecho propio de una determinada nación.⁵⁶

Aplicamos dicho término, a fin de realizar una división, siendo el nombre correcto de estas legislaciones, "local por ser aplicables en partes integrantes de la Federación y del territorio nacional"⁵⁷

Correspondiendo en este apartado, el estudio de las legislaciones locales de Veracruz, Tlaxcala y Tamaulipas.

e) LEGISLACIÓN DE VERACRUZ

El móvil que nos lleva a plantear los preceptos veracruzanos, relacionados con el tema multicitado, es dar a conocer la óptica con que se visualiza tan socorrida figura.

⁵⁶ Rafael de Pina, Diccionario de Derecho. Vigésima edición Editorial Porrúa, México 1994, Pág. 236.

⁵⁷ Eduardo García Máynez, Introducción al Estudio del Derecho. Cuadragésima primera edición, Editorial Porrúa, México 1990. Pág. 80.

Para ello iniciaremos con el capítulo IV, denominado "De los Hijos Nacidos Fuera de Matrimonio", que prevé en su artículo 290 lo siguiente:

"Los ascendientes de los hijos nacidos fuera de matrimonio, cuya filiación se compruebe conforme a la disposición del presente capítulo, ejercerán sobre ellos la patria potestad si fueren menores de edad, con los derechos y obligaciones que se indican en el título séptimo de este libro" ⁵⁸

Como podemos observar, dicho precepto brinda la opción de investigar la paternidad o maternidad, las cuales se prueban por el reconocimiento voluntario, o por una sentencia.

Para que se otorgue dicho reconocimiento es necesario el consentimiento de la persona que ejerce la patria potestad, o de la persona bajo cuya tutela se encuentre, en caso de que el reconocido sea menor de edad.

Los padres pueden reconocer a sus hijos conjunta o separadamente, previniendo que el reconocimiento hecho por uno de los padres, produce efectos respecto a él y no respecto al otro progenitor. Encontramos en el numeral 290 las formas de efectuar el reconocimiento.

"El reconocimiento de un hijo nacido fuera del matrimonio, deberá hacerse de alguno de los modos siguientes:

1. En la partida de nacimiento, ante el encargado del Registro civil;

⁵⁸Cfr. Código Civil Para el Estado Libre y Soberano de Veracruz, Art. 290.

II. Por acta especial ante el encargado;

III. Por escritura pública.

IV. Por testamento;

V. Por confesión judicial directa y expresa".⁵⁹

Una vez efectuado dicho reconocimiento, se plantean las siguientes hipótesis:

Artículo 304.- "Cuando los dos progenitores han reconocido al hijo fuera de matrimonio y viven juntos, ejercerán ambos la patria potestad"⁶⁰

Artículo 305.- "Cuando el padre y la madre que no viven juntos reconozcan al hijo en el mismo acto, convenirán cuál de los dos ejercerán sobre él la patria potestad; en caso de que no lo hicieran, el Juez de Primera Instancia del lugar, oyendo a los padres y al Ministerio Público, resolverá lo que creyera más conveniente a los intereses del menor"⁶¹

Siendo el primero de los numerales, el de nuestra atención, como consecuencia de que se refiere a la pareja que vive unida sin haber contraído matrimonio, a lo que nosotros denominamos concubinato.

Otro precepto más que se relaciona es el 313 que a la letra dice:

⁵⁹ Cfr. Código Civil para el Estado de Veracruz, Art. 299

⁶⁰ Cfr. Código Civil para el Estado de Veracruz, Art. 304.

⁶¹ Idem. Art. 305

***Se presumen hijos del concubinario y de la concubina:**

- I. Los nacidos después de ciento ochenta días contados desde que comenzó el concubinato;
- II. Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes al que cesó la vida en común y bajo el mismo techo entre el concubinario y la concubina.

La Ley declara esta presunción en protección de los hijos, sólo para el caso del concubinato que significa vida marital de los progenitores bajo el mismo techo.

No concurriendo esta circunstancia, la filiación se decidirá según las reglas generales establecidas por los preceptos aplicables" ⁴²

Reforzamos el anterior artículo con el numeral 314, que a la letra dice.

***La investigación de la paternidad y la maternidad de los hijos fuera de matrimonio estará permitida a éstos siempre que concorra alguna de las siguientes causas:**

- I. Que la época del delito coincida con la concepción, en los casos de rapto, estupro o violación.
- II. Que el hijo se encuentre en posesión de estado de hijo del progenitor, cuya paternidad o maternidad se pretenda;

⁴² Cfr. Código Civil para el Estado de Veracruz, Art. 314

III. Que el hijo haya sido concebido durante el tiempo en que los presuntos padres habitaban bajo el mismo techo, viviendo como marido y mujer;

IV. Que el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre o pretendida madre" ⁶³

Del análisis de los precedentes artículos podemos concluir que la legislación veracruzana otorga el derecho a los hijos nacidos dentro del concubinato, la investigación de la paternidad o maternidad a fin de establecer la filiación.

Las acciones de investigación de paternidad o maternidad sólo pueden intentarse durante la vida de los padres; y sólo compete al hijo, y a falta de éstos a sus descendientes, si los padres fallecieron durante la menor edad del hijo, la acción puede intentarse antes de que se cumplan cuatro años de la mayor edad de éste, y se ejercerá contra el responsable de la sucesión del presunto padre o de la presunta madre.

Artículo 319.- "El hijo reconocido por el padre, por la madre, o por ambos tiene derecho:

- I. A llevar el apellido del que lo reconoce;
- II. A ser alimentado por éste;
- III. A percibir la porción hereditaria y los alimentos que la ley otorga" ⁶⁴

⁶³ Cód. Código Civil para el Estado de Veracruz. Art. 314.

Como se indicó, una forma más de reconocer al hijo nacido fuera de matrimonio, lo constituyen las actas de reconocimiento las cuales precisamente son abordadas por el artículo 703.

"Si el padre o la madre de un hijo nacido fuera de matrimonio, o ambos, lo reconocieron al presentarlo dentro del término de la ley para que se registre su nacimiento, el acta de este contendrá los requisitos establecidos en los artículos anteriores, con que los reconozcan, cuyos nombres llevará sin que por expresiones de ser hijo del progenitor o progenitores ninguna circunstancia se utilice en el acta la denominación de "hijo natural" u otra semejante. Esta acta surtirá efectos de reconocimiento legal"⁶⁴

Artículo 704. "Si el reconocimiento del hijo nacido fuera de matrimonio se hiciera después de haber sido registrado su nacimiento se formará acta separada en la que, además de los requisitos los que se refiere el artículo que precede se observarán los siguientes en sus respectivos casos:

I Si el hijo es mayor de edad, se expresará en el acta su consentimiento para ser reconocido.

II. Si el hijo es menor, pero mayor de catorce años se expresará su consentimiento y el de su tutor".⁶⁵

Basándose en los artículos precedentes podemos concluir que la legislación veracruzana, otorga la posibilidad de reconocer a los hijos fuera

⁶⁴ Cfr. Código Civil para el Estado de Veracruz, Art. 319.

⁶⁵ Cfr. Código Civil para el Estado de Veracruz, Art. 704.

⁶⁶ Cfr. Código Civil para el Estado de Veracruz, Art. 704.

de matrimonio, a través de varias formas, que tienen como intención procurar tal reconocimiento de los hijos.

Otro aspecto fundamental lo constituye lo relacionado con la sucesión, para analizar dicho tema iniciaremos definiendo que se entiende por testamento:

Lo cuál, encontramos en el artículo 1228, que a la letra dice:

"Testamento es un acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos y declara o cumple deberes para después de su muerte"⁶⁷

Como podemos observar el testamento es un acto personal y voluntario, que pueden realizar todos aquellos a quienes la ley no prohíbe expresamente ese derecho.

Aún cuando el testador puede disponer libremente de sus bienes el artículo 1301 establece:

El testador debe dejar alimentos a las personas que se mencionan en las fracciones siguientes:

- I. A los descendientes menores de 18 años, respecto de los cuales tengan obligación legal de proporcionar alimentos al momento de la muerte.

⁶⁷ Idem, Art. 1228.

- II. A los descendientes que estén imposibilitados de trabajar y a las hijas que no hayan contraído matrimonio y vivan honestamente, cualquiera que sea su edad.
- III. - Al cónyuge superviviente, cuando esté impedido de trabajar, y no tengan bienes suficientes, salvo otra disposición expresa del testador, este derecho subsistirá en tanto no contraiga matrimonio y viva honestamente.
- IV. A los ascendientes,
- V. A la concubina o al concubinario que se encuentre en el artículo 1508 y en los términos de las fracciones III,
- VI. A los hermanos y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado, si están incapacitados o mientras no cumplan dieciocho años siempre que no tengan bienes para subvenir a sus necesidades.

Del análisis de este numeral, se desprende que para que el derecho a ser alimentado surja, se necesita encontrarse al tiempo de la muerte del testador en alguno de los casos determinados en este artículo, y cesa ese derecho tan luego como el interesado deje de estar en las condiciones a que se refiere el mismo artículo, observe mala conducta o adquiera bienes que iguelen la pensión que le debiera corresponder.

Artículo 1305.-"El derecho de percibir alimentos no es renunciable ni puede ser objeto de transacción; la pensión alimenticia se fijará y asegurará conforme a lo dispuesto en los artículos 234, 245, 247 y 248 de este Código, y por ningún motivo excederá de los productos de la porción que en caso de

sucesión intestada correspondería al que tenga el derecho a dicha pensión, ni bajará de la mitad de dichos productos. Si el testador hubiere fijado la pensión alimenticia, subsistirá su designación, cualquiera que sea, siempre que no baje del minimum antes establecido. Con excepción de los artículos citados en el presente capítulo, no son aplicables a los alimentos debido por sucesión, las disposiciones del Capítulo II, título sexto del Libro Primero⁶⁸

Encontramos en el artículo 1306, la forma en que se ministrarán los alimentos:

"Cuando el caudal hereditario no fuere suficiente para dar alimentos a todas las personas enumeradas en el artículo 1301, se observarán las reglas siguientes:

I. Se ministrarán a los descendientes y al cónyuge supérstite a prorrata,

II. Cubiertas las pensiones a que se refiere la fracción anterior se ministraran a prorrata a los ascendientes;

III. Después se ministrarán también a prorrata, a los hermanos y a la concubina o concubinario:

IV. Por último, se ministrarán igualmente a prorrata, a los demás parientes colaterales dentro del cuarto grado".⁶⁹

⁶⁸ Cfr. Código Civil para El Estado de Veracruz, Art. 1305.

⁶⁹ Cfr. Código Civil para el Estado de Veracruz, Art. 1301.

El pretérito tendrá solamente derecho a que se le dé la pensión que corresponda, subsistiendo el testamento en lo que no la perjudique. Dicha pensión es carga de la masa hereditaria, excepto cuando el testador haya gravado con ella a alguno o algunos de los partícipes de la sucesión.

Es el turno ahora abordar la sucesión legítima que como sabemos se abre cuando no hay testamento, o el que se otorgó es nulo o perdió su validez; cuando el testador no dispuso de todos sus bienes; cuando no se cumplió la condición impuesta al heredero, cuando el heredero muere antes del testador, repudia la herencia o es incapaz de heredar, si no se ha nombrado sustituto. Teniendo derecho a heredar, los que enumera el artículo 1535.

Artículo 1535.- "Tienen derecho a heredar por sucesión legítima:

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

II. A falta de los anteriores. El fisco del Estado⁷⁰

Siendo de nuestro interés la fracción I, acudimos al capítulo VI denominado de la Sucesión en el Concubinato, artículo 1555:

Las personas que hayan vivido bajo un mismo techo, como marido y mujer, durante los tres años que precedieron inmediatamente a la muerte, o por un tiempo menor si han tenido hijos, siempre que hayan permanecido

⁷⁰ Cf. Código Civil para el Estado de Veracruz, Art. 1535

libres de matrimonio durante el concubinato, tienen mutuo y recíproco derecho o heredaras conforme a las siguientes reglas:

1. Si el heredero concurre con sus hijos que lo sean también del autor de la herencia, se observará lo dispuesto en los artículos 1557 y 1558.

2. Si concurre con descendientes del autor de la herencia, que no sean también descendientes de la concubina o del concubinario, tendrá derecho a la mitad de la porción que le corresponde a un hijo:

3. Si concurre con hijo que sea suyo y con hijos del autor de la herencia que tuvo con otro progenitor, tendrá derecho a la misma porción que corresponde a un hijo.

4. Si concurre con descendientes del autor de la herencia tendrá derecho a la mitad de está, si uno sólo de aquéllos deduce esos derechos, y a una tercera parte si los dos descendientes deducen esos derechos ya sea por cabezas o stirpes.

5. Si concurre con parientes colaterales dentro del cuarto grado del autor de la sucesión, tendrá derecho a las dos terceras partes de ésta:

6. Si el autor de la herencia no deja descendientes, ascendientes, cónyuge o parientes colaterales dentro del cuarto grado, las tres cuartas partes de los bienes de la sucesión, pertenecen a la concubina o concubinario, y el resto al Fisco del Estado.

En los casos a que se refieren las fracciones II, III y IV, debe observarse lo dispuesto en los artículos 1557 y 1558, si el heredero tiene bienes.

De esta manera hemos realizado un escueto análisis de la legislación veracruzana, obteniendo como resultado, que si bien es cierto que no existe una protección absoluta para el concubinato, sí confiere derechos a la concubina o concubinario y a los hijos de estos.

b) LEGISLACIÓN DE TLAXCALA

En lo que respecta al análisis del Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Tlaxcala encontramos un carácter novedoso en lo que al concubinato se refiere, así el numeral 42 del ordenamiento antes mencionado, en el título tercero del matrimonio, capítulo II, establece los requisitos necesarios para contraer matrimonio; que a la letra dice:

"El matrimonio debe celebrarse ante los funcionarios que establece la ley y con todas las solemnidades que ella exige.

El estado procurará, por todos los medios que estén a su alcance, que las personas que viven en concubinato contraigan matrimonio. Para la realización de este fin estatal, que es de orden público, se efectuarán campañas periódicas de convencimiento en la que colaborarán los funcionarios y maestros del Estado.

"Hay concubinato cuando un solo hombre y una sola mujer solteros se unen, sin estar casados, para vivir bajo el mismo techo, como si lo

estuvieren. Salvo disposición de la ley en otro sentido, cuando este Código habla de concubina o concubinario, se entenderá que se refiere a las personas que viven en las condiciones supuestas en este párrafo⁷¹

Es así como el artículo 42 de la legislación en cuestión dedica su primer párrafo a la solemnidad de la institución del matrimonio. En tanto que el párrafo segundo alude a que el Estado tiene como fin primordial velar por el orden público; motivo por el cual ha de fomentar el matrimonio entre aquellas personas que se encuentran unidas bajo la figura del concubinato a través de las campañas que el Estado local ha de emprender con la finalidad de regularizar este tipo de situación; y por último remarca de forma contundente lo que debe entenderse por concubinato.

Otro aspecto que aborda el Código Civil para el Estado de Tlaxcala es el referente al parentesco ubicado, en el título cuarto denominado del Parentesco y los Alimentos, capítulo I del parentesco, artículo 136 ordena lo siguiente:

"La ley no reconoce más parentesco que los de consanguinidad, afinidad y civil"⁷²

Y es el artículo 138 que menciona "Afinidad es el parentesco que se contrae por el matrimonio, entre el varón y los parientes de la mujer, y entre la mujer y los parientes del varón.

⁷¹ Cfr. Código Civil para El Estado Libre y Soberano de Tlaxcala, Art. 42.

⁷² Cfr. Código Civil para el Estado de Tlaxcala Art. 138.

Disuelto el matrimonio desaparece el parentesco por afinidad en línea colateral; pero subsiste en línea recta, en todos los casos en que esta ley se refiere a tal parentesco.

Posteriormente en el artículo 138 se establece: "La ley asimila al parentesco por afinidad la relación que resulta por virtud del concubinato, entre el concubinario y los parientes de la concubina y entre los parientes de ésta y aquél. Esta asimilación sólo comprende a los parientes consanguíneos en línea recta ascendente o descendente, sin limitación de grado, y su único efecto es constituir un impedimento para el matrimonio en términos de la fracción V del artículo 42"⁷³

De la relación concubinaría se deriva un parentesco por afinidad entre los parientes de los concubinaríos, que tiene como objetivo principal constituir un impedimento para contraer matrimonio.

En lo referente a los alimentos de los concubinaríos, los artículos 64 y 147 del ordenamiento en estudio, estipulan que estos deben ser recíprocos y en partes iguales, aunque por convenio puede repartirse en otra porción, y en el supuesto de que no lleguen a ningún acuerdo, será en base a las posibilidades económicas.

Cabe señalar que el artículo 64, exenta de la obligación alimenticia al concubinario deudor, en caso de que éste carezca de bienes propios, por estar imposibilitado para trabajar o bien porque se dedique a las labores del hogar o atienda a los hijos menores, ante tal supuesto el otro concubino cubrirá totalmente dichos alimentos.

⁷³ *Ibid.* Art. 139.

Otro aspecto que aborda el artículo 54, es lo dispuesto a los bienes de los concubenarios y sus productos, así como los sueldos, salarios o emolumentos de los mismos, los cuales serán afectados preferentemente al pago de alimentos, en la parte que a cada uno corresponda por ley o por convenio, para lo cual el sucesor alimentario o su representante estará legitimado para asegurar dichos bienes. Dicha preferencia se encuentra fundamentada en la vital importancia de la cuestión alimentaria, ya que como sabemos, estos no pueden ser pospuestos a largo plazo.

"Ahora bien, en materia de alimentos se expresa: "... que cuando uno de los concubenarios no estuviere presente o estándolo no cumpliere con la obligación que le impone el artículo será responsable de las deudas que el otro contraiga para cubrir esas exigencias, pero sólo en cuantía estrictamente necesaria para ese objeto, y siempre que no se trate de gastos de lujo".⁷⁴

El título V denominado de la Filiación, artículo 169 estipula que "La filiación confiere e impone a los hijos, al padre y la madre, respectivamente derechos, deberes y obligaciones establecidos por la ley".⁷⁵

A fin de probar la filiación, la ley no hace ninguna distinción en los derechos de los hijos.

En este tenor se presumen hijos del concubinario y la concubina:

⁷⁴ Cfr. Código Civil para el Estado de Tlaxcala, Art. 168.

⁷⁵ Idem., Art. 169.

- I. Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde que empezó el concubinato.
- II. Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes al en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina.

En tanto que la prueba de filiación de los hijos de los cónyuges se prueba con la partida de nacimiento de aquéllos y con el acta de matrimonio de éstos. Cabe señalar que a falta de actas de filiación puede probarse con la posesión de estado de hijo de los cónyuges, la cual se justificará en los términos del artículo 221.

"La posesión de estado, para los efectos de los artículos 192, y 220 fracción II se justificará demostrando, por los medios ordinarios de prueba, que el hijo ha sido tratado por el presunto padre o por la familia de éste, como hijo del primero, o que ha usado el apellido del presunto padre, ó que éste ha proveído a su subsistencia, educación o establecimiento" ⁷⁶

"La filiación de los hijos nacidos de dos personas que han vivido públicamente como marido y mujer, y que ambos hubieran fallecido, o por ausencia o enfermedad les fuere imposible manifestar el lugar en que se casaron, no puede disputarse a los hijos su filiación por la sola falta de presentación del acta de matrimonio, siempre que se pruebe esa filiación en los términos perceptuados en los dos artículos anteriores" ⁷⁷

⁷⁶ CÉ. Código Civil para el Estado de Tlaxcala. Art. 221.

⁷⁷ CÉ. Código Civil para el Estado de Tlaxcala. Art. 194.

