



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES.

"CAMPUS ACATLAN"

PROPUESTA DE DEFINICIÓN JURÍDICA QUE SE DEBE OTORGAR A LA FIGURA DEL CONCUBINATO ACTUALMENTE CONTEMPLADA EN LA LEGISLACIÓN COMÚN



T E S
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A:

ALEJANDRO GABRIEL BLANCO CARDENAS

ASESOR:
LIC. JESÚS FLORES TAVARES



28,6914



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A DIOS:

Cualquier frase es insuficiente, para expresar ese sentimiento inexplicable de afán eterno del hombre a la inmortalidad de su pensamiento universal. Gracias Señor.

A VICTORIA Y SIMON:

Aquellos que tienen claro el concepto de lo bueno y que se han esmerado con cariño a aplicarlo en cosas de provecho. Gracias Mamá y Papá.

A LA UNAM:

Por la oportunidad que me brindó la más bella y noble institución educativa en México, al haber marcado en mi espíritu la conciencia de gran clase que es mi raza y tener el honor de decir con orgullo que soy Universitario. Gracias E.N.E.P.-Acatlán.

A LOS COMPAÑEROS:

Me encontré con la disyuntiva de mencionar a todos mis compañeros, pero sería injusto y complicado referirme a todos ellos, sin temor a olvidar alguno; por lo que manifiesto mi gratitud y reconocimiento a todos aquellos que vienen a ser el soldado desconocido de esta batalla culminada y decirles que este castillo es obra del granito de arena que cada uno de ellos aportó. Gracias Amigos de CONACULTA.

A CARLOS PORTELA:

Tengo que reconocer sin lugar a dudas que la amistad es el sentimiento más fuerte de todos, por que soporta las duras pruebas del tiempo y la distancia; además, es el más noble porque perdona, calla y justifica todo y finalmente, por que en el mar de mis confusiones siempre encuentro la palabra sabia de un consejo tuyo, que orienta mi destino a buen puerto. Gracias Primo.

A MARTHA:

He aprendido contigo que el amor es algo mas allá de la eternidad; he descubierto el secreto maravilloso de la vida que hace del tonto, sublime y del sabio, ciego; pero que produce grandes satisfacciones como nuestro hijo. Gracias Amor.

A ALEJANDRO:

¿Qué es tu risa? Es esa dulce e inocente expresión de tu alegría, que motiva en mí la capacidad oculta de ser mejor a cada instante, en todos los aspectos de la vida. Gracias Hijo.

INDICE

Prólogo	I
Introducción	II

PRIMERA PARTE ANTECEDENTES HISTORICOS

I. Civilizaciones Antiguas	1
I.1 Grecia	1
I.2 Roma	2
I.3 España	3
II. Antecedentes Historicos en México	14
II.1 Derecho Familiar Tarasco	14
II.2 Derecho Maya de la Familia	16
II.3 Derecho Familiar Azteca	16
II.4 Epoca Colonial	18
II.5 México Independiente	19

SEGUNDA PARTE EL CONCUBINATO EN OTRAS LEGISLACIONES

A) Argentina	22
B) Chile	23
C) Bolivia	24
D) Guatemala	25
E) Cuba	25
F) Rusia	26

G) Republica Popular China	27
H) Vietnam del Sur	28
I) Etiopía	29
J) Estados Unidos	29
K) Francia	29

TERCERA PARTE

POSTURAS JURIDICO DOCTRINARIAS CONTEMPORANEAS

I. Punto de Vista Moral Religioso en Contra de Reconocer Efectos Jurídicos al Concubinato	38
II. Punto de Vista en Favor de Reconocer Efectos Jurídicos al Concubinato	41
II.1 Doctrinarios en Francia	42
II.2 Doctrinarios en Mexico	51

CUARTA PARTE

TEORIA JURIDICA Y REALIDAD SOCIAL DEL CONCUBINATO

I. Aclaración de la Terminología Empleada	65
II. El concubinato y Los Conceptos Jurídicos Fundamentales del Derecho en Materia Familiar	68
A) Relación Jurídica	68
B) Supuesto Jurídico	70
C) Sujetos de Derecho	74
III. Naturaleza jurídica	76
A) Concubinato y Matrimonio similitudes y diferencias	78
B) El Concubinato como Institución	81
C) Posición Contractual	83
D) Análisis del Concubinato como Acto Jurídico	86

E) Situación Derivada de un Hecho Jurídico estricto sensu	94
IV. Definición y Características Conceptuales	98
A) Relación de Convivencia Permanente y Continua	101
B) Relación de Dos Individuos de Sexo Opuesto	102
C) Libres de Matrimonio	104
D) Aparente Exclusividad Sexual entre la Pareja	104
E) Publicidad de las Relaciones	106
V. Efectos	107
A Parentesco y Filiación	107
B) Alimentos	112
C) Domicilio	115
D) Sucesión	116
VI. Reformas y Adiciones al anterior Código Civil para el Distrito Federal en Materia de Común y para toda la República en Materia Federal	119
CONCLUSIONES	122
BIBLIOGRAFIA	134

PROLOGO

A través de la historia, el tratamiento jurídico del concubinato a dependido mucho de la ideología del extracto dominante de cada pueblo que es a fin de cuenta quien refleja mediante normas bilaterales, coercitivas, heterónomas y externas, la directriz de conducta como regla de convivencia entre los individuos que conforman el Estado de Derecho. Ello ha sido sin lugar a dudas el principal óbise para que la ciencia del Derecho pueda establecer una definición plenamente válida para todos los sistemas legales en todas las épocas.

A fin de entrar en materia, es necesario revalorar lo estipulado por nuestro legislador dentro del cuerpo legal civil, cuyo principal mérito estriba en el hecho de darle reconocimiento jurídico a la situación concubinaria, sin ignorar la importante realidad que implica dentro de la sociedad mexicana, como medio generalmente aceptado de constituir una familia, después del matrimonio. Así se expresa en la Exposición de Motivos (de la cual nos podemos dar cuenta de que las condiciones sociales que influyeron en el ánimo de dicho cuerpo colegiado ya no son las mismas que en 1928) en donde se plantea al matrimonio como el medio legal y moral de constituir la familia; sin embargo, también acepta que existe otra manera de formar una familia la cual es precisamente el concubinato como un hecho no prohibido por la ley, siempre y cuando no concurren circunstancias de incesto, adulterio o en agravio de incapaces según el ordenamiento civil.

Partimos del hecho de que las relaciones monogámicas sostenidas por individuos de sexo opuesto, representan en nuestro México un hecho generalizado que no puede pasar desapercibido por el ordenamiento jurídico y mucho menos en las condiciones en que actualmente se encuentra

"reglamentado" por la normatividad común que cuyo principal mérito ha sido tutelar el concubinato regular, sin que ello implique contravenir las normas referidas a la institución matrimonial.

Deben considerarse las diferentes circunstancias que rodean al concubinato dentro de la sociedad mexicana; como ya antes advertimos, las condiciones sociales imperantes en 1928 y que dieron origen a la contemplación de las relaciones concubinarias dentro de la legislación común nacional, no son las mismas que existen en la actualidad, por lo que sugerimos un estudio minucioso por parte del aparato estatal, a fin de tener pleno conocimiento de dicha realidad, la cual ha revasado en muchos aspectos lo previsto en el Código Civil para el Distrito Federal.

INTRODUCCION

Es menester empezar cualquier nota explicativa, el describir a grandes rasgos el contenido de un trabajo, para ello es importante resaltar el criterio adoptado para estructurar el presente estudio.

Consideramos para ello, el iniciar con un estudio descriptivo en un capítulo titulado "Antecedentes Históricos", a través del cual se señala el tratamiento jurídico del concubinato en dos de las principales civilizaciones de la antigüedad, como son Grecia y Roma, las cuales han tenido principal influencia en el surgimiento de los principales ordenamientos jurídicos contemporáneos en la mayoría de los países de occidente, incluyendo al nuestro; asimismo, investigamos el tratamiento que se le dio en España a partir de la época del medioevo. El citado capítulo cuenta con una segunda parte que se enfoca al tratamiento legal que se le ha dado en México desde la época precolombina con la mención de las más importantes culturas prehispánicas como son la Tarasca, Maya y Azteca, pasando por la época colonial y un resumen del México independiente.

La segunda parte de nuestro estudio, consiste en una somera revisión a través del Derecho comparado del como se reglamenta la figura concubinaria en otras legislaciones positivas, para ello se estimó revisar aquellos ordenamientos jurídicos de los países más cercanos al nuestro (en cuanto a la geografía y estructura normativa), siguiendo en aquellos países del bloque comunista y un ejemplo del sistema jurídico del bloque anglosajón, para finalmente dar una revisión al Derecho francés, como un sistema jurídico de suplencia integral muy importante.

Las posturas jurídico doctrinarias contemporáneas, conforman la tercera parte del presente trabajo y en él se revisan los distintos puntos de vista emitidos por juristas y filósofos que se interesaron en el tema en otros países como España, Estados Unidos, Francia, Alemania, etc., así como las propuestas de eminentes estudiosos de la materia.

La Teoría Jurídica es una herramienta vital e imprecindiblemente necesaria para dilucidar la explicación y tratamiento jurídico que envuelve la realidad social del concubinato y que se aborda en la cuarta parte del presente estudio, que comienza con una nota aclaratoria sobre la terminología empleada, previo al estudio del concubinato y los conceptos jurídicos fundamentales del Derecho, tales como relación jurídica, supuestos jurídicos, sujetos del derecho y naturaleza jurídica, de cual se desprende su analogía con la institución matrimonial y las cinco principales posturas para dilucidar su naturaleza jurídica, de aquí se desprende el concepto propuesto y las características que debe revestir una unión concubinaria, para ser tutelada por el ordenamiento jurídico común mexicano.

PRIMERA PARTE

ANTECEDENTES HISTORICOS

PRIMERA PARTE

ANTECEDENTES HISTORICOS

I. CIVILIZACIONES ANTIGUAS

I.1 GRECIA

La familia griega finca parte de su existencia en cuestiones de tipo religioso; en apoyo a tal afirmación, Numa Dionisio Fustel de Coulanges (historiador francés nacido en 1830 y fallecido en 1889), dice en su tratado sobre la civilización Griega "que la familia era un grupo de personas al que la religión le permitía invocar al mismo hogar y ofrecer la comida fúnebre a los antepasados", de tal suerte que el principio de la familia antigua no radica de manera no exclusiva en la generación, en el nacimiento, en el afecto natural o en la fuerza física, sino en algo más poderoso como lo es la religión del hogar y de los antepasado. Con ello el citado autor otorga a la familia el carácter de asociación religiosa más que de asociación natural, incluso por el término utilizado en la lengua griega para designar a la familia que literalmente significa "lo que esta cerca del hogar".

En lo referente al matrimonio, Fustel indica que probablemente fue la primera institución establecida por la religión doméstica, trasmitida de varón en varón, en la cual la mujer se sacrifica siendo soltera al hogar del padre y casada al de su marido.

En este orden de ideas, los griegos de la antigüedad dieron como efecto al matrimonio el de la procreación y con ello la perpetuación de la familia, con la finalidad principal de hacer nacer a aquellos que fuesen aptos para continuar con el culto, de tal manera que este no se extinguiera. De aquí que el hijo nacido fuera de matrimonio no podía desempeñar el papel que la religión asignaba a los hijos, extensivo para la madre que por esta razón tampoco lo hacia.

En efecto, el lazo de la sangre no constituía por si solo la familia, se necesitaba también el lazo del culto; pero el hijo nacido de una mujer que no estuviese asociada al culto religioso del marido por la ceremonia del matrimonio, tampoco podía participar en el culto.

Interpretando lo expuesto con anterioridad, podemos deducir que la Grecia antigua si presento el concubinato, pero no fue permitido o autorizado principalmente por la religión, la cual inclusive lo sanciona severamente, sobre todo si consideramos la exclusión de los hijos y de la madre de los rituales religiosos que aseguraban la permanencia del culto y por ende de la familia quienes al parecer de él, no podían según lo hemos mencionado ostentarse como tal pudiendo decir que tal vez hiciera el papel de una sanción de carácter moral.

I.2 ROMA

El Derecho romano contempla dos formas de unión, cuya relevancia jurídica de ninguna manera es equiparable al régimen actual del matrimonio (Gayo solo menciona el matrimonio como fuente de la patria potestad). Un ciudadano podía elegir entre dos clases de uniones, cuyas consecuencias son distintas; si pretende desarrollar una familia civil, contraerá las justas nupcias que le darán el derecho de tener autoridad plena sobre su descendencia, en tanto que el concubinato dejará fuera de su familia a los hijos que procreó con la concubina, sin embargo esta prole, no siendo agnada del padre tiene con el al menos parentesco natural legalmente reconocido, lo cual debió diferenciarlos de los *spurii* o *vulgo concepti*.

Al igual que Grecia, el pueblo romano fincó su organización social en los principios religiosos, razón por la cual la familia y el matrimonio en ambos

pueblos tienen muchas cosas en común tales como algunos dioses que los romanos tomaron de los helenos, la conservación del culto doméstico, la celebración religiosa del matrimonio en tres actos *tradictio, deductio in domus* y *confaerratio* en virtud de los cuales la mujer que se casaba pasaba al culto familiar del marido, lugares comunes de sepultura. Y con esta herencia, los romanos constituyeron su sistema familiar en un régimen de monogamia patriarcal en el cual el poder permanente y absoluto del padre era tan fuerte de tal forma que se puede decir que la familia romana era la unión de personas colocadas bajo la autoridad o *manus* de un jefe único (*pater familias*).

El primer gran período en la historia de la vida romana, fue la Monarquía, durante ésta en el reinado de Numa Pompilio tuvo lugar la separación de las potestades civiles y religiosa, situación que nos hace presumir la posibilidad de regular jurídicamente al concubinato.

Una de las formas para constituir la familia eran las justas nupcias, provista de amplios efectos legales en aquel entonces. Para contraer *iustae nuptiae* el Estado romano exigía algunos requisitos que al modo de ver del profesor Guillermo F. Margadant¹ en el Derecho romano posterior al Renacimiento serían subdivididos en dos grupos; una categoría muy importante cuya violación importa un *impedimentus dirimens* causando la nulidad del matrimonio; la otra categoría de requisitos de cuya inobservancia resulta un *impedimentum tantum* que puede dar lugar a multas, sanciones disciplinarias para el funcionario descuidado, etc., pero nunca la nulidad del matrimonio. El mismo autor realiza una enumeración concreta y específica, aunque no clara de los requisitos e impedimentos que

¹ MARGADANT FLORIS, Guillermo S. *Derecho Romano*. 8ª edición, Editorial Esfinge. México, 1978. Págs. 208-209.

componen las dos categorías enunciadas, haciendo notar que estos han variado algo en el curso de la historia occidental jurídica.²

Entre los elementos comunes de ambos tipos de uniones esta el de considerárseles uniones monogámicas entre dos personas de sexo diferente, el consentimiento de cohabitar y compartir en la vida los placeres y vicisitudes, además de que ambas formas eran socialmente respetadas y que para ninguna de ellas se exigían formalidades jurídicas o intervención estatal alguna.

El concubinato consistía en una unión de orden inferior, duradera y estable entre un hombre y una mujer libres de matrimonio, sin que existiera entre ellos la *afectio maritalis* y que de alguna manera se distinguía de las relaciones pasajeras consideradas como ilícitas. Las consecuencias legales eran menores que las otorgadas a las justas nupcias; siendo una situación de hecho con relevancia jurídica, no fue ajena al legislador romano quien le fue otorgando poco a poco efectos positivos de ley, pero nunca equiparables a los del matrimonio.³

Es una situación de hecho que se desarrolló a finales de la República, debido a la legislación matrimonial de Augusto en la cual adquiere su nombre. En este período, únicamente los patricios podían contraer matrimonio religioso de acuerdo con la organización gentilicia, no así los plebeyos, clientes y esclavos, pues al carecer de antepasados comunes no participan de los privilegios políticos y religiosos.

² MARGADANT S. Guillermo Floris. Obra citada. Pág. 208.

³ PETIT, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. 6ª edición. Editorial Porrúa, México, 1990. Pág. 110.

Tal situación quedo institucionalizada cuando en el año 485 D.C., se produjo la clausura de las estirpes que en adelante habían de imposibilitar tanto al noble extranjero como al plebeyo romano la inclusión en el *status* del patriciado.

Este acto repercutió grandemente sobre la organización familiar de las clases excluidas o marginadas de las estirpes que al no poder participar en las cuestiones religiosas tuvieron otras formas diferentes de organizar una familia de estructura irregular, entre ellas el concubinato unión existente de hecho más no de derecho, inclusive sin ninguna denominación o definición legal específica, pues esta le sería proporcionada hasta el imperio cuando los plebeyos lograron borrar las diferencias sociales y políticas, alcanzando con el Emperador Caracalla en el año 212 A.C., su igualdad jurídica, que con la Ley de las XII Tablas incluida en el año 451 A.C., se había iniciado limitando únicamente ciertas prerrogativas a los patricios. De este modo a través de la Ley Canuleia se logra por primera vez, el legítimo matrimonio entre plebeyos y patricios.

La *Lex Iulia* prohibía el matrimonio entre personas de diferente rango social y castigaba a las personas que tuvieran relaciones sexuales con mujeres ingenuas u honestas fuera de matrimonio. En las etapas de la Monarquía y la República, estas uniones libres no requirieron de previsión legal alguna, pero la diferencia de las mismas aunada a las consecuencias derivadas y la legislación caducaría, hicieron que se regularizará jurídicamente esta institución, constituyéndose como una excepción aceptada dentro de las normas contenidas en la *Lex Iulia de Adulteriis*, que consideraba como *stuprum* a todo comercio con joven o viuda fuera de las justas nupcias (cualquier relación carnal fuera del matrimonio).

Así pues, el concubinato se erigió como la única forma de eludir la sanción contenida en la *Lex Iulia* para constituir uniones con libertos y mujeres tachadas

de infamia sin sanción legal alguna, pero le fueron impuestas ciertas condiciones para precisar los límites por los cuales ya únicamente existía comercio ilícito.

Los requisitos del concubinato para ser considerado como tal, eran muy similares para los que se exigían en la celebración del matrimonio, referente a personas con capacidad sexual, siempre y cuando estos no fueran parientes en el grado que constituyera un impedimento para las justas nupcias, que solo se tuviera una concubina no existiendo mujer legítima, además de no requerirse formalidad alguna, ni intervención del Estado y menos aún el consentimiento del *Paterfamilias* de los contrayentes. Sin embargo, el concubinato escapa a las demás prohibiciones publicadas para las justas nupcias, por ejemplo en el caso de un gobernador que no pudiese casar con mujer de su provincia, podía tomar una concubina.

En un principio el concubinato no producía efecto alguno similar al de las justas nupcias, por tal motivo la mujer no era elevada a la condición social de su concubino, pues algún ciudadano que hubiese tomado para concubina una mujer del mismo rango no podía ser tratada como *uxor* en la casa y en la familia de donde venía el nombre de *inaequale conjugium* aplicado a esta unión. En cuanto a los hijos nacidos del concubinato no estaban sujetos a la patria potestad del padre, siendo estos *sui iuris* cognados de la madre y de los parientes maternos.

Con Octavio Cesar Augusto comienza la era imperial y con ella un cambio en la regulación del concubinato y otras modificaciones al primitivo Derecho romano producto de la actividad del emperador, quien al tratar de restituir la República, presentó a los comicios plebeyos utilizando su *tribuncias potestas*, toda una serie de leyes de carácter público y privado conocidas como caducarias. En el año 18 A.C., la *Lex Iulia de Maritans Ordinibus*, mediante la cual se procuraba combatir

la corrupción de las costumbres y la disminución de la natalidad de los ciudadanos y entre las leyes penales la *Adulteriis Coercendis* ambas de gran importancia, sobre todo esta última con la que se trataba de reprimir la práctica muy extendida del divorcio y amenazaba con grandes penas el adulterio; sin embargo se hizo una excepción en favor de la unión duradera llamada concubinato que recibió de esta manera una especie de aceptación legal, distinguiéndole con ello de otras uniones lícitas generalizadas entre las personas no pertenecientes al patriciado en un primer tiempo y después en toda la población. No obstante lo anterior es pertinente aclarar que la *iustae nuptiae* como el concubinato no exigían formalidades jurídicas o intervención estatal alguna.

A partir del Bajo Imperio, y desde la época del Emperador Constantino, se reconoció un lazo natural con el padre y este podía legitimarlos, designándolos con el nuevo término de *liberi naturales*, además creyó acertado ofrecer a aquellos concubinos legitimar a sus hijos siempre y cuando contrajeran justas nupcias.

La influencia del Cristianismo determinaría una reacción en contra del concubinato, los emperadores de estas tendencias buscaron desaparecerlo, como puede verse en la determinación de Constantino de declarar nulas las donaciones y legados efectuados a la concubina y a sus hijos además de crear la legitimación de los mismos a través de un matrimonio subsecuente; en el mismo tenor los emperadores Zenón y Anastasio siguen el mismo criterio.

Finalmente, Justiniano consideró al concubinato como una especie de *iustae nuptiae*, solo que de rango inferior, le extiende al mismo los requisitos para el matrimonio, determina la obligación de dar alimentos, conserva la disposición de

legitimación por matrimonio subsecuente y concede a la concubina algunos derechos sucesorios, sin embargo no logra hacerlo desaparecer y el concubinato subsistió como institución legal y tolerada por la iglesia.

Fue prohibido hasta el siglo IX en el oriente por primera vez por León el Filósofo y en el siglo XII en el occidente el Concilio de Trento lo consideró como una situación de hecho contraria a la moral y normas del clero. El Derecho Canónico, primero siguió la tendencia romana, pero después consideró que el concubinato implicaba un delito de naturaleza aún más grave que la *fornicatio*, pues constituía un estado continuo de fornicación.

El Concilio tridentino condenó enérgicamente al concubinato, ordenando a las autoridades eclesiásticas que se persiga a quienes se encuentran en tal situación, dirigiéndoles las tres amonestaciones obligatorias previo a la excomunión si continúan en la misma conducta; en cambio, el poder secular no sanciona estos hechos a menos de que perturben la moral y las buenas costumbres de la sociedad y solo castiga de modo indirecto, pero grave al decretar la nulidad de las donaciones entre los concubinos (establecidas en costumbres de Normandía, Anjou, Touraine, Maine y en el artículo 132 de la Ordenanza de 1629).

1.3 ESPAÑA

Durante el medioevo, en España este tipo de uniones sexuales permanentes entre un hombre y mujer no ligados por matrimonio, fue objeto de un cierto tipo de regulación jurídica a la cual se le conoció con el nombre de "barraganía", las partidas consagran todo un Título (XIV Partida Cuarta) que se denomina: "De las otras mugeres que tienen la omes que non son de bendiciones". En esta

legislación se autoriza a los solteros a tener barragana "siempre que pueda casar con ella, si quisiere".⁴

Desde el siglo XI en parte del derecho local castellano, concretamente el Ordenamiento de Alcalá, se permite matar a quien tenga tratos carnales con la considerada esposa cuando esta es reconocida como tal; en el siglo XII se permite refugiarse en la ciudad con mujer que no sea casada bien sea pariente o raptada; en el Reino de Aragón el fuero de Baroca, admite los derechos hereditarios de los hijos de la concubina cuando estos sean reconocidos; en Tortosa, se considera como causa de desheredación el estar con la concubina de un descendiente.

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

Según fuero y costumbre de España se distinguían tres clases de uniones sancionadas y toleradas por la ley:

- a) El matrimonio celebrado con todas las solemnidades de derecho consagradas en la religión.
- b) El matrimonio "a yuras", es decir, un matrimonio juramentado, que era un casamiento legítimo pero oculto; un matrimonio de conciencia que

⁴ GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Derecho Civil. 13ª edición. Editorial Porrúa, México. 1987. Pág. 537.*

inducía una idea de perpetuidad y las mismas obligaciones que el solemne del cual solo se distinguía por la falta de solemnidad.

- c) La barraganía, era la unión o enlace de soltero con soltera a quien llamaban barragana para distinguirla de la mujer de bendiciones o mujer velada y de la mujer a yuras.

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

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

En el siglo XIII, concretamente en el año 1228 en que se celebró el Concilio de Valladolid, en el cual los legisladores hicieron los mayores esfuerzos para erradicar la barraganía, particularmente el Clero determina contra los delincuentes y sus hijos distintas penas como las excomuniones, infamias, desheredación e incapacidad de aspirar a los oficios públicos.

La legislación de las Siete Partidas iniciadas el 23 de julio de 1256 y concluidas en 1263, promulgadas por Alfonso X el Sabio, dan una regulación jurídica a la institución, reconociendo "que no es la institución de la barraganía cosa útil para un cristiano conforme a las prescripciones de la Iglesia, cae por tenerla en pecado mortal", pero no obstante ello reconocen "que los sabios antiguos la

permitieron sin pena temporal a fin de evitar que los disfrutaran y tuvieran pluralidad de mujeres".⁵

Las características emanadas de esta legislación se pueden enumerar de la siguiente manera:

- a) Podían admitirse como concubinas o barraganas todas aquellas mujeres mayores de 12 años.
- b) Solo se permitió la posesión de una barragana o concubina.
- c) Se prohibía la barragana al casado y al eclesiástico.
- d) Se aplicaba el impedimento de consanguinidad hasta el cuarto grado.
- e) Si la que había de recibirse por barragana era mujer honesta, era necesario tal declaración ante testigos.
- f) Se permitía a las personas de gran dignidad una barragana con tal de que ésta fuera sierva, tabernera, etc.

Esta última característica tenía por objeto mantener en este tipo de uniones limpia de sangre de los hijos que pudieren procrearse, ya que de tenerlos se incurría en infracción a este impedimento y no tendrían la condición de hijos naturales, ni podrían participar en los bienes de sus padres quienes quedan desligados de la obligación de criarlos sino quisieren hacerlo.

⁵ Partida Cuarta, Título XIV, Introducción.

Posteriormente en 1505 las Leyes de Toro se pronuncian al mismo tiempo contra los matrimonios clandestinos así como el contrario al ordenado por la Iglesia, penándolos con el exilio.

