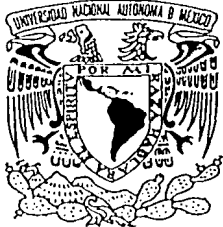


20721
248



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ACATLÁN"

PROPUESTA DE REFORMA Y ADICIÓN AL
CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO DE
JUNIO DEL 2002 EN MATERIA DE PROTECCIÓN
A LOS HIJOS HABIDOS EN CONCUBINATO.

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADA EN DERECHO

P R E S E N T A :

SARAÍN RODRÍGUEZ CARBAJAL

ASESOR: LIC. JOSÉ MARTÍNEZ OCHOA.

ACATLÁN, EDO. DE MÉXICO. NOVIEMBRE DE 2003



A

TESIS CON
LETRA DE ORIGEN



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.

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

Al Arquitecto del Universo.

**A mi ma:
Madre ejemplar, profesionalista
admirable, por haberme
infundido el amor por lo justo y
haber hecho de mí todo lo que
soy, por su amor y desvelos, por
su ejemplo y sus consejos.
Sabes que esto es el comienzo.**



**A mi hermano Fer, mi alma
repelida, mi cómplice.**

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

*Para mi abuelita Ceci: No pude haber
tenido una mejor. Gracias por taparme
mis ojitos, ahora veo mejor el futuro.*



*A mi tía Judy: siempre con el
consejo adecuado. Te quiero.*



TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

A mi Alma Mater por abirme el camino al invaluable tesoro del conocimiento, seré tu digna representante.



*Al Lic. José Martínez Ochoa:
Con cariño y respeto, por su doble tiempo y asesoría en la orientación de este proyecto.*



*Al honorable Sínodo:
Lic. Leoncio Camacho Morales
Lic. Juana Inès Chavarría Castorena
Lic. Edgar Eric Garzón Zúñiga
Lic. María Martha León Ortiz
Gracias por su disposición y atención.*

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



Ex facto, oritur ius

El Derecho nace del hecho

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

E

"PROPUESTA DE REFORMA Y ADICION AL CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE MEXICO
DE JUNIO DEL 2002 EN MATERIA DE PROTECCION A LOS HIJOS HABIDOS EN
CONCUBINATO".

I N D I C E

PÀG

INTRODUCCION.....1

CAPITULO I

MARCO CONCEPTUAL

1.- DEFINICION DE CONCUBINATO

1.1 Acepciones del vocablo concubinato.....5
1.2 Doctrina Jurídica.....5

CAPITULO II

PANORAMA HISTORICO

1.- HISTORIA DEL CONCUBINATO

1.1 Pueblos de la historia antigua.....10
1.2 Roma11
 1.2.1 Monarquía
 1.2.2 República
 1.2.3 Imperio
1.3 Derecho Canónico.....16
1.4 Derecho Francés..... 19
1.5 Derecho Alemán.....20
1.6 Derecho Español.....20
1.7 Derecho Anglosajón.....21

F

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

1.8 Juicios de valor sobre el concubinato.....	22
2.- EL CONCUBINATO EN EL DERECHO MEXICANO	
2.1 Derecho Precortesiano.....	24
2.2 Derecho Colonial.....	25
2.3 Derecho Independiente.....	26
2.3.1 Código Civil de 1870	
2.3.2 Código Civil de 1884	
2.3.3 Ley del Matrimonio Civil	
2.3.4 Ley sobre Relaciones Familiares 1917	
3.- EL CONCUBINATO EN EL DERECHO MEXIQUENSE	
3.1 Código Civil del Estado de México del 29 de diciembre de 1956.....	28
3.2 Código Civil del Estado de México del 7 de junio del 2002.....	29

CAPITULO III

ANALISIS JURIDICO DEL CONCUBINATO

1.-NATURALEZA EXTRA JURIDICA DEL CONCUBINATO.....	34
1.1 Una tesis sobresaliente.....	35
1.2 No constituye una Institución Jurídica.....	37
1.3 Consideraciones de Acto Jurídico.....	39
1.4 El concubinato es un Hecho Jurídico.....	41
2.-CAUSAS DE LA UNION EXTRACONYUGAL.....	42
3.- FINES DEL CONCUBINATO.....	44
4.- CARACTERES DEL CONCUBINATO	
4.1 ausencia de toda formalidad.....	45
4.2 Permanencia o Temporalidad.....	45
4.3 Procreación.....	46
4.4 Relación Sexual.....	46
4.5 Heterosexualidad.....	46
4.6 Notoriedad o Publicidad.....	47
4.7 Fidelidad.....	47
4.8 Monogamia.....	48
4.9 Singularidad.....	48

G

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

5.- REQUISITOS DEL CONCUBINATO PARA SU CONSTITUCION.....	49
6.- DEBERES Y DERECHOS EN EL CONCUBINATO.....	50
7.- EFECTOS JURIDICOS	
7.1 en relación a los concubinos.....	53
7.2 en relación a los hijos.....	56
7.3 en relación a los bienes.....	58
7.3.1 Posibilidad de constituir un Patrimonio de Familia	
7.3.2 Donaciones	
7.4 en relación a terceros.....	60
8.- LA RELACION FAMILIAR CONCUBINARIA.....	65
9.- ESTADISTICAS	
9.1 En relación a los concubinos.....	68
9.2 En relación a los hijos concubinarios.....	70

CAPITULO IV

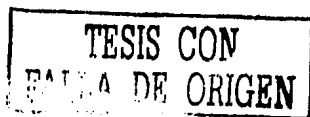
LOS HIJOS

1.-CONCEPTO DE HIJO.....	73
2.-PANORAMA HISTORICO	
2.1 Pueblos de la historia antigua.....	75
2.2 Roma	77
2.3 Derecho Canónico.....	80
2.4 Derecho Español.....	81
2.5 Derecho Francés Antiguo.....	82
2.6 Legislación durante la Revolución Francesa.....	83
2.7 Derecho Napoleónico.....	83
2.8 Código Civil Española.....	84
2.9 Legislación Alemana y Anglosajona.....	85
2.10 Declaración Universal de los Derechos Humanos.....	85
2.11 Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	85
2.12 Convención sobre los Derechos del Niño	86

H

<p>TESIS CON FALLA DE ORIGEN</p>

3.- LOS HIJOS EN LA LEGISLACION MEXICANA	
3.1 Derecho precortesiano.....	87
3.2 Derecho Colonial.....	87
3.3 Derecho Independiente.....	90
3.3.1 Código Civil de Oaxaca	
3.3.2 Código Civil de 1870	
3.3.3 Código Civil de 1884	
3.3.4 Ley sobre Relaciones Familiares 1917	
3.4 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.....	96
3.5 Códigos Civiles Actuales	
3.5.1 Código Civil del Estado de México de 1956.....	96
3.5.2 Código Civil del Estado de México del 7 de junio del 2002.....	97
4.- PATERNIDAD	
4.1 Definiciones.....	98
4.1.1 Paternidad	
4.1.2 Maternidad	
5.- FILIACION	
5.1 Definiciones.....	100
5.2 Filiación del hijo nacido dentro de matrimonio.....	104
5.2.1 Acción de desconocimiento de paternidad	
5.2.2 Acción de desconocimiento de maternidad	
5.2.3 Filiación matrimonial mexiquense	
5.3 Filiación del hijo nacido fuera de matrimonio.....	110
5.4 Reconocimiento de hijo.....	111
5.4.1 Reconocimiento voluntario	
5.4.2 Procedimiento	
5.5 Prueba de la filiación.....	117
5.5.1 Investigación de la Paternidad	
5.5.2 Investigación de la Maternidad	
5.5.3 Acciones contra el Reconocimiento	
5.6 Efectos de la legitimación de hijo.....	123
I.- CONCLUSIONES.....	125
II.- PROPUESTA: Presunción iuris tantum.....	129
III.- FUENTES BIBLIOGRAFICAS.....	134



INTRODUCCION

Dada la necesidad que tienen los niños de pasar por un largo período de desarrollo antes de alcanzar la madurez, su cuidado durante los años de relativa indefensión parece haber sido la razón principal para la evolución de la estructura de la familia.

Dice Friederich Herr: "En el matrimonio se decide el destino del mundo; en él se hace la historia; en él se encauzan las fuerzas del nacimiento, de la vida; en él, en su fracaso, se desencadenan las fuerzas de la destrucción, del odio y de muerte; En su origen son las mismas fuerzas, depende del hombre utilizarlas para bien o para mal. Junto al apoyo del mundo material, es el apoyo de los demás seres el que hace al matrimonio un matrimonio abierto".

Desde cualquiera de los puntos de vista el matrimonio constituye por excelencia, el fundamento de la familia y de la organización social por lo que Cicerón lo llama el principio de la ciudad y la semilla de la República, que no es un simple contrato de contenido patrimonial, es un vínculo íntimo que se da entre los contrayentes que al ser estable y permanente y dar la seguridad jurídica necesaria a los cónyuges, a la familia y principalmente a la descendencia que hubieren procreado.

Leyendo la mañana del viernes 7 de junio del 2002, el nuevo Código Civil del Estado de México, nos enteramos que alcanzaron la aprobación por la legislatura local las disposiciones que amplían la regulación del concubinato, tratando de asimilarlo a un matrimonio civil amplía los efectos en relación a los concubinos, no así con los hijos consecuencia natural e inocente de esta relación de hecho.

Esta situación no fue novedosa, varias legislaturas locales en nuestro país establecen regulaciones similares o superiores, y otras más están en proceso de realizarlas, desgraciadamente las medidas para que la progenie obtenga protección en las relaciones concubinarias aún siguen siendo limitadas.

Si bien el concubinato, es una institución que ha ido creciendo en los últimos cincuenta años, la tradición de nuestro país impidió este cambio en la legislación durante mucho tiempo, en estos lares australes desde un primer momento recibió la más calurosa de las oposiciones, basada fundamentalmente en nuestras creencias religiosas, muchos reconocen y reivindican que lo que sujeta a tal unión no son ya lazos jurídicos o religiosos

TESIS CON
FECHA DE ORIGEN

indelebles, sino que sólo existe un único aglutinante: el amor, factor que no podemos afirmar es eterno, ni afirmar que lo es pasados los tres años que señala la ley, pero he aquí la justificación para regular una relación inestable y que no proporciona la seguridad jurídica necesaria para los involucrados, incluyendo a los hijos, a quienes nuestros legisladores han dejado nuevamente en desventaja.

No podemos perder de vista que se trata de regulación de la familia, verdadero átomo de la estructura social de nuestro país. Tenemos en claro que están en juego las pautas de conformación de la familia mexicana para el siglo XXI, y si bien no hay acuerdo general en proteger a los concubinos, no existe fundamento para que no se proteja a los hijos, las familias "naturales", se integran inevitablemente con ellos, el Estado debe tener particular interés en proteger pues no es ético pretender que se vean afectados por conductas de las que no fueron partícipes, se responsabilicen por sus padres, les sean restringidos sus derechos, o se emita un código con reformas lo menos benévolas y protectoras: aquí es donde encontrará el motivo de este esfuerzo.

Entrando a nuestro estudio, la parte general se integra de una conceptualización inicial y doctrina vertida sobre concubinato, como punto de partida, eminentemente jurídico, para establecer las bases.

Citando a Marco Tulio Cicerón cuando en los Diálogos del Orador, decía que la historia es maestra de la vida, se hace una breve exposición, en el segundo capítulo, de las legislaciones universalmente reconocidas, denominando panorama histórico del concubinato, con lo que constataremos que si bien éste fue reconocido por la ley como un sustituto del matrimonio, nunca fue una adición al mismo, guardando siempre la característica de no permitir al hombre tener dos concubinas a la vez y a los hijos nacidos de concubinas se les segregó como ilegítimos, no pudiendo heredar. Además es el propósito demostrar que esta figura de hecho, siempre tuvo una razón lógica para que se le tolerara, no así en la actualidad, además de que los hijos han sido y siguen siendo el más terrible olvido legislativo.

Continuando con el estudio la parte tercera es un examen legal de estas relaciones de hecho, donde se determina su naturaleza, fines, características y requisitos, así como los deberes, derechos y efectos que emanan como consecuencia de su inicio.

Como se dijo, es menester tener presente que las familias que parten de una unión de hecho están integradas también por su prole, que el legislador debe tener particular interés en proteger, y tanto es, que casi

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

todas las normas al respecto son indisponibles, esto es, cualquier convenio en contra de ellas es nulo, por ello ha sido necesario entrar al estudio de estas "consecuencias naturales y lógicas" pasando por el trato legislativo dado desde la antigüedad hasta el mundo contemporáneo, conceptos básicos de hijo, paternidad, maternidad y la consecuente filiación y ubicando los procedimientos de reconocimiento y acciones que derivan, previstas actualmente en el código sustantivo vigente en el Estado de México, lo cual quedará debidamente actualizado en el capítulo cuarto de este estudio.

Frente a la expedición de nuevo Código Civil del Estado de México, consideré conveniente hacer un breve estudio de las normas que regirán al concubinato como institución familiar, con la finalidad de analizar y determinar si las modificaciones y adiciones a este ordenamiento legal cumplen con su objetivo primordial, es decir, tutelar los derechos fundamentales de la familia, evitar la desintegración de la misma y proteger a sus miembros, como se indica en la Exposición de Motivos del Decreto 70.

Debe entenderse que el Estado mexicano reconoce a la agrupación familiar fundada en el parentesco como inmediatamente destinada al cumplimiento de la misión de educar a la descendencia, para la aptitud corporal, espiritual y social, reservándose únicamente la vigilancia y el derecho a intervenir cuando falle el cuidado y la educación paterna, me permito presentar la propuesta, que respaldada por esta investigación, sustente mi hipótesis de dar protección mayor a los hijos habidos en concubinato con una solución viable, a cargo del poder legislativo para resolver el problema de la desprotección a la progenie concubinaría, mediante la adición de una presunción legal *iuris tantum* de paternidad sobre los hijos de la concubina que opere *ipso iure* y que traslade la carga de la prueba al concubino aplicando la *sine actione agis*.

Finalmente me permito presentar las conclusiones de esta investigación.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPITULO I
MARCO CONCEPTUAL

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

CAPITULO I: MARCO CONCEPTUAL

1.- DEFINICION DE CONCUBINATO

1.1 Aceptaciones del vocablo

(Del latín concubinatus, comunicación o trato de un hombre con su concubina.)

Se refiere a la cohabitación más o menos prolongada y permanente entre un hombre y una mujer solteros, hecho lícito que produce efectos jurídicos. Se le considera como uno de los problemas morales más importantes del derecho de familia. ¹

Concubinato, en sentido amplio, cohabitación de un hombre y una mujer sin la ratificación del matrimonio. En su sentido restringido, el concubinato es una forma de poligamia en la cual la relación matrimonial principal se complementa con una o más relaciones sexuales. ² Aceptación errónea jurídicamente, que veremos más adelante.

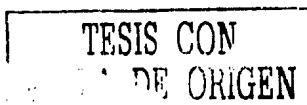
1.2 Doctrina Jurídica

Escriche señala respecto al concubinato que es: "La comunicación o trato de un hombre con su concubina. El concubinato es mirado contrario a la pureza del cristianismo, a las buenas costumbres y al interés del estado, pero la debilidad humana parece disminuir a los ojos de los hombres la gravedad de este pecado; y en las grandes ciudades no se hacen muchas diligencias para estorbar este trato ilícito ya por los disfraces con que suele cubrirse, ya por evitar otros males mayores, cuales son los raptos y adulterios que de este modo serían menos frecuentes. Hablo del concubinato entre personas libres o solteras pues el de las otras es castigado con cierta severidad y aún debe serlo también el de aquellos amancebados". ³

¹ Diccionario Jurídico 2000, Desarrollo Jurídico Copyright 2000, Todos los Derechos Reservados

² "Concubinato" Enciclopedia Microsoft® Encarta® 2000. © 1993-1999 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

³ Escriche, Joaquín "Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia" Tomo I. Editorial Porrúa, México 1999.



El concubinato es la situación de hecho en que se encuentran dos personas de distinto sexo que hacen vida marital sin estar unidos en matrimonio. Se trata, pues, de una unión de hecho con caracteres de estabilidad y permanencia; quedan indudablemente excluidas de su concepto tanto la unión transitoria de corta duración cuanto las relaciones sexuales estables pero no acompañadas de cohabitación.

Chávez Asencio define el concubinato: " Es un hecho voluntario del hombre, ilícito desde el punto de vista que la forma legal y moral de constituir una familia es el matrimonio pero que genera una serie de derechos, obligaciones y deberes familiares entre concubinarios y en relación a los hijos...se trata de la vida que el hombre y la mujer hacen como si fueran cónyuges sin estar casados; de la cohabitación o acto carnal realizado por un hombre y una mujer, cuya significación propia y concreta no se limita sólo a la unión carnal no legalizada, sino también a la relación continua y de larga duración existente entre un hombre y una mujer sin estar legalizada por el matrimonio. Es una comunidad de lecho que sugiere una modalidad de las relaciones sexuales mantenidas fuera de matrimonio" ⁴

Rafael de Pina Vara señala que: "es la unión de un hombre y una mujer, no ligados por vínculo matrimonial a ninguna otra persona, realizada voluntariamente, sin formalización legal para cumplir los fines atribuidos al matrimonio en la sociedad. Matrimonio de hecho."

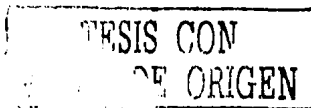
Señala Ramírez Gronda: "Es el estado resultante de relaciones sexuales habituales y continuas entre dos personas de distinto sexo, no casadas entre ellas..." ⁵

El concubinato es la situación de hecho en que se encuentran un hombre y una mujer, quienes sin tener ningún impedimento para contraer matrimonio, cohabitan como si fueran esposos —viviendo maritalmente—. Esta unión debe ser permanente y estable entre los concubininos, por lo que se diferencia de las uniones sexuales pasajeras o esporádicas.

Es la unión sexual de un solo hombre y de una sola mujer, que no tiene impedimento legal para casarse y que viven como si fueran marido y

⁴ Chávez Asencio Manuel F. "La Familia en el Derecho (relaciones jurídicas conyugales)" Editorial Porrúa 1999. Página 264

⁵ Ramírez Gronda, Juan D. "Diccionario Jurídico" Editorial Claridad, 11ª Edición, Argentina, 1999. Página 86



mujer en forma constante y permanente por un periodo mínimo que la ley determine, o menor si han procreado. ⁶

Baqueiro señala que: La unión de un hombre y de una mujer que cohabitan como si estuvieran casados, es decir, en forma más o menos permanente, se conoce como concubinato y el Derecho les reconoce ciertos efectos semejantes a los del matrimonio. ⁷

Rosalía Buenrostro Báez define: "La unión libre y duradera entre un hombre y una mujer que viven y cohabitan como si estuvieran casados, y que pueden o no producir efectos legales." ⁸

Galindo Garfias indica: "es la vida marital de varón y mujer solteros, sin que hayan celebrado el acto solemne del matrimonio" ⁹

El magistrado Edgar Elías Salazar manifiesta: "se trata de relaciones similares a las del matrimonio, estables, permanentes en el tiempo, con trascendencia jurídica y que muchas veces se identifican por su estabilidad y solidez con el matrimonio." ¹⁰

El notario Español Federico J. Cantero Núñez señala: "es aquella situación en la que se encuentran dos personas que conviven íntimamente sin compromiso de estabilidad – sin perjuicio de que la convivencia pueda durar indefinidamente – y al margen de la institución matrimonial." ¹¹

Partiremos de la concepción del concubinato como la unión sexual de un solo hombre y una sola mujer, que no tienen impedimento legal para casarse y que viven como si fueran un matrimonio en forma constante por un periodo que el mismo Código Civil vigente en el Estado de México,

⁶ Montero Duhalt, Sara. "Derecho de Familia" Editorial Porrúa, México 1990. Página 100.

⁷ Baqueiro Rojas. Op Cit. Página 23

⁸ Herrerías Sordo, María del Mar "El Concubinato: Análisis Histórico Jurídico y su problemática en la práctica" Editorial Porrúa, México 1998. Página 23

⁹ Galindo Garfias, Ignacio "Derecho Civil- Primer Curso" Editorial Porrúa, México 2001. Página 480.

¹⁰ Elías Salazar, Edgar "Personas y Bienes en el Derecho Civil Mexicano" Editorial Porrúa, México 1995. Página 89.

¹¹ Cantero Núñez, Federico J. "Reflexiones en torno a la pretendida regulación de las uniones de hecho" Revista de Derecho Privado, tomo XXXIII, España 1995. Página 15.

establece de tres años, periodo que podrá ser menor, ya que no es necesario si han tenido un hijo.¹²

Cabe la transcripción inicial del artículo 4.129 para establecer los términos en que ha quedado el concubinato con la expedición del decreto 70, del cual podremos inferir qué se entiende para los efectos de la legislación sustantiva por relación concubinaria, por los elementos la tendremos como la unión de un hombre y una mujer, libres de matrimonio que vivan como esposos por un lapso menor de tres años, plazo que no será necesario si procrean un hijo.

Reglas para que los concubinos se den alimentos

Artículo 4.129.- Los concubinos están obligados a darse alimentos, si se satisfacen los siguientes requisitos:

I. Que estén libres de matrimonio;

II. Que vivan como esposos por un lapso no menor de tres años o tengan hijos de ambos.

La conceptualización anterior será objeto de análisis más profundo en capítulo IV dedicado exclusivamente al estudio de concubinato.

¹² Pérez Contreras, María de Montserrat. "Derechos de los Padres y de los Hijos" Editorial Cámara de Diputados, UNAM 2001. Página 11.

CAPITULO II:**PANORAMA HISTORICO**

CAPITULO II: PANORAMA HISTORICO

1.-HISTORIA DEL CONCUBINATO

Citando a Marco Tulio Cicerón de los Diálogos del Orador: "... la historia es maestra de la vida", es necesario, comenzar una recensión del trato legislativo al concubinato, para entender cómo se llegó a la normatividad de nuestros días.

1.1 Pueblos de la historia antigua

A través de la historia, un sinnúmero de pueblos han conocido formas semejantes de concubinato, teniendo en común, ser manifestaciones de las clases poderosas.

Lo que siempre ha existido, antes y ahora y en todo nivel socioeconómico es la infidelidad matrimonial, la creación de más de una familia por el mismo varón, lo que socialmente llamamos "casa chica" del hombre casado, esto en muchos de los casos fue considerado como concubinato, una relación aparejada la matrimonio, a veces un privilegio, sin embargo afinando el concepto con los años, queda en los términos que ahora conocemos, y que diferenciaremos en delante de las demás relaciones extramatrimoniales.

Las uniones fuera de matrimonio van tomando nombres como: concubinato, barraganería, amasiato, queridato, contubernio, arreglo, lío, etc., todas denotando una conducta antisocial y a veces ilegal.

El concubinato era una práctica legal y socialmente admitida en muchas culturas de la antigüedad, incluida la hebrea; sin embargo, a las concubinas se les negaba por regla general la protección a la que tenía derecho la esposa legal. Los antiguos germanos también aceptaban esta práctica como una forma inferior de matrimonio.¹³

Fue reconocido por la ley como un sustituto por el matrimonio, pero no como una adición al mismo. No se le permitía al hombre tener dos

¹³Concubinato" Enciclopedia Microsoft® Encarta® 2000. © 1993-1999 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

concubinas a la vez. Los hijos nacidos de concubinas fueron clasificados como ilegítimos, no pudiendo heredar.¹⁴

1.2 Concubinato Romano

1.2.1 Monarquía

En Roma existieron dos tipos de matrimonio: las *Iustae nuptiae* o *Iustum Matrimonium* y el concubinato. Ambas figuras fueron socialmente aceptadas y no requerían ningún tipo de formalidad; eran uniones duraderas y monogámicas entre un hombre y una mujer establecidas con la intención de procrear hijos y apoyarse mutuamente en la vida.¹⁵

En el Derecho romano, el matrimonio se definía de forma explícita como monógamo; se toleraba el concubinato, pero la consideración social de la concubina siempre fue inferior a la de la esposa legal. Aun así, se le reconocían ciertos derechos, como el deber del padre de mantener a sus hijos y su probable legitimidad en caso de celebrarse el matrimonio entre ambos.

Margadant explica que el concubinato era una forma de matrimonio, entiende una división de *Iustae nuptiae* y *concubinatus*, que no corresponden al significado actual del matrimonio y concubinato, pues se trataba de una coexistencia de un matrimonio con plenos efectos jurídicos y otro, socialmente respetado como el primero, pero de consecuencias jurídicas reducidas, las cuales, si es verdad que aumentan con la evolución de Roma, nunca llegan al nivel del matrimonio justo. Se trata dice, de una unión duradera y monogámica, de hombre y mujer, con la intención de procrear y de apoyarse, forma socialmente respetada, con el elemento de la convivencia sexual, sin intervención estatal alguna, que se distingue del matrimonio por faltar alguno de los requisitos para las

¹⁴ Durant, Simon, Will and Schuster "La historia de la civilización", Tomo III. "César y Cristo." New York, 1994. Páginas 396-397.

¹⁵ Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo I-O, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Editorial Porrúa, México, 2001.

justae nuptiae¹⁶, o bien las partes manifestar expresamente su deseo de no generar consecuencias jurídicas en la unión.¹⁷

Se consideraba concubinatio a la unión de un hombre y una mujer de carácter duradera y con la intención de procrear hijos, la diferencia con el matrimonio es que los efectos jurídicos eran infinitamente menores y los requisitos se reducían a ser púberes las partes y no mediar parentesco consanguíneo dentro del cuarto grado.

Esta relación surge como la convivencia por un hombre y una mujer que viven como esposos, pero que, por causa política o falta de connubium, no podían o no deseaban contraer nupcias.¹⁸

Sólo podía tenerse en concubinatio a mujeres púberes, esclavas o cualquier otro tipo de mujeres indignas para tomarse como esposas.¹⁹

Rigió en esta etapa la consideración: concubinatos extra legem poenam est (el concubinatio no está penado por la ley) y se le ubica como una unión que no tiene el rango de matrimonio y que, por tanto es inferior: inaequale conjugium.²⁰

1.2.2 República

La historia parece indicar entonces, que inicialmente el concubinatio nació debido a la necesidad de subsanar las desigualdades sociales, ya que un ciudadano de clase alta no era bien visto en caso de contraer nupcias con una mujer de baja extracción, situación que se amplió en caso de querer convivir con una liberta, le era imposible casarse con ella

¹⁶ IUS CONNUBIUM, derecho para contraer legítimo matrimonio, derecho privado del ciudadano romano, patricio y sexualmente capaz. la pubertad de 14 años para niños y 12 para niñas, consentimiento del pater familias, de los cónyuges, sin otros lazos matrimoniales, parentesco de sangre dentro de ciertos grados, relación de tutela o grandes diferencias de rango social.

¹⁷ Magadant, S. Guillermo Floris, "Derecho Romano" Editorial Esfinge, México 1998 Páginas 207, 208 y 226.

¹⁸ Herrerías Sordo, María del Mar "El Concubinatio. Análisis Histórico Jurídico y su problemática en la práctica" Editorial Porrúa, México 1998. Página 1

¹⁹ Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo I-O, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Editorial Porrúa, México, 2001.

²⁰ Magallón Ibarra, José Mario "Instituciones de Derecho Civil" Tomo II: Derecho de Familia, Editorial Porrúa, México 1998 Página 337

en virtud de faltarle el *ius connubium*, requisito ineludible para el matrimonio.²¹

En el derecho romano esta unión era inferior a las *iuste nuptiae*, en virtud de que no existía la *affectio maritalis*, es decir el ánimo de considerarse marido y mujer. En esta unión ni la mujer ni los hijos adquieren la condición de marido y padre, no entraban a la familia del pater para participar de la dignidad, situación que siguió durante la República.

Se establece para el concubinato:

- no estar unido en *iustae nuptiae* con tercera persona
- no mediar parentesco en los grados prohibidos
- debía existir el libre consentimiento, sin violencia o corrupción.
- ser púberes
- tratarse de una sola unión.²²

El concubinato era totalmente ajeno a cualquier previsión legal, la mujer que integraba la unión irregular se llama *pelex*, posteriormente cambia la denominación a concubina considerada más honorable a la anterior, la cual se reservó para la mujer que tenía comercio con un hombre casado.

1.2.3 Imperio

Como institución el concubinato debe su nombre legalmente admitido a la Ley *Iulia de Adulteriis*, en la legislación *Caducaria* dictada por Augusto en el año 9 a.c., como delito se señalaba el *stuprum*, la relación con toda joven o viuda fuera de matrimonio, con excepción de las relaciones duraderas denominadas concubinatos, esta ley los consideraba uniones estables y duraderas de carácter no matrimonial, constituida con una mujer con la que no se comete estupro, dando desde entonces el reconocimiento tácito. El concubinato se constituía con los siguientes requisitos:²³

²¹ Huber Olea, Francisco José. Op Cit. Página 85

²² Herreras Sordo, María del Mar. Op Cit. Página 1

²³ Idem. Página 3

- Que ambos fueran púberes
- Que no fueran parientes dentro de los grados prohibidos para el matrimonio
- Sólo se puede tener una concubina o concubino
- Ambos deben estar libres e cualquier vínculo matrimonial

Durante el periodo clásico este tipo de uniones es tolerado por lo que escapan a las sanciones de Augusto a las relaciones ilícitas, se consideró un matrimonio inferior no deshonoroso, que no producía ninguna de las consecuencias legales de las *iustae nuptiae*, la mujer no adquiría el rango del marido y los hijos seguían la condición de la madre, sin estar sujetos al *pater*.²⁴

El concubinato romano constituye entonces "la única forma de unión con libertas y mujeres tachadas, sin infringir preceptos de la *lex Iulia de adulteriis*", es decir, un matrimonio entre desiguales, ya sea desde el punto de vista social, ya de su capacidad jurídica.²⁵

A decir de Magallón Ibarra, el concubinato surge de dos fuentes²⁶:

- Augusto el aristócrata, no quiere las uniones de familias senatoriales y de oscuro origen, como son los libertos, para que produzcan efectos de matrimonio justo, de tal modo que si la hija de un senador se casaba con el hijo e un liberto el resultado era un concubinato, unión estable y monogámica, nada indecorosa, socialmente aceptada, pero sin efectos jurídicos.
- A pesar de las ventajas legales del matrimonio justo, a veces los interesados preferían una forma de convivencia maridable sin consecuencias jurídicas.

Ejemplos:

1.- una mujer romana de familia acaudalada, que se casa con romano de igual rango y menor fortuna o poca seriedad en sus negocios, prefiere un concubinato para que sus hijos no caigan bajo la patria potestad del concubinario y así los legados, fideicomisos,

²⁴ Huber Olea, Francisco José. Op cit. Página 86

²⁵ "BYBLOS. Revista de Bibliografía Histórico-Jurídica" Magdalena Rodríguez Gil: Vice Uxor. Notas sobre el concubinato en España desde la Recepción del Derecho Común Madrid, Universidad Complutense, 1998. Página 69

²⁶ Magallón Ibarra, José Mario Op Cit. Página 339

donaciones y herencias que reciban por línea materna queden fuera del patrimonio y administración paternos.

2.- Un viudo con hijos quiere casarse en segundas nupcias, pero prefiere un concubinato para que sus hijos futuros no sean legítimos y no accedan en sucesión ab intestato o a porción legítima (25%), dejándoles sólo un legado.

En el posclásico la regulación fue más amplia; Justiniano hace la distinción entre hijos habidos en concubinato y los vulgo concepti, especificando que aquéllos podían ser legitimados. Los hijos naturales tienen derecho a alimentos y a la sucesión legítima.

Con la Ley Papia Popaea, el concubinato adquirió el carácter de una institución legal, y se toleró, vio reafirmada su condición cuando en la compilación de Justiniano, se insertaron los títulos de concubinis, que le dieron a su legislación con una reglamentación minuciosa, inicialmente el concubinato era permitido entre las mujeres de baja reputación y esclavas, pero una mujer honesta, como manumitidas o ingenuas, podía descender a tal rango cuando la misma hacía una declaración expresa de ello. En cuanto a los hijos, incluso se prefirieron para cargos públicos, sobre los demás tipos de hijos ilegítimos, aún cuando no había parentesco establecido.²⁷

Desde la época de Constantino se intentó abolir el concubinato por considerarse contrario a la moral cristiana, preferían que los súbditos contrajeran matrimonio, incluso se ofreció a los hijos concubinarios, la posibilidad de legitimarlos mediante las justas nupcias de los padres, disposición conservada por Zenón y Anastasio.