Indudablemente que la filiación de los hijos cuyos padres no fueren cónyuges resulta con relación a la madre, del sólo hecho del nacimiento. Para justificar este hecho son admisibles todos los medios de prueba, y en los juicios de intestado o de alimentos se justificará la filiación respecto de la madre dentro del mismo procedimiento. En tanto que la filiación paterna se establece por el reconocimiento voluntario o por sentencia que declare la paternidad; pero en caso de concubinato se podrá justificar la filiación respecto del padre en el mismo juicio de intestado o alimentos y será suficiente probar los hechos a que se refieren los artículos 188 y 221, tanto en vida de los padres como después de su muerte. Esta acción no es transmisible por herencia e imprescriptible.

"Establecido el reconocimiento por el padre o la madre, el hijo tiene derecho a:

- I. Llevar el apellido del que le reconoce;
- II. Ser alimentado por éste;
- III. A percibir la porción hereditaria que fija la ley en caso del intestado o los alimentos sino fuera instituido heredero en caso de sucesión testamentaria;
- IV. A ejercer los derechos que este Código concede a los hijos póstumos"

78

Dicho reconocimiento puede ser conjunto, cuando el padre y la madre que no vivan juntos reconozcan al hijo, en el mismo acto y convengan cual

⁷⁸ Cf. Código Civil para el Estado de Tlaxcala, Art. 214.

de los dos ejercerá la custodia del hijo, y en consecuencia con quien de ellos habitará; y en caso de que no lo hicieran, el Juez de Primera Instancia del lugar, oyendo a los padres, resolverá lo que creyere más conveniente a los intereses del menor. El reconocimiento es sucesivo en el supuesto de que los padres no vivan juntos y uno de ellos hubiere reconocido primero, teniendo como efecto el ejercicio de la custodia del hijo.

Por lo que toca a la investigación de la maternidad o paternidad se ejercitará a través de la acción del caso, la que tendrá el carácter de imprescriptible, y podrá intentarse en vida o después de la muerte de los padres y compete exclusivamente al hijo y a sus descendientes, no procediendo en este juicio la inactividad procesal.

En el juicio respectivo, una vez que se pronuncie la sentencia que decide la filiación paterna o materna, ésta se remitirá al juez del Registro Civil para levantar el acto correspondiente. Por ejemplo, si en el juicio de investigación de la filiación hay una confesión judicial del padre o madre según sea el caso. Cuando la sentencia resuelve el fondo del asunto y cause ejecutoria debe remitirse al Registro Civil copia certificada de la misma, para efecto de levantar el acta de reconocimiento, insertándose el punto resolutivo donde se contiene la imputación de dicha paternidad.

Al referirse a los actas de nacimiento, se señala que los padres que estén libres de matrimonio tienen el deber de reconocer a sus hijos voluntariamente, si omiten este deber de reconocimiento no se asentará en el acta, ni sus nombres ni sus apellidos, sólo las circunstancias en cuanto al lugar, día y hora de nacimiento. Cuando el hijo sea presentado por sólo uno

de los progenitores, se asentará únicamente el nombre y apellidos del que lo presente.

Es indispensable resaltar que en el artículo 585 en su párrafo cuarto, elimina el estigma que había regido para los hijos nacidos del concubinato, como apreciaremos a continuación: "... en el acta de nacimiento no se hará ninguna mención que califique la filiación en forma alguna. Las palabras "hijo legítimo", "hijo natural", "hijo de matrimonio", "hijo fuera de matrimonio", "hijo ilegítimo", "hijo de padre desconocido", "hijo de madre desconocida" u otra semejante, que se inserte con infracción de este artículo se testará de oficio, de manera que queden ilegibles. El Juez del Registro del Estado Civil que inserte en el acta alguna de estas menciones será sancionado, la primera vez con multa de veinticinco a mil pesos y la segunda con una destitución del cargo" ⁷⁹

Un comentario en relación a este precepto, es que el legislador terminó con el prejuicio social de condenar al hijo a llevar un sólo apellido y por ende a estigmatizarlo, lo cual se considera como un acierto.

Dentro de esta legislación estatal encontramos lo innovador que resulta el hecho de que la unión libre cuenta con personalidad jurídica, es decir se le brinda un atributo de capacidad jurídica, de goce y de ejercicio, para lo cual dicha institución será representada por los concubenarios.

La personalidad jurídica se representa, por los concubenarios a todos los miembros de la familia, individualmente considerados, ejercitándose todos los derechos familiares. Es pues una categoría y atributo que se le da

⁷⁹ Cfr. Código Civil para el Estado de Tlaxcala, Art. 585.

a la familia para actuar en derecho como institución, para ejercer a través de ella, sus derechos y obligaciones.

El patrimonio de familia juega un papel importante en la unión libre, ya que lo normal era que sólo los cónyuges lo constituyeran, actualmente los concubinaros también pueden constituirlo recurriendo al Juez de Primera Instancia que corresponda a su domicilio, el que los citará sin ninguna formalidad exhortándolos para que contraigan nupcias y reconozcan a los hijos procreados, cabe resaltar que, la negativa a dicho matrimonio por los mancebos no impide la constitución patrimonial solicitada.

Constituido el patrimonio de familia se dará a los miembros de ella, cónyuge e hijos o concubinario e hijos, no un derecho de propiedad sino un derecho de disfrute-usufructo respecto de la casa habitación y aprovechamiento de los frutos de la parcela. Este derecho es intransmisible, inembargable, no se encuentra sujeto a gravamen alguno y se extingue para el miembro de la familia del constituyente, por formar otra familia ya sea por matrimonio o por unión libre.

Cabe resaltar que fallecido el cónyuge o concubinario constituyente del patrimonio de familia, sus miembros continúan con el derecho de disfrute.

Por lo que toca a la representación de los beneficiarios de este derecho, en relación a los terceros, lo será el constituyente o en su defecto por el que nombre la mayoría, para lo cual el representante tendrá la administración.

"Cada familia sólo puede constituir un patrimonio. Los que se constituyen subsistiendo el primero, no producirá efecto legal alguno" ⁸⁰

Cabe aclarar que el valor máximo de los bienes afectos al patrimonio de familia será el equivalente a seis mil días del salario mínimo general. Fijado para la zona económica en donde se encuentra el domicilio de la familia.

La constitución del mencionado patrimonio se manifestará por escrito ante el Juez de Primera Instancia de su domicilio, designado con toda precisión y de manera que puedan ser inscritos en el Registro Público, los bienes que van a quedar afectados. Y se extingue cuando todos los beneficiarios cesen de tener derecho a percibir alimentos, cuando sin causa justificada la familia deje de habitar por un año la casa que debe servir de morada, o de cultivar por su cuenta y por dos años consecutivos la parcela que forma parte del patrimonio, cuando se demuestre que hay gran necesidad o notoria utilidad para la familia, de que el patrimonio quede extinguido; cuando por causa de utilidad pública se expropien los bienes que lo forma; cuando tratándose del patrimonio formado con los bienes vendidos conforme al artículo 875, se declare judicialmente nula o rescindida la venta de esos bienes.

En materia de sucesión testamentaria, el Código Tlaxcalteca indica que el autor de ella puede disponer libremente de todos sus bienes, pero en el supuesto de que viva en concubinato debe dejar alimentos a la concubina que no viva nuevo concubinato, al concubinario que esta imposibilitado para

⁸⁰ Cfr. Código Civil para el Estado de Tlaxcala, Art. 867.

laborar, al concubinario que no contraiga nupcias, a sus descendientes menores de 18 años sus ascendientes y hermanos.

Siendo el artículo 2667, el que indica quienes tienen la preferencia alimentaria:

"Cuando el caudal hereditario no fuere bastante para ministrar alimentos y todas las personas enumeradas en el artículo 1663, se ministrarán en primer lugar a los descendientes y al cónyuge superviviente y en su caso al concubinario o concubina a prorrata; sólo cubiertas íntegramente sus pensiones se ministrarán a los ascendientes a prorrata, cualquiera que sea su línea o grado, y después se ministrarán igualmente a prorrata a los demás parientes " 61

Analizando la sucesión legítima, conocida también como ab intestato o intestamentaria, observamos que los concubinarios tienen derechos recíprocos a heredar, en los mismos términos que el cónyuge superviviente.

De esta manera en el supuesto de que no exista disposición testamentaria, se abrirá el intestado y la concubina heredará al concubinario y viceversa, reuniendo el superviviente las siguientes condiciones:

- I. Que el tiempo de la cohabitación haya durado un año o más, sino hubo hijos de tal unión libre:
- II. Cuando haya hijos, entre los concubinarios, cualquiera que haya sido el tiempo de la vida en común nace el derecho a heredar.

⁶¹ Cfr. Código Civil para el Estado de Tlaxcala, Art. 2668.

En ambos casos la cohabitación debe ser inmediatamente anterior a la muerte del autor de la herencia.

"En el supuesto de que la vida en común no duró el mínimo a que se refiere la fracción I del artículo anterior, y no hubo descendencia con el autor de la sucesión, el concubinario o la concubina supérstite tendrá derecho a alimentos si carece de bienes y está imposibilitado para trabajar. Este derecho cesa cuando el supérstite contraiga nupcias o viva nuevamente en concubinato" ⁸²

Encontramos una postura protectora del carácter monogámico del concubinato dentro del artículo 2912 que sostiene:

"Si al morir el autor de la herencia tenía varias concubinas, o en su caso varios concubinarios, ninguno de los supérstites heredará ni tendrá derecho a alimentos" ⁸³

El número anterior tiene como finalidad cumplir con las características de la singularidad del concubinato, ya que la pluralidad de estos trae aparejada confusión y desorden para poder derivar algún derecho.

Es preciso resaltar que la ley faculta al concubinario de que por sí y en representación del hijo habido con el autor de la sucesión, o la madre del menor con derecho a investigar la paternidad, puede deducir las acciones respectivas dentro del juicio universal, sin necesidad del procedimiento judicial previo.

⁸² Cf. Código Civil para el Estado de Tlaxcala, Art. 2911.

⁸³ Cf. Código Civil Para el Estado de Tlaxcala, Art. 2912

Veamos ahora la concurrencia de los diferentes sujetos legitimados para heredar, así como los porcentajes que les corresponden.

Como se indicó anteriormente la concubina hereda al concubinario y éste a aquélla en las mismas porciones y lugar que establecen los artículos 2899 a 2905.

Artículo 2899.- "El cónyuge que sobrevive, concurriendo con los descendientes, tendrá el derecho de un hijo, si carece de bienes o los que tiene al tiempo de abrirse la sucesión no igualan la porción que a cada hijo debe corresponder en la herencia" ⁸⁴

En el primer caso del artículo anterior, el concubinario recibirá la parte íntegra de la porción señalada, en el segundo supuesto sólo tendrá derecho de recibir lo que baste para igualar sus bienes con la porción referida.

Artículo 2901.- "Si el cónyuge que sobrevive concurre con los ascendientes la herencia se dividirá en dos partes iguales, de las cuales una se aplicará al cónyuge y la otra a los ascendientes, sean consanguíneos, sean adoptantes" ⁸⁵

Artículo 2902.- "Si el cónyuge que sobrevive concurre con un hermano, a éste corresponde la quinta parte de la herencia y otras cuantas quintas partes al cónyuge" ⁸⁶

⁸⁴ Cfr. Código Civil para el Estado de Tlaxcala. Art. 2899

⁸⁵ Ídem. Art. 2901.

⁸⁶ Ídem. Art. 2902.

De acuerdo a lo anterior si concurren con dos o más hermanos el cónyuge tendrá también las cuatro quintas partes de la herencia y los hermanos se dividirían entre ellos, en partes iguales, la quinta parte restante.

A falta de hermanos, el cónyuge sucede en todos los bienes, con exclusión de todos los demás parientes del autor de la herencia.

Se desprende de los numerales transcritos el derecho del concubinario a recibir las mismas porciones como si fuera cónyuge, aunque tenga bienes propios.

Como indicamos a la muerte de su pareja el concubinario supérstite representará legalmente al hijo habido en la unión libre. Razón por la cual el artículo 2916 prescribe.

"Cuando a la muerte del autor de la herencia la viuda de éste o en su caso su concubina, queda o cree quedar en cinta, debe ponerlo dentro de cuarenta días en conocimiento del juez, para que lo notifique a los herederos cuyo derecho debe desaparecer o disminuir por el nacimiento del póstumo" ⁸⁷

Procederá en la misma forma la mujer que al momento de la muerte del autor de la sucesión, creyera haber concebido a quien, en su caso tendrá derecho a investigar la paternidad en los supuestos marcados por el artículo 220 de este código.

⁸⁷ Cfr. Código Civil para el Distrito Federal. Art. 2916.

Lo anterior tiene como finalidad que los herederos pidan al juez que dicte las providencias necesarias para evitar un supuesto parto, sustitución de infante o hacer pasar por viva a una criatura muerta, para lo cual se nombrará un médico o partera que se percate del nacimiento.

No será necesaria la investigación de la paternidad, en el supuesto de que el de cujus reconozca en documental pública o privada la certidumbre del embarazo de la supérstite, en tales circunstancias será alimentada con cargo a la masa hereditaria, aún cuando tenga bienes, para lo cual el juez valorará provisionalmente los bienes de la sucesión, si hay aborto o no resulta cierto el embarazo, la supérstite no debe devolver los alimentos a excepción de que la preñez sea contradicha por dictamen pericial.

Cuando la supérstite no diera aviso al juez, de su embarazo, los herederos podrán negarle los alimentos, cuando tenga bienes, pero deberán pagarse si resulta cierta la preñez, para ello la división de la herencia será suspendida hasta que se verifique el alumbramiento o bien transcurra el término máximo del embarazo, diez meses, y en cualquier diligencia deberá ser oída la concubina preñada.

Por lo que respecta al Código Civil para el Estado de Tlaxcala podemos concluir; que es uno de los más novedosos en lo que al concubinato se refiere, como consecuencia de que deja atrás una serie de prejuicios obsoletos que otros Estados de la República no han querido erradicar.

C. LEGISLACIÓN DE TAMAULIPAS

El motivo que nos lleva al estudio de esta legislación, se encuentra en el Código Civil artículo 70, ya derogado, que contaba con una visión futurista libre de caducos prejuicios, que seguramente un día se extinguirán, dando paso a una regulación realista, y que a la letra dice:

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

Dicho precepto se consideraba violatorio del artículo 130 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que establece lo siguiente:

- a. El Matrimonio es un contrato civil;
- b. Tanto el matrimonio como los demás actos que fijan el estado civil de las personas, son de exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil, en los términos prevenidos por las leyes; y
- c. Por lo tanto tendrán la fuerza y validez que las mismas les atribuyen.

Dicha violación carece de fundamento, pues el artículo 70 no dice que el matrimonio no sea un contrato civil, ni que este sustraído a las leyes y a la competencia civil.

"La situación de hecho prevista en el artículo 70 constituye justamente una situación contractual en la que concurren para configuración de un contrato, los elementos substanciales del consentimiento y del objeto"⁸³

Se indica que en el matrimonio tamaulipeco concurren elementos esenciales:

I. Voluntad

II. Objeto:

III. Reconocimiento legal, no así la solemnidad señalada para el matrimonio del Distrito, por la sencilla razón de que el tamaulipeco es consensual y no solemne.

Asimismo cuenta con elementos de validez:

I. Capacidad.

II. Ausencia de vicios en la voluntad,

III. Licitud en el objeto, motivo, fin o condición del acto y no así la formalidad por la misma razón ya dada de que dicho matrimonio es consensual y no solemne ni siquiera formal.

Ortiz Urquidí, nos refiere la siguiente clasificación:

Elementos de hecho.

⁸³ Raúl Ortiz Urquidí, Matrimonio por Consentimiento. Tesis Doctoral, México 1954, Pág. 16 E.

- a. La unión de un solo hombre con una sola mujer;
- b. La convivencia de esa pareja; y
- c. El trato sexual continuado de la misma (artículo 70) y

Elementos legales

- a.- La voluntad,
- b.- La capacidad
- c.- El reconocimiento legal.

La unión no es una alianza cualquiera de un solo hombre con una sola mujer, sino que debe ser una unión que implique la vida en común de los unidos, como marido y mujer.

La convivencia, debe entenderse como tal, una vida en común estable y notoria, esto es que el hombre y la mujer constituyan un hogar, y en lo que se refiere al trato sexual es condición indispensable que el mismo sea continuado y no simplemente esporádico, ya que en este caso queda comprendido en el artículo 26 del citado Código Civil.

"Los tres mencionados elementos de hecho , consiste en la unión, convivencia y trato sexual continuado de un solo hombre con una sola mujer, exige el cumplimiento de las siguientes condiciones, singularidad -unión de un solo hombre con una sola mujer-; estabilidad y notoriedad -convivencia formando un hogar-, y permanencia -trato sexual continuado y no

esporádico- ya que sin dichas condiciones tales elementos jamás podrán ser constitutivos del matrimonio" ⁸⁹

A los elementos enumerados, le agregamos la estabilidad de dicha unión. la cual no debe ser efímera ni pasajera, sino que dure, independientemente de todo momento actual o pasado y hasta futuro, pues puede suceder que al poco tiempo de iniciado el concubinato uno de los dos fallezca y hayan procreado un hijo.

Respecto a la voluntad, este debe ser dada por persona capaz y que la misma no se encuentre viciada. Como sabemos para realizar un matrimonio, además de la voluntad de los contrayentes se toma en cuenta la voluntad del Oficial del Registro Civil, lo cual no acontece en el sistema tamaulipeco.

En cuanto a la capacidad, hemos de distinguir, de acuerdo con lo que dispone el artículo 72 del Código Civil, los siguientes casos:

- a. El de la pubertad legal. "Se considera ilícita toda relación sexual con menores de quince años, cualquiera que sea su sexo" ⁹⁰
- b. La lucidez mental.- "Se considerarán ilícitos los matrimonios celebrados por enajenados" ⁹¹
- c. El parentesco consanguíneo.- "Considera ilícita la unión entre ascendientes, descendientes y hermanos, cosa por demás inobjetable,

⁸⁹ Raúl Ortiz Urquidí. - Matrimonio por Comportamiento. op. cit. Pág. 38.

⁹⁰ Ibidem, Pág. 43 y 44.

⁹¹ Idem, Pág. 48.

ya que no llegaría al absurdo de reconocer como matrimonio lo que las leyes penales castigan como delito o sea el incesto" ⁹²

d. El parentesco de afinidad. "El propio artículo 72 considera ilícita la unión entre ascendientes y descendientes por afinidad" ⁹³

Los dos anteriores incisos constituyen un impedimento del matrimonio, el primero por encontrar su justificación en motivos morales, religiosos y de índole biológico, en tanto que el segundo corresponde a un impedimento moral.

e. El vínculo matrimonial no disuelto.- "El mismo artículo 72 considera ilícita toda relación efectuada por quienes se encuentran unidos en matrimonio con persona distinta a su cónyuge" ⁹⁴

Esto resulta lógico, como consecuencia de si se permite la unión entre personas que se encuentran bajo este supuesto, se contraviene lo dispuesto por la ley.

De esta manera se considera que en el caso que concurren por libre y espontánea voluntad, los citados elementos de hecho sin que exista alguno de los casos de incapacidad señalados, el matrimonio debe estimarse perfectamente válido, sin cumplimiento de formalidad o solemnidad alguna.

Como podemos observar el matrimonio tamaulipeco no requiere formalidad alguna, sin embargo si se desea se puede realizar inscripción del

⁹² *Ibidem*, Pág. 49.

⁹³ *Idem*, Pág. 50.

⁹⁴ *Idem*, Pág. 51

matrimonio en el Registro Civil pero no precisamente, esto, constituye su celebración.