"El Cuarto Concilio de Letrán en 1215 había declarado que el matrimonio se hacia del conocimiento de los esposos, impuso por primera vez a la forma de matrimonio obligatorio la celebración ante un Sacerdote y dos testigos".⁶

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

Este Concilio representa la culminación de la hostilidad con que Iglesia miro dichas uniones, el Concilio veinticuatro nos da una idea más precisa de lo antes afirmado: "que se fulmine la excomunión contra los concubinarios, así casados como solteros de cualquier estado o condición que sea, si después de amonestados, aún de oficio, tres veces por el Ordinario no despidieren a la concubina o aparten de su comunicación, sin que puedan ser absueltos hasta que efectivamente obedezcan. Y si despreciando las censuras permanecieren por un año en el concubinato, proceda el Ordinario severamente contra ellos. Las mujeres casadas o solteras, que vivían públicamente con adúlteros o concubinarios sin amonestaciones serán castigadas por los Ordinarios de los

⁶ *ORTIZ URQUIDI, Raúl. El Matrimonio Por Comportamiento. Editorial Stylo. México, D.F., 1955. Pág. 76.*

lugares con graves penas aunque no haya parte que lo pida, y serán desterradas del lugar o de los Diócesis, si así pareciere conveniente a los Ordinarios invocando, si fuera menester el brazo secular, quedando en todo vigor todas las demás penas fulminadas contra los adúlteros y concubenarios".⁷

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

⁷ PEREZ LOPEZ, Antonio Xavier. *Teatro de la Legislación Universal de España e Indias Tomo III. Madrid. 1894. Pág. 61.*

II. ANTECEDENTES HISTORICOS EN MEXICO

II.1 Derecho Familiar Tarasco

En sus inicios el pueblo tarasco era monógamo, pero al entrar en contacto con los pueblos bárbaros de origen chichimeca fueron cayendo poco a poco en la poligamia, sobre todo en las clases sociales altas aunque también se practicaba entre la gente del pueblo.

Los tarascos guardaban la endogamia, los nobles para conservar su alcurnia y los hombres comunes para mantener la identidad de sus barrios; reconocían el parentesco por consanguinidad al parecer hasta el cuarto grado en línea recta y colateral, dicho parentesco se originaba por la unión matrimonial y la filiación donando los efectos de ayuda mutua, impedimento para contraer matrimonio entre si además de la sucesión.

El matrimonio era un acto esencialmente religioso cuyos requisitos más importantes eran el consentimiento de los padres que concertaban el matrimonio sin tomar en cuenta la voluntad de los hijos; en situaciones muy especiales los contrayentes externaban su consentimiento al efectuar las llamadas uniones por amores, en que los jóvenes se declaraban su amor mutuamente y hacían los preparativos necesarios para realizar su matrimonio sin dar parte a los padres que generalmente se enteraban después de consumado éste. El matrimonio quedaba celebrado ante el sacerdote quien los exhortaba a los contrayentes a que fuesen prudentes, trabajadores y fieles.

La filiación tenía gran importancia para suceder legítimamente en el gobierno, sacerdocio y en los oficios; todos los hijos tenían los mismos derechos fuesen

matrimoniales o extramatrimoniales, siempre y cuando fueran reconocidos por el padre.

En la región tarasca el concubinato existió y una de las causas que contribuyó a ello fue la obsesiva idea que tenían de la endogamia en el barrio o linaje, "cuando alguna pareja se unía por amores sin dar parte a los padres no era aceptada seriamente por la sociedad y para legalizarla era necesario que el varón solicitará en matrimonio a la joven, los padres accedían y perdonaban únicamente cuando ambos pertenecían al mismo barrio o tenían igual linaje, en caso contrario la familia le negaba el matrimonio lo que provocaba que la pareja decidiera vivir en concubinato".⁸

La familia reconocía como autoridad absoluta al padre, quien tenía el derecho de corregir y castigar a sus hijo; un efecto del ejercicio de la patria potestad era la obligación de los menores de vivir donde les señalará su padre, asimismo este tenía la obligación de proporcionarles alimentos y educación hasta que estos aprendieran y desempeñarán un oficio. Al morir el padre la madre ejercía la patria potestad y a falta de esta lo hacían los abuelos paternos y subsidiariamente los maternos.

Por lo expuesto, se puede concluir que el concubinato fue aceptado por los tarascos, cuando había negativa de permitir el matrimonio relegándose además la patria potestad de una forma similar a como lo establece el Código Civil para el Distrito Federal, en los artículos 411, 414, 422 y 423.

⁸ PEREZ DE LOS REYES, Marco Antonio. *Derecho Tarasco. En Memoria II Congreso de Historia de Derecho. Universidad nacional Autónoma de México, 1980. Pág. 94.*

II.2 El Derecho Maya de la Familia

En este derecho el matrimonio era monogámico, pero con tal facilidad se repudió con frecuencia una especie de poligamia sucesiva. Hubo una fuerte tradición exogámica, dos personas del mismo apellido no podían casarse; el novio entregaba a la familia de la novia ciertos regalos, por lo que en vez de dote los mayas tenían el sistema del precio de la novia.

La herencia se repartía entre la descendencia masculina, fungiendo la madre o el tío paterno como tutor en caso de minoría de edad de un heredero; en la entrega de las cuotas hereditarias intervenían las autoridades locales.

Por último no se puede precisar sí entre los mayas existió el concubinato o no debido a las dificultades que presenta el estudio del viejo Imperio Maya y el nuevo Imperio Maya.

II.3 El Derecho Familiar de los Aztecas

Para los aztecas era el matrimonio un acto formal con infiltraciones religiosas, los hombres se casaban entre los veinte y veintidós años en tanto las mujeres por lo general a los quince años de edad.

El matrimonio estaba prohibido entre parientes, principalmente en línea recta y entre hermanos siendo indiferente que el parentesco fuera de agnación o uterino. "Tampoco se podía contraer matrimonio con la concubina del padre".⁹ En Tlaxcala el impedimento incluía a las tías, pero al contrario estaba permitido el matrimonio con la hija del hermano materno.

⁹ J. KOHLER. *El Derecho de los Aztecas*. Cia. Editora Latinoamericana. Pág. 39.

El matrimonio estaba fundado en la potestad del padre, quien tenía el derecho de casar a sus hijos, por lo tanto imperaba la poligamia, sin embargo una esposa tenía preferencia sobre las demás, la cual se manifestaba en la situación de privilegio que tenían sus hijos en la repartición de la herencia del padre.

La unión legítima solo podía resolverse en virtud de fallo judicial, la solicitud de separación no era bien aceptada por las autoridades quienes trataban de dificultarla en la medida de lo posible. Como consecuencia de la separación los hijos se quedaban con el esposo y las hijas con la esposa, la parte culpable perdía la mitad de sus bienes en favor del inocente; los esposos divorciados no podían volverse a casar so pena de muerte.

Algunas veces se distinguían de la esposa legítima, las manceba de las concubinas, las relaciones que existían con estas podían disolverse en cualquier momento, pero si habían durado por largo tiempo de manera que la vecindad los considerará como casados, el concubinato se convertía en matrimonio.

Finalmente la sucesión respecto de la nobleza correspondía a los hijos y especialmente al mayor de la esposa principal, en su falta a un nieto agnado y subsidiariamente a un nieto cognado y en defecto de estos correspondía a un hermano.

La sucesión entre los plebeyos era diferente, pues existía la primogenitura caso en el que el hijo mayor debía encargarse de toda la familia y atender a los tributos, o bien el derecho de la división por igual entre los hijos, a falta de estos correspondía la sucesión al hermano o al sobrino y en su defecto al pueblo o al soberano.

En suma, entre los aztecas se encontraba reglamentado el unión o matrimonio de hecho, teniendo esta institución un sistema para heredar.

II.4 Epoca Colonial

Una vez que fue consumada la conquista de México, el día 13 de agosto de 1521 los españoles tuvieron la urgente necesidad de crear una serie de normas para gobernar a los aborígenes de la Nueva España y es así como surge el Derecho indiano que viene a ser el formado por aquellas disposiciones sobre los naturales de esta región que no contrariaban a los intereses de la Corona, al Cristianismo y al Derecho castellano sobre todo en materia de Derecho privado.

Son muy abundantes y conocidos los pasajes de los primeros cronistas de las indias que nos hablan de la facilidad con que los españoles se unieron con las mujeres de aquellas razas, generalmente en simples concubinatos que acabaron casi siempre en matrimonio.

Durante el gobierno de Obando en la isla española, unos trescientos castellanos vivían amancebados con mujeres del país; el Gobierno fijó un plazo para que contrajeran matrimonio so pena de perder los bienes que habían heredado de los indígenas. En 1595 se consigno especialmente que fueran echados del pueblo los españoles, meztisos, mulatos, zambaigos, vagabundos no casados.¹⁰

La libertad de matrimonio estaba asegurada por una serie de disposiciones legislativas, con excepción de las uniones que pretendían los españoles con

¹⁰ LEVENE, Ricardo. *Introducción a la Historia del Derecho Indiano*. Editorial Librería Jurídica. La Valle, Buenos Aires, 1924. Pág. 122.

mujeres negras o mulatas que al parecer estaban prohibidas. Desde 1503 se autorizaba el casamiento de cristianos con indias.

En el Libro VI de la Recopilación de 1680, se consignaron numerosas disposiciones organizando a la familia indígena sobre el modelo de la familia española; castigaba a la poligamia en la Ley IV Título Primero del Libro citado que si se averiguase que algún indio, siendo ya cristiano, se había casado con otra mujer o una india con otro marido viviendo juntos los primeros fueran apartados y amonestados y se amonestados dos veces no se apartaban volviendo a cohabitar se les penaría.

Por otras leyes se obligaba a las mujeres a convivir con su marido y se establecía la filiación de indios declarándose que los hijos de las indias casadas debían tenerse por hijos del marido no admitiéndose probanza en contrario.

Conforme a las Leyes de Partidas, el padre desempeñaba una función preeminente en el seno de la familia española, pudiendo disponer en absoluto de sus hijos.

Finalmente en materia de sucesiones, fuera de complicadas reglas sobre la sucesión en encomiendas, mayorazgos y cacicazgos a diferencia del Derecho castellano, el Derecho indiano añade el muy informal testamento de indios con algunas medidas para proteger la libertad de testar contra presiones por parte del clero y reglas minuciosas para garantizar la debida administración de las sucesiones abiertas.

II.5 México Independiente

Al consumarse la independencia en septiembre de 1821 con la entrada del

ejército Triguarante a la Ciudad de México, estaba vigente en la Nueva España la Constitución de Cádiz de 1812, sin embargo no existía ningún ordenamiento civil que pudiera servirnos de antecedente a la reglamentación del concubinato y sus consecuencias jurídicas.

El Código Civil para el Distrito Federal y territorio de Baja California de 1870 fue el primer ordenamiento de Derecho privado que hubo en el país, el cual al referirse a los derechos de la familia en la segunda fracción de su artículo 242, señalaba al concubinato como una de las circunstancias que existían para configurar el adulterio del marido y poderse tomar como causal de divorcio, por lo que nos da la idea de que más bien se le combatía como institución constitutiva de la familia.

Respecto de la filiación de los hijos producto de esta relación el Código en estudio, les permitía usar el apellido del padre, la madre o ambos cuando estos así lo reconocieran, teniendo estos también derecho a los alimentos y a la porción hereditaria en caso de muerte de los progenitores.

Al lado de estos derechos se creaba el derecho de los padres a ejercer la patria potestad sobre los hijos reconocido, creándose de esta manera derechos y obligaciones para ambas partes; por lo anterior podemos darnos cuenta de que a pesar de no reglamentarse el concubinato si se reglamentaba el reconocimiento de los hijos producto de este, en virtud de que el derecho siempre a partido de las realidades auténticas de la sociedad y del hombre cubriendo la esfera jurídica de todos los individuos.

El ordenamiento que siguió fue el Código Civil para el Distrito Federal y territorio de Baja California de 1884, el cual produjo los artículos que contemplan las instituciones que nos interesan de Derecho familiar establecidas por el Código

Civil que le antecedió, cambiando únicamente la numeración de los artículos que las contemplan.

La Ley de Relaciones Familiares fue promulgada por el primer Jefe Constitucional al triunfo de la Revolución, Don Venustiano Carranza y que estuvo vigente hasta el primero de octubre de 1932, fecha en que entro en vigor el actual Código.

La Ley de Relaciones Familiares mejoró las instituciones de Derecho familiar, pues ya no consideró al matrimonio como contrato, dicha Ley establecía al igual que el Código Civil anterior las mismas disposiciones que regulaban las mismas instituciones familiares con la misma postura.

SEGUNDA PARTE

EL CONCUBINATO EN OTRAS LEGISLACIONES

SEGUNDA PARTE

EL CONCUBINATO EN OTRAS LEGISLACIONES

La mayoría de los países no se han preocupado por el reconocimiento legal de las uniones concubinarias de hecho, se las ignora en el texto positivo, posición con la que se ha creído desalentar al concubinato. En estos países solo se ha considerado al concubinato en las relaciones de los concubinos con sus hijos, permitiendo a estos últimos invocarlo como causal específica de filiación natural o, en otras situaciones como causal para pedir alimentos al padre ilegítimo, como sucede en las actuales legislaciones de Argentina y Chile.

A) ARGENTINA:

En Argentina no existe una reglamentación especializada en materia concubinaria, dejando prácticamente a la interpretación de los Tribunales la resolución de los problemas originados por esta situación; la razón que argumentan los distintos autores que abordan el problema de las uniones de hecho es que la realidad socio-cultural de su país no admite la gran proliferación de este tipo de uniones, basados en que la gran mayoría de ellas han sido formadas por concubinos que previamente han vivido en matrimonio legítimo sin haberse divorciado o regularizado su situación conyugal anterior; o por parejas que se han separado de hecho legalmente de su cónyuge y vuelto a unir extramatrimonialmente.

En el caso de matrimonios nulos contraídos por mala fe de los partes, son considerados concubinatos y los bienes de la pareja se liquidarán conforme a los

principios de la disolución de las sociedades de hecho, quedando sin efecto por lo tanto el contrato de matrimonio.

B) CHILE:

Por lo que toca a Chile, al igual que Argentina no tiene reglamentación especializada al respecto; pero ha tocado a la Jurisprudencia, además de la Doctrina ocuparse del concubinato y de los efectos que pudieran derivarse de ella en relación con las partes y con los hijos nacidos en estas condiciones, además de la relación con los terceros.

Las características del concubinato en este ordenamiento podría globalizarse de la siguiente manera:

- a) La ley desconoce el concubinato en sí mismo, pero le atribuye efectos jurídicos como título para dar alimentos en materia de filiación.
- b) El concubinato no produce en principio, efectos de carácter civil entre los concubinos; no hay ninguna obligación alimentaria entre ellos, no crea comunidad de bienes, ni determina derechos sucesorios; tampoco engendra los deberes de socorro, fidelidad y asistencia.
- c) Desde el punto de vista penal no es sancionado por la ley sino cuando la relación es adulterina.

El principio de igualdad entre los hijos matrimoniales y no matrimoniales no es privilegio exclusivo del Derecho socialista, ya que también lo han recogido otros países, muy en especial varios países de América latina, en la cual se puede

observar la existencia del concubinato como una forma de convivencia conyugal más o menos institucionalizada.

Estos últimos países con mayor intensidad han tratado de legislar el problema que significa el atender las consecuencias del concubinato, tal vez derivado de la existencia de vastas poblaciones, con crecido número de elementos indígenas y altos porcentajes de sectores rurales que viven en condiciones socioeconómicas inferiores con niveles educacionales sumamente bajos y una deficiente organización del estado civil.

C) BOLIVIA:

La Carta Magna de la República de Bolivia reconoce el matrimonio de hecho en las uniones concubinarias, con solo el transcurso de dos años en común, siempre que las partes tengan la capacidad legal de contraer enlace, tal circunstancia deberá ser verificada por todos los medios legales de prueba o por el nacimiento de algún hijo común; concluyendo que será el Estado mediante la aplicación de la Ley del Registro Civil quien perfeccionará estas uniones de hecho. Cabe hacer mención que el anteproyecto de Código Civil de Angel Osorio y Gallardo terminado aproximadamente en mil novecientos cincuenta establece que el concubinato debe legislarse de manera cuidadosa, porque podría caerse en el error de que sea esta figura instituida de forma más ventajosa que el propio matrimonio civil. "Hay que combatir enérgicamente las tendencias de aquellos hombres egoístas e irresponsables que buscan tan solo la procreación como un medio para saciar su lujuria".

D) GUATEMALA:

El Congreso de la República de Guatemala emitió el Estatuto de las Uniones de Hecho, el cual prescribe en su artículo primero que se reconoce legalmente las uniones de hecho de un hombre y de una mujer, con capacidad de contraer matrimonio y con el fin de vivir juntos, procrear, alimentar y educar a sus hijos y auxiliarse mutuamente, mantenida en forma pública y consecutiva por más de tres años, siempre que éstos hubiesen fundado hogar, que ambos se hayan tratado como tales ante sus familiares o relaciones sociales; continuando en este tenor, el artículo dos de los citados estatutos establecen que las uniones verificadas y mantenidas públicamente por los elementos de la raza indígena, celebradas de acuerdo a sus tradiciones, costumbres o ritos, se tienen como uniones de hecho y gozan de los derechos establecidos por esta ley, aun cuando hayan cumplido el tiempo previsto en el artículo anterior, pero es indispensable que esa unión de hecho se haga constatar en la forma prescrita en el artículo séptimo, o sea declarada judicialmente y que se inscriba en el Registro Civil jurisdiccional.

E) CUBA:

Por lo que se refiere a la República de Cuba, define el artículo 43 de su Constitución, al concubinato en los siguientes términos: "Los Tribunales determinarán los casos en que por razón de equidad, la unión de personas de capacidad legal para contraer matrimonio, será equiparada por su estabilidad y singularidad, al matrimonio civil.

Según podemos observar por el precepto anteriormente transcrito, que el concubinato es equiparado de manera absoluta al matrimonio civil; sin embargo,

deja al arbitrio de los tribunales decidir en base al principio de equidad para resolver en sentido afirmativo, condicionado a que las parejas que convivan previamente de forma estable y singular, estén en aptitud legal de contraer nupcias.

F) RUSIA:

Siguiendo la revisión de las legislaciones del régimen comunista del cual aún quedan algunos vestigios, nos encontramos que en la legislación de Rusia existe el Código del Matrimonio, la Familia y la Tutela, el cual hace en substancia una equiparación entre el matrimonio celebrado ante Juez del Registro Civil y la unión que por mutuo acuerdo se establece entre el hombre y al mujer que han llegado a la edad núbil, para originar un estado de vida más o menos permanente.

El artículo tres dice textualmente que "Las personas que vivan maritalmente de hecho, y cuyo matrimonio no esté registrado conforme al sistema establecido, tiene el derecho de formalizar en cualquier momento sus relaciones mediante el registro, indicando el plazo en que hubieren vivido en común" ; en este tenor es preciso hacer notar que para obtener el mencionado registro se requiere:

- a) Mutuo acuerdo
- b) Que se haya alcanzado la edad núbil
- c) La presentación de los documentos que acrediten la edad de los concubinos; es decir, un mínimo de dieciocho años tanto para hombre como para mujer.

Además se prohíbe el matrimonio entre personas que ya se encuentren unidas anteriormente en matrimonio, esté o no registrado, o bien cuando una de las partes haya sido declarada débil o enferma mentalmente y también cuando se proponga entre parientes en línea recta, ascendiente o descendiente, así como entre hermanos y hermanas de doble vínculo o de vínculo sencillo.

Como podemos ver, la legislación rusa hace una equiparación absoluta entre el matrimonio y el concubinato, siempre que éste último reúna las condiciones de cohabitación marital, se establezca una economía común entre las partes, publicidad o exteriorización de las relaciones maritales ante terceras personas y sustento marital recíproco o mutua educación de los hijos si los hubiere.

Propiamente el Código ruso de la familia distingue los dos tipos de uniones únicamente para efectos de registro, declarando expresamente que este solo constituye un medio de prueba indiscutible respecto a la existencia del matrimonio. Por lo tanto, en la unión marital de hecho simplemente tendrá que justificarse por los distintos medios de prueba que el derecho reconoce y que son los mencionados en el párrafo anterior. Es decir, que en la legislación rusa se atiende fundamentalmente a la voluntad de los que se unen maritalmente, exteriorizada por hechos evidentes, aún cuando no hayan ocurrido ante el Juez del Registro Civil para hacer constar en un acta su propósito de vida en común.

G) REPUBLICA POPULAR CHINA

Por lo que respecta a la República Popular China, el concubinato se presenta al lado del matrimonio en el sentido de que un varón puede tener al mismo tiempo una esposa legítima, conviviendo con una o varias concubinas. La calidad

jurídica y social de estas últimas es inferior a la de la esposa, aunque en las preferencias internas del hogar, existe un lugar o posición de privilegio en favor de una de ellas. Sin embargo, en dicho país por los problemas que implica la explosión demográfica, se han creado programas de erradicación del concubinato, señalando que es una forma indeseable de constituirse las familias; pero sigue existiendo sobre todo en los sujetos mayores, tradicionales y de poderío económico.

H) VIETNAM DEL SUR

Es interesante y novedosa la dirección que sigue la nueva Ley de Familia del Viet Nam del Sur en relación al concubinato; se reconoce expresamente su existencia, pero dicho reconocimiento legal tiene la finalidad de reprimir esta situación de hecho, dándolo por terminado prescribiendo que los individuos que viven en concubinato pueden ser obligados a:

- Separarse dentro de un plazo de dos meses; si la concubina queda desprovista de recursos, la ley le concede una indemnización por parte del varón.
- Contraer matrimonio. El matrimonio también es obligatorio si los concubinas tienen capacidad para contraerlo y ha habido hijos en la convivencia.

La sanción en caso de negativa de poner fin al concubinato o a contraer matrimonio llega a ser de carácter penal, imponiendo multas y prisión para los infractores. El Derecho Penal hace acto de presencia en la materia civil de este país, manifestándose por la represión hacia las uniones de hecho.

I) ETIOPIA:

Otra situación peculiar ocurre en el Código Civil de Etiopía de 1960, que reserva un capítulo al concubinato, los efectos que le atribuye son muy limitados, pero establece la responsabilidad solidaria del hombre por los contratos celebrados por su compañera para asegurar la alimentación de ésta y sus hijos, y en caso de ruptura de la unión por la voluntad del varón este puede ser condenado al pago de una indemnización equivalente a seis meses de alimentación y manutención.

J) ESTADOS UNIDOS DE NORTE AMERICA

En lo que respecta al Derecho anglosajón, en más de veinte estados de la Unión Americana, el matrimonio de Common Law se admite, es decir aquel que reconoce como único requisito para constituirlo el puro consentimiento. El consentimiento puede manifestarse de cualquier forma y una de las formas de manifestarse es la unión de hecho entre un hombre y una mujer. Se puede decir que el matrimonio de Common Law, se forma por el simple consentimiento de un hombre y de una mujer de tomarse como esposos. El modo de celebrarse se reduce en extremo. No hay necesidad del consentimiento de los padres, ni de la presencia de los testigos, ni de ninguna otra ceremonia.

K) FRANCIA:

Mención especial merece la legislación francesa y en especial la jurisprudencia emanada de los tribunales de ese país para la resolución de conflictos surgidos en el seno de la situación concubinaria. El ordenamiento jurídico en comento no

regula el concubinato de manera específica por lo cual los tribunales de esa nación han tenido que elaborar un conjunto de reglas para resolver la situación de la uniones de hecho, las que se refieren en dos aspectos fundamentales:

Las relaciones de los concubinas entre sí, y los problemas derivados de las donaciones, la indemnización en caso de abandono injustificado a la concubina, y la liquidación de los intereses pecuniarios al término de la vida en común.

- II Las relaciones de los concubinas con terceros, en situaciones en que estos pretendan invocar el concubinato en contra de uno de ellos, o bien en caso de que la mujer haga valer el concubinato como facultad para exigir indemnización en contra de uno de ellos por el fallecimiento de su pareja.

I Relaciones de los Concubinos entre sí.

A) Donaciones entre los concubinas.

Los tribunales franceses, para determinar la validez de este tipo de donaciones, se han orientado en el siguiente sentido:

- El concubinato en sí mismo, carece de valor jurídico y por tanto no constituye una incapacidad para disponer o para recibir.
- Han aplicado la teoría de los móviles (motivos o causas) para precisar el porque de las donaciones.

Han resuelto al respecto la nulidad de las donaciones cuya causa impulsiva y determinante ha sido el establecimiento de una remuneración o continuación de las relaciones no matrimoniales por considerarlas inmorales y en cambio, han estimado válidas aquellas fundadas en una idea de reparación y el deseo de asegurar las subsistencia de la compañera, después de la muerte del donante o de la ruptura del concubinato. Por otro lado, la jurisprudencia francesa ha hecho extensiva la doctrina de las obligaciones naturales a estas liberalidades argumentando que el concubino donante está cumpliendo voluntariamente con un deber moral y de conciencia, en otros términos está ejecutando una obligación natural preexistente.

B) Indemnización en caso de Abandono de la Concubina

Al igual que el anterior punto toma la base de la teoría de las obligaciones naturales y en numerosos fallos, se ha admitido la posibilidad del resarcimiento a la mujer en caso de abandono por parte del compañero.

Se ha estimado lícito que el concubino se obligue a pagar una indemnización bajo la forma de un capital o de una renta periódica; del mismo modo se ha resuelto que es válido el seguro de vida contraído en favor de la concubina.

Para algunos criterios autorizados, el fundamento y base de la indemnización no reside en la "Cesación del concubinato" o en "La circunstancia de haber quedado abandonado la mujer", sino en razón de la seducción de que fue víctima esta; se sostiene que el concubino responde de "su culpa".

C) Liquidación de Intereses Pecuniaria al Término del Concubinato. Los hechos de la vida llevan a los concubinos generalmente a mezclar sus intereses pecuniarios, y por lo tanto, al término de la convivencia será

necesario determinar la suerte de los bienes que se hubieren generado durante la unión de hecho.

En ausencia de un régimen matrimonial que regule esta situación la Jurisprudencia se ha dirigido hacia las leyes relativas a las sociedades, admitiendo, a veces la existencia de una asociación en participación, y más a menudo la de una sociedad de hecho. Por otra parte, se han dictado fallos en alusión al enriquecimiento sin causa, en el sentido de que el concubino que ha trabajado para la manutención y cuidado del otro, puede tener derecho a exigir alguna remuneración.

II Las Relaciones de los Concubinos con Terceros.

A) La situación de los terceros de buena fe

Los terceros pueden tener interés en invocar el concubinato para dirigirse en contra de los concubinos; normalmente los concubinos se hacen pasar frente a la sociedad como esposos. Los tribunales franceses han admitido la responsabilidad solidaria de estos por los actos que hubieren producido consecuencias dañosas, tomando en cuenta sobre todo de terceros de buena fe.

B) La situación de la concubina perjudicada por hechos de terceros

La situación de la mujer que hace valer el concubinato como título suficiente para facultarla contra terceros en caso de fallecimiento del concubino. Aquí se trata de determinar si la mujer podrá accionar la actividad del órgano jurisdiccional en contra de terceros responsables del fallecimiento del concubino. Hasta el año de 1967, la Jurisprudencia había aceptado la posibilidad sosteniendo que todo hecho del hombre que causare daño a otro fuere susceptible de reparación, sin

que fuera necesario entrar a discernir sobre la naturaleza del lazo que debiera unir, en caso de fallecimiento, a la víctima con aquel de las causahabientes que tuvieran derecho a indemnización.

Siguiendo esa orientación, normalmente se accedía a las demandas de las concubinas evitando que los terceros se exepcionaran alegando la ilegalidad o alegalidad del concubinato.