Con el Emperador Justiniano la unión fue vista como estable con cualquiera de las mujeres de cualquier condición o de cualquier rango social, ya fueran ingenuas o libertas, con las que no se desea contraer matrimonio, la legislación justiniana eliminó los impedimentos matrimoniales de índole social, por lo que el concubinato varió su estructura anterior, quedando a partir de este momento como una cohabitación estable de un hombre con una mujer de cualquier condición social sin que exista la *affectio maritalis*.²⁸

²⁷ Herrerías Sordo, María del Mar. Op Cit. Página 1

²⁸ Idem. Página 4

Conservó además la disposición de la legitimación por matrimonio subsiguiente.

Fue llamado decurión el hijo habido en concubinato, y que es llevado por su padre a la curia del lugar de origen del pater familias para su reconocimiento como hijo, ante esta situación el hijo dejará su status de pater familias para ser alieni iuris mediante la legitimación, evitando que siga la situación jurídica de la madre y cambiándola por la del padre. Era necesaria la voluntad de ambos pater familias para la legitimación, la cual no procedía en hijos incestuosos. Es un acto civil.

Con los emperadores cristianos Basilio y León el Filósofo pudo ser proscrito la posibilidad de legitimación de los hijos nacidos de un concubinato. León el Filósofo fue el primero en Oriente en prohibir el concubinato por primera vez.

Con el Cristianismo se combaten las uniones ilegítimas, reforzando el matrimonio como la única fuente de la familia, surgiendo la legitimación de los hijos, en defensa de la institución.

1.3 Derecho canónico

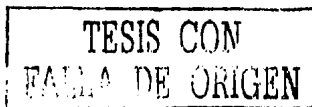
El derecho generado con el advenimiento del Cristianismo, es considerado muy severo con las relaciones voluntarias ²⁹ fuera de matrimonio eclesiástico, basta con leer el concepto dado a la concubina:

"Por concubina se entiende la mujer soltera corrupta".

Es lógico considerando las costumbres de la época que quien resultare señalado y castigado en una relación extramatrimonial sería la mujer, se consideraba al matrimonio, sociedad creada por mandato divino y sacramento, por tanto indisoluble. Los Concilios de Trento y Letrán legislaron ampliamente esta materia.³⁰ El Concilio de Trento (1563) representa un momento determinante. A partir de entonces se exigirá la

²⁹ Debe aclararse el término "voluntarias" ya que en el derecho canónico se exige del seductor de una mujer sin tacha que se casara con ella y la dotase "duc et dota", o bien, la indemnización por desfloración (disminución de sus posibilidades de matrimonio) y al padre del hijo ilegítimo a la indemnización de los gastos de las semanas en que la madre guarde cama (gastos de las seis semanas).

³⁰ Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo I-O, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Editorial Porrúa, México, 2001.



forma canónica (la declaración formal de consentimiento ante el párroco y dos testigos) para que toda relación entre hombre y mujer fuera considerada jurídicamente válida, en caso contrario se considerarían pecadores.

Los documentos encontrados definían al concubinato, cuando se distingue de la simple fornicación, en que el concubinato es una continuada fornicación, con una misma mujer, teniéndola como si fuese propia, ya sea casada, ya soltera, o ya tenga otro vínculo, se consideraba por todas las especies de lujuria, más grave que el adulterio porque además del pecado de la especie por donde divaga, añade la continuación de otros, que aumentan su malicia.

El concubinato, según el derecho canónico es: *Concubitus viri cum femina soluta, quam quis vel in domo propria, vel extra retinet, & ad quam frequenter, vel ex consuetudine accedit.*

Se consideró ex damatio coito pues por obstáculos de parentesco, ligamen o voto religioso no podían tener consagración legal.³¹

Tendrá lugar en la Monarquía hispánica, la convergencia en fines e intereses de la legislación canónica y la civil respecto al matrimonio y las relaciones extraconyugales.

Las penas impuestas contra los concubinarios de acuerdo al Concilio de Trento, era la excomunión, previa amonestación tres veces por el Ordinario. Y que si perseveraren por un año en el concubinato, despreciando las censuras, se proceda severamente contra ellos por el mismo Ordinario, castigándolos conforme a la cualidad del delito.

Si se trataba de Clérigos concubinarios eran amonestados, en caso de desobediencia, los priva de la tercera parte de los frutos y emolumentos de los beneficios, que se deben aplicar a la Iglesia u otro lugar pío. Lo tercero, que no obedeciendo a la segunda amonestación, sean además de lo dicho, privados de la administración de sus beneficios, y pierdan las pensiones; que si después de esto aún retienen las concubinas, sean privados perpetuamente de los beneficios, porciones, oficios, pensiones, y quedan inhábiles para obtener estas cosas en lo futuro. Si aun después de todo lo dicho, retienen las concubinas o mantienen trato con otras mujeres escandalosas, son castigados con la pena de excomunión.

³¹ Enciclopedia Jurídica Ormeba, Tomo XII: Fami- Gara. Editorial Bibliográfica, Argentina, 1999. Pág. 210

Este aspecto resulta especialmente revelador en el caso de la filiación, el Concilio de Trento, acabaría por consagrar la exclusión del patrimonio familiar a todos los hijos ilegítimos, y sería una de las causas determinantes de la confluencia, a partir de entonces, de las legislaciones canónica y secular.³²

El Derecho Canónico ha tratado con severidad el concubinato, llegando a establecerse prohibiciones a los concubinos de hacerse liberalidades entre sí y dejar bienes a los hijos habidos de esta unión.

Los Códigos de Derecho Canónico de Benedicto XV (1917) y Juan Pablo II (1983) consagraron cánones para definir los delitos y las penas, valorados de acuerdo a la calidad de sujeto activo fuera laico o clérigo. Encontramos la disposición vigente sobre el concubinato dentro de los delitos contra las buenas costumbres(cánon 2357), para que esta conducta sea considerada delictuosa es necesario que sea pública y como tal, fuente de escándalo, en razón de las circunstancias en que dicha conducta se produzca. Incluso señala la pena de suspensión para el clérigo concubinario advirtiéndose que si este persiste en esa conducta después de la amonestación, puede llegar hasta ser expulsado del estado clerical.³³

Según Deive, "el caso de sacerdotes que vivían con su concubina - la mula del diablo, como se decía en la época- y que tenían hijos con ella, se comprueba con frecuencia, y uno se sorprende de la relativa indulgencia empleada por la Inquisición con ellos". Si eso eran los pastores, imagínese como estaban las ovejas.³⁴

32 "BYBLOS: Revista de Bibliografía Histórico-Jurídica" Magdalena Rodríguez Gil: Vice Uxor. Notas sobre el concubinato en España desde la Recepción del Derecho Común Madrid, Universidad Complutense, 1998. Página 69

33 Cánón 2357: El concubinato "... 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 la vida matrimonial"

34 Soldevila, María Isabel. Análisis: "Casada y sin papeles", Internet. 2003.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

1.4 Derecho Francés

Las palabras de Napoleón Bonaparte en el Consejo de Estado definen la situación imperante en Francia frente al concubinato en toda la era:

"Los concubinos se pasan sin la ley, la ley se desentiende de ellos...la sociedad no tiene interés en que sean reconocidos los bastardos"

Ante la falta de regulación del concubinato, (porque era identificado con el adulterio y el amasiato), y la prohibición para investigar la paternidad, fueron las sentencias de los tribunales las que fueron otorgando protección a las concubinas, se denominaba unión libre, y se reconoce mediante jurisprudencia la acción para resarcimiento a la concubina o faux ménage (en estado aparente de matrimonio), en cuanto a la relación se prohibían las donaciones entre concubinos (suprimido posteriormente).

En 1912 se establecen derechos sucesorios por primera vez para las concubinas que establecieran familias con militares "bajo banderas" en caso de que el militar fuere el único o principal sostén económico de la familia.

Para la Corte de París el concubinato no podía ser invocado para demostrar una comunidad o sociedad de hecho, de manera que para alegar una sociedad de más de 180 francos, requería prueba por escrito.

La Corte de Burdeos tenía el mismo criterio, y la de Casación.

La Corte de Sena da a la concubina el estado de posesión de esposa, con situación preponderante, no de empleada sino de socia, derivando en derechos sucesorios hasta por el 50% del haber.³⁵

³⁵ Chávez Asencio Manuel F. "La Familia en el Derecho (relaciones jurídicas conyugales)" Editorial Porrúa 1999. Página 170.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

1.5 Derecho Alemán

Por su parte, la unión libre germánica, supone una cierta equiparación entre ambos contrayentes, pues la mujer adquiere, como en general en el matrimonio germánico, la condición de dueña de la casa, sin que además el marido obtenga, en estos casos, el dominio sobre ella, al no aportar dote, lo que, en última instancia, supuso "una menor circulación de bienes entre cónyuges".

Esta última forma de concubinato o barraganía se generalizará y arraigará, como práctica, según se pone de manifiesto en toda la Europa occidental de la Edad Media, influyendo incluso en las obras doctrinales de glosadores como Azo, o canonistas como Graciano, lo que da lugar a la distinción, entre legislación civil y canónica.³⁶

1.6 Derecho Español

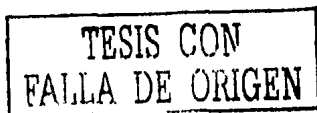
Desde la Edad Media, se advirtió en España la gran difusión del concubinato, el cual estaba previsto en las "Siete Partidas"³⁷ de Alfonso X el Sabio, como barraganía (del árabe barra, como fuera y de gana, raíz latina de ganancia, esto es ganancia hecha fuera de los mandamientos de la iglesia). Se calificó con este nombre a las uniones fuera del matrimonio, constituidas entre hombres y mujeres de condiciones sociales distintas.

Se consideró una especie de sociedad conyugal, constituida por un hombre y una mujer con el objeto de hacer vida en común, una ganancia hecha fuera del matrimonio de la Iglesia. Podía establecerse como contrato prorrogable.

Esta unión se permitía al hombre soltero, clérigo o lego con una mujer soltera en condiciones de permanencia y fidelidad, mujer no virginal o mayor de 12 años, sin parentesco, robada o casada. Como requisitos permitiéndose sólo una barragana y un hombre, libres de matrimonio, sin

³⁶ "BYBLOS: Revista de Bibliografía Histórico-Jurídica" Op Cit. Página 51.

³⁷ 4ª Partida, dedica todo el Título XIV.



impedimentos para contraerlo, se unen con carácter permanente y con trato de marido y mujer, considerados en su comunidad como esposos.³⁸

La condición para establecer la barraganía es que debe hacerse ante testigos expresando que la toma en esa calidad³⁹.

Esta relación se regula por lo generalizada que se presenta en España, expandida por no constituirse vínculo indisoluble y permitir además uniones a mujeres de clase social inferior. Dependiendo del tiempo que haya durado la relación la barragana adquiriría algunos derechos como conservar sus vestimentas al separarse y derechos sucesorios hasta en una mitad de los gananciales (Legislación Foral), derecho alimentos de la barragana embarazada a la muerte de su señor como si fuese viuda (Fuero de Cuenca), y en cuanto a los hijos concebidos antes que los legítimos heredaban por testamento del padre hasta la cuarta parte (Fuero de Soña) o igual que uno legítimo (con los Fueros de Burgos), situación cambiante con la exaltación del matrimonio en épocas posteriores.⁴⁰

1.7 Derecho Anglosajón

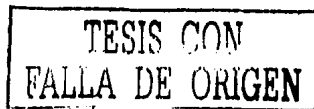
En el mundo moderno encontramos ya la idea de que el matrimonio no surge, sino a través de una forma, no ya mediante una simple convivencia, está casi universalmente aceptado, con escasas excepciones del derecho anglosajón, que practica comúnmente la celebración pero admite a veces el llamado Marriage by living and repute, es decir, nacido sin más de un estado de hecho.⁴¹

³⁸ Herrerías Sordo, María del Mar. Op Cit. Página 5

³⁹ Magallón Ibarra, José Mario Op Cit. Página 344

⁴⁰ Herrerías Sordo, María del Mar. Op Cit Página 5

⁴¹ Magallón Ibarra, José Mario. Op Cit. Páginas 342 y 343



1.8 Juicio de valor sobre el concubinato

La opinión mayoritaria, tanto en la doctrina de los autores como en la contenida en los fallos judiciales de los diversos países, considera que la relación concubinaria implica un valor negativo, desde el punto de vista ético para unos, religioso para otros, o en el campo del orden social. Ese carácter negativo determina en autores y legisladores diversas concepciones acerca de cómo debe encarar el derecho ese hecho que aparece en el medio social.

Rafael Rojina Villegas habla de las posiciones que puede tomar el sistema jurídico frente al concubinato: ⁴²

- *Posición abstencionista*

El Código Napoleón adoptó una actitud abstencionista, que ejerció su influencia sobre las codificaciones americanas y europeas del siglo XIX, entre ellas se encuentra nuestro ordenamiento positivo.

Quienes comparten esta posición, consideran que la mejor forma de combatir el concubinato es negarle toda trascendencia jurídica, ignorándolo legislativamente.

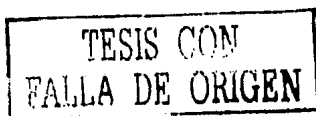
Rojina Villegas explica: "Ignorarlo absolutamente, de tal manera que las relaciones que de él nacen, permanezcan al margen de la ley, tanto como para no estatuir consecuencias jurídicas por virtud del mismo, cuanto para no sancionar ni en forma civil ni penalmente esa unión".

- *Posición sancionadora*

Otros autores, consideran que la ley debe intervenir, pero para perjudicar a los concubinos, creándoles cargas especiales, como un modo de combatir el concubinato.

También se propone la sanción del concubinato, pero mediante un procedimiento ya más radical e integral: la ley intervendría para dar eficacia jurídica solamente a los actos que tendieran a perjudicar a los concubinos.

⁴² Rojina Villegas, Rafael "Derecho Civil Mexicano" Volumen II, Editorial Porrúa, México 1999.



Rojina Villegas señala: "prohibir el concubinato y sancionarlo, tanto en su aspecto civil como penal, permitiendo la separación por la fuerza de los concubinos. "

- *Posición reguladora*

A diferencia de la posición abstencionista, seguida por nuestro país hasta antes de las reformas, y de las tesis sancionadoras, es posible sostener también que al concubinato no solo se lo combate ignorándolo legislativamente, sino que adoptar tal posición, produce efectos desfavorables en el plano jurídico, resultando, en consecuencia, conveniente la regulación legal de los efectos que puede acarrear.

Se ha sostenido que, no obstante las censuras que pueda merecer el concubinato, no se lo combate ignorándolo, requiriéndose su regulación integral por vía de la ley.

De acuerdo a Rojina Villegas esta posición está en tres formas:

- 1) Regular las consecuencias del concubinato, pero sólo en relación a los hijos, sin reconocer derechos y obligaciones entre los concubinos.
- 2) Reconocerlo y regularlo jurídicamente, para crear una unión de grado inferior al matrimonial, concediendo derechos y obligaciones a las partes; principalmente la facultad otorgada a la mujer para exigir alimentos o heredar en la sucesión legítima.
- 3) Equipararla al matrimonio, cuando reúna ciertas condiciones, para crear un tipo de unión que consagre entre las partes, los mismos derechos y obligaciones que se conceden a los cónyuges. Todo ello mediante una disposición de la ley o una decisión judicial.

Otros autores requieren la intervención de la norma legal para resolver los problemas que el concubinato plantea, pero sin llegar a proyectar su regulación integral.

No es posible dejar de preferir, desde la perspectiva de la organización jurídica de la comunidad, el matrimonio al concubinato. Bien dice Messineo: "puesto que desde el punto de vista ético y social es preferible la unión estable, el ordenamiento jurídico facilita el matrimonio". Y por ello, encontramos inaceptable el criterio tendiente a equiparar, a través de sus efectos, la unión de hecho con el matrimonio regularmente celebrado. Pero independientemente de ello, se advierte que el concubinato es un hecho real y, guste o no, difundido. Sus causas determinantes son de variada índole, por lo que se buscan sanciones jurídicas para incidir seriamente, en la extinción del concubinato.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

2.- EL CONCUBINATO EN EL DERECHO MEXICANO

2.1 Derecho precortesiano

El concubinato se presentaba cuando expresaban su consentimiento para unirse como pareja, sin más formalidades, tomando la mujer el nombre de Temecauh y el varón Tepuchtlí.⁴³

La razón principal de estas relaciones de hecho era la falta de recursos para realizar el ritual de boda para un matrimonio definitivo.

En algunos casos tenía el carácter de matrimonio provisional sujeto a la condición resolutoria de un hijo, la mujer era denominada tlacallacahuilli, antes de ser tepuchtlí.

Los concubinos al tener un tiempo de vivir juntos y con fama pública de casados, se equiparaban a matrimonio, considerando incluso adúltero a cualquiera de las partes que violaba la fidelidad de su compañero. La concubina podía además, exigir la legitimación de un matrimonio permanente si no era devuelta a sus padres, para ser considerada esposa tlacarcavilli.⁴⁴

Entre los aztecas podían tener varias mujeres, sin embargo sólo a una se le daba el carácter de legal, mientras las otras no tenían tal carácter ni los derechos que este conlleva (herencia).

A grandes rasgos los indígenas tenían total libertad premarital, matrimonios a prueba y divorcio.

⁴³ Sagaón Infante Raquel "El matrimonio y el concubinato en México Prehispánico y las costumbres que han prevalecido en las comunidades indígenas actuales" Segundo Congreso de Historia del Derecho. Editorial UNAM, México 2000. Página 102.

⁴⁴ Herrerías Sordo, María del Mar. Op Cit. Página 5

2.2 Derecho Colonial

Durante la Colonia rigieron en nuestro territorio las leyes españolas tales como el Fuero Juzgo, el Fuero Real, las Siete Partidas, las Cédulas Reales, y, en especial, para las uniones de pareja, la Real Pragmática del 23 de noviembre de 1776, en donde privaba el derecho canónico y se prohibían las uniones celebradas sin noticia de la Iglesia.⁴⁵

Desde la conquista y colonización de México por los españoles, se estableció el concubinato como la forma más común de unión sexual. Los conquistadores llegaron sin mujeres y -obviamente- comenzaron a amancebarse con las nativas.

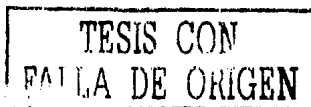
El concubinato en esta época estaba prohibido, se seguían las pautas religiosas llegadas con los españoles y se consideraba delito de amancebamiento de acuerdo a la Recopilación de las Leyes de los Reinos de las Indias de 1680, los pocos casos de concubinatos admitidos se registran por la convivencia de un alto jefe militar y la hija de un indio con alta jerarquía evidenciando pactos de paz.

Pero los problemas reales eran para los misioneros, quienes al no poder enseñar el rito del matrimonio a los indígenas lo adaptan, dejando demasiado complicado el rito, optaron por uniones de naturaleza consensual.

En el siglo XVI, la Ley de Reno, del Concilio de Trento dictada por el rey de España Felipe II, establecía que las relaciones que no estaban legitimadas por medio de las ceremonias establecidas por la Iglesia serían consideradas uniones concubinarias y pecaminosas, situación que continuó entre los indígenas y mestizos.

La Junta Apostólica en 1524, consolidada en 1537 con la Bula Divini Consilii del Papa Paulo III, establecían que los indios que tenían más de una pareja debían contraer matrimonio con la primera que hubieren tenido, en caso de no recordar tendrían la potestad de elegirla, para establecerse con la esposa legítima, se bautizaron entonces y se casaron con la elegida, todas las demás mujeres e hijos se consideraron exconcubinas y a los hijos fornezinos, sin derechos.

⁴⁵ Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo I-O, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Editorial Porrúa, México, 2001.



2.3 Derecho Independiente

La legislación secular y religiosa coincide inevitablemente, por lo que el matrimonio religioso era la única fuente legítima para las uniones de hombre y mujer, aún con las disposiciones de 1857 contenidas en la Ley del Registro Civil que exigía a los cónyuges y al sacerdote el registro de la unión en la Oficialía del Registro Civil, antes o después de la ceremonia religiosa, sin embargo la omisión del registro no negaba los efectos civiles de la unión, en cuanto al concubinato los registros delatan una existencia señalada y castigada socialmente.⁴⁶

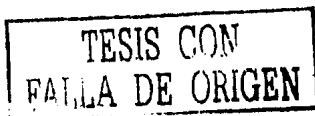
2.3.1 Código Civil de 1870

El Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1870 mantuvo en el vacío legislativo el concubinato, situación que no debía negarse, se encuentran únicamente las disposiciones que denominan hijos naturales a los nacidos de personas libres de matrimonio, y sin impedimentos, es decir, en concubinato.

2.3.2 Código Civil de 1884

El Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de Baja California del 31 de marzo de 1884 no regulaba ni demarcaba nada sobre esta figura del concubinato, salvo las disposiciones de divorcio que señalan como causal que haya habido concubinato entre los adúlteros dentro o fuera de la casa conyugal (Art. 228 f. II), confundiendo evidentemente los términos de concubinato y de adulterio.

⁴⁶ Sánchez Medal, Ramón "Los Grandes cambios del Derecho de Familia" Editorial Porrúa, México 1999. Página 11.



2.3.3 Ley del Matrimonio Civil

Esta ley promulgada el 2 de julio de 1859, en Veracruz por Don Benito Juárez, no regula al respecto de este hecho, sin embargo menciona dentro de las causas legítimas para el divorcio temporal: "...el concubinato público del marido..." equiparando la figura nuevamente, al adulterio.⁴⁷

2.3.4 Ley sobre Relaciones Familiares

Encontramos nula la regulación sobre el concubinato, incluso se confunde con el adulterio y el amasío al consagrar como causal de divorcio "... que haya habido concubinato entre los adúlteros dentro o fuera de la casa conyugal...", y en cuanto a las disposiciones sobre los hijos, se les considera naturales con prohibición de investigar la paternidad.

47 "El divorcio es temporal, y en ningún caso deja hábiles a las personas para contraer nuevo matrimonio, mientras viva alguno de los divorciados. Son causas legítimas para el divorcio: así como el de concubinato público del marido, dan derecho a la mujer para entablar la acción de divorcio por causa del adulterio.

3.- EL CONCUBINATO EN EL DERECHO MEXIQUENSE

3.1 Código Civil del Estado de México del 29 de diciembre de 1956

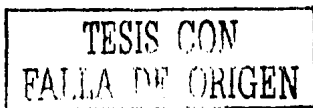
El concubinato en el Código Civil en estudio estaba considerado, no definido, en el Título Cuarto de la Sucesión Legítima, Capítulo VI denominado de la Sucesión de la Concubina, artículo 1464 que establecía que la concubina es:⁴⁸

- 1) La mujer con quien el autor de la herencia vivió como si fuera su marido
- 2) Por un periodo mínimo de cinco años que precedan inmediatamente a la muerte del concubinario
- 3) No siendo necesario el tiempo legal si procrearon hijos
- 4) Y que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato

Podemos desprender de lo apuntado los elementos que se necesitaban para que se considerara un concubinato, el cual presenta sus diferencias con la concepción actual:

- denomina marido, en lugar de esposo como actualmente citan, refiriéndose a vivir como cualquier persona ligada a otra por el vínculo de matrimonio civil, en una relación hombre-mujer, cohabitando, permanentemente, generando los deberes, derechos y obligaciones propios.
- es evidente que no hay igualdad de derechos entre hombre y mujer, en este caso entre concubinario y concubina, ya que sólo ésta tiene derecho a la sucesión.
- el término es de cinco años para que sea considerada la relación de hecho como un concubinato, lo que, con la expedición del nuevo código civil disminuye a 3 años, tiempo a decir de nuestros doctrinarios insuficiente, para considerar que una relación ha pasado del momento pasional al de estabilidad de pareja.

⁴⁸ Artículo 1464: La mujer con quien el autor de la herencia vivió como si fuera su marido durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o con la que tuvo hijos, siempre que ambos haya permanecido libres de matrimonio durante el concubinato, tiene derecho a heredar conforme a las reglas siguientes :....



3.2 Código Civil del Estado de México del 7 de junio del 2002

Con la promulgación mediante el Decreto 70 del Ejecutivo local, del código sustantivo aplicable al Estado de México tenemos como medidas respecto al concubinato, los numerales 4.129 referente al derecho a alimentos, y que además nos establece los elementos para considerar una relación de hecho como concubinato y los artículos 6.170 al 6.176 que contemplan los derechos sucesorios que rigen a los concubinos:

Reglas para que los concubinos se den alimentos

Artículo 4.129.- Los concubinos están obligados a darse alimentos, si se satisfacen los siguientes requisitos:

- I. Que estén libres de matrimonio;
- II. Que vivan como esposos por un lapso no menor de tres años o tengan hijos de ambos.

Como elemento que llaman: innovador establecido en el Código Administrativo del Estado de México, se adopta la estructura del articulado con dos dígitos, el primero de ellos permite identificar el libro al que pertenecen; y, el segundo, determina el orden progresivo de los artículos de cada libro, de manera que cuando se adicione uno de los libros no sea necesario recorrer la numeración de los subsiguientes, se adoptó a demás epígrafes al texto de cada uno de los artículos para congruencia y claridad, que con la práctica se ha visto no son necesarios si existe técnica jurídica adecuada en la redacción del artículo.

De lo anterior determinamos como epígrafe "Reglas para que los concubinos se den alimentos", que indica como obligación recíproca de los concubinos la de darse alimentos, el correlativo numeral 4.135 señala que los alimentos comprenden todo lo que sea necesario para el sustento, habitación, vestido y atención médica y hospitalaria...

Continúa el numeral en análisis con los elementos para considerar una relación extramatrimonial como relación concubinaria, señala como el primero que ambos se encuentren libres de matrimonio, situación por demás tautológica por definir, pero será necesario aclarar que se refiere a no estar unido por un vínculo de matrimonio civil.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Unido al anterior elemento es que hayan vivido como esposos, es decir, como cualquier persona ligada a otra por el vínculo de matrimonio civil, término que propiamente debió haberse expresado como cónyuges.

Vivir una relación un hombre y una mujer, como marido y esposa, la vida como esposos se refiere a que cohabitan maritalmente, en una unión permanente y estable, por lo que hace la diferencia con las uniones sexuales pasajeras o esporádicas, implican entonces lazos familiares y una serie de deberes, derechos y obligaciones recíprocos y personalísimos como son: el deber de cohabitación, la obligación de fidelidad, la ayuda y asistencia mutuas.

Existe omisión legislativa, en el sentido de que no habla de que los concubinos deben estar sin impedimentos legales para contraer matrimonio, al no contemplarse, podemos inferir que el concubinato en el Estado de México puede establecerse entre menores de edad, parientes consanguíneos, afines, adúlteros, alcohólicos, drogadictos, impotentes, bisexuales, trastornados, y así podíamos seguir citando a contrario sensu el numeral 4.7 relativo a los impedimentos para contraer matrimonio ⁴⁹, pues no hay disposición que determine que el concubinato deba establecerse entre personas sin impedimentos para casarse.

En el Distrito Federal es clara la observación de que no debe mediar ningún impedimento para contraer matrimonio civil entre los concubinos, lo que nos hace concluir que es posible un concubinato entre cualquier persona siempre que no esté unida a otra civilmente.

⁴⁹ "Impedimentos para contraer matrimonio" Artículo 4.7.- Son impedimentos para contraer matrimonio: I. La falta de edad requerida por la ley, cuando no haya sido dispensada; II. La falta de consentimiento de quienes legalmente deben otorgarlo; III. El parentesco por consanguinidad sin limitación de grado en línea recta, ascendente o descendente; en segundo grado en línea colateral y el del tercer grado colateral, siempre que no se haya obtenido dispensa; IV. El parentesco de afinidad que hubiere existido en línea recta, sin limitación alguna; V. El adulterio habido entre las personas que pretendan contraer matrimonio, cuando haya sido judicialmente comprobado; VI. El atentado contra la vida de alguno de los casados, judicialmente comprobado, para contraer matrimonio con el que quede libre; VII. La violencia para obtener el consentimiento para celebrar el matrimonio. En caso de raptó, subsiste el impedimento entre los sujetos activo y pasivo, mientras éste no sea restituido a lugar seguro, donde libremente pueda manifestar su voluntad; VIII. La embriaguez habitual y el uso indebido y persistente de estupefacientes, psicotrópicos o de cualquier otra sustancia que altere la conducta y produzca dependencia; IX. La impotencia incurable para la cópula, la bisexualidad, las enfermedades crónicas e incurables que sean contagiosas o hereditarias. No serán impedimentos cuando sean aceptadas por el otro contrayente; X. Trastornos mentales, aunque haya espacios de lucidez; XI. El matrimonio subsistente de alguno de los contrayentes.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Sin embargo, los criterios de los tribunales de alzada así como lo expresado por la Doctrina proporcionan la ayuda necesaria para determinar que, el concubinato debe establecerse mediante una situación de hecho que se traduce en un comportamiento como marido y mujer a la luz pública, que sin estar casados, se hallan en aptitud entre sí de contraer matrimonio, y que los impedimentos a que debe referirse son los que, produzcan la nulidad absoluta,⁵⁰ esto es, que no medien impedimentos como: el parentesco civil, la embriaguez habitual y el uso indebido y persistente de estupefacientes, psicotrópicos o de cualquier otra sustancia que altere la conducta y produzca dependencia; entre personas con trastornos mentales, aunque haya espacios de lucidez.

A contrario sensu, de acuerdo a los numerales 4.7, 4.8, 4.9, 4.10 y 4.129 del Código Civil del Estado de México podrá establecerse el concubinato entre personas que no puedan contraer matrimonio por mediar impedimentos que actualicen causas de nulidad relativa, como son: la relación de tutela o curatela, la falta de edad requerida por la ley, falta de consentimiento de quienes legalmente deben otorgarlo; parentesco por consanguinidad en los que cabe dispensa, parentesco de afinidad en línea recta, los adúlteros, los que hayan atentado contra la vida de alguno de los casados, para contraer matrimonio con el que quede libre y cuando mediare violencia para obtener el consentimiento para celebrar el matrimonio.

El segundo elemento señalado para que una relación de hecho pueda ser considerado concubinato, es alternativo: tres años de convivencia, inmediatos anteriores a la época en que se pida el cumplimiento de la obligación, este plazo deberá de probarse por medio de los medios de prueba ordinarios que la ley señala para el efecto.

El término de tres años que hemos referido, y como el mismo numeral lo establece, no será necesario en el caso de que ambos concubinos procrean un hijo.

⁵⁰ Octava Epoca. Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo. XIII, enero de 1993, Página: 341 SUCESIONES. DERECHOS HEREDITARIOS EN EL CONCUBINATO (LEGISLACION DEL ESTADO DE PUEBLA). Amparo directo en revisión 528/92. Sucesión de Jorge Lanz Flores 28 de oct. 1992. Unanimidad de votos Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: José Mario Machorro Castillo.

Aún cuando el concubinario y la concubina vivan maritalmente, hayan procreado uno o más hijos en común, o hubiera transcurrido el tiempo de tres años que señala la ley para reconocer determinados derechos a los hijos y conceder otros a los concubinos, falta la solemnidad legal para la existencia del matrimonio, por lo que denotamos un matrimonio de segunda categoría que no da de ninguna manera la estabilidad a la prole que debiera.

CAPITULO III:
ANALISIS JURIDICO DEL CONCUBINATO

CAPITULO III : ANALISIS JURIDICO DEL CONCUBINATO

1.-NATURALEZA EXTRA- JURIDICA DEL CONCUBINATO

En la doctrina se han elaborado varias teorías en torno a la naturaleza jurídica del concubinato. Tres de ellas se derivan de las acepciones señaladas -acto jurídico, institución y estado general de vida- además se habla de: concubinato-contrato, concubinato-acto de poder voluntario. El estudio nos llevará a las conclusiones apoyadas por la mayoría.