El multicitado Código tamaulipeco, no sólo alude a la unión, sino también prevé su disolución en su artículo 2155.

*Tanto la disolución voluntaria de las uniones matrimoniales como éstas mediante divorcio, deberán ser anotadas al margen del acta de Registro del matrimonio, si este hubiera sido inscrito.⁹⁵

En caso contrario, se atenderá al artículo 2156.

La disolución se registrará en un libro especial; lo que evidentemente demuestra, por sí fuera poco todo lo anterior que el matrimonio de Tamaulipas es esencialmente consensual y de ninguna manera solemne o siquiera formal, y lo que es más importante; que la ley tamaulipeca permite libremente la unión, pero no libremente la desunión.⁹⁶

El matrimonio tamaulipeco ha sido comparado con el previsto por el Código del Matrimonio, la Familia y la Tutela de Rusia que data de 1926, se menciona que ambos permiten el matrimonio consensual, puesto que no se requiere formalidad alguna, pero difieren en su forma de disolución por divorcio, ya que la legislación de Tamaulipas, permite libremente la unión, pero no libremente la desunión, como en cambio sí lo hace el Código ruso, al establecer que basta la voluntad de uno de los cónyuges para disolver por divorcio.

⁹⁵ Ibidem. Pág. 53.

⁹⁶ Ibidem. Pág. 53.

Las formalidades del divorcio, son las siguientes: la voluntad de las partes y la forma substancial, la disposición de la unilateralidad de las voluntades , de un modo tan absoluto y radicalmente concebido, es indiscutiblemente nuevo, ninguna legislación existe que lo declare en forma semejante ⁹⁷

La forma substancial requiere una instancia solicitando el divorcio, dirigida al Secretario del Registro Civil, explicando que el que suscribe ha decidido registrar la disolución de su matrimonio con el ciudadano (a), y que por ello toma el acuerdo de notificárselo al Secretario del Registro ,que deberá comunicar esta decisión a la persona interesada en las señas siguientes. El funcionario Secretario levanta el acta de la instancia, la firma en presencia del interesado y hace que éste y los testigos que quiera la firmen. La forma substancial no requiere que la solicitud se haga por escrito, es suficiente la petición verbal, pero el acta debe redactarse en todo caso siempre de la forma indicada . ⁹⁸

Finalmente mencionaremos que el matrimonio tamaulipeco es llamado consensual, no porque se este en presencia de un contrato de este tipo, pues si se tratara efectivamente de esto, bastaría con que un hombre y una mujer con capacidad legal para contraer matrimonio, consintieran en celebrarlo, sin la necesidad de consumarse por la unión, convivencia y trato sexual continuado.

Se distingue del matrimonio anómalo de Cuba y Guatemala, como consecuencia de que éste, es una equiparación al matrimonio civil solemne,

⁹⁷ *Ibidem*, Pág. 111.

⁹⁸ *Ibidem*, Pág. 112.

que dichas legislaciones reconocen al lado de las uniones de hecho, en tanto que en la legislación que nos ocupa, en este apartado, constituye una verdadera identificación con el matrimonio.

B. LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

Es preciso indicar que el nombre correcto de este apartado, es derecho extranjero, en virtud de que es el derecho de las demás naciones.

99

Una vez hecha la presente aclaración, procederemos al análisis de legislaciones que prevé nuestra figura en estudio.

a) LEGISLACIÓN DE CUBA

Dentro de su actual constitución, vigente desde el 10 de octubre de 1940 dispone en el párrafo sexto de su artículo 43;

"Los Tribunales determinarán los casos en que por razón de equidad, la unión entre personas con capacidad legal para contraer matrimonio, será equiparada por su estabilidad y singularidad, al matrimonio civil"¹⁰⁰

Eduardo Le Riverend Brusone denomina a lo anterior, matrimonio anómalo o por equiparación y al cual distingue nítidamente del típico matrimonio por comportamiento, porque a diferencia de éste no requiere declaración judicial alguna y de acuerdo con tal precepto constitucional

⁹⁹ Rafael de Pina, *Diccionario de Derecho*, op. cit.

¹⁰⁰ Estel Ortiz Urquidí *Matrimonio por Comportamiento*, op. cit. Pág. 104.

cubano, son los tribunales y nadie más quienes a posteriori, deben determinar los casos en que, por razones de equidad, la unión entre personas con capacidad legal para contraer matrimonio sea equiparada, por su estabilidad y singularidad al matrimonio civil

Como se desprende de la legislación cubana, nuestra figura es de equiparación, más no de comportamiento y deja a los tribunales la decisión de realizar dicha equiparación, dándoles el fundamento de la equidad y llevando implícitas las premisas de:

- a. Capacidad para contraer matrimonio y
- b. Estabilidad y singularidad.

B) LEGISLACIÓN DE GUATEMALA

La Constitución guatemalteca de 1945, en su artículo 74, párrafo segundo establece:

"La ley determina los casos en que, por razones de equidad la unión entre personas con capacidad legal para contraer matrimonio, debe ser equiparada, por su estabilidad y singularidad al matrimonio civil"¹⁰¹

Al establecer dicho precepto, el congreso buscó la forma de dar cumplimiento con lo establecido, para ello, era necesario determinar qué

¹⁰¹ Luis Muñoz, Comentarios a las Constituciones Políticas Iberoamericanas, Tomo I, Editorial Porrúa, México 1954, pág. 337.

tipo de unión era equiparable al matrimonio civil con la finalidad de brindar mayor protección a la familia, y cumplir con una justa y equitativa distribución del patrimonio familiar que garantizará el derecho de los hijos y de la madre, para ello dictó el Estatuto de las Uniones de Hecho, expedido por el Presidente Arevalo, y el cual consagra en sus dos primeros artículos lo que a continuación se transcribe:

Artículo 1º.- "Se reconoce legalmente la unión de hecho de un hombre y una mujer, con capacidad para contraer matrimonio y con el fin de vivir juntos, procrear y alimentar a sus hijos y auxiliares mutuamente, mantenida en forma pública y consecutiva por más de tres años, siempre que estos hubiesen fundado hogar y que ambos se hayan tratado como tales ante sus familiares o relaciones sociales" ¹⁰²

Artículo 2º.- "Las uniones verificadas y mantenidas públicamente por los elementos de la raza indígena, celebradas de acuerdo a sus costumbres, tradiciones o ritos, se mantienen como uniones de hecho y gozan de derechos establecidos en la presente ley, aún cuando se hayan cumplido el tiempo previsto en el artículo anterior, pero es indispensable que esa unión de hecho se haga constar en la forma prescrita en el artículo 7º, o sea declarada judicialmente y se inscriba en el Registro Público Jurisdiccional. Las uniones mencionadas en el presente artículo, reúnen los requisitos en el párrafo segundo del artículo 74 de la Constitución" ¹⁰³

Asumiendo encontramos otros dos artículos medulares, con relación al precepto constitucional, el cuarto y séptimo que se resumen en lo siguiente:

¹⁰² *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México, Universidad Nacional Autónoma de México, Año I, No. 1, Enero-Abril, México 1948, Pág. 129-134.*

¹⁰³ *Ibidem.*

Pueden demandar en cualquier tiempo la declaratoria judicial de la unión de hecho de sus progenitores para el sólo efecto de establecer su filiación, bastando al respecto la comparecencia de estos ante un alcalde o notario público, manifestando estar dentro de la situación que define el artículo 1º de la presente ley de que se haga constar su unión para los efectos legales conigüentes, expresando el día en que principió, los hijos procreados y bienes que tuvieron, los que se inscriben en el Registro Público de la Propiedad, del mismo modo que en el Registro Civil el acto que extiende el alcalde o notario público y también el fallo ejecutoriado que en su caso dicte el juez.

Es así como podemos concluir que Guatemala siguió los pasos de Cuba, en lo relativo al matrimonio de hecho, como lo podemos constatar en el Estatuto de las Uniones de Hecho de la primera, en la cual se indica que es urgente determinar; cuales uniones entre personas capaces de contraer matrimonio deben equiparse al matrimonio civil, que son precisamente las palabras que encontramos en el artículo 43 de la Constitución cubana, ya citada con anterioridad, y porque consecuentemente con este criterio son los tribunales guatemaltecos quienes mediante acción ejercitada por uno de los interesados y que prescribe, en cuanto a ellos, diez años después de haber cesado la unión, puede declarar la existencia legal de dicha unión.

CAPÍTULO IV.
EL CONCUBINATO Y SUS EFECTOS SOCIO-JURÍDICOS.

- A. CONCEPTO DE CONCUBINATO.**
- B. CRITERIOS SOBRE LA FIGURA DEL CONCUBINATO.**
- C. REQUISITOS DEL CONCUBINATO.**
- D. CONCEPTO DE FAMILIA Y SU RELACIÓN CON EL CONCUBINATO.**
- E. DIFERENCIAS DEL MATRIMONIO CON EL CONCUBINATO.**
- F. DIFERENTES ACTITUDES QUE EL DERECHO PUEDE ASUMIR EN RELACIÓN CON EL CONCUBINATO.**
- G. EL CONCUBINATO EN LOS DIFERENTES ESTRATOS SOCIALES.**

A. CONCEPTO DE CONCUBINATO.

Los romanos daban el nombre de concubinato o concubinatus a la unión permanente entre dos personas de distinto sexo sin que exista la intención de considerarse marido y mujer (affectio maritalis); diferenciándose así las relaciones pasajeras consideradas como ilícitas. ¹⁰⁴

Una definición más de concubinato, en el Derecho Romano que podría tener vigencia hasta nuestros días, es la siguiente.

Se trata en efecto, de la unión continuada de un hombre y una mujer en aptitud de contraer matrimonio, que aparentan vivir ligados por un acto regularmente celebrado. Es decir, que el concubinato, exige para configurarse, la habilidad para contraer matrimonio regularmente sin incurrir en ninguna violación de la Ley. Queda implícitamente dicho que debe mediar la aptitud sexual necesaria, y la libertad o la ausencia de cualquier impedimento que comprometiese la validez del matrimonio. Es necesario pues, que la unión no se incestuosa, y que no medie la existencia de ningún regularmente contraído. ¹⁰⁵

Actualmente, encontramos en la doctrina una serie de definiciones de concubinato, un ejemplo de ellas; son las siguientes:

Rafael De Pina define al concubinato como la unión de un hombre y una mujer no ligados por vínculo matrimonial a ninguna otra personas,

¹⁰⁴ Eugene Petit, Tratado Elemental de Derecho Romano, op. cit. P4g 111.

¹⁰⁵ Enciclopedia Jurídica Ormeba, Op. cit.

realizada voluntariamente, sin ninguna formalización legal para cumplir los fines atribuidos al matrimonio en la sociedad, Matrimonio de hecho ¹⁰⁶

En tanto que Ignacio Galindo Garfias, comenta al respecto: La cohabitación entre un hombre y una mujer si ambos son solteros, la vida en común más o menos prolongada y permanente es un hecho lícito, que produce efectos jurídicos, pero que requiere, para que el concubinato sea reconocido como tal, que tanto el hombre como la mujer que llevan una vida en común sin estar casados entre si, sean célibes. ¹⁰⁷

Atendiendo a las definiciones anteriores, para que exista el concubinato la unión debe formarse entre un hombre y una mujer que sean solteros, (si alguno de ellos o ambos son casados, constituyen el delito de adulterio), esto es que el hombre y la mujer sean libres de matrimonio o que en determinados casos no estén imposibilitados para contraer matrimonio civil, además de privar entre los unidos un sentido de individualidad en la unión, es decir un sólo hombre con una sola mujer, y que esta unión en común sea por un tiempo prolongado y permanente.

En lo que respecta a nuestro Código Civil vigente para el Distrito Federal, no brinda un concepto preciso de lo que se entiende por concubinato, sin embargo desprendemos del artículo 1635, las condiciones que debe cumplir, para ser considerado como tal.

¹⁰⁶ Rafael De Pina, Elementos de Derecho Civil Mexicano, Volumen I, Cuarta edición, Editorial Porrúa, México 1966. Pág. 336.

¹⁰⁷ Ignacio Galindo Garfias, Derecho Civil, Primer curso, Segunda edición, Editorial Porrúa, México 1976, Pág. 470.

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

"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 la muerte o cuando hayan tenido hijos en común siempre que ambos hayan, permanecido libres de matrimonio durante el concubinato"¹⁰⁸

Podemos concluir, entonces, que el concubinato es la unión de un hombre y una mujer que han vivido juntos durante más de cinco años o que han tenido hijos en común, siempre y cuando permanezcan libres de matrimonio.

Nuestro Código Civil vigente de 1928, en su exposición de motivos visualiza la necesidad de sancionar al concubinato pero se limita a reconocer, en comparación con el matrimonio civil sólo algunos efectos jurídicos dejándolo en completa desigualdad jurídica y social como se desprende textualmente de la exposición de motivos.

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

¹⁰⁸ Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal, Art. 1635.

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 trató el concubinato, es como se dijo antes, porque se encuentra generalizado, hecho que el legislador no debe ignorar".

Postura humana y moral fue la del legislador de 1928, en esa época, ya que actualmente, como apunta acertadamente Rafael Rojas Villegas, el concubinato no debe verse como un problema político o jurídico, sino que es fundamentalmente una cuestión de orden moral.¹⁰⁹

El concubinato no fue sancionado plenamente ya que esta norma fue altamente avanzada para el año de 1928 al grado de que en esa época fue duramente atacado este precepto, por lo que a este punto se refiere, por la sociedad que estimaba que era un ataque a la moral y a las buenas costumbres reconocer derechos a la concubina, como quien dice -según ellos en esa época- al amante, considerando al concubinato como una institución malévola de acabar con la institución del matrimonio..

B. CRITERIOS SOBRE LA FIGURA DEL CONCUBINATO.

Es Eduardo Le Riverend Brusone, quien menciona determinadas condiciones con las que debe cumplir el concubinato a fin de ser considerado por el derecho, las cuales podemos resumir en los siguientes términos:

¹⁰⁹ Rafael Rojas Villegas, Derecho Civil Mexicano, Tomo II Quinta edición, Editorial Porrúa, México 1980, Pág. 363.

- a. Una unión, implica la vida en común de los unidos, como marido y mujer.
- b. Una convivencia.- "Debe entenderse como una vida en común que sea estable o notoria, esto es, que el hombre y la mujer constituyan un hogar". ¹¹⁰
- c. - Una condición de singularidad .- "Lo que significa que tal unión debe conformarse con un solo hombre y una sola mujer". ¹¹¹
- d. Una condición de estabilidad.- Esto es que la relación no sea efímera.
- e. - Una condición de capacidad.- Consiste en la capacidad exigida para contraer matrimonio.
- f. Una condición de publicidad. Lo que significa que tal unión sea conocida por familiares y parientes de los concubinos.
- g. Un elemento moral.- "Este último requisito es el que tiene mayor valor para que el derecho pueda tomar en cuenta al concubinato" ¹¹²
- h. Un elemento de fidelidad

Dentro del más variado criterio para establecer la figura del concubinato, Enneccerus Kipp y Wolf, menciona:

¹¹⁰ Rafael Ortiz Urquidí. Matrimonio pro. Comportamiento, op. cit. Pág. 38.

¹¹¹ Idem., Pág. 39.

¹¹² Rafael Rojas Villegas. Derecho Civil Mexicano, op. cit. Pág. 339.

"Si el matrimonio nulo por defecto de forma no ha sido inscrito en el registro no tiene existencia jurídica. La convivencia de los unidos de esta suerte es un concubinato, no matrimonio, matrimonios no existentes" ¹¹³

En tanto que el Lic. Antonio Aguilar Gutiérrez, opina;

"En cuanto al concubinato y como dijimos en otra ocasión, pensamos que el problema legislativo sobre la unión libre es en realidad muy complejo, pues por una parte no pueden los códigos cerrar los ojos ante lo que es un hecho evidente, o sea la situación de amasiato en que mucha gente vive y hacen de él fuente de constitución de numerosísimas familias, pero por otra, si se acepta el criterio que por liberal a algunas les parece sugestivo de conceder con la ley derechos expresos, sea para sus hijos, como estos que hemos enumerado; derecho a heredar, derecho a alimentos, etcétera, se corre el riesgo de fortificar una situación irregular como lo es la del amasiato y menospreciar o debilitar la única institución que en rigor debería merecer la protección de la ley como es el matrimonio, pues si quienes en unión libre gozan de los mismos derechos que los casados, no se preocuparan por contraer matrimonio. De allí que sea una mala política legislativa la que tiende a extender los derechos de los concubinaros en forma amplia" ¹¹⁴

Lo anterior representa situaciones de doctrina ó en determinados casos de moral en el deber ser, pero no por ello dejan de existir las parejas que conforman el concubinato, así encontramos otro punto de vista que esta constituido por lo que menciona el Lic. Julian Guitrón Fuentevilla:

¹¹³ Eusebio Kipp y Wolf, Tratado de Derecho Civil, Tomo IV, Barcelona España 1953, Pág. 141.

¹¹⁴ Antonio Aguilar Gutiérrez, Boletín para un Anteproyecto de Código Civil Uniforme para toda la República. UNAM Instituto de Derecho Comparado, México 1967. Pág. II.

"En nuestra sociedad, los conceptos a unión libre, concubinato, amasiato, y en general los calificativos dados a las uniones de hecho, se manejan como sinónimo, lo cual es desconocer la ley y las instituciones de Derecho Familiar. La realidad es la ausencia de regulación protectora de las familias originadas en el concubinato"¹¹⁵

Siendo éste un concepto básico y contrastante con la realidad es muy importante tomarla en cuenta, además él mismo caracteriza, al decir dentro del mismo artículo, que:

Conforme a lo mencionado, se concluye que el concubinato como institución de Derecho Familiar, no goza de ninguna regulación especial de los efectos derivados de dicha unión; sino solamente se regulan las materias de sucesión y alimentos. Dada la trascendencia del concubinato respecto a los hijos, los bienes de las partes, sería conveniente legislar en esa materia,, con objeto de proteger a los menores y darles los derechos y obligaciones que pertenecen a un hijo de matrimonio.

En el concubinato existe una voluntad permanente de hacer vida en común, hay respeto, fidelidad, y todos los deberes del matrimonio. En bien de la sociedad y el Estado es urgente regular debidamente las uniones mencionadas, pues sería además una solución a dicho problema, terminar con el machismo ¹¹⁶

¹¹⁵ Julian Outrón Fuentevilla, Periódico Excelsior, Últimas Noticias, 15 de Febrero de 1981. Pág. 4.

¹¹⁶ ibidem, Pág. 10.

Aún cuando existen posiciones opuestas en torno al concubinato, estas coinciden en que la Situación es palpable y que es necesario regular tal hecho.

Asimismo reconocen que tal unión cumple con los deberes propios del matrimonio, cabe mencionar que lo expuesto corresponde a criterios propiamente doctrinarios, en virtud de que más adelante analizaremos las posturas adoptadas por la legislación.

C. REQUISITOS DEL CONCUBINATO

Rafael Rojas Villegas, respecto a los requisitos que debe cumplir, cita un estudio realizado por el profesor cubano Eduardo Le Rivered Brusone, que a su vez establece que nuestra figura debe cumplir las siguientes condiciones.