Actualmente, el criterio ha cambiado radicalmente por medio de una sentencia dictada por la Corte de Casación, que por primera vez rechazó la acción intentada por una concubina expresando que "la demandante de una indemnización delictual o cuasidelictual debió justificar no un daño cualquiera, sino que la lesión cierta de un interés legítimo, jurídicamente protegido".

La concubina carece de un "interés legítimo", al decir del criterio del Tribunal de Casación, ya que su situación por definición es ilegal o extralegal, toda vez que sin ser castigada o sancionada no es prevista en el cuerpo legal civil, por lo que no puede invocar un atentado de un hecho a su esfera jurídica. Podría agregarse que es la misma concubina la que se ha colocado en una situación alegal, puesto que la ley le ofrece la posibilidad de ser protegida jurídicamente y no estar en contra de las reglas fundamentales que gobiernan la organización de la familia.

Además, se exige una "lesión cierta", siendo este requisito "la certidumbre del daño" ha alejado todavía más las posibilidades de obtener de la concubina; en efecto, si ni siquiera tiene respecto del concubino un título de alimentos y aunque este último efectivamente la hubiere socorrido en su subsistencia como mujer, nadie podría garantizar o asegurar que si hubiere seguido viviendo la habría

continuado ayudando. Se concluye entonces, en que no habría un daño cierto que indemnizar.

Estas condiciones establecidas para la jurisprudencia, han determinado el rechazo uniforme y reiterado de las acciones intentadas por las concubinas en casos de accidentes mortales de sus compañeros, lo cual en nuestro particular punto de vista trae como consecuencias la posibilidad de comisión de injusticias para aquellas mujeres que han dedicado su vida a la tarea de atención y cuidado al compañero reflejado en actividades propias de una esposa.

TERCERA PARTE

***POSTURAS JURIDICO DOCTRINARIAS
CONTEMPORANEAS***

TERCERA PARTE

POSTURAS JURIDICO DOCTRINARIAS CONTEMPORANEAS

Los diferentes puntos de vista, así como las diversas ideas vertidas por los autores que se han dedicado al estudio del concubinato, son resultado del criterio moral de la sociedad de cada época que determina en forma definitiva, la regulación en el Derecho Positivo, el cual es justificado con argumentos de carácter ético. Con base en la moral, existen quienes ven en el concubinato una afrenta a las buenas costumbres y un ataque a la familia; en cambio otros señalan que lo inmoral es desconocer los derechos y obligaciones que se derivan de esa relación sexual. "La moral preside así hondamente el sentido del concubinato".¹¹

El rasgo más común y distintivo en las exposiciones de los intelectuales a tratar, es sin duda el criterio de considerar al concubinato como un hecho jurídico consistente en la unión de un hombre y una mujer sin atribución de legitimidad, o no reputada como matrimonio por la ley.

La presente investigación nos permitió consultar las diferentes corrientes jurídicas sobre el problema y estudio del concubinato, de las cuales solo citaremos las de mayor importancia, dado la influencia de éstas para la incipiente reglamentación en cuerpo legal de esta figura jurídica.

Cabe advertir antes de entrar en materia sobre el valor doctrinario de las exposiciones y puntos de vista manifestados por los autores contemplados, por

¹¹ CHAVEZ ASENCIO, Manuel. *La Familia en el Derecho, Relaciones Juridicas Conyugales*. 3ª edición. Editorial Porrúa, S.A., México 1995. Págs. 281 y 282.

lo que el presente capítulo será principalmente descriptivo y aclarativo en lo que sea estrictamente necesario.

Para llevar a cabo la presente exposición consideramos como parámetro idóneo seguir el estudio que hace el Profesor Rafael Rojina Villegas¹² mediante el cual resume que el Derecho puede asumir las siguientes actitudes en relación con el concubinato:

- a) Ignorar en lo absoluto las relaciones que nacen del concubinato, de tal manera que este permanezca al margen de la ley, tanto para no estatuir consecuencias jurídicas por virtud del mismo, cuando como para no sancionar ni en forma civil ni penalmente dicha unión, si no existe adulterio.¹³
- b) Regular exclusivamente las consecuencias del concubinato, pero sólo en relación con los hijos, sin preocuparse de consagrar derechos y obligaciones entre los concubinos.
- c) Prohibir el concubinato y sancionarlo, bien sea desde el punto de vista civil o penal, permitiendo incluso la separación por la fuerza de los concubinos.

¹² ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Derecho Civil Mexicano. Tomo II. Derecho de Familia. 8ª edición*, Editorial Porrúa. Pág. 254.

¹³ *El Padre Coloma menciona en su novela Boy: "en la vida del hombre solo dos mujeres tienen cabida: Su madre y la madre de sus hijos. Fuera de estos amores puros y santos son las demás peligrosas divagaciones o culpables desvarios". Nuestra civilización cristiana es una civilización moral: Pretende un orden moral y se niega a aceptar los hechos contrarios a ese orden, por numerosos o manifiestos que sean. La iglesia y, en pos de ella la sociedad cristiana, no acepta componenda con la inmoralidad; la inmoralidad es un enemigo que hay que combatir; y si a veces para evitar mayores males se resignan a tolerarla, se limitan a eso, a una simple tolerancia que consiste en ignorar todo el mal, sin pasar a reconocimiento legal que la facilita su existencia. Citado por el Profesor Ibarrola en su Tratado de Cosas y Sucesiones. Pág. 206.*

- d) Reconocer el concubinato y regularlo jurídicamente, para crear una unión de grado inferior a la matrimonial, concediendo derechos y obligaciones a las partes, principalmente la facultad otorgada a la concubina para exigir alimentos o heredar en la sucesión legítima¹⁴.

- e) Equiparar al concubinato que reúna ciertas condiciones con el matrimonio, para crear por virtud de la ley o de una decisión judicial, en cada caso, un tipo de unión que conseje entre los concubinos los mismos derechos y obligaciones que se conceden a los cónyuges.

En el actual estado de cosas podríamos afirmar sobre la primera postura que ya no es posible cuestionar si el concubinato debe o no reglamentarse; indudablemente esta posición implica una valoración de tipo moral, cuyo sentido es el de subestimar la situación concubinaria al no considerarla lo suficientemente importante para que trascienda al mundo del Derecho en razón de la necesidad jurídica que tiene el legislador de reglamentar el hecho generalizado en una colectividad. La reacción escéptica que provoca el concubinato por parte de los legisladores con tendencias moralistas se manifiesta en una propuesta de total indiferencia por parte del Derecho hacia el concubinato, solución que no tendría posibilidades de prosperar, dadas las condiciones que prevalecen en los núcleos poblacionales.

¹⁴ GARCIA CANTERO, Gabriel. *El Concubinato en el Derecho Civil Francés. Cuadernos del Instituto Jurídico Español. Madrid 1965. Pág. 65.* Nos cita al Maestro Landré quien expone con agudeza que el concubinato es a todas luces un error legal, porque constituye una falta para consigo mismo (egoísmo), para con la otra parte (pérdida de la honra) para con los hijos (pues es inherente para el individuo el derecho de venir al mundo y a ser educado en una familia) y para con la sociedad (el mal ejemplo); observa que el contrato de vivir en concubinato es ilícito por razón de su objeto, ya que atenta contra la moral y las buenas costumbres; a su juicio la actitud del legislador debe ser hostil y manifestarse en la simplificación de formalidades para contraer matrimonio y en la no posibilidad de legitimar a los hijos adulterinos.

I. PUNTO DE VISTA MORAL RELIGIOSO EN CONTRA DE RECONOCER EFECTOS JURIDICOS AL CONCUBINATO

Uno de los doctrinarios más agudos en el análisis de esta cuestión es el Padre Zalba¹⁵, quien de principio admite que la moral difícilmente da una solución generalizada y satisfactoria al problema del concubinato, por lo cual estima que debe considerarse cada caso concreto en particular.

Establece que mientras el estuprador debe reparar todos los daños a la ofendida o a su familia, los adúlteros, fornicadores y, en consecuencia los concubinos también, no quedan obligados entre sí, a no ser que deban cumplir el pacto bajo el cual cometieron la fornicación y el adulterio, pero quedan obligados solidariamente a resarcir los perjuicios que de su pecado deriven para otros, de tal suerte que no habiendo descendencia, los concubinos moralmente no quedan obligados a nada. Considera que los concubinos quedan moralmente obligados a cumplir el pacto bajo el cual cometieron la fornicación o adulterio, tal es el caso del hombre que induce en concubinato a una mujer bajo la promesa de conceder un empleo mejor remunerado en su empresa o sufragar en futuro sus necesidades económicas.

Concluye el citado autor, que si de la unión concubinaria han nacido hijos, sus padres quedan obligados inmediatamente al respecto de ellos a alimentarlos y educarlos, obligación que es de Derecho natural. Si se trata de un concubinato adulterino, cuidarán de no lesionar los derechos de los hijos legítimos.

Los teóricos y los juristas católicos, cuyo denominador común es el escépticismo, el rechazo y hasta el repudio total para el concubinato, no parecen omitir

¹⁵ Referido por el Maestro Gabriel García Cantero. Obra citada. Págs. 10, 11 y 12.

tipificarlo como una subespecie del pecado, lo que inevitablemente provoca un enjuiciamiento de tipo moral y así resulta que el concubinato no es objeto de una consideración parcial, unitaria y total, sino que se alude al mismo en diversos lugares como pecado contra la castidad, contra la justicia o como forma de injuria.

El concubinato es concebido como una circunstancia agravante de la simple relación sexual pasajera o fornicación de la que solo difiere por ser ésta accidental, además puede adoptar la forma de adulterio, sacrilegio o incesto en el caso de que alguno de los concubinos esté unido por vínculo matrimonial, ligado por voto o unido por parentesco, respectivamente.

La fornicación está gravemente prohibida por el Derecho Canónico y, por ser intrínsecamente negativa, va también en contra del Derecho natural, así pues, el concubinato es estimado como una variante accidental y agravante de la simple fornicación, por lo que tanto se le condena de manera general como un equivalente al acto ilícito, al decir de los juristas católicos.¹⁶

¹⁶ MAGAÑÓN IBARRA, Jorge Mario. *Instituciones de Derecho Civil. Tomo III Derecho de Familia*, 1ª edición, Editorial Porrúa, México 1988. Pág. 343. "El Derecho Canónico ha tratado el problema del concubinato de una forma radicalmente severa; llegando a establecer la incapacidad de los concubinos de hacerse liberalidades entre sí y dejar los bienes a los hijos habidos de su unión. Además, el Código de Derecho Canónico anterior al vigente (el cual fue promulgado por Juan Pablo II el 25 de enero de 1983, para entrar en vigor el 27 de noviembre del mismo año y el anterior fue promulgado por Benedicto XV el 27 de mayo de 1917 y entró en vigor el 19 de mayo de 1918) consagró cánones dedicados a definir los delitos y las penas, los cuales valoran de modo diverso, según sean cometidos por laicos o por clérigos calificando como delitos contra las buenas costumbres el concubinato; señalando el canon 2357 que: "se caracteriza por la continuidad o habitualidad, (que no es necesario que se concrete en una verdadera y propia cohabitación) de las relaciones sexuales del hombre y la mujer"; imitando - en cierto modo - que para esa conducta entendida como delictuosa, es necesario que sea público y como tal, fuente de escándalo, en razón de las circunstancias de que dicha conducta se produzca. El Código Eclesiástico vigente, prescribe en el canon 1395 la pena de suspensión para el clérigo concubinario; advirtiéndose que si este persiste en esa conducta después de la amonestación puede llegar a ser expulsado del estado clerical".

El concubinato que no es público no constituye delito canónico, pero habiendo escándalo trae como consecuencia la imposición de penas por parte de los Tribunales Eclesiásticos, tal es el caso de la exclusión de los actos legítimos eclesiásticos, como no poder administrar los bienes de la iglesia, comparecer como testigo o padrino en algún acto a celebrarse ante Dios, sanciones menos rigurosas que las previstas en el Concilio de Trento relativa a la excomunión de los concubinos posterior a las tres admoniciones¹⁷.

Jombart¹⁸ considera al concubinato como el comercio carnal prolongado intencionalmente entre las mismas personas en virtud de una convención respecto de sus relaciones habituales; es decir, una especie de contrafigura del matrimonio que resulta de la convención generalmente tácita de ambos cómplices para estar uno a disposición del otro en determinados momentos. Insiste en la nota de estabilidad y duración de las relaciones, pues el

¹⁷ CHAVEZ ASENCIO, Manuel. Obra citada. Pág. 288 " En el actual Derecho Canónico el Canon 277, 1 dice: Están obligados a guardar continencia perfecta y perpetua por el reino de los cielos; este es el sentido del celibato, don especial de Dios, que los une con corazón indiviso, más fácilmente a Cristo y los hace dedicarse más libremente al servicio de Dios y de los hombres.

La continencia, aceptada por virtud propia exige prudencia en todo lo que pueda ponerlo en peligro, en trato con las personas, así como evitar escándalo de los fieles (Canon 277, 2). El Obispo Diosesano es quien podría dar las normas concretas así como enjuiciar los casos particulares (Canon 277, 3).

En el capítulo IV, se trata de las sanciones de la Iglesia. El Canon 1394, 1 sanciona al clérigo que ostente matrimonio aunque sea civilmente, incurre en suspensión automática, y si amonestado no se corrige puede ser privado de alguno de sus derechos o se le dimite de su estado clerical. Semejantes sanciones hay para el religioso de votos perpetuos. El Canon 1395, 1 trata de los casos de los clérigos concubinatorios o de los que den escándalo externo contra el mandamiento, cuyas sanciones gradualmente pueden llegar hasta la dimisión clerical.

También dentro del Derecho Canónico se hace referencia al concubinato en relación a los impedimentos y que en el Canon 1093 se contiene el impedimento de pública honestidad que nace del matrimonio inválido, después de establecida la vida común, o del concubinato público o notorio; y dirime el matrimonio en primer grado de línea recta entre uno de los dos y los consanguíneos del otro.

¹⁸ Referido por el Maestro Gabriel García Cantero. Obra citada. Págs. 13 y 14.

concubinato no está constituido por un número reducido de actos, sin embargo no exige la vida común en domicilio propio.

Finalmente advierte que la excomunión difícilmente hace volver al buen camino a los concubinos, debido a su ignorancia religiosa y débil fe; las actuales sanciones solo evitan el escándalo y tal vez con su aplicación se corre el riesgo de empujarlos a la reincidencia.

Otros autores de la misma corriente opinan que no es necesario el pacto previo de los concubinos, así por ejemplo Ciprotti dice que en el Derecho Canónico puede definirse al concubinato como la unión carnal habitual entre dos personas de sexo diverso que no están unidas entre sí por un matrimonio válido; es indiferente que los dos vivan juntos o no, que uno o ambos estén casados, o que entre los mismos subsista o no un matrimonio inválido, o que hayan contraído matrimonio civil o si están obligados a la observancia de la forma canónica.

II. PUNTO DE VISTA EN FAVOR DE RECONOCER EFECTOS JURIDICOS AL CONCUBINATO

El punto de vista radicalmente opuesto al de la moral católica que presupone la consideración jurídica del concubinato como una institución similar al matrimonio, por ser al igual que éste la génesis y fundamento natural de la familia es el que han desarrollado algunos notables juristas.

Es quizás, esta circunstancia el factor determinante que ha llevado a diversos autores a concluir que el concubinato no debe pasar desapercibido para el

Derecho, porque adoptar tal actitud sería tanto como negar la existencia de consecuencias jurídicas reales en contra y detrimento de intereses particulares ajenos a las causas de origen.

Las divergencias entre los conceptos vertidos por los intelectuales abocados al problema de analizar la naturaleza jurídica del concubinato, conducen a justificar el porque debe incluirse en los preceptos legales esta situación, cuyo principal óbise ha sido el juicio moral de su existencia con respecto a las buenas costumbres y la moral aceptada por la sociedad en general.

II.1 DOCTRINARIOS EN FRANCIA

A principios de siglo, en Francia, varios autores empezaron a desarrollar la idea de que la costumbre de los habitantes a constituir sus familias por uniones sin ningún tipo de sanción legal o religiosa (circunstancia esta última intrascendente jurídicamente hablando) tendería a desplazar la práctica de la institución matrimonial induciéndola a la sola celebración de un contrato privado, carente de toda formalidad y la solemnidad; sin embargo, ante ésta falta de celebración de un contrato para explicar la unión libre, regular, pública y permanente entre un hombre y una mujer que viven maritalmente sin contravenir la ley justifica la existencia del concubinato.

Fue en este país donde encontró su sede el "Comité de Reforma del Matrimonio" compuesto por un grupo de ardientes defensores de la unión libre que exige para "la familia ilegítima" todas las libertades y privilegios que se conceden a la familia legítima a condición de que cada una de las partes participe en la correlativa responsabilidad. La ideología que emanaba de dicho Comité era un confuso

conglomerado de ideas cuyo denominador común era la libertad en todos sentidos.¹⁹

Al parecer estas teorías tuvieron influencia en la creación y promulgación de la Ley francesa del 16 de noviembre de 1912, la cual introdujo por primera vez en el Código Civil francés la noción de concubinato.

El artículo 340 en su primera redacción se limitaba a establecer la prohibición de la investigación de la paternidad fuera del caso de raptó; después de la nueva redacción dada por la Ley de 1912, la paternidad fuera de matrimonio puede ser declarada entre otros casos por aquellos en que el pretendido padre y la madre hayan habitado en estado de concubinato notorio durante el período legal de la concepción. La acción intentada puede desestimarse si concurre alguna de las excepciones siguientes:

- a) Notoria mala conducta de la madre.
- b) Comercio carnal de la madre con otros individuos.
- c) Imposibilidad física de ser el padre del hijo concebido.
- d) No paternidad demostrada mediante prueba de análisis de sangre.
- e) Carácter adulterino o incestuoso de la filiación.

¹⁹ Referido por el Maestro Gabriel García Cantero. Obra citada. Pág. 62.

Es importante tomar en cuenta el hecho de que por primera vez se recogió dentro de la legislación civil (en Francia) una alusión clara y terminante del "estado de concubinato notorio", de la cual deriva la posición de considerarla como un estado análogo al de casado, ya que el precepto aludido cita una presunción de paternidad similar a la del matrimonio, aunque le faltó al legislador determinar el contenido substancial y jurídico de tal expresión. Por lo tanto, hay que admitir que la Ley de 1912 ha servido como apoyo y sustento de la doctrina actual que propugna por el reconocimiento de efectos jurídicos al concubinato.

Así destacan algunas posiciones en pro del concubinato, las cuales tratan de justificar su reglamentación mediante la exposición de su naturaleza jurídica, unos como contrato cuyo objeto es lícito y del cual derivan obligaciones legales, otros consideran la necesidad de reconocer legalmente una forma intermedia de unión jurídica entre el matrimonio del Código Civil y el concubinato que para ellos debe ser carente de efectos jurídicos. Este enfoque hace suponer la necesidad de una reglamentación legislativa del concubinato.²⁰

Guinard²¹ tras un minucioso estudio de la jurisprudencia francesa, llega a la conclusión de que numerosas sentencias tienden a hacer de la unión concubinaria una institución al margen del matrimonio, algo semejante a un

²⁰ Menciona el Maestro Gabriel García Cantero en su obra citada, página 63 que Barral establece que el concubinato es un estado del hombre y de la mujer que viven juntos maritalmente sin que las formalidades del matrimonio hayan legalizado su unión, no vacilando en afirmar la existencia de la "posesión de estado de concubinato" y sostiene que un concubinato digno de ese nombre será aquel que más se aproxime a la imagen del matrimonio legal, fundado al igual que éste en el afecto recíproco, íntima asociación y en los deberes de asistencia y fidelidad que de dicha institución derivan. Beucher llega a la conclusión de que partiendo de "la amante", la concubina se a convertido en "la esposa de hecho". Laskine-Dubrigcaud audazmente asignan al concubinato en el Derecho francés la naturaleza de Cuasi-Contrato, configurándolo como un matrimonio de facto que convive junto al matrimonio de iure.

²¹ Referido por el Maestro Gabriel García Cantero. Obra citada. Pág. 65.

"matrimonio inferior", pero juzga tal intento muy desfavorablemente, ya que se trata de una materia de orden público cuya regulación debe reservarse al legislador; a su juicio el reconocimiento jurídico del concubinato desconoce la voluntad de los propios concubinos y hasta puede decirse que va en contra de sus propios intereses; es innegable el perjuicio de los hijos de las uniones legítimas al ser equiparados a los ilegítimos, también se daña el interés del Estado ya que éste tipo de uniones son menos fecundas que las legales; en suma, se ataca a la unión matrimonial porque con dicho reconocimiento se fomenta entre las masas la idea de "un matrimonio de segundo grado".

Paul Esmein²² se ocupó del tema manteniendo puntos de vista más agudos que los expuestos por otros autores contemporáneos y hasta soluciones parcialmente opuestas y divergentes; entiende por concubinato la unión de un hombre y una mujer que viven de hecho como cónyuges sin estar casados.

Advierte sobre la necesidad de reglamentar los efectos económicos del concubinato, en cuanto a los bienes que fueron adquiridos por la pareja sin admitir que constituya una comunidad susceptible de división, asimilándola a una sociedad de hecho como ha pensado la jurisprudencia francesa, pero sí reconociendo un derecho de indemnización para la concubina cuando fuese abandonada de manera injustificada. Al referirse a los bienes adquiridos en común, considera que deben ser divisibles, bien sea por la equiparación a una sociedad de hecho o por la teoría del enriquecimiento ilícito.

Profundiza en el estudio de la jurisprudencia de su país, exponiendo que las decisiones de los tribunales generalmente protegen a terceros de buena fe que contratan con los concubinos, lo cual no favorece al concubinato; observa que

²² Referido por el Maestro Rafael Rojina Villes. Obra citada. Pág. 365.

en una mayor proporción de estas uniones la mujer desea la celebración del matrimonio y por ello se muestra partidario de que los tribunales concedan una indemnización en favor de la concubina para el caso de abandono, fundamentándose en la existencia de un deber moral por parte del varón.

Al abordar el problema de la indemnización en favor de la concubina, se funda que para tal efecto ha de existir un interés jurídicamente tutelado y que tales uniones no constituyen títulos lícitos frente a terceros; en caso de abandono injustificado por parte del amante a la concubina, la jurisprudencia generalmente otorga ese derecho a la misma ya que interpreta que aquel rehúsa cumplir una obligación.

Argumenta que no es acertada la solución de negar la existencia de derechos y obligaciones en la relación concubinaria, además de que no es posible pensar en una separación forzosa de los concubinos por parte de la autoridad pública; en consecuencia, propugna por una reglamentación jurisprudencial de la misma, aunque sin trasladar a esta situación todas las reglas del matrimonio para no confundir o tratar de aproximarse a la institución matrimonial en lo tocante a la formalidad y solemnidad de este último por una unión meramente consensual.

El citado autor niega el derecho que pueda llegar a tener la concubina frente a terceros que puedan ser inducidos al error bajo la apariencia de un matrimonio legítimo.

Al analizar la jurisprudencia de su país llega a la conclusión de que la misma no hace del concubinato una causa de caducidad de aquellos derechos cuyas condiciones se han cumplido, verbigracia el derecho de dar y recibir a título gratuito; solo admite tal cosa cuando descubre un elemento de inmoralidad como

es el caso del precio por el inicio o continuación del concubinato lo que le da un sentido de prostitución.

Parece sostener en su exposición la licitud de las relaciones sexuales extramatrimoniales basadas exclusivamente en el amor recíproco y no en tolerar ésta únicamente en el amor matrimonial ni en el interés económico, algo que reprocha de la doctrina católica; deduce de esta corriente que el acto sexual mismo es inmoral y la Iglesia Católica ha visto en él un acto impuro no solo fuera del matrimonio sino a un dentro del mismo; esto es lo que en pura lógica conduce a castigar el concubinato.

Josserand²³ define al concubinato como un matrimonio aparente al que solo le falta para llegar a tener plena realidad jurídica la celebración ante la autoridad correspondiente.

Pone de relieve la contradicción que significa el movimiento en favor del reconocimiento jurídico del concubinato, pues en éste tipo de unión por naturaleza no hay escritos ni ninguna organización; es una situación de hecho que se presenta a los jueces sin pretensiones jurídicas e incluso sin voluntad jurídica.

Los concubinos han querido vincularse para conservar su voluntad de acción y ponerle fin cuando les plazca a su comunidad de vida, la cual cesará del mismo modo que ha comenzado e incluso más fácilmente por la mera voluntad de uno solo de los interesados, por continua y prolongada que sea la cohabitación la informalidad es su esencia pues ha sido elegida constantemente por las partes y en general por la sociedad.

²³ Referido por el Maestro Gabriel García Cantero. Obra citada. Págs. 66 y 67.

Analizando la naturaleza jurídica del vínculo que une a los concubinos observa que no se trata de un matrimonio putativo, que el reconocerle carácter jurídico a tal unión sería por que se le reconoce a las partes el carácter de contratantes cuando las mismas han querido legalmente permanecer como terceros o extraños entre sí.

En resumen, Josserand concluye que sí el legislador opta por el surgimiento de efectos legales numerosos e importantes del concubinato cometería el error de desconocer la voluntad de las partes cuyo interés jurídico está en juego. Los efectos jurídicos del concubinato deben reducirse a un mínimo estricto representado por la salvaguarda de los derechos de terceros, pues no debe desconocerse que al presentarse tales uniones bajo la apariencia de matrimonio induce a error al público.

Savatie²⁴ observa que a cada progreso del divorcio se atenúan las diferencias entre el concubinato y el matrimonio, por lo que para él la unión libre es la ausencia de matrimonio en la pareja humana, aunque dicha definición esté condicionada a la indisolubilidad de la institución matrimonial en la legislación familiar. A medida que el vínculo matrimonial se hace más frágil puede decirse que cambia de naturaleza y cuando llega a la libre repudiación unilateral ya no hay matrimonio en sentido usual y jurídico de la palabra, sino algo diferente, lo que en el lenguaje elevado se le denomina concubinato.

Savatie descubre la implícita paradoja que existe en la concepción del concubinato como unión basada únicamente en el amor. En ella cada una de las partes lógicamente pretende conservar su libertad sin vincularse a ningún deber, no existe fidelidad, obediencia o asistencia obligatoria recíproca, todo esto se

²⁴ Referido por el Maestro Gabriel García Cantero. Obra citada. Págs. 68 y 69.

otorga por amor y solo debe durar mientras éste dure, dicha unión del hombre y la mujer es una libertad quimérica y solo la interdependencia es ley de la naturaleza. Sin embargo, argumenta que la experiencia prueba la utopía de tal concepción, en realidad el concubinato es la negación de la libertad, una cadena tanto más fuerte cuando no ha sido querida sino que ha sido impuesta a las partes.

Concluye que es en esta peculiaridad donde se encuentra todo el problema jurídico y todo el drama social del concubinato.