Como se deduce el concubinato es una relación de hecho, y se distingue del matrimonio por su forma y su carácter de obligatorio.

El concubinato nace de la unión voluntaria de un hombre y de una mujer que sin impedimentos se establecen vida en común sin las formalidades jurídicas requeridas en el matrimonio.

La valorización moral dada muestra que no es un hecho ilícito para ser sancionado o hecho lícito para producir relaciones jurídicas entre las partes. Como unión inferior al matrimonio, concede derechos y obligaciones a las partes, pero no debe dejar de considerarse que se trata de un mero hecho, no un contrato, carece de formas determinadas y no produce efectos jurídicos, se hallaba totalmente fuera del derecho, por lo que se infiere su carácter lícito, no se tenía siquiera como finalidad definirlo, el contenido se ha dirigido a reglamentarlo par establecer los requisitos antes de la generación de derechos.

Quien vive en situación de concubinato puede ponerle fin según su voluntad, sin que la otra persona con quien viva en ese estado, pueda invocar la ruptura como fuente de daños y perjuicios.⁵¹

⁵¹ Planiol Marcel y Ripert Georges."Tratado Elemental de Derecho Civil: Divorcio, Filiación e Incapacidades" Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1999. Página 309.

1.1 Tesis Sobresaliente de la Corte

Los criterios que manejan nuestros tribunales supremos tienden a establecer como hecho jurídico a la relación concubinaria, sin embargo, se encuentran en las recopilaciones de tesis sobresalientes una que, vale detenerse a examinar, para tener un punto de partida válido.

*Reza la tesis sobresaliente "la relación de concubinato nace de un contrato de voluntades innominado, sui géneris, porque 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 de 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".*⁵²

Al respecto señalaremos lo siguiente:

- la relación de concubinato nace de un contrato de voluntades innominado, sui géneris, porque 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.

Si consideramos al concubinato como un contrato innominado o atípico, es por carecer de la reglamentación respectiva, ¿no es absurdo pensar que se trata de un contrato, porque de manera desordenada existen dos disposiciones que lo regulan?, ahora en su carácter de sui

⁵² Octava época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Parte Judicial de la Federación: XIV-Diciembre, Tesis: I. 9o. C. 19 C., Página: 433 (TESIS SOBRESALIENTE). Es criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, plasmado en la jurisprudencia número treinta y cinco, publicada en las páginas setenta y uno y setenta y dos, Segunda Parte, del Apéndice al 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", 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.

generis, porque parece ser el escape del jurista, para denominar lo especial, lo indeterminable.

Se explica como contrato consensual, en virtud de generar derechos y obligaciones entre las partes, en lo que se refiere al acto de su constitución, pero no debe dejar de considerarse que se trata de un mero hecho, no un contrato, carece de formas determinadas y no produce efectos jurídicos completos, es una situación que se halla totalmente fuera del derecho, por lo que se infiere su carácter ilícito, no se tiene siquiera como finalidad definirlo, el contenido se ha dirigido a reglamentarlo para establecer los requisitos antes de la generación de derechos, para proteger a la familias que a partir de estas relaciones extraconyugales se generen, el concubinato es la relación que se crea entre un hombre y una mujer, por el hecho de vivir como marido y esposa durante un término preestablecido por la ley, la que no puede dejar de reconocer que también de esta forma se constituyen lazos familiares de afecto y ayuda mutua, sobre todo si se procrean hijos; pero esta clase de vínculo sólo es reconocida por el derecho, mientras perdure la situación de hecho así creada, que será a voluntad de las partes.

Todo acuerdo de voluntades para crear derechos y obligaciones es un contrato, atento lo dispuesto en el artículo 1793 del Código — independientemente que los derechos y obligaciones, el vínculo que se crea, sea o no de contenido patrimonial—. El contrato puede ser revocado o rescindido por la sola voluntad de las partes sin intervención del poder judicial, en esta situación si podemos considerar contrato el concubinato, pero no todo acuerdo de voluntades puede ser considerado como contrato, el Código Civil considera al contrato como una especie de los actos jurídicos convencionales, pero además se sostiene que no es suficiente el consentimiento de las partes, el concubinato se constituye habiendo la voluntad de los concubinos, pero ésta sólo se refiere a la relación, a la convivencia, por innumerables razones, pero no podemos afirmar que exista el elemento voluntad desde la perspectiva jurídica, la voluntad se enfoca al querer vivir juntos, a compartir un techo, gastos, vivencias, sin la posibilidad de plantearse las consecuencias jurídicas que deriven de la relación.

Ahora bien, si se tratara de un contrato ¿cuál sería el objeto materia de contratación? ¿La cosa que se obliga a dar o el hecho que el obligado debe o no hacer? ¿Cómo se considera este objeto determinable y dentro del comercio? ¿Cómo se obligaría a su cumplimiento? ¿Y cómo sería la forma correcta de manifestar el consentimiento que la ley establece? ¿Si el concubinato se establece entre menores de edad no hay

capacidad de las partes para contratar? Estas interrogantes nos hacen deducir que el concubinato no es un contrato, pues existen problemas para la determinación de los elementos objeto y consentimiento, de modo que, concluimos que se trata de soluciones jurídicas dadas a las consecuencias de una relación de pareja que antes, no se previó.

- el concubinato nace de la voluntad de un hombre y de 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.

Esta parte no está en discusión, efectivamente el inicio de este tipo de relaciones es totalmente una expresión de la voluntad, de personas que reúnen requisitos para contraer matrimonio civil, y sin embargo no lo hacen, es un matrimonio por comportamiento, ahora generador derechos, deberes y obligaciones, que carece de solemnidad y un procedimiento para darlo por terminado, pues como empieza, termina.

1.2 El concubinato: no constituye Institución Jurídica

(Institución proviene del vocablo latino institutionis y hereda de éste gran parte de su significado Institutio deriva de instituo (is, ere, tui, tutum), que significa: 'poner', 'establecer' o 'edificar'; 'regular' u 'organizar'; o bien: 'instruir', 'enseñar' o 'educar'.⁵³

La institución es una idea de obra que se lleva a cabo en un medio social y cuya realización y supervivencia requieren de una organización y de un procedimiento (M. Hauriou). Lo "institucional": la forma institucional presupone (genera) una forma social que perdura. Existen cantidad de relaciones, situaciones y actividades claramente reconocidas como jurídicas que no pueden ser reducidas, sin distorsionarse, a un contrato o a una forma contractual.

⁵³ Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Editorial Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, México 2002. Tomo I-O. Página 1745.

Tomaremos como Institución, la unidad que obtienen las reglas de derecho, en relación con hechos o acaeceres sociales, como la propiedad o el matrimonio, agrupados se complementan para explicar y regular un fenómeno y sus consecuencias, que trascienden la voluntad de las partes. Es el conjunto de normas de carácter imperativo que regulan un todo orgánico y persiguen una finalidad de interés público.

Ahora bien , descartamos la idea de un Concubinato- Institución, no se puede decir que los escasos efectos jurídicos que se le reconocen al concubinato, impliquen una organización sistematizada ni ordenada del mismo, aunque se le dedican los numerales 4.129 y 6.170 al 6.176 para regir las consecuencias jurídicas que se generen de la relación, no existe un conjunto de normas jurídicas ordenadas que regulen detalladamente la unión concubinaria, no cuenta con un procedimiento específico para llevarse a cabo, requisitos, forma de celebración o de su cálculo de duración, y mucho menos un procedimiento para darlo por terminado, todo es libre expresión de voluntad.⁵⁴

Para el concubinato en cuanto a la celebración no hay aplicación de reglas que fijan la vida en común, sus obligaciones y derechos que sólo en serán modificadas por las partes, pues los fines esenciales del concubinato no pueden ser determinados para que rijan las relaciones de este tipo mientras no se disuelva el vínculo.

Es inaceptable regular el concubinato, pues no representa una estructura que aporte estabilidad y permanencia a la sociedad, es posible sólo resolver las cuestiones que sean necesarias de resolver, no se trata de una institución real como el matrimonio que sí permite una sociedad sana y fuerte.

⁵⁴ Herreras Sordo, María del Mar, Op Cit. Páginas 41 a 43

1.3 Consideraciones de Acto Jurídico

"El acto jurídico es una manifestación de voluntad que se hace con la intención de producir consecuencias de derecho, las cuales son reconocidas por el ordenamiento jurídico".⁵⁵

Es la manifestación de voluntad de una o más personas, encaminada a producir consecuencias de derecho (que pueden consistir en la creación, modificación, transmisión o extinción de derechos subjetivos y obligaciones) y que se apoya para conseguir esa finalidad en la autorización que en tal sentido le concede el ordenamiento jurídico.

El código sustantivo reglamenta a los actos jurídicos a través de las disposiciones generales sobre contratos debido a que considera que éstos constituyen el tipo más caracterizado del acto jurídico.

Para que un acto jurídico tenga vida es necesario que reúna ciertos elementos (llamados esenciales o de existencia) los cuales son:

- o Una voluntad de uno o varios sujetos, la designa como consentimiento ya que hace referencia a los contratos) que debe ser manifestada de alguna manera; en forma expresa o tácita
- o Un objeto sobre el que recaiga la voluntad que sea física y jurídicamente posible. En este caso se trata del objeto indirecto que es el contenido de la obligación surgida del acto jurídico, hay imposibilidad cuando un hecho no puede existir porque es incompatible con una ley de la naturaleza (física) o con una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización.

Las disposiciones que integran un acto o un negocio jurídico son de tres clases:

- 1) Esenciales que son las que cada tipo de acto exige para formarse
- 2) Naturales que se entienden implícitas en el negocio, pero pueden ser suprimidas por la voluntad expresa del autor o autores del acto
- 3) Accidentales que son modalidades que sólo existen, si son establecidas. Los actos que no admiten dichas modalidades como el matrimonio y la adopción, se denominaron puros y simples.

⁵⁵ Rojina Villegas, Rafael "Compendio de Derecho Civil. Introducción, Personas y Familia" Editorial Porrúa, México 2000. Página 115

Aunque el concubinato se constituye habiendo la voluntad de los concubinos, ésta sólo se refiere a la relación, a la convivencia, ya sea por razones económicas, de vivienda, afectivas pero no podemos afirmar que exista el elemento voluntad desde la perspectiva jurídica, la voluntad se enfoca al querer vivir juntos, a compartir un techo, gastos, vivencias, sin la posibilidad de plantearse las consecuencias jurídicas que deriven de la relación.

En cuanto a la intención de originar las consecuencias jurídicas, hay que destacar que no es necesario que el sujeto mida el alcance o esté en absoluta conciencia de sus actos, como los derechos y deberes que surgen del concubinato, los sujetos no se unen con la finalidad de producir efectos jurídicos, lo que buscan es cohabitar como marido y mujer sin estar comprometidos formalmente.

El reconocimiento por el ordenamiento de todo acto jurídico es de analizarse en el caso del concubinato, la ley reconoce algunos efectos a esta unión, hasta antes de las reformas, pero no regula toda hipótesis como en el caso del matrimonio, por lo que se acude a fuentes como la jurisprudencia para resolver los conflictos, y no es posible reconocer el concubinato como acto jurídico, son escasas las consecuencias reguladas a comparación de las que esta unión podría generar, se trata nuevamente recalco, de regular las consecuencias del concubinato, pero sólo para dar solución a los inconvenientes de esta relación de inestabilidad, en especial en relación a los hijos, sin reconocer al concubinato en nada más que un hecho jurídico.⁵⁶

⁵⁶ Herrerías Sordo, María del Mar, Op Cit. Páginas 44 a 47

1.4 El concubinato es un Hecho Jurídico

El hecho jurídico (stricto sensu) es el acontecimiento puramente material o de la naturaleza, o bien aquél en que se da la intervención del hombre, que genera consecuencias de derecho, sin que exista la intención de crear consecuencias de derecho.⁵⁷

Es un suceso que el ordenamiento jurídico toma en cuenta otorgándole efectos jurídicos. El supuesto del concubinato es un evento típico y debe ser seguido de las consecuencias que la norma señala.

Si los hechos jurídicos en estricto sentido son aquellos acontecimientos o sucesos que entrañan el nacimiento transmisión o extinción de derechos y obligaciones, sin implicar la intervención de una voluntad intencional, encontramos que el concubinato presenta la voluntad en la constitución pero jamás es intencional para preveer la posibilidad de generar consecuencias.

El concubinato de acuerdo a lo referido constituye un hecho jurídico del hombre porque es un hecho originado por el ser humano que no pretende ir más allá del querer entablar una relación sin ataduras ni compromisos de ninguna especie, y existe voluntad pero no se buscan los efectos legales.

⁵⁷ Rojina Villegas, Rafael, Op Cit Páginas 48-50

2.- CAUSAS DE LA UNION EXTRACONYUGAL

Establecer generalizaciones para determinar las causas ha sido tarea de años de investigaciones, sin embargo se presentan las conclusiones sobresalientes a este respecto.

En cuanto a las primeras diferencias encontramos que es preocupante el aumento dentro de la clase media, corriendo al nivel de las grandes potencias, el fenómeno de las uniones consensuales. En las clases más bajas como denominadores se encuentra que no hay una conciencia ni una necesidad de formalizar el matrimonio, a pesar de la fuerza de la religión, que en cuanto a esto no ha podido.

En sociología se consideran como causas que en nuestro país concurren a la existencia de las uniones extraconyugales:

- ❖ Económicas. En ciertas regiones del país, incide especialmente el factor económico para el desarrollo del concubinato.

El fenómeno de los matrimonios "ilegales" había estado limitado a las clases sociales más pobres, por una serie de factores que arrastra la cultura mexicana desde sus inicios. Pero desde hace unos diez o quince años, el concubinato comienza a trasladarse a la clase media, cada día más pobre.

En los sectores de menores ingresos, puede suponerse que existe una mayor dificultad para establecer, por medio del matrimonio, un vínculo familiar regularmente organizado, prefiriéndose, en su reemplazo, el mantenimiento de uniones extraconyugales, aunque sean estables, pero que no crean cargas ni obligaciones de base legal.

A esta causal sólo puede oponerse una transformación económica que de al hombre de trabajo, no solo una mayor participación en la riqueza, sino también una mayor seguridad sobre su futuro.

- ❖ Culturales. Se señala como causa de la unión extraconyugal, la falta de desarrollo educacional.

Desde siempre se ha considerado que la educación es la solución, y si más personas se encuentran concientes de sus derechos como seres humanos, de respeto y valoración, se darán cuenta que el establecimiento de este tipo de relaciones sin compromisos, que dejan en total inestabilidad su propia vida, no son las adecuadas. Pero las mejores enseñanzas no podrán hacer disminuir apreciablemente las uniones extramatrimoniales, si

no van acompañadas de soluciones que aseguren al hombre la solidez económica necesaria para organizar una familia sin angustias ni temores.

❖ Causas Volitivas.

Esta causa es a la que aluden la mayoría de los sociólogos, y es confirmada por las estadísticas que adelante se señalan, las relaciones extramatrimoniales como el concubinato, son resultado de la voluntad de las personas, en las que concurren la inmadurez para enfrentar obligaciones y comprometerse en una forma de vida estable, y debe considerarse que finalmente afectara solamente a la pareja, no tendría por qué intervenir el derecho en la regulación de una situación que afortunadamente aún concierne a una minoría en nuestro país, sin embargo la serie de disposiciones que se han emitido finalmente, deben tender a la protección de la familia, que inevitablemente, en circunstancias normales, se da, a esto me refiero con la descendencia, los menores que quedan en situación navegante en espera de que uno de los padres abandone el hogar y los deje en desamparo, es aquí donde la fuerza de las leyes tendrá mayor impacto, en la protección de la prole que no debe cargar con los errores de los progenitores.

Dentro de las causas volitivas tenemos las motivadas por la comodidad, temor al fracaso o simplemente moda, que han hecho que en el estado el número de las parejas en unión libre vaya en aumento.

El comportamiento en general de la sociedad ha cambiado, reconocen expertos en matrimonios, los jóvenes expresan cada vez más sus temores al matrimonio ante la posibilidad de que fracasen.

La alternativa conocida como unión libre, censurada por la Iglesia y grupos católicos, ha ido cobrando fuerza inesperada en todo el país y no es un fenómeno social exclusivo.

En cuanto a la clase media cabe señalar que varias hipótesis podrían justificar la inclinación de las parejas jóvenes a no legalizar sus uniones, además de las señaladas: la inclusión de la mujer en el ámbito laboral, en las Profesiones liberales, podría justificar una reducción en su interés de "casarse, como Dios manda", además si la mujer se casa con un hombre que gana menos, los problemas son frecuentes.

3.- FINES DEL CONCUBINATO

Cohabitación, comunidad de vida y de lecho

El rasgo que distingue una unión concubinaría de una mera relación circunstancial, es el de la cohabitación.

Esta cohabitación implica, la comunidad de vida, es decir, posibilita que la pareja, en mayor o menor medida, comparta la vida en todos esos aspectos que determinan situaciones que exigen consideración y solución por parte del derecho.

El hablar de comunidad de vida implica lo que atañe a ese aspecto íntimo que, en el ámbito matrimonial, es común a los cónyuges.

Cohabitación debe conllevar la comunidad de lecho, es decir, la existencia entre los sujetos de relaciones sexuales o, al menos, la apariencia de ellas, dado el modo íntimo en que comparten la vida.

Careciéndose de este elemento, la cohabitación puede implicar otras situaciones muy distintas.

La relación sexual es un elemento que está presente en un matrimonio normalmente constituido. Y de la semejanza que con el matrimonio, considerada la figura en su normalidad, presenta el concubinato, es de donde este obtiene, en gran parte, su trascendencia jurídica.

En cuanto a un elemento de fidelidad necesario, como implícita obligación, de respeto recíproco.

4.- CARACTERES DEL CONCUBINATO

4.1 Ausencia de toda Formalidad

Una de las principales diferencias del concubinato con el matrimonio es, que éste es solemne, y el incumplimiento de las formalidades previstas, originan su inexistencia, a contrario sensu establecemos que el concubinato no requiere de ninguna formalidad para su constitución, sólo de requisitos de temporalidad o procreación, ya que se inicia con la simple manifestación de la voluntad de los concubinos.

4.2 Permanencia o temporalidad

La relación de los concubinos no puede ser momentánea, ni accidental. Debe ser duradera. Se refiere a la continuidad en las relaciones, frecuencia o permanencia o hábito en las mismas, a tal punto que, faltando esta modalidad, resultaría inaplicables la casi totalidad de los efectos que cabe adjudicar al concubinato. En algunos fallos se ha dicho que el concubinato requiere "carácter de permanencia".

Este carácter le da solidez y estabilidad a la figura del concubinato, requiere que los dos años de convivencia sean constantes y sin interrupciones.

Así como en el matrimonio, también en el concubinato puede haber breves rupturas, momentáneas separaciones seguidas de pronta reconciliación, sin que ello afecte el carácter de permanencia que la relación presente, o bien, el Doctrinario español señala que puede uno de los concubinos pude verse obligado a residir en otra parte por razón laboral, militar, presidario, lo cual no le negaría el carácter a la relación.

Chávez Asencio considera que la convivencia en forma marital intermitente, aún cuando se de en lapsos de largo tiempo, no configura concubinato, debe señalarse que no hay criterio jurisprudencial o disposición en nuestras leyes que lo aclare ⁵⁸

⁵⁸ Chávez Asencio Manuel F. "La Familia en el Derecho (relaciones jurídicas conyugales)" Editorial Porrúa 1999. Página 268

Pero es necesario entonces la convivencia por 2 años como si fueran marido y mujer, requisito que no será necesario si se procrea uno o más hijos.

4.3 Procreación

Además de la temporalidad el concubinato podrá constituirse al procrear uno o más hijos, insistiendo siempre en que los concubinos vivan bajo un mismo techo como si fueran marido y mujer.

4.4 Relación Sexual

La relación concubinaria implica unión carnal entre los concubinos, ya que de lo contrario los efectos se extenderían a cualquier convivencia entre hombre y mujer, lo anterior se sustenta al considerar que la procreación es una de las vías de constitución.

La relación sexual convierte la convivencia o relación, en unión libre, y con el paso del tiempo o un hijo, en concubinato.

La excepción a lo anterior la encontramos entre concubinos de edad avanzada que por el paso del tiempo o capacidad física no tiene aptitud para las relaciones sexuales, convivencias que no pueden dejar de producir efectos jurídicos.

4.5 Heterosexualidad

Este carácter se infiere de la interpretación literal del art. 4.129 que señala sobre los concubinos "...que vivan como esposos.." deducimos que la relación de esposos es la que se da entre personas unidas en matrimonio, como lo establece el numeral 4.1 "...por medio de la cual un hombre y una mujer..."; ante lo que entendemos que la relación concubinaria será posible únicamente entre un hombre y una mujer, además de que la ley no reconoce las relaciones entre personas de un mismo sexo.

4.6 Notoriedad o Publicidad

La unión del hombre y la mujer consiste en una comunidad de hecho, de habitación y de vida, debe ser susceptible de público conocimiento; es decir, no debe ser ocultada por los sujetos, se refiere a la posesión de estado de concubino, en imitación de la unión marital.

La carencia de este requisito incidirá en el plano de los efectos que interesan a terceros así por ejemplo, la situación de los proveedores del hogar común que no podrán invocar la apariencia del estado matrimonial.

Este requisito implica que los concubinos deberán ostentar públicamente su relación, dándose además un trato de marido y mujer.

Autores como Puig Peña hablan de que este elemento de publicidad se denomina Posesión de Estado y se integra de:

- a) nombre: que se refiere a que los convivientes utilicen el mismo apellido
- b) tracto: que implica que los concubinos se traten como si fueran marido y mujer, que se comporten como tales.
- c) fama: que los concubinos se presenten como esposos ante terceros, que se ostenten basta, no hay necesidad de manifestación verbal de estar casados.

4.7 Fidelidad

En el concubinatio no encontramos sancionada la infidelidad entre concubinos, la prohibición está implícita en la naturaleza de la figura, constituye más bien, un deber moral que se supone debe de cumplirse de forma espontánea y voluntaria, por la razón de que están convencidos de que en la relación deben respetarse mutuamente en aras del sentimiento que los une.

4.8 Monogamia

El carácter monogámico del concubinato se deduce del numeral 6.171 del Código Civil, ya que en el caso de que hubiera varias concubinas o concubinos ninguno de ellos tendrá derecho a alimentos o heredará. Se eleva a requisito esencial para que exista el concubinato.

Artículo 6.171.- Si al morir el autor de la herencia había vida marital con varias personas en las condiciones mencionadas en el artículo precedente (concubinato), ninguna de ellas heredará.

4.9 Singularidad

Entre los elementos constitutivos del concubinato tiene que figurar la singularidad. La ley señala en el art. 6.171 expresamente que si una misma persona establece vida marital con varias personas, en ninguna se reputará concubinato.

Este concepto implica que la totalidad de los elementos que constituyen el concubinato debe darse solamente entre los dos sujetos; pero no se destruye la singularidad por el hecho de que alguno de dichos elementos se de entre uno de los concubinos y otro sujeto, en la medida en que ello resulte posible.

El concubinato es una situación de hecho que se manifestaba en la convivencia entre un hombre y una mujer, ello, entraña el trato sexual exclusivo de uno con una, que a la vez implica fidelidad y singularidad. No puede considerarse una relación de tipo esporádica, entonces exigirá ciertos requisitos de temporalidad, amén de la capacidad para contraer matrimonio, es decir: la no existencia de impedimentos ente ellos, sea por la preexistencia de un vínculo anterior o por cualquier otra circunstancia que no permitan la celebración lícita de la unión. Estos aspectos deben estar robustecidos por la condición de su publicidad, esto es, que haya manifestaciones externas de esa convivencia y que por tanto, no sea oculta.

5.- REQUISITOS DEL CONCUBINATO PARA SU CONSTITUCION

Si bien el código sustantivo no define el concubinato señala los requisitos para que la unión intersexual de un hombre y una mujer, sea lícita y produzca los efectos del concubinato de conformidad con el numeral 4.129 del Código Civil para el Estado de México vigente: ⁵⁹

- a) Que los concubinos estén libres de matrimonio
- b) Que hayan vivido en común, en forma constante y permanente como si fueran esposos. ⁶⁰
- b) Que la relación haya existido durante un mínimo de tres años.
- c) Que haya habido uno o más hijos entre los concubinos, en cuyo caso no será necesario considerar el requisito anterior.
- d) Una situación monogámica, si son varias las mujeres respecto de un varón o varios varones en relación con una mujer, ninguno tendrá el carácter de concubino.

CONCUBINOS. REQUISITOS PARA TENER DERECHO A HEREDARSE ENTRE SÍ. Es cierto que el Código Civil para el Distrito Federal no define el concubinato; sin embargo, el artículo 1635 del ordenamiento citado exige para que los concubinos tengan derecho a heredarse entre sí, que hayan vivido juntos como si fueran cónyuges durante un cierto periodo previo a la muerte de uno de ellos, o que hayan tenido hijos en común; además, dicho precepto requiere que el que sobreviva no tenga otras concubinas o concubinarios. Por tanto, es inconcuso que para que la relación sexual que se entabla entre un hombre y una mujer pueda dar origen al derecho de heredarse entre ellos, necesariamente debe tener las características del matrimonio, al exigirse que los concubinos hayan vivido juntos como si fueran cónyuges. Consecuentemente, en la especie, la acción de petición de herencia ejercitada por quien se dice concubina del de cujus resulta improcedente, porque en ninguna parte de su demanda señaló con precisión el tiempo que duró la relación con el finado, la manera pública y permanente de la convivencia entre ellos como marido y mujer, ni el lugar donde quedó establecido el domicilio común; bastando esas omisiones, para declarar improcedente la acción de que se trata. ⁶¹

⁵⁹ Diccionario Jurídico 2000, Desarrollo Jurídico Copyright 2000, Todos los Derechos Reservados

⁶⁰ Instancia Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Parte: 6 Cuarta Parte, Página: 39 (TESIS SOBRESALIENTE) 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 la convivencia común. Amparo directo 825/68. Francisco García Koyoc. 20 de junio de 1969. 5 votos. Ponente: Enrique Martínez Ulloa.

⁶¹ Octava Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial, Tomo: XIV-Septiembre, Tesis: I. 5o. C. 558 C, Página: 293 (TESIS SOBRESALIENTE) QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. 1994.

6.- DEBERES Y DERECHOS EN EL CONCUBINATO

Actualmente existen algunas legislaciones como son las de Rusia, Estados Unidos, Escocia, Cuba, Bolivia, Guatemala y el Código Civil del Estado de Tamaulipas, que legislan, dándole los mismos efectos que al matrimonio solemne a la unión entre un hombre y una mujer sin las solemnidades requeridas en otras legislaciones, en la que se atiende únicamente al consentimiento de las partes y a la prueba de la voluntad. A esta unión que desde el punto de vista del ordenamiento civil del Distrito Federal, es un concubinato, se le denomina matrimonio contractual no solemne, matrimonio por comportamiento, matrimonio de hecho, matrimonio consensual o *gretna green* en el caso de Escocia, presentándose pequeñas variaciones entre unos y otros.⁶²

Ante la conciencia los concubinos pueden tener deberes como los esposos, toda unión de un hombre y de 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 sustraerse de 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 para obligarlos, y debemos considerar que la sociedad tiene un supremo interés en la duración de las uniones que crean familias.⁶³

Debemos señalar a partir de la expedición del nuevo código sustantivo de la materia, la intervención del estado en forma exageradamente protectora de esta unión fuera de la ley y que consiste en los siguientes puntos:

⁶² Diccionario Jurídico 2000, Desarrollo Jurídico Copyright 2000. Todos los Derechos Reservados.

⁶³ Planiol Marcel y Ripert Georges. "Tratado Elemental de Derecho Civil: Divorcio, Filiación e Incapacidades" Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1999. Páginas 308 y 309

De conformidad al numeral 4.129, que señala la obligación de darse alimentos, en la misma forma en que lo harían los cónyuges en su caso, al cumplir con los elementos de un concubinato:

Reglas para que los concubinos se den alimentos

Artículo 4.129.- Los concubinos están obligados a darse alimentos, si se satisfacen los siguientes requisitos:

- I. Que estén libres de matrimonio;
- II. Que vivan como esposos por un lapso no menor de tres años o tengan hijos de ambos.

Del numeral citado aplica la posibilidad de ser indemnizado y la reciprocidad en los alimentos considerando las circunstancias del caso (edad y el estado de salud, calificación profesional y posibilidad de acceso a un empleo, duración del concubinato y dedicación pasada y futura a la familia, colaboración con su trabajo en las actividades del concubino, medios económicos y necesidades de uno y otro, y las demás obligaciones que tenga el concubino deudor).

Los derechos sucesorios en términos del artículo 6.170 que señala que la concubina y el concubinario tienen derecho a heredarse recíprocamente, aplicándose las disposiciones relativas previstas en los numerales 6.172 al 6.176, siempre que reúnan los requisitos a que se refiere el artículo 4.129 (libres de matrimonio, han vivido como esposos en común en forma singular, constante y permanente por un período mínimo de tres años o tengan un hijo en común), la sucesión será en los siguientes términos:

1.- Si concurre con sus hijos que lo sean también del autor de la sucesión, heredará como uno de ellos.

2.- Si concurre con descendientes del autor de la herencia, que no sean también suyos, tendrá derecho a la mitad de la porción que le corresponda a un hijo.

3.- Si concurre con hijos de ambos y con hijos sólo del autor de la herencia, tendrá derecho a las dos terceras partes de la porción de un hijo.

4.- Si concurre con ascendientes del autor de la herencia, tendrá derecho al cincuenta por ciento de la misma.

5.- Si concurre con parientes colaterales hasta el cuarto grado del autor de la sucesión, tendrá derecho a dos terceras partes.

También establece el derecho a que le sean resguardados sus alimentos del concubino deudor fallecido en términos del numeral citado. Derecho que subsistirá mientras la persona de que se trate no contraiga nupcias y observe buena conducta.

Además se prevé que en caso de que la concubina quedara encinta, se respetará su derecho a alimentos y al pago de gastos del parto.

Derecho de la viuda o concubina embarazadas

Artículo 6.178.- La viuda o concubina que quedara encinta, tiene derecho a recibir alimentos y al pago de los gastos médicos derivados del embarazo, con cargo a la sucesión.

Con la salvedad de que de existir otra persona con quien el testador vivió como si fuera su cónyuge, ninguna de ellas tendrá derecho a alimentos, pues no puede reputarse un doble concubinato por las características anteriormente explicadas.⁶⁴

⁶⁴ Octava Epoca, Instancia: QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: XIV, Septiembre de 1994, Tesis: I. 5o. C. 558 C, Página: 293

CONCUBINOS. REQUISITOS PARA TENER DERECHO A HEREDARSE ENTRE SI. Es cierto que el Código Civil para el Distrito Federal no define el concubinato; sin embargo, el artículo 1635 del ordenamiento citado exige para que los concubinos tengan derecho a heredarse entre sí, que hayan vivido juntos como si fueran cónyuges durante un cierto período previo a la muerte de uno de ellos, o que hayan tenido hijos en común; además, dicho precepto requiere que el que sobreviva no tenga otras concubinas o concubinarios. Por tanto, es inconcuso que para que la relación sexual que se entabla entre un hombre y una mujer pueda dar origen al derecho de heredarse entre ellos, necesariamente debe tener las características del matrimonio, al exigirse que los concubinos hayan vivido juntos como si fueran cónyuges. Consecuentemente, en la especie, la acción de petición de herencia ejercitada por quien se dice concubina del de cujus resulta improcedente, porque en ninguna parte de su demanda señaló con precisión el tiempo que duró la relación con el finado, la manera pública y permanente de la convivencia entre ellos como marido y mujer, ni el lugar donde quedó establecido el domicilio común; bastando esas omisiones, para declarar improcedente la acción de que se trata.

Amparo directo 3275/94. Olga Chequer Sahab y otro. 7 de julio de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Efraín Ochoa Ochoa. Secretario: Eduardo Francisco Núñez Gaytán.