- a. Un elemento de hecho, Consistente en la posesión de estado de los concubenarios para tener el nomen, el tractus y la fama de casados. es decir vivir como marido y mujer imitando la unión matrimonial.
- b. Una condición de temporalidad. Que puede ser entendida implicando continuidad, regularidad o duración en las relaciones sexuales; o bien, frecuencia, permanencia ó hábitos en las mismas. Respecto a este elemento , ya hemos indagado que el artículo 1635 de nuestro Código civil reduce el elemento temporal a una duración de cinco años.
- c. Un condición de publicidad.- "La Ley Francesa requiere para la investigación de la paternidad de que se trate de un concubinato notorio, por lo tanto la clandestinidad en el mismo impide que se tome en cuenta para esos efectos jurídicos, El autor cubano Guerra López, menciona (según Rojas Villegas) la apariencia de un matrimonio legítimo a efecto de que socialmente se ostenten las partes como si se tratase de una unión legítima" ¹¹⁷

¹¹⁷ Rafael Rojas Villegas, *Derecho Civil Mexicano*, Tomo II op. cit. Pág. - 367.

- d. Una condición de fidelidad.- "Elemento típico del concubinato, considerado así por una importante tendencia, Savatier uno de sus principales expositores, admiten esta condición como una obligación asumida implícita o ilegalmente, pero como ya se indicó públicamente por la concubina. Algún tiempo antes el autor Cassin había unido a esta la del respeto recíproco entre los concubinaríos. Después Planiol reproduce este elemento y lo limita por la regla general a una conducta de fidelidad o de apariencia de fidelidad, Rovast adopta un punto de vista más general manifestando que exista cierta actitud de género de vida de la mujer que haga verosímil la fidelidad. Afirmando Bornecasse que no debe insistirse respecto a la moralidad de la fidelidad, ya que según el legislador se refiere generalmente a relaciones continuas, Rojina Villegas opina al respecto que se exagera esta condición si se le mantiene su importancia a pesar de que no se está ya dentro del terreno de la investigación de la paternidad, sino más bien trata como nuestra Constitución de sancionar la situación del hombre y la mujer que se encuentran unidos".¹¹⁸
- e. Condición de singularidad.- Esta condición consiste en la existencia de un solo concubinario.
- f. Un elemento de capacidad.- Se exige a los concubinaríos la misma capacidad que se requiere para contraer matrimonio.
- g. Un elemento moral.- "Este último requisito es el que tiene mayor valor para que el derecho pueda tomar en cuenta al concubinato"¹¹⁹

¹¹⁸ *Ibidem.*, Pág. 368.

¹¹⁹ *Ibidem.* Pág. 339.

Eduardo Estrada Alonso, establece que los requisitos del concubinato son los siguientes:

- a. Una convivencia more uxorio. Lo que significa que los concubinarios llevan una vida en común que coincide con el patrón matrimonial.
- b. La Ausencia de la formalidad. La constitución del concubinato depende exclusivamente de la voluntad y mutuo consentimiento de los compañeros, que se presume continuamente renovado por el requisito, también exigido, de la cohabitación.¹²⁰
- c. El cumplimiento voluntario de los deberes matrimoniales.
- d. La convivencia o comunidad de vida. "La convivencia ha de entenderse e incluirse como la comunidad de techo, mesa y cama, es decir, el hogar y la vida en común."¹²¹
- e. - Comunidad de vida estable y duradera. "El establecimiento de un periodo de tiempo para otorgar relevancia jurídica a las uniones extra conyugales ha sido, por parte, el criterio desarrollado, en los países donde se regula"¹²²
- f. Heterosexualidad. Lo que significa que debe tratarse de la unión entre un hombre y una mujer.

¹²⁰ Eduardo Estrada Alonso. Las Uniones Extraconyugales en el Derecho Español. Segunda edición, Editorial Civitas, España 1986. Pág. 53.

¹²¹ *Idem*.

¹²² *Idem*, Pág. 66.

- g. **Relación monogámica.** La unión libre para ser portadora de efectos jurídicos debe rehusar la poligamia.¹²³
- h. **Relación sexual.-** Es decir debe existir una relación carnal de los concubenarios. De no requerir la relación sexual, debíamos extender los efectos jurídicos que solicitamos a todas las convivencias donde se presentó un hombre y una mujer.
- i. **La procreación.** No puede negarse que la filiación perfecciona y estabiliza aún más la unión libre ya constituida, atribuyéndole nuevos efectos jurídicos. La filiación provoca, para estas uniones, los deberes derivados de la patria potestad.
- j. **La edad.-** Para que los concubenarios desarrollen espontáneamente los deberes de fidelidad y ayuda mutua, para que perdure el pleno convencimiento de no contraer matrimonio, debe fijarse una edad mínima.¹²⁴

En el concubinato la vida marital de los concubenarios se realiza sin que se haya declarado formalmente, con las solemnidades que la Ley exige, la voluntad de los contrayentes de contraer el vínculo jurídico del matrimonio.

Puede parecer inmoral y escandaloso proponer que el concubinato con determinadas condiciones surta efectos semejantes al matrimonio, pero si de acuerdo con el conjunto de requisitos que exige el legislador para la

¹²³ *Ibidem*, Pág. 69.

¹²⁴ *Ibidem*, Pág. 73.

existencia del concubinato, tales como el estado de hecho que debe caracterizar a todo estado civil, el trato que deben darse los concubenarios en familia y frente a la sociedad como marido y mujer; una estabilidad, una permanencia, una cierta publicidad, para que no sea un hecho clandestino; una condición de fidelidad de la concubina; el requisito de singularidad de que solo exista un concubino; el requisito de capacidad, para que medien los impedimentos que originan la nulidad del matrimonio o que impidan la celebración del mismo en determinado momento, y finalmente una condición de moralidad.¹²⁵

Si se toma en cuenta que los requisitos establecidos para el concubinato coinciden con el matrimonio, nos daremos cuenta de que el primero no viola la honestidad del segundo.

“¿Ahora tiene razón de ser que se mantenga esa desigualdad entre la concubina y la cónyuge?. Tan digna es la que contrajo nupcias como la que hace vida marital sin estar casada, y si esto lo reconoce el legislador como una situación real, no es posible que se mantenga ese desnivel hoy en día. Pero toda vez que el titular del Poder Ejecutivo no ha tenido la ocurrencia de proponer la modernización de la ley civil, pues los señores legisladores no pueden por su parte imaginarse la existencia de tal necesidad. Pero mientras se siga teniendo legisladores locutores, camioneros y otros parecidos la situación no podrá variar”¹²⁶

La ausencia de la modernidad en cuanto al concubinato se refiere traté aparejadas situaciones como la siguiente:

¹²⁵ Rafael Rojas Villegas, Derecho Civil Mexicano, Tomo II Pág. 367.

¹²⁶ Ernesto Gutiérrez y González, El Patrimonio - Sucesión - Legítima o Intestamentaria, Editorial José M. Cajica, México 1971, Pág. 599

Vivi con un hombre 23 años, en los cuales me recibió con dos niñas. Una tenía cinco años y la otra doce años, las que sostuvo hasta que la mayor a los diecisiete años trabajó. Desde entonces su obligación terminó con las dos, pues la mayor tomó a su cargo el sostenimiento de la menor, excepto casa y comida que él le proporcionaba. Yo tenía veinticinco años cuando me junté con él. Me dediqué a vivir para él, a ser una esposa en toda la extensión de la palabra, pues como no tuve hijos con él quise recompensar esto siendo una compañera alegre y entusiasta para allanar el vacío que él sentía por la falta de hijos, lo cual dependía de él. El caso es este. Hace tres años me abandonó sin motivo alguno, que justificara su proceder, por un año no dándome nada. Después volvió y me pasaba a razón de \$10,00 pesos diarios, pero hace dos meses que ya nuevamente se ha ido dejándome en el más completo abandono sin tener de qué vivir, pues me es imposible encontrar trabajo por mi edad, ya que en la actualidad cuento con 53 años. ¿Podría recurrir a algún Tribunal para pedir protección y obligarlo a que me pase algo? pues no creó que sea de justicia que habiéndome acabado la vida a su lado a estas alturas, cuando ya no puedo ni por mi edad, ni por mi enfermedad, trabajar y ganarme la vida, se deshaga de mí como un mueble inservible. ¹²⁷

Ante situaciones como la anterior, es necesario que el concubinato reciba un trato similar al matrimonio, a fin de evitar en lo posible injusticias y desprotecciones.

¹²⁷ Luis Castaño, En Compañía legal, Asuntos Civiles, Primera Parte, editorial La Prensa, México 1968, Pág. 49.

D. CONCEPTO DE FAMILIA Y SU RELACIÓN CON EL CONCUBINATO.

Al abordar el tema que nos ocupa en el presente trabajo, surge la necesidad de situar en qué ámbito se desarrolla.

Si el concubinato engloba situaciones de familia se deberá tener especial cuidado ya que se manejan cuestiones fundamentales al legitimar hechos por medio del derecho.

"La familia es una institución de fuerte contenido moral, que constituye una comunidad humana de vida, que tiene una finalidad propia y supraindividual, para lo cual tiene un patrimonio propio, que se integra con los progenitores (o uno de ellos) y con los hijos incluyendo los adoptados) a quienes se pueden incorporar otros parientes, todos los cuales viven en un domicilio común, cuyas relaciones interpersonales y vínculos jurídicos se originan de los estados jurídicos derivados del matrimonio o el concubinato, de la filiación y el parentesco". ¹²⁸

En tanto que para Rafael de Pina, la familia es el agregado social constituido por personas que viven un mismo lugar. ¹²⁹

El Dr. Luis Recasens Siches, menciona: La familia tiene en todas, o por lo menos en la mayor parte de sus formas las siguientes características:

a. Una relación sexual continuada.

¹²⁸ Manuel F. Chávez Ascencio, *La Familia en el Derecho* Editorial Porrúa, México 1994, Pág. 222.

¹²⁹ Rafael de Pina *Diccionario de Derecho*. Vigésima edición, Editorial Porrúa, México 1994. Pág. 287.

- b. Una forma de matrimonio, o institución entre los padres y los hijos
- c. Deberes y derechos entre los esposos y entre los padres y los hijos.
- d. Un sistema de nomenclatura que comprende modo de identificar a la prole.
- e. Disposiciones económicas entre los esposos, y con especial referencia a las necesidades relativas a la manutención y educación de los hijos.
- f. Generalmente un hogar aunque no es indispensable que este sea exclusivo.

"La familia es la institución social más universal, en una u otra forma existe en todas las sociedades, lugares y épocas en el desenvolvimiento de la humanidad. Incluso en muchas especies de animales existe una forma en cierto modo equivalente a la familia, parte de la diferencia incansable entre lo humano y lo animal".¹³⁰

"La pareja conyugal que va a constituir un núcleo base de la familia, es una asociación en la cual los dos cónyuges entran voluntaria y libremente por virtud de su consentimiento".¹³¹

Es preciso indicar que no para todos los autores el concubinato constituye una fuente de la familia.

¹³⁰ Luis Recasens Siches, Sociología, Editorial Porrúa, México 1971, Pág. 467.

¹³¹ Ibidem, Pág. 470.

"Entre estos autores encontramos a Chávez Asencio, que asegura; entre concubenarios, aún cuando hay consecuencias de derecho, su relación no genera un estado de familia, sólo existe relación con los hijos" ¹³²

"Así mismo el Código Civil vigente prescribe: el concubinato crea relación de parentesco natural entre el hijo y sus progenitores, pero no hay parentesco alguno entre los concubenarios, respecto a los cuales existen algunos vínculos como son los relativos a los alimentos y a la sucesión legítima"¹³³

De esta manera podemos afirmar que el Código Civil para el Estado De Tlaxcala va a la vanguardia en lo que al parentesco se refiere, ya que considera que existe un parentesco de afinidad entre los parientes de los concubinos e incluso establece un impedimento, entre estos, para contraer matrimonio, mientras que nuestro Código Civil para el Distrito Federal mantiene una serie de prejuicios obsoletos.

E. DIFERENCIAS DEL MATRIMONIO CON EL CONCUBINATO

Es el turno de establecer las diferencias entre el matrimonio y el concubinato, dos figuras que teniendo la misma finalidad, son consideradas distintas por la legislación.

Iniciaremos mencionando que mientras el matrimonio es celebrado ante un Oficial del Registro Civil en una sola manifestación. El concubinato

¹³² Manuel Chavez Asencio, La Familia en el derecho, op. cit. Pág. 264.

¹³³ Ibidem.

se constituye por la voluntad permanente de los concubenarios en permanecer unidos.

Por otra parte mientras el primero es ampliamente protegido por la ley e incluso por la misma religión, el concubinario es favorecido con mínimos derechos que tienden a la desprotección.

Se establecen impedimentos para contraer matrimonio, en tanto que la ley no prevé de manera expresa lo mismo para la figura del concubinato.

La disolución difiere de ser la misma, pues, para el matrimonio se requiere una declaración judicial o administrativa en tanto que para disolución del concubinato basta con la voluntad de los concubenarios.

En el matrimonio existe un régimen patrimonial mientras que en el concubinato no.

En el matrimonio los cónyuges pueden separarse temporalmente sin que esto afecte la validez del matrimonio, en tanto, que si los concubenarios se separan dejarían de cumplir con uno de los requisitos básicos del concubinato.

En lo que alimentos se refiere el matrimonio prevé alimentos obligatorios para el cónyuge y los hijos mientras no existe ese derecho obligatorio para los concubenarios y los hijos sino han sido reconocidos.

La materia de sucesiones aún cuando otorga el derecho de heredar a los concubenarios este es restringido.

De esta manera podemos concluir que mientras el matrimonio produce efectos jurídicos derechos y obligaciones, facultades y deberes tanto en los cónyuges y con relación a los hijos, da lugar al parentesco por afinidad y se proyecta sobre los bienes de los conyortes, los efectos reconocidos para el concubinato son limitados. El matrimonio es un acto y un estado que el derecho sanciona y protege plenamente. La legislación distingue al matrimonio y al concubinato por su forma y carácter obligatorio, conceptuando al concubinato como un mero hecho y no como un contrato, careciendo de esta forma de plenos efectos jurídicos.

F. DIFERENTES ACTITUDES QUE EL DERECHO PUEDE ASUMIR EN RELACION CON EL CONCUBINATO.

Toca el turno de exponer; las actitudes que el derecho adopta frente a la figura en cuestión.

La primera postura que asume el derecho es la que ignora al concubinato de una manera absoluta, no considerándolo como un hecho lícito. De tal forma el concubinato se estima como un hecho ajurídico como podría ser la amistad o los convencionalismos sociales (reglas de educación urbanidad, de moda, etc.) Aún cuando en el fondo se revela un criterio negativo para no reglamentar al concubinato, necesariamente se parte de una calificación en orden moral, ya que así se puede colocar a esta unión en el campo ajurídico.¹³⁴

¹³⁴ Rafael Rojas Villegas, *Derecho Civil Mexicano*, op. cit. Pág. 21

Conforme a esta postura el concubinato queda al margen la ley tanto civil como penal.

Una segunda postura regula exclusivamente lo referente a los hijos nacidos de concubinato, ignorando a los concubenarios.

Esta posición es adoptada por nuestro Código Civil vigente como se desprende en el siguiente artículo 383 que declara que se presumen hijos del concubinario y de la concubina:

I. Los nacidos después de ciento ochenta días contados desde que comenzó el concubinato.

II. Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes al que cesó la vida en común entre concubenarios y la concubina, es decir, el concubinato viene a constituir la base jurídica principal para poder definir la paternidad que de otra manera quedaría incierta.

Por esta misma razón el artículo 382 en su fracción III permite la investigación cuando el hijo haya sido concebido durante el tiempo en que la madre habitaba bajo el mismo techo con el pretendido padre viviendo maritalmente. De lo anterior se desprende que la ley equipara, desde el punto de vista de la investigación o admisión de la paternidad, a los hijos legítimos y a los que nazcan durante el concubinato, ya que en ambos casos se presumen hijos de los cónyuges o de las concubinas respectivamente, los nacidos después de ciento ochenta días de la celebración del matrimonio o de la fecha en que comenzó el concubinato y de los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio o a la fecha en que cesó el concubinato. Por esto se puede

decir que nuestra legislación cuando la paternidad o la maternidad están debidamente comprobadas vienen a reconocer aquellos derechos de los hijos legítimos y a los hijos naturales, concluyendo así que en nuestro sistema jurídico los hijos nacidos dentro del concubinato tienen completa y eficaz protección jurídica ¹³⁵

Una postura más consiste en prohibir el concubinato y sancionarlo civil o penalmente permitiendo inclusive para la separación la fuerza pública.

Dicha postura ocasionalmente ha sido utilizada, siendo uno de los ejemplos más palpables; la época de la República donde el concubinato se castigaba como adulterio o stuprum y en el derecho canónico que por considerarlo más grave que la fornicación llegó al extremo de la excomunión.

Encontramos una cuarta postura que considera al concubinato como una unión de grado inferior a la matrimonial regulándolo jurídicamente: concediendo a las partes derechos y obligaciones, principalmente la facultad otorgada a la concubina para heredar en sucesión legítima o exigir alimentos.

En el derecho romano ya se encontraba esta tendencia de considerar al concubinato como una unión inferior al matrimonio ¹³⁶

Actualmente el Código Civil vigente reconoce derechos y obligaciones entre los concubenarios, tales como: heredarse recíprocamente, la pensión

¹³⁵ *Ibidem*. Pág. 364.

¹³⁶ Eugenio Petrá, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, op. cit. Pág. , 111.

alimenticia con cargo al caudal hereditario como si tratara de un cónyuge, lo cual se logró en la Reforma del 27 de diciembre de 1983, promulgada por el Presidente de la República Miguel de la Madrid Hurtado.

G) EL CONCUBINATO EN LOS DIFERENTES ESTRATOS SOCIALES.

En la actualidad el matrimonio civil romano es el antecedente directo del matrimonio.

El imperio romano, como ya lo señalamos, dio origen al concubinato, por causas de desigualdad de clases entre personas que no podían contraer justo matrimonio y formar una familia patriarcal monogámica.

Si la hija de un senador se casaba con un liberto, el resultado no era un matrimonio justo sino un concubinato, una unión estable y monogámica, nada indecorosa, socialmente aceptada, pero no producía efectos jurídicos.

137

El padre era una figura preponderante, el centro de todas las actividades económicas, religiosas, políticas y jurídicas.

En el imperio romano, la estructura social de este tipo de familias giraba en torno a la voluntad irrestricta del padre quien además, es el único que tenía derecho a la participación pública de la vida de la sociedad en que vivía. 138

137 *Revista de la Facultad de Derecho, Algunas Aclaraciones y Sugerencias en la Relación con el Matrimonio y el Concubinato en el Derecho Romano*, Número 23, Tomo IV, México 1956, Pág. 31.

138 *Jorge Sánchez Azcona, Sociología de la Familia*, Editorial. Joaquín Mortín, México, 1981, Pág. 18.

Actualmente los tiempos han cambiado, y en los últimos veinte años la más venerable de las instituciones humanas ha sido objeto de intensos y crecientes ataques, no sólo por parte de los literatos en ejercicio de su desdén profesional. Las insuficiencias del matrimonio están siendo denunciadas por una legión más densa de divorciados, mal casados y jóvenes que a la sombra de la luz de las amargas experiencias de sus mayores, se vuelven cada día más reacios a contraer matrimonio.

Siendo este fenómeno, motivo de preocupación para la sociedad, pues día con día, vemos como aumenta el índice de divorcios y con ello el temor a contraer matrimonio, por parte de las personas que permanecen solteras, pues, para estas, el matrimonio se ha ido estigmatizando como un simple contrato innecesario, que trae aparejadas un sin fin de obligaciones, que en ocasiones constituyen la tumba del amor que prodigan a su pareja. Como por ejemplo:

El Actor Héctor Bonilla expresa lo siguiente. Ni Sofia ni yo creemos en el matrimonio. Porque observamos la realidad, por experiencia, porque la mayoría de nuestros amigos han pasado por el divorcio.