Nast²⁵ dibuja un panorama sombrío y pesimista para el futuro del matrimonio legal. Paulatinamente el concubinato ha ganado terreno a la institución matrimonial, sobre todo en las costumbres al observar que la nupcialidad a disminuido, los escépticos al matrimonio son más numerosos y quienes pueden vivir ascetas prefieren la unión de hecho que a la unión legal y esto se refleja en la legislación, en la cual el matrimonio moderno ya no es el de tiempos pasados, su acceso es más fácil, la estabilidad de antes es solo un recuerdo del pasado aunado a la influencia de cierto feminismo individualista e igualitario, la comunidad que crea entre los cónyuges esta a punto de desaparecer.

Afirma que la comunidad de vida surgida del matrimonio a muerto con la reglamentación legal del concubinato; para su particular punto de vista los concubinos se encuentran en una situación análoga a la de los cónyuges, porque pueden llevar el mismo apellido, tener la misma nacionalidad, obligación de cohabitar, fidelidad, asistencia y designar al compañero como jefe de familia.

²⁵ Referido por el Maestro Gabriel Garcia Cantero. Obra citada. Págs. 69, 70 y 71.

Expone que si el legislador llega a establecer la separación de bienes como régimen matrimonial, la disolución legal de los intereses patrimoniales complementaría la de los intereses personales y morales de los cónyuges; al igual que la sociedad de personas que originaba el matrimonio de 1804, desaparecería la sociedad de bienes que engendra.

Nast plantea en una hipótesis las ventajas que aporta el concubinato sobre la institución matrimonial al exponer que en caso que el legislador establezca la separación de bienes en el matrimonio las dos figuras se parecerían de modo singular, de tal forma que el nuevo matrimonio estaría copiado de la unión libre y esta a la vez sería de hecho el doble del matrimonio:

- 1.- En su formación, porque ya ninguno de los impedimentos legales se opondría para la constitución del matrimonio y sobre todo porque los ciudadanos no estarían obligados a esa ceremonia de la celebración ante oficial de registro civil.
- 2.- En cuanto a su disolución, porque los concubinos podrían separarse o repudiarse sin estar obligados a seguir un procedimiento lento y costoso, cuyo inconveniente sería mostrar sus problemas internos a la curiosidad de jueces, abogados y público habitual de las audiencias.
- 3.- Por último, el concubinato ofrecería otras ventajas, pues la jurisprudencia al admitir entre los concubinos la existencia de una sociedad universal o particular de bienes, permite que se origine el fenómeno de la unión personal concubinaria, la cual crea una sociedad de bienes de tal suerte que tales uniones serían más sólidas que el matrimonio.

Marcel Planiol y Georges Ripert establecen que el concubinato es un mero hecho; no es un contrato; carece de normas determinadas, y no produce efectos jurídicos; se haya totalmente fuera del Derecho, todo lo que puede decirse de él, es que presenta carácter lícito salvo que constituya un adulterio o el rapto de un menor; ni esta penado el incesto. Quien vive en estado de concubinato, puede ponerle fin según su voluntad, sin que la otra persona con quien viva en ese estado, pueda invocar esa ruptura como fuente de daños y perjuicios.

Ante la convivencia los concubinos pueden tener deberes como los esposos; toda unión de un hombre y una mujer engendra obligaciones, porque pueden dar nacimiento a un hijo y fundar de hecho una familia. La diferencia es que los esposos reconocen estas obligaciones y se comprometen a cumplirlas mientras que los concubinos, no se comprometen a ello, reservándose la posibilidad de substraerse a las mismas. Lo que hace que el concubinato sea ilícito, no es una simple omisión; la ausencia de las formas iniciales, sino el hecho de que gracias a esta irregularidad, los concubinos conservan su libertad, privando al poder social de todo medio de obligarlos. "La sociedad tiene un supremo interés en la duración de las uniones que crean familias."²⁶

II.2 DOCTRINARIOS EN MEXICO

En nuestro país existen numerosos autores que han tratado de explicar y definir la figura concubinaria, sin ponerse de acuerdo sobre su naturaleza y de allí partir para proponer un argumento sólido sobre la conveniencia de reglamentar dichas relaciones. No obstante lo anterior, la mayoría de ellos parten de lo establecido

²⁶ PLANIOL, Marcel y RIPERT, George. *Tratado de Derecho Civil, Vol. 8, Biblioteca Clásicos del Derecho. 1ª edición, Editorial Harla, México, 1997. Págs. 115 y 116.*

en el ordenamiento común y emiten sus puntos de vista sobre la situación jurídica creada sobre este tipo de uniones.

Así pues, la Maestra Sara Montero Duhalt critica al Código Civil en el sentido de que no se ocupa de las relaciones sexuales fuera del matrimonio exceptuando aquellos casos en que por circunstancias particulares se configura el concubinato. Afirmo la citada autora que siempre ha existido la infidelidad matrimonial, es decir la creación de dos familias simultáneas por un solo varón; dichas uniones sexuales fuera de matrimonio cuando el hombre tiene lazos conyugales con otra mujer tiene varias denominaciones tales como concubinaje, barraganería, amasiato, queridato, contubernio, arreglo, lío entre otros.

Asimismo define al concubinato como "la unión sexual de un solo hombre y una sola mujer que no tienen impedimento para casarse y que viven como si fueran marido y mujer en forma constante y permanente por un período mínimo de cinco años. Este plazo puede ser menor si han procreado".²⁷

Por otra parte, el Maestro Ignacio Galindo Garfias nos menciona que el actual Código Civil ha reconocido efectos de derecho emanados de la situación concubinaria, atribuyendo ciertos derechos de carácter económico a los concubinos, regulando también de forma similar al matrimonio la investigación de paternidad.

Así pues, para dicho autor la cohabitación entre hombre y mujer (si ambos son solteros), y la vida común más o menos prolongada y permanente, son un hecho lícito que produce consecuencias jurídicas.

²⁷ MONTERO DUAHLT, Sara. *Obra citada*. Pág. 165.

Hace especial incapié en la idea de que no son jurídicamente concubinatos las uniones transitorias entre dos individuos de sexo opuesto, es decir, que el Derecho solo reconoce ciertos efectos a la vida en común permanente que de hecho, sin formalidad alguna, tiene lugar entre un hombre y mujer, pero también debe tomarse en cuenta que ambos integrantes de la relación deben estar libres de matrimonio previo, incluyendo la posibilidad de que estén en aptitud de contraer nupcias civiles, presuponiendo con ello entre otras cosas que sean célibes.

Sin embargo, aunque no se cumplan los cinco años que como rigor exige la ley para considerar ciertas relaciones como concubinarias, puede ser menor dicho plazo siempre y cuando la pareja procrea hijos comunes.

En esta misma tendencia de darle mayor importancia a las relaciones sexuales se manifiestan los profesores Magaña Ibarra y Chávez Asencio. El primero define al concubinato como la convivencia sexual entre un hombre y mujer, con aspectos de permanencia y todas las características que puedan ser equiparadas a la unión matrimonial; mientras que para el segundo es la unión sexual de hombre y mujer que viven en privado y públicamente como si fueran cónyuges (sin serlo), libres de matrimonio y sin impedimento para contraerlo que tienen una temporalidad mínima de cinco años o tienen hijos.²⁸

El Profesor Chávez Asencio realiza un extenso análisis esquemático sobre la relación concubinaria, argumentando que su criterio no corresponde en modo alguno a posturas subjetivas que deben tenerse frente a este problema sino que dicha clasificación se apega en base a nuestra legislación positiva, independientemente de la intensidad de los concubinos.

²⁸ CHAVEZ ASENCIO, Manuel. *Obra citada*. Pág. 315.

Considera al concubinato como un hecho ilícito que impide la armonía entre los sujetos de la relación jurídica, debido a que es una conducta no permitida moral ni legalmente; en este sentido la conducta es antijurídica porque ataca los principios de orden público, a las buenas costumbres y principios generales de derecho.

El hecho de que se mencione a la concubina y al concubinario en el Código Civil y en otras leyes de la legislación positiva mexicana y se prevean algunos efectos, no significa que se legalice, o bien que esa unión concubinaria se transforme en lícita.

Estima que no puede equipararse al concubinato con el matrimonio, por lo tanto tampoco debe regularse al concubinato de un modo paralelo o semejante al matrimonio, de tal forma que hubiere en nuestro Derecho dos formas de vida o unión sexual, la una mediante el matrimonio y la segunda por concubinato, siendo esta última como matrimonio de segundo orden, el matrimonio es único y excluye por su propia naturaleza cualquier otra unión hombre y mujer que pretendiera asemejarse al matrimonio. La única unión sexual válida, legítima y moral entre un hombre y una mujer es el matrimonio, y quedan excluidas las otras no obstante se presenten como hechos que no se puedan desconocer.

Señala que la diferencia entre ambas figuras no solo se concreta al aspecto de formalidad y solemnidad, sino en los compromisos de fidelidad que se deben los cónyuges entre sí, ambos en relación con los hijos, y con la sociedad para constituir una comunidad de vida conyugal, permanente e indisoluble en el caso del matrimonio religioso, que haga posible el cumplimiento de los fines de la unión o vínculo conyugal y que son: El amor conyugal, la promoción integral de la pareja y la procreación responsable. La unión pasajera aún cuando tenga la duración exigida por nuestras leyes para que se considere como concubinato,

no da la seguridad y las posibilidades de realización plena de los fines del matrimonio. Pero por otra parte, no puede desconocerse la existencia del concubinato no solo en clases menos favorecidas sino también en las de mejor posición económica, quienes, muchas veces, por moda pretenden encontrar en esta unión una mayor libertad y realización.

A su vez, estima que no pueden desconocerse los efectos que de esa unión se generan, efectos que se refieren a los concubinarios, a los hijos y a los terceros, algunos de los cuales, en un esfuerzo de interpretación se pueden lograr, no obstante la ausencia de su reglamentación en nuestra legislación, no puede haber una reglamentación de una relación habida entre concubinarios pues no es una institución; los derechos y obligaciones hacen referencia solo a las personas.

Asimismo, hace especial énfasis en la necesidad de establecer el derecho de la mujer a los alimentos, pero no como un derecho originado del concubinato, sino como un derecho innato que tiene toda mujer, y que se origina desde el embarazo y comprende la maternidad. Es decir, toda mujer por quedar embarazada tiene derecho a la seguridad social y a la obtención y protección legal, que comprende lo relativo a los alimentos, lo cual se aprecia con toda claridad en la maternidad.

En este mismo sentido establece el Maestro Chávez Asencio que el embarazo ya le implica serias limitaciones para el trabajo. En la sociedad actual se evita tener mujeres trabajadoras por problemas del embarazo; y las que son empleadas se procurará despedirlas injustificadamente con motivo del embarazo; asegura que se prefieren las solteras que las casadas, lo cual también impide o dificulta a las madres conseguir trabajo, razón por la cual estima el citado

tratadista la necesidad de establecer una obligación alimentaria con cargo al hombre que le hubiere embarazado.

Admite con ello que podrían generarse abusos y provocar situaciones de escándalo en perjuicio de familias aparentemente estables, pero que a su criterio considera más injusto y dañino el que queden sin protección las mujeres embarazadas y las madres abandonadas, cuando en nuestro ambiente social sabemos que el hombre es irresponsable y no acepta cumplir sus obligaciones derivadas de sus propios actos. No solo es por razón de justicia respecto de la mujer sino el bien del país para dotar de bienes y posibilidades de educación, así como de promoción a tantas familias sin padre. El hombre debe responder de sus actos; si no lo hace la sociedad tiene que exigirselo.

Concluye que debe seguir considerándosele al concubinato como una situación de facto es decir como un hecho jurídico contrario a las buenas costumbres pero debe ampararse a las personas que se vean involucradas en esta situación, de tal forma que los efectos puedan ser exigibles como obligaciones civiles, al aceptarse y reglamentarse en nuestra legislación los derechos familiares que son innatos de toda persona y que comprenden los derechos familiares de las personas y sociales de la familia. Sin necesidad de hacer referencia al concubinato o al matrimonio, pueden protegerse mediante una declaración general de derechos familiares. Es decir, se debe proteger a las personas y no crear instituciones. Las instituciones son para las personas. No debe reglamentarse el concubinato como institución, debe protegerse a la mujer que sea madre.

Al revisar la obra del Profesor Antonio de Ibarrola a través de sus tratados sobre "Derecho de Familia" y "Cosas y Sucesiones", afirma que reglamentar no

significa aprobar y en este sentido previene que el Estado deberá reglamentar en provecho del orden público las consecuencias que se derivan de prácticas viciosas (concubinarias) y que se reflejan de manera importante en el estado de las personas.²⁹ En este punto previene que el Derecho deberá ser profundamente prudente en sus apreciaciones y ejemplifica el caso de una mujer que ha vivido toda la vida en concubinato con un hombre, pero además le ha servido, lo ha soportado, ha hecho las funciones de enfermera, lo ha atendido y mil otras cosas. Evidentemente que es acreedora a una retribución justa por los trabajos prestados. "Se nota aquí empero su caracter de derecho laboral no el de concubina".³⁰

CONCUBINATO, NO ES INCOMPATIBLE CON EL CONTRATO DE TRABAJO

Si una junta de conciliación y arbitraje no se concreta a precisar si una persona que reclama salarios devengados como doméstica, había justificado, o no, haber prestado servicios como tal doméstica al demandado, y si estos servicios le habían sido remunerados justa y proporcionalmente al tiempo que dice haberlos prestado, sino que toma en cuenta otras consideraciones que, según expresa, determinaron el ánimo de los miembros de la misma junta, a la estimación de que los servicios prestados por la interesada, se originaron en relaciones de concubinato en que esta había vivido con el patrono demandado, deduciendo de esta apreciación que tales servicios no obligan a remuneración alguna por parte de quienes los habían recibido y por otra parte, el recibo que por una cantidad pagada se exhibió en el juicio arbitral, como prueba, por la parte demandada, no fue analizado por la junta, en cuanto pudiera beneficiar o perjudicar a quien lo presentó, y en él se dice

²⁹ *MAGAYON IBARRA, Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil. Tomo III Derecho de Familia. 1ª edición, Editorial Porrúa, México 1988. Pág. 148. "Resulta obvio que lamentablemente se esta confundiendo la formula de vida que venimos exponiendo (concubinato), en el cual no existe impedimento para contraer matrimonio con alguna otra que resulta ajena a esta materia. Si los emperadores en Roma la reconocieron, fue con vistas a que quienes vivían en esa condición se casaran y fundaran su familia con las bases éticas que otorga la institución matrimonial. Por tanto no podemos aceptar que el reconocimiento o reglamentación del concubinato -como afirma Antonio de Ibarrola- tenga el propósito de salvaguardar los derechos de la esposa. Es claro que en el concubinato no existe la esposa.*

³⁰ *DE IBARROLA, Antonio. Cosas y Sucesiones. 8ª edición, Editorial Porrúa, México 1992. Pág. 941.*

que la actora recibió esa cantidad en concepto de sueldos devengados por ella y que se le pagaban por servicios personales, al no tomar en cuenta tal documento se violaron los 550 y 551 de la Ley Federal del Trabajo, ya que dejó de hacerse el análisis correspondiente de una prueba y el laudo resulta incongruente con la demandada; pues si a este juicio de la Junta la reclamación formulada no hubiera sido propiamente de la competencia de aquella, por no tratarse propiamente de un contrato de trabajo, debió declararse incompetente y no absolver al demandado, incurriendo la Junta en su laudo en contradicciones, si por una parte sostiene su competencia para conocer del juicio de que se trata, y por otra funda la absolución del demandado, en la estimación de que la actora hacía vida marital con aquel, y por tanto, no tiene personalidad como trabajadora, al tenor del artículo tercero de la Ley Federal del Trabajo. Además, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en caso semejante ha sostenido que las Juntas de Conciliación y Arbitraje gozan de soberanía para la estimación de hechos referentes al trabajo y, por consiguiente, no la tiene para definir cuestiones civiles relativas a las relaciones de carácter sexual, entre las partes que ante aquellas contendian ni, por tanto, para fundar en la estimación de que dichas relaciones hagan, las decisiones de los conflictos de trabajo, por los cual, aunque sea notorio que el hecho de que un patrono viva en amasiato con una obrera, esto pues aun suponiendo cierta la existencia del concubinato, esto no excluye, lógicamente ni jurídicamente, que la amante haya podido tener, además el carácter de empleada, y si se admitiera que, por razón de la vida marital ilícita, se extinguen los derechos de los trabajadores, se daría nacimiento al absurdo de que le bastaría al patrono seducir a su empleada, para quedar exento de las obligaciones que le impone el artículo 123 constitucional, por otra parte, la excepción basada en el amasiato, existente entre el patrono y su empleada, podrá, si acaso, autorizar a la Junta respectiva a declararse incompetente, pero no a dirimir el conflicto absolviendo al patrono.

Avilés Antonia. Pág. 1114

Tomo XLVII, 23 De Enero De 1936.

Instancia Cuarta Sala Fuente: Seminario Judicial de la Federación. 5ª Epoca. Tomo XLVII. Página 1114. Clave: Tesis:.

TRABAJO, INEXISTENCIA DE LA, RELACION CONTRACTUAL DE (CONCUBINATO)

Si el amasio después de varios años de concubinato, propiedad de su amasia, termina sus relaciones eróticas y demanda la indemnización constitucional, más salarios devengados y prestaciones derivadas, por despido, no podrá estimarse existente la relación contractual de trabajo, con la sola

comprobación de los servicios prestados y estar, al presentarse la demanda fuera de la granja, porque tales servicios prestados bien pudieron no tener por causa un contrato de trabajo, sino una colaboración del mismo género de la marital, prestado por el compañero de vida para hacer producir el negocio en el que ambos cifran su bienestar. Así pues, la prueba de relación contractual de trabajo debió corresponder al amasío y no solo demostrarse por la prestación de servicios, sino en términos del artículo 17 de la Ley Federal del Trabajo, comprobando que los servicios se prestaron bajo la dirección y dependencia del propietario del negocio y por una retribución convenida de antemano.

Amparo directo en materia de trabajo 76/50. Margarita Fernández Sierra. 17 de octubre de 1951. Unanimidad de cuatro votos.

Instancia: Cuarta Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación 5ª Época. Tomo CX. Página 511. Clave: Tesis:.

En su particular criterio considera que la reglamentación del concubinato tiene muchas veces por objeto proteger a la esposa cuyo derecho es preciso salvaguardar. "Se salva lo que se puede y la esposa también lo hace"³¹. De ahí que muchas normas jurídicas que nos asombran pero que se explican si se encuentra que el adulterio del marido, en diversas sociedades antiguas, estuvo tan profundamente enraizado en las costumbres que la misma esposa ya no se ofendía por él. "Y notemos que la cúpula del marido con mujer pública es igualmente adulterio".

Para el Maestro De Ibarrola solo hay un matrimonio, el sacramento, matrimonio monógamo indisoluble; todo lo que ocurre fuera de este matrimonio son relaciones ilícitas, es por ello que considera que el adulterio y el concubinaje son producto de un mismo germen.

³¹ DE IBARROLA, Antonio. *Cosas y Sucesiones*. Pág. 942.

Sin embargo admite que el matrimonio deja de ser la única forma de unión conforme a la moral, añadiéndose un concubinato "honorable" y que se ve en él un matrimonio de hecho que viene a ser fuente de derechos (alimentos y sucesorios); a este respecto critica el argumento aludido en la exposición de motivos ya que conforme a ésta se trata de un estado no prohibido por la ley. "La razón es ridícula, en tal caso podría echarse mano de ella para establecer la herencia del amigo, del compañero de estudios, del profesor que no solo no representan estados prohibidos por la ley sino puestos altamente incombibles".³²

En este estado de cosas estima que el Código Civil comete un grave error al reglamentar el concubinato; únicamente considera conveniente esta institución en cuanto a que la misma protege los matrimonios en conciencia, es decir aquellos celebrados conforme a la religión que profesa la pareja (sobre todo la mujer) a pesar de que hayan descuidado contraer nupcias ante el Estado. "Desde hace mucho tiempo periodistas y publicistas protestan contra la marcada infamia con que se señala al concubinato tanto por el Derecho como por las costumbres. Desearían la regulación de las costumbres. Defienden a las concubinas "honestas".³³ Sin embargo considera que es benéfico en cierto punto la reglamentación del concubinato porque en principio puede salvaguardar a una persona unida en matrimonio legítimo o en conciencia que no hubiere cuidado de contraer matrimonio civil; pero en tal caso esa persona no merece realmente el apelativo odioso y denigrante de concubina.

Nuestro Código Civil antes de la reforma (Diario Oficial de la Federación, 27 de

³² DE IBARROLA, Antonio. *Cosas y Sucesiones*. Pág. 942.

³³ DE IBARROLA, Antonio. *Derecho de Familia*. 5ª edición, Editorial Porrúa, México 1989. Pág. 250.

diciembre de 1983) al conceder derechos de heredar ab-intestato a la concubina, tiende a acentuar ese notable dejo de inferioridad que por desgracia aqueja a aquellos sectores de nuestro pueblo.

Afirma el citado Maestro que ciertamente "el pueblo mexicano en un alto porcentaje vive por desgracia ajeno a los altos ideales patrios; pero no creemos que sea el remedio el conceder derechos hereditarios a la concubina, como lo sería el proteger legalmente la brujería solo porque un determinado sector de nuestro pueblo cree en ella. Creemos que debe elevarse el ideal espiritual y moral del pueblo enseñándole lo que es el verdadero matrimonio el lugar que los hijos deben ocupar para bien de la patria y de una familia fuerte y poderosa cristiana y legítima y no atentar nunca protegiéndolas de estados contrarios al derecho que socaban la futura grandeza de nuestro país". Considera además que el régimen de libre testamentación deja en aptitud a una persona para disponer de sus bienes en la forma que le agrada, lo que quiere decir que también por ese motivo puede el Código excusarse de incluir en su texto preceptos tan desagradables y que pueden algún día volverse para perjudicar a la familia legítima, germen de nuestro futuro.³⁴

Al revisar la obra del Maestro Gutiérrez y González se puede deducir que el sentido de su criterio es en favor de una reglamentación más completa de las relaciones concubinarias; es decir, que estas no permanezcan al margen del ordenamiento jurídico, porque existen verdaderos intereses que deben ser tutelados por el Derecho y no olvidados por este en razón de confusiones derivadas de otras situaciones como es el caso del amasiato y que mucho han incidido en el ánimo del juzgador mexicano o a través de la historia.

³⁴ DE IBARROLA, Antonio. *Cosas y Sucesiones*. Pág. 943.

Asimismo, relata que fue hasta 1928 que el legislador se atrevió a reglamentar sobre el concubinato y que fue duramente criticado por la sociedad neorevolucionaria de aquella época por cuestiones meramente moralistas, cuyo principal argumento era el de que se estaba equiparando a la concubina (equivocadamente identificada con la amante o adúltera) con la esposa legítima; es decir, que se trataba de un ataque directo contra la institución matrimonial.

En este sentido el entonces Presidente Plutarco Elías Calles, solicitó la opinión del Maestro Francisco H. Ruíz, representante en aquella época de la Comisión redactora del Código -según comenta el profesor Gutiérrez y González- siendo esto lo que expresó "La pareja está libre de matrimonio, entre sí, y respecto de terceras personas. Son dos personas solteras que viven como marido y mujer. En el segundo caso, una, o ambas personas cada una tienen celebradas nupcias con una tercera persona ajena a la pareja, y en este caso no hay concubinato sino amasiato".³⁵ Desde aquel entonces era evidente el hecho de que una gran mayoría de parejas de sexo opuesto en nuestra sociedad formen sus hogares sobre la base del concubinato, viviendo prolongados períodos de forma ininterrumpida, engendran hijos y se ostentan públicamente como esposos sin serlo.

El citado tratadista, al hablar de las personas que heredan por sucesión legítima, legal, intestada o testamentaria, plantea una cuestión relacionada con el tema "¿Una pareja que contrae nupcias eclesiásticas sin contraer nupcias civiles, estará casada?, de acuerdo con la ley que vale, la ley civil, indudablemente que no ¿Pero entre ellos qué se consideran? pues marido y mujer. Pero ¿Ante la

³⁵ GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. *Derecho Sucesorio. Intervivos y Mortis Causa*, 1ª edición. Editorial Porrúa, México 1995. Pág. 243.

sociedad qué son? ¿Amantes? No, no son amantes, sino concubinos ¿Y qué situación de esa pareja no es igualmente respetable que la de los que se casaron por la ley civil? Sin duda alguna que sí.³⁶

Debe destacarse dice el profesor Guitrón Fuentevilla que si el concubino es casado y tiene además de la esposa a otra u otras señoras, no se dará la hipótesis jurídica del concubinato porque es casado y no soltero.³⁷

Asimismo define al amasiato como "una unión de hecho fundada en la relación sexual, y que no produce consecuencias jurídicas" y continúa a este respecto diciendo que "se da entre una persona casada y una soltera que tienen relaciones sexuales con otras distintas a su cónyuge. Este es otro grave problema de la sociedad mexicana ya que constituye la "casa chica" del mexicano -que a veces no lo es tanto-, además de ser adulterio y que lesiona a la familia concretamente a la esposa, a los hijos, a los parientes y a la sociedad en general"³⁸.

Advierte que debe hacerse especial mención del amasiato o adulterio, el cual frecuentemente es confundido con el concubinato y que no produce ningún efecto jurídico, a pesar de que la segunda, tercera y cuarta "esposa" se sientan con algún derecho a heredar en vida o muerte del amante; más bien; si se ejerciera alguna acción jurídica sería penal y en contra del supuesto "concubino".

³⁶ GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. *Derecho Sucesorio Intervivos y Mortis Causa*. 1ª edición, Editorial Porrúa, México 1995. Pág. 242.

³⁷ GUITRON FUENTEVILLA, Julián. *¿Que es el Derecho Familiar?. Promociones Jurídicas y Culturales*. 3ª edición, México 1987. Pág. 22.

³⁸ GUITRON FUENTEVILLA, Julián. *Obra citada*. Pág. 22.

Afirma que los problemas mencionados encuentran una solución en el Derecho de Familia, al determinar la naturaleza y los efectos jurídicos que debe producir el concubinato, sea como estado jurídico o previos los estudios del caso equiparándolo al matrimonio.³⁹

Pero todavía argumenta respecto de esta cuestión al hablar de nuestra sociedad que "los conceptos relativos a unión libre, concubinato, amasiato y en general los calificativos dados a las uniones que se manejan como sinónimos lo cual es desconocer la ley y las instituciones del Derecho Familiar. La realidad es la ausencia de regulación protectora de las familias originadas del concubinato".⁴⁰

Conforme a lo mencionado concluye que "el concubinato como institución del Derecho Familiar, no goza de una 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 y las partes, sería conveniente legislar en esta materia, con objeto de proteger a los menores y darles los derechos y obligaciones que pertenecen a un hijo de matrimonio; debido a que en el concubinato existe la voluntad permanente de hacer vida común, existe respeto, fidelidad y todos los derechos del matrimonio".⁴¹

³⁹ GUITRON FUENTEVILLA, Julián. *Obra Citada*. Págs. 22 y 23.

⁴⁰ GUITRON FUENTEVILLA, Julián. *Obra citada*. Pág. 81.

⁴¹ GUITRON FUENTEVILLA, Julián. *Obra citada*. Págs. 83 y 84.