7.- EFECTOS JURIDICOS DEL CONCUBINATO

7.1 Efectos en relación a los concubinos

En la legislación sustantiva aplicable, se reglamenta el concubinato como una situación de hecho, pero por primera vez en el Estado de México se reconocen una serie de efectos jurídicos a esta unión y como son:

- El derecho de los concubinos a los alimentos durante la vigencia del concubinato en los términos del numeral 4.129 de la ley sustantiva civil;⁶⁵

Reglas para que los concubinos se den alimentos

Artículo 4.129.- Los concubinos están obligados a darse alimentos, si se satisfacen los siguientes requisitos:

I. Que estén libres de matrimonio;

II. Que vivan como esposos por un lapso no menor de tres años o tengan hijos de ambos.

⁶⁵ Octava Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: XII-Diciembre, Página: 790 (TESIS SOBRESALIENTE)

ALIMENTOS ENTRE CONCUBINOS. CESA LA OBLIGACIÓN DE DARLOS CUANDO CUALESQUIERA DE ELLOS CONTRAE MATRIMONIO. De lo dispuesto por el artículo 302 del Código Civil se desprende que los concubinos deben darse alimentos si se satisfacen los requisitos señalados por el artículo 1635 del Código Civil. Entre esos requisitos destaca el de que se encuentren libres de matrimonio. No pasa inadvertido que, en tratándose de los cónyuges, el artículo precitado previene que la ley determinará cuándo queda subsistente esa obligación en los casos de divorcio y otros que la ley señale; pero tal regla no se establece en relación con los concubinos, pues aun cuando en la exposición de motivos del Código Civil el legislador reconoce que "... produce 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", en seguida se sostiene que: "... Estos efectos se producen cuando ninguno de los que viven en concubinato es casado, pues se quiso rendir homenaje al matrimonio, que la comisión considera como la forma legal y moral de constituir la familia, y si se trata del concubinato, es, como se dijo antes, porque se encuentra muy generalizado, hecho que el legislador no debe ignorar".

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 4843/93. María de Lourdes Castañeda Martínez. 23 de septiembre de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: José Becerra Santiago. Secretario: Marco Antonio Rodríguez Barajas.

- A participar en la sucesión hereditaria según lo estipulado en el artículo 1635 del Código Civil; ⁶⁶ Señala la Corte que para la existencia del concubinato se requiere que la mujer viva con el hombre en la misma casa, atendiéndolo y auxiliándolo en sus necesidades, como si fuera su esposa. Este es el criterio de la ley al crear la sucesión de la concubina; pues el legislador consideró, colocándose en un plano de equidad y de justicia, que una mujer que vive permanentemente con un hombre y que lo ayuda a formar un capital, debe ser protegida por la misma ley.

⁶⁶Novena Epoca, Instancia: CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: VIII, Noviembre de 1998, Tesis. 1.4o C 23 C, Página: 513

CONCUBINATO, SUS ELEMENTOS EN LA HIPÓTESIS DE QUE EXISTAN HIJOS, PARA QUE LOS CONCUBINARIOS PUEDAN HEREDARSE. Del artículo 1635 del Código Civil para el Distrito Federal, se desprenden dos hipótesis para que una persona pueda ser considerada concubina o concubinario y tenga derecho a heredar, la primera se da cuando los concubinarios han vivido juntos haciendo vida marital durante los cinco años que precedieron inmediatamente a la muerte de uno de ellos; la segunda se refiere al supuesto en que se hayan procreado uno o más hijos entre los concubinarios. Esta última hipótesis no exime del primer elemento, o sea la convivencia entre los padres, como si fueran cónyuges, ya que el simple nacimiento de un hijo no da lugar a presumir la existencia del concubinato, pues el hijo pudo ser producto de una relación transitoria, lo que definitivamente no da lugar a que se produzcan las consecuencias jurídicas que establece el citado artículo 1635; y lo único que el numeral significa, al señalar la segunda hipótesis -cuando haya habido hijos- es que entonces no es exigible que se cumpla cabalmente el término de cinco años de convivencia marital, pues basta con un lapso menor, con tal, siempre, que se demuestre objetivamente ese propósito de formar una unión más o menos estable, permanente, y su subsistencia inmediatamente anterior a la muerte del concubinario. CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo en revisión 1644/98 Estela Pérez Pérez. 30 de abril de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Gilda Rincón Orta. Secretario: Arquímedes Loranca Luna.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: XI-Enero, Página 341 (TESIS SOBRESALIENTE)

SUCESIONES DERECHOS HEREDITARIOS EN EL CONCUBINATO. (LEGISLACION DEL ESTADO DE PUEBLA.) Los artículos 3323 fracción II en relación con el diverso 297, del Código Civil, establecen el derecho a heredar de las personas por virtud del concubinato, es decir, mediante una situación de hecho que se traduce en un comportamiento como marido y mujer a la luz pública, sin estar casados, pero que se hallan en aptitud de contraer entre sí matrimonio que no esté afectado de nulidad absoluta. Por lo tanto, su existencia no puede comprobarse en forma directa pues no se trata de un estado civil que pudiera formalizarse en forma autónoma al matrimonio, de ahí que tal situación podrá demostrarse por cualquiera de los medios de prueba reconocidos por la ley; sin que deba exigirse mayor prueba, en caso de que desde el momento en que se denuncia la sucesión intestamentaria se reconozca por los demás herederos la existencia de la misma y lo ratifiquen personalmente en la junta de herederos. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO. Amparo en revisión 528/92. Sucesión de Jorge Lanz Flores. 28 de octubre de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: José Mario Machorro Castillo.

En consecuencia, no puede considerarse como concubina a una mujer con quien se tenga relaciones sexuales accidentales, pues extremando el concepto, podría considerarse a una mujer como concubina de un hombre, aún sin tener como determinante la relación sexual.⁶⁷

Requisitos para heredar entre concubinarios

Artículo 6.170.- Tiene derecho a heredar, la persona con quien el autor de la herencia vivió como si fuera su cónyuge dentro de los tres años que precedieron a su muerte o con quien procreó hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato.

- También se prevé un derecho para la protección de la concubina a la muerte de su concubinario, en caso de quedar embarazada:

Derecho de la viuda o concubina embarazadas

Artículo 6.178.- La viuda o concubina que quedara encinta, tiene derecho a recibir alimentos y al pago de los gastos médicos derivados del embarazo, con cargo a la sucesión.

⁶⁷ Instancia: Tercera Sala , Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Parte : CVIII, Página: 643

7.2 Efectos en relación a los hijos

En cuanto a la filiación

No hay elementos de protección inmediata, es necesario el reconocimiento de paternidad o bien juicio de investigación de paternidad. Situación medular del presente estudio y que será retomada ampliamente en el siguiente capítulo.

En cuanto al parentesco

Se reconoce parentesco civil en términos de los arts. 4.188 y 4.193 numeral que faculta a concubinos a la adopción simple ⁶⁸ (situación aún en controversia en virtud del requisito exigido al adoptante de ser persona adecuada para adoptar, lo cual no podemos afirmar de un concubino que no formaliza una relación por voluntad, ¿qué estabilidad entonces puede ofrecer?) .

Es importante señalar, que el error descrito de la adopción simple es subsanado en la adopción plena, que vale aclarar que es a la que se recurre actualmente, y en la que los concubinos no pueden participar, pues queda reservada sólo al hombre y a la mujer unidos en matrimonio.

Origina la Patria Potestad

La disposición civil señala que los hijos menores de edad no emancipados están bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla conforme a la ley, la patria potestad se ejerce en primer lugar por los padres, en caso de separación, ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus deberes y podrán convenir los términos de su ejercicio, particularmente en lo relativo a la guarda y custodia de los menores. Sea cual fuere el lazo de los padres, la patria potestad es un efecto incluso en concubinato y siempre que esté reconocido el parentesco por los medios previstos legalmente.

⁶⁸ Artículo 391.- Los cónyuges o concubinos podrán adoptar, cuando los dos estén conformes en considerar al adoptado como hijo y aunque sólo uno de ellos cumpla el requisito de la edad a que se refiere el artículo anterior, pero siempre y cuando la diferencia de edad entre cualquiera de los adoptantes y el adoptado sea de diecisiete años de edad cuando menos. Se deberán acreditar, además, los requisitos previstos en las fracciones del artículo anterior.

Derecho al Nombre

El hijo reconocido hecho por cualquiera de los medios legales (en la partida de nacimiento, ante el Juez del Registro Civil, por acta especial ante el mismo juez, por escritura Pública, por testamento o por confesión judicial directa y expresa), dan derecho a llevar el apellido paterno de sus progenitores, o ambos apellidos del que lo reconozca.

Derecho a Alimentos

El derecho a alimentos es recíproco entre padre e hijos, de ahí el derecho y obligación en la relación del concubino con sus descendientes, siempre que el vínculo esté reconocido legalmente.

Derecho en la Sucesión

Serán considerados en el patrimonio de familia, constituido por concubinos.

En sucesión testamentaria tienen derecho a exigir alimentos si no son partícipes del haber, siempre que haya sido reconocido el derecho, por el concubino mismo o mediante sentencia favorable.

En cuanto a la sucesión legítima tiene derechos de hijo, en los siguientes términos:

- 1.- Si a la muerte de los padres quedaren sólo hijos, la herencia se dividirá entre todos por partes iguales.
- 2.- Cuando concurren descendientes con el cónyuge que sobreviva, a éste le corresponderá la porción de un hijo.
- 3.- Si quedaren hijos y descendientes de ulterior grado, los primeros heredaran por cabeza y los segundos por estirpe. Lo mismo se observará tratándose de descendientes de hijos premuertos, incapaces de heredar o que hubieren renunciado a la herencia.
- 4.- Si sólo quedaren descendientes de ulterior grado, la herencia se dividirá por estirpe.
- 5.- Concurriendo hijos con ascendientes, éstos sólo tendrán derecho a alimentos, que en ningún caso pueden exceder de la porción de uno de los hijos.
- 6.- Concurriendo padres adoptantes y descendientes del adoptado en forma simple, los primeros sólo tendrán derecho a alimentos.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Tratándose de la adopción simple participan de la sucesión del adoptante pero no de los parientes del mismo.⁶⁹

Derecho del adoptado a heredar en la adopción simple

Artículo 6.153.- En la adopción simple, el adoptado hereda como hijo, pero no hay derechos de sucesión entre el adoptado y los parientes del adoptante.

7.3 en relación a los bienes

A lo largo de la vida en concubinato existe la posibilidad de adquirir bienes muebles e inmuebles, en el momento en que inician la relación cada uno es propietario de los bienes que adquieran.

7.3.1 Posibilidad de constituir un Patrimonio de Familia

El patrimonio de familia es un bien o un conjunto de bienes⁷⁰ que la ley señala como temporalmente inalienables o inembargables⁷¹ para que respondan a la seguridad de los acreedores alimentarios familiares.

La naturaleza jurídica propia del patrimonio de familia es la de un patrimonio de afectación, pues el constituyente separa de su patrimonio el o los bienes necesarios (casa habitación y/o parcela cultivable), y los afecta al fin de ser la seguridad jurídica del núcleo familiar de tener un techo donde habitar y un medio de trabajo agrícola a través de la parcela intocable para los acreedores de quien lo constituyó, puesto que no podrán embargarlos, y fuera de su propia disposición, ya que no podrá enajenarlo mientras esté afectado al fin del patrimonio de familia.

⁶⁹ Herrerías Sordo, María del Mar, Op Cit. Páginas 78 a 88

⁷⁰ Bienes que comprende el patrimonio familiar
Artículo 4.376 - Son objeto del patrimonio de familia:
I. La casa habitación;
II. En algunos casos, una parcela cultivable.

⁷¹ Régimen jurídico del patrimonio de familia
Artículo 4.380 - Los bienes afectos al patrimonio de familia son inalienables, y no estarán sujetos a ningún gravamen.

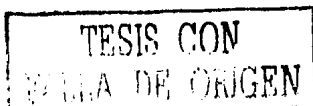
TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

El numeral 4.383 señala que la persona que quiera constituir un patrimonio familiar, comprobará la existencia de la familia a cuyo favor se va a constituir el patrimonio; de lo que se infiere la capacidad del concubino de constituir el patrimonio familiar a favor de su propia familia, pues aún cuando el origen de la familia sea un concubinato, basta con que realicen funciones de vida en común, solidaridad, ayuda económica, para que se justifique el origen de la familia, sea legítima o natural.⁷²

7.3.2 Donaciones

En cuanto a las donaciones como la forma de transferir a otra, gratuitamente una parte o la totalidad de sus bienes presentes, entre los concubinos, sí están permitidas y se regirán por lo dispuesto en la sección de contratos del código sustantivo, así que son revocables por superveniencia de hijos de ambos, o de alguno de ellos, por ingratitud del donatario al donante, por la comisión de un delito contra la persona, honra o bienes del donante, de sus ascendientes o descendientes o cuando el donatario rehúsa socorrer al donante que ha venido a pobreza.

⁷² Herrerías Sordo, María del Mar, Op Cit. Páginas 71 a 78



7.4 Efectos en relación a Terceros

Además de estos efectos considerados en el ordenamiento civil, están:

LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO

- El derecho de la concubina a recibir la indemnización por la muerte del trabajador por riesgo profesional en los términos del artículo 501 de la Ley Federal del Trabajo;⁷³

Entre las tesis sobresalientes está el criterio acertado de exclusión de la concubina: CONCUBINA, DERECHOS DE LA, A LA INDEMNIZACION POR MUERTE DEL TRABAJADOR. La concubina del trabajador fallecido solo tiene derecho a percibir la indemnización correspondiente, a falta de la esposa y los hijos legítimos o naturales menores de dieciséis años, que dependían económicamente del obrero; de manera que si la indemnización se otorgó a dichas personas, con ello queda excluida la concubina, sin que importe que esta hubiera demostrado que también dependían económicamente del trabajador fallecido.

LA LEY DEL SEGURO SOCIAL

- Cuando se verifica la muerte del trabajador, los concubinos, en caso de no existir viudo, tienen derecho al 40% de la pensión que hubiere recibido el trabajador en caso de incapacidad permanente total (art. 74-III). El art.66 da preferencia a los concubinos sobre los ascendientes dependientes del fallecido, este derecho es sólo si el que recibirá la pensión no ha entablado relación de matrimonio o concubinato con persona distinta del asegurado, en caso de contraer nupcias, se otorga a la mujer una suma global que equivale a tres anualidades de la pensión otorgada. Da preferencia al concubino sobre ascendientes dependientes.
- La pensión de viudez a la concubina equivale al 90% de la que hubiera correspondido al asegurado por invalidez

⁷³ Tendrán derecho a recibir indemnización en los casos de muerte: III. A falta de cónyuge supérstite, concurrirá con las personas señaladas en las dos fracciones anteriores, la persona con quien el trabajador vivió como si fuera su cónyuge durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte, o con la que tuvo hijos, siempre que ambos hubieran permanecido libres de matrimonio durante el concubinato.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

- Los concubinos sobrevivientes, siempre que no exista matrimonio del asegurado, y demostrando la dependencia económica, quedan amparados por el seguro de enfermedades y maternidad (art. 84-III y IV). El seguro de maternidad incluye para el periodo de embarazo y puerperio un subsidio en dinero equivalente al último salario diario de cotización del asegurado, por 42 días antes y después del parto, si éste se prolonga los días se pagan como incapacidad originada por enfermedad.
- Tienen derecho a recibir prestaciones en especie de conformidad al numeral 93 de la LSS.
- El derecho de la concubina a recibir la pensión establecida por los numerales 7o. y 152 de la Ley del Seguro Social, en los casos de muerte del asegurado por riesgo profesional, accidente o enfermedad no profesional, y a las pensiones de viudez cuando el concubinario ha fallecido y disfrutado de pensión de invalidez, vejez o cesantía.
- Derecho a las asignaciones familiares, que es una ayuda por concepto de carga familiar por la invalidez del pensionado del 15% superior a la de los hijos (10%).
- En cuanto al seguro del retiro, cesantía en edad avanzada y vejez, a la muerte del trabajador, el concubino recibe a partes iguales con los hijos y ascendientes, siempre que ya no tuvieran derecho a pensión por el seguro de invalidez y vida.

OBLIGACION DE INDEMNIZAR POR RESPONSABILIDAD CIVIL

- Se refiere a que cuando un menor que realiza una actividad causa daño, es responsable quien ejerce la patria potestad y habite con él, en este caso aplica al concubino, ahora bien, en caso de que sea el concubino quien fallezca el otro tendrá derecho a la indemnización de acuerdo a las reglas de la sucesión aplicables.

TIENEN DERECHO A LA REPARACION DEL DAÑO MORAL

- En caso de que uno de los concubinos sufra una afectación de la que describe el numeral 1916 del Código Civil, podrá iniciar acción judicial por daño moral, el derecho a la indemnización es exigible incluso por el concubino sobreviviente.⁷⁴

⁷⁴ Art. 1916 CC. Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas.

LA LEY DEL INSTITUTO DE SEGURIDAD Y SERVICIOS SOCIALES DE LOS TRABAJADORES DEL ESTADO.

- El art. 5 considera derechohabiente a los concubinos dependientes económicamente: a la concubina, si no hay esposa y al concubinario mayor de 55 años o incapacitado física o psíquicamente. Para aprobar el concubinato refiere la resolución de la información testimonial ante autoridad judicial competente. Además de que los créditos solicitados consideran a los concubinos bajo el régimen de mancomunidad.

De lo anterior encontramos como derechos de los concubinos:

- Derecho al Seguro de Enfermedad.⁷⁵
- Derecho al Seguro de Maternidad.⁷⁶
- Derecho a Servicios de Medicina Preventiva.⁷⁷
- Derecho a la Pensión del seguro por Riesgo de Trabajo (art.43).
- Derecho a la Pensión por muerte del trabajador, hasta que se unan en concubinato o contraigan matrimonio, en este caso reciben el importe de pensión por 6 meses (art. 75 F. II y IV).⁷⁸
- Derecho de transmisión de pensión por muerte del pensionista

Deben presentar:

- Información testimonial para acreditar concubinato, de expedición posterior al fallecimiento de la pensionista.
- Señalar que el concubinato fue de 5 años que precedieron a la muerte.

⁷⁵ Art. 24 LISSSTE También tendrán derecho a los servicios que señala la fracción I del Artículo anterior en caso de enfermedad, los familiares derechohabientes del trabajador o del pensionista que enseguida se enumeran. I. El esposo o la esposa o a falta de éstos, el varón o la mujer con quien ha vivido como si lo fuera durante los cinco años anteriores a la enfermedad o con quien tuviesen hijos (as), siempre que ambos permanezcan libres de matrimonio.

⁷⁶ Art. 28 LISSSTE La concubina del trabajador o del pensionista o, en su caso, la concubina de uno u otro tendrán derecho a las siguientes prestaciones: I. Asistencia obstétrica necesaria... II. Ayuda para la lactancia... III. Una canastilla de maternidad...

⁷⁷ Art. 30 LISSSTE El Instituto proporcionará servicios de medicina preventiva tendientes a preservar y mantener la salud de los trabajadores, pensionistas y sus familiares derechohabientes quienes tendrán derecho a la atención preventiva de acuerdo con esta Ley.

⁷⁸ Art. 75 LISSSTE El orden para gozar de las pensiones a que se refiere este artículo será el siguiente: II. A falta de esposa, la concubina sola o en concurrencia con los hijos o éstos solos... siempre que aquella hubiere tenido hijos con el trabajador o pensionista, o vivido en su compañía durante los cinco años que precedieron a su muerte y ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato. Si al morir el trabajador o pensionista tuviere varias concubinas, ninguna tendrá derecho a pensión. IV. El concubinario solo o en concurrencia con los hijos o éstos...

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

- Copia certificada del acta de nacimiento del concubinario, sólo si tiene 55 o más años de edad.
- Certificado médico de incapacidad para trabajar, expedido por el ISSSTE, de vigencia de 6 meses desde su emisión, sólo si el concubinario tiene menos de 55 años de edad.
- Información testimonial para acreditar que el concubinario dependía económicamente de la pensionista, de emisión posterior al fallecimiento de la misma, sólo si el concubinario tiene menos de 55 años de edad.
- Copia certificada del acta de nacimiento del trabajador(a), sólo si la trabajadora fallecida cotizó al ISSSTE de 10 a 14 años, 6 meses y hubiere cumplido 60 o más años de edad en servicio.

LA LEY DEL INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL PARA LAS FUERZAS ARMADAS MEXICANAS

- Considera familiar de los militares la concubina en términos del numeral 37 de la LISSFAM.⁷⁹
- Para probar la relación se exige: con la designación que el militar haya hecho de la persona interesada, como concubina, ante el Instituto o la Secretaría de la Defensa Nacional o de Marina. Las circunstancias del concubinato, indicadas en los incisos a) y b) de la fracción II del artículo 37 de esta ley, se acreditarán con los medios de prueba establecidos por el Código Federal de Procedimientos Civiles.⁸⁰

⁷⁹ Art. 51 LISSFAM Se consideran familiares de los militares para los efectos de este capítulo: II. La concubina sola o en concurrencia con los hijos ... siempre que por lo que hace a aquélla existan las siguientes circunstancias: a) Que tanto el militar como ella hayan permanecido libres de matrimonio durante su unión; b). Que haya habido vida marital durante los cinco años consecutivos anteriores a la muerte.

⁸⁰ Sexta Época Instancia: Segunda Sala Fuente: Apéndice de 1995 Tomo: Tomo III, Parte SCJN Tesis: 120 Página:82

PENSIONES MILITARES. CONCUBINAS, PRUEBA DE SUS DERECHOS. El artículo 70 de la Ley de Retiros y Pensiones Militares enumera los medios idóneos de comprobación del concubinato, que son la designación hecha por el militar y los demás medios de prueba que establece el Código Federal de Procedimientos Civiles, lo que explica gramaticalmente, tratándose de una enumeración, el uso de la conjunción copulativa "y", pues no se trata de que el concubinato sólo sea comprobable con la designación, conjuntamente con los demás medios de prueba, sino que la ley enumera los medios idóneos para acreditarlo. Sexta Época:

Amparo en revisión 7580/59. Elisa Domínguez. 14 de abril de 1961. Mayoría de cuatro votos.
 Amparo en revisión 8478/60. Ignacia Pérez Valdivia. 23 de agosto de 1962. Unanimidad 4 votos.
 Amparo en revisión 1280/62. Ignacia Zavala Mercado. 4 de diciembre de 1964. Cinco votos.
 Amparo en revisión 1185/61. Anastasia Vázquez Castillo. 9 de abril de 1965. Cinco votos.
 Amparo en revisión 9226/64. Eleazar Marure Vda. de Macías. 20 de agosto de 1965. Cinco votos.

**TESIS CON
 FALLA DE ORIGEN**

Se conceden los siguientes derechos a los concubinos:

- Recibir los haberes de retiro, pensiones y compensaciones, pagas de defunción y ayuda para los gastos de sepelio.
- Disponer del fondo de trabajo si fueron designados beneficiarios o bien, es derecho de acuerdo a reglas de sucesión.
- Ayuda pecuniaria del seguro de vida militar, excluyendo a los padres y hermanos.⁸¹
- Recobrar el total de los depósitos al Fondo de la Vivienda del militar en activo o con licencia, concurren con ascendientes mayores de 55, imposibilitados para trabajar o incapaces.
- Gozar del servicio médico integral (atención médica-quirúrgica), de acuerdo al art.152.
- Disponer del servicio materno infantil (consultas, tratamientos, atención al parto y al infante, ayuda en la lactancia y la canastilla de nacimiento).

⁸¹ Art. 73 LISSFAM El Seguro de Vida Militar es la prestación que tiene por objeto proporcionar una ayuda pecuniaria a los beneficiarios de los militares que fallezcan, cualquiera que sea la causa de la muerte.

Sexta Epoca, Instancia: Segunda Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: Tercera Parte, XCIV, Página: 30

MILITARES, PENSIONES A LAS CONCUBINAS DE LOS. El artículo 70 de la Ley de Retiros y Pensiones Militares establece que: "El concubinato será acreditado con la designación que el militar haya hecho de la interesada como esposa o concubina ante la Secretaría de la Defensa Nacional o de Marina en su caso, y por los demás medios de prueba que establece el Código Federal de Procedimientos Civiles". De la transcripción anterior se puede ver claramente que el citado artículo, establece dos medios para acreditar el concubinato, dando nacimiento cualesquiera de los dos a los derechos inherentes al caso. Ahora bien, la primera situación sería que el militar fallecido hubiera designado a la interesada como esposa o concubina ante la Secretaría de la Defensa Nacional o de Marina en su caso, y la segunda, por los demás medios de prueba que establece el Código Federal de Procedimientos Civiles. Estas dos situaciones no deben interpretarse en el sentido de que se reúnan las dos circunstancias, o sea, la designación y las pruebas que establece el Código Federal de Procedimientos Civiles, siendo que, de haber sido designada la interesada como concubina, como prescribe la primera parte del citado artículo, ya no se trataría de la comprobación de dicha situación, con las pruebas que establece el referido Código Federal Procesal, sino que se trataría únicamente de acreditar la personalidad de la concubina previamente reconocida ante las autoridades competentes.

Amparo en revisión 1185/61. Anastasia Vázquez Castillo. 9 de abril de 1965. Cinco votos. Ponente: Octavio Mendoza González.

TESIS CON
 FALLA DE ORIGEN

8.- LA RELACION FAMILIAR CONCUBINARIA

Incidencia en relación al vínculo matrimonial

El hecho de vivir en concubinato, (aunque evidentemente no es la intención inicial en los concubinos), origina hoy una serie de consecuencias de tipo económico derivadas de la relación, jurídicamente no existió precepto vigente en el Estado de México hasta antes de la expedición del código sustantivo, esta es la razón principal por la que se recurrió tanto a esta situación, y aún seguirá vigente mientras la gente no sepa que los efectos que se originan ya son casi idénticos al matrimonio en cuanto al otro concubino se refieren.

El problema es que, el mismo plano jurídico no aplica a los hijos, que como hemos venido afirmando no deben de pagar por los errores de los padres, los hijos seguirán requiriendo de un procedimiento para eliminar la calidad de hijos sin padre, porque la expedición del Código Civil para el Estado de México del 7 de junio del 2002 no fue lo suficientemente protector para con la prole, si bien legislar no significa aceptar, la normatividad emitida al respecto tendrá efectos beneficiosos para el mantenimiento de este tipo de relaciones que finalmente, están fuera de la ley y que aún así seguirán siendo protegidas.

En el matrimonio los esposos se entregan el uno al otro física y espiritualmente, de manera plena y recíproca. El concubinato se conceptúa con una entrega de tres años, o el nacimiento de un hijo dentro de la apariencia de un matrimonio civil, si bien logra establecerse una convivencia íntima entre ellos y la comunidad de vida temporal, nunca resultará el medio idóneo para transmitir a los hijos los principios y valores éticos, morales y espirituales necesarios para el desarrollo integral y realización personal de éstos, para su realización como personas responsables y libres, la familia constituida carece de la solidez y estabilidad para la realización de sus integrantes, en especial de los hijos, consecuencia natural en condiciones de convivencia sexual regular entre los concubinos.

En cuanto al resto de lo que constituye una familia, el concubinato no produce efectos respecto de los demás parientes de los concubinos, pues no nace parentesco por afinidad ni impedimentos matrimoniales.

Partiendo de que la familia es la base de la sociedad y el matrimonio ha sido creado como institución para proteger a los integrantes de la misma, el concubinato, nunca va a permitir la estabilidad que genera un

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

matrimonio porque basta con la voluntad de uno de los concubinos de abandonar al otro en cualquier momento y entonces toda la seguridad indispensables para integrar a los concubinos, y para la educación de los hijos, así como la transmisión de los principios y valores éticos, morales y espirituales que requiere todo ser humano para su formación se derrumbe.

Tendremos al concubino irresponsable frente a los integrantes de la familia, el que debería de ser el ejemplo de vida: reducido y transformado por su simple voluntad, en un ser desobligado, sin responsabilidad por nadie al permitírsele conservar en un arranque de inmadurez su "libertad", porque finalmente el concubinato se aceptó por las razones que justifica la misma historia (falta de recursos económicos o existencia de impedimentos, etc.) y hoy no habiendo justificante a la conducta se ha de tergiversar en nuestros días a la intención de no obligarse, así que no hay razón en la actualidad para este tipo de uniones y aún cuando es difícil de encontrar el punto exacto de normatividad que debe darse, debe considerarse legislar no significa crear o tolerar, es una necesidad y este hecho del concubinato requiere regulación y no medidas que impulsen su aparición, por esto seguiremos viendo concubinatos, generando hogares poco idóneos para el desarrollo de los que serán el futuro, es por las razones expuestas que el presente estudio es una propuesta para la protección de esta prole, nacida en desventaja, sin quererlo, pero teniendo que asumirlo pues así lo decidieron los padres, es aquí que debemos considerar el papel protector de la ley.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

9.- ESTADISTICAS

Son alentadoras las cifras actuales, datos de población elaborados por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía detallan que existen en México 707,422 matrimonios mexicanos de los cuales sólo el 7.4% se divorcia, esto es que 7 de cada 100 matrimonios en nuestro país se registran como disueltos, 14,335 por vía necesaria, 29,630 voluntariamente y 8,307 son de materia administrativa.⁸²

De acuerdo a esta información encontramos que la estructura de la familia mexicana tiene una estabilidad generalizada, se encuentra entonces que entre los varones clasificados como ascendientes (padres, suegros, abuelos) el 88.2% son o estuvieron casados contra un 3.5% que registró unión libre, el resto 8.3% se considera soltero.

Entre los varones calificados como descendientes o colaterales tenemos que el 50.7% son solteros y del resto 8.3% mantiene relación fuera de matrimonio contra los casados que superan la cifra 41%.

En cuanto a las mujeres, excluyendo el porcentaje de 7.3 solteras, el .9% de las consideradas ascendientes mantiene relaciones sin estar casada, contra un 92.1% que sí contrajeron matrimonio.

En cuanto de las mujeres descendientes o colaterales en la familia mexicana, 58.2% están unidas civilmente, el 9.3% registra uniones libres y el resto, 32.5% son solteras.

Podemos concluir que la población actual respetó las exigencias de nuestro marco jurídico y de las Instituciones que de él emanen, que las reformas materia de esta investigación responden a medidas políticas a favor de una minoría y que, de ninguna manera se protege la familia mexicana propiamente dicha, ni las medidas favorecen la extinción de las relaciones fuera de matrimonio, como debía de ser.

A continuación analizaremos las tendencias sociales.

82 INEGI: "Estadísticas de Matrimonios y Divorcios" Cuaderno 8. Edición 2001.



9.1 En relación a los concubinos

Ya está demostrado que las relaciones prematrimoniales -a pesar de seguir siendo tema tabú- son muy comunes. Vivir juntos antes del matrimonio puede provocarles a las parejas jóvenes una ruptura con la familia, a pesar de esto las tendencias demuestran un aumento considerable de este tipo de relaciones.

La situación cada vez es más común. "En la clase media, corriendo al nivel de las grandes potencias, donde también está sucediendo eso, se da el fenómeno de las uniones consensuales. En las clases más bajas no hay una conciencia ni una necesidad de formalizar el matrimonio. A pesar de la religión. En cuanto a eso la religión no ha podido", dijo Sánchez Baret.⁸³

Según el Instituto Nacional de Estadística Geografía e Informática (INEGI), las diferencias conyugales son notables por región. El porcentaje más alto de personas en unión libre es en ciudades con mayor población y de personas separadas y divorciadas.

Estos resultados han impactado de alguna forma en el ánimo de los gobiernos de las entidades federativas como el Distrito Federal⁸⁴ y Tamaulipas, estados que desde finales del año pasado implementaron campañas permanentes de matrimonios colectivos con poca respuesta.

El último censo del INEGI, realizado en el estado, revela que de 1990 a la fecha, la proporción de parejas en unión libre creció en cuatro puntos porcentuales y en dos por ciento la proporción de personas separadas, divorciadas y viudas.

⁸³ Soldevila, María Isabel. Análisis. "Casada y sin papeles", Internet, 2003.