Pero no sólo el fracaso matrimonial es la única causa, por la cual las parejas optan por no contraer matrimonio, pues a esto, hay que agregar; la superación de la mujer en diversos campos, que le brinda un sinnúmero de oportunidades, a las cuales no están dispuestas a renunciar.

Dando como resultado, argumentos como el siguiente:

"En cierta forma envidio a mi mamá y a mi abuelita, porque no tuvieron tantas opciones como yo. Bueno quizás no se hayan sentido útiles o realizadas en algunos aspectos: pero por lo menos si eran infelices o estaban hartas, podían echarle la culpa a la sociedad. ya que en otra época, las mujeres sabían que era lo que se esperaba de ellas, yo ya no se que se espera de mí".¹³⁹

Ante tal argumento, nos percatamos de que hoy en día, la mujer se ha vuelto polifacética y como consecuencia se traza varios objetivos, que las llevan a plantearse cuestionamientos como el que a continuación se describe:

¿Debes realizarte primero profesionalmente y olvidarte de formar una familia, o debes realizarte primero como mujer y después en el ámbito laboral?

"En la época de nuestras mamá, la gente muchas veces se casaba, para salir de su casa"¹⁴⁰

Ante los cambios sociales, culturales, científicos y tecnológicos, la postura hacia el matrimonio, ha cambiado radicalmente, las personas, actualmente buscan un desarrollo personal libre de lo que ellos consideran una atadura, razón por la cual cada vez son más los hombres y mujeres que deciden vivir en concubinato.

¹³⁹ Revista Veintitantos, Viajes, Maestría o Matrimonio, Agosto de 1994, Pág. 92.

¹⁴⁰ Idem, Pág. 93.

En lo que a México se refiere, la unión libre o concubinato no es del todo aceptado por una gran parte de la sociedad y eso ha creado posturas distintas: una, la que está en contra, dice que cuando no hay un papel y un compromiso por escrito es más fácil salirse de una relación y que no se lucha por tratar de salvarla. Mientras tanto la otra postura, considera que no cree en el papel y manifiestan que su amor no tiene porque estar certificado por nadie y viven en unión libre por convencimiento y lo han hecho su estilo de vida.

Con la finalidad de visualizar el concubinato en México, atenderemos a la clasificación Aristotélica; en clase alta, media y baja o popular.

"Por lo que toca a la clase alta, encontramos que es la que está formada por los grandes propietarios de tierras o edificios urbanos, grandes rentistas que tienen su dinero invertido en acciones y valores, grandes empresarios del comercio e industrias o de otras actividades económicas: los profesionistas quienes gracias a su éxito alcanzado en una actividad profesional técnica o universitaria" ¹⁴¹

Los lujos y la vida acomodada de esta clase representa un modo de vida al que tradicionalmente algunos grupos de clase baja tratan de copiar. En esta clase la esposa más que nada busca con su presencia fortalecer el papel social de su marido; debe compartir diversiones con él y afirmar la personalidad de éste siendo objeto de admiración. Por lo tanto debe considerarse atractiva, so pena de no poder retener al marido, dado que en esta relación el aspecto físico en ella es altamente valorado: dedica una

¹⁴¹ Lucio Mendieta y Nuñez. Las Clases Sociales en México, Editorial Nuestro Tiempo, México 1980, Pág. 109.

parte importante del dinero recibido al lucimiento del hogar y tiene que cultivar permanentemente las relaciones sociales ventajosas para el esposo.

142

Es característica de esta clase. Llevar una vida fácil llena de frivolidades que influyen en el fracaso de los matrimonios y que generalmente cuando desembocan en el divorcio, este es finiquitado con grandes sumas por concepto de pensión alimenticia. .

El concubinato, en la clase alta es poco usual, aunque no pasa desapercibido. Generalmente las personas pertenecientes a esta clase, buscan aventuras pasajeras que desembocan en el amasiato.

En el amasiato una o ambas personas tienen celebradas nupcias con una tercera persona ajena a la pareja, y en este caso no hay concubinato sino amasiato. ¹⁴³

Con lo anterior no se está afirmando que el amasiato sea exclusivo de la clase alta, sino que debido a que se cuidan diversos aspectos que van desde lo económico hasta lo social, el divorcio es tomado con cautela, desembocando esto en un matrimonio frustrado que trae aparejada la presencia del amante.

Toca el turno a la clase media la cual generalmente esta integrada, en los países civilizados, por la burocracia, los pequeños rentistas, los pequeños industriales, los pequeños propietarios rústicos y urbanos, los

¹⁴² *Ibidem*. Pág. 110

¹⁴³ Erraño Gutiérrez y González. *El Patrimonio - sucesión: Legítima o Testamentaria*. Pág 597.

profesionistas. los empleados de empresas privadas y puede señalarse en ella, los siguientes caracteres:

- a) Imita las formas de vida de la clase alta, en este aspecto puramente formal su ideal constante.
- b) Concede gran importancia a la cultura, a la ciencia, a la técnica.
- c) Tienen un alto sentido ético y religioso.
- d) Sus ambiciones se limitan a obtener el bienestar y la satisfacción moral principalmente por medio del trabajo. No se preocupa por acumular riquezas.
- e) Se debate, siempre en una contradicción, ideológica; es conservadora, ya que sufre notable desviación de criterio ante el derecho de propiedad privada la ama y la respeta, porque ha adquirido mediante improbables esfuerzos y privaciones o tiene la esperanza de adquirirla y siente el natural temor e indignación ante la sola idea de ser desposeído de lo que considera, con razón, el producto de su trabajo. La justificación de su derecho, sobre la pequeña propiedad que posee, la lleva a justificar todo derecho de propiedad sin fijarse en que las enormes propiedades de la clase alta no tiene el mismo fundamento. A esta especialísima circunstancia psicológica se debe que la clase media se ha considerado como factor de moderación, de equilibrio en la lucha social.

- f) Exhibe una arraigada tendencia a cubrir las apariencias, a guardar las formas sociales aún a costa de los grandes sacrificios.
- g) Se opone a mezclarse, por medio del matrimonio con la clase baja.
- h) Vida de relación social, casi exclusiva entre personas de su misma clase.
- i) Tienen una base económica, un cierto bienestar material mínimo derivado de la renta de pequeñas propiedades, de reducidos capitales, o de trabajo personal o de ambos elementos. ¹⁴⁴

Es en esta clase donde actualmente han tenido gran difusión los métodos anticonceptivos, permitiendo con ello, las relaciones prematrimoniales y desapareciendo con ello, el ideal de llegar virgen al matrimonio, y de procrear únicamente dentro de este. Dado que hoy en día una pareja puede procrear sin necesidad de estar casado y no sólo eso, sino, que en algunas de las ocasiones cuentan con el apoyo de su familia, como se desprende de la entrevista realizada a la actriz Lorena Rojas:

Lorena vive con el también actor Ari Teich. Lorena y tu familia ¿qué dice? Tengo una relación muy buena con mi familia Somos unidos. Tanto mi mamá como mi hermana (Mayra Rojas), me animan, ¿y piensan casarse? Ari y yo pensamos de la misma manera; cuando se ama sin egoísmo, no se necesita un papel. Yo vivo el presente, el matrimonio no me obsesiona. ¹⁴⁵

¹⁴⁴ Lucio Mandiari y Núñez. Las Clases Sociales en México, op. cit. Pág. 127.

¹⁴⁵ Revista T.V. y Novelas, Edición XVIII, Junio de 1994. Pág. 28.

"Para algunos conservadores el concubinato sigue siendo el principio del desorden y que el Estado debería de tomar medidas para combatirlo"

146

A otros en cambio les parece que es una posibilidad de libertad y de plena realización de la pareja. ¹⁴⁷

Ahora, la presión social que ejerce esta clase media de nuestro país es todavía muy fuerte acerca de cómo formarse la familia dentro del matrimonio; pero también cada día está aceptando la unión libre como un acuerdo de voluntades que un hombre y una mujer efectúan formando una familia pero sin matrimonio, y en último de los casos viven unión libre no como situación temporal, para mejor realización de la pareja, y finalmente formalizan esa unión contrayendo matrimonio, podríamos señalar a este último como un matrimonio a prueba en el cual la pareja vive en semejanza con el matrimonio, fuera del marco jurídico que este impone, unidos indefinidamente, por cuestiones puramente morales siendo una de las principales, la honestidad, el amor, es la relación que mantienen dos iguales en la cual no hace falta ni el dominio ni la sumisión, ni restricciones por decreto, ni de posesión suficiente ¹⁴⁸

Obviamente que la figura del concubinato desencadena reacciones como la siguiente:

¹⁴⁶ Rafael De Pina, Elementos de Derecho Civil Mexicano, Tomo I, Cuarta edición, Editorial Porrúa, México, 1966, Pág. 337.

¹⁴⁷ Nona O'Neill, El Matrimonio Abierto, Segunda edición, Editorial Crijalvo, México 1976, Pág. 85

¹⁴⁸ Nona O'Neill, El Matrimonio Abierto, op. cit. Págs. 45 y 288

"La noticia de nuestra unión no fue bien recibida por nuestras familias, pero no nos importa. Manuel tenía un buen trabajo y yo dedicaba todo mi tiempo a terminar exitosamente mi carrera. Nuestras amistades se sorprendieron mucho cuando supieron que vivíamos juntos, pero se acostumbraron rápidamente y de hecho nuestro apartamento se convirtió en el centro de reuniones . "¹⁴⁹

La pareja que decide vivir en concubinato debe estar consciente de la libertad sexual, sentirse realmente libre de prejuicios y temores que el concubinato trae aparejados, como una consecuencia de nuestra cultura.

El hombre y la mujer que deciden vivir en concubinato deben de estar seguros de si mismos y convencidos, acerca de lo que quieren y desean hacer, para que su relación sea benéfica.

Al igual que la clase social alta, la media acude al divorcio.

"El matrimonio actual es un ideal sutilmente inculcado, desde la infancia; formalizado por la iglesia y el Estado y afianzado por la presión social. Sólo hasta el momento de encontrarnos inmersos en el matrimonio y haber descubierto sus lacras, nos damos cuenta hasta que punto nos han engañado y vemos con tristeza de que fuimos despietados por la creencia de que semejante matrimonio podía colmar todos nuestros sueños"¹⁵⁰

Al fracaso matrimonial hay que agregarle que el contraer matrimonio civil implica un trámite administrativo ante el Oficial de Registro Civil , que

¹⁴⁹ **Revista Veintitantos**, Enero de 1966. Pág. 87.

¹⁵⁰ Nena O'Neill, **El Matrimonio Abierto**, op. cit. Pág. 88.

implica la inversión de un tiempo que oscila entre una semana y un mes, desde la presentación de la solicitud, la celebración del acto ante dicho oficial y la obtención del acta de matrimonio.

En tanto que la disolución debe tramitarse ante el Representante del Poder Judicial, en este caso el Juez Familiar y que requiere un tiempo promedio de un año.

El divorciarse es una experiencia desagradable, implicando desajustes psicológicos, sociales y económicos, tanto para el hombre como para la mujer, en ocasiones hasta traumáticos, porque muchos se casan con el ideal del matrimonio perfecto y fracasan.¹⁵¹

Ante tales experiencias, las personas optan por el concubinato, el cual, tiende a perfeccionarse de acuerdo con la experiencia, razón por la cual, el legislador deberá actualizar la ley a fin de regular la realidad.

De ninguna manera estamos en contra del matrimonio, sino que únicamente sugerimos un trato jurídico justo para el concubinato. Que cumpla con la función del derecho de regular la conducta humana.

Siendo necesario aclarar, que el factor económico juega un papel determinante, dentro de la estructura social, y por tanto la figura del concubinato no obedece a caprichos personales, sino que esta determinada por una serie de ideologías morales, religiosas y como ya lo mencionamos de índole económico.

¹⁵¹ Idem.

Vivimos hoy en un mundo tecnificado a gran velocidad, y que sólo admite flujo y cambio. En tales condiciones es evidente que lo que en el pasado sirvió como forma de constituir el matrimonio ya no sirve; los nuevos complejos estilos de vida exigen una nueva regulación.¹⁵²

Situación que no ocurre en nuestro sistema, pues la figura del matrimonio se ha quedado en el concepto rigorista y formal, en el cual se limita, la libre expresión de las personas.

¹⁵² Idem.

México, por ser un país en desarrollo, es paradójicamente una nación polarizada en cuanto a sus clases sociales. Aquí en especial, se habla del México rural, con características muy específicas que afectan sensiblemente la dinámica familiar, como son la pobreza, el alcoholismo, la desnutrición infantil, el analfabetismo, la insalubridad, la necesidad que tiene el padre de emigrar al extranjero u otras ciudades, el hacer trabajar a los niños, etc. Es la vida rural una problemática muy seria la que impide a las personas solventar sus necesidades materiales y espirituales. ¹⁵³

En este sentido encontramos la clase baja integrada por los obreros calificados, los artesanos, los obreros dedicados a los trabajos de industrias determinadas, es decir que tienen cierta experiencia en esos trabajos, los jornaleros del campo, los trabajadores sin especialización alguna que se alquilan para cualquier clase de labores.

Son características de esta clase; una instrucción rudimentaria, se dedican a trabajos manuales que requieren principalmente el empleo de la fuerza material o acción física personal, su forma de vida es inferior a la clase media, su manera de hablar y de actuar son burdas, se religan sin comprender en toda su profundidad los principios de la religión, se improvisan.

Es precisamente en esta clase donde tuvo su origen el concubinato. Como recordaremos el Derecho Romano permitía entre esta clase única y exclusivamente el concubinato, reservando el matrimonio para los patricios. Actualmente el matrimonio jurídicamente, no prevé ninguna desigualdad en la celebración.

¹⁵³ Jorge Sánchez Azcona, Sociología de la Familia, op. cit. Pág. 83.

Aún cuando la ley prevé un solo tipo de matrimonio tanto para pobre y ricos, es en esta última clase donde se ve favorecido el concubinato, como consecuencia de la extrema ignorancia y miseria que impera.

Existe una gran mayoría de parejas, de esta clase, que forman sus hogares sobre la base del concubinato y viven unidos así, años y más años, engendran hijos y se presentan el uno al otro como mi "esposo" aún cuando no lo son. En el último de los casos contraen nupcias eclesíásticas, sin contraer matrimonio civil, el cual de acuerdo con nuestra legislación resulta inexistente; pero entre ellos se consideran casados entre sí y ante la sociedad, forman auténticos concubinatos.¹⁵⁴

En lo que se refiere a la ignorancia podemos observar que hasta cierto punto influye la Iglesia ya que para esta, carece de importancia el matrimonio civil como se transcribe a continuación.

"Se llama concubinato; a que un hombre y una mujer viven juntos sin estar casados por la Iglesia. Empecemos a entender bien que este lamentable estado no deja de existir porque ellos se unen por la ley civil, pues el matrimonio civil es nulo entre los bautizados, cuyo verdadero matrimonio es el religioso. por lo que todo cristiano que vive sin casarse por la Iglesia, vive en concubinato, y si se casa por lo civil, cae en lo que S.S. Pío XII llama concubinato legal"¹⁵⁵

En nuestros días la sociedad no es tan religiosa, como antaño, sin embargo, persiste la influencia de la misma, ya que en la mayoría de las

¹⁵⁴ Ernesto Gutiérrez y Gonzalez. El Patrimonio Legítimo e Intestamentario, op. cit., Pág. 597.

¹⁵⁵ Fahir Alicia Folleto E.V.C. de formación. Amorista, Número 617, México, pág. 13

religiones se concede superioridad al matrimonio celebrado dentro de los lineamientos de la misma.

Como referimos anteriormente, la miseria es otra causa de la proliferación del concubinato, como consecuencia de que si una pareja decide unirse en matrimonio se ve en la necesidad de sufragar gastos que posiblemente su bolsillo no le permite, optando por unirse libremente.

Una vez realizado el análisis de los diferentes estratos sociales, podemos concluir que es urgente una regulación en cuanto al concubinato se refiere, pues, no constituye una figura aislada a nuestro entorno social, por el contrario, es éste el que le permite su presencia tan socorrida hoy en día, que no va a desaparecer por el hecho de que el legislador deje de regularlo.

CAPITULO V.
EL CONCUBINATO EN NUESTRO CÓDIGO CIVIL VIGENTE.

- A. CONSTITUCIÓN DEL CONCUBINATO.**
 - e) EFECTOS JURÍDICOS RESPECTO A LA CONCUBINA.**
 - b) EFECTOS JURÍDICOS RESPECTO AL CONCUBINARIO**
 - c) EFECTOS JURIDICOS RESPECTO A LOS HIJOS NACIDOS DENTRO DEL CONCUBINATO.**

- B. DISOLUCIÓN DEL CONCUBINATO.**
 - e) EFECTOS JURÍDICOS DE LA DISOLUCIÓN RESPECTO A LOS CONCUBINOS.**
 - b) EFECTOS JURÍDICOS RESPECTO A LOS HIJOS NACIDOS DENTRO DEL CONCUBINATO.**
 - c) EFECTOS JURIDICOS EN RELACIÓN CON TERCERAS PERSONAS**

EL CONCUBINATO EN NUESTRO CÓDIGO CIVIL VIGENTE.

A. CONSTITUCIÓN DEL CONCUBINATO.

El derecho sólo reconoce ciertos efectos a la vida en común permanente que de hecho, sin formalidad alguna legal, tiene lugar entre un hombre y una mujer. La permanencia de esta vida en común, debe prolongarse por cinco años como mínimo, lapso en el cual debe tener lugar la cohabitación (disfrute de una casa en común entre los concubinos) y en segundo lugar como es natural, se requiere que ninguno de los concubinos sea casado.

Sin lugar a duda, la falta de alguno de los requisitos impide que se conforme el concubinato y como consecuencia que produzca efecto alguno.

a) EFECTOS JURÍDICOS RESPECTO A LA CONCUBINA

En los Códigos Civiles de 1870-1884, para el Distrito Federal y el de Oaxaca de 1827-1828 primero en Hispanoamérica (de inspiración Napoleónica) no contenía disposición alguna en materia de concubinato, esto no porque la figura no existiera como un hecho, sino porque el Código Francés de 1804, que fue el rector de nuestra legislación, no contenía mandamiento alguno al respecto.

Fue el Código Civil de 1928, el primero en nuestro medio en reconocer las uniones libres que reunían ciertos requisitos la posibilidad de producir algunos efectos jurídicos a favor de los concubinos y a favor de los hijos de estos, a saber el derecho de la concubina a participar en la sucesión

hereditaria del concubinario, la posibilidad de investigar la paternidad de los hijos habidos entre los concubinarios y el derecho a percibir alimentos a favor de los hijos habidos durante el concubinato. Establecida la paternidad de los hijos de la concubina, nace el derecho de ser llamados a la herencia del padre.

Esta norma fue extremadamente avanzada para el año de 1928, al grado que el proyecto del Código en cuanto a este punto se refiere, se vió duramente atacado por la sociedad metropolitana, por no decir de la "sociedad", que estimaba que era un ataque a la moral y a las buenas costumbres al reconocer derechos a la concubina, con quien según ellos en esa época a la "amante" ¹⁵⁶

Sin embargo, era esa falsa moral, la que atacaba el derecho de esas mujeres desamparadas por la ley civil de 1884. Por ello el legislador hizo justicia al plasmar en un Código Civil mexicano, algunos derechos en favor de la concubina y de los hijos de esta.

Considerando que son dos personas solteras que viven como marido y mujer que se mantienen libres de matrimonio respecto a personas ajenas a la pareja.

Por ello no obstante la crítica, el legislador decidió otorgar ciertos derechos a favor de los concubinos siempre y cuando cumplan con las siguientes características.

¹⁵⁶ Ernesto Gutiérrez y González, El Patrimonio -Sucesión- Legítima o Intestamentaria, op. cit. Pág. 597.