CUARTA PARTE

TEORIA JURIDICA Y REALIDAD SOCIAL DEL CONCUBINATO

CUARTA PARTE

TEORIA JURIDICA Y REALIDAD SOCIAL DEL CONCUBINATO

I. ACLARACION DE LA TERMINOLOGIA EMPLEADA

Entre los autores especializados en el tema que nos ocupa, no existe un criterio uniforme en la terminología para señalar y profundizar sobre el estudio de la figura materia de este trabajo.

Sin embargo, no resulta extraño que por analogía con el matrimonio, en la doctrina se utilicen vocablos íntimamente relacionados con esta institución, dicha circunstancia representa la ventaja de evocar instantáneamente conceptos bien definidos que sirven como puntos de referencia para el estudio de las relaciones concubinarias. Así pues, se habla de matrimonio de hecho, matrimonio aparente, matrimonio de segunda categoría; o bien, con menor frecuencia pero en sentido equivalente se emplean las expresiones familia fuera de matrimonio e imitación de matrimonio.

No obstante lo anterior, las denominaciones que se disputan la supremacía y que en la mayoría de las veces son utilizadas indistintamente por los autores, son las voces de unión libre y concubinato⁴².

La expresión unión libre se caracteriza por la ausencia de toda formalidad, envolviendo en sí misma una íntima contradicción, pues podría hablarse también

⁴² *DICCIONARIO ENCICLOPEDICO, Larousse, Tomo II. Pág. 583, Ediciones Larousse 1994, 1ª Edición. Concubinato. n.f. Estado de un hombre y una mujer no casados que conviven maritalmente (sinónimo, unión libre).*

de unión libremente disuelta⁴³. Este tipo de expresiones perifrásticas, no son muy recomendables para emplearse con fines de estudio debido a su imprecisión, ya que reflejan la realidad de una forma imprecisa; así pues el profesor Gutiérrez y González al hacer referencia a la relación concubinaria, señala que es la mal llamada "unión libre".

En este estudio se utiliza con preferencia el término castellano concubinato, cuyo significado es inequívoco en nuestro idioma y que además tiene en su favor el origen romano, derivado del vocablo latín **concubinatus** al cual consideraban éstos como un tipo de unión de orden inferior más duradera y que se distinguía así de las relaciones pasajeras consideradas ilícitas⁴⁴.

Las personas que se encuentran en una situación concubinaria se designan según la ley mexicana, concretamente artículo 1635 del Código Civil Federal, bajo las denominaciones concubina para la mujer y concubinario para el varón; aunque algunos autores con mayor frecuencia se refieren a la casi esposa o a la ama de casa para designar a la concubina y, en general emplean las expresiones compañía para hablar de unión libre, término sugestivo que no ha logrado generalizar en el lenguaje jurídico.

Consideramos que el punto de vista expuesto a este respecto por la Maestra Montero Duhalt es el más adecuado, toda vez que propone que los términos debieran cambiarse o igualarse; es decir, referirse a ambos como concubinos o

⁴³ GARCIA CANTERO, Gabriel, obra citada. Pág. 632 "...cierto que los interesados pueden querer efectivamente libremente a su arbitrio cuando les plazca, pero tal voluntad en modo alguno puede tener relevancia jurídica y por ello no puede ser tenida en cuenta por el derecho, ni siquiera para efectos de terminología, a menos que resulten afectados intereses ajenos..."

⁴⁴ EUGENE PETIT. *Tratado Elemental de Derecho Romano*, Editorial Saturnino Calleja, S.A., Madrid, pág. 110.

concubinarios, argumentando que la terminación "ario" en las figuras jurídicas da la idea de acreedor, de titular del derecho, así tenemos: arrendatario, depositario, comodatario, etc. Agrega además que "si el Código Civil vigente a igualado la condición jurídica de ambos miembros de la pareja, unida por matrimonio o concubinato, deben también cambiarse los términos relativos. Los casados son cónyuges. Los no casados serán ambos concubinos"⁴⁵

A este respecto, cabe abrir un paréntesis a fin de exponer que para nuestra investigación encontramos una gran gama de nombres para designar al concubinato, tales como barraganería, queridato, contubernio, arreglo, lío, amasiato⁴⁶, entre otros; a nuestro entender, suponemos que la confusión es debido a la ignorancia, así como a los prejuicios de tipo moral que han rodeado a esta figura jurídica ya que todas y cada una de las voces mencionadas tienen un significado especial y definido en nuestra lengua, aunque algunas de ellas sean de un contexto más amplio en su contenido.

⁴⁵ MONTERO DUHALT, Sara. *Derecho de Familia*. 4ª Edición, Editorial Porrúa, Av. Rep. Argentina, 15, México, 1990, pág. 164.

⁴⁶ GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. *El Patrimonio. El Pecuniario y el Moral o Derechos de la Personalidad y Derecho Sucesorio*. 3ª Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1993. Págs. 650 y 651. Establece que "Una cosa es el concubinato y otra el amasiato. En el primero, la pareja está libre de matrimonio, entre sí y respecto de terceras personas. Son dos personas solteras que viven como marido y mujer. En el segundo caso, una o ambas personas tienen celebradas nupcias con una tercera persona ajena a la pareja, y en este caso no hay concubinato sino amasiato.

II. EL CONCUBINATO Y LOS CONCEPTOS JURIDICOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO EN MATERIA FAMILIAR.

A) RELACION JURIDICA

Las relaciones de vida social reconocidas por el Derecho objetivo se llaman relaciones jurídicas. El Derecho eleva las relaciones de la vida a relaciones jurídicas proveyéndolas de eficacia, transforma y plasma estas relaciones humanas en relaciones jurídicamente vinculantes, dándoles importancia jurídica y convirtiéndolas en productoras de efectos jurídicos predeterminados y legítimos.

Para el Derecho en general la relación jurídica es un elemento complejo que "se constituye por un enlace o articulación de los supuestos y objetos de derecho, unidos por un nexo específico del ordenamiento jurídico que denominamos: la cúpula del ser. De esto resulta que la relación jurídica detenta todas las características de los elementos y conceptos que la integran, ..." ⁴⁷

También es considerado como un elemento de la obligación, por lo cual el sujeto activo tiene la potestad de exigir y el elemento pasivo de cumplir con su deber y este nexo obligacional está condicionado a una relación jurídica entre ambos sujetos.

En particular para el Derecho de familia, "las relaciones son aquellas vinculaciones de conducta que se establecen debido al parentesco, matrimonio, concubinato, divorcio, patria potestad o tutela. Generalmente se señala como

⁴⁷ *ROGINA VILLEGAS, Rafael. Obra citada, pág. 113.*

fuente de las relaciones familiares, exclusivamente el parentesco y el matrimonio. Nosotros consideramos necesario mencionar el divorcio, el concubinato y la patria potestad o la tutela..."⁴⁸. De estas fuentes señaladas trataremos únicamente al concubinato y a las posibles relaciones que de él derivan, entendiendo que la legislación no regula directamente al concubinato, sino a través de otros supuestos jurídicos ajenos a la relación concubinaria. Sólo algunas de las consecuencias de la unión concubinaria han sido objeto de regulación normativa, pero a partir de otros supuestos jurídicos.

Siendo el concubinato una figura no reglamentada por el Derecho positivo, sino proveída únicamente de efectos para ciertos y muy contados casos; no podemos afirmar tajantemente que la relación entre los concubinos sea inexistente para el ordenamiento común, máximo aún cuando dichos efectos se entienden análogos a la institución matrimonial; ello implica que no podemos tampoco afirmar la existencia normativa del concubinato porque no es de manera integral. Pero ello implica a la vez la previsión de efectos jurídicos emanados de las relaciones entre los concubinos.

El análisis de la vida social nos muestra el elemento material del concubinato y de las relaciones jurídicas que deben derivarse del mismo, pero en su turno el ordenamiento jurídico federal no proporciona el elemento formal que dio calificación a las relaciones sociales o de hecho. Para lograr su trascendencia al mundo de lo normativo, el legislador se ha valido de otros supuestos para así encauzar legalmente sólo algunas de las relaciones de la unión concubinaria con su dosis respectiva de consecuencias jurídicas, olvidando, entre otras, las económicas relativas a los bienes de la familia concubinaria y las de administración de los mismos.

⁴⁸ *ROGINA VILLEGAS, Rafael. obra citada, pág. 114.*

La voluntad del legislador plasmada en ley no reconoce en su totalidad el cúmulo de relaciones de reglamentación necesaria para el concubinato, situación que lo coloca en un plano de desequilibrio jurídico a pesar del gran número de uniones concubinarias existentes, que deben tener tratamiento normativo especial, permitiendo a la familia que así se origina y se funda, un mejor desarrollo económico, político y social, acorde con sus necesidades y las del mundo actual.

B) SUPUESTO JURIDICO

Aunque el legislador no defina en el texto jurídico positivo la figura jurídica concubinaria, si señala los requisitos que deberán reunir los concubinos para ser sujetos de derecho en materia familiar, es decir la forma en que generaran efectos jurídicos dichas uniones.

Efectivamente, las disposiciones que mencionan el concubinato no tienen como finalidad técnica reglamentar en especial las consecuencias de derecho derivadas de tales uniones, sino que son producto de la reglamentación de otros supuestos jurídicos.

La situación de que el Derecho no contemple una normatividad jurídica integral destinada a reglamentar las uniones concubinarias, no es suficiente para estimar la inexistencia de una hipótesis normativa, de cuyo cumplimiento se produzcan consecuencias de derecho como es el caso concreto del concubinato en nuestra legislación.

Dentro del Libro Segundo, Título Cuarto, Capítulo VI del Código Civil Federal, referente a la sucesión de los concubinos, artículo 1635 del Código Civil, se establece que:

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

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

La analogía con la institución matrimonial deriva precisamente de la redacción del propio precepto al establecer la aplicación de las disposiciones relacionadas con la sucesión de los cónyuges al caso de la herencia de los concubinos, pero no exclusivamente en este caso deriva dicha analogía sino de otros supuestos que abordan el tema.

Respecto a la denominación de las partes que intervienen en esta relación nos reservamos las observaciones ya expuestas anteriormente cuando hicimos la referencia a la terminología empleada en el presente trabajo de investigación.

La aclaración de la reciprocidad es relativamente nueva conforme a la reforma del año 1983 y tiene como finalidad el establecer una igualdad de derechos para los concubinos, otorgando al varón los mismos derechos sucesorios que anteriormente sólo se concedían a la mujer.

En atención a las relaciones que guardan mayor similitud con el matrimonio, el hecho de que se contemplen cinco años de convivencia regular estable e ininterrumpida previos a la muerte de uno de ellos, lo consideramos excesivo y discriminatorio en contra de los concubinos en relación de los cónyuges, pues

entre éstos, sí al día siguiente de que se consuma legalmente la unión matrimonial fallece alguno de los miembros de la pareja, el otro automáticamente heredará los bienes, derechos y obligaciones de los cuales el otro era titular, mientras que en el caso de los concubinos, tendrá que transcurrir el referido plazo, para que opere la transmisión hereditaria entre los concubinos. Sin embargo y, en descargo de la ley, en la mayoría de los casos en que se presenta esta situación concubinaría es incierto el momento en que se da inicio a dichas relaciones, así como también el momento en que verdaderamente han concluído.

Además el precepto citado plantea dos circunstancias alternativas para que el miembro superviviente de la relación concubinaría se encuentre en aptitud legal de exigir sus derechos sucesorios con respecto a la herencia del otro. La condición de que nazcan hijos comunes dentro del seno de la propia relación puede prestarse a confusión, toda vez que no se precisa que tal acontecimiento se presente en una relación duradera o estable, sino que dicha condición se plantea como excluyente de los cinco años de convivencia similar al matrimonio (característicos de la permanencia y continuidad) para el caso de que uno de los dos fallezca. Con ello podría entenderse que las relaciones ocasionales que tuviera como resultado el nacimiento de un hijo (pues no están exentas de ello) tendrían derecho a reclamar la sucesión.

Asimismo, queda hacer la mención de que dicho precepto hace referencia al vocablo hijos en plural, significando con ello que si los concubinos procrearon en común un sólo hijo no tiene el derecho el superviviente a solicitar ante las autoridades correspondientes la herencia del otro.

A este respecto, consideramos al igual que la doctrina generalizada para esta situación que al momento de fallecer uno de los dos individuos componentes de

la relación sin que se cumplieran los cinco años de convivencia cuasi matrimonial, pero si procreando cuando menos un hijo, por el dato de la estabilidad y continuidad debe considerársele como concubinato para los efectos jurídicos correspondientes y, en el caso concreto de este artículo, con facultad por parte del superviviente para exigir los derechos sucesorios que se plantean.

Por otra parte, creemos oportuna la aclaración que hace el legislador en la parte final del primer párrafo del artículo en comento al decir "libres de matrimonio", para que con ello se entienda el punto medular del porque se considera al concubinato como una situación jurídica no prohibida por la ley, debido a que no se contrapone en nada a la normatividad constitutiva y orgánica de la institución matrimonial. Sin embargo, cabe hacer el comentario que desde la época de los romanos se consideraba al concubinato como una unión de orden inferior entre dos individuos de sexo opuesto en edad núbil y libres de matrimonio; por lo que se sobreentiende como presupuesto del concubinato y como elemento implícito propio de la definición esta aclaración.

Continuando con este orden de ideas, consideramos paradójico el hecho de que se pretendan tutelar las uniones que mayor similitud con el matrimonio tienen y que a la vez se catalogue como concubinato a más de una relación que tenga una persona determinada, porque el concubinato que subsista al lado de otro concubinato no podrá ser contemplado por el Derecho debido a que esta circunstancia no se asemeja a la del matrimonio que es la unión sexual monogámica por excelencia reglamentada por ley.

Precisamente lo preceptuado en el segundo y último párrafo del artículo que estamos analizando, nos permite afirmar que se pretende salvaguardar los derechos de las parejas monogámicas y las familias originadas así; sin embargo, de la interpretación de dicho párrafo se desprende que una persona puede tener

más de una relación concubinaria a la vez, (situación que no es posible en el caso del matrimonio) y que en tal situación la única "sanción" posible dentro del propio precepto es el no poder participar de los derechos derivados de la sucesión legítima, amén de la cuestión alimentaria prevista en otro precepto.

Finalmente considero necesario citar la crítica expuesta por el Profesor Gutiérrez y González a este respecto, al afirmar que, resulta absurdo e injusto que si al morir uno de los concubinos dejando a más de una persona sola, ninguna de ellas heredará.

El citado Profesor considera injusta esta situación, argumentando que "conociendo el medio mexicano, se sabe y de sobra, que no es la mujer la que va a tener varios concubinos sino que es precisamente dada la libertad al hombre y el machismo del mismo el que puede y de hecho hay muchos casos, en que tiene más de una concubina. Y esa concubina se le entrega y le da hijos o hijas, por amor, por verdadero amor, y trabaja con él y para él muchas veces a efecto de que ese señor haga un patrimonio pecuniario que le permita vivir con comodidad, y por regla general esa concubina, la número uno y la número dos y ulteriores, ignoran la existencia de otras mujeres en la vida de su concubino, pues por regla general han sido engañadas sobre la vida que lleva su concubino"⁴⁹

C) SUJETOS DE DERECHO

En lenguaje común el vocablo persona se entiende como un individuo de la

⁴⁹ GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. *Derecho Sucesorio Intervivos y Mortis Causa*, 1ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1990, pág. 245.

especie humana, en cambio jurídicamente son aquellos seres o entes que se encuentran en aptitud de ser titulares de derechos y obligaciones.

"Jurídicamente persona significa todo ser o ente sujeto de derechos y obligaciones, con ello se alude tanto a los humanos, como a las personas morales, precisamente las primeras como seres y las segundas como entes. Ambas son sujetos de derechos y obligaciones; es decir que son los sujetos de las relaciones jurídicas de las cuales dependen en su actuar en la esfera del Derecho de la actuación de los supuestos jurídicos debido a que son sujetos de derechos activos y pasivos."⁵⁰

En el Derecho familiar son considerados esencialmente sujetos de derechos los parientes, los cónyuges y las personas que ejerzan la patria potestad o la tutela. "En este sentido también debe aceptarse que los concubinos son sujetos de Derecho, debido a que nuestra propia legislación común positiva, reconoce ciertas consecuencias jurídicas al concubinato, tanto para las propias partes como en relación con los hijos habidos en el mismo".⁵¹

Por lo tanto los concubinos y sus hijos son sujetos del Derecho familiar en razón de la capacidad jurídica que como personas detentan y por el estado existente en relación con el parentesco natural o el reconocimiento de hijos, así como por la situación similar al matrimonio que guardan como vínculo concubinario prescrito por la ley.

⁵⁰ DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo. *Derecho Civil. Parte General, Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez*, 5ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1996, pág. 131.

⁵¹ ROGINA VILLEGAS, Rafael. *Derecho Civil Mexicano Tomo II*. 4ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1999, pág. 67.

Más adelante profundizaremos un poco en esta cuestión, sin embargo, bástenos decir que esta situación de la capacidad es delineada perfectamente por la Ley en el caso del matrimonio, lo que por analogía debe aplicarse al concubinato; es decir la capacidad de los concubinos para el establecimiento de relaciones sexuales soportada por la edad núbil considerada por la ley.

De manera genérica puede decirse que no cabe el concubinato entre personas del mismo sexo y que tampoco podrán reconocerse entre personas que en razón de su edad o falta de libertad están protegidas penalmente (supuesto de violación, rapto, estupro, adulterio, menores, etc.).

La situación de existencia por del delito de incesto impide que pueda existir el concubinato en estas circunstancias porque además de ir en contra de la moral y las buenas costumbres va contra la ley, por lo que concluimos que el incesto excluye cualquier posibilidad de existencia del concubinato.

III. NATURALEZA JURIDICA

Debemos destacar que se han hecho enormes esfuerzos por definir la naturaleza jurídica del concubinato, sin que para ello exista hasta el momento resultados satisfactorios; no es extraño que se presente esta cuestión, si el propio estudio científico del Derecho no ha podido unificar criterios en lo relativo a la institución matrimonial; "la dificultad de encontrar un concepto unitario del matrimonio y expresar su definición es enorme. Estrictamente, es del todo imposible hayar la definición única o concepto totalitario del matrimonio, válido para todas las épocas y lugares. Precisamente porque el matrimonio es tan variado como la cultura en que se da y, porque los criterios doctrinales y legislativos ponen el

acento en los diversos aspectos de esta figura.⁵²

Sin lugar a dudas, uno de los problemas más complicados para la doctrina del Derecho en materia común, ha sido el determinar la naturaleza jurídica del concubinato; a lo largo de los tiempos, el enfoque moral de cada una de las sociedades, así como las costumbres que imperan en la conducta de sus habitantes, han fijado una directriz convencional para reglamentar las relaciones íntimas entre dos individuos de sexo diferente que no han contraído matrimonio y que se encuentran en aptitud de hacerlo.⁵³

Como ya se dijo, la ausencia de una definición legal de lo que por concubinato deba entenderse y la falta de una conceptualización por parte de la jurisprudencia, hace difícil ofrecer una definición universalmente aceptada. Los Tribunales declaran la existencia de una situación concubinaria para tal o cual caso concreto que se les presentan, pero no suelen definir de manera general lo que significa tal situación.

CONCUBINATO, PRUEBA DEL.

El concubinato es una unión libre de mayor o menor duración pero del que no puede obtenerse un conocimiento cierto y verídico en un instante y menos cuando no se penetra al interior de la morada de los concubinos, para cerciorarse de la presencia de objetos que denoten vida común.

Amparo Directo 825/68 Francisco García Koyoc. 20 de junio de 1969. 5 votos. Ponente Enrique Martínez Ulloa.

⁵² MONTERO DUHALT, Sara, obra citada, pág. 23.

⁵³ ROJINA VILLEGAS, Rafael, "Derecho Civil Mexicano, Tomo II, Derecho de Familia", 7ª Edición. Editorial Porrúa, S.A., México 1991, pág. 363. "La actitud que debe asumir el derecho en relación al concubinato, constituye a no dudarlo, el problema moral más importante del derecho de familia". Podemos decir que más que un problema político, jurídico o de regulación técnica, es fundamentalmente una cuestión de orden moral.

Por lo que respecta al legislador social, éste ha reconocido la existencia del concubinato, mediante la consideración de efectos jurídicos en favor de las parejas unidas así. En nuestra legislación no se define propiamente el concepto de concubinato; sin embargo, de las disposiciones relativas a las sucesiones se nos revela una interpretación de lo que se podría definir como concubinato; concretamente el artículo 1635 del Código Civil, al establecer "siempre y cuando hayan vivido juntos como si fueran cónyuges durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o cuando hayan tenido hijos en común, siempre que ambos hayan estado libres de matrimonio durante el matrimonio".

La doctrina como vimos en el capítulo especial dedicado a este respecto ha tratado de precisar esta noción, pero se observa una gran variedad y hasta la misma terminología es insegura.

A) CONCUBINATO Y MATRIMONIO

Una aproximación tanto para obtener una definición satisfactoria como para discernir en la naturaleza jurídica de esta figura la encontramos en el propio matrimonio, partiendo desde luego del presupuesto de que el concubinato no es matrimonio, pero se le asemeja.

A este respecto los autores han aceptado por unanimidad, que el concubinato se distingue del matrimonio por la ausencia de toda celebración oficial, así que el matrimonio nulo no es un concubinato.

Al analizar los contratos solemnes, el Notario Lozano Noriega se hace la siguiente pregunta: "¿En qué se diferencia el contrato de matrimonio del concubinato? considerando que es precisamente ese elemento de existencia la diferencia entre ambas figuras, pero que el Código Civil nunca habla de matrimonios inexistentes, sólo de matrimonios nulos e ilícitos".⁵⁴

Por su parte el Profesor Chávez Asencio nos dice que "como diferencia fundamental, encontramos la ausencia de solemnidad y formalidades en el concubinato, lo que origina la falta de compromiso. La unión libre que constituye el concubinato, puede deshacerse, en cualquier momento por cualquiera de los concubinarios, lo que impide u obstaculiza por lo menos, la consecución de los fines que los concubinos deberían tener al asemejar su unión al matrimonio. Difícil es el incremento del amor, que debe asemejarse al conyugal, si no hay un compromiso de permanencia. La procreación responsable y la procreación humana integral, se diferencian si no existe un compromiso de permanencia o indisolubilidad en el caso del religioso. Es decir, no es sólo falta de formalidad, o como comúnmente se dice "del papel", sino todo lo que representa de compromiso entre cónyuges, en relación a los hijos, así como con la comunidad

⁵⁴ LOZANO NORIEGA, Francisco. *Cuarto Curso de Derecho Civil Contratos*. 5ª Edición. Obra Editada por la Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C. pág. 29. "En el concubinato encontramos un acuerdo de voluntades, precisamente, entre dos personas que pretenden llevar vida marital. Ya en el Código Civil, encontramos ciertos derechos en favor de la concubina. Yo encuentro diferencias claras entre esas dos situaciones y, sin embargo, a nadie se le ocurre decir que en el concubinato, porque hay acuerdo de voluntades, es un matrimonio nulo; hay ahí un matrimonio inexistente, porque ha habido una ausencia total de formalidades. El Código establece, a propósito del matrimonio, que debe celebrarse precisamente ante un funcionario especial: el Oficial del Registro Civil. Supongamos que un funcionario encargado de llevar la fe pública (un notario, por ejemplo) se prestase, cosa para la que no está facultado, a otorgar una escritura de matrimonio. El acuerdo de voluntades existe; ese acuerdo existe en forma auténtica puesto que ha sido manifestado ante un funcionario público encargado llevar la fe pública. ¿Eso sería un matrimonio? no, porque hay la ausencia total de las formalidades que establece el Código. Fuera de este caso, todos los demás contratos en nuestro Derecho son contratos consensuales, formales, reales. No existe ningún otro contrato solemne."

y la Iglesia".⁵⁵

Más aún a este respecto, el Maestro Morales Mendoza, afirma que precisamente es "la solemnidad el punto donde se localiza la mayor divergencia entre el concubinato y el matrimonio. Si el Derecho no reconoce la voluntad, el objeto y las consecuencias jurídicas de la "unión concubinaría" menos se va a ocupar de exigirle solemnidad; de ser así estaríamos en presencia de un acto o de un negocio jurídico totalmente diferente al concubinato, pues su esencia descansa en la forma consensual de su celebración".⁵⁶

Finalmente el Licenciado Galindo Garfias establece que "se distingue el matrimonio del concubinato, en que el matrimonio produce plenitud de efectos jurídicos, derechos y obligaciones, facultades y deberes, tanto entre los cónyuges y con relación a los hijos; da lugar al parentesco por afinidad y se proyecta sobre los bienes de ambos consortes; en tanto que los efectos del concubinato reconocidos por la ley son limitados".⁵⁷

El matrimonio se encuentra debidamente sancionado por la ley mediante una reglamentación específica en el ordenamiento jurídico común. La situación concubinaría únicamente es prevista para efectos análogos en el caso de supuestos totalmente ajenos a la misma, pero concurrentes en casos hipotéticos similares a la cuestión matrimonial; verbigracia alimentos y sucesiones entre otros.

⁵⁵ CHAVEZ ASENCIO, Manuel F., obra citada, pág. 319.

⁵⁶ MORALES MENDOZA, Héctor Benito. *Revista de la Facultad de Derecho de México. Primera edición, 1982. Editada por la Universidad Nacional Autónoma de México, pág. 259.*

⁵⁷ GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Derecho Civil 4ª Edición. 1987, Editorial Porrúa S.A. de C.V.*

Es decir que en el matrimonio existe un real compromiso conyugal de derecho, mientras que en el concubinato existe el consentimiento de dos voluntades en unirse de hecho, sin tomar en cuenta los efectos de ley que se derivan de dicha determinación conjunta.

Desprendemos de la naturaleza análoga de ambas figuras y dicho lo anterior, que el matrimonio comprende una serie de normas constitutivas y orgánicas, fuentes de derechos y obligaciones para las partes (cónyuges) de una manera completa, en tanto que el concubinato (no de forma directa) prevee algunas consecuencias de este tipo.

Las relaciones jurídico patrimoniales entre los cónyuges, en relación con los hijos y con terceros se encuentran previstas perfectamente en la legislación civil actual, en tanto que dentro del concubinato se deducen doctrinariamente y se interpretan jurídicamente en base a aquellos.

Cuestiones como la nacionalidad y la afinidad, así como en general las causales de divorcio tienen como preposición lógica el vínculo matrimonial, por lo que no podemos suponer que concurren estas mismas situaciones en el caso del concubinato. Por lo que respecta a los impedimentos para contraer matrimonio, estos serán aplicables por analogía al concubinato, siempre y cuando exista una igualdad de razones jurídicas que por evidente omisión del ordenamiento civil no son previstos para esta figura.