⁸⁴ Convocatorias a matrimonios colectivos han sido realizadas a lo largo del 2002 y 2003 convocadas por el Gobierno el Distrito Federal, para regularizar su situación jurídica por medio de los Coordinadores del Registro Civil de forma gratuita, presentando su acta de nacimiento. Se detectaron cifras alarmantes, por ejemplo en la Delegación Cuauhtémoc 34,000 personas viven en unión libre y otras 34,000 no tienen definida su situación de pareja, la respuesta ha sido limitada 700 parejas habían respondido para abril del 2003.

Desgraciadamente, encontramos que en el Estado de México entre más es la edad, tenemos que es menor el número de personas casadas, se desprende lo siguiente:⁸⁵

PERSONAS CASADAS	HOMBRES	MUJERES
15 a 24 años	53.5	67.6
25 a 34 años	36.9	26.2
35 a 44 años	6.3	4.3
45 años o más	3.3	1.9

La escolaridad en la entidad ⁸⁶ revela datos que confirman las declaraciones vertidas en el apartado de las causas del concubinato:

ESCOLARIDAD	HOMBRES CASADOS	MUJERES CASADAS
Sin escolaridad	1.4	2.3
Primaria	20.4	23.0
Secundaria	43.6	4.1
Preparatoria	20.2	20.9
Profesional	13.4	11.7
No especificado	.9	1.1

Si relacionamos la edad y la preparación académica, las cifras son concluyentes: el concubinato no está relacionado con la condición económica.

- 1) en el primer caso: la clase más baja no hay una conciencia ni una necesidad de formalizar el matrimonio, a pesar de la religión.
- 2) En el segundo caso: las clases medias, sucede que adquieren el conocimiento de que al establecer una relación de este tipo no tendrán obligaciones, entre más preparadas están conocen que no hay forma de que se les haga responsables de la pareja y mucho menos de los hijos que conciban.

⁸⁵ INEGI "Estadísticas Vitales del Estado de México" Cuaderno número 2, Edición 2001.

⁸⁶ Ídem.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

9.2 Estadísticas en relación a los hijos concubinaríos

Estadísticas emitidas por el INEGI, son reveladoras de que la mayoría de la población cree en el matrimonio para constituir una familia, pero el apoyo dado a las situaciones de hecho ha inferido de forma considerable en el aumento de éstas, el problema radica en los nacimientos que se registran en estas familias inestables, como consecuencia natural.

Debe mantenerse la tesis de regular aplicando iguales o más obligaciones para los padres en cuanto a los hijos nacidos en concubinato, además de facilitarles a estos menores los procedimientos para ser reconocidos, ya que, como hemos demostrado los nacimientos dentro de uniones libres obedecen a relaciones entabladas sin querer obligarse con la pareja o la prole.

Las familias mexicanas presentan como jefe de familia los siguientes rasgos:⁸⁷

JEFE DE FAMILIA	MUJERES 47.6%	HOMBRES 52.4%
Casado	83.6 %	11.9%
Soltero	2.3%	16.2%
Unión libre	11.5%	1.9%
Divorciado	.2%	6.3%
Separado	.6%	16.0%
Viudo	1.8%	47.7%

De lo que comprendemos que los hijos ilegítimos y no reconocidos han nacido de las mujeres que representan este 13.8 % , es decir de mujeres solteras o en unión libre, hoy se encuentran enfrentando la vida inestable a que hemos hecho alusión anteriormente, que no gozan de las condiciones y mucho menos de la estabilidad de una familia, y que las posibilidades de obtener la ayuda necesaria se ven disminuidas ante el procedimiento que deben enfrentar para que les sea reconocida la filiación con su progenitor.

⁸⁷ INEGI "Las Familias Mexicanas", Edición 2001.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

De los 327,782 niños que se registraron en el Estado de México en el año 2002, tenemos que casi la tercera parte (113,016 niños) han nacido dentro de uniones libres. Cifras realmente considerables y de necesario análisis para determinar las tendencias sociales posteriores.

Como niveles de escolaridad de las madres en estos nacimientos tenemos: que 6 % no tiene escolaridad, 12.2 % tiene primaria, 32.2 % secundaria, 13.7 % preparatoria, 5.5 % nivel profesional y 3.9 % no está especificado.

Entonces deducimos que la mayoría de los nacimientos de las uniones libres se registran de madres que no podrán dar un nivel de vida regular requerido por un menor.

Ahora bien, con el número de nacimientos tan sólo en el Estado de México de 113, 016 y una escolaridad en la madre insuficiente ¿qué condiciones podrán presentarse a estos menores? sin respaldo de un padre ¿No es necesaria una reforma que les permita establecer la filiación jurídica de manera más rápida, para que tengan el apoyo, aunque sea obligado, de ambos padres? ¿No es necesario dar la seguridad jurídica y económica para su pleno desarrollo? Considerando que son sólo los niños del Estado de México ¿las cifras no son alarmantes?

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPITULO IV:
LOS HIJOS

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPITULO IV: LOS HIJOS

Mater semper certa est, y presunciones de paternidad constituyen los axiomas de la filiación.

Señala Flores Barroeta: " La paternidad del hijo que da a luz la mujer casada, es de atribuirse al marido: ya que la solemnidad que preside de él a la celebración del matrimonio así como los deberes de cohabitación, unión carnal y fidelidad, hace presumir fundamentalmente al Derecho que el hijo ha sido engendrado por el esposo de la madre" .⁸⁸

La problemática actual relacionada con la ilegitimidad de los hijos va aparejada al aumento de las parejas de hecho, el incumplimiento por parte del padre de la obligación de mantener a sus hijos biológicos y el incremento del número de divorcios.⁸⁹

La legislación sobre descendencia, como lo veremos, es de las que más modificaciones ha sufrido a través del tiempo, no sólo por las variaciones de comportamientos sociales que produjeron cambios legislativos, sino por la evolución de la ciencia, que posibilitó medios de prueba más fehacientes para determinar la calidad de hijo.

Estos avances médico-biológicos han provocado una verdadera revolución en materias que durante años habían permanecido intactas, es este argumento el motivo del presente estudio, para lograr promover cambios legislativos que no constituirán acostumbrados errores, en virtud de la certeza brindada por los nuevos medios probatorios, permitiéndonos revisar los axiomas que parecían inamovibles.

Es por esto que se parte de la premisa de que resulta imprescindible cuestionar estos axiomas, los conceptos y la misma ley, para adaptarlos a esta nueva realidad que ha conmocionado las premisas tradicionales.

⁸⁸ Flores Barroeta, Benjamin "Primer Curso de Derecho Civil" Tomo I. Editorial Porrúa, México, 1996.

⁸⁹ "Ilegitimidad," *Enciclopedia Microsoft® Encarta® 2000*. © 1993-1999 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

1.- CONCEPTO DE HIJO

Se entiende hijo, del latín filius, la persona o animal respecto de sus padres, padre o madre.⁹⁰

Hijo podemos definirlo como el descendiente en primer grado de una persona, de la relación paterno-filial deriva una larga serie de derechos y obligaciones, alguno de los cuales afectan exclusivamente el concepto de padre (o madre en su caso).⁹¹

El concepto como descendencia, es la norma que rige la filiación en los grupos sociales mediante los vínculos de parentesco.

La descendencia es una forma de reconocimiento social del linaje o familia, que varía según la sociedad. Puede ser biológica o jurídica. La primera se puede transmitir a través del hombre o mujer (de forma bilateral) o sólo a través de uno de ellos (unilateral), en forma patrilineal o matrilineal, si la conexión es por línea masculina o femenina. Es jurídica si hay transmisión de derechos y deberes, que incluye la herencia de la propiedad y la sucesión en una posición social. Ambas unen a una generación con la siguiente, de forma sistemática.⁹²

Jurídicamente Hijo es la designación del parentesco que liga a cada persona con las que la engendran.⁹³

Se llama también hijo al descendiente en primer grado de una persona.⁹⁴

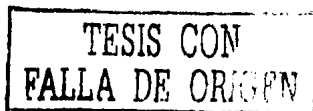
90 "Diccionario Manual e Ilustrado de la Lengua Española" Real Academia Española, Editorial Espasa-Calpe S.A., España 1999.

91 Ramírez Gronda, Juan D. "Diccionario Jurídico" Editorial Claridad, 11ª Edición, Argentina, 1999.

92 "Parentesco (antropología)," *Enciclopedia Microsoft® Encarta® 2000*. © 1993-1999 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

93 De Pina, Rafael. "Diccionario de Derecho". Editorial Porrúa, México 2001. Página 292

94 Ramírez Gronda, Juan D. Op Cit. Página 170



2.- PANORAMA HISTORICO

Ante uniones monogámicas en convivencia con permanencia y exclusividad sexual, es ineludible atribuir los hijos que tenga la mujer al hombre que está a su lado, de ahí el axioma citado de que el hombre es el que demuestra las nupcias, en caso de no haber nupcias, al apartarse del comportamiento social produce incertidumbre, de donde surgen los primeros criterios de hijos matrimoniales e hijos extramatrimoniales, distinción que explicaremos y que siempre ha existido en todas las legislaciones, y es lógico y razonable reflejar una realidad objetiva en los hijos, pero será prudente que durante mucho tiempo ha servido para discriminar tajantemente desde el punto de vista jurídico, al hacer recaer sobre los hijos esa falta de derechos por una situación que no han provocado ellos sino sus padres?

Los diversos órdenes normativos, han previsto regulación especial a los hijos, que van desde la plena aceptación de los mismos sin ningún distinción, hasta el rechazo total y condenatorio, haciéndolos víctimas de la negación de todo tipo de derechos y marcándolos con denominaciones infamantes. Entre ambos criterios tan radicalmente opuestos, se dan variados matices de tolerancia y concesión de derechos.⁹⁵

2.1 Pueblos de la Historia Antigua

Como ilegitimidad, se ha entendido siempre como la calidad de los hijos nacidos fuera del matrimonio. A pesar de que hoy el término es políticamente incorrecto, en su momento supuso un primer paso para reducir la antigua vergüenza de la bastardía.

Las sociedades siempre han controlado con rigor el nacimiento o la filiación de sus miembros mediante el Registro Civil. Esto permite certificar la identidad de un individuo en casos, por ejemplo, de reclamaciones de herencias o propiedades.⁹⁶

⁹⁵ Montero Duhalt, Sara "Derecho de Familia" Editorial Porrúa, México 1990. Página 283.

⁹⁶ "Ilegitimidad," *Enciclopedia Microsoft® Encarta® 2000*. © 1993-1999 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.



Los diversos órdenes normativos han asumido frente a los hijos extramatrimoniales diversas actitudes desde la plena aceptación de los mismos sin distinguos con los nacidos dentro de un matrimonio, hasta el rechazo total y condenatorio haciéndolos víctimas de la negación de cualquier derecho y marcándoles con denominaciones infamantes. Entre los matices descritos se dan otros de tolerancia y concesión de derechos.

En Babilonia se permitió reconocer a los hijos que un hombre casado había engendrado con una esclava, y se les dio derecho a la sucesión casi en los mismos términos que a un hijo legítimo, si el padre no lo reconoció a perdía sus prerrogativas patrimoniales y el hijo y la madre tenían derecho a la libertad. La filiación materna no se discutió, siendo precursores de la máxima romana *mater semper certa est*.

En la India se excluyeron a los hijos adulterinos e incestuosos decían: que todo hijo dado al mundo por una mujer que haya tenido comercio carnal con otro hombre distinto de su marido, no es hijo legítimo de ésta mujer, de igual modo el hijo engendrado por un hombre en mujer ajena, no pertenece a este hombre. "

En Grecia bajo Solón los hijos extramatrimoniales fueron excluidos de la comunidad social y no se les permitía casarse con ciudadanos, más tarde se suavizó pero se les mantuvo al margen y privándolos de derechos.⁹⁷

⁹⁷ Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XII: Fami- Gara. Editorial Bibliográfica, Argentina 1999. Pág. 210

2.2 Los hijos en Roma

Tratándose de hijos las diferencias fueron frecuentes: a los habidos en la vigencia del matrimonio operaba la máxima de Paulo: *pater is est quem iustae nuptiae demonstrat*, que significa que la presunción es a favor de los hijos de mujer casada presumiendo que fueron engendrados por el marido. El marido de la madre es el padre del hijo según lo demuestra el hecho del matrimonio.⁹⁸

Margadant señala que los hijos de *iustae nuptiae*, nacidos dentro de 182 días desde que los padres contrajeron justas nupcias, o dentro de los 300 días desde la terminación de éstas, son legítimos, siempre que el padre no haya intentado, o no haya logrado comprobar la imposibilidad de tener contacto carnal, sea causa de un viaje, enfermedad, impotencia, etc.⁹⁹

Efecto de lo anterior caen bajo la patria potestad, con derecho a alimentos recíproco, las hijas, desde Augusto, tienen derecho a la dote, y como hijos deben de tener el consentimiento del padre para celebrar justo matrimonio.

Desde la roma primitiva los hijos extramatrimoniales fueron tratados con severidad, hasta el edicto *Unde Cognati*, que establecía las obligaciones emergentes del parentesco natural, esencialmente de sangre, que se establecía por el simple hecho de la concepción con la madre y sus parientes, estableciéndose la base del *mater semper certa est* prevista en el Digesto.

Las diferencias entre hijos fueron:

- *Liberi naturali*: hijos habidos de una concubina
- *Adulterini*: cuyo padre o madre estaban casados al concebirlos
- *Incestuosi*: nacidos de uniones prohibidas por vínculos de sangre
- *Spurii*: hijos de personas libres no unidas en matrimonio, que cometían estupro, considerados nacidos de mujer deshonesto o promiscua.

⁹⁸ Baqueiro Rojas, Edgard "Diccionarios Jurídicos Temáticos: Derecho Civil ", Volumen I. Editorial Harla, México 1997. Página 87.

⁹⁹ En el derecho preclásico romano requería incluso un acto expreso por parte del padre para la legitimación (el *tollere liberum*).

- o Máncer: nacido de mujer pública. ¹⁰⁰
- o Bastardo: el nacido ex furtivo accessu aut stupro: de virgen o viuda honesta, que no podían ser concubinas. ¹⁰¹

Dándose todos los elementos del concubinato, excepto la notoriedad, tendría vigencia la presunción de paternidad que en ciertos casos existe respecto de los hijos de la concubina, pues dicha presunción estaba basada en la comunidad de lecho, habitación y vida, en condiciones de singularidad, el status de hijo natural surgía del concubinato, como forma permitida de unión entre dos personas de condición desigual, así que eran tenidos con paternidad cierta en relación a los concubinos.

Era hijo natural el nacido de concubina que fuese única, sola y habitase en calidad de tal en la misma casa del padre siendo ambos libres, solteros, pudiendo contraer entre sí matrimonio legítimo, y se les denominó ex concubinato. ¹⁰²

En cuanto a los *liberi naturali*, (hijos nacidos de una relación concubinaria duradera), no se creaba ningún parentesco con el padre y como resultado de éstos nacían *sui iuris* ¹⁰³, con calidad de naturales *liberi*, asumiendo la condición y el nombre de la madre, sin reconocerse aun el lazo natural habido entre el padre y los hijos nacidos de esta unión, como consecuencia de lo anterior el padre no podía ejercer la patria potestad sobre los hijos. ¹⁰⁴

Los hijos de concubinato fueron aceptados como parientes del padre o de la madre, si pedían legitimarlos, tenían además derechos sucesorios, aunque en porción muy inferior a los legítimos. A partir de Constantino, se reconoció el derecho del padre de legitimar a los hijos.

¹⁰⁰ Chávez Asencio Manuel F. "La Familia en el Derecho (relaciones jurídicas conyugales)" Editorial Porrúa 1999. Página 139.

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ Exentos de patria potestad.

¹⁰⁴ Herrerías Sordo, María del Mar "El Concubinato: Análisis Histórico Jurídico y su problemática en la práctica" Editorial Porrúa, México 1998. Página 3

En cuanto a los demás hijos la posición era de extrema inferioridad y estaban privados de todo derecho.

La ley Papia Popaea toleró el concubinato, estableció que los padres que tuvieran tres o más hijos ilegítimos eran preferidos sobre los demás para desempeñar cargos públicos.

En el Bajo Imperio, con Justiniano, se reconoció el lazo entre el padre y los hijos producto del concubinato. Justiniano legisló el derecho del padre a legitimar a estos hijos y reconoció el derecho de éstos a recibir alimentos así como también algunos derechos sucesorios.¹⁰⁵

Para probar la filiación se admitió:

- 1.- La comprobación mediante registros públicos de nacimiento, establecidos quizá por Augusto y la legislación Caducaria.
- 2.- La comprobación de constante posesión de estado de hijo legítimo
- 3.- En último caso, la prueba testimonial

En Roma, no se admite el reconocimiento de hijos ilegítimos, se usa la adrogatio, para que un pater familiae adquiera la patria potestad sobre otro, de requisitos de la adopción¹⁰⁶ pero con procedimiento más severo.¹⁰⁷

Era necesario recurrir en una de las siguientes tres formas de legitimación para establecer la patria potestad sobre los hijos naturales:¹⁰⁸

- Mediante justo matrimonio con la madre, no siempre posible
- Un rescripto del emperador, ante matrimonio no realizable o aconsejable, se autorizaba la legitimación en caso de ausencia de hijos legítimos
- La oblación a la curia, el padre entrega a su hijo como decurión o consejero municipal, en desagradable y arriesgada función se encarga de los cobros fiscales del Bajo imperio, respondiendo con su fortuna y además el pater apartaba bienes de su patrimonio que garantizaran la gestión de su hijo en la Curia.

¹⁰⁵ Herrerías Sordo, María del Mar. Op Cit. Página 4

¹⁰⁶ Diferencia de edad de 18 años, el adoptante mayor de 60 años, sin hijos legítimos, no perjudicial, creando filiación natural, con los mismos impedimentos matrimoniales.

¹⁰⁷ Margadant, S. Guillermo Floris, Op Cit. Páginas 203 a 205.

¹⁰⁸ Margadant, S. Guillermo Floris, "Derecho Romano" Editorial Esfinge, México 1998. Página 226.

2.3 Derecho Canónico

El catolicismo suavizó las disposiciones germanas y romanas, la primera de extremos de considerar a los hijos contaminados.

Los hijos ex damatio coito eran hijos nacidos de uniones que por obstáculos de parentesco, ligamen o voto religioso no hubieran podido tener consagración legal.¹⁰⁹ No había posibilidad de legitimarlos, aunque todos los hijos tenían derecho a alimentos cualquiera que fuere su origen.

El concubinato fue reconocido por la ley como un sustituto por el matrimonio, pero no como una adición al mismo. No se le permitía al hombre tener dos concubinas a la vez, se trataba de mujeres libres o solteras, no virgen o viuda, que pudiera haberse casado al tiempo de la concepción con el concubino, los hijos nacidos de concubinas fueron clasificados como ilegítimos, con derecho a alimentos, no pudiendo heredar. Se permitió la legitimación por subsiguiente matrimonio para subsanar errores y consolidar la familia sólo a los hijos de de concubinato.

El derecho canónico, establece además dentro de los hijos ilegítimos los putativos: aquellos de matrimonio nulo o ilícito, hijos que no podían legitimarse, aunque muriera la esposa del hombre que se había casado sin extinguir su primer matrimonio.¹¹⁰

Para la posesión de estado de hijo debía reunirse: el nomen (uso del apellido familiar) el tractatus (trato público que corrobore la calidad que se invoca) y la fama (consideración general en el mismo carácter).

¹⁰⁹ Enciclopedia Jurídica Omeba, Op Cit. Pág. 210

¹¹⁰ Will Durant Simon and Schuster. "La Historia de la Civilización, Tomo III. César y Cristo.", New York. 1994. Páginas 396 y 397.

2.4 Derecho Español

En cuanto a la legislación española, en 1255, el Fuero Real contempla a los hijos habidos de padre y madre solteros.

Posteriormente las Siete Partidas ¹¹¹ hacen suya la legislación romana respecto al concubinato, distingue entre hijos legítimos e ilegítimos, en éstos la patria potestad sólo recaía en la madre y las siete partidas profundizaban en esta clasificación denominando:

- o Hijos naturales: aquellos cuyos padre podían haber contraído nupcias en el momento de la concepción, sin dispensas o impedimentos, y que viviendo éstos en concubinato o barraganía, reconocía el padre al hijo.
- o Hijos de dañado ayuntamiento: a los nacidos de adúlteras, de incesto, de violación de voto de castidad, del segundo ayuntamiento de mujer, de cristiana con moro o judío, de la nodriza, de esclava con los siervos o esclavos de su señor y nacidos de mujer ilustre prostituta. No había obligación de alimentos del padre pero no se prohibía darles por piedad, ni podían instituirse herederos, legatarios o donatarios del padre. ¹¹² La madre y sus parientes sí estaban obligados a alimentos y podían heredarles. ¹¹³.

El Fuero de Soria autoriza al padre a dar a los hijos habidos con barragana, hasta la cuarta parte de sus bienes en vida y los que desee por testamento, siempre y cuando hubieren sido concebidos antes de los hijos legítimos.

Los Fueros de Burgos y Logroño concedieron a los hijos de barragana el derecho de heredar conjuntamente con los legítimos por cabeza, excepto cuando el padre les hubiera adjudicado una parte determinada de los bienes. Heredaban a falta de descendientes legítimos, siempre que el padre los hubiere reconocido.

¹¹¹ Partida Cuarta, Título XIV "De las otras mugeres que tiene los omnes que no son de Bendiciones" que autoriza a los hombre solteros a tener barragana, siempre que no hubiera impedimento para contraer matrimonio.

¹¹² Teniendo posibilidad de impugnar los hijos legítimos o la Corona.

¹¹³ Mater semper certa est.

La Ley 11 del Toro consideró hijo natural al nacido de estupro, más no expresó si era preciso el reconocimiento del hijo o bastaba el tácito, deducido de presunciones fundadas de hechos, en la práctica prevaleció lo último y la investigación de paternidad se hizo corriente.

Únicamente sobre los hijos naturales operaba el reconocimiento.

La Novísima Recopilación reaccionó contra la práctica de la libre investigación al considerarla motivo de escándalo y corrupción de costumbres.¹¹⁴

2.5 Derecho Francés antiguo

Siguiendo las normas romanas, las atenuó, estableciendo que los padres tenían derechos morales hacia todos sus hijos, cualesquiera que fueran las condiciones de su nacimiento, y consideró el deber alimentario como una obligación sagrada.

Esta legislación permite el reconocimiento voluntario y la investigación de la paternidad mediante acción judicial, y los gastos del parto eran impuestos por la simple declaración de la madre respecto de la identidad del padre de su hijo.¹¹⁵

Como excepciones a la regla de la libre investigación de la paternidad: la notoria y mala conducta de la madre, demostrando que la madre tuvo relaciones sexuales con otra persona en el periodo legal de la concepción, la imposibilidad física de cohabitación o la fisiológica para engendrar.

¹¹⁴ Montero Duhalt, Sara. Op Cit. Página 312.

¹¹⁵ Ídem.

2.6 Legislación durante la Revolución Francesa

Después de la Revolución Francesa, la Ley Brumario del Año II, decreta la igualdad a los hijos legítimos y naturales dejando al margen incestuosos y adulterinos.¹¹⁶

Otorga a los hijos naturales un derecho hereditario igual al de los hijos legítimos, dicha ley no aplicó el principio de la no retroactividad de las leyes, por lo que éste derecho rigió desde 1789, debilitó en gran parte la familia constituida por el matrimonio, protegió a los hijos naturales para ejercer sus derechos probando la filiación, recurrían a la posesión de estado de hijo del de cujus, con el estado notorio de concubinato durante el período de concepción, exhibiendo documentos públicos o privados que provinieran del padre o como consecuencia de las atenciones dadas sin interrupción a título de paternidad (educación, manutención, etc.).¹¹⁷

2.7 Derecho Napoleónico

El Código de Napoleón de 1804 es importante pues establece las bases de discriminación que se extenderían como modelo codificador a los países de Europa Central y de América Latina.

Esta legislación prohíbe tajantemente la investigación de la paternidad (art.340), como reacción a la práctica de la misma durante la época revolucionaria que se decía, llegó a extremos abusivos, sólo se permitió en casos de raptó cuando coincide este delito con la época de la concepción.

¹¹⁶ Enciclopedia Jurídica Omeba, Op Cit. Pág. 211.

¹¹⁷ Herrerías Sordo, María del Mar. Op Cit. Páginas 8 y 9

Herrerías Sordo cita las palabras de Napoleón Bonaparte en el Consejo de Estado que expresa la filosofía del código¹¹⁸:

"Los concubinos se pasan sin la ley; la ley se desentiende de ellos (les concubines se passent de la loi; la loi se désintéresse d'eux)... la sociedad no tiene interés en que sean reconocidos los bastardos" 119

Al concubinato, niega todo efecto lesionando derechos de la concubina y de los hijos, la protección deriva de las sentencias posteriores de los tribunales.

Su entrada en vigencia es desfavorable a los hijos naturales, como los de concubinato, negándoles el título de herederos, les concedía el derecho a heredar en la misma proporción que los hijos legítimos cuando concurrieran con éstos, con ascendientes y hermanos sólo la mitad y a las $\frac{3}{4}$ partes si concurrían con los demás parientes. Sólo heredarían la totalidad a falta de parientes.

2.8 Código Civil Español

La Constitución Española de 1931, otorga la igualdad jurídica entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, por consecuencia deja de hacerse distinción en las actas de nacimiento la condición de hijo legítimo e ilegítimo. Durante esta etapa se reconoce como medio para determinar la filiación natural, el concubinato o barraganía y el reconocimiento, como instrumento formal de atribución de la paternidad.

¹¹⁸ Ibidem, Página 9

¹¹⁹ Importante es aclarar que el concubinato fue tratado de esta manera ya que, como en otra legislaciones la confusión concubinato-adulterio-amasiato se repite.

Se pronuncia contra la libre investigación de la paternidad (art.141) y habla del reconocimiento forzoso de parte del padre cuando existe la prueba documentada del mismo, o posesión continua de estado por parte del hijo, y en los casos de violación, estupro o rapto, de acuerdo a lo que disponga el Código Penal (art.135).

La eficacia de las disposiciones sobre los menores ilegítimos en cuanto a protección e igualdad fue sólo en vida del padre, así que no hubo reconocimiento a los hijos naturales de exigir la porción hereditaria correspondiente. El intento de reforma de 1981 buscó la igualdad de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, que aún subsiste.

2.9 Legislación Alemana y Anglosajona

El código Inglés permitía sólo el reconocimiento voluntario y el alemán establecía la presunción del padre o la madre si el registro del menor era con uno sólo. Los Códigos relativos tienen la característica de ser más liberales en cuanto a la investigación de la paternidad y su influencia fue recogida por nuestro código civil vigente.¹²⁰

2.10 Declaración Universal de los Derechos Humanos

Desde 1948, el art. 25 Apartado II señala: "La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especial. Todos los niños nacidos dentro del matrimonio o fuera de él, tienen derecho a igual protección social".

2.11 Convención Americana sobre Derechos Humanos

Conocida como el Pacto de San José de Costa Rica, ratificada por México en 1948, estableció en su artículo 17, punto 5 que: " La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo". Esta firma significó que México asume el compromiso de adecuar sus legislaciones para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos.

¹²⁰ Montero Duhalt, Sara. Op Cit. Página 312.

2.12 Convención sobre los Derechos del Niño

Ratificada por México el 10 de agosto de 1990 por la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana y en base al reconocimiento de que los niños tienen derecho a cuidados y asistencia especiales se considera lo siguiente: en el art. 2º "Los Estados parte respetarán los derechos... de cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna... de nacimiento o condición del niño, de sus padres o representantes legales".

En los artículos sucesivos el compromiso es de asegurar al niño medidas para atender el interés superior del niño, la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de los padres, garantizando al máximo su supervivencia y desarrollo, los derechos desde el nacimiento a un nombre y a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos y garantizar desde el principio el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño.¹²¹

¹²¹ Convención Sobre los Derechos del Niño. Ediciones Delma, México, 1999. Pág. 147 a 153.

3.-LOS HIJOS EN LA LEGISLACION MEXICANA

Los regímenes jurídicos revolucionarios y liberales, las culturas humanistas y justas, extienden a todo individuo los derechos, sin importar su origen, a ellos pertenece nuestro sistema jurídico positivo desde su inicio de vigencia en 1932.

3.1 Derecho precortesiano

A grandes rasgos, antes de la llegada de los españoles, los indígenas tenían libertad absoluta premarital, existiendo una especie de matrimonio a prueba y el divorcio, de modo que a las mujeres y a los hijos producto de todas esas uniones fracasadas, no se les marginó, sino que seguían formando parte de la comunidad y teniendo la misma situación de cuando se encontraban solteros. El destino de los hijos era permanecer en la casa de la familia de la mujer.

Sobre las esposas secundarias y los hijos no pesaba ningún estigma, llamados pilli, podían llegar a funciones altas si eran dignos de ellas.¹²²

3.2 Derecho Colonial

Con la Cristianización el problema básico era en relación al matrimonio poligámico, practicado ampliamente por los reyes, caciques, señores y en menor escala por el pueblo. Los misioneros encontraron una maraña de lazos familiares en los que intervenían las múltiples esposas, los hijos que cada una de ellas habían engendrado de un varón, miles de hijos fuera de lo que los conquistadores consideraban matrimonio legítimo.

Adicional a esto los conquistadores se relacionaron de manera pasajera con mujeres indígenas, en adulterio, bigamia, unión libre, amancebamiento o cualquier otra forma dando como resultado el nacimiento de numerosos hijos abandonados. Tan importante era esto que si bien no se obligó a los peninsulares a casarse, sí a dar alimentos, el Rey dictó una Cédula Real ordenando que estas madres e hijos abandonados,

¹²² Chávez Asencio Manuel F. "La Familia en el Derecho (relaciones jurídicas conyugales)" Editorial Porrúa 1999. Página 145.

fueran atendidos y educados por el gobierno colonial y si era posible averiguar quiénes eran los padres, obligarlos a mantenerlos y educarlos. Se configuraba además el abandono de esposa s hijos en España, por el adulterio y la bigamia con mujeres indígenas o españolas radicadas en América. ¹²³

La etapa legislativa de las Siete Partidas ¹²⁴, establece en la Partida Cuarta, Título XV "De los Hijos que no son legítimos", la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos, los primeros serían los nacidos de padre y madre que son casados verdaderamente según manda la Iglesia.

La ley III explica el daño que le viene a los hijos ilegítimos, la condición de los hijos naturales es inferior, no pueden gozar de los honores y beneficios, aún entre ellos se establecen diferencias tanto por la mayor o menor dificultad de la legitimación, como por la estimación y aprecio que se les concede.

La clasificación refiere a los hijos ilegítimos como naturales y fornezinos (que comprende adulterinos, incestuosos, sacrílegos), mánzeres, espurios y notos:

- Naturales: los nacidos de barragana.
- Fornezinos:
 - Sacrílegos: los nacidos de una relación con mujeres de orden, es decir con voto de castidad.
 - Adulterinos: a los nacidos de una relación de adulterio.
 - Incestuosos: declara la cuarta partida "los hechos con parienta". Como producto de relaciones con pariente o con grado prohibido.
- Mánzeres: eran hijos mancillados, porque fueron malamente engendrados, dice la partida que son nacidos con las mujeres dedicadas a la putería y dándose a cuantos a ella vienen, prostitutas actualmente.
- Spurií: los nacidos de barraganas, mujeres que los hombres tienen fuera de sus casas la amante o mujer que se da a más de un hombre, Montero Duhall señala como amiga infiel del casado. Motivo por el cual la paternidad es incierta.
- Notos: son los nacidos de una mujer casada que incurrió en adulterio y que aparentan ser hijos del marido que tiene en la casa, pero en realidad no son de él.

¹²³ Herrerías Sordo, María del Mar. Op Cit. Páginas 12 y 13

¹²⁴ "Los Códigos Españoles: Las Siete Partidas concordadas y anotadas" Tomo tercero. Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1993. Pág. 123.