- a. Que ambos sujetos de la relación se encuentren libres de matrimonio: solteros, viudos, o divorciados.
- b. Que vivan fehacientemente en cohabitación, es decir no basta que tenga relaciones sexuales a través de los cinco años, esto carecería de trascendencia jurídica, por lo que se debe acreditar que vivían y hacían vida marital, como si estuvieran casados.
- c. Obviamente que en esta relación dentro de los cinco años de que habla nuestra ley civil, mínimo, debe darse la vida en común, a menos de que sobrevenga un hijo antes de este término, en cuyo caso deberá también darse la cohabitación; así en estricto derecho no se considera concubinato a las relaciones sexuales que no encuadren con las hipótesis señaladas.

Una vez cumplidos los lineamientos que marca la ley, la concubina tendrá derecho a la sucesión y a recibir alimentos.

En materia de alimentos, los cuales son otorgados en virtud del testamento inoficioso, regulado en el artículo 1368 fracción V, se prescribía:

"El testador debe fijar alimentos a las personas que se mencionan en las fracciones siguientes:

- V. A la mujer con quien el testador vivió como si fuere su marido, durante cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o con la que tuvo hijos, siempre que hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato. La concubina sólo tendrá

derecho a alimentos mientras observe buena conducta y no es case Si fueron varias concubinas ninguna tendrá derecho a alimentos" ¹⁵⁷

Podemos verificar que dicho precepto otorgaba el derecho a alimentos únicamente a la concubina, conservándose tal situación hasta el año de 1973, fecha en que se reformó tal precepto: a fin de quedar de la siguiente forma:

"El testador debe fijar alimentos a las personas que se mencionan en las siguientes fracciones.

- V. A la persona con quien el testador vivió como si fuera su cónyuge durante los cinco años que procedieron inmediatamente a su muerte o con quien tuvo hijos, siempre que hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato y que el supérstite 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 fueron varias personas con quien el testador vivió como si fuera su cónyuge, ninguna de ellas tendrá derecho a alimentos" ¹⁵⁸

De lo expuesto deducimos un efecto jurídico, por causa de muerte en favor del concubinario supérstite, a ser alimentado siempre y cuando a la muerte del compañero (a) este impedido para desempeñar algún trabajo remunerativo ó bien carezca de bienes propios y contraiga nupcias,

¹⁵⁷ Cfr. Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal, Art. 1368.

¹⁵⁸ Cfr. Código Civil para el Distrito Federal, Art. 1368.

podríamos alegar que no vuelva a vivir en concubinato; de lo contrario cesará este derecho.

Este primer efecto del concubinato por causa de muerte será deducido del acervo hereditario del de cujus.

Ahora bien, es necesario abordar lo referente al derecho de alimentos en vida de los concubinos, en este sentido, el artículo 302 del Código Civil antes de 1973, establecía la obligación recíproca de los cónyuges a darse alimentos, pero esta norma fue adicionada el 27 de diciembre de 1984, en la forma siguiente:

"Los cónyuges deben darse alimentos; la ley determinará cuando queda subsistente esta obligación en los casos de divorcio y otros que la misma ley señale. Los concubinos están obligados, en igual forma a darse alimentos si se satisfacen los requisitos señalados por el artículo 1635".¹⁵⁹

Actualmente los concubinos tiene derechos recíprocos a proporcionarse alimentos, es decir tienen en vida derechos y obligaciones alimentarias recíprocas, para tal efecto en caso de omisión por parte del deudor alimentario, el concubino acreedor de ellos, tiene acción judicial, a través del juicio especial de alimentos para exigirlos y no como sucedía antes de la reforma referida, que solo se otorgaban alimentos al concubinato supérstite por la muerte del concubinario, cuando éste último omitía el derecho de la primera.

¹⁵⁹ Cfr. Código Civil para el Distrito Federal, Art. 302.

La relevancia de estas reformas estriba en que los concubinos cuentan con derechos recíprocos en vida para procurarse alimentos hipótesis que no se actualizaba antes de diciembre de 1973 y 1993 , ya que si un concubinario abandona a su concubina, esta tiene acción en vida para exigir alimentos a su concubinario deudor alimentario. tanto para ella, como para sus descendientes, por surtir efectos la unión en vida de los mancebos, sin olvidar los elementos que lo configuran establecido en el artículo 1635 del Código Civil vigente.

Es evidente que la realidad social que imperaba exigía que se dieran dichas reformas al Código Civil para el Distrito Federal, otorgándose de esta manera derechos recíprocos en materia de alimentos a los concubinarios, ya que habían varias concubinas abandonadas que carecían de derecho a reclamar alimentos en vida del concubinario y por otro lado existían concubinarios que no podían heredar a su pareja, como consecuencia de que este derecho sólo era concedido a las concubinas.

En lo que concierne a la materia de sucesiones, el Código civil establecía una porción hereditaria sólo en favor de la concubina, a través de la sucesión legítima, pero siempre en condiciones de inferioridad con respecto a la esposa. En tal virtud, se hicieron sugerencias para que este derecho a heredar que en principio sólo gozaba la concubina se extendiera al concubinario.

Nuestro Código Civil subsanó tal situación, entregando un derecho recíproco a heredar.

Como ya observamos el artículo 1635 establece que la concubina y el concubinario tienen derecho a heredar recíprocamente, aplicándose las disposiciones relativas al cónyuge.

Asimismo el artículo 1602 establece:

"Tienen derecho a heredar por sucesión legítima:

- I. Los descendientes, cónyuge, ascendientes, parientes colaterales dentro del cuarto grado y la concubina o el concubinario, si se satisfacen en este caso los requisitos señalados en el artículo 1635..."¹⁶⁰

Si al morir el autor de la herencia le sobreviven varias concubinas o concubinarios ninguno de ellos heredará.

Indudablemente que este derecho a heredar responde a una realidad, ya que cuando se une una pareja en concubinato, dado el carácter del mexicano, por lo general los bienes que se adquieren para lo que sería la sociedad conyugal, si estuvieran casados conforme a la ley civil, se ponen a nombre de la concubina y sucede que al fallecer ella el concubinario no tenía ningún derecho a esos bienes que él compró y adquirió. Si hay forma de que haya engendrado descendientes el problema era menor, si los descendientes comprendían que esos bienes era en realidad de su progenitor. Pero ¿qué pasaba sino había descendientes y sólo se daba el caso de que hayan vivido como marido y mujer los cinco años anteriores a

¹⁶⁰ Cfr. Código Civil para el Distrito Federal. Art. 1602.

la muerte de esta?. Pues los bienes pasaban a otros familiares de la que fue concubina y el concubinario supérstite se quedaba en la calle.

A la concubina como se menciona en la exposición de motivos del Código Civil se le debe ver como una verdadera compañera de la vida que ha contribuido a la formación de los bienes, sin embargo no se le otorgaba igualdad de derechos que a la cónyuge. Si no había otro tipo de parientes, no se le entregaba toda la herencia sino que se le privaba de la mitad y esta era otorgada a la Beneficencia Pública.

La figura del concubinato constituye una familia de hecho tan digna y respetable como la fundada en el matrimonio, razón por la cual la concubina debe ser plenamente protegida por nuestra legislación.

La existencia del concubinato debe sujetarse a las reglas de posesión de estado. Asimismo debe imponer a cada concubinario la carga de contribuir al sostenimiento de la familia con un 50%, entendiéndose que la dirección y cuidado del hogar se considera como trabajo económicamente productivo y por lo tanto la aportación de quien la realiza.

b) EFECTOS JURIDICOS RESPECTO AL CONCUBINARIO.

En este tenor, únicamente añadiremos que actualmente el concubinario es asistido por las mismas prerrogativas otorgadas a la concubina, ya que como indicamos en el apartado anterior, en el año de 1973, se establecieron derechos y deberes recíprocos entre los concubinarios, con la finalidad de colocar en un plano de igualdad a estos dos seres que comparten su vida.

Si la legislación ha otorgado cierto reconocimiento a los concubinarios, no podía pasar desapercibidos a los hijos como lo analizaremos en el siguiente apartado.

e) EFECTOS JURIDICOS RESPECTO A LOS HIJOS NACIDOS DENTRO DEL CONCUBINATO

El legislador motivado por la desprotección legal, en que se encontraban los hijos nacidos fuera de matrimonio, decidió otorgarles una serie de derechos, como lo es la investigación de la paternidad.

La investigación de la paternidad, es el derecho que la ley civil otorga a los hijos nacidos fuera de matrimonio o a la madre para investigar la paternidad e imputarla al sujeto que se presume ser el padre del hijo, implicando un juicio ante el Juez Familiar.

Los casos en que procede tal averiguación son los siguientes:

- I. Cuando la vida marital de los concubinos coincide con la época de la concepción del hijo:
- II. Cuando la conducta delictuosa coincide con la época de la concepción;
- III. Negativa u omisión del progenitor a reconocer espontáneamente a su hijo;

IV. Que el hijo tenga indicios sobre quien es su padre para poder intentar la acción ¹⁶¹

El objetivo de tal acciones es establecer la filiación entre el hijo nacido fuera de matrimonio y no reconocido voluntariamente, siempre y cuando se obtenga una sentencia favorable.

Es así como el artículo 383 prescribe:

"Se presumen hijos del concubinario y de la concubina:

- I. Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde que comenzó el concubinato.
- II. Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes al en que cesó la vida común entre concubinario y la concubina" ¹⁶²

El sentido de la paternidad es trascendente dado que constituye un punto central de derechos y obligaciones que rigen toda una vida.

"Siendo el artículo 384 el que hace alusión a la posesión de estado a fin de coadyuvar a la investigación de la paternidad, cabe destacar que en este sentido, nuestro ordenamiento civil no requiere de los tres elementos clásicos, que son: nombre, trato y fama. Basta únicamente con el trato el presunto padre o de la familia paterna, y se agrega que éste hubiera proveído la subsistencia, educación y establecimiento del hijo". ¹⁶³

¹⁶¹ Sara Montero Dubaut, Derecho de Familia, Editorial Porrúa, México 1984, Pág. 162.

¹⁶² Cfr. Código Civil para el Distrito Federal, Art. 383.

¹⁶³ Idem., Art. 384.

El hecho de dar alimentos no constituye por sí sólo prueba, no aún presunción, de paternidad o maternidad. Tampoco puede alegarse como razón para investigar estas.

Lo anterior constituye una aclaración adecuada, porque en un determinado momento esto podría ocasionar problemas a cualquier sujeto que proporcione alimentos a otro por tener únicamente espíritu humanitario.

El Código de Procedimiento Civiles que nos rige permite acreditar la filiación y el derecho de heredar por medio del artículo 801 que menciona en su texto:

"Los herederos ab-intestato que sean descendientes del finado podrán obtener la declaración de su derecho, justificando, con los correspondientes documentos o con la prueba que sea legalmente posible, su parentesco en el mismo y con información testimonial que acredita que ellos o los que designen son únicos herederos".¹⁶⁴

Pero no sólo la filiación paterna es objeto de investigación, pues también lo constituye la filiación materna.

No obstante la filiación materna es un hecho indiscutible y visible, en relación al padre no visible y urge de una presunción de la ley civil y con certeza del matrimonio; es decir la paternidad extramatrimonial no trae certeza jurídica para los hijos ya que la madre no puede atribuirla a un hombre determinado.

¹⁶⁴ Cfr. Código de Procedimientos Civiles. Art. 801.

En este orden de ideas, el artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal, precisa:

"Se presumen hijos del cónyuge:

- I. Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio;
- II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio...." ¹⁶⁵

Desprendemos de este precepto que los hijos de la mujer casada civilmente son del marido, certeza que sería destruida cuando el padre acredite que le fue físicamente imposible la cópula con su esposa y por ello no puede ser padre, a través de la acción de desconocimiento de la paternidad.

En cambio si una mujer se encuentra libre de matrimonio, haciendo vida marital con su concubinario, y le ha sobrevenido un hijo, esta mujer no podrá atribuirle la paternidad de varón alguno, dicha atribución únicamente será en dos supuestos:

- I. Por el reconocimiento del hijo que, en forma voluntaria haga el padre; o
- II. Del reconocimiento resultado de una sentencia que cause ejecutoria en la que ejerció la acción de la investigación de la

¹⁶⁵ Cfr. Código Civil para el Distrito Federal, Art. 324.

paternidad. lo cual indica un procedimiento ante el Juez de lo Familiar y por ende la imputación de filiación a ciertas personas".

166

Así para los hijos del concubinato se explica el numeral 360 del Código Civil multicitado, el cual expresa:

"La filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre del solo hecho de nacimiento. Respecto del padre, solo se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad"¹⁶⁷

Es decir, la paternidad de un hijo nacido de dicha relación surge; del reconocimiento voluntario que efectúe el padre, de acuerdo a una de las cinco formas que prevé el artículo 360 del Código Civil, o bien como resultado de una sentencia que impute la paternidad, con motivo del ejercicio de la acción de investigación de la paternidad por el propio hijo, su madre o su tutor, cuando éste haya sido concebido por la madre durante la cohabitación con su concubino.

Ahora bien, para que el reconocimiento opere en derecho debe cumplir los requisitos sustanciales y formales siguientes

- I. La edad requerida para reconocer a su hijo, es la mínima para contraer nupcias más la edad del hijo que se pretenda reconocer; computado desde su concepción.

¹⁶⁶ Sara Montero Duhal, Derecho de Familia, op. cit. Pág. 302.

¹⁶⁷ Cfr. Código Civil para el Distrito Federal, Art. 360.

- II El consentimiento, si pretende reconocer a un hijo un menor de edad, requiere el consentimiento de su representante legal, quien ejerce la patria potestad, el tutor y en ausencia de ellos, de la autoridad judicial:

- III. El hijo de la mujer soltera o desconocido por el marido de mujer casada; el hijo de una mujer casada nace con certeza en cuanto a la filiación, es del marido de su madre; en tal virtud, ningún hombre puede realizar el reconocimiento de tal hijo, excepción hecha cuando el marido ha obtenido una sentencia a su favor de desconocimiento de paternidad. El hijo de una madre soltera existe la posibilidad de que sea reconocido por cualquier hombre, siempre y cuando la madre otorgue su consentimiento.

Los requisitos formales de reconocimiento, lo prescribe el artículo 369 del Código Civil, es decir realizarse en alguna de las cinco formas".¹⁶⁸

Cabe destacar que, el reconocimiento verificado en alguna de las formas precipitadas, excepto por testamento, obliga a las autoridades ante quienes se realice a exigir el consentimiento de la madre, de otra forma quedará sin efecto si la madre lo contradice. Aquí observamos que la ley civil no establece el término en el cual la madre contradiga tal reconocimiento, lo cual implica que tiene este derecho durante la menor edad de su hijo, ya que llegada la mayoría de edad será el propio hijo quien contradiga. Ahora bien, el hijo nacido fuera de matrimonio normalmente es carga de la madre, y por ello, es de equidad que sea ella quien decida si acepta o rechaza a determinado hombre como padre del hijo.

¹⁶⁸ Sara Montero Duhal, Derecho de Familia, op. cit. Pág. 304.

Por otro lado, se puede reconocer al hijo ya nacido, al concebido o al muerto que dejó descendencia, en este último supuesto, el reconocimiento se extiende a los nietos.

El reconocimiento del hijo concebido requiere el consentimiento de la futura madre; en tanto que la del hijo fallecido no necesita la anuencia de nadie, pero los nietos pueden contradecir el reconocimiento de su padre fallecido en consideración a los artículos 375 y 376 de la ley civil.¹⁶⁹

La filiación matrimonial, estamos conscientes, da certeza jurídica tanto al padre como al hijo y sólo puede destruirse y por ende desvirtuarse, cuando al progenitor le fue físicamente imposible la copula con su esposa por lo que no puede ser padre a través de la acción de desconocimiento de la paternidad.

No sucede lo mismo en la filiación extramatrimonial, en virtud del acto espontáneo de reconocimiento, ya que este es motivo de las acciones siguientes:

1. Acción de nulidad, se anulará el reconocimiento efectuado por un menor de edad si acredita que lo hizo por error, para lo cual podrá ejercitar su acción hasta cuatro años después de su mayor edad:
2. Impugnación del reconocimiento, si el hijo fue reconocido en su menor edad, al llegar a su mayoría tiene dos años para impugnarlo si antes tuvo noticias o dos años a partir del día en que la tenga. Además puede impugnar dicho reconocimiento la

¹⁶⁹ Sara Montero Duhal, Derecho de familia, op. cit. pág. 307-309.

madre, cuando se realizó sin su consentimiento o por la mujer que se ostente como madre del reconocido o incluso el Ministerio Público, si dicho reconocimiento perjudica al menor:

3. Irrevocabilidad del reconocimiento, alude a que el reconocimiento legalmente efectuado es irrevocable, si se realiza por testamento, aunque este revoque no se revocara el reconocimiento.¹⁷⁰

Establecida la paternidad, en tales circunstancias, podrán derivarse los efectos jurídicos directos e indirectos que tal parentesco conlleva.

La materia de investigación de la paternidad de los hijos se consagra en el numeral 382 de nuestra ley que prescribe:

"La investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio está permitida:

- I. En los casos de rapto, estupro, violación, cuando la época del delito coincida con la de la concepción;
- II. Cuando el hijo se encuentra en posesión de estado de hijo del presunto padre;
- III. Cuando el hijo haya sido concebido durante el tiempo en que la madre habitaba bajo el mismo techo con el pretendido padre, viviendo maritalmente;

¹⁷⁰ Idem.

IV. Cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el presunto padre".¹⁷¹

Siendo la fracción IV del artículo prescrito, el que permite una libre indagación de la paternidad, pues, no exige, más que un medio de prueba, ya que no tendría sentido el que el hijo intentara atribuirse la paternidad de un determinado varón careciendo de la menor prueba para tal efecto, sin olvidar que en este juicio el actor deberá probar su acción si pretende obtener la sentencia a su favor.

Por ello estimamos que las tres primeras fracciones son innecesarias, en virtud de que las mismas precisan circunstancias que deben probarse y que quedan incluidas en la fracción última.

Así debe probarse que la conducta delictuosa coincida con la época de la concepción. La posesión de estado de hijo se acreditará cuando el hijo haya sido tratado como tal por el presunto padre o su familia, y éste ha sufragado sus alimentos. El padre podrá probar que le fue físicamente imposible el ayuntamiento carnal con nadie; aunque, basta que coincida la vida marital con la época de la concepción, sin importar si la relación fue estable o permanente.

La maternidad, también puede ser resultado de una sentencia, cuando la madre del recién nacido lo abandona o cuando se haya registrado falsamente como hijo de otra mujer; es decir la acción de investigación concierne tanto al padre como a la madre y solo puede intentarse en vida

¹⁷¹ Cfr. Código Civil para el Distrito Federal, Art. 382.

de los padres o cuatro años después de la mayor edad del hijo cuando al progenitor murió siendo él todavía menor de edad.¹⁷²

Se considera que esta acción debería ser imprescriptible en razón del derecho que tienen todos los hijos extramatrimoniales de conocer su origen.

El reconocimiento tiene que ser formal, ante un Juez del Registro Civil, en escritura pública ante Notario, por confesión judicial directa y expresa, o por testamento, sosteniéndose que el padre o madre que reconoce no puede revelar, ante la autoridad respectiva, al nombre del progenitor.

El artículo 389 del Código Civil para el Distrito Federal otorga efectos jurídicos directos que son inherentes al reconocimiento voluntario; al establecer:

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

- I. A llevar el apellido del que lo reconoce;
- II. A ser alimentado por éste.
- III. A percibir la porción hereditaria y los alimentos que fije la ley"¹⁷³

"Lo estipulado por el presente artículo viene a terminar con el estigma que prevalecía para los hijos nacidos fuera de matrimonio, ya que al ser

¹⁷²Cfr. Código Civil para el Distrito Federal, Art. 368.