B) EL CONCUBINATO COMO INSTITUCION

En nuestro Derecho, no existe una reglamentación directa y propia del concubinato, únicamente se preveen algunos de los efectos derivados de éste

con relación a los hijos y respecto de los concubinos. Por lo anterior, se desprende que no puede considerársele como una institución, dado que la legislación carece de normas que lo regulen como tal, caso contrario al del matrimonio, en donde se reglamenta plenamente su constitución orgánica y el establecimiento de derechos y obligaciones de los cónyuges.

La pareja que vive en lo que se ha interpretado como concubinato tiene ciertos derechos y obligaciones para ejercitar y cumplir entre ellos y con respecto de sus hijos, pero es menester precisar que los mismos no derivan en estricto sentido de la unión concubinaria en sí, es decir considerada como supuesto jurídico principal, como lo es el matrimonio, en el caso de los cónyuges, sino de otros supuestos jurídicos como son la filiación natural, la concepción del ser, el nacimiento o reconocimiento de hijos, supuestos que son autónomos y ajenos a los que se entiende como concubinato según el artículo 1635 del Código Civil Federal.

Por lo tanto, el concubinato no es una institución jurídica, es decir, que no es un matrimonio de segunda clase o de especie determinada, en él la pareja no se ha casado, es decir que no contraen compromisos conyugales, por lo cual no se puede ni siquiera interpretar como matrimonio putativo, dado que no se pretende una unión conyugal; por otro lado, tampoco se le puede tachar de matrimonio existente, pues de hecho sólo existe la apariencia de matrimonio, con la salvedad de la ausencia de un elemento de existencia como lo es la solemnidad.

Produce algunos efectos en relación a los concubinos, sin ser estimada como una institución jurídica porque no se reglamenta la forma y manera de organización de las relaciones concubinarias, ni los derechos y obligaciones emanados de tal situación.

C) POSICION CONTRACTUAL⁵⁸

En este punto y analizando algunas disposiciones del Código Civil, podemos interpretar de manera exegética⁵⁹ que el concubinato tiene naturaleza jurídica contractual, toda vez que al establecer el propio cuerpo legal la analogía con el contrato de matrimonio (según advertimos en el artículo 178 ubicado en el Capítulo IV, Título Quinto Libro Primero relativo a las disposiciones generales del contrato de matrimonio con relación a los bienes).

Anteriormente afirmamos que no existe una definición legal expresa de lo que por concubinato deba entenderse, en este orden de ideas encontramos en las disposiciones finales relacionadas con los contratos los siguientes artículos:

⁵⁸ GARCIA CANTERO, Gabriel. *Obra Citada*, páginas 91 y 92. "En un plano estrictamente jurídico se ha sostenido la validez del contrato de concubinato o de unión libre, cuyo objeto sería el establecimiento de un vínculo jurídico permanente productor de obligaciones entre los pseudo-cónyuges; en virtud de dicho contrato la mujer se obliga a cumplir con los deberes de ama de casa, a comportarse como una mujer legítima, cuidando y educando a los hijos comunes y atendiendo a la buena marcha del hogar; por su parte, el hombre se compromete a subvenir a medida de sus posibilidades a las necesidades económicas de aquel; las obligaciones de ambos serían por tiempo indefinido. Se basa esta concepción en la posibilidad de separar el acuerdo de voluntades encaminado al mantenimiento de relaciones carnales -que se considera nulo por la ilicitud de su objeto- del que tiene por objeto el cuidado del hogar y la educación de los hijos, el cual se estima válido por no atentar contra el orden público y las buenas costumbres. Su equivocación radica en dar por demostrado lo que habría de probar, o sea la licitud de tal convención y la posibilidad de su distinción en la práctica de lo que tiene por objeto el mantenimiento de relaciones sexuales. En el ordenamiento francés no parece haber lugar para este negocio atípico del Derecho de Familia.

⁵⁹ GARCIA MAYNES, Eduardo. *Obra Citada*, página 335. Al referirse al método exegético como modo de interpretación de la ley y en particular de los casos no previstos por el legislador son aplicables los argumentos a pari, a majori ad minus, a minori ad minus. "Estos constituyen en su conjunto y combinación, lo que se llama razonamiento de analogía. Los argumentos de esta índole se basan en la idea de que todos aquellos casos en que existe la misma razón jurídica, la disposición debe ser la misma. (Ubi eadem ratio, idem ius). Para que la aplicación del razonamiento analógico sea correcta, no basta la simple semejanza de dos situaciones de hecho, una prevista y otra no prevista por la ley; requiérase asimismo que la razón en que la regla legal se inspira, exista igualmente en relación con el caso imprevisto. Lo que puede justificar la aplicación por analogía es, pues, "la identidad substancial", la aplicación se realiza bien porque existe igualdad o paridad de motivos (argumentos a pari), bien porque haya una mayor razón (argumentos a majori ad minus), bien por lo que ocurre es precisamente lo contrario (argumentos a majori ad minus)."

Artículo 1858.- Los contratos que no estén especialmente reglamentados este Código, se regirán por las reglas generales de los contratos, por las estipulaciones de las partes, y en lo que fueren omisas, por las disposiciones del contrato con el que tenga más analogía de los reglamentados en este ordenamiento.

Artículo 1859.- Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de estos o a las disposiciones especiales de la ley sobre las mismas.

Una vez expuesto lo anterior y siguiendo con la interpretación exegética, podríamos concluir que el concubinato es un contrato innominado o atípico; en apoyo a lo anterior existe la siguiente tesis:

REIVINDICACION, CUANDO LA POSESION DEL INMUEBLE DERIVA DE UNA RELACION DE CONCUBINATO, DEBE EJERCITARSE LA ACCION PERSONAL RESPECTIVA.

Es criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, plasmada en la jurisprudencia número treinta y cinco, publicada en las páginas sesenta y uno y sesenta y dos, Segunda Parte, del Apéndice del Semanario Judicial de la Federación, mil novecientos diecisiete-mil novecientos ochenta y ocho, cuyo rubro es: "ACCION REIVINDICATORIA, IMPROCEDENCIA DE LA, CUANDO EXISTE ACCION PERSONAL", que cuando el causante de la posesión de un poseedor derivado pretende exigir de éste o de sus causahabientes la devolución o entrega de la cosa poseída, aquel no está legitimado para ejercitar la acción reivindicatoria, sino la acción personal correspondiente derivada del vínculo jurídico que haya dado origen a la posesión, como son todos aquellos contratos o actos jurídicos en los que el poseedor debe restituir la cosa que ha recibido por virtud de los mismos. Ahora bien, **la relación de concubinato nace de un contrato de voluntades innominado, sui generis, por que las partes concubino y concubina acuerdan llevar vida en común, semejante a la establecida en la institución del matrimonio, adquiriendo y fijando tácita o expresamente derechos y obligaciones.** Es decir, el concubinato nace de la voluntad de un hombre y una mujer (que no estén casados), exteriorizada al establecer un hogar regido por disposiciones y condiciones que al efecto acuerden, obteniendo así tintes de un auténtico matrimonio, tan es así que en esas condiciones es

conocido dentro de la sociedad mexicana. Así, cuando entre la parte actora y la parte demandada exista un vínculo de concubinato y se demuestre que por motivo de esta relación se otorgó o se dio lugar a la posesión derivada del bien inmueble del que se solicita su reivindicación, debe ejercitarse la acción respectiva, por estar dentro del supuesto a que se contrae la jurisprudencia mencionada.

NOVENO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO

Amparo directo 4129/94. Amalia Picazo Moya. 25 de agosto de 1994. Unanimidad de votos.
Ponente: Jorge Trujillo Muñoz. Secretario: Juan Pedro Contreras Navarro.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. 8a. Epoca. Tomo XIV Diciembre de 1994. Página 433. Clave I. 9o. C. Tesis: 19C.

En oposición a tal argumento, el Profesor Chávez Asencio nos dice que "para que exista un contrato se requiere acuerdo de voluntades. Si de contrato ordinario se trata, es necesario señalar que el acto jurídico tendrá un contenido patrimonial-económico. En relación al matrimonio muchos autores consideran que se trata de un contrato, pero muchos otros critican esta concepción señalando que es diferente o algo más que un contrato no obstante que existe un acuerdo de voluntades, puesto que el contrato se refiere a las relaciones jurídico económicas, y esta unión sexual de hombre y mujer se refiere primordialmente a los aspectos personales y a los deberes jurídicos entre ellos y que no tienen un contenido económico"⁶⁰

Y continua su exposición al establecer que "con mayor razón se puede aplicar la misma argumentación al concubinato, abundando que esta unión no está reglamentada en el Derecho. Le falta el supuesto legal necesario para que exista como contrato. El hecho de que exista voluntad de convivir entre los

⁶⁰ CHAVEZ ASENCIO, Manuel F., obra citada, página 304.

concubinarios no significa necesariamente un acuerdo de voluntades orientado a generar ciertos efectos jurídicos. No todo acto voluntario es contrato, aún cuando es cierto que para que exista contrato se requiere acuerdo de voluntades"⁶¹

Coincidimos con la postura del autor citado, por lo que solo haremos un par de comentarios a este respecto y que en este caso el mismo considera que efectivamente no existe jurídicamente nada previsto con respecto al régimen patrimonial aplicable al concubinato y que como figura análoga al matrimonio no necesariamente se aplica y por otra parte consideramos innecesaria la afirmación de que el concubinato al no contar con el supuesto legal necesario no puede ser estimado como contrato, porque existen muchos acuerdos contractuales atípicos que por el hecho de no contar con tal supuesto legal carecen de carácter contractual.

Para afirmar que el concubinato es o no es un contrato debemos analizarlo bajo la teoría francesa del acto jurídico, ya que ésta es la principal directriz que orienta en este ramo la reglamentación en nuestra legislación común.

D) ANALISIS DEL CONCUBINATO COMO ACTO JURIDICO

Para llevar a cabo el análisis respectivo es necesario definir lo que por acto jurídico se entiende, y para ello el profesor Gutiérrez y González nos dice que por tal "se debe entender la manifestación exterior de voluntad que se hace con el fin de crear, transferir, modificar o extinguir una obligación o un derecho, y que

⁶¹ CHAVEZ ASENCIO, Manuel F., obra citada, página 305.

produce el efecto deseado por su autor, porque el Derecho sanciona esa voluntad.

De este concepto se desprende que el acto jurídico está integrado por dos elementos:

- 1.- Uno psicológico, voluntario, personal, y
- 2.- Otro representado por el derecho objetivo.

Por ello un efecto de Derecho no se producirá, en ausencia de cualquiera de estos dos elementos. Si falta la voluntad, no se puede producir el efecto por el solo Derecho objetivo; y por el contrario si falta éste, aunque se de la voluntad, tampoco producirá el acto, porque en este caso el Derecho no le reconoce efectos jurídicos. Son los dos elementos estrechamente vinculados en la formación del acto jurídico. De ahí resulta que el acto jurídico es la conducta del ser humano en que hay una manifestación de voluntad, con la intención de producir consecuencias de Derecho, siempre y cuando una norma jurídica sancione esa manifestación de voluntad y, sancione los efectos deseados por el autor".⁶²

Dentro de la unión concubinaria existe un consentimiento tácito entre los individuos que la componen, situación no catalogada por el ordenamiento correspondiente de forma directa; sin embargo, esta circunstancia no es suficiente por si sola para estimar que no se trata de un acto jurídico, porque a pesar de ello, si se prevén algunos efectos jurídicos derivados de esta

⁶² GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. *Derecho de las Obligaciones. Código Civil 71a. Edición Editorial Porrúa S.A. de C.V., 1990, pág. 127.*

situación, estos son independientemente de la voluntad de los concubinos. El acto jurídico siempre será volutivo, tanto por la conformación del mismo, así como también por los efectos de derecho deseados, situación no concurrente en el caso del concubinato, donde las partes son completamente ajenas a esto último.

Analizando los elementos de existencia del acto jurídico nos encontramos que son:

- a) Una o más voluntades jurídicas
- b) Que esa o esas voluntades tengan como finalidad producir una consecuencia sancionada por el Derecho, esto es, que se persiga un objeto
- c) Requiere para los casos en que así lo previene la ley un tipo de formalidad o solemnidad

La unión concubinaria supone la manifestación de voluntad de un hombre y una mujer a través de la cual se logra en concenso indispensable para unirse y formar una familia; pero dicha manifestación de voluntad no engendra en forma directa derechos y obligaciones de carácter familiar, ni crea una situación permanente en relación con el estado civil de las personas y aún más este consentimiento no implica el deseo de las partes de engendrar consecuencias (efectos jurídicos limitados) que el ordenamiento común previene en estos casos, por que si no fuere así sería la voluntad de los concubinos contraer nupcias civiles, mediante el contrato de matrimonio. dicho de otra manera, para que el concubinato sea considerado como acto jurídico, la ley deberá preveer y no omitir en su contenido lo deseado por los concubinos y no concretarse de

manera aislada e incompleta a señalar los efectos que pueden surgir de tal situación.

Al objeto lo entendemos como el solo hecho de la unión no conyugal; sin pretender efecto jurídico alguno, caso diferente al matrimonio en el que su objeto está contemplado en el vínculo jurídico conyugal con sus deberes, obligaciones y derechos. Los concubinos no se comprometen pues no desean hacerlo. Si desearán hacerlo formarían una unión conyugal.

Ahora bien, de dicha unión concubinaria emanan algunas consecuencias que fundamentalmente son previstas para otros supuestos jurídicos diferentes e independientes, mismas que a través de tal unión surgen a la vida jurídica ajenas al objeto de la voluntad de los concubinos. Es decir que dicho objeto está condicionado únicamente a la voluntad de los concubinos, independientemente de las consecuencias que el Derecho comprenda en supuestos jurídicos ajenos a la propia relación concubinaria.

Finalmente retomando la Teoría del acto jurídico, pese a que en su parte objetiva el Derecho contempla algunas consecuencias derivadas de la relación concubinaria, estas no pueden ser consideradas como el consentimiento de los concubinos cuya voluntad es la producción de consecuencias plenamente sancionadas por la ley; debido a que dichos efectos son producto de la realización de hipótesis normativas ajenas a la unión cuasi-conyugal (alimentos, sucesiones, etc.), toda vez que en caso contrario estaríamos hablando del matrimonio. a fin de cuentas, el objeto aparentemente existe, pero no en las condiciones requeridas conforme a la teoría del acto jurídico, porque el acontecimiento volutivo no pretende como objeto o fin el engendrar consecuencias de derecho.

Con lo anteriormente expuesto no podemos afirmar la "inexistencia jurídica del concubinato", sino más bien la conclusión de que el concubinato no es un tipo de acto jurídico y si una figura contemplada por el Derecho para el surgimiento de consecuencias jurídicas mediante condiciones especiales bajo el rubro de otras hipótesis normativas independientes y diferentes del caso concreto en estudio.

Por lo que respecta a los requisitos de validez señalaremos que son los siguientes:

- a) Capacidad legal
- b) Ausencia de vicios de la voluntad
- c) Objeto lícito
- d) Formalidad

Por principio, en lo referente a la capacidad, como ya antes habíamos mencionado las personas unidas libremente participan de dicha situación con base a su capacidad personal, puesto que en relación al concubinato no existe reglamentación específica a este respecto, por lo que la capacidad de los unidos en concubinato queda sujeta a las reglas generales prescritas en el ordenamiento civil. Siendo el concubinato una mera situación de hecho, no sometida a ninguna formalidad, carece de sentido hablar del requisito de capacidad como impedimento válido para la constitución de una relación concubinaría. Sin embargo, y por analogía con la institución matrimonial, podemos de manera genérica enunciar que no es posible el concubinato entre personas de un mismo sexo y que tampoco podría reconocerse entre personas en razón de su edad (edad núbil necesaria entre los concubinos) o a su falta de libertad que están protegidas plenamente (supuestos de violación, rapto, incesto, etc.).

En lo referente a la ausencia de vicios de la voluntad, tampoco hay disposición alguna que obligue a quienes se vinculan a través de concubinato, a manifestar libre y conscientemente su voluntad. Sin embargo, debe aceptarse que la prolongación de las relaciones, así como el comportamiento aparentemente conyugal de la pareja, hacen suponer la manifestación consiente de los concubinos para aceptar esta situación (reglamentada o no por el Derecho, es decir que son ajenos al surgimiento de efectos jurídicos). A la vez, debe destacarse que en el Derecho de Familia la sola presunción no basta, es necesario que el Juez en turno decrete esta situación para lograr los efectos deseados.

La licitud en el objeto, motivo o fin conforme a los artículos 1830 y 1831 del Código Civil comprende básicamente la no existencia de contradicción de un suceso jurídico con respecto a las leyes de orden público y las buenas costumbres.

Las normas que regulan la familia son de Derecho Privado y de orden público; en nuestro Derecho constituyen la familia, los cónyuges, los concubinos, los parientes en línea recta ascendiente o descendiente sin limitación de grado, ya sean surgidos dentro o fuera de matrimonio, los colaterales hasta el cuarto grado, los afines, el adoptante y el adoptado entre sí. La jurisprudencia expresa y la doctrina enseña que todo lo relativo al matrimonio es de orden público debido a que éste es origen y fundamento de la familia, pero no exclusivamente esta figura como ya antes señalábamos; por lo tanto los autores que afirman que no hay más de una convivencia entre pareja de sexo diferente considerada por el Derecho como de interés público, expresan un juicio incorrecto, toda vez que el matrimonio no excluye de este carácter al concubinato.

La convivencia conyugal se encuentra plenamente reglamentada por la institución jurídica del matrimonio, pero ésta no es la única forma de integración sexual entre dos individuos de sexo opuesto; la misma ley admite la figura concubinaria como otra forma de génesis familiar, pero sin reglamentar a fondo esta situación, haciendo referencia únicamente a ella por los efectos de derecho que se derivan de su existencia real.

Dicho lo anterior consideramos que el concubinato no atenta contra las normas de orden público, porque no contravienen ninguna estipulación legal relativa al matrimonio; la observancia de las mismas son de carácter irrenunciable y por lo tanto de observancia obligatoria; las que podrían aplicarse al concubinato son en todo caso en razón del estado y capacidad de las personas que lo conforman, a fin de no contravenir el orden legal establecido para el matrimonio. Debemos recordar en este sentido que lo que se pretende es tutelar las uniones concubinarias, porque también son origen de la familia.

LEYES DE ORDEN PUBLICO.

La naturaleza misma de la ley es de orden público hace prevalecer su aplicación a las de interés particular, por lo que las renunciaciones que de ella se hicieren se tendrán como nulas y no opuestas. Las disposiciones de orden público son irrenunciables precisamente por el interés de la sociedad en su observación y aplicación.

Amparo civil directo 2995/45.- Julia Fajardo de Ancona y coags.- 3 de mayo de 1954.- Unanimidad de cuatro votos.

Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. 5a. Época. Tomo CXX. Página: 589.

Por lo que se refiere a las buenas costumbres, es oportuno recordar que para

que una norma exista es necesario el hecho generalizador y generalizado en una sociedad como una realidad perfectamente tangible. La cuestión de las buenas costumbres forma parte de la moral de una civilización determinada, siendo esto el conjunto de normas de valor ético aceptada por esta como reglas oponibles más no coercitivas a los individuos que la conforman.

Para la inclusión de la situación concubinaria en el en el cuerpo legal respectivo, el legislador social argumenta en la exposición de motivos lo siguiente:

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

Estos efectos se producen cuando ninguno de los que viven en concubinato es casado, pues se quiso rendir homenaje al matrimonio, que la Comisión considera como la forma legal y moral de constituir la familia, y si se trata del concubinato, es, como se dijo antes porque se encuentra generalizado; hecho que el legislador no debe ignorar".

La incipiente normatividad de las relaciones concubinarias han surgido como una necesidad de reglamentar esta situación; es decir que la sociedad mexicana es una realidad plenamente objetiva e imposible de ignorar por el legislador constitucional quien ha tenido que reflejar en normas de carácter jurídico la

existencia del concubinato, aceptado así los efectos de carácter legal que pudieran llegar a surgir y las repercusiones que tendrán en el orden social la falta de previsión de ellos.

Atento a lo anterior no podemos aceptar que el concubinato este en contra de las buenas costumbres debido a que es una situación generalizada en la sociedad mexicana y que ha tenido que ser aceptada y reglamentada no como un hecho ilícito por la ley.

BUENAS COSTUMBRES

No son las que se apegan a las normas científicas y técnicas necesariamente, sino las normas que forman la moral general y social de una colectividad humana en lugares y tiempos determinados.

Amparo directo 1982/70. Ingenio Zapoapita, S.A. 13 de noviembre de 1975. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Livier Ayala Manzo.

Instancia: Sala Auxiliar. Fuente Semanario Judicial de la Federación. 7a. Epoca. Volumen 83. Página: 15.

El último requisito de validez es la forma. Para el concubinato la ley no establece forma especial para que sus integrantes exterioricen la voluntad; podría afirmarse que la informalidad es connatural del concubinato, que en esencia es un hecho consensual perfeccionado por el mero consentimiento de las partes, concretizado a través de su conducta o comportamiento público y privado cotidiano (que haga suponer el acuerdo de voluntades o de otro modo la existencia de indicios para presumirlo).

E) SITUACION DERIVADA DE UN HECHO JURIDICO (STRICTO SENSU)

Las consecuencias jurídicas con que el legislador valora una cierta situación, nacida de la realización de un hecho jurídico como lo es la unión de dos

personas de sexo diferente y con plena capacidad jurídica, suele reflejarse, aunque no siempre en normas para la previsión y extensión de efectos jurídicos en favor de intereses particulares desprovistos y cuyo fin último es el de equilibrar el bienestar social.

El hecho jurídico de la unión aparentemente conyugal, crea una situación específica que no puede pasar desapercibida a los ojos del legislador, tal y como se justifica en la exposición de motivos; éste a su vez, se encuentra en la necesidad de reglamentarla a fin de no dejar en desamparo algunos intereses afectados.

Se debe admitir que el hecho de la unión determina una situación jurídica prevista para aquellas personas que reúnan las características o requisitos del concubinato según el artículo 1635 del Código Civil.

A este respecto el autor del Derecho de las Obligaciones nos define al hecho jurídico como una manifestación de la voluntad que genera efectos de derecho independientemente de la intención del autor para que esos efectos se produzcan o un hecho de la naturaleza al que la ley vincula efectos jurídicos.⁶³

A diferencia del matrimonio, consideramos que el concubinato es un hecho jurídico en el estricto sentido de la palabra porque efectivamente la voluntad de los concubinos es independiente del surgimiento de consecuencias jurídicas; es decir, que los efectos de derecho derivados de dicha situación emanan propiamente de la ley sin atender a la voluntad de las partes interesadas. La unión concubinaria solo supone la manifestación de voluntad traducida en consentimiento de un hombre y una mujer (no reconocido por la ley) para lograr

⁶³ GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. *Derecho de las Obligaciones*. pág. 129.

unirse y formar una familia. Es por ello que no podemos afirmar que los hechos jurídicos en el Derecho Familiar queden destinados a otros acontecimientos diversos del concubinato, como son el nacimiento, la mayoría de edad o la muerte de las personas.⁶⁴

Concluimos que, bajo el estado de cosas en que se encuentra "reglamentado" el concubinato en nuestra legislación, es una situación como hipótesis condicionada por una serie de circunstancias o características emanadas de un hecho jurídico lícito o no prohibido por la ley y mediante el cual solo se prevén algunos efectos jurídicos.

MATRIMONIO. (LEGISLACION DE TAMAULIPAS)

El artículo 70 del Código Civil contrarios a los imperativos del 130 de la Constitución General de la República; este precepto establece que el matrimonio es un contrato civil y tanto él como los demás actos que fijan el estado civil de la persona, son de la exclusiva competencia de los funcionarios de los funcionarios del orden civil en los términos prevenidos en las leyes y tendrán la fuerza y validez que las mismas les atribuyan. La Constitución Mexicana de mil novecientos diecisiete produjo en esta forma el artículo 2o. de las Adiciones y Reformas a la Constitución de 57, adoptadas en veinticinco de septiembre de mil ochocientos setenta y tres. La circunstancia de que el precepto haya sido acogido en los mismos términos y de que no haya sido expresado, ni en el proyecto presentado ni en Constituyente, idea alguna que demuestre intención de apartarse de la tradición fundada en las adiciones de mil ochocientos setenta y tres, (la Comisión de puntos constitucionales manifestó lisa y llanamente en su dictamen que en el artículo relativo del proyecto se comprendían las disposiciones de las Leyes de Reforma), demuestra la aceptación de dicha tradición. El propósito de las leyes de Reforma consistió en sustraer la validez y el régimen jurídico del matrimonio a las leyes de la iglesia para someterlo a las normas dictadas por la autoridad civil; de acuerdo con esa intención debe ser interpretado el artículo 130 de la Constitución; la eficacia de la disposición exige la celebración expresa del matrimonio ante funcionario público, pues si bastara la demostración de la existencia de un acuerdo de voluntades tendientes a crear el vínculo matrimonial, la celebración del matrimonio religioso satisfaría dicha exigencia y los propósitos de la Constitución de frustraría. La Ley de catorce de diciembre de mil novecientos setenta y cuatro, orgánica de las Adiciones y Reformas

⁶⁴ BAQUEIRO ROJAS, Edgar y BUENROSTRO BAEZ, Rosalía. Obra citada. Pag. 122. "Constituye un hecho jurídico al que en derecho otorga efectos con independencia de la voluntad de los protagonistas".

de mil ochocientos setenta y tres, es un elemento muy valioso para esclarecer el espíritu del legislador, por haber sido adoptada un año después de la promulgación de la Reforma Constitucional. El artículo 22 de dicha ley, reproduce la disposición constitucional, y el artículo 23 establece que corresponde a los Estados legisladores sobre el estado civil de las personas y reglamentar la manera con que los actos relativos deben celebrarse y registrarse, sujetando sus disposiciones a las siguientes bases..... fracción VI.- Las actas del registro serán la única prueba del estado civil de las personas.....- VII.- El matrimonio no podrá celebrarse más que por un hombre con una sola mujer..... VIII.- La voluntad de los contrayentes, libremente expresa en la forma que establezca la Ley constituye la esencia del matrimonio civil. Estas normas y las de las mismas leyes que prohíben la celebración del matrimonio que prohíbe la celebración del matrimonio entre incapacitados y parientes en cierto grado y norman la nulidad y validez del matrimonio, demuestran con evidencia el espíritu del legislador de concebir el matrimonio como un contrato formal celebrado con intervención de un funcionario del Registro Civil. La sola idea de contrato basta para demostrar la anticonstitucionalidad de leyes que, como la del Estado de Tamaulipas incorporan al régimen jurídico del matrimonio situaciones de hecho como la vida en común y la relación sexual prolongada. **La doctrina jurídica acierta al distinguir los hechos jurídicos como género, los actos jurídicos como especie y los contratos como subespecie, y en estricta lógica se afirma que si todo contrato es un hecho jurídico, no todo hecho jurídico es un contrato. La diferencia específica radica en la intervención del consentimiento; la esencia del contrato radica en la voluntad de los contratantes dirigida precisamente a obtener la realización de las situaciones jurídicas derivadas del contrato en relación con las leyes que lo rigen. La convivencia sexual prolongada entre el hombre y la mujer a que se refiere la Exposición de Motivos del Código de Tamaulipas aluda como "situación real, capaz de producir consecuencias comprendidas dentro de la esfera del Derecho" , corresponde al hecho jurídico más no a la figura específica del contrato; ni la lógica ni la psicología autorizan para presumir que quienes conviven durante un tiempo prolongado y mantienen relaciones sexuales han manifestado su voluntad de contraer matrimonio; esto es cierto aún en el supuesto de que el matrimonio sea mirado como una institución, en tanto que los derechos y obligaciones que le son inherentes no dependen de la voluntad de los contrayentes sino de la Ley, ya que en todo caso para que dos personas queden colocadas dentro de las situaciones jurídicas integrantes de la situación es precisa una formulación expresada de voluntad orientada en tal sentido.** El artículo 70 del Código Civil conforme al cual el matrimonio es la unión, convivencia y trato sexual continuado de un hombre y una sola mujer adolece de notoria constitucionalidad.