Desde la Bula *Altitudo Divini Consilii*, que obligó al indígena a tener una sola esposa, las demás mujeres dejan de ser tratadas por igual y pasaron a ser exconcubinas, quedando sus hijos despojados y desprotegidos de los derechos que gozaban anteriormente.¹²⁵

La única posibilidad de mejorar la situación de los hijos bastardos o ilegítimos era cuando el padre así lo procuraba, mediante el reconocimiento social y jurídico en el núcleo novohispano, y si bien no implicaba la equiparación con los hijos legítimos le daba a los hijos naturales un lugar de acuerdo a su dignidad de persona, derechos de suceder al padre en la encomienda incluso, en ausencia de herederos legítimos.¹²⁶

La legitimación era posible por tres medios: Merced Real, Escritura Pública y Testamento. Además la hija natural se legitimaba si se casaba con juez perpetuo de la ciudad o villa.

En la Merced Real era gracia del poderoso, el padre pedía merced al emperador, al rey o al señor, o daba a su hijo al servicio de Corte o de Señor, siempre que la madre fuera libre (no sierva), o bien, era posible hacerlo ante autoridad eclesiástica: el Papa y los Obispos.

Por medio de testamento o carta, se legitimaba a los hijos naturales para darles derecho a heredar, en caso de no haber hijos legítimos, acudían entonces ante el rey para que otorgue su merced y confirme el testamento. Por instrumento o carta hecha por testador o el escribano público, se legitima un hijo sin mencionar su calidad de natural para que surta efectos plenos, en caso de tener hermanos de la misma madre, quedaban todos legitimados.

Los hijos nacidos de matrimonio clandestino, eran ilegítimos, aunque alegaran uno o ambos desconocer el impedimento, o bien, lo ignoraran. Los incestuosos no podían ser llamados hijos.

En conclusión las Siete Partidas, con excepción de los hijos simplemente naturales, los ilegítimos en sus diversas designaciones, no podían tener honores ni dignidades, ni tenían derechos hereditarios de sus padres y con mayor razón de ninguno de sus demás parientes, parentesco que no podían adquirir en forma legal, al serles negada su calidad de hijos a través de la legitimación.

¹²⁵ Herreras Sordo, María del Mar. *Op Cit.* Página 17

¹²⁶ *Ibidem*, Página 14

3.3 Derecho Independiente

Al inicio de la vida independiente de México y durante el siglo XIX imperó en nuestro sistema un criterio conservador, es real la posibilidad de procrear hijos fuera de matrimonio, sin embargo, como resultado del régimen las consecuencias siempre han sido delegadas a los hijos, en ésta época rigieron disposiciones de la Partidas (ya descritas en el apartado anterior) junto al Derecho Canónico que estableció:

- Que el hijo natural de solteros se hace legítimo por el matrimonio siguiente y obtiene derechos hereditarios. ¹²⁷
- La excepción para legitimar con los hijos espurios. ¹²⁸
- La ilegitimidad del hijo adulterino, cuando la mujer viva con el marido o con el adúltero. O de hijo nacido con Obispo Exoniense. ¹²⁹
- La ilegitimidad de los hijos de matrimonio celebrado contra justicia de pública honestidad, sin derechos hereditarios. ¹³⁰
- El Papa puede legitimar en los dominios de la Iglesia; en tierra ajenas sólo por causas arduas o en lo espiritual. ¹³¹
- Los hijos de clérigos, nacidos fuera de matrimonio, no pueden obtener beneficio de la iglesia, donde sus padres si lo tuvieron, ni gozaban de pensiones por los padres o podían servir en la misma iglesia. ¹³²

En cuanto al fuero Viejo de Castilla la Ley I faculta al Hidalgo a hacer Hidalgo a su hijo bastardo, darle 500 sueldos y nombrarlo heredero de sus bienes a excepción de su monasterio o casa fuerte.

Entre Leyes Dispersas de Recopilación se encuentra la disposición de que los Clérigos no pueden heredar ni a sus hijos ni a sus parientes.

La cédula del 19 de febrero de 1794 y la del 7 de septiembre de 1803 reglamenta la legitimación de los hijos expósitos.

¹²⁷ Decretales. Libro 4, Título 17.

¹²⁸ Ibidem, Capítulo 6.

¹²⁹ Ibidem, Capítulo 4.

¹³⁰ Ibidem, Capítulo 10, Celestino III.

¹³¹ Ibidem, Capítulo 13, Inocencio III.

¹³² Concilio Tridentino, Libro 25 Decretal 2 Capítulo 13.

3.3.1 Código Civil de Oaxaca

Pocos años después de la Independencia Nacional, se gestó en los principales estados de la República un movimiento legislativo para la formulación de códigos civiles y leyes penales, el Código Civil de Oaxaca de 1829 es el primero en elaborarse y contemplar con la denominación de hijos naturales a los nacidos fuera de matrimonio, ubica las disposiciones relativas en el Libro Primero dividido en 13 títulos, cada uno de los cuales es únicamente un capítulo, y versan ampliamente sobre el matrimonio, la paternidad y la filiación.

3.3.2 Código Civil de 1870.

Con ideología liberal y bajo la influencia del Código Napoleónico, establece el legislador respecto a un hijo tres calidades: legítimo, natural y espurio.

Siendo legítimo el nacido de matrimonio, natural cuyos padres estaban libres de contraer matrimonio en los primeros 120 días que precedieron al nacimiento y espurio los nacidos fuera de matrimonio y con padres que no podían casarse al tiempo de la concepción o del nacimiento.¹³³

Para los hijos de matrimonio sólo existe la presunción de hijo si nace dentro del los 300 días de la disolución del matrimonio.

En cuanto a los espurios la prohibición de asentar los nombres de los padres en pro de la tranquilidad de la familia y de los matrimonios, salvo que lo solicitaren, las excepciones están con el nombre de los padres casados y del varón soltero si la mujer era casada y vivía el marido, en cuanto a los hijos de parientes, sólo se podía citar el nombre de uno de los padres, evitando el escándalo y revelar el nombre del "cómplice" sin necesidad ni objeto, apareciendo como natural el hijo adulterino o incestuoso preferiblemente a envolverlos en escándalo perpetuo.

¹³³ Chávez Asencio Manuel F. "La Familia en el Derecho (relaciones paterno- filiales)" 3ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1997. Página 148.

escogiendo entre los males el menor, además consideran presentar menores como de padres desconocidos, pues la ley no puede ir más allá.

La legitimación se concede a los hijos naturales y por subsiguiente matrimonio, si éste se anula subsiste la legitimación por la buena fe que reviste. Para la legitimación es necesario el reconocimiento, como base sólida, la confesión de los padres.

Ahora bien, es inevitable la dureza de las disposiciones en cuanto a los hijos adulterinos e incestuosos, que perderían sus derechos por sentencia que les declarara esta calidad, quedándoles los de hijos espurios, por la conservación del orden de la sociedad, la paz de las familias y la moral, bienes superiores a un sólo individuo, esta desagradable disposición resulta inflexible si consideramos que quien la padece es el inocente.

En el derecho sucesorio, los espurios sí tienen derecho a la sucesión legítima, aunque se les niega la legitimación, concurren con los naturales y ascendientes en partes iguales, y subsiste sólo su derecho a alimentos si hay hijos legítimos.

Se prohibió la investigación de la paternidad (art.370) a favor o en contra del hijo, salvo el caso de raptó, violación o posesión de estado. El legislador señala al respecto que en los primeros casos hay dato fijo de dónde partir y en el tercero, hay casi una prueba que justifique la filiación, en cuanto a la maternidad puede investigarse bajo ciertas condiciones pues es más fácil y no ofrece tantos peligros, la investigación de paternidad o maternidad debía hacerse en vida de los padres.

El numeral 371 establece como derecho del hijo natural de reclamar la paternidad en el caso en que se hallare en la posesión de estado civil de hijo, pudiendo acreditar esto cuando ha sido reconocido constantemente como hijo legítimo y:

- 1) El hijo haya usado constantemente el apellido del que pretende ser su padre con anuencia de éste
- 2) Que el padre le haya tratado como a su hijo legítimo proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento.

La maternidad se investigaba (art.372) cuando:

- 1) Tenga a su favor la posesión de estado de hijo natural de aquélla
- 2) La persona cuya maternidad se reclame no esté ligada con vínculo conyugal al tiempo que se le pida el reconocimiento

3.3.3 Código Civil de 1884

El código de 1884, es copia de las disposiciones del de 1870, no permitía más denominación de los hijos nacidos fuera de matrimonio que la de espurios, título infame que denunciaba el origen deshonroso y el cual se hacía constar en el acta de nacimiento. En cuanto a los hijos de matrimonio sólo existe la presunción de hijo si nace dentro de los 300 días de la disolución del matrimonio.

El elemento de trascendencia que encontramos es la libre testamentifacción, extinguiendo la sucesión legítima forzosa, y tratándose de las reglas de ésta la calidad de legítimo y el origen de los hijos determina la proporción del haber que les corresponde. En cuanto a las disposiciones para diferenciar a hijos espurios se establece a manera de identificación, denominarlos así en testamento o desde el acta de nacimiento ¹³⁴, ya que era imposible, siguiendo la tónica del código anterior, poner el nombre del padre adúltero, de esta manera se hacían merecedores de derechos hereditarios en vía legítima, siempre en condiciones de inferioridad frente a los hijos naturales y legítimos.

Retoma la disposición en la que se enumeran los derechos de los hijos reconocidos por el padre, la madre o ambos y que son: el derecho a llevar el apellido del que lo reconoce, el derecho a alimentos y sus derechos sucesorios. ¹³⁵

Cuando la madre contradiga el reconocimiento hecho sin su consentimiento, quedará aquél sin efecto, y el hijo no conservará derecho alguno de los que le haya dado el referido reconocimiento, la simple contradicción de la madre, deja sin efecto el reconocimiento de un hijo natural, hecho sin el consentimiento de aquélla, y la paternidad tendrá que discutirse en juicio formal; el artículo 349 del Código Civil de 1884, exigía además, que la madre reconociera al hijo por suyo, y que el hijo consintiera en reconocerla como madre.

¹³⁴ Art. 100 del CC 1884: "La designación de los hijos espurios se hará en el acta de nacimiento, y se tendrán por designados para los efectos legales aquellos cuyo padre o cuya madre hayan hecho constar su nombre en la forma debida".

¹³⁵ Art. 356 del CC 1884: El hijo reconocido por el padre, por la madre, o por ambos, tiene derecho: I. A llevar el apellido del que lo reconoce; II. A ser alimentado por éste; III A percibir la porción hereditaria que le señala en caso de intestado, y la pensión alimenticia que establece el art.3324.

3.3.4 Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917

Esta ley, considerada con espíritu revolucionario, tuvo el acierto de eliminar la calificación de hijos espurios, pero queda retrógrada al conceder, derivado del reconocimiento de un hijo, como único derecho y "honor" el de llevar el apellido del progenitor que hace el reconocimiento.¹³⁶

En cuanto a los hijos de matrimonio sólo existe la presunción de hijo si nace dentro de los 300 días de la disolución del matrimonio.

El reconocimiento de un hijo natural puede hacerse por confesión judicial directa y expresa y sólo produce efectos legales respecto del que lo hace, ordena que el reconocido tiene derecho a ser alimentado por el que lo reconoció; y como el reconocimiento hace ingresar a la familia al hijo natural reconocido, al establecer la correspondiente relación de filiación.

De acuerdo con el artículo 202 de la Ley de Relaciones Familiares, cuando la madre contradiga el reconocimiento hecho sin su consentimiento, quedará aquél sin efecto, y el hijo no conservará derecho alguno de los que le haya dado el referido reconocimiento. Atentos los términos categóricos de este precepto, basta la simple contradicción de la madre, para que quede sin efecto el reconocimiento de un hijo natural, hecho sin el consentimiento de aquélla, y la paternidad tendrá que discutirse en juicio formal; efecto legal que se produce sin necesidad de mayores requisitos, ya que el precepto citado, modificó la disposición del artículo 349 del Código Civil de 1884, que exigía, además, que la madre reconociera al hijo por suyo, y que el hijo consintiera en reconocerla como madre.

Por un lado extingue la potestad marital y los calificativos infamantes a los hijos y por otro, retrocede en tal grado de la justicia que elimina el derecho a alimentos de parte de sus progenitores y su derecho en la sucesión legítima para "evitar el fomento de las uniones ilícitas y los abusos que la concesión de otros derechos pudiera originar".¹³⁷

¹³⁶ Art. 210 LSRF: El reconocimiento solamente confiere al reconocido el derecho de llevar el apellido del que lo hace.

¹³⁷ Montero Duhalt, Sara. Op Cit. Página 296.

En cuanto a los hijos naturales encontramos regulación más extensa, el art.186 cita "Todo hijo nacido fuera de matrimonio es natural", por lo que entra en esta denominación los habidos en concubinatio.

Las cinco vías por las que se podía hacer el reconocimiento ¹³⁸ eran:

1. En la partida de nacimiento ante el Juez del Registro Civil
2. Por medio de Acta Especial ante el mismo Juez
3. Por Escritura Pública
4. Por Testamento
5. Por confesión judicial directa y expresa

Los hijos naturales podían ser reconocidos por el padre, la madre o ambos voluntariamente, ya que la investigación de la paternidad queda prohibida absolutamente. ¹³⁹ Las excepciones se refieren a:

- 1) Cuando el hijo estuviera en la posesión de estado de hijo natural, podía obtener el reconocimiento del padre o de la madre, siempre que la persona en cuestión no se encontrara ligada por vínculo conyugal en el momento de pedir el reconocimiento
- 2) Los tribunales a instancia de parte interesada tenían la facultad de declarar la paternidad cuando hubiera delito de raptó o violación, siempre que la época del delito coincidiera con la de la concepción

La investigación de la paternidad y maternidad es en los caos previstos, y en vida de los padres, o si era menor el hijo natural al fallecer el padre tenía 4 años desde que cumpliera la mayoría de edad, en caso de mujer casada el reconocimiento sería con autorización del marido, el marido sólo requería autorización si pretendía llevar al reconocido al hogar conyugal. ¹⁴⁰

¹³⁸ Art. 188 LSRF: El reconocimiento es el medio que la ley otorga para comprobar las relaciones de parentesco entre los padres y los hijos habidos fuera de matrimonio.

¹³⁹ Art. 187 LSRF: "Queda absolutamente prohibida la investigación de la paternidad y maternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio. La prohibición es absoluta, tanto a favor como en contra del hijo, salvo las excepciones establecidas en los artículos 197 y 211...."

¹⁴⁰ Herrerías Sordo, María del Mar. Op Cit. Páginas 19 y 20

3.4 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

En el art. 4º párrafo último de nuestra Carta Magna, previene que "es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La ley determinará los apoyos de a la protección de los menores, a cargo de las instituciones públicas", lo anterior constituye una garantía individual de la que gozan todos los menores, consecuentemente es responsabilidad de la autoridad subsidiariamente con los procreadores, no sólo respetar la garantía sino promover a través de instituciones públicas la satisfacción de las necesidades de los menores, pues es mandato constitucional, que dichas instituciones logren el desarrollo físico y mental referido.

3.5 Código Civil Vigente

3.5.1 Código Civil del Estado de México del 29 de diciembre de 1956

Con la expedición de éste código ya no se hace distinción de los derechos de los hijos en razón de su origen. Establecida la filiación por cualquiera de las tres formas: matrimonio, reconocimiento voluntario o imputación de la paternidad, los derechos entre padres e hijos son idénticos.

El código Civil de 1956 establecía un principio de presunción de paternidad con respecto a los hijos de matrimonio, al siguiente tenor:

Artículo 307.- Se presumen hijos de los cónyuges:

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

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

Artículo 308: Contra esta presunción no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer, en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento.

Y no hay especiales disposiciones respecto de la filiación de los hijos extramatrimoniales.

3.5.2 Código Civil del Estado de México del 7 de junio del 2002

Con la expedición del nuevo decreto 70, se retoma la presunción casi idéntica prevista para los hijos de matrimonio, con su respectiva excepción, y tampoco se hacen especiales cambios respecto del reconocimiento de los hijos extramatrimoniales.

Presunción de ser hijo de matrimonio

Artículo 4.147.- Se presumen hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario:

- I. Los nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio;
- II. Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio. El plazo se contará desde que quedaron separados los cónyuges por orden judicial o por muerte.

Excepción a la presunción de ser hijo de matrimonio

Artículo 4.148.- Contra la presunción a que se refiere el artículo anterior, sólo puede alegarse por el esposo que le fue imposible fecundar a su cónyuge, en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento.

4.-PATERNIDAD

4.1 Definiciones

4.1.1 Conceptualización Jurídica de Paternidad

Del latín paternitasatis, condición del padre. ¹⁴¹

En sentido puramente gramatical significa calidad de padre. Desde el punto de vista del derecho el término tiene dos acepciones una amplísima, que comprende el vínculo jurídico que existe entre ascendientes y descendientes sin limitación de grado, es decir, entre personas que descienden las unas de las otras, y de esta manera puede hablarse de la filiación no solamente referida en línea ascendente a los padres, abuelos, bisabuelos, tatarabuelos, etc. Sino también en línea descendente, para tomar como punto de relación a los hijos, nietos, bisnietos y tataranietos, etc. Por lo tanto, en sentido jurídico significa la relación permanente que existe entre los padres y los hijos, que produce efectos jurídicos, consistentes en deberes, obligaciones y derechos familiares. ¹⁴²

Se refiere a la relación jurídica existente entre los padres y sus hijos.

De la paternidad derivan diversos efectos jurídicos en relación a la filiación: alimentos, patria potestad, etc. sin embargo la figura que más relevancia tiene, por los problemas que conlleva y por ser ésta la causa de las otras relaciones es la filiación, derivada del hecho biológico de la procreación de donde derivan la serie de derechos y obligaciones, facultades y deberes entre el padre y el hijo.

¹⁴¹ Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo P-Z, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Editorial Porrúa, México, 2001, Pág. 2790

¹⁴² Chávez Asencio Manuel F. "La Familia en el Derecho (relaciones jurídicas conyugales)" Editorial Porrúa, México, 1999. Página 2.

4.1.2 Conceptualización Jurídica de Maternidad

En sentido puramente gramatical significa calidad de madre.¹⁴³

El axioma romano retomado por nuestra legislación civil dice: la maternidad quedará establecida aún sin mediar reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido (mater semper certa est).

Hecho evidente, naturalmente comprobable, la filiación se sustenta en el nacimiento mismo, por razones biológicas. Es un hecho cierto por su naturaleza, se puede obtener prueba plena, la madre no tiene derecho de dejar de reconocer a su hijo y tiene la obligación de que su nombre figure en el acta de nacimiento.¹⁴⁴

Fundamentos de lo expuesto son: el numeral 4.162 aplicable en el Estado de México que señala que la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre del sólo hecho del nacimiento y el art. 3.12 que establece al respecto que la madre no puede dejar de reconocer a su hijo, por lo que debe figurar su nombre, domicilio y nacionalidad en el acta de nacimiento.

Esta maternidad quedará probada con la prueba del nacimiento y la identificación del nacido.

¹⁴³ Ibidem, Página 2.

¹⁴⁴ Bossert, Gustavo, A. y Zannoni, Eduardo. "El Régimen de impugnación de la paternidad legítima" Editorial Universidad, Argentina, 1992. Página 1043.

5.- FILIACION

5.1 Definiciones

Del latín filiatio-onis, de filius hijo.

En sentido amplio es la relación jurídica entre los progenitores y sus descendientes directos (padre o madre- hijo o hija).

En sentido estricto se divide en paternidad (relación jurídica padre e hijo), maternidad (relación jurídica entre madre e hijo) y filiación (relación jurídica entre la hija o el hijo con su madre o padre.¹⁴⁵

El fenómeno biológico de la reproducción de los seres humanos encuentra su expresión en el derecho, en función de ciertos valores culturales, de esencia ético social, pues la procreación y el instinto sexual son el origen de la familia, base primaria de la organización de la sociedad, y el derecho no puede dejar de reconocer la filiación con base la fenómeno biológico de la procreación.

De acuerdo con algunas doctrinas de Derecho, habrá filiación en la medida en que el vínculo biológico pueda y efectivamente haya sido reflejado en el plano jurídico. Se define como el vínculo familiar que une a una persona con el hombre que lo engendró y con la mujer que lo alumbró.¹⁴⁶ Entendiendo vínculo familiar en el sentido biológico y jurídico, puesto que no podemos hablar de emplazamiento filial si la realidad biológica no ha sido trasladada al plano jurídico, es decir, la serie de derechos subjetivos familiares que derivan de tal vínculo, no existen, sólo estaremos frente al derecho de reclamar la filiación o a ser reconocido.

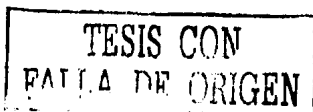
Planiol la define como "la relación que existe entre dos personas de las cuales una es el padre o la madre de la otra. Esta situación crea el parentesco en primer grado y su repetición produce las líneas o serie de grados."¹⁴⁷

Demolombe afirma que filiación es el estado de una persona considerada como hijo, en sus relaciones con su padre o con su madre.

¹⁴⁵ Montero Duhalt, Sara "Derecho de Familia" Editorial Porrúa, México 1990. Páginas 265 a 267.

¹⁴⁶ "Filiación" Enciclopedia de Derecho de Familia. Tomo II: Div-Matr. Editorial Universidad, Argentina 1992.

¹⁴⁷ Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo D-H, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Editorial Porrúa, México, 2001, Pág. 2790



Prayones dice que filiación es: " la relación natural de descendencia entre varias personas, de las cuales unas engendran y otras son engendradas, pero en el sentido más limitado se entiende por filiación la relación existente entre dos personas de las cuales una es madre o padre de la otra" .¹⁴⁸

Es la situación creada entre ambos progenitores y su prole.

Jurídicamente es la relación que de hecho y por razón natural existe entre el padre o la madre y su hijo.

Se refiere a la relación jurídica entre los progenitores y sus descendientes (padre o madre- hijo o hija). La hay de tres clases la matrimonial, que se refiere al nacimiento de un hijo dentro de los plazos legales, la extramatrimonial que deriva del reconocimiento voluntario y la imputación por sentencia, y la filiación civil, por adopción. ¹⁴⁹

Consecuencias de la Filiación

Las consecuencias de la filiación se establecen en tres rubros:

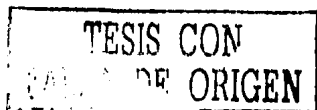
- las que derivan del parentesco: alimentos, derechos sucesorios, tutela y demás prohibiciones
- el derecho al nombre
- el ejercicio de la patria potestad

Existe un artículo en el código civil, que presume justicia pero no llega al fondo y nos da la razón de este trabajo: Artículo 338 Bis.- La ley no establece distinción alguna entre los derechos derivados de la filiación, cualquiera que sea su origen. El problema está en la discriminación que se genera para establecer la filiación, los hijos, pagando por los errores de los padres.

No obstante que la ley prevé la Institución del matrimonio los casos de uniones extramatrimoniales existen, y la procreación como consecuencia de estas relaciones es casi inevitable, es entonces cuando

¹⁴⁸ Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XII: Fami- Gara, Editorial Bibliográfica, Argentina, 1999. Pág. 210

¹⁴⁹ Montero Duhalt, Sara. Op Cit. Página 266.



nos encontramos frente a terceros involucrados involuntariamente y a quienes afecta la relación establecida, la ley en este caso ha hecho presupuestos casi imposibles de probar, nuestros legisladores se dedican a beneficiar a aquellos que no ha querido vivir conforme al régimen jurídico, protegiéndolos, y parece olvidar que no son a ellos a los que se debe premiar sus acciones, finalmente es voluntad notoria vivir en concubinato, son los hijos los que finalmente son la consecuencia inocente que requiere la protección de la ley.

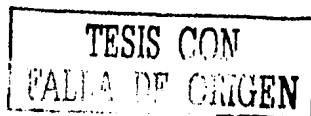
Clasificación Filial

Los criterios que encontramos son en razón del orden social, la maternidad quedaba determinada mediante el alumbramiento, hecho objetivo cierto, ante uniones monogámicas, es ineludible atribuir los hijos que tenga la mujer al hombre que está a su lado, de ahí el axioma citado de que el hombre es el que demuestra las nupcias, en caso de no haber nupcias, al apartarse del comportamiento social produce incertidumbre, de donde surgen los primeros criterios de hijos matrimoniales e hijos extramatrimoniales, vigente en nuestro código sustantivo.

La filiación entonces puede ser de dos categorías: la filiación que deriva del casamiento llamada matrimonial o legítima y la que resulta de una unión irregular o sea la filiación ilegítima o extramatrimonial, ésta dividida a su vez legal y moralmente en la que se produce al margen del matrimonio, pero sin detrimento del mismo, por ser el resultado de la unión de dos personas, que sin estar casadas tampoco están impedidas para casarse y en la segunda ex damatio coito hijos nacidos de uniones que por obstáculos de parentesco, ligamen o voto religioso no hubieran podido tener consagración legal. Y fuera de las anteriores la filiación adoptiva resultante de la voluntad individual dentro de ciertas normas jurídicas.¹⁵⁰

Doctrinariamente encontramos la filiación consanguínea, derivada de la procreación y la filiación adoptiva (simple y plena), que proviene de este acto jurídico, y que el sistema del código civil relaciona con el parentesco y no con la filiación que nace dentro del matrimonio y la que se origina fuera de él.

¹⁵⁰ Enciclopedia Jurídica Omeba, Op Cit. Pág. 210



Y a lo largo de la historia clasificaciones infamantes de hijos que derivaban incluso en categorías en base a la situación de los padres en la época de la concepción y del nacimiento:

- Hijo Natural: Se llaman así, cuando nacen fuera de matrimonio pero ambos padres se encuentran en condiciones de contraerlo, por no existir impedimento para ello. Este es el caso de los hijos concubinaarios.
- Hijo de Ganancia: era el nacido de unión de barraganía o barraganería.
- Hijo Bastardo: el de padres que no podían contraer matrimonio al tiempo de la concepción o del nacimiento.
- Hijo adulterino: Son los habidos por personas no ligadas por el vínculo del matrimonio, hallándose cualquiera de los progenitores, o ambos, unidos en matrimonio con otra persona, cuando se trata de que la casada es la madre, se requiere que el marido haya obtenido sentencia que lo exima de la paternidad, pues de lo contrario opera la presunción de paternidad del marido.
- Hijo Incestuoso: Se llamaban así a los nacidos de padres que tenían impedimento para contraer matrimonio por parentesco no dispensable según los Cánones de la Iglesia Católica. Se entiende jurídicamente al hijo nacido de personas unidas por un parentesco de tal grado que no permitiría el matrimonio entre ellas por estar afectadas de un impedimento dirimente, que es el que concierne a las relaciones carnales entre ascendientes, descendientes y hermanos.
- Hijo Mánser: Provenia de mujer pública, es decir prostituta o con vida deshonesta, que incluso en el derecho español, les relegaba a los últimos estratos de la sociedad.
- Hijo Sacrilego: Refiere al procreado con quebrantamiento del voto de castidad que ligaba la padre, a la madre o a ambos. Denominación referida a la paternidad o maternidad cuando existe un voto de castidad de tipo religioso en cualquiera de los progenitores. El padre, clérigo de órdenes mayores, o de persona, padre o madre, ligados por voto solemne de castidad en orden religiosa aprobada por la Iglesia Católica.
- Hijo Legitimado: Conversión de un hijo ilegítimo en legítimo. Llámese así al hijo originalmente natural, nacido antes del matrimonio de sus padres, pero que es considerado matrimonial por la subsecuente unión de sus padres que lo reconocen como tal en el acta de matrimonio o por acto posterior, en otras legislaciones por decreto. Por regla general recaerá sobre hijos cuyos padres pudieron casarse en el momento de la concepción, ello incluye al hijo natural y excluye al sacrilego, incestuoso y el adulterino. Se considera hijo de matrimonio para efectos.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

- **Hijo Emancipado:** descendiente al que, por concesión paternal en lo normal, por decisión materna (cuando por viuda u otra circunstancia ejerce la patria potestad), por consenso de ambos progenitores, matrimonio o ejercicio de actos de comercio se le amplía su capacidad jurídica con un anticipo de la mayoría de edad, salvo restricciones determinadas por la ley. (Luis Alcalá Zamora)

5.2 Filiación del Hijo nacido dentro de matrimonio

La filiación matrimonial es aquella que corresponde a personas cuyos padres están unidos en matrimonio.¹⁵¹

Esta filiación legítima exige dos requisitos: nacimiento después de la conclusión del matrimonio o concepción anterior o durante le matrimonio.¹⁵²

La determinación de hijos legítimos se basaba en la situación en que se encontrasen sus padres en la época de la concepción o bien en su legitimación por matrimonio posterior.

En virtud, de que un embarazo no puede durar menos de 180 días ni más de 300, por tanto es lógico exigir 180 días desde la celebración del matrimonio hasta el nacimiento del hijo para que se considerara dentro de matrimonio y de igual manera señalar 300 días de la disolución o nulidad porque un nacimiento posterior haría incuestionable que no había sido concebido dentro del matrimonio.¹⁵³

El problema radica en que después de la sentencia de divorcio quedan los divorciantes en posibilidad inmediata de contraer nuevas nupcias, salvo que sea declarado cónyuge culpable, o en este caso haya violación del precepto, y la mujer se embarace, la filiación matrimonial queda a la deriva, por lo que se establece una presunción de paternidad en caso de mujer que contrae nuevo matrimonio contraviniendo los plazos para hacerlo, se presume que el hijo es del actual esposo, si nace después de ciento ochenta días de la celebración del posterior matrimonio, aunque el nacimiento tenga lugar dentro de los trescientos días posteriores a la disolución del primer matrimonio. (Art.4.154)

¹⁵¹ "Filiación" Enciclopedia de Derecho de Familia. Op Cit.

¹⁵² Liehmann, Heinrich. "Derecho De Familia", Volumen IV, Madrid 1999.

¹⁵³ "Filiación" Enciclopedia de Derecho de Familia. Op Cit.

5.2.1 Acción de desconocimiento de paternidad

Tiene el propósito de privilegiar la relación matrimonial sobre cualquier tipo de unión, por ello las acciones de impugnación de paternidad se permitieron en casos específicos.

En una acción declarativa, promovida por el padre o los herederos, para poner de manifiesto una realidad biológica preexistente, es decir, que el marido no es el padre del hijo de la esposa, teniendo efecto retroactivo al tiempo de la concepción, y dejando subsistente la maternidad extramatrimonial y la posibilidad del reconocimiento del verdadero padre. Se tienen 6 meses desde que tuvo conocimiento del hecho. (Art. 4.151)¹⁵⁴

La diferencia entre esta acción de contradicción de paternidad y la de desconocimiento, es que la primera se ejercita contra las presunciones de hijo de matrimonio y con la negación de la paternidad la carga de la prueba es para el padre, la segunda acción de desconocimiento se ejercita si el menor nace dentro de 180 días de celebrado el matrimonio o después de los 300 de disuelto el matrimonio, basta la negación de la paternidad para que la carga de la prueba corresponda a la madre y su hijo.

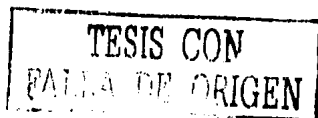
¹⁵⁴ Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGESIMO PRIMER CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: II, Agosto de 1995, Tesis: XXI.2o.3C, Página: 578 (TESIS SOBRESALIENTE)

PATERNIDAD. CONTRADICCIÓN DE LA. Del contenido del artículo 505 del Código Civil del Estado, se desprende que la intención del legislador fue la de seguir utilizando en su nueva redacción la palabra marido, y en ningún momento alude al concubino, al decir, que en todos los casos en que el esposo tenga derecho a contradecir la paternidad del hijo, se refiere al hombre casado que reclama el nacimiento del hijo procreado con la mujer con quien se encuentra unido en matrimonio, y todo ello deriva porque en el reconocimiento de hijos de matrimonio, basta que la cónyuge comparezca con el acta de matrimonio, ante la Oficialía del Registro Civil a registrar el nacimiento del hijo procreado con él para que se acredite la paternidad, lo que no sucede en el caso de concubinato, en que se requiere cualesquiera de las formas que establece el artículo 527 del código invocado; por lo que el quejoso, no estaba obligado a ejercitar su acción dentro del plazo de sesenta días a que se refiere el numeral 505 del mismo ordenamiento, por tener el carácter de concubino y no el de marido a que alude este dispositivo.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGESIMO PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 211/95. Nemesio Soberanis Martínez. 22 de junio de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: María Eliza Zúñiga Alcalá. Secretario: Isael Bello Cuevas.