¹⁷³ Cfr. Código Civil para el Distrito Federal, Art. 389.

registrados por uno de los progenitores, en forma por demás discriminante, se les asentaba en el atestado de nacimiento únicamente el apellido del ascendiente que lo presentaba el Registro Civil, llevando como consecuencia un solo apellido y no como es lo común en la generalidad de los hijos que llevan los dos, esto fue una marca o sello inequívoco de que el hijo era natural, creándole desde el principio una serie de problemas que más tarde repercutían en su vida personal y social" 174

Otro efecto indirecto que deriva del reconocimiento, y que no se precisa en el artículo 369, es el ejercicio de la patria potestad:

"Generalmente la patria potestad de los hijos del concubinato, la ejerce la madre, lo que no sucede con los hijos matrimoniales, la cual corresponde a los progenitores" 175

"Como comentamos con anterioridad, la concubina no está facultada para atribuirle la paternidad a hombre alguno, sino como ya se señaló, esta deriva del reconocimiento voluntario que el concubino haga del hijo o bien con motivo del ejercicio de la acción de investigación de paternidad que efectúe el descendiente, de tal suerte que, en tanto no se dé alguna de estas hipótesis la patria potestad será ejercida únicamente por la madre; en tanto que, su ejercicio corresponde a ambos padres cuando los dos han reconocido el hijo y viven juntos, compartiendo además la custodia" 176

La patria potestad se ejercerá sobre los hijos del concubinato, en los mismos términos como funciona para los hijos de matrimonio, es decir

174 Idem. Art. 38.

175 Enciclopedia Jurídica Omega, op. cit. Pág. 14.

176 Cfr. Código Civil para el Distrito Federal. Art. 360.

como una potestad ó poder que tienen los ascendientes sobre sus descendiente e incapacitados, para la defensa y cuidado de éstos y sus bienes.

La patria potestad se ejercerá sobre el menor de edad reconocido y en virtud de las relaciones de parentesco. En tanto que la custodia se regula en la forma siguiente.

- a. Cuando los progenitores reconozcan al hijo y vivan juntos, compartirán la patria potestad y custodia:
- b. Si reconocen sucesivamente tendrán la custodia al que primero reconoció; y
- c. Si reconocen al mismo tiempo y viven separados decidirán cual ejercerá la custodia, y si hay desacuerdo resolverá el Juez Familiar en presencia de los interesados.¹⁷⁷

Procede ahora, explicar lo que implica y comprende la defensa y cuidado de los hijos como sujetos pasivos de la patria potestad.

El cuidado de los hijos, alude a la guarda de estos por los sujetos activos de la patria potestad, obligación de los hijos de honrar y respetar a sus padres, obligación de los progenitores para educar y alimentar a los hijos durante el desarrollo físico, intelectual y moral de la persona humana viviendo en el hogar de sus padres, facultad de corregir en forma mesurada a los hijos, esto implica que la relación paterno filial permite la

¹⁷⁷ Sara Montero Duhal, *Derecho de Familia*, op. cit. Pag. 310.

coerción, pero en el fondo debe haber una comunicación amorosa basada en las palabras y vivencias para lograr el entendimiento entre padres e hijos.

"En cuanto a la patria potestad, a su vez, existen dos efectos jurídicos:

- I. Sobre la persona del hijo, el cual no puede comparecer a juicio ni contraer obligación alguna, sólo con autorización de sus padres, esto implica una representación legal filial, tomando como punto de partida el respeto a la persona: y.
- II. Efectos de la patria potestad respecto de los bienes que adquiere el hijo por su trabajo -adventicios-, los cuales pueden administrar; y los que provienen de alguna otra causa o provecho -profecicios- éstos no pueden ser administrados por los descendientes; Los primeros son propiedad de los hijos así como su administración, en tanto que los segundos son propiedad de los padres y la administración corresponden a los padres la que concluye con la mayoría de edad del hijo" ¹⁷⁸

B. DISOLUCIÓN DEL CONCUBINATO

La unión libre puede disolverse en cualquier momento bien sea por muerte de los concubinos o por una decisión unilateral o común de estos, No existiendo ningún lazo jurídico entre compañeros, la ruptura unilateral y sin motivo puede darse en cualquier momento. En consecuencia, al concubinario abandonado, no le corresponde ningún derecho ¹⁷⁹

¹⁷⁸ Cfr. Código Civil para el Distrito Federal. Art. 427.

¹⁷⁹ Eduardo Estrada Alonso. Las Uniones Extramatrimoniales en el Der. Civil Esp., op. cit. Pág. 233.

Sin embargo, nuestra legislación ha concedido derechos restringidos a los concubinarios.

a) EFECTOS JURÍDICOS RESPECTO A LOS CONCUBINARIOS

Como afirmamos los concubinos cumplen voluntaria y espontáneamente con los deberes personales del matrimonio.

Si atendemos a dicha situación de que los concubinarios se comportan como verdaderos cónyuges, resultaría injusto que de manera intempestiva se produzca la separación o ruptura, motivada por la falta de uno de ellos.

Lo anterior ha sido motivo de polémica, por ello encontramos que para una gran parte de la doctrina y jurisprudencia extranjera el mero hecho de romper la relación no da ningún derecho a la indemnización de daños y perjuicios a favor del concubinario abandonado.

En caso de ruptura no existe, por tanto, responsabilidad, porque ni la ruptura constituye una falta, ni existe ningún perjuicio actual y cierto por causa de aquélla. No existiendo ningún lazo jurídico entre compañeros, la ruptura unilateral y sin ningún motivo se puede producir en cualquier momento. En consecuencia, a la concubina abandonada, cualquiera que sea el perjuicio que se le provoque, no le corresponde ningún derecho a indemnización.¹⁸⁰

Al lado de esta corriente se presente otra, compuesta por opiniones doctrinales y decisiones jurisprudenciales, que entiende que el derecho a

¹⁸⁰ *Ibidem.*, Pág. 234.

indemnización puede tener lugar entre los concubinos cuando la ruptura vaya acompañada de determinadas circunstancias.

Dichas circunstancias consisten en que; uno de ellos tenga una edad avanzada, que la mujer se encuentre en cinta, que quede abandonada y sin recursos; también se atiende a la forma de la constitución.

En ocasiones la ruptura unilateral y caprichosa puede producir graves perjuicios que no pueden quedar fuera de responsabilidad a cargo de quien los provoca. No se podrá decir, además, que la exigencia de la indemnización por daños y perjuicios ayuda a fomentar el concubinato, en detrimento del matrimonio, pues muy por el contrario, quien evite el matrimonio para escapar de responsabilidades económicas y viva en unión libre con intención de no comprometerse y de servirse de su compañero, a partir de que se le reclame una indemnización por una ruptura abusiva, podrá comenzar a pensar cual de las dos uniones satisface más sus intereses egoístas.

Son muchas las posturas que han defendido el derecho de compensación cuando la unión libre finaliza, fijando la mayoría su atención en la mujer abandonada. Sin embargo, en la actualidad, teniendo en cuenta la evolución social y laboral que ha alcanzado la mujer, puede que quien se encuentra perjudicado por la ruptura de la unión sea el hombre.

Con motivo de la indemnización por daños y perjuicios se han esbozado algunas doctrinas. Veamos algunas:

a. Teoría de la presunta promesa de matrimonio.

Según esta concepción, el derecho a la reparación encuentra su causa no en un delito, sino en una convención implícita, en una presunta promesa de matrimonio. Siguiendo ésta de acuerdo con el derecho canónico, la joven seducida que se ha entregado a la "cópula carnalis" a causa de su ignorancia de la vida, tiene derecho a exigir la reparación, sin exigírsele la prueba de maniobras dolosas.¹⁸¹

Teoría que para ser aceptada necesita ser observada expresamente por la ley. Las jurisprudencias más avanzadas como la francesa, sólo ha aceptado la reparación pecuniaria en beneficio de la mujer abandonada después del embarazo, haciendo la salvedad de que ella se preocupa por la situación de la concubina abandonada cuando ha quedado un hijo de por medio. Razones de simple humanidad ha inspirado esta decisión, ya que la situación se le hace mucho más difícil a la mujer con la carga de un hijo a quien sostener y prodigar cuidados.

En nuestra ley penal mexicana, se observa el caso del estupro, procediéndose a dicha indemnización, en los términos del artículo 264 del Código Penal que a la letra dice:

"La reparación del daño, en los casos de estupro, comprenderá el pago de alimentos a la mujer y a los hijos si los hubiera. Dicho pago se hará en la forma y términos que la ley civil fija para los casos de divorcio".¹⁸²

¹⁸¹ Carlos Betancourt Jaramillo, El Régimen Legal de los Concubinos en Colombia, Universidad de Antioquia, Colombia 1962, Pág. 195.

¹⁸² Cfr. Código Penal para el Distrito Federal. Art.264.

b. Teoría causal-contractual.

Los sostenedores de ésta teoría parten de la base de que el concubinato es un auténtico cuasi contrato, con todas las consecuencias de orden jurídico derivados de su especie. Y dicen que el concubinario abandonado sin justa causa, no tiene que probar ni la existencia de unos presuntos esponsales ni maniobras dolosas de ninguna clase, sino que bastará demostrar el hecho del concubinato y su ruptura sin justa causa. ¹⁸³

Aplicando dicha teoría, el concubinario abandonado tendrá derecho a la reparación de perjuicios en todos los casos en que la ruptura no le sea imputable.

c. Teoría causal-dolosa.

Fue esbozada por primera vez esta teoría en una sentencia francesa concebida más o menos en estos términos: El hecho de mantener con una joven relaciones íntimas que ha causado un perjuicio material y moral constituye aún fuera de toda maniobra dolosa, un cuasi-delito que impone al hombre la obligación de reparar las consecuencias dañosas. ¹⁸⁴

Sostiene esta tesis que si la ausencia de seducción no hace incurrir al concubinato en sanciones el abandono injustificado de la joven engendra la responsabilidad del concubinario, creen los franceses que el concubinario que abandona a su compañera después de una larga vida en común, sin motivo, viola un deber moral.

¹⁸³ Carlos Pictancourt Jaramillo. El Régimen Legal de los Concubinos en Colombia, op. cit. pág. 196.

¹⁸⁴ *Ibidem.*, Págs. 196-197.

Como vemos, en el fondo esta teoría no es otra que la de la presunta promesa de matrimonio y los autores que la defienden parten de un análisis comparativo de las dos instituciones. Lo que pasa es que en estos casos la culpa es común, agravada en una de ellas con el abandono o la ruptura sin motivos justos.

d. Teoría de la culpa compensada o de la Mictud compensada.

Esta teoría, aplicando lo que los penalistas han llamado la culpa compensada, niega toda acción de indemnización de perjuicios el concubinato sin su culpa. Se presenta en el concubinato dicen sus sostenedores, una situación irregular cuasi-delictual que debe predicarse por partida doble. La acción que podría intentar uno de los amancebados contra el otro por su ruptura encuentra su excepción equivalente en la situación con cubinal del otro.¹⁸⁵

e. Teoría del vínculo precario

Para los creadores de ésta, la libertad es el principio que gobierna las relaciones concubinales. Libertad que debe permanecer al comienzo y al final de la unión libre, lo que se traduce en ese marcado sello de precariedad que debe regir las relaciones del concubinato. La jurisprudencia francesa, en forma casi unánime, afirma que la ruptura de las relaciones íntimas establecidas entre un hombre y una mujer no pueden dar lugar a la indemnización de perjuicios si aquélla se ha entregado libremente, sin que haya cedido el influjo de maniobras dolosas. La Corte de Casación Francesa ha confirmado esta jurisprudencia, y que descense en la

¹⁸⁵ Ibidem., Pág. 198.

precariedad del concubinato, afirmando que la ruptura de la unión libre, cualquiera que sea su anterior duración (situación esencialmente precaria e inestable susceptible de modificarse por la sola voluntad de uno de los amancebados), no podría justificarse una condenación de perjuicios. ¹⁸⁶

Esta teoría implica el regreso a aquél aforismo de moral jurídica que han tratado de enterrar las diferentes legislaciones.

La negativa a toda reclamación de los concubinos que invocan el sólo hecho del abandono, de la ruptura del concubinato, se impone como una necesidad moral, social y jurídica. Social y moral, porque con ello se salvaguarda el prestigio y la estabilidad del matrimonio, base orgánica de la sociedad. Jurídica porque el concubinato es una situación de hecho que se presenta a los jueces, como dice Josserand sin pretensión jurídica: los concubinos no han pretendido ligarse sino vivir en libertad y eludir todo un estatuto matrimonial, para poner fin cuando le plazca a la comunidad de existencia, comunidad que cesará como había comenzado, más fácilmente aunque en su iniciación, esto es por la sola voluntad de uno de los interesados. De no ser así, se impediría la calidad de contratantes a los que han querido permanecer jurídicamente extraños ¹⁸⁷

No compartimos esta apreciación en virtud de que no vemos porque cuando se presentan ciertas circunstancias excepcionales no puede deducirse una cierta responsabilidad del concubino que abandona al otro sin motivo, quedando , este último en situaciones económicas o de salud difíciles. La continua dependencia nacida de este estado de hecho opera

¹⁸⁶ Idem. , Pág. 199.

¹⁸⁷ Ibidem., Pág. 200.

una a modo de prescripción un estatus definido que, a medida que se prolonga en el tiempo se va haciendo menos precario hasta lograr una estabilidad, sino igual, por lo menos de consideración, a la del matrimonio, rebostuciéndose el vínculo con los hijos que hayan nacido de esa unión.

Consideramos que cualquier ventaja que se le otorgue a los concubenarios no atenta contra el matrimonio y la sociedad sino que únicamente responde a principios de humanidad y justicia.

El derecho positivo, como sabemos debe ser la traducción de la realidad ambiente. Nada se logra con un silencio mal entendido y la prueba de ello la tenemos en Colombia donde el olvido legal por el concubinato ningún bien ha producido al matrimonio y antes, por el contrario, ha agudizado un problemas social de magnitud ¹⁸⁸

f. La teoría de la sanción

Como se deduce de su nombre, necesita de una disposición legal que la respalde. Mientras ella no exista se podrá apelar a la equidad y a la justicia para observarla. No es justo que un concubinario que ha lucrado del trabajo y ayuda de su compañera la abandona dejándole como carga todos los hijos, abandonada y enferma.

Creemos, así que la solución en estos casos debe ser siempre la sanción o el castigo civil en respaldo de esas relaciones jurídicas nacidas de ese estado extra-legal o de hecho que llamemos concubinato. Relaciones

¹⁸⁸ Ibidem, Pág. 201

que son lícitas a cabalidad aunque el estado de hecho que las propicia o les sirve de ambiente presente un aspecto de licitud o de moralidad discutibles.

Del concubinato surge un sin número de relaciones de derecho, relaciones indiscutiblemente lícitas, bien sea por el aspecto económico, o, por el aspecto de derecho de familia (hijos y con ellos relaciones de filiación, de parentesco, alimentarias, etc.).

En las relaciones concubinales es de justicia que subsista, por lo menos, una obligación alimentaria respecto de los hijos que quedan en poder del concubinario abandonado y de éste mismo cuando quede enfermo o en situación económica difícil .

Sanción o castigo que se impone en beneficio, no propiamente de los intereses privados o particulares de las partes, sino en provecho de la familia en general. El interés público debe entrar en juego ya que desde el punto de vista del derecho de familia ninguna diferencia se justifica entre la familia legítima y la natural. ¹⁶⁹

La indemnización que prevé dicha teoría más que el producto o la consecuencia de esa ruptura, es una obligación emanada de un estado de derecho productor de un cúmulo de relaciones jurídico-familiares que debe ser tenidas en cuenta por el legislador.

Para poder exigir esa indemnización deben presentarse circunstancias que harán difícil la vida del concubinario abandonado con su familia (hijos de

¹⁶⁹ Ibidem. pág. 202.

esa unión libre) o, en otras palabras, cuando quede en condiciones de inferioridad respecto a la vida que llevaba cuando la unión subsistía.

En este sentido, el Código Civil para el Distrito Federal concede una pensión alimenticia a favor de los concubinos.

Los cónyuges deben darse alimentos: la ley determinará cuando queda subsistente esta obligación en los casos de divorcio y otros que la misma ley señale. Los concubinos están obligados, en igual forma, a darse alimentos si se satisfacen los requisitos señalados por el artículo 1635"¹⁹⁰

Dicho derecho es concedido no sólo en vida sino también cuando uno de los dos fallece, en este supuesto el superviviente tendrá derecho a una pensión alimenticia con cargo al caudal hereditario.

A la muerte de su pareja el concubinario superviviente representará legalmente al hijo habido en la unión libre, quedando incluso facultado para deducir la acción que deriva respecto a la investigación de la paternidad en el juicio sucesorio, sin necesidad de procedimiento judicial previo.

Cabe hacer un comentario a la sucesión legítima, en relación al matrimonio y a la unión libre; es cierto que en algunos Estados de la República, la pareja al contraer nupcias no decide bajo qué régimen lo hace, en tal supuesto se estima que se une bajo el régimen de separación de bienes; por otra parte, a la muerte del autor de la sucesión, de un matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal es bien sabido que el cincuenta por ciento de sus bienes forman la sucesión legítima, en tanto que

¹⁹⁰ Cfr. Código Civil para el Distrito Federal, Art. 302.

el otro cincuenta por ciento es del cónyuge supérstite, en este último caso como si estuviera formando un patrimonio común, derivado de la cohabitación.

Lo anterior se sustenta en que los bienes han sido adquiridos con esfuerzos y sacrificios comunes, sería prudente que vieran derivar algún derecho en cuanto a ellos. Si los sujetos de la unión libre han contribuido a la formación del caudal o acervo patrimonial, la justicia reclama que algo debe corresponderles.

El concubinato no es producto de la vida moderna, ni de los problemas que él plantea son nuevos y si el legislador no se ha ocupado de tal hecho, ni ha contemplado en forma alguna las relaciones de los concubenarios, no ha sido por imprevisión por no conocer el problema, sino sencillamente porque rechaza esa unión por ser contraria a los intereses de la sociedad. Así no se duda que el codificador, en su momento omitió atribuirle efectos jurídicos patrimoniales al concubinato, porque su voluntad era que careciera de los mismos; más no porque desconociera que en la realidad ciudadana, existen relaciones concubinarias.

Por ello estimamos que cuando en la unión libre se adquieran ciertos bienes, se debe reglamentar su división en caso de que la unión se disuelva, ya sea por consenso de ambos sujetos o por decisión unilateral.

De esta manera podemos afirmar que en el Distrito Federal no se ha brindado la pretendida regulación del concubinato siendo que en otros Estados de la República se va más allá, tal es el caso de las legislaciones de Tlaxcala y Tamaulipas, la primera otorga personalidad jurídica a nuestra

figura jurídica en estudio y la segunda aludiendo al matrimonio por comportamiento

Podemos concluir, entonces, que nuestra legislación, si bien ha concedido algunos beneficios a los concubenarios, también lo es que existen una serie de lagunas que van a perjuicio de los concubenarios, como lo es en la cuestión patrimonial y la facilidad con que esta puede disolverse,- Asimismo el concubinato debe producir un parentesco por afinidad entre los parientes de los concubenarios a fin de constituir un impedimento para contraer matrimonio.

b) EFECTOS JURIDICOS RESPECTO A LOS HIJOS NACIDOS DENTRO DEL CONCUBINATO

Puede deducirse claramente la obligación de los padres a prestar alimentos a sus hijos, tanto matrimoniales como extramatrimoniales, recogida en casi todas las legislaciones. ¹⁹¹

"Los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos. A falta por imposibilidad de los padres, la obligación recae en los demás ascendientes o por ambas líneas que estuvieren más próximos en grado" ¹⁹²

"A falta o por imposibilidad de los ascendientes o descendientes, la obligación recae en los hermano de la madre y padre; en defecto de éstos, en los que fueron sólo de madre y en defecto de ellos, en los que fueron sólo de madre" ¹⁹³

¹⁹¹ Eduardo Estrada Alonso, Las Uniones Extramatrimoniales. Op. cit. pág. 232. ¹

¹⁹² Cfr. Código Civil para el Distrito Federal, Art. 303.