TOMO CXXXI, Pág. 38.- Reyes Vda. de Hinojosa Virginia.- 1o. de julio de 1954.- Mayoría de cuatro votos.

Instancia: Tercera Sala: Semanario Judicial de la Federación. 5a. Epoca. Tomo CXXXI. Página 38.

IV. DEFINICION PROPUESTA Y CARACTERISTICAS CONCEPTUALES

Antes de entrar en materia es preciso resaltar la necesidad jurídica de que el legislador provea al ordenamiento común de una definición propia de la situación concubinaria, aclarando con ello las confusiones y dudas que derivan de la interpretación de las normas correspondientes. Desglosando las disposiciones relacionadas con tal figura, se desprende que para la identificación del concubinato en estricto sentido, es necesario el carácter de similitud al matrimonio con todas las consecuencias que ello implica, amén de que la pareja que lo constituye deberá cumplir el plazo que como mínimo señala la ley para efectos de sucesión intestamentaria, o bien es necesario la procreación de uno o más hijos comunes entre los individuos de sexo opuesto que lo constituyen dentro de una relación constante y estable.

Como ya antes habíamos anotado, la doctrina no se encuentra en posibilidad de proporcionar un concepto uniforme, al respecto. El Profesor Magañon Ibarra nos da un concepto general de lo que debe entenderse por concubinato, al calificarlo como "la convivencia sexual entre un hombre y una mujer, con aspectos de permanencia y todas las características que se den a la unión matrimonial"⁶⁵; por otro lado los autores Baqueiro Rojas y Buenrostro Baez juzgan al concubinato como la unión entre un hombre y una mujer semejante al matrimonio, pero sin la celebración ante la autoridad pública⁶⁶; siguiendo el mismo esquema el Profesor Guitrón Fuentesvilla quien afirma que "es la unión de dos personas de distinto sexo, que siendo ambas solteras viven bajo el mismo techo durante cinco años. También debe considerarse como un concubinato la

⁶⁵ MAGAÑON IBARRA, Jorge Mario. *Obra citada*. Pág. 349.

⁶⁶ BAQUEIRO ROJAS, Edgar y BUENROSTRO BAEZ, Rosalía. *Obra citada*, pág. 122.

unión de dos personas que libres de matrimonio y sin importar el tiempo, pues éstas que haya durado su unión procrearan uno o más hijos⁶⁷.

Por otra parte hay autores que dan mayor relevancia a la cuestión carnal; el Catedrático Chávez Asencio considera que es la unión sexual de un hombre y una mujer que viven en lo privado y públicamente como si fueran cónyuges (sin serlo), libres de matrimonio y sin impedimento para contraerlo, que tienen una temporalidad mínima de cinco años o tienen hijos⁶⁸, mientras que la Maestra Montero Duhalt expone que es la unión sexual de un solo hombre y una sola mujer que no tienen impedimento legal para casarse y que viven juntos como marido y mujer en forma constante y permanente por un plazo mínimo de cinco años, este plazo puede ser menor si han procreado⁶⁹.

Las definiciones generalizadas propuestas por los Profesores Baqueiro y Buenrostro, así como Magañón Ibarra carecen de seguridad doctrinaria, porque difícilmente profundizan en el estudio de la problemática correspondiente y por ello no son muy precisas aunque se aproximan a la realidad.

Por otra parte, observamos una clara contraposición en los criterios expuestos por los Maestros Guitrón Fuentesvilla y Montero Dulhalt, debido a que mientras el primero afirma que pueden ser reputadas como relaciones concubinarias las uniones que engendren hijos sin importar el tiempo de duración de éstas, la segunda dice que la procreación puede reducir el plazo de cinco años siempre y cuando se lleve a cabo dentro de una relación permanente y constante.

⁶⁷ GUITRON FUENTEVILLA, Julián, obra citada, pág. 22.

⁶⁸ CHAVEZ ASENCIO, Manuel F., obra citada, pág. 315.

⁶⁹ MONTERO DUHALT, Sara, obra citada, pág. 165.

Respecto del autor del tratado La Familia en el Derecho-Relaciones Jurídico Conyugales- consideramos que es una definición incompleta, pues como las demás, no hace referencia a la naturaleza jurídica del concubinato, pero además no aclara como tampoco lo hace la ley si el hecho de la procreación debe o no ser dentro de una relación permanente y constante para ser considerada como concubinaria.

Según las disposiciones del ordenamiento común relacionadas con el concubinato y basados en que las uniones que el mismo debe tutelar mediante una reglamentación más completa, son aquellas que guardan mayor similitud al matrimonio; por lo que consideramos al concubinato como una situación derivada del hecho jurídico de la relación de convivencia permanente y continua de dos personas de sexo opuesto libres de matrimonio que observan una aparente conducta de mutua exclusividad sexual y que se ostentan públicamente ante la sociedad como cónyuges.

Entendiendo que para caracterizar el concubinato en nuestro Derecho Civil, basta la existencia de relaciones sexuales con carácter habitual entre un hombre y una mujer no unidos en matrimonio, pero que están en posibilidad de contraerlo. La habitualidad de tales relaciones induce cierta estabilidad, pero sin que sea necesario un pacto expreso sobre este punto; dicha habitualidad supone reiteración. El presentarse ante los terceros como marido y mujer o el tener vivienda común o simplemente, la publicidad de aquellas relaciones en el círculo de personas que constituyen el medio habitual de la pareja, será la prueba normal de la existencia del concubinato; pero su falta no arguye necesariamente inexistencia de relaciones concubinarias

A) RELACION DE CONVIVENCIA PERMANENTE Y CONTINUA.

El concubinato es ante todo una relación de convivencia entre dos individuos de sexo diferente, de la cual necesariamente derivan consecuencias de Derecho y que además dicha comunidad de vida debe ser duradera y habitual, llevándose a cabo de manera ininterrumpida, lo cual nos conduce a suponer que no existe el concubinato sin que haya transcurrido cierto plazo.

El concubinato no es la unión sexual transitoria, circunstancial o momentánea de un hombre y una mujer; las uniones intermitentes, o bien las que duran prolongados lapsos de tiempo no lo configuran por sí solos según nuestra legislación.

Es importante insistir en la nota de estabilidad o duración de las relaciones entre hombre y mujer no casados, pero habilitados legalmente para hacerlo; al hablar del supuesto del concubinato planteado por el artículo 1635 del Código Civil Federal se hace referencia a una comunidad de vida de por lo menos de cinco años o bien, que dentro de la propia relación la pareja haya procreado hijos comunes.

Aplicando las reglas del matrimonio podemos deducir que dicha pareja deberá contar con un domicilio común aunque la legislación correspondiente no lo menciona en forma directa; sin embargo, el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en su Título Quinto, Capítulo III, relativo a la separación de personas como acto prejudicial y específicamente el artículo 216 establece que los derechos contemplados (solicitar la separación por parte de uno de los cónyuges) en el presente capítulo, también podrá ejercerlos la concubina y el concubinario (sic), cuando tengan un domicilio común con las características del domicilio conyugal a que se refiere el Código Civil.

Interpretando lo transcrito en el precepto citado cabe resaltar nuevamente la analogía que guarda dicha figura con el matrimonio, así como la posibilidad de que los concubinos tengan un domicilio similar al conyugal, con las especificaciones señaladas en el artículo 163 del Código Civil, como el lugar establecido de común acuerdo por ambos en el cual disfrutan autoridad propia y consideraciones iguales; sin embargo del propio precepto adjetivo en comento se abre la posibilidad de que la pareja concubinaria no cuente con dicho domicilio común, circunstancia que no concuerda con la condición de que vivan juntos como si fueran cónyuges durante un largo período según lo previsto en el artículo 1635 del Código sustantivo en la materia.

B) RELACION DE DOS INDIVIDUOS DE SEXO OPUESTO

Partimos de la premisa de que en un momento dado existen "matrimonios blancos" que por ese hecho no provocan la inexistencia del acto, lo que nos parece imposible es que puedan existir "concubinatos platónicos", es decir sin unión sexual presente o pretérita. Esta característica deriva del artículo 1635 del Código Civil al establecer desde un principio que "la concubina y el concubinario tienen derecho a heredarse recíprocamente, aplicándose las disposiciones relativas a la sucesión de los cónyuges".

Siguiendo esta analogía con el matrimonio entendemos por definición a éste como la unión monogámica entre un hombre y una mujer sancionada por la ley, por lo que la oposición de sexos es esencial conforme a la teoría de los hechos y actos jurídicos orientadora de nuestro Derecho.

De lo anteriormente expuesto, podemos afirmar que no es posible jurídicamente hablando una identidad de sexos dentro del propio vínculo matrimonial (por analogía aplicable al concubinato), dicha circunstancia provocaría la inexistencia

del acto porque sería imposible jurídicamente hablando la perpetuación de la especie, además del establecimiento del vínculo conyugal y el estado jurídico que se deriva de él o sea la comunidad de vida que en el matrimonio forzosamente es entre un hombre y una mujer.

Cabe abrir aquí un pequeño paréntesis al respecto de este elemento de existencia del matrimonio para citar la exposición del Profesor Gutiérrez y González en el apartado referente al matrimonio entre homosexuales al afirmar que no es posible pero que se admite en el Código Familiar para el Estado de Hidalgo al revisar los siguientes artículos:

- "a).- En el artículo 11 del Código Familiar dice que el matrimonio es la unión de un solo hombre y una sola mujer. Sin embargo,
- b).- En su artículo 94-IX determina que el matrimonio entre dos personas del mismo sexo biológico es nulo absoluto, y
- c).- En su artículo 92 establece que el matrimonio afectado de nulidad absoluta produce provisionalmente sus efectos los cuales serán destruidos retroactivamente cuando los tribunales pronuncien la nulidad"⁷⁰

Resulta que sí en esa entidad contraen matrimonio dos hombres entre sí o dos mujeres entre sí, el acto será nulo y no inexistente por lo cual surtirá efectos mientras no se destruya por una sentencia judicial, y mientras no haya sentencia judicial estará surtiendo efectos dicho matrimonio.

⁷⁰ GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. *Derecho de las Obligaciones*, 9ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1990. Págs. 255 y 256.

Concluye el citado autor que el supuesto "matrimonio" entre dos personas del mismo sexo no existe y por lo mismo no podrá producir efecto jurídico alguno, tachando de monstruosidad jurídica la obra legislativa en comento.

C) LIBRES DE MATRIMONIO.

Al decir libres de matrimonio entendemos una condición legal para que la cohabitación habitual de un solo hombre con una sola mujer surta efectos bajo el concepto de concubinato; dicha circunstancia frecuentemente se entiende previa al inicio de las relaciones, pero dado el mundo del deber ser, podría darse el caso de que uno de los concubinos contrajera matrimonio con persona distinta de su compañero o de su compañera en el transcurso de sus relaciones, por lo que este hecho presupone necesariamente la terminación del concubinato.

Esta situación es prevista por la legislación común mexicana para proteger los matrimonios, dado que la existencia de una unión conyugal anterior, válido y subsistente durante el tiempo de duración de la unión concubinaria, configuraría el adulterio, excluyendo automáticamente el concubinato; es decir que donde existe el adulterio no es posible el concubinato.

Asimismo, se trata de tutelar a las uniones monogámicas que no transgreden por ese hecho la ley, como es el caso de la relación de dos individuos de sexo diferente que siendo libres de matrimonio, están en posibilidad de contraer nupcias civiles dado de que no tienen impedimento de derecho para ello.

D) APARENTE EXCLUSIVIDAD SEXUAL ENTRE LA PAREJA.

La fidelidad a que se refiere la doctrina en general, es aquella que se señala en el matrimonio, y que se supone implícita en el concubinato, pero en nuestro

Derecho la infidelidad no esta sancionada como adulterio en el concubinato.

Sin embargo, este requisito constituye un elemento moral importantísimo para que el concubinato haya sido aceptado por el legislador (mediante una reglamentación escueta desprovista de una hipótesis normativa principal), pero que en nada se contrapone a los principios morales de Derecho que existen en el ordenamiento matrimonial y más aún cuando se trata jurídicamente de tutelar las uniones que mayor similitud guardan con él, siendo la fidelidad una característica esencial en la relación de los cónyuges.

Precisamente la fidelidad es una característica emanada de las normas del matrimonio al establecerse el adulterio como causal de divorcio y se hace patente su presencia en el caso del concubinato al establecer que si uno de los dos concubinos sostiene más de una relación, ninguna se reputará como concubinato para los efectos de derecho emanados del ordenamiento jurídico común; ya que cumple una doble función al salvaguardar los intereses de las parejas monogámicas que no han contraído nupcias y que por ese hecho no transgreden la ley y, por otra parte, la seguridad jurídica que implica la paternidad de los hijos nacidos en estas circunstancias.

Siguiendo la analogía con el matrimonio, podemos decir que nada raro es que se pretenda salvaguardar los intereses de las parejas monogámicas y de sus descendientes; la seguridad que implica la certidumbre de paternidad de los hijos habidos no sólo en el matrimonio sino en el concubinato, siempre serán tema de reglamentación en las disposiciones jurídicas y a semejanza del matrimonio, el concubinato se integra por la unión de un solo hombre con una sola mujer, dada esta circunstancia la legislación mexicana protege a las familias constituidas así.

Es indispensable para la semejanza con el matrimonio que exista una conducta de fidelidad aparente, sobre todo en la mujer debido a que no debe existir ninguna duda en la presunción de paternidad del concubino en relación con su descendencia, entendiéndose a la infidelidad como el trato carnal con persona diversa de los concubinos.

Sin embargo debemos admitir que la cuestión de fidelidad es una situación difícil de comprobar o presumir y más aún en nuestro medio actual; por esta circunstancia únicamente aludimos a la apariencia de fidelidad y es la que previamente presume el juzgador antes de declarar una situación concubinaria.

E) PUBLICIDAD DE LAS RELACIONES.

La publicidad de las relaciones es un requisito imprescindible para efectos de presunción legal que derivará necesariamente en la declaración por parte de las autoridades correspondientes de la existencia de una situación concubinaria con intereses legítimos para solicitar y obtener lo que a su derecho convenga.

Para que surta plenos efectos jurídicos, es menester que la pareja tenga que vivir como si fueran consortes, es decir que deberán observar una conducta conyugal notoria, con el propósito de dar publicidad a sus relaciones bajo la apariencia de matrimonio.

Según la legislación francesa la publicidad de las relaciones entre un hombre y una mujer, significa que deben ser de carácter ostensible, es decir que la pareja viva en estado de concubinato notorio ante la comunidad (artículo 340 del Código Civil Francés de 1912).

El profesor Gabriel García Cantero menciona que la jurisprudencia en Francia ha tenido dificultades para interpretar la noción de concubinato notorio desde luego que se trata de relaciones sexuales dotadas de cierta habitualidad, pero el Tribunal de Casación ha optado por una actitud intermedia a no exigir, de una parte, la existencia de vida marital ni comunidad de vida y al denegar, por otra parte, el carácter de unión concubinaria a las relaciones pasajeras, exigiendo la estabilidad de las mismas conforme al significado de la palabra "estado"; también requiere la existencia de notoriedad en cuanto a los interesados deben ser considerados como amantes dentro de un círculo más o menos amplio de parientes, amigos y vecinos⁷¹.

V. EFECTOS

Del análisis de los preceptos del Código Civil Federal que mencionan al concubinato, nos encontramos que son principalmente cuatro efectos jurídicos que se contemplan y que son principalmente los relacionados con la filiación y parentesco, alimentos, domicilio y sucesión, los cuales a continuación revisamos.

A) PARENTESCO Y FILIACION.

Es importante destacar que los concubinos no son parientes entre sí y los efectos jurídicos que derivan de su relación con sus descendientes comunes son productos de las normas del parentesco y filiación, las cuales son aplicables independientemente del estado civil que guarden los progenitores, debido a que no existe en nuestra legislación civil una diferenciación relacionada con los hijos

⁷¹ GARCIA CANTERO, Gabriel, obra citada, pág. 63.

legítimos e ilegítimos.

Por parentesco entendemos el vínculo jurídico existente entre personas relacionadas entre sí por consanguinidad, matrimonio y adopción.

Del anterior concepto desprendemos tres tipos o clases de parentesco que son el consanguíneo, por afinidad y adopción; al primero lo podemos definir como la relación jurídica existente entre personas que descienden unas de otras o de un tronco común; al segundo como la relación jurídica que se entabla exclusivamente entre el cónyuge y los parientes de su pareja y; finalmente al tercero como el vínculo existente entre el adoptante y el adoptado.

Debido a que el concubinato carece de una sanción legal en su constitución jurídica es obvio deducir que de él no se genera el parentesco por afinidad de conformidad con lo previsto en el artículo 244 del Código Civil Federal que a la letra cita: "El parentesco por afinidad es el que se contrae por matrimonio entre el varón y los parientes de la mujer y los parientes del varón".

Sin embargo y para efectos de nuestro estudio consideramos necesario exponer las reformas del 25 de mayo del año 2000, del cual emana el parentesco por afinidad del concubinato, en la redacción del artículo 294 del Código Civil para el Distrito Federal, las cuales son vigentes a partir del primero de junio del mismo año y que preceptúan que "el parentesco de afinidad es el que se adquiere de matrimonio o concubinato, entre el hombre y la mujer y sus respectivos parientes consanguíneos".

El parentesco por afinidad tiene algunos efectos dentro del Derecho de Familia

que generalmente se manifiestan en forma de impedimentos, verbigracia para contraer matrimonio en línea recta o heredar. Al igual que el parentesco consanguíneo, éste se presenta en línea recta y colateral; en línea recta ascendente sería la relación jurídica de un cónyuge o concubino con los padres del otro, en línea recta descendente es la relación de un cónyuge o concubino con los hijos del otro, que no sean también suyos. Por lo que respecta a la línea colateral debe entenderse claramente que este parentesco consanguíneo no une a las familias de los cónyuges o concubinos entre sí; el parentesco se entabla para efectos de ley entre el marido o concubino y los parientes de la esposa o concubina y éstas respectivamente con los del varón, pero las familias siguen separadas sin estar unidas por cuestión de parentesco.

En este sentido es importante hacer notar, que cuando la causa que le da origen a la afinidad deja de existir, es decir cuando el matrimonio se disuelve, surge el impedimento para contraer matrimonio entre uno de los cónyuges y los parientes consanguíneos en línea recta de su ex-cónyuge. Es decir que el varón una vez resuelto el vínculo matrimonial, no puede contraer matrimonio con la abuela, madre o hija de su ex-mujer que no fuese hija suya también y viceversa en el caso de su ex-mujer al no poder contraer ésta matrimonio con su suegro o con su hijastro.

Para concluir en materia de parentesco, podemos deducir que por analogía a las disposiciones existentes para el matrimonio, éste impedimento debe ser aplicable a las personas que convivieron en concubinato, siempre y cuando esta situación haya quedado debidamente acreditada.

La filiación se conceptúa como la relación jurídica existente entre padres e hijos,

es decir por el solo hecho de la procreación nacen efectos jurídicos, independientemente del estado civil que guarden los progenitores. Aunque no siempre sea este hecho exclusivo para que se origine la filiación debido a que se contempla también la adopción. Es decir que del hecho natural de la procreación nace un conjunto de relaciones jurídicas permanentes entre los progenitores y su descendencia, al respecto encontramos la siguiente tesis.

HIJOS NATURALES MAYORES DE EDAD HABIDOS EN CONCUBINATO, REGISTRO DE LOS.

La filiación natural establecida en el artículo 365 del Código Civil del Estado de México, tratándose de los hijos nacidos del concubinato, constituye una presunción, que facilita su filiación por alguno de los medios de prueba establecidos por en la ley, demostrado así que el nacido es hijo del concubinato de la concubina, hecho éste que hace se le tenga como hijo de ambos; pero ello no significa que la circunstancia de que los supuestos padres hubiesen vivido en concubinato, haga presumir que es producto de esa unión, el hijo no reconocido que afirma nació de la concubina dentro de los ciento ochenta días contados desde que comenzó el concubinato, o dentro de los trescientos días siguientes al en que cesó la vida en común, teniendo en cuenta que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 342, la filiación de los hijos resulta, con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento, lo que puede ser probado por otros medios, pues indudablemente su demostración constituye una investigación de la maternidad, que solo puede intentarse en vida de los padres, en términos de lo dispuesto por los artículos 367 y 370 del señalado Código Civil, a no ser que el fallecimiento hubiere ocurrido durante la menor edad. Así pues, el hecho de que una persona afirme saber quienes fueron sus padres y acredite que fue tratada por estos y su familia como hija, proveyendo para su subsistencia y educación, lo que constituye la posesión de estado de hijo, sólo le da derecho a obtener ese reconocimiento mediante la investigación de maternidad o paternidad, en vida de los presuntos padres que obviamente se negaron a reconocerla por alguno de los medios que contempla el artículo 351 del señalado Código Civil; de manera que si dicha persona no pretende esa investigación que además resulta improcedente, es obvio que carece de derecho para obtener su reconocimiento mediante el registro extemporáneo de su nacimiento ante el Oficial del Registro Civil, declarado por persona distinta a sus progenitores y en contravención a lo dispuesto por los preceptos aplicables, registro cuya acta por lo consiguiente resulta nula, toda vez que el Oficial del Registro Civil al levantar dicha acta no solo se aparta de lo ordenado en la

autorización que correctamente haya sido concedida a la registrada por el Departamento Contralor de Oficialías del Registro Civil, sino que asienta hechos que, por no constarle, resultan inciertos.

Amparo directo 2477/80 María del Carmen González Jiménez. 27 de abril de 1981. 5 votos.

Ponente: J. Ramón Palacios Vargas.

Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. 7a. Época. Volumen 145-150.

Página: 255. Clave: Tesis:.

En nuestro sistema jurídico se contemplan dos tipos de filiación; por una parte, la filiación consanguínea que deriva del hecho propio de la procreación entre progenitores y descendientes y por otra parte la filiación adoptiva, cuya fuente la encontramos en la ley, a través del acto jurídico de la adopción, cuya relación se da entre el adoptante y el adoptado.

La filiación habida fuera del matrimonio, estriba en el hecho de la presunción de hijos de los concubinos prevista en el artículo 383 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual establece al igual que en el matrimonio a los nacidos después de ciento ochenta días, contados desde que comenzó el concubinato, o bien a aquellos nacidos dentro de los trescientos días siguientes al en que cesó la vida común de los concubinos. En la línea ascendiente, el parentesco se establece independientemente del concubinato, por el hecho de la procreación.

FILIACION NATURAL. HIJO HABIDO EN CONCUBINATO. LEGALMENTE SE PRESUME HIJO DE LOS CONCUBINOS. (LEGISLACION DEL ESTADO DE DURANGO)

El artículo 378 del Código Civil del Estado de Durango dispone que se presumen hijos del concubinario y 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 en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina. esta presunción legal, evidentemente, rige, si de las constancias de autos y del acta de nacimiento del menor se prueba que existió el concubinato y que el nacimiento del menor incurrió dentro del concubinato y no hay en autos prueba alguna que

destruya los hechos en que se finca esa presunción legal, para atribuir legalmente la paternidad al concubinario.

Amparo Directo 3591/73 Angel Rivas Barraza. 16 de Octubre de 1974-5 votos. Ponente: Ernesto Solís López.

Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. 7a. Epoca. Volumen 70. Página: 43. Clave:. Tesis:.

Sin embargo, la actual legislación civil para el Distrito Federal, en la cual se reformó la redacción de la fracción I del artículo 383, que anteriormente contemplaba una presunción de hijos de los concubinos similar a la del matrimonio, en favor de los nacidos después de 180 días desde el momento en que comenzó el concubino; dicha modificación consiste únicamente en otorgar el beneficio de la presunción por ley a aquellos nacidos dentro del concubinato, lo cual elimina el computar los períodos, debido a que es muy difícil establecer a partir de que momento inició dicha relación.

B) ALIMENTOS.

El Código Civil Federal establece en su artículo 302, la obligación alimentaria de manera recíproca entre los concubinos; tal vez, tratando de igualar la condición del hombre y la mujer frente a la Ley.

Asimismo, la obligación alimentaria entre concubinos prevista en el artículo 291 Quater del Código Civil para el Distrito Federal (reformas del 25 de mayo del año 2000), establece que el concubinato genera entre los concubinos derechos alimentarios y sucesorios, independientemente de los demás derechos y obligaciones reconocidos en este Código o en otras leyes; ésto viene a ser reforzado por lo preceptuado en los artículos 301 y 302 de dicho ordenamiento

común. Efectivamente el artículo 302 del capítulo titulado "De los Alimentos", establece que los cónyuges están obligados a proporcionarse alimentos, determinando la propia ley en que casos queda subsistente esta obligación, cuando concurren circunstancias de separación, divorcio, nulidad de matrimonio y otros que la norma jurídica señale; finalizando que los concubinos están obligados a proporcionarse alimentos en forma recíproca, especificando que el que los otorga tiene derecho a exigirlos (artículo 301).

Puntualiza el artículo 291 Quintus del Código Civil para el Distrito Federal que al cesar la convivencia, la concubina o el concubinario (sic) que carezca del ingreso o bienes suficientes para su sostenimiento tiene derecho a una pensión alimenticia por un tiempo igual al que haya durado el concubinato. No podrá reclamar alimentos quien haya demostrado ingratitud, viva en concubinato o contraiga nupcias. Concluye el precepto que nos ocupa en un segundo párrafo que este derecho podrá ejercitarse sólo durante el año siguiente a la cesación del concubinato.

Por lo que se refiere a la obligación alimentaria en los casos de herencia, el artículo 1368 fracción V, ubicado en el capítulo V, Título Segundo, Libro Tercero del Código Civil Federal, el cual habla de los bienes de que se puede disponer por testamento y de los testamentos inoficiosos; prevee la obligación del testador para otorgar alimentos a la persona con quién vivió como si fuera su cónyuge durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o con quién tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato y que el superviviente esté impedido para trabajar y no tenga bienes suficientes. Este derecho sólo subsistirá mientras la persona de la que se trate no contraiga nupcias y observe buena conducta. Continúa agregando el

citado precepto al igual que su similar 1635 del mismo ordenamiento que en caso de que fueran varias personas con las que el testador vivió como si fueran su cónyuge, ninguna de ellas tendrá derecho a alimentos.