Los casos de desconocimiento se dividen para su estudio en:

- 1) Casos de desconocimiento simple: suficiente para que la acción prospere, acreditando la fecha de en que ocurrieron determinados hechos.
 - o Nacidos antes de 180 días de celebrado el matrimonio, sin conocimiento del estado de gravidez y con la certeza de no haber tenido relaciones sexuales: acreditando la fecha del matrimonio y del nacimiento.
 - o Nacidos después de 300 días de la ausencia que dio lugar a la declaración de muerte: los herederos acreditan la fecha de nacimiento, la fecha de ausencia y la de la declaración presunta de muerte.
- 2) Casos de desconocimiento riguroso: acreditando las circunstancias del hecho contemplados en la norma, para que prospere la acción.
 - o Imposibilidad del marido para mantener relaciones sexuales durante la concepción (prisión, internación, impotencia)
 - o Adulterio de la mujer: probando el adulterio y el ocultamiento del parto.

Siendo improcedente la acción si consintió expresa o tácitamente el nacimiento (art. 4.149)

5.2.2 Acción de desconocimiento de maternidad

Dada en el caso de haber anotado como propio un hijo que no había nacido de la mujer que aparecía como madre, por parto supuesto o sustitución de hijo verdadero.

No opera la caducidad y está legitimado cualquiera para intentar la acción.



5.2.3 Filiación matrimonial mexiquense.

La filiación de los hijos de matrimonio se prueba con el acta de nacimiento y con la de matrimonio de sus padres según lo preceptuado por el art. 4.155 del CCEM.

Por tanto para que la presunción de paternidad adquiera efectividad jurídica es necesario que se haya concretado en una inscripción registral, en tanto que ella no ocurra, carece de efectos frente a terceros.

Sin embargo, a falta de actas o defecto de las mismas se prueba la filiación con la posesión constante de estado de hijo nacido de matrimonio o demás pruebas. (4.156).

Rojina Villegas desglosa los casos en que procede la acción de referencia:

- o Cuando falta el acta de nacimiento y no hay posesión de estado
- o Cuando falta el acta de nacimiento y sí hay posesión de estado
- o Cuando hay acta de nacimiento y no hay posesión de estado
- o Cuando hay contradicción entre el acta de nacimiento y la posesión de estado

Probará entonces el parto, la maternidad, la identidad, la paternidad, el matrimonio de los padres y el nacimiento en matrimonio. Esta acción de reclamación de estado de hijo es imprescriptible, personalísima y no puede ser objeto de transacción.¹⁵⁵

La posesión de estado es el trato constante que una persona ha recibido de otra y de su familia, como hijo, llevando su apellido y recibiendo alimentos. (4.157)

Montero Duhalt señala en 4 elementos la posesión de estado de hijo¹⁵⁶:

- Nombre: que el hijo haya usado constantemente el apellido del que pretende que es su padre, con anuencia de éste.
- Trato: Que el padre lo haya tratado como hijo nacido de matrimonio, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento.

¹⁵⁵ Rojina Villegas, Rafael "Derecho Civil Mexicano" Volumen II Editorial Porrúa, México 1999. Página 363.

¹⁵⁶ Montero Duhalt, Sara. Op Cit. Página 275.

- Fama: que el hijo haya sido reconocido constantemente como hijo de matrimonio por la familia del marido y en la sociedad.
- Diferencia de edad: Que el presunto padre tenga la edad exigida para contraer matrimonio (16) más la edad del hijo contada desde su concepción, es decir, 17 años de diferencia.

Para los hijos habidos en matrimonio, la prueba de la paternidad está dada por la presunción de Paulo iuris tantum: pater est quem nuptiae demonstrat supuesto contenido en el numeral 4.147 del Código sustantivo:

Presunción de ser hijo de matrimonio

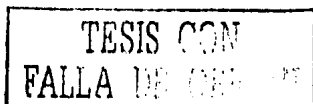
Artículo 4.147.- Se presumen hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario:

- I. Los nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio;
 - II. Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio.
- El plazo se contará desde que quedaron separados los cónyuges por orden judicial o por muerte.

De lo anterior se desprende que se presume la paternidad del padre por el mero nacimiento dentro de los plazos señalados. El hijo tiene en este caso, la acción de reclamación de estado de hijo, imprescriptible, cuando se carece de actas y su calidad de filiación sea disputada por terceros. (4.158). Promovible por los herederos cuatro años después de la muerte (si muere antes de los 18 años o muere menor y demente art. 4.159 CCEM)

Contra la presunción descrita, se admitirán como pruebas las de haber sido físicamente imposible al cónyuge varón haber tenido relaciones sexuales con su cónyuge (establece como fecundar), durante los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento.¹⁵⁷

¹⁵⁷ Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: II, Agosto de 1995, Tesis: XXI.2o.3 C, Página: 578 (TESIS SOBRESALIENTE) PATERNIDAD CONTRADICCIÓN DE LA. Del contenido del artículo 505 del Código Civil del Estado, se desprende que la intención del legislador fue la de seguir utilizando en su nueva redacción la palabra marido, y en ningún momento alude al concubino, al decir, que en todos los casos en que el esposo tenga derecho a contradecir la paternidad del hijo, se refiere al hombre casado que reclama el nacimiento del hijo procreado con la mujer con quien se encuentra unido en matrimonio, y todo ello deriva porque en el reconocimiento de hijos de matrimonio, basta que la cónyuge comparezca con el acta de matrimonio, ante la Oficialía del Registro Civil a registrar el nacimiento del hijo procreado con el para que se acredite la paternidad, lo que no sucede en el caso de concubinato, en que se requiere cualesquiera de las formas que establece el artículo 527 del código invocado, por lo que el quejoso, no estaba obligado a ejercitar su acción dentro del plazo de sesenta días a que se refiere el numeral 505 del mismo ordenamiento, por tener el carácter de concubino y no el de marido a que alude este dispositivo.- SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGESIMO PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 211/95. Nemesio Soberanis Martinez. 22 de junio de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: María Eliza Zúñiga Alcalá. Secretario: Isael Bello Cuevas.

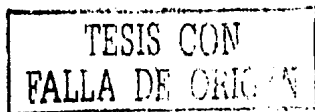


La carga de la prueba corresponde al marido y la acción personal deberá deducirse dentro de los 6 meses contados a partir de que tuvo conocimiento del hecho, en caso de interdicción corresponde al tutor quien en caso de no hacerlo, habrá seis meses después de cesado el impedimento. Corresponde a los herederos si el de cujus muere en estado de interdicción.¹⁵⁸

El matrimonio declarado nulo, siempre producirá efectos civiles en favor de los hijos nacidos antes de su celebración, durante el matrimonio y trescientos días después de la declaración de nulidad si no se hubieren separado los consortes o desde su separación en caso contrario y sólo variará sus efectos respecto de los cónyuges, dependiendo de la buena fe de ambos, mala fe de uno de ellos, o mala fe en ambos al contraerlo.

Ni la nulidad, ni la ilicitud de un matrimonio pueden traer consigo la nulidad del reconocimiento de un menor que se haya efectuado al contraerse el matrimonio porque al existir disposición expresa en el sentido de que el matrimonio, aunque sea declarado nulo, producirá efectos en favor de los hijos, se concluye que la nulidad de un matrimonio y la del reconocimiento de un menor son acciones diversas e independientes entre sí, la procedencia de la primera no puede tener como consecuencia la de la segunda, máxime que el ordenamiento señala que uno de los efectos del matrimonio es que se tenga como hijos nacidos de matrimonio a los habidos antes de su celebración, si fueron reconocidos expresamente al celebrarlo y dicho reconocimiento no es revocable por el que lo hizo de acuerdo con lo preceptuado por el numeral 4.149.

¹⁵⁸Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Parte IV, Julio de 1996, Tesis: XXI.1 o 26 C, Página: 389 (TESIS SOBRESALIENTE) DESCONOCIMIENTO DE LA PATERNIDAD. PRUEBA CONTRA LA PRESUNCION DE HIJOS NACIDOS DENTRO DEL MATRIMONIO. (LEGISLACION DEL ESTADO DE GUERRERO). En terminos del artículo 498, del Código Civil del Estado de Guerrero, se presumirá hijo de los cónyuges: I- El nacido después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio; y II- El nacido dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio; ahora bien, conforme a lo ordenado por el diverso 499 de aquel cuerpo legal, contra esta presunción no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener relaciones sexuales aptas para la procreación con la madre, en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento; entendiéndose tal hipótesis en el caso de ausencia del marido del lugar del domicilio conyugal, en el período de la concepción que haga físicamente imposible toda reunión aun momentánea entre los esposos, y la impotencia para engendrar, en tal virtud, la imposibilidad en cuestión, debe probarse de manera evidente e irrefutable, para la procedencia de la acción de que se trata. -----
 ---- PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGESIMO PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 278/96 Timoteo Antúnez Salgado. 6 de junio de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: José Refugio Raya Arredondo. Secretario: Ignacio Cuenca Zamora.



5.3 Filiación del Hijo nacido fuera de matrimonio

Justifica la doctrina que con el nacimiento de un hijo de una mujer soltera, no existen bases jurídicas sólidas para determinar la paternidad a cierto y determinado varón, caso contrario se presenta con la paternidad de un hijo de mujer casada, a cuyo marido será atribuido conforme al Código Civil aplicable.

La filiación extramatrimonial es la que corresponde a personas cuyos padres no están unidos en matrimonio.¹⁵⁹

Los hijos extramatrimoniales o ilegítimos, son los habidos fuera de matrimonio en oposición a los legítimos, nacidos dentro de matrimonios legalmente constituidos.

Son los nacidos de mujer soltera o de mujer casada en el caso de que el esposo lo desconozca de acuerdo con las reglas que rigen la presunción de paternidad, únicamente con relación a la madre y sus parientes tendrán el hijo legítimo la situación jurídica de un hijo legítimo.

Dándose todos los elementos del concubinato, excepto la notoriedad, debe tener vigencia una presunción de paternidad que en ciertos casos debería existir respecto de los hijos de la concubina, pues dicha presunción estaría basada en la comunidad de lecho, habitación y vida, en condiciones de singularidad, los hijos nacidos de esta relación de hecho, sin que medie impedimento para casarse son hijos naturales.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

¹⁵⁹ "Filiación" Enciclopedia de Derecho de Familia. Op Cit.

5.4 RECONOCIMIENTO DE HIJO

La paternidad fuera de matrimonio, aunque lo sea evidente para la madre, para el propio padre y las personas que los rodean, no lo es para el derecho, que no tiene los elementos para establecer la filiación padre e hijo natural, por eso es necesario el reconocimiento voluntario que haga el progenitor de su hijo, o bien, una sentencia que impute forzosamente la paternidad de un determinado varón.

No hay elemento objetivo, como en la maternidad, para atribuir un hijo, es necesario que medie un acto de emplazamiento expreso, que la realidad del vínculo biológico sea trasladada al plano jurídico y conforme a la norma pueda establecerse por el reconocimiento o por sentencia en juicio de reclamación de estado de hijo extramatrimonial.¹⁶⁰

¹⁶⁰ Novena Epoca, Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS CIVIL Y DE TRABAJO DEL SEGUNDO CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo IV, Septiembre de 1996, Tesis: II. 1o.C.T.76 C, Página: 650

FILIACION DE HIJOS NACIDOS FUERA DEL MATRIMONIO, EN RELACION CON LA MADRE. DEBE ESTAR RECONOCIDA LA MATERNIDAD, PARA QUE SURTA TODOS SUS EFECTOS LA. Del artículo 342 del Código Civil del Estado de México, queda de relieve que, tratándose de la maternidad, está captada por el legislador como prueba de esta, la mera circunstancia del nacimiento como prueba objetiva para tal efecto, sin embargo, tal hipótesis jurídica, no exime de la necesidad del reconocimiento del hijo nacido fuera del matrimonio, para determinar la filiación, pues tal exigencia se encuentra en lo previsto por el diverso 351, el cual prevé en sus cinco fracciones, los modos que obligatoriamente deben seguirse para hacer el reconocimiento de un hijo nacido fuera del matrimonio. En consecuencia, en todo caso es requisito legal el reconocimiento de la maternidad, para que la filiación en relación con la madre surta todos sus efectos. Circunstancia remarcada con mayor claridad, remitiéndose a lo previsto por el artículo 348 de la legislación en consulta, en cuya hipótesis se indica que el reconocimiento hecho por uno de los padres, produce efectos respecto de él y no respecto del otro progenitor, norma de la cual es patente el criterio del legislador, de no producir consecuencias jurídicas, contra quien no ha reconocido a quien se pretende hijo de él.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS CIVIL Y DE TRABAJO DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo en revisión 18/96. Victor Carmona Díaz Leal y otros. 25 de abril de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Fernando Narváez Barker. Secretario: Alejandro García Gómez.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

5.4.1 Reconocimiento Voluntario

a) Definición

Reconocimiento es la manifestación espontánea de voluntad de uno o de ambos progenitores de considerar como hijo al habido fuera de matrimonio.

Es el acto jurídico familiar por el cual quienes han tenido un hijo fuera de matrimonio declara, conjunta o separadamente, que lo reconocen y aceptan como su hijo, siempre que ello se haga en las condiciones y mediante las formas prescritas en la ley. Basados en la presunción de que el padre reconociente lo es del reconocido por el del concepto de fidelidad respecto a la mujer que lo engendró, con la cual ha tenido relaciones sexuales.¹⁶¹

b) Características

- o Es un acto declarativo y atributivo: no requiere la capacidad jurídica de otros actos y tiene efectos retroactivos al momento en que se engendró
- o Es personalísimo: no puede hacerse por persona distinta del padre o la madre. Excepción: el poder especial.
- o Es unilateral: ya que no es necesaria la aceptación del pasivo.
- o Es irrevocable: manifestado el consentimiento no puede volverse.
- o Es formal: debe revestirse de las garantías necesarias de autenticidad.
- o Es puro y simple: la voluntad no está subordinada a condición o tiempo.

c) Sujetos

- el que reconoce: padre o madre
- el reconocido: hijo

¹⁶¹ Chávez Asencio Manuel F. "La Familia en el Derecho" Op Cit. Página 158.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

d) Requisitos.

El reconocimiento, como acto jurídico, exige el cumplimiento de requisitos de fondo y de forma. Los primeros consisten en la edad y en el consentimiento de otras personas para que el reconocimiento tenga efectos jurídicos.

- o EDAD: el que reconoce debe tener cuando menos la edad mínima para contraer matrimonio (14 y 16 años), sumadas a la edad del hijo que va a reconocerse, o prueba de que pudo concebir antes de esta edad.
- o CONSENTIMIENTO: el que intente reconocerlo deberá hacerlo por sí o por mandatario especial.

Si el reconocimiento es al nacimiento, los requisitos del acta serán los previstos y surtirán los efectos del reconocimiento.

Si el reconocimiento es después de registrado el nacimiento se formará acta separada con los siguientes requisitos:

- I. Si el hijo es mayor de edad, se expresará en el acta su consentimiento para ser reconocido;
- II. Si el hijo es menor de edad, pero mayor de catorce años, se expresará su consentimiento, el de su representante legal o en su caso el de la persona o institución que lo tuviere a su cargo;
- III. Si el hijo es menor de catorce años, se expresará sólo el consentimiento de su representante legal o en su caso de la persona o institución que lo tuviere a su cargo.

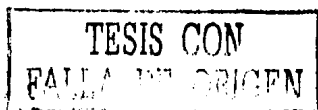
Cuando el reconocimiento del padre es hecho sin el consentimiento de la madre, en ningún caso podrá ser separada del menor.¹⁶²

Los requisitos formales los señala el art. 4.168, otorgando cuatro opciones para el reconocimiento, que puede realizarse:

1. En el acta de nacimiento o de reconocimiento

¹⁶² Reconocimiento de hijo menor cuidado por una mujer

Artículo 4.172 CCEM- La mujer que cuida o ha cuidado de la lactancia de un niño, a quien le ha dado su nombre o permitido que lo lleve; que públicamente lo ha presentado como su hijo y ha proveído a su alimentación, no se le podrá separar de su lado por el solo reconocimiento, a menos que consienta en entregarlo, o por otra causa legal decidida por sentencia.



2. En escritura pública ante notario; ¹⁶³
3. En testamento,
4. Ante autoridad judicial por confesión directa y expresa. ¹⁶⁴

e) Consecuencias del reconocimiento

Las consecuencias del reconocimiento son diversas. Atribuye la calidad de hijo extramatrimonial, es decir la creación del lazo de filiación entre progenitor e hijo que trae consigo los derechos y deberes recíprocos de alimentos, sucesión legítima y tutela legítima, el ejercicio de la patria potestad y ciertas acciones de nulidad y de impugnación de la paternidad.

¹⁶³ Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XI, Enero de 2000 Tesis: 112o C 208 C, Página: 1044 (TESIS SOBRESALIENTE)
RECONOCIMIENTO DE HIJO POR ESCRITURA PÚBLICA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO). Conforme a la fracción III del artículo 351 del Código Civil para el Estado de México, el reconocimiento de hijo nacido fuera de matrimonio debe hacerse en escritura pública, sin embargo, lo anterior no requiere que tal acto se verifique exclusivamente con ese objetivo, ya que la presencia ante fedatario bien puede responder a fin diverso; empero, en forma secundaria puede dejarse asentado ese reconocimiento del descendiente, el cual es válido siempre que sea expreso. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO. Amparo directo 317/99 Sucesión intestamentaria a bienes de Felipe Baños Vázquez. 26 de octubre de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Virgilio A. Solano Campos. Secretaria: Sonia Gómez Díaz González.

¹⁶⁴ Octava Época, Instancia: CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación Tomo: VIII, Octubre de 1991 Tesis: 14o C 160 C Página: 257
RECONOCIMIENTO DE HIJOS REQUISITOS DE LA CONFESION PARA CONSTITUIRLO. Los formalismos previstos en el artículo 369 del Código Civil para el Distrito Federal, tienen la finalidad de establecer prueba auténtica del reconocimiento de un hijo, esto es, la declaración de voluntad de admitir el hecho de la paternidad (o la maternidad) y de asumir las consecuencias legales inherentes a esa aceptación. En lo que concierne específicamente a la fracción V de dicho precepto, el legislador instituyó la confesión del progenitor como medio para llevar a cabo el reconocimiento, pero no cualquier tipo de confesión, sino precisamente la que llena los siguientes tres requisitos: a) judicial, b) directa y c) expresa. Judicial, porque debe producirse dentro del juicio (aun cuando se admite por extensión, la hecha en los medios preparatorios del mismo o en providencias precautorias) y ante Juez competente. Directa, porque la voluntad consciente del confesante debe estar encaminada exclusivamente a una única meta, como es la admisión de la certeza de la paternidad (o de la maternidad), por tanto, este requisito no se surte, si esa voluntad se encuentra dirigida a un fin distinto al reconocimiento y sólo se alude de manera incidental al parentesco. Expresa, porque la confesión ha de externarse necesariamente de manera hablada o escrita y no debe ser advertida mediante inferencias. Si la confesión no reúne estos tres requisitos, no tendrá eficacia de medio de reconocimiento de un hijo. CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 4624/91. Anselmo Colín Bernal. 29 de agosto de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Mauro Miguel Reyes Zapata. Secretaria: Reyna Franco Flores.

TESIS CON
 FALLA DE ORIGEN

Este estado erga omnes, es declarativo de filiación retroactivo a la concepción.

La enumeración de los derechos del hijo reconocido y del hijo de matrimonio se encuentran dispersos en el Código en la parte relativa a alimentos, tutela legítima, sucesión legítima, patria Potestad y en los requisitos de las actas de nacimiento.

5.4.2 Procedimiento para el Reconocimiento Voluntario

El Código Civil del Estado de México regula la materia en los arts. 3.19 al 3.22 y del artículo 4.162 al 4.174.¹⁶⁵

La ley establece dos supuestos:

a) Reconocimiento de hijo al declarar su nacimiento.

El Artículo 3.19 del código sustantivo del Estado de México señala que el padre o la madre de un hijo nacido fuera de matrimonio o ambos, lo reconocen al presentarlo para que se registre su nacimiento, el acta surtirá los efectos del reconocimiento.

¹⁶⁵ Séptima Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Apéndice de 1995, Tomo: Tomo IV, Parte HO Tesis: 709, Página: 520, HIJOS ADULTERINOS, RECONOCIMIENTO DE (LEGISLACION DEL ESTADO DE VERACRUZ). El hecho de que se reconozca un hijo habido durante el matrimonio, con persona distinta de la esposa, sin que ésta hubiere otorgado su consentimiento escrito para tal efecto, implica una omisión al cumplimiento de lo que preceptúa al respecto el artículo 301 del Código Civil vigente en el Estado de Veracruz, que lo hace aparecer como un hecho ilícito por contrario a dicha ley, pero no nulo, puesto que la ilicitud no define el objeto ni el fin del reconocimiento. El reconocimiento es un acto de carácter personalísimo, equivalente a la confesión de un hecho propio cuya validez no puede depender de la voluntad de una persona extraña, como lo es dicha esposa. Y si la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio se prueba por el reconocimiento voluntario, cuando éste existe, el hijo reconocido tiene derecho a llevar el apellido del padre que lo reconoce; a ser alimentado por éste y a percibir la pensión hereditaria que fija la ley para los descendientes en la sucesión legítima. Por lo cual, se impone considerar que de tales derechos no puede ser privado el hijo reconocido por su padre, como habido durante su matrimonio con persona distinta de su esposa, sólo por la falta del consentimiento escrito de ésta. Séptima Época.
 Amparo directo 3958/60 Carmen Muñoz Vda. de Delgado y coag. 9 de agosto de 1962. Cinco votos.
 Amparo directo 6050/62 Manuel Celedonio Castillo Vicuña. 26 de febrero de 1964. Unanimidad 4 votos.
 Amparo directo 3150/69 Isabel Sánchez Rosado. 18 de junio de 1970. Cinco votos.
 Amparo directo 2718/69 Gertrudis Becerril Flores. 11 de septiembre de 1970. Cinco votos.
 Amparo directo 112/70 Isabel Sánchez Rosado por si y por otros. 11 de enero de 1971. Unanimidad 4 votos.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Continúa la ley exponiendo en el artículo 3.12 que para que se haga constar en el acta de nacimiento el nombre, domicilio y nacionalidad del padre de un hijo nacido fuera de matrimonio, es necesario que aquél lo pida por sí o por un mandatario especial. En cuanto a la madre, como se explicó, no puede dejar de reconocer a su hijo, debe figurar su nombre, domicilio y nacionalidad en el acta. Si al hacerse la presentación no se da el nombre de la madre, se testará el espacio correspondiente, pero la investigación de la maternidad se realizará conforme a las leyes de la materia, como adelante trataremos.¹⁶⁶

b) Reconocimiento de hijo después de registrado su nacimiento en la misma acta

De conformidad con el numeral 3.20.- Si el reconocimiento del hijo fuera de matrimonio se hiciere después de haber sido registrado su nacimiento, se formará acta separada en la que, además de los requisitos de toda acta de nacimiento, se aplicarán en lo conducente: si es mayor de edad, expresará su consentimiento, si es menor de edad y mayor de catorce expresará su consentimiento y el de su representante legal o de la persona o institución que lo tuviere a su cargo, si el hijo es menor de catorce años se expresará el consentimiento de su representante legal o en su caso de la persona o institución que lo tuviere a su cargo.

b) Reconocimiento de hijo en los demás casos previstos en el numeral 3.20 CCEM

De conformidad al Artículo 3.21 si el reconocimiento se hace por alguno de los otros medios establecidos, se presentará al Oficial del Registro Civil, el original o copia certificada del documento que lo compruebe. En el acta se insertará la parte relativa de dicho documento, observándose las demás prescripciones contenidas en este capítulo y en el relativo a las actas de nacimiento.

La omisión del registro del reconocimiento, no le quita los efectos legales si se hizo conforme a las disposiciones legales. (art.3.22)

¹⁶⁶ Remítase dentro de éste Capítulo al punto 5.5.2

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

En el caso de hijos extramatrimoniales, verbigracia los habidos en concubinato aplica lo que la ley refiere en su numeral 4.177 que la acción para la investigación de la paternidad puede intentarse en cualquier tiempo.¹⁶⁷

5.5 Prueba de la Filiación

A continuación se hace un breve estudio de los procedimientos para establecer la filiación padre-hijo, en caso de los hijos extramatrimoniales, dentro de los que considera la ley a los nacidos en concubinato, y que tienen acción para ser reconocidos por el padre, por la madre o por el juez admitiéndose todas las pruebas que se admiten para los hechos y que concurran a demostrar la filiación natural.¹⁶⁸

¹⁶⁷ Octava Época, Instancia. Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo XIII-Mayo, Página: 457 (TESIS SOBRESALIENTE)
HIJOS DEL CONCUBINARIO Y DE LA CONCUBINA. ADEMÁS DE LO ESTABLECIDO POR EL ARTICULO 378 DEL CODIGO CIVIL, DEBE ACREDITARSE QUE EN LA FECHA EN QUE NACIO EL HIJO EXISTIO EL CONCUBINATO Y QUE SU NACIMIENTO OCURRIO DENTRO DEL MISMO, PARA QUE PUEDA CONSIDERARSE. (LEGISLACION DEL ESTADO DE CHIAPAS). Si bien es cierto que se presumen hijos del concubinario y de la concubina: "Los nacidos después de ciento ochenta días, desde que comenzó el concubinato" y "los nacidos dentro de los trescientos días siguientes al en que cesó la vida común... ". Sin embargo, tal presunción por sí sola es insuficiente para que la misma opere de pleno derecho, en razón de que, es necesario que esa presunción se encuentre corroborada con otros elementos de prueba, es decir, que se acredite, que en esas fechas existió el concubinato y que su nacimiento ocurrió dentro del mismo. TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGESIMO CIRCUITO.

¹⁶⁸ Octava Época, Instancia. Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo XII-Septiembre, Página: 232 (TESIS SOBRESALIENTE)
FILIACION, SI NO EXISTE UN PRINCIPIO DE PRUEBA POR ESCRITO O INDICIOS O PRESUNCIONES RESULTANTES DE HECHOS CIERTOS QUE SE CONSIDEREN BASTANTE GRAVES PARA DETERMINAR SU ADMISION, RESULTA INADMISIBLE LA PRUEBA TESTIMONIAL PARA ACREDITAR LA (LEGISLACION DEL ESTADO DE CHIAPAS) En términos del artículo 377 del Código Civil del Estado de Chiapas, "La investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera del matrimonio está permitida en cuatro casos. I. En los casos de raptó, estupro o violación cuando la época del delito coincida con la de la concepción; II. Cuando el hijo se encuentre en posesión de estado de hijo del presunto padre; III. Cuando el hijo haya sido concebido durante el tiempo en que la madre habitaba bajo el mismo techo con el pretendido padre, viviendo maritalmente; y, IV. Cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre". Cuestión diversa es aquellos hijos que ya la ley presume (y que por lo mismo no requiere de investigación) como frutos del concubinato a que alude el artículo 378 del ordenamiento legal en comento; en concordancia con lo expuesto, el artículo 336 de la misma ley sustantiva dispone que en defecto de actas de nacimiento o de posesión constante de estado de hijo, podrá demostrarse la filiación mediante el uso de todos los medios de pruebas que la ley autoriza, pero la testimonial no es admisible si no hubiese un principio de prueba por escrito o indicios o presunciones resultantes de hechos ciertos que se consideren bastante graves para determinar su admisión. TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGESIMO CIRCUITO

TESIS CON
 FALLA DE ORIGEN

Esta filiación extramatrimonial deriva en dos casos: del reconocimiento voluntario (ya tratado anteriormente en el punto 5.4) y la imputación por sentencia firme, que a continuación se analizará.

5.5.1 Investigación de la Paternidad

Belluscio define posesión de estado como el goce de hecho de determinado estado de familia con título o sin él.¹⁶⁹

Esta acción para reclamar la posesión de estado de hijo señala los Casos autorizados para investigar la paternidad (Art. 4.175) I. En los casos de raptó, estupro o violación; II. Cuando se encuentre en posesión de estado de hijo; III. Cuando haya sido concebido durante el tiempo en que la madre hizo vida marital con el presunto padre; IV. Cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el presunto padre.

Sólo puede ser ejercitada en vida de los padres excepto cuando éstos hubieren fallecido durante la minoría de edad del hijo, en cuyo caso se podrá intentar dentro de los dos años siguientes a que cumpla la mayoría de edad. (Artículo 4.171)

De acuerdo a la legislación sustantiva, el que pretende probar la posesión de estado de hijo, debe acreditar los tres elementos siguientes:

a) La fama pública: que el interesado haya sido reconocido constantemente como hijo de matrimonio por el presunto padre y su familia como hijo;

¹⁶⁹ Novena Época, Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: IX, Marzo de 1999, Tesis: II.2o.C.149 C, Página: 1379 (TESIS SOBRESALIENTE)

CARGA DE LA PRUEBA DEL CONCUBINATO Y LA PATERNIDAD. CORRESPONDE A LA CONCUBINA SI MANIFIESTA QUE EL DEMANDADO ABANDONÓ EL DOMICILIO CON POSTERIORIDAD AL NACIMIENTO DEL MENOR (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO). La carga de la prueba tendiente a demostrar la existencia del concubinato, y por consecuencia, el nacimiento de un menor, dentro del periodo que señala el numeral 365 del Código Civil para el Estado de México, corresponde a la concubina y madre del menor, toda vez que si afirma que el demandado abandonó el domicilio de la vida común con posterioridad al nacimiento del menor, debe la concubina demostrar que éste fue concebido durante el periodo en que convivió con el supuesto padre, por ser justo además que quien quiera obtener de un hecho, que afirma, soporte la carga de la prueba respectiva.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 806/98. Isaías Garduño Caña. 8 de diciembre de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretario: Everardo Shain Salgado.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

b) Que el hijo haya usado constantemente el apellido del que pretende que es su padre, o bien, que este lo haya tratado como a hijo nacido de su matrimonio, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento, o bien las dos cosas;

c) Que el presunto padre tenga la edad requerida por la ley para contraer matrimonio, mas la edad del presunto hijo.

Conforme a los preceptos que se comentan, la posesión de estado de hijo se comprueba siempre con el elemento "fama pública" y con cualquiera de los otros dos elementos variables de "tractatus" y "nomen", sobre la base de que el presunto padre tenga la edad requerida por la ley, que es la biológicamente necesaria para ello.

Por tanto, no es suficiente que el presunto padre haya tratado al hijo como tal en la sociedad, si no se comprueba el primer requisito que es el absolutamente indispensable e invariablemente necesario: el de la fama pública a que alude la primera parte de los preceptos mencionados. Este requisito tampoco se debe confundir con el del trato que públicamente de el padre al hijo, porque en aquél el sujeto activo es la familia del marido y la sociedad, en tanto que en este el sujeto activo es el presunto padre; ya que el elemento fama pública es referido a la familia del marido y a la sociedad en general, mientras que el elemento de trato público de hijo es referido al presunto padre.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

5.5.2 Investigación de Maternidad

La norma dice: la maternidad quedará establecida aún sin mediar reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido (*mater semper certa est*).

Es un hecho evidente, naturalmente comprobable, la filiación se sustenta en el nacimiento mismo, por razones biológicas. La filiación resulta de la prueba plena del nacimiento. Si una mujer da a luz y no abandona al hijo, no requiere de ningún acto jurídico especial para que surja entre ambos el lazo de la filiación. La misma queda establecida por el hecho natural del parto que normalmente tiene lugar con testigos.¹⁷⁰

Hecho cierto por su propia naturaleza, del cual se puede obtener prueba plena, la madre no tiene derecho de dejar de reconocer a su hijo y tiene la obligación de que su nombre figure en el acta de nacimiento.¹⁷¹

Fundamentos de lo expuesto son: el numeral 4.162 aplicable en el Estado de México que señala que la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre del sólo hecho del nacimiento y el art. 3.12 que establece al respecto que la madre no puede dejar de reconocer a su hijo, por lo que debe figurar su nombre, domicilio y nacionalidad en el acta de nacimiento.