¹⁹³ Idem, Art. 305.

Pero no sólo se aboca nuestra legislación a los alimentos sino, también, prevé la situación de que los padres del hijo nacido fuera de matrimonio que vivían junto se separen, cuando ocurra este supuesto se establece que continúen ejerciendo la patria potestad, en caso de que no se pongan de acuerdo sobre este punto, el progenitor que designe el juez teniendo siempre en cuenta los intereses del hijo.

Nuestro Código Civil vigente, se ha olvidado de prejuicios obsoletos que estigmatizaban a los hijos nacidos fuera de matrimonio, otorgándose de esta manera, igualdad de derechos entre estos y los hijos nacidos dentro del matrimonio, sin embargo para que concurren dichos beneficios es necesario que se otorgue el reconocimiento por parte de los padres.

En este sentido persiste el inconveniente de que mientras el progenitor no otorgue tal reconocimiento, el hijo carece de la más mínima protección tanto jurídica como moral, motivo, por el cual es urgente que nuestra legislación sea más flexible en este aspecto.

e) EFECTOS JURÍDICOS RESPECTO A TERCERAS PERSONAS.

Se presume la autorización del marido en el caso del matrimonio, para una serie de actos que dice en relación con la gestión del hogar común como lógica consecuencia de esta autorización, responde de estos actos el marido. Una situación similar se presenta en el caso del concubinato y es entonces cuando cabe la pregunta siguiente: ¿Es responsable el concubino de los bienes adquiridos por la mujer en una tienda o almacén que servirán para ese hogar común? Los autores franceses apoyados en la teoría de la

apariciencia, se inclinan por la afirmativa, ya que los concubinos se hacen pasar como cónyuges legítimos.

La orientación del Derecho es proteger a los terceros cuando se presenten situaciones aparentes. y a su vez la doctrina de la apariencia, descansa en las ideas del delito y el cuasi delito y en la buena fe. El que crea una situación aparente comete un acto ilícito y si con ello inflere un daño, este debe indemnizarse, siempre que el tercero actúe de buena fe, es decir ignorante de la verdadera situación que se cubre con la apariencia.

De acuerdo a este punto de vista, se pretende que el concubinario responda por su pareja, para lo cual dicha unión debe ser notoria.

Por otro lado, la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, reglamentaría del apartado "B" del artículo 123 Constitucional, en su artículo 110 establece que los riesgos profesionales que sufran los trabajadores se regirán por la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado y de la Ley Federal en su caso. La Ley de que se hace mención en este artículo establece en el artículo 72, que tiene derecho a gozar de las pensiones por muerte del trabajador a falta de esposa legítima, la concubina siempre que hubiere tenido hijos con ella el trabajador o pensionado o vivido en su compañía durante cinco años que precedieron a su muerte y que ambos hayan estado libres de matrimonio durante el concubinato. Si al morir el trabajador tuviere varias concubinas ninguna de ellas tendrá derecho a la pensión.

La Ley del Seguro Social, dispone en su artículo 71 que si el riesgo de trabajo trae como consecuencia la muerte del asegurado, el Instituto

Mexicano del Seguro Social otorgará a las personas señaladas en este precepto las siguientes prestaciones:

Primero: El pago de una cantidad igual a dos meses de salario promedio del grupo de cotización correspondiente al asegurado en la fecha de su fallecimiento para gastos funerales.

Segundo: A la viuda del asegurado se le otorgará una pensión equivalente al 40% de la que hubiere correspondido a aquél tratándose de incapacidad permanente total.

El artículo 72 de la misma ley, dispone que sólo a falta de esposa tendrá derecho recibir la pensión señalada en la fracción II del artículo anterior, la mujer con quien el asegurado vivió como si fuese su marido durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o con la que tuvo hijos, siempre que ambos hubieran permanecido libres de matrimonio durante el concubinato.

En materia de arrendamiento, encontramos las siguientes disposiciones en el artículo 2448-H:

"El arrendamiento de fincas urbanas destinadas a la habitación no termina por la muerte del arrendador ni por la del arrendatario, sino sólo por los motivos establecidos en las leyes.

Con exclusión de cualquier otra persona, el cónyuge, el o la concubina, los hijos los ascendientes en línea consanguínea o por afinidad del arrendatario fallecido se subrogarán en los derechos y obligaciones de éste, en los mismos términos del contrato, siempre y cuando hubiere habitado real y permanentemente el inmueble en vida del arrendatario.

"No es aplicable lo dispuesto en el párrafo anterior a las personas que ocupen el inmueble como subarrendatarias, cesionarias o por otro título semejante que no sea la situación prevista en este artículo ¹⁹⁴

De esta manera los legisladores reconocen una vez más y de manera expresa la importancia que revista la figura en estudio, no sólo a nivel familiar, sino incluso en relación con terceras personas.

¹⁹⁴ Cfr. Código Civil para el Distrito Federal. Art. 2448.

CONCLUSIONES

1. El concubinato .- Es la unión continuada entre un hombre y una mujer que permanecen libres de matrimonio cumpliendo los fines del mismo sin que esta unión se formalice legalmente.

Dicha unión dará origen a derechos y obligaciones siempre que cumpla con los siguientes requisitos:

- a) **Que se trate de la unión de dos personas de sexo diferente:**
- b) **Que exista una comunidad de lecho.**
- c) **Así como una aparente fidelidad y una comunidad de habitación y de vida notoria:**
- d) **La vida marital deberá tener una duración mínima de cinco años o menos si tuvieron hijos antes de dicho término;**
- e) **Los concubinos deberán encontrarse libres de matrimonio en relación con terceras personas y contar con la capacidad legal para contraer matrimonio.**

2. En sus inicios carecía de efectos jurídicos, sin embargo, y dada su trascendencia con el tiempo fué reconocida.

3. Su existencia no atenta contra la moralidad del matrimonio pues, uno de los requisitos de su constitución es precisamente que la pareja se encuentre libre de matrimonio en relación con terceras personas.

4. Se distingue del adulterio en que en este, uno de los involucrados en la relación permanece casado con otra persona. Así mismo del amasiato, el cual, consiste en la unión sexual entre un hombre y una mujer de manera ilícita, con carácter ocasional, temporal y pasajera, en la que cualquiera de los participantes, están casados con terceras personas.

5. La trascendencia del concubinato es tal, que diversas legislaciones le han otorgado reconocimiento, es decir, que con el transcurso del tiempo, la jurisprudencia y las legislaciones paulatinamente fueron reconociendo efectos a las uniones maritales de hecho, limitados uno, amplios otros, pero es necesario reconocer que la jurisprudencia de los diferentes países, brindó una flexión más positiva a lo que se considera un inquietante problema social. En Francia, por ejemplo: la jurisprudencia en un principio no reconoció que el concubinato fuere una entidad jurídica lícita, pues consideraba que su existencia violentaba las normas morales colectivas y que su misma constitución adolecía de causa lícita, como igualmente todos sus efectos, incluyendo por lo tanto los de carácter patrimonial.

6. Existen legislaciones de otros países, que equiparan jurídicamente el matrimonio con el concubinato, otorgándole de esta manera, al concubinato todos y cada uno de los efectos jurídicos que al matrimonio corresponden.

7. Fue el Código Civil de 1920, el primero dentro de nuestra legislación en conceder efectos jurídicos a nuestra figura en cuestión. Los efectos reconocidos sólo favorecían a la concubina y a los hijos reconocidos por el concubinario.

8. El Código Civil para el Estado de Tlaxcala, es uno de los más novedosos, en lo que al concubinato se refiere, como consecuencia de que atribuye una personalidad jurídica y establece la multitudada figura como impedimento para contraer matrimonio.

9. El concubinato dentro de la legislación cubana, se prevé como una figura de equiparación, más no de comportamiento y deja a los tribunales la decisión de realizar dicha equiparación. Guatemala siguió los pasos de Cuba, en lo relativo al matrimonio de hecho.

10. La familia.- Es una institución socio-jurídica que se da por el matrimonio o por el concubinato, donde existe una relación sexual lícita y permanente. En el concubinato se constituye una familia de hecho tan digna y respetable como la fundada en el matrimonio, motivo por el cual, es preciso que el legislador dicte lo conducente a su disolución, debido a que resulta injusto que de manera intempestiva se produzcan la separación o ruptura, motivada por la falta de uno de los concubenarios.

El concubinato debe ser incluido dentro del estudio del Derecho de Familia, al abordar las relaciones que norman la vida en común de los consortes. No sólo por ser una realidad social innegable, sino por razones de convivencia colectiva y de interés público, no puede marginarse de la vida activa y menos aun del Derecho de Familia.

La protección del Derecho de familia debe alcanzar a la familia de hecho o uniones maritales de hecho, cosa que por fortuna han entendido los gobiernos y los tribunales de justicia de un buen número de países que han contribuido eficazmente a este objetivo.

11. En la legislación mexicana el concubinato ha recibido reconocimiento legal expreso, lo que permite estructurar dentro del ordenamiento jurídico, un sistema de relaciones de carácter familiar al respecto, sin embargo dicho reconocimiento no ha sido suficiente.

12. El matrimonio produce efectos jurídicos: derechos y obligaciones tanto en los cónyuges como en los hijos de estos: da lugar al parentesco por afinidad y consanguíneo, proyectándose sobre los bienes de los consortes, en tanto que los efectos reconocidos para el concubinato son limitados.

13. Nuestra legislación distingue el matrimonio del concubinato por su forma y carácter obligatorio, sin embargo el concubinato no constituye una figura aislada a nuestro entorno social, por el contrario es este, el que permite su presencia tan socorrida hoy en día, la cual no va a desaparecer por el hecho de que el legislador deje de regularla.

14. Indudablemente el concubinato no es concurrido por una sola causa, pues su propagación obedece a aspectos económicos, sociales y religiosos. Tampoco es privativo de determinada clase social, como consecuencia de que se encuentra presentes en los diferentes estratos sociales.

15. Se considera constituida dicha unión, cuando se han cumplido los requisitos establecidos por nuestra legislación, es decir cuando los concubenarios han permanecido en vida en común que se ha prolongado por cinco años como mínimo o bien cuando tengan hijos.

16. Al igual que en el matrimonio debe regularse el régimen de los bienes que se adquieran, en las uniones maritales de hecho, si se funda para ello en que hay al respecto una auténtica sociedad de hecho. No se puede negar que existe una comunidad de hecho, pues los intereses comunes constituyen derechos, y al mismo tiempo una comunidad.

17. Para reformar lo concerniente al régimen patrimonial, se debe tomar en cuenta nuestra realidad social, pues los censos de 1990, arrojaron una suma de 3,850,797 personas que se encuentran al margen del matrimonio civil solemne, ya que solamente están casados por la iglesia o unidos bajo el concubinato.

18. Consideramos indispensable que se reglamente la división de los bienes en caso de que la unión se disuelva, ya por decisión unilateral o por consenso de ambos sujetos, lo anterior se sustenta en que los bienes han sido adquiridos con esfuerzos y sacrificios comunes.

19. Si el legislador no se ha ocupado del aspecto patrimonial de los concubenarios, no ha sido por imprevisión, sino sencillamente porque lo rechaza.

20. El atribuirle aspectos jurídicos al concubinato no va en detrimento del matrimonio, sino por el contrario, si el legislador establece mayor

número de derechos y obligaciones similares al matrimonio, las personas que rehuyan a esta institución a fin de evitar aspectos jurídicos no podrán evadir su responsabilidad con el simple hecho de abandonar a su pareja, razón por la cual, deberán detenerse a meditar si realmente desean unir su vida a otra persona, y no como ocurre hoy en día, que lo hacen a la ligera.

21. Es necesario que el concubinato dé origen al parentesco por afinidad entre los parientes de la concubina y el concubinario y entre los parientes de este y la concubina a fin de constituir un impedimento matrimonial.

22. Es preciso que el legislador dicte lo conducente a efecto de que los hijos nacidos de concubinato adquieran los mismos derechos que los hijos nacidos dentro del matrimonio.

23. Es indispensable que el legislador proteja a los terceros que contraen vínculos jurídicos con los concubinarios.

24. Deben desaparecer los falsos prejuicios en contra del concubinato, otorgándole el mismo rango jurídico que el matrimonio, brindando a ambos los mismos efectos jurídicos, siendo facultad de determinarlo a un juez de lo familiar y no al oficial del registro civil.

25. Nuestro Código Civil para el Distrito Federal debe contemplar un apartado especial referente al concubinato, en el cual se establezca cuando se considerara constituida dicha figura y bajo qué términos se disolverá, así como sus efectos.

BIBLIOGRAFÍA

1. Aguilar Gutiérrez Antonio, Base para un Anteproyecto del Código Uniforme para toda la República., UNAM, Instituto de Derecho comparado, México 1967.
2. Arce y Cervantes José, De las Sucesiones, Segunda edición, Editorial Porrúa, México, 1988.
3. Arangio Ruiz Vicenzo, Instituto de Derecho Romano, Editorial De Palma, Buenos Aires, Argentina, 1973.
4. Araujo Valdivia Luis, De las Cosas y de las Sucesiones, Segunda edición, Editorial Cajca, México 1972.
5. Azuara Pérez Leandro. Sociología, Editorial Porrúa, México 1983
6. Betancourt Jaramillo Carlos, EL Régimen Legal de los Concubinos en Colombia, Universidad de Atioguía , Colombia 1982.
7. Bonnesse Julien, Elementos de Derecho Civil. Tomo I, Editorial José Ma. Cajca, México 1945
8. Bravo Valdez Beatriz Derecho Romano, Tercera reimpresión Editorial Pax, México, 1989.
9. Cabanellas Guillermo, Diccionario Usual, Tomo I, Editorial Heliasa, Buenos Aires, 1953.

10. Castaño Luis, Su mensajero Legal. Primera Parte, Editorial. La Prensa México 1968.
11. Couto Ricardo, Derecho Civil Mexicano, Tomo II, Editorial Vasconia, México 1919.
12. Chávez Asencio Manuel F. , La familia en el Derecho, Editorial Porrúa, México, 1994.
13. Declarevil J., Roma y la Organización del Derecho, Traducción José López Pérez, Segunda edición Editorial Hispanoamerica, México 1958.
14. De Ibarola Antonio, Derecho de Familia, Editorial Porrúa, México 1978.
15. De Pina Rafael, Elementos de Derecho Civil Mexicano, Volumen I, Cuarta edición, Editorial Porrúa, México 1966.
16. De Zamacoia Niceto, Historia de México, Tomo I, Editorial Tipografica de T. Monge, Barcelona 1976.
17. Estrada Alonso Eduardo, Las Uniones Extramatrimoniales en el Derecho Español, Segunda edición Editorial Civita, España 1966.
18. Esquivel Obregón Toribio, Apuntes para la Historia del Derecho de México, Editorial Poma, México 1937.

19. Floris Margadant Guillermo. Derecho Privado Romano. Onceava edición, Editorial Esfinge, México 1979.
20. Floris Margadant Guillermo. Introducción a la Historia del Derecho Mexicano. Tercera edición, Editorial Esfinge, México 1979.
21. Floris Margadant Guillermo. Revista de la Facultad de Derecho Número 23, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1956.
22. García Maynez Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Cuadragésima primera edición, Editorial Porrúa, México 1980.
23. Galindo Garfias Ignacio. Derecho Chileno, Primer curso, Segunda edición, Editorial Porrúa, México 1976.
24. Gibbon Charles. Los Aztecas Bajo el Dominio Español, Traducción Julieta de Campos, Editorial Siglo XXI, México 1987.
25. Gutiérrez y González Ernesto. El Patrimonio - Sucesión - legítima e intestamentaria. Editorial José Ma. Cajica, México, 1978.
26. Jors Paul. Wolfgang Kunkel. Derecho Privado Romano. Segunda edición, Editorial Labor, España 1976.
27. Lemus García Raúl. El Derecho Romano. Segunda edición, Editorial Limusa, México 1984.

28. Mendieta y Nuñez Lucio, Las Clases Sociales en México, Editorial Nuestro Mundo, México 1989.
29. Muñoz Luis Comentarios a las Constituciones Políticas Iberoamericanas, Tomo I, Editorial Porrúa, México, 1954
30. Noll Nana. El Matrimonio Abierto, Segunda edición , Editorial Grijalvo, México 1978.
31. Ortiz Urquidí Raúl. Matrimonio por Comportamiento. Tesis doctoral, México 1954.
32. Osorio Angel, Matrimonio, Divorcio y Concubinato. Editorial Lex. La Habana Cuba 1944.
33. Planiol Marcel, Tratado práctico de Derecho Civil Francés, Tomo II, Editorial Cultura. La Habana Cuba 1946.
34. Pott Eugene, Tratado Elemental de Derecho Romano, Traducción Manuel Rodríguez C., Editorial Cárdenas México 1980.
35. Recasens Siches Luis, Sociología, Editorial Porrúa, México 1971.
36. Rojas Villegas Rafael, Derecho Civil Mexicano, Tomo II, Quinta edición, Editorial Porrúa, México 1980.
37. Sánchez Azcona Jorge Familia y Sociedad Editorial Jorge Mortiz, México, 1981.

38. Sonarriva Ondurraga Manuel, Derecho de Familia, Santiago de Chile 1963.
39. Soustelle Jacques, La Vida Cotidiana de los Aztecas en Vísperas de la Conquista, Traducción Crlos Villegas, Segunda edición, Editorial Fondo de Cultura Económica México 1976.
40. Kipp y Wolf Enneccerus, Tratado de Derecho Civil, Tomo IV Barcelona 1953.
41. Ventura Silva Sabino, Derecho Romano I, Editorial Azteca, México 1962.
42. Ventura Silva Sabino El Derecho Romano, Séptima edición, Editorial Porrúa, México 1964.

ENCICLOPEDIAS Y REVISTAS JURÍDICAS

43. Boletín del Instituto de Derecho Comparado en México. Universidad Nacional Autónoma de México, Año I. Número I, enero-abril, México 1949.
44. De Pina Rafael, Diccionario de Derecho, vigésima edición. Editorial Porrúa, México, 1994.
45. Enciclopedia Jurídica Omeba, Argentina 1976.
46. Enciclopedia Ilustrada, Editorial Euroamericana, México 1976.
47. E. Meccareriá, Carlos, Nueva Enciclopedia Jurídica, México 1976.
48. Revista de Derecho Natural, No. 9 Vol. III, México 1969

LEGISLACIÓN

- 49. Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal.**
- 50. Código Civil para el Estado Libre y soberano de Tamaulipas.**
- 51. Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Tlaxcala.**
- 52. Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Veracruz.**
- 53. Código de la Familia de Cuba.**
- 54. Código Penal de Argentina.**
- 55. Código Penal de Bolivia.**
- 56. Código Penal para el Distrito Federal.**
- 57. Código Penal de Puerto Rico.**
- 58. Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.**

OTRAS FUENTES

59. Folleto E.V.C. Liberación Femenina. Socieda E.V.C. México 1988.
60. Revista TV y Novelas. Edición XVII, Junio de 1984.
61. Revista Veintitantos. Edición especial de 1991.
62. Revista Veintitantos. Edición XVI, Agosto de 1984.