Dentro del mismo capítulo, el artículo 1373 establece una serie de reglas, para ministrar alimentos a las personas que tienen derecho en el caso de que el caudal hereditario no fuere suficiente para tal efecto y estos comprenden en orden de exclusión a prorrata a los descendientes y cónyuge supérstite, a los ascendientes, a los hermanos y a la concubina, así como a los demás parientes colaterales dentro del cuarto grado.

Finalmente nos encontramos con que el concubinato puede configurar una causa de extinción de la obligación alimentaria, esto puede darse en los casos en que después de sancionado el divorcio voluntario, la mujer o el varón que acreditaron en su caso no tener ingresos suficientes para sostenerse, disfrutarán de una pensión alimenticia por el tiempo que duro su matrimonio; esto siempre y cuando no contraigan nuevas nupcias o bien convivan en concubinato con un tercero, según preceptúa el artículo 288 del Código Civil Federal.

A propósito de este precepto, el mismo fue considerado en las modificaciones del 25 de mayo del año 2000 por el órgano legislativo del Distrito Federal, cuyas reformas contemplan también en los casos de divorcio necesario, el derecho a alimentos se extingue a favor del acreedor cuando contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato y en los casos de divorcio voluntario por vía judicial, sólo la mujer tendrá derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio, derecho que disfrutará si no tiene ingresos suficientes y mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.

C) DOMICILIO.

Como el concubinato carece de una sanción directa que determine su constitución legal, no existe obligación de los concubinos para constituir y permanecer juntos en un domicilio determinado. La ley únicamente hace referencia a la situación de convivir como si fueran cónyuges y, el hecho de vivir en las mismas condiciones que un matrimonio legal implica cohabitar en una misma habitación, dicha circunstancia permite establecer de manera irrefutable una presunción legal de la situación concubinaría.

Asimismo, el artículo 2448-H ubicado en el Capítulo IV, Título Sexto, Segunda Parte, Libro Cuarto del Código Civil para el Distrito Federal que comprende el arrendamiento de fincas urbanas destinadas a la habitación, establece dicha relación contractual no termina por la muerte de alguna de las partes celebrantes, sino únicamente por los motivos establecidos en las leyes. En este caso, el cónyuge, el o la concubina, los hijos, los ascendientes en línea consanguínea o por afinidad del inquilino fallecido se subrogarán en los derechos y obligaciones de éste, en los mismos términos del contrato, siempre y cuando hubieran habitado real y permanentemente el inmueble en vida del arrendatario.

Con las últimas modificaciones en materia de violencia intrafamiliar, el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal hace extensiva la facultad en favor de los concubinos de solicitar ante la autoridad competente la separación de personas como acto previo a una posible controversia, siempre y cuando cohabiten en un domicilio común similar al conyugal.

D) SUCESION

La sucesión de los concubinos está sustentada en el artículo 1635 único del capítulo VI denominado "De la Sucesión de los Concubinos", ubicada en el Título Cuarto del Libro Tercero relativo a las Sucesiones del Código Civil Federal, al estipular que "la concubina y el concubinario tienen derecho a heredarse recíprocamente, aplicándose las disposiciones relativas a la sucesión del cónyuge durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o cuando hayan tenido hijos en común, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato"; concluyendo en un segundo párrafo que "Si al morir el autor de la herencia le sobreviven varias concubinas o concubinarios en las condiciones mencionadas al principio de este artículo, ninguno de ellos heredará".

En los casos de sucesión legítima, el legislador previene en la fracción I del artículo 1632 del actual Código Civil Federal no modificado en las últimas reformas, el derecho a heredar por sucesión legítima a los descendientes, cónyuges, ascendientes, parientes colaterales dentro del cuarto grado y la concubina o concubinario (sic) si se satisfacen los requisitos consignados en el artículo 1635 ya citado.

Por otra parte el artículo 1368 fracción V del Código Civil Federal, preceptúa que el testador debe dejar alimentos a la persona con quien vivió como si fuere su cónyuge durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o quien tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato y que el superviviente esté impedido de trabajar y no

tenga bienes suficientes. Este derecho solo subsistirá mientras que la persona de que se trate no contraiga nupcias y observe buena conducta. Si fueren varias las personas con que el testador vivió como si fueran cónyuges, ninguna de ellas tendrá derecho a alimentos.

En concordancia a lo anterior, el artículo 1373 establece una serie de reglas para el caso de que el caudal hereditario no fuere suficiente para dar alimentos a los herederos que se mencionan en el artículo 1368, colocando en la fracción III, la ministración prorrateada entre los hermanos y la concubina del de cujus, después de otorgados a los descendientes, cónyuge supérstite y ascendientes.

Los concubinos tienen derecho a heredarse recíprocamente, aplicándose las disposiciones relativas a la sucesión de los cónyuges siempre y cuando se cumplan las condiciones señaladas en el artículo 1635 antes citado.

Como es lógico, los preceptos otorgan el mismo derecho a ambos concubinos, observando el principio de igualdad entre los individuos frente a la ley y la misma regla que norma la sucesión de los cónyuges.

Es importante señalar que la continuidad de las relaciones concubinarias necesariamente deberán ser interrumpidas o afectadas por la muerte de uno de los concubinos para que el otro pueda gozar de los derechos que otorga la ley; si de las pruebas rendidas se ve que desde meses antes de la muerte del concubinario, terminaron las relaciones que aunque singulares o permanentes había tenido en otra época, al no perdurar hasta la muerte del autor de la sucesión, no puede cumplirse el requisito que la ley exige de la vida de la

concubina, con el concubino como si fuera su marido durante los cinco años inmediatos a su muerte.

Asimismo, es destacable el hecho de que debe probarse que se vivió en una relación concubinaria, los cinco años inmediatos precedentes a la muerte de uno de los concubinos, no basta que una persona haya probado haber sido concubina(o) del autor de la herencia para que se declare heredera, sino que debe demostrar haber vivido con éste durante los cinco años inmediatos que precedieron a la muerte de dicha persona física; porque aún habiendo sido concubina(o) debe acreditar en el juicio intestamentario tener derecho a heredar con tal carácter por haber concurrido los requisitos del artículo 1635 del Código Civil.

VI. REFORMAS Y ADICIONES AL CODIGO CIVIL

Debemos mencionar que el presente trabajo de estudio se realizó antes de la publicación en la Gaceta Oficial del Gobierno del Distrito Federal del Decreto por el que se derogan, reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal y del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, mismo que entró en vigencia a partir del primero de junio del año 2000.

Acorde con lo anterior, se a procurado hacer el señalamiento respectivo dentro del cuerpo de la investigación, haciendo los ajustes que en estricto sentido consideramos necesarios, a fin de dar con ello la debida coherencia a nuestra exposición.

En este sentido, el presente apartado tiene como finalidad señalar a grandes rasgos las reformas aludidas, a reserva de lo expuesto en los apartados correspondientes que se hicieron en su caso al externar nuestra opinión al respecto; siendo así, comenzaremos brevemente con mencionar que se adicionan dos nuevos capítulos, uno de ellos como Título Cuarto Bis, con un Capítulo único titulado "De la Familia" del Libro Primero y un Capítulo XI "Del Concubinato" del Título Quinto del Libro Primero.

Para el legislador del Distrito Federal era imperante señalar y dejar en claro que el concubinato es fuente de relaciones jurídicas familiares, las cuales considera como generadora de deberes, derechos y obligaciones entre las personas vinculadas entre sí en razón de esta situación jurídica, además del matrimonio y el parentesco, como lo estipula el artículo 138 Quintus.

Es de llamar la atención que la nueva legislación común para el Distrito Federal dedica un Capítulo XI dentro del Título Quinto del Libro Primero, el cual contiene los artículos 291 Bis, 291 Ter, 291 Quater y 291 Quintus dedicados exclusivamente al concubinato.

El artículo 291 Bis, preceptúa que la concubina y el concubinario (sic) tienen derechos y obligaciones recíprocos, siempre que sin impedimentos legales para contraer matrimonio, hayan vivido en común, en forma constante y permanente por un período de dos años que preceden inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones a las que alude este capítulo (en este sentido, preceptúa el artículo 291 Quater que del concubinato se generan derechos alimentarios y sucesorios entre los concubinos, independientemente de los otros derechos y obligaciones reconocidos en este Código Civil y en otras leyes). Puntualiza en su segundo párrafo que no es necesario el transcurso del período mencionado cuando, reunidos los demás requisitos tengan un hijo en común. Finaliza dicho precepto que si con una misma persona se establecen varias uniones del tipo antes descrito, en ninguna se reputará concubinato. Quien haya actuado de buena fe podrá demandar del otro daños y perjuicios.

Posteriormente el artículo 291 Ter, ordena que regirán al concubinato todos los derechos y obligaciones inherentes a la familia en lo que fueren aplicables en concordancia con lo preceptuado por el artículo 138 Quintus, establece que las relaciones jurídicas familiares son generadoras de deberes, derechos y obligaciones y que surgen entre las personas vinculadas por lazos de matrimonio, parentesco y concubinato.

En este sentido el artículo 138 Ter preceptúa que las disposiciones que se

refieren a la familia son de orden público y de interés social y tiene por objeto proteger su organización del desarrollo integral de los miembros, basados en el respeto a su dignidad.

No siendo tema de este trabajo lo actualmente contemplado en la legislación civil del Distrito Federal, sólo haremos unos comentarios a grandes rasgos de lo que consideramos más relevante.

- El legislador del Distrito Federal no define lo que por concubinato debe entenderse, sin embargo al igual que la anterior legislación y que se mantiene en el Código Civil Federal, señala los requisitos que deberán reunir las uniones para ser reputadas como concubinato.
- Consideramos que una de las aportaciones más importantes de esta nueva legislación civil del Distrito Federal radica en considerar las normas del concubinato como normas de orden público e interés social, debido a que al concubinato se le contempla como una fuente de creación de relaciones jurídicas familiares.
- Sobresale sin lugar a dudas, la reducción del lapso para configurarlo de cinco a dos años, con ello se tutelan de una manera más ágil y eficaz intereses que anteriormente se encontraban afectados o perjudicados; sin embargo, el legislador fue omiso conforme lo establecido en la fracción V del artículo 1368 al no reducir aquí también el término de cinco años para el derecho a heredar ab-intestato en favor de los concubinos, contradiciendo con ello lo contemplado en los artículos 291 Bis y 291 Quater.

CONCLUSIONES

Dentro de la legislación civil de los Estados Unidos Mexicanos, aunque de manera incompleta y únicamente algunos de sus efectos el Derecho familiar ha observado el criterio de tutelar exclusivamente al concubinato regular, es decir a aquellas uniones monogámicas cuyo ánimo reside en el deseo de cohabitar imitando al matrimonio legítimo, en el sentido de compartir las cargas de la vida voluntariamente sin vicios del consentimiento (error, dolo, violencia, mala fe, etc.), y sin contrariar al orden público ni a la moral, ya que los individuos de sexo diferente que conviven así pueden en un momento dado celebrar su matrimonio por no tener impedimento legal alguno. Ninguna de las dos personas deberán estar unidas en matrimonio legítimo porque el concubinato no pretende ir en contra de la ley y de los principios que rigen a la citada institución como lo haría el adulterio o el incesto.

Por lo que respecta a la jurisprudencia mexicana a diferencia de la francesa (en la cual como pudimos ver se estructura un verdadero sistema jurídico supletorio de la legislación común de aquel país) no aporta mayor solución a la problemática planteada por las relaciones concubinarias; aquella se manifiesta en criterios aislados unos de otros y contradictorios entre sí, al grado de no establecer una definición y mucho menos el aclarar la naturaleza jurídica del concubinato.

Finalmente, en relación a la doctrina podemos decir que es imprecisa, ya que existe una gran diversidad de opiniones discordantes unas de otras que impiden un criterio uniforme en la ciencia jurídica del país; dicha confusión deriva de la propia ley, la cual es incompleta en el tratamiento de las relaciones

concubinarias y a la vez es causa de muchas interpretaciones derivadas del criterio subjetivo de cada autor. Ello pues hace que la ciencia del Derecho sea incapaz de aportar una definición exacta de lo que por concubinato deba entenderse y su contribución, generalmente valiosa en la solución de los problemas jurídicos, ahora es completamente nula.

Son realmente muy pocos los autores que han estudiado la problemática a fondo y aquellos que lo hacen lejos de proponer una solución, cuestionan la situación concubinaria, calificándola como un hecho ilícito que atenta contra la moral y las buenas costumbres. Inclusive algunos tratadistas se han referido a un concubinato contrario a la ley y a la moral asimilando a esta figura jurídica la unión de dos personas de un mismo sexo, de tal manera que si partimos de un principio establecido en nuestro Código Civil Federal, que deben ser dos personas de sexo diferente, es fácil concluir que esa unión sería inexistente para nuestro Derecho por no poder hablar de nulidad relativa o absoluta. Es imprescindible desestimar aquellos criterios que establecen al concubinato como un acontecimiento ilícito y origen de una problemática jurídica, toda vez que como podemos advertir se trata de una situación no prohibida y por lo tanto permitida por la ley.

Consideramos muy importante señalar las deficiencias de que adolece nuestro ordenamiento jurídico respecto a la "reglamentación" de las relaciones concubinarias y, a partir de estas observaciones, emitir los puntos de vista que a nuestra consideración debería tomar en cuenta nuestro legislador y normar su criterio, a fin de subsanar las lagunas jurídicas que representa la realidad de las uniones concubinarias.

En el actual estado de cosas podemos concluir que la actual legislación civil federal es discriminatoria, obsoleta e imprecisa u omisa, respecto al tratamiento jurídico de la situación concubinaría:

PRIMERA.- Partimos del principio de que el concubinato análogamente al matrimonio es génesis de la familia; para el ordenamiento jurídico esta circunstancia se sustenta en el hecho de que la situación concubinaría como tal, no contraviene en modo alguno el régimen constitutivo y orgánico del matrimonio, como medio moral generalmente aceptado para fundar una familia cuyas normas son de orden público y de interés social; sin embargo, existen artículos dentro del Código Civil Federal que son discriminatorios de dicha situación jurídica de hecho, tales como son los artículos 1368 fracción V, 1373 fracción III y 1602 fracción I; el primero, al establecer que el testador deberá dejar alimentos a las personas que se enumeran, colocando en quinto lugar al concubino o concubina, detrás de los ascendientes, siendo que debiera colocarlos junto al cónyuge situado en tercer término, debido a que uno excluye al otro. A nuestra consideración dicha fracción debiera redactarse en los siguientes términos:

1368 ...

III.- Al cónyuge o en su caso concubina(o) supérstite, cuando esté impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes para sostenerse. Salvo otra disposición expresa del testador, este derecho subsistirá cuando el superviviente viva honestamente y en tanto no contraiga matrimonio o se compruebe que convivía una unión concubinaría.

Por lo que se refiere al segundo precepto aludido, este es similar al anterior en cuanto al orden de preferencia, salvo que en este caso la hipótesis completa se refiere a la insuficiencia del caudal hereditario para dar alimentos a las personas que tienen derecho a ello, colocando en la fracción III a la concubina con los hermanos a prorrata, después de ministrados los alimentos a los ascendientes contemplados en la segunda fracción. Cabe hacer aquí un paréntesis para hacer notar que nada más se refiere a la concubina, siendo ello un rasgo más de lo discriminatorio del precepto. Hecha la anterior observación, sentimos que la primera fracción de dicho artículo debiera redactarse de la siguiente manera y con ello eliminar a la concubina de la fracción III de dicho artículo.:

1373...

I.- Se suministrarán a los descendientes y al cónyuge y en su caso concubina(o) supérstite a prorrata.

Finalmente la fracción I del artículo 1602 discrimina a las personas que convivieron en concubinato, al prescribir el derecho a concurrir en último lugar a heredar en sucesión legítima, después de los parientes colaterales dentro del cuarto grado; por lo que pensamos de acuerdo con lo anteriormente expuesto que dicha fracción debiera decir lo siguiente:

1602 ...

I.- Los descendientes, cónyuges o concubinos en su caso debidamente acreditada la situación ante autoridad competente,

parientes colaterales dentro del cuarto grado.

SEGUNDA.- Consideramos que la realidad social del concubinato ya no se ajusta a la normatividad común federal que la regula, ésta ya es obsoleta y anacrónica; somos un país más poblado, en donde los índices de mortandad son mayores a la par que las estadísticas nos muestran que el promedio de edad de los mexicanos oscila entre los veinte y los treinta años de edad, por lo que consideramos inadmisibles el lapso de cinco años de convivencia cuasimrimonial para configurar el concubinato.

Efectivamente, la relación para ser reconocida como concubinato, interpretando la ley, deberá ser permanente, reflejándose durante los cinco años anteriores a la muerte de uno de ellos para efectos de herencia. Esta hipótesis normativa nos parece excesiva, por que el hecho de establecer un término tan prolongado para externar una presunción legal de situación concubinaría, hace que queden desprotegidos los intereses de los esposos de hechos cuya principal virtud y oficio fue el de apoyar y administrar un hogar.

Quizás debiera la ley reducir dicho término a dos años, o bien, establecer que sin importar el tiempo, el individuo que sobreviva al otro dentro de la relación concubinaría, debiera heredar de la misma manera que lo hace el cónyuge supérstite, debiendo recurrir a todos los medios de prueba necesarios para acreditar la voluntad del hipotético muerto y del que invoca el derecho, de vivir en concubinato con todas sus consecuencias.

Ya el legislador del Distrito Federal previó esta circunstancia y en las adiciones del 25 de mayo del año 2000 reduce el término de cinco a dos años al establecer en el artículo 291 del Código Civil para el Distrito Federal que concubina y al concubinario (sic) tienen derechos y obligaciones recíprocos, siempre que sin impedimentos legales para contraer matrimonio, han vivido en común, en forma constante y permanente por el período mínimo de dos años que preceden inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones a que alude este capítulo.

Incluso al observar un término tan amplio, en el supuesto del artículo 288, observamos que se afectan intereses que legítimamente deben ser tutelados, al tener que esperar el o la ex-cónyuge a que transcurran cinco años para configurar el concubinato, para dejar de ministrar alimentos, siendo que el espíritu de la norma es liberar a los sujetos pasivos de dicha obligación, sin necesidad de que transcurra el tiempo que duró su matrimonio.

TERCERA.- Es imprecisa porque el legislador considera que pueden subsistir más de una relación concubinaria sostenida por una misma persona; consideramos que la ley debe ser clara al emplear el término concubinato para evitar confusiones en su utilización, es por ello que a nuestro entender la ley debe tutelar los concubinatos únicos, es decir que el concubinato debe excluir a otro concubinato, al igual que sucede con el matrimonio.

Interpretando lo establecido en el segundo párrafo del artículo 1635

del Código Civil Federal, podemos considerar que dentro de un caso concreto un individuo, puede sostener varias relaciones concubinarias que a su vez serían carentes de efectos de derecho para los individuos que las sostienen; ésto es incongruente en el sentido de que si el legislador a considerado otorgar efectos jurídicos al concubinato es precisamente por el hecho de su similitud con el matrimonio, es decir tutelar aquellas relaciones de convivencia que en nada contravienen al orden jurídico. Así pues, conforme a la ley los concubinos deben ser únicos exclusivos uno del otro para que la misma conceda efectos jurídicos, pues si existen varios tendrán el carácter de tales pero no el derecho a heredar como lo establece el último párrafo del artículo 1635 del citado Código. A este respecto es importante citar que el artículo 291 Bis del Código Civil para el Distrito Federal preceptúa que si una misma persona establece varias uniones del tipo al que nos estamos refiriendo, en ninguna se reputará concubinato.

Es por ello que no le vemos sentido alguno a dicha redacción, si lo que se a pretendido es tutelar las relaciones monogámicas similares en lo posible al matrimonio, debido a que si existe más de un concubinato, no serían tomados en consideración al amparo de la ley, por lo que toca a sus efectos, ni mucho menos a recibir de la norma jurídica el nombre de concubinato o relaciones concubinarias.

CUARTA.- Otra imprecisión que podemos observar dentro del Código Civil Federal en materia concubinaria, radica en el hecho de que no se establece legalmente el momento en el que inicia el concubinato

y por lo tanto surge la duda en cuanto empieza la cohabitación para el cómputo de los cinco años para alimentos y herencia, o bien, los ciento ochenta días después de iniciada la relación concubinaria y/o trescientos días posteriores a su terminación, para la presunción de paternidad por parte del concubino respecto de los hijos de la concubina en las mismas condiciones que establece para el marido.

A diferencia del matrimonio el concubinato no se puede probar con documentos públicos como puede ser Actas de Registro Civil, únicamente podemos encontrar en esta materia la posesión del estado de concubinato como un elemento de prueba, que requiere según la doctrina, el nombre, el trato y la fama. Esto exige que se prueben mediante testimoniales y documentales los tres elementos de posesión ya mencionados, es decir, que exista la pareja, que vivan como casados durante cinco años, o tuviesen hijo(s) entre ellos, que se den el trato de cónyuges y que se ostenten como tales ante la comunidad. Resultará fácil comprobar su situación, a aquellos que han contraído nupcias religiosas y que cuentan con una constancia emitida por el Ministro de la Iglesia correspondiente; y a pesar de que el matrimonio eclesiástico no produce efectos legales, existe la institución jurídica de posesión de hijo que es tomada por el Derecho aceptando como medio de prueba el matrimonio eclesiástico.

Sin embargo, la actual legislación civil para el Distrito Federal, reformó la fracción I del artículo 383 para su aplicación en el

territorio de la Capital, en el sentido de otorgar el beneficio de la presunción por ley a aquellos hijos nacidos dentro del concubinato, eliminando con ello la complejidad que representa el computar el período de los 180 días, ya que es difícil establecer a partir de que momento inicia una relación concubinaría.

QUINTA.- Estimamos que es deficiente la redacción del segundo y tercer párrafos del artículo 288 del Código Civil Federal, al establecer que en los casos de divorcio voluntario tanto la mujer como el varón tendrán derecho a percibir alimentos por el mismo lapso o duración del matrimonio, siempre y cuando acrediten en su caso no percibir ingresos suficientes para sostenerse, mientras no contraigan nupcias o se unan en concubinato; lo anterior, en el sentido de que para configurar al concubinato se requieren cinco años de convivencia similar a la matrimonial y conforme a la ley se carece o no se tiene certeza jurídica de en que momento inicia la relación concubinaría; por lo cual se interpreta la necesidad de que transcurra el término de cinco años condicionado a la no procreación de hijos comunes; tiempo durante el cual tendrán derecho a seguir percibiendo alimentos los ex-cónyuges respectivamente; situación injusta porque podrían percibirlos indirectamente personas que no tienen derecho a ello, como son las personas que viven en concubinato con cualquier divorciado hasta en tanto no se cumplan los cinco años para configurar la situación jurídica de hecho y con ello dar fin a la obligación alimentaria a cargo de su ex-cónyuge.

Pensamos en aquellos casos de divorcio voluntario en los que después de diez años de matrimonio el varón está obligado a seguir ministrando alimentos a su ex-mujer, por el mismo lapso que duro su matrimonio y que después de cinco años de estar cumpliendo con su obligación, ella inicia la cohabitación en condiciones similares a la matrimonial con un tercero; en este caso el deberá esperar a que transcurran los cinco años de esa unión según el artículo 1635 del Código Civil Federal, para reputarse concubinato y con ello estar libre de dicha obligación; lo cual consideramos injusto y por lo cual propondríamos la reducción de dicho término o bien implementar la presunción de existencia de un concubinato notorio sin necesidad de que transcurra el término de los cinco años.

SEXTA.- Consideramos injusto lo establecido en el segundo párrafo del artículo 1635 en el sentido de no permitir el derecho a heredar abintestato a los concubinos recíprocamente en caso de no ser únicos o exclusivos y sobre todo en el caso de las mujeres que contribuyen al lado del varón en las labores domésticas y en la formación de un patrimonio pecuniario que les permita vivir en mejores condiciones y que en muchos de los casos ignoran la existencia de otros hogares concubinarios sostenidos por sus parejas.

Pensamos que el legislador por una solución relativamente acertada sin complicaciones al emitir este segundo párrafo; sin embargo cometió el error de ignorar aquellos casos en las

concubinas (ya que por lo regular es la mujer quien sufre más estas condiciones) ignoran la existencia de otros hogares formados por su pareja a la par del suyo propio, es decir aquellos casos en que existe buena fe por parte de uno de los concubinos para llevar en buenas condiciones el desarrollo de su familia contribuyendo para ello con la formación de un patrimonio que permita cabalmente cumplir con las obligaciones alimentarias de dicha familia así formada.

A este respecto el legislador capitalino implementó el pago de una indemnización por daños y perjuicios a favor de aquellos concubinos que actúan de buena fe al desconocer que su pareja sostenía otras relaciones de convivencia similares a la suya.

SEPTIMA.- Sin lugar a dudas podemos afirmar que el principal problema que presenta la actual legislación común referente a la situación concubinaría, radica en la omisión de un tipo legal principal que permita una completa estructuración normativa en materia familiar, a fin de prever jurídicamente la solución al cuestionamiento que representan las uniones monogámicas que son objeto de nuestro estudio.

Por lo que consideramos proponer como última conclusión del presente trabajo es que el legislador deberá definir al concubinato no como un hecho aislado, sino que se trata de una serie de hechos que conforman una situación jurídica que se manifiesta mediante una relación de convivencia permanente y continua de

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFIA

- 1.- CHAVEZ ASCENCIO, Manuel F. LA FAMILIA EN EL DERECHO. Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares. Editorial Porrúa.
- 2.- CHAVEZ ASCENCIO, Manuel F. LA FAMILIA EN EL DERECHO. Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Conyugales. Editorial Porrúa.
- 3.- FLORIS MARGADANT, Guillermo. DERECHO ROMANO. Editorial Esfinge.
- 4.- GALINDO GARFIAS, Ignacio. DERECHO CIVIL. Editorial Porrúa.
- 5.- GARCIA CANTERO, Gabriel EL CONCUBINATO EN EL DERECHO CIVIL FRANCES.
- 6.- GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. EL PATRIMONIO. Editorial Porrúa.
- 7.- IBARROLA, Antonio de. COSAS Y SUCESIONES. Editorial Porrúa.
- 8.- MONTERO DUHALT, Sara. DERECHO DE FAMILIA. Editorial Porrúa.
- 9.- ORTIZ URQUIDI, Raúl. DERECHO CIVIL. Editorial Porrúa.
- 10.- PETIT Eugene. TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO ROMANO. Editorial Porrúa.
- 11.- ROJAS BAQUEIRO, Edgar. DERECHO DE FAMILIA Y SUCESIONES. Editorial Harla.
- 12.- ROJINA VILLEGAS, Rafael. DERECHO CIVIL MEXICANO. Derecho de Familia. Editorial Porrúa.
- 13.- ROJINA VILLEGAS, Rafael. DERECHO CIVIL MEXICANO. Sucesiones. Editorial Porrúa.