La investigación de la maternidad tiene lugar cuando la madre abandona al recién nacido, cuando se registra al menor como hijo de otra mujer, o cuando se impugna una maternidad matrimonial o extramatrimonial porque la mujer no sea la madre del hijo que pasa por suyo, permitiéndose al hijo, a sus descendientes y a terceros interesados y puede probarse por cualesquiera de los medios ordinarios.

El numeral 3.9 señala la obligación de declarar los nacimientos dentro del primer año, en el caso de que al hacerse la presentación no se proporcione el nombre de la madre, se testará el espacio correspondiente, pero la investigación de la maternidad se realizará conforme a las leyes de la materia.

¹⁷⁰ Se habla de las excepciones a toda regla: el caso de la madre que da a luz sin testigos y después abandona al hijo, o cuando se hace pasar al hijo como nacido de otra mujer, en donde si podrá surgir con posterioridad el reconocimiento de la madre con respecto a su hijo.

¹⁷¹ Bossert, Gustavo, A. y Zannoni, Eduardo. "El Régimen de impugnación de la paternidad legítima" Editorial Universidad, Argentina, 1992. Página 1043.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

5.5.3 Acciones contra el Reconocimiento

Las acciones que prevé el código sustantivo para dejar sin efectos el reconocimiento son las de nulidad y la impugnación mediante el juicio de desconocimiento de hijo. "El reconocimiento no es revocable, aún cuando se haga por testamento y éste se revoque" (art.4.166).

Tradicionalmente se ha considerado al reconocimiento de los hijos fuera de matrimonio no sólo como un medio de prueba sino como un acto de voluntad el cual, por su propia naturaleza, únicamente puede verificarse por el padre o la madre a quien concierne. En esta materia existe el principio de autenticidad de allí que se le considere como un acto solemne o formal que carece de valor si no reviste la forma auténtica. Los medios de atacar el reconocimiento, traducen exactamente la dualidad de la naturaleza de ese acto.

Se puede impugnar, o la naturaleza del reconocimiento; o las condiciones jurídicas que envuelvan su expresión.

Puede impugnarse el reconocimiento por falta de los requisitos en forma que atañe al carácter auténtico del documento donde se realice.

a) ACCION DE NULIDAD: La primera acción tendrá por objeto demostrar que el reconocimiento no corresponde a la realidad: que su autor no es el padre o la madre. Efectivamente, siendo el reconocimiento un acto jurídico destinado a establecer un vínculo de filiación, lo harán ineficaz las mismas causas que anulan todos los demás actos jurídicos, por falta de los requisitos de fondo que se refieren a la materia del reconocimiento, al consentimiento.

La acción de nulidad la tiene el progenitor que reconoció siendo menor de edad, "si prueba que sufrió engaño al hacerlo" "pudiendo intentar la revocación hasta cuatro años después de la mayor de edad (art. 4.164). Sin embargo, si se aplican las reglas genéricas de nulidad de los actos jurídicos tendríamos que concluir que la misma acción la tiene el progenitor que reconoció siendo mayor de edad. Si el que reconoce lo hizo mediante error fortuito o provocado por dolo, o mantenido por mala fe, o si sufrió violencia al ejecutar el acto de reconocimiento, se tendrá que aplicar la norma general que señala el derecho a pedir nulidad por estas causas.

b) ACCION DE IMPUGNACION: La acción surgida del reconocimiento, es la impugnación del mismo. La tiene el hijo que fue

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

reconocido siendo menor de edad, al llegar a la mayoría tiene dos años para intentar la acción si antes tuvo noticia del reconocimiento (art. 4.171). La misma acción de impugnación la tiene el Ministerio Público, cuando el reconocimiento se hubiere efectuado en perjuicio del menor; además el progenitor que reclame para sí tal carácter con exclusión de quien hubiere hecho el reconocimiento indebidamente, o sólo para el efecto de la exclusión y el tercero afectado por obligaciones derivadas del reconocimiento ilegalmente efectuado, tiene este derecho en vía de excepción. Sin embargo, ninguna acción de impugnación puede proceder por causa de herencia cuando se trata de privar de ella a un menor reconocido.

No existe duda de que la acción de desconocimiento de paternidad para la impugnación o anulación del reconocimiento corresponde a todos aquellos que tengan un interés legítimo ya moral, ya patrimonial. Por tanto, el propio hijo tendrá un interés indiscutible en probar su verdadera filiación, interés que incluso existe independientemente de todo problema de sucesión; asimismo, la acción podrán siempre deducirla los herederos del autor del reconocimiento, después de su muerte, ya que es evidente que tienen especial interés pecuniario en excluir al hijo de la sucesión en vista de que la ley le concede derechos importantes.¹⁷²

¹⁷² Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente. Semanario Judicial de la Federación, Parte XIII-Junio, Tesis, Página 646, RECONOCIMIENTO DE HIJOS FUERA DE MATRIMONIO, PROCEDENCIA DE LA ACCION DE TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

5.6 Efectos de la Legitimación de Hijo

Es un acto jurídico que implica el reconocimiento y se incorpora a la familia legítima con todas las ventajas que deriven, coloca a los hijos como matrimoniales.

Legitimación es la consecuencia jurídica que reciben los hijos extramatrimoniales de ser considerados como legítimos, por el matrimonio subsiguiente de los padres. El código civil iguala la situación jurídica de todos los hijos, quitando importancia a la legitimación.¹⁷³

Ahora más bien le llamamos efectos del reconocimiento de hijo.

Los efectos se definen en dos partes:

- a) para atribuirles la calidad de hijos
- b) para originar la certeza en cuanto al ejercicio de los derechos y obligaciones que impone la patria potestad.¹⁷⁴

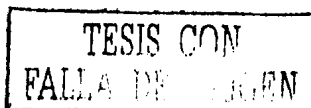
De la relación paterno-filial se deriva una larga serie de derechos y obligaciones, algunos de los cuales afectan exclusivamente al concepto padre (o madre en su caso) e hijo, como sucede en la institución de la patria potestad, otros que no le son exclusivos, como la recíproca prestación de alimentos, la sucesión legítima, la responsabilidad civil por determinados actos.

Claro que esos derechos y obligaciones son variables de acuerdo con la edad y las circunstancias en que se encuentren.¹⁷⁵

¹⁷³ Montero Duhalt, Sara. Op Cit. Página 277.

¹⁷⁴ Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo I-O, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Editorial Porrúa, México, 2001.

¹⁷⁵ Ramírez Gronda, Juan D "Diccionario Jurídico" Editorial Claridad, 11ª Edición, Argentina, 1999. Página 86



Como un modo excepcional de establecer la filiación, hay una evidente ampliación de sus derechos:

- Se le atribuye la calidad de hijo
- Genera un estado de familia: se sitúa en una familia como hijo
- Derecho al apellido del padre
- Derechos de patria potestad
- Derecho a alimentos, en caso de necesidad
- Derechos sucesorios ab intestato
- Derechos de Tutela legítima
- Determinadas prohibiciones
- Configuración de delitos, atenuantes y agravantes ¹⁷⁶

"Todas estas ventajas a cambio de la reciprocidad en los alimentos". ¹⁷⁷

Socialmente, el reconocimiento del estado de hijo, es superior en los efectos que señala el Mtro. Margadant, finalmente con dicha posesión pública se demuestra el lugar que cada uno ocupa en la sociedad en general y en las familias; además, es por ella que los hombres se conocen entre sí en cuanto a que lo primero y lo que siempre se presenta a la vista de la sociedad es la relación constante de padres, hijos, primos, etc., el parentesco y la certeza de dónde proviene.

¹⁷⁶ Montero Duhalt, Sara. Op Cit. Página 268.

¹⁷⁷ Margadant, S. Guillermo Floris, Op Cit. Página 203.

TESIS CON
 FALLA DE ORIGEN

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

➤ PRIMERA:

La unión concubinaria ha sido reconocida desde el derecho romano, pasando por etapas de regulación, prohibición o incluso se le ha ignorado.

➤ SEGUNDA:

Concubinato, del latín concubinatus, comunicación o trato de un hombre con su concubina. No hay definición legal, aunque se infiere de las características que el precepto señala. Es un hecho jurídico, en que se encuentran un solo hombre con una sola mujer, quienes sin tener ningún impedimento para contraer matrimonio, han vivido en común, en forma constante y permanente (para diferenciarse de las uniones sexuales pasajeras o esporádicas) por un período mínimo de 3 años, o bien faltando éste último requisito de temporalidad tienen un hijo en común. Reviste características de Permanencia o Temporalidad, Procreación, Relación Sexual, Heterosexualidad, Notoriedad o Publicidad, Fidelidad, Monogamia y Singularidad.

➤ TERCERA:

El concubinato era una práctica legal y socialmente admitida en muchas culturas de la antigüedad, sin embargo, a las concubinas se les negaba por regla general la protección a la que tenía derecho la esposa legal, se aceptaba sólo como una forma inferior de matrimonio, como sustituto en que no se le permitía al hombre tener dos concubinas a la vez y los hijos nacidos de concubinas fueron clasificados como ilegítimos, no pudiendo heredar.

En la monarquía romana se toleró, debido a la necesidad de subsanar las desigualdades sociales, cuando un ciudadano quería convivir con una mujer de baja extracción o una liberta, faltaba el *ius connubium*. En el imperio romano, el concubinato recibe el nombre de Ley Iulia de *Adulteriis*, del año 9 a.c., considerando la unión estable y duradera de carácter no matrimonial.

En el derecho canónico se reconoce al matrimonio como forma única de unión, prohibiendo el concubinato y donde los hijos ilegítimos no gozaban de ningún derecho.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

En Francia, Bonaparte decide ignorar estas relaciones y prohibir la investigación de paternidad, fueron las sentencias de los tribunales las que fueron otorgando protección a las concubinas, se denominaba unión libre, y se reconoce mediante jurisprudencia la acción para resarcimiento a la concubina y hasta 1912 se establecen derechos sucesorios.

En España era barraganía, ganancia hecha fuera de los mandamientos de la iglesia. Se calificó con este nombre a las uniones fuera del matrimonio, constituidas entre hombres y mujeres de condiciones sociales distintas, podía establecerse como contrato prorrogable.

➤ CUARTA:

Entre los antecedentes en México del concubinato encontramos que en el derecho precortesiano, se presentaba frecuentemente, entre las clases más altas, expresando su consentimiento para unirse como pareja.

Durante la época colonial, se prohíbe considerándose delito de amancebamiento de acuerdo a la Recopilación de las Leyes de los Reinos de las Indias de 1680, los pocos casos de concubinatos admitidos se registran por la convivencia de un alto jefe militar y la hija de un indio con alta jerarquía evidenciando pactos de paz.

En cuanto a los códigos sucesivos, se confundió la figura del concubinato con el amasiato, hasta el Código Civil de 1928.

➤ QUINTA:

La palabra Hijo, proviene del latín filius, la persona o animal respecto de sus padres, padre o madre. Podemos definir el término como el descendiente en primer grado de una persona, jurídicamente Hijo es la designación del parentesco que liga a cada persona con las que la engendran, el descendiente en primer grado de una persona.

➤ SEXTA:

Son innumerables las normas jurídicas discriminatorias y negatorias de la libertad humana para los hijos nacidos fuera de matrimonio, llamados naturales, cuando sus padres no tenían impedimento para casarse, en

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

caso contrario eran denominados adulterinos, incestuosos, mánceres, sacrílegos, etc.

Discriminaciones tajantes desde el punto de vista jurídico que no hacen lógico ni razonable, recaer sobre los hijos esa falta de derechos por una situación que no era provocada por ellos sino por sus padres.

➤ **SEPTIMA:**

Durante la época precortesiana sobre las esposas secundarias y los hijos no pesaba ningún estigma, llamados pilli, podían llegar a funciones altas si eran dignos de ellas. Con la llegada de los españoles el daño que le viene a los hijos ilegítimos es arrasante, la condición de los hijos naturales es inferior, no pueden gozar de los honores y beneficios, aún entre ellos se establecen diferencias tanto por la mayor o menor dificultad de la legitimación, como por la estimación y aprecio que se les concede. Los calificativos continuaron, el Código Civil de 1870 señala los hijos como legítimos, naturales y espurios, el código de 1884, no permitía más denominación de los hijos nacidos fuera de matrimonio que la de espurios, título infame que denunciaba el origen deshonoroso y el cual se hacía constar en el acta de nacimiento, la Ley sobre Relaciones Familiares divide matrimoniales y naturales, pero dejando a éstos sin derecho a alimentos o sucesorios.

➤ **OCTAVA:**

Nuestra constitución eleva a categoría de garantía individual los derechos de los niños, haciendo co-responsable al estado mexicano de su cumplimiento. En cuanto a los códigos civiles mexiquenses vemos los inicios para cumplir la norma suprema, sin resultados.

➤ **NOVENA:**

Las soluciones jurídicas dadas en la legislación civil mexiquense resuelven los problemas de reconocimiento de estado de hijos de matrimonio, (presunciones y acciones perfectamente delimitadas) pero no dan medidas que garanticen la seguridad jurídica de los hijos extramatrimoniales. Ciertamente es que toda persona tiene un padre y una madre, si aunamos la existencia de una unión monogámica, de convivencia, permanencia y exclusividad sexual, es ineludible atribuir los hijos que tenga la mujer al hombre que está a su lado, verbigracia el concubinato. Con los avances médico genéticos que representan una revolución en esta materia de axiomas romanos vueltos presunciones

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

legales, antes inamovibles, vemos que hoy requieren y pueden estar sujetas a una revisión.

➤ **DECIMA:**

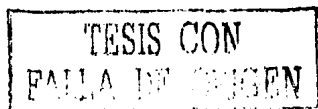
Es incuestionable que toda persona tiene un padre y una madre, desde el punto de vista biológico. Debemos considerar toda segregación injusta desde el punto de vista legal, y contra natura si se le enfoca con un criterio biológico, el más elemental criterio de justicia se rebela contra la solución jurídica dada actualmente, que hace recaer sobre seres inocentes culpas ajenas, está además, el respetable temor de herir a la familia legítima, estableciendo una equiparación de los derechos de las parejas dentro o fuera de matrimonio, problema de las legislaciones contemporáneas, pero primero debe ser no colocar al hijo extramatrimonial en posición infamante cualquiera que haya sido la circunstancia natural o legal de su nacimiento, la filiación debe de ser un hecho jurídico resultante de una situación real pero nunca debe actuar como un castigo de por vida.

➤ **DECIMAPRIMERA:**

El Estado no debe ver con agrado las uniones ilegítimas, fundamentalmente porque su descendencia corre peligro de no llegar a constituir ciudadanos sanos y capaces, por la situación de desventaja.

Si bien los hijos ilegítimos no pueden equipararse, puede estructurarse su posición jurídica del modo más favorable, creando un sustitutivo a la educación familiar que les falta y garantizándoles los alimentos, no siendo recomendable la total incorporación del hijo a la familia del padre, que normalmente nada desea saber de él, y lo haría totalmente desgraciado.

La propuesta versa sobre el establecimiento de una presunción iuris tantum de paternidad del concubino sobre los hijos de la concubina, que opere ipso iure, trasladando la carga de la prueba al concubino en caso de querer contradecir la paternidad, que aseguraría los alimentos a los hijos mientras se plantea en litis la paternidad.



II.- P R O P U E S T A

Al conocer el nuevo Código sustantivo vigente en el Estado de México, la pregunta es si es prudente legislar y regular el concubinato, peculiar situación de hecho, convirtiéndola en una relación jurídica, capaz de generar derechos y obligaciones. No podemos perder de vista que se trata de regulación de la familia, verdadero átomo de la estructura social de nuestro país. Tenemos en claro que están en juego las pautas de conformación de la familia mexicana para el siglo XXI.

Con la expedición del código civil actual y los efectos jurídicos que se establecen a favor de los concubinos, resulta obvio que el legislador ha creado una especie de matrimonio, pero de segunda categoría, sin compromiso de estabilidad entre las partes, fomentando una unión en que conviven íntimamente con derechos y sin compromiso de estabilidad, al margen de la institución matrimonial, olvidando que la descendencia corre peligro de no llegar a constituir ciudadanos sanos y capaces, por la situación de desventaja, es aquí donde nos detenemos en el presente estudio llamándolos consecuencia lógica e inocente de una relación: a los hijos.

Es necesario agregar que los avances médico-genético están provocando una verdadera revolución en materias que durante siglos permanecieron inalteradas, axiomas que parecían inamovibles ahora requieren de revisión, el derecho romano dice que la madre es siempre cierta porque lo es aquella mujer que da a luz un hijo, sin embargo hoy ya no es posible ser tan categórico en esta afirmación, desde el momento en que puede haber una madre genética- la que aportó el óvulo- y una madre biológica - la que lo llevó en su seno y lo alumbró-. Lo mismo puede ocurrir con el padre, ya que el portador del semen puede no ser el marido de la madre, la regla romana según la cual es el padre el que demuestra las nupcias con la madre, está sujeta a una imprescindible revisión, los conceptos elaborados tienen provisionalidad ahora debido a la realidad científica que ha conmocionado las premisas tradicionales.

Gracias a estos avances médicos se puede plantear una solución que ofrece certeza jurídica y un margen de error de 1%.

Haciendo mención especial al derecho de todo ser humano a un nombre y dos apellidos, a conocer su origen genético, a preservar su identidad, a saber el lugar de ubicación de su madre y padre, a que se le reconozca su filiación y a tener su acta de registro civil en condiciones iguales, consideramos:

TESIS CON
FALLA EN ORIGEN

La solución propuesta es el establecimiento de una presunción iuris tantum (que admita prueba en contrario) en los siguientes términos:

Artículo 4.162. Se presumen hijos del concubinario y de la concubina, salvo prueba en contrario:

- I. Los nacidos dentro de la vigencia del concubinato; y
- II. Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina.

El concubinato sostenido con la madre durante el periodo de la concepción –es decir, los primeros ciento veinte días de los trescientos que preceden al alumbramiento– implica una presunción de paternidad respecto del concubino. El concubinato de la madre con el presunto padre durante la época de la concepción hará presumir su paternidad, salvo prueba en contrario.

El término de los 300 días será retomado de la presunción de paternidad de hijo matrimonial, en relación al médico francés Fourcroy que computó con estudios de Hipócrates el embarazo de duración de 180 días y máximo de 300.

Esta presunción se hará valer reconocida la maternidad en los términos de ley:

- Con la presentación del menor para declarar su nacimiento ante la persona del Oficial del Registro Civil
- En cuanto al requisito del art. 3.10 se agregará un párrafo que diga: los testigos designados por el interesado, en caso de reconocimiento de hijo concubinario, deberán ser dos vecinos del lugar de residencia de los concubinos, que acrediten la misma con credencial expedida por el Instituto Federal Electoral, mismos que serán apercibidos de la responsabilidad penal en que incurrir en caso de imputaciones falsas, y sabedores de que podrán ser requeridos y deberán presentarse en caso procedimiento de desconocimiento del menor.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

- Debe anexarse una aclaratoria después del primer párrafo del numeral 3.12 respecto del Acta de nacimiento de hijo fuera del matrimonio que dice: "Para que se haga constar en el acta de nacimiento el nombre, domicilio y nacionalidad del padre de un hijo nacido fuera de matrimonio, es necesario que aquél lo pida por sí o por un mandatario especial...". Agregaremos "salvo el caso del acta del hijo concupinario donde podrán hacerse constar los datos referidos con la comparecencia de la madre por sí o por un mandatario especial."
- Extendida el acta de nacimiento, el Oficial del Registro Civil hará saber a la madre del menor la obligación de acudir al Juez competente de lo Familiar y mediante procedimiento no contencioso, haga el trámite para la notificación personal del registro al concubino presunto padre, informándole de la inscripción del menor con su apellido y apercibido de que, de no ejercitar acción de desconocimiento en seis meses, se dictará sentencia a favor del menor y se fijará la obligación alimentaria en forma definitiva, derivando los demás derechos inherentes a la filiación que se establecen en la legislación sustantiva civil.
- Contra la presunción se admitirán todas las pruebas que refiere la legislación adjetiva, dando mayor valor a la prueba de genética molecular del análisis comparativo del ácido desoxirribonucleico. (nuevo art. 4.163)¹⁷⁸

¹⁷⁸ Novena Época, Instancia SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo VIII, Julio de 1998, Tesis: II 2o C 99 C, Página 381

PERICIAL EN GENÉTICA ES LA PRUEBA IDÓNEA PARA DEMOSTRAR CIENTÍFICA Y BIOLÓGICAMENTE LA PATERNIDAD Y FILIACIÓN Cuando se reclame el reconocimiento de la paternidad de un menor, así como sus consecuencias inherentes, la pericial en materia de genética es la prueba idónea para demostrarla, previo análisis de las muestras de sangre correspondientes, con el propósito de esclarecer jurídicamente el problema planteado, máxime si fue previa y debidamente admitida. Consecuentemente, si la madre no compareció con el menor al desahogo de dicha probanza, el juzgador debió ordenar el correcto desahogo del medio probatorio ofrecido, dictándose las medidas de apremio pertinentes para hacer cumplir sus determinaciones, y al no haber actuado así, su comportamiento constituye una violación al procedimiento que dejó en estado de indefensión al oferente de la prueba, pues una vez desahogada debidamente permitiera al Juez decidir justamente, al contar con los elementos esenciales y convincentes indispensables para dirimir la litis planteada, ya que la pericial es la prueba científica y biológicamente idónea para tener o no por cierta y corroborada la filiación, esto es, la paternidad. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO. Amparo directo 1335-97. Carlos Alberto Ávila Gil. 27 de mayo de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Virgilio A. Solórzano Campos. Secretario: José Valdez Villegas.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

- Para la acción de contradicción de paternidad sobre el hijo concubinario, la carga de la prueba se trasladará al concubino, presunto padre.
- En caso de manifestar el concubino, bajo protesta, no tener los recursos económicos suficientes para las pruebas genéticas, y a fin de evitar un gasto excesivo del estado, se realizará en primer término la prueba de sangre excluyente, los interesados en los litigios tienen la obligación de soportar la investigación, sin tenerse en cuenta un derecho a denegar el exudado bucal o el tejido biológico requerido, apercibidos de que, de no hacerlo se tendrán por ciertos los hechos de su contraparte. De acuerdo con las bases científicas entrarán en consideración cuatro grupos sanguíneos: A, B, AB y O y los factores MyN, y el Rh + ó -, cuando se prueba en el niño la existencia de un grupo o factor determinado que no existen en la madre ni en su marido, no podrá ser éste quien lo engendró.
- Cuando no sea posible la exclusión de la paternidad de esta manera, se hará el apercibimiento de dar por ciertos los hechos controvertidos respecto a quien no se someta a la prueba de genética molecular del análisis comparativo del ácido desoxirribonucleico.¹⁷⁹
- El juez ordenará la realización de la prueba para establecer con seguridad jurídica la filiación y sus efectos.
- La prueba deberá realizarse por médicos doctorados en ciencia biológico-moleculares y en laboratorios que cumplan con la norma técnica internacional exigida.
- Para obtener la huella digital genética se realizará la prueba con tres marcadores genéticos efectivos, como son los minisatélites,

¹⁷⁹ Novena Época, Instancia SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO Fuente Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: X, Diciembre de 1999 Tesis 160 C 189 C Página 751

PATERNIDAD RECONOCIMIENTO DE HIJO NACIDO FUERA DE MATRIMONIO. Si bien es cierto que existen medios para acreditar la paternidad de un hijo nacido fuera de matrimonio, no menos verdad es que cuando se actualiza la contumacia del demandado por no acudir al desahogo de las pruebas como la pericial en genética molecular para el desarrollo del estudio correspondiente, no obstante haber sido apercibido que de no presentarse sin causa justificada se tendrían por ciertas en su contra las afirmaciones de la actora, salvo prueba en contrario, sin haber impugnado dicho apercibimiento, su sola rebeldía provoca que éste se haga efectivo en términos del artículo 287 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, teniéndosele por confeso de la paternidad de hijo reclamada, máxime cuando el reo se desiste de las pruebas ofrecidas para demostrar su inocencia, incluso de la confesional a cargo de la actora

SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO Amparo directo 4986-99 Ricardo Peimbert Muro 6 de octubre de 1999 Unanimidad de votos. Ponente: Adalid Ambríz Landa. Secretario: Raul Gonzalez González.

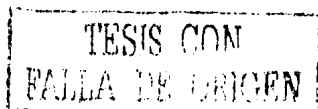
**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

microsatélites y los marcadores de variación de secuencia. Deben aplicarse de 7 a 19 marcadores de acuerdo a la tecnología mexicana con margen de error de uno en cien millones. Sobre: exudado bucal de preferencia o cualquier tejido biológico, raíz de diez cabellos como mínimo en fase anágena, en músculo, piel, en hueso, en semen, incluida la sangre.¹⁸⁰

- La indemnización si la acción procede considerará: los gastos del embarazo y del alumbramiento, los gastos de alimentos de las seis primeras semanas posteriores al alumbramiento

La presunción iuris tantum que presume hijos del concubinario y de la concubina: los nacidos dentro del concubinato y los nacidos dentro de los trescientos días siguientes en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina, operará como la presunción a favor de los hijos nacidos en matrimonio, que con el nacimiento se generen los derechos al apellido, a alimentos si los requiere y derechos sucesorios ab-intestato, sin necesidad de declaración judicial.

¹⁸⁰ Notas de la conferencia de la QFB Edna Luján Belmonte. "El ADN en la investigación criminal, en la filiación y en la paternidad", del Tribunal Superior de Justicia del Estado de México.



FUENTES BIBLIOGRAFICAS

- Bossert, Gustavo, A. y Zannoni, Eduardo. "El Régimen de impugnación de la paternidad legítima". Editorial Universidad, Argentina, 1992.
- Cantero Núñez, Federico J. "Reflexiones en torno a la pretendida regulación de las uniones de hecho". Revista de Derecho Privado, tomo XXXIII, España 1995.
- Chávez Asencio Manuel F. "La Familia en el Derecho (relaciones jurídicas conyugales)". Editorial Porrúa 1999.
- Chávez Asencio Manuel Francisco. "Derecho de familia, Relaciones jurídico-familiares". 3ª. Edición, Editorial Limusa, México, 1997.
- De Aquino, Santo Tomás. "Summa Theológica " . Tomo V. Editorial Porrúa, México 1997.
- Elías Salazar, Edgar "Personas y Bienes en el Derecho Civil Mexicano". Editorial Porrúa, México 1995.
- Escriche, Joaquín "Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia" Tomo I. Editorial Porrúa, México 1999.
- Flores Barroeta, Benjamín "Primer Curso de Derecho Civil" Tomo I. Editorial Porrúa, México, 1996.
- Galindo Garfias, Ignacio "Derecho Civil- Primer Curso" Editorial Porrúa, México 2001.
- Herrerías Sordo, María del Mar. "El Concubinato: Análisis Histórico Jurídico y su problemática en la práctica". Editorial Porrúa, México 1998.
- Huber Olea, Francisco José. "Diccionario de Derecho Romano". Editorial Porrúa, México 2000.
- Liehmann, Heinrich. "Derecho De Familia". Volumen IV. Madrid 1999.
- "Los Códigos Españoles: Las Siete Partidas concordadas y anotadas". Tomo tercero. Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1993.
- Magallón Ibarra, José María. "Instituciones de Derecho Civil". Tomo II: Derecho de Familia, Editorial Porrúa, México 1998.
- Margadant, S. Guillermo Florís. "Derecho Romano". Editorial Esfinge, México 1998.
- Margadant, S. Guillermo Florís. "Introducción a la Historia del Derecho Mexicano". Editorial Esfinge, México, 1995.
- Montero Duhall, Sara. "Derecho de Familia". Editorial Porrúa, México 1990.
- Pérez Contreras, María de Montserrat. "Derechos de los Padres y de los Hijos". Editorial Cámara de Diputados, UNAM 2001.
- Planiol Marcel y Ripert Georges. "Tratado Elemental de Derecho Civil: Divorcio, Filiación e Incapacidades". Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1999.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

- Rojina Villegas, Rafael. "Compendio de Derecho Civil. Introducción, Personas y Familia". Editorial Porrúa, México 2000.
- Rojina Villegas, Rafael. "Derecho Civil Mexicano". Volumen II Editorial Porrúa, México 1999.
- Sagaón Infante Raquel. "El matrimonio y el concubinato en México Prehispánico y las costumbres que han prevalecido en las comunidades indígenas actuales". Segundo Congreso de Historia del Derecho. Editorial UNAM, México 2000.
- Sánchez Medal, Ramón. "Los Grandes cambios del Derecho de Familia". Editorial Porrúa, México 1999.
- Torreblanca Senties, José Manuel. "Perspectiva de la Familia en el siglo XXI: reformas al Código Civil para el Distrito Federal". 2000. Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.
- Will Durant Simon and Schuster. "La Historia de la Civilización". Tomo III. César y Cristo. New York. 1994.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

- Baqueiro Rojas, Edgard" Diccionarios Jurídicos Temáticos: Derecho Civil", Volumen I. Editorial Harla, México 1997.
- Coordinación General de Compilación y Sistematización de Tesis del Poder Judicial de la Federación, CD-ROM. IUS 2001: Jurisprudencia y tesis Aisladas 1917-2001
- De Pina, Rafael." Diccionario de Derecho". Editorial Porrúa, México 2001.
- Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Editorial Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, México 2002. Tomo I-O.
- Diccionario Manual e Ilustrado de la Lengua Española. Real Academia Española, Editorial Espasa- Calpe S.A., España 1999.
- Enciclopedia de Derecho de Familia. Tomo II: Div-Matr, Editorial Universidad, Argentina 1992.
- Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XII: Fami- Gara, Editorial Bibliográfica, Argentina, 1999.
- Enciclopedia Microsoft® Encarta® 2000. © 1993-1999 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.
- Nueva Enciclopedia Jurídica. Tomo XVI, Editorial Francisco Seix, S.A. España 1990.
- Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo D-H, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Editorial Porrúa, México. 2001

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

- Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo I-O, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Editorial Porrúa, México, 2001.
- Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo P-Z, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Editorial Porrúa, México, 2001.
- Ramírez Gronda, Juan D. "Diccionario Jurídico" Editorial Claridad, 11ª Edición, Argentina, 1999.

FUENTES HEMEROGRAFICAS

- "BYBLOS: Revista de Bibliografía Histórico-Jurídica" Magdalena Rodríguez Gil: Vice Uxor. Notas sobre el concubinato en España desde la Recepción del Derecho Común Madrid, Universidad Complutense, 1998.
- "Convención sobre los Derechos del Niño". Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de fecha 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49.
- Exposición de motivos del Código Civil del Estado de México
- INEGI: "Estadísticas de Matrimonios y Divorcios" Cuaderno 8. Edición 2001.
- INEGI "Estadísticas Vitales del Estado de México" Cuaderno número 2, 2001
- INEGI "Las Familias Mexicanas", Edición 2001
- Notas de la conferencia de la QFB Edna Luján Belmonte: "El ADN en la investigación criminal, en la filiación y en la paternidad", del Tribunal Superior de Justicia del Estado de México.
- ONU: "Manual Sobre el Sistema del Registro Civil y Estadísticas Vitales". México 1998.
- Soldevila, María Isabel. Análisis: "Casada y sin papeles".
- Apuntes de Derecho Civil del Profesor y Licenciado José López Noriega, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

FUENTES LEGISLATIVAS

- Código Civil del Estado de México del 29 de diciembre de 1956.
- Código Civil del Estado de México del 7 de junio del 2003.
- Convención Sobre los Derechos del Niño, México, 1999.
- Exposición de motivos del Código Civil del Estado de México
- Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917
- Ley del Matrimonio Civil del 2 de julio de 1859
- Ley de Nacionalidad del 23/01/1998

FUENTES CIBERNETICAS

- <http://www.cddhcu.gob.mx/> (página de la Cámara de Diputados)
- <http://www.inegi.gob.mx>

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN