



UNIVERSIDAD LATINA, S.C.

**INCORPORADA A LA UNAM
FACULTAD DE DERECHO**

**“ANÁLISIS SOBRE LA REGULACIÓN DE LOS
EFECTOS JURÍDICOS DEL CONCUBINATO Y
SU TERMINACIÓN EN EL DISTRITO
FEDERAL”.**

TESIS

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

**PRESENTA:
PÉREZ MORALES OMAR ALEJANDRO**

ASESOR: LIC. JORGE ZALDIVAR VÁZQUEZ



MÉXICO, D. F.

2006.



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

AGRADECIMIENTOS

En este instante de mi vida quiero agradecer al creador y a su infinito amor por darme vida y salud permitiéndome llegar hasta este momento en el que concluyo uno de los proyectos más importantes de mi vida y que su divina voluntad me de entereza y fuerza para alcanzar las metas que me proponga y me permita disfrutarlos junto a las personas a las que quiero.

Quiero agradecer a todas aquellas personas que se cruzaron en mi vida y que me dejaron un buen recuerdo, una enseñanza o parte de su tiempo, en especial a todos los maestros que a lo largo de mi vida estudiantil despertaron en mí la sed por el conocimiento y me transmitieron su sabiduría.

Especialmente agradezco a mis padres por todo el apoyo brindado ya que este logro es fruto de su apoyo, esfuerzo y amor incondicional.
A mi Madre; por la valentía y fuerza con la que enfrenta a la vida, y por su ejemplo de entrega, dedicación y por todo el amor demostrado a su familia.
A mi Padre; por su ejemplo de fuerza, fortaleza, dedicación y responsabilidad.
En veneración a sus consejos, su guía, el apoyo en mi carrera y por siempre estar presente cuando los he necesitado dedico el más importante de mis trabajos a mis Queridos Padres.

A mis tres únicos hermanos; Susuki, Susana y Johan: Por haber compartido su infancia con la mía, por lo que nos quisimos, por lo que jugamos, por lo que nos enojamos, por lo que nos apoyamos, por los padres que compartimos, y por lo que nos aguarda.

A mis queridos sobrinos; Ángel Adrián y Jorge por que con su llegada unieron a la familia llenandola de alegría y porque con su inocencia y frescura patentizan la renovación de la vida y despiertan la fe en un futuro prometedor. A mi tercer sobrinito que viene en camino Dios te cuide, te proteja y nos permita recibirte y llenarte de efecto y cariño.

A todos mis amigos de la Carrera; por su compañía, apoyo y afecto demostrado; por las experiencias, las alegrías, los tropiezos compartidos y por su sincera amistad, gracias; María Elena, Nayeli, Karina y demás compañeros de la carrera. A la Universidad Latina porque en sus aulas conocí del esfuerzo, aprendí de la doctrina, y analice la normas que me instruyeron en la ciencia del derecho, Gracias.

**“ANÁLISIS SOBRE LA REGULACIÓN DE LOS EFECTOS JURÍDICOS DEL
CONCUBINATO Y SU TERMINACIÓN EN EL DISTRITO FEDERAL”**

INTRODUCCIÓN

CAPITULO PRIMERO.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL CONCUBINATO.

	Página
1.1. El concubinato en el derecho Romano.	1
1.2. El concubinato en el derecho Español.	8
1.3. El concubinato en el derecho Canónico.	15
1.4. El concubinato en el derecho Francés.	18
1.5. El concubinato en el derecho Mexicano.	24
1.5.1. El concubinato en la Época Prehispánica.	24
1.5.2. El concubinato en la Época Colonial.	32
1.5.3. La Ley del Matrimonio Civil de 1859.	39
1.5.4. El concubinato en el Código Civil de 1870.	40
1.5.5. El concubinato en el Código Civil de 1884.	42
1.5.6. Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917.	44
1.5.7. El concubinato en el Código Civil de 1928.	47

CAPITULO SEGUNDO.

ASPECTOS GENERALES DEL CONCUBINATO.

2.1. Concepto doctrinal del concubinato.	49
2.2. Concepto legal del concubinato.	54
2.3. Diferentes denominaciones empleadas.	56
2.4. Naturaleza Jurídica del concubinato.	59
2.4.1. Institución.	60

2.4.2. Acto Jurídico.	62
2.4.3. Hecho Jurídico.	67
2.5. Requisitos legales del concubinato.	72
2.5.1. Vida en común.	72
2.5.2. Como si fueran cónyuges.	73
2.5.2.1. Publicidad.	73
2.5.2.2. Singularidad.	74
2.5.2.3. Fidelidad.	75
2.5.2.4. Relación Sexual.	75
2.5.2.5. Heterosexualidad.	76
2.5.3. En forma prolongada y permanente.	77
2.5.4. Continuidad.	78
2.5.5. Ausencia de Impedimentos para casarse.	79
2.6. Diferencias y semejanzas del concubinato con el matrimonio.	81
2.7. Diferencias del concubinato con el amasiato.	96

CAPITULO TERCERO.

EFFECTOS JURÍDICOS DEL CONCUBINATO.

3.1. Efectos jurídicos entre los concubinos	98
3.1.1. Derecho a percibir alimentos.	98
3.1.2. Derechos sucesorios.	101
3.2. Efectos jurídicos en relación a los hijos.	109
3.2.1. Filiación.	109
3.2.2. Parentesco y Adopción.	116
3.2.3. Derecho a los alimentos.	119
3.2.4. Derecho a heredar.	120
3.2.5. Patria Potestad.	122
3.3. Efectos jurídicos en relación a los bienes.	124
3.3.1. Derecho a constituir el patrimonio de familia.	124
3.3.2. Régimen patrimonial.	126

3.3.3. Donaciones.	131
3.4. Efectos jurídicos en relación a terceros.	132
3.5. Aspectos sociales que inciden en las nuevas familias.	140
3.6. Estadísticas de las uniones de tipo matrimonial.	144

CAPITULO CUARTO.

PROBLEMÁTICA QUE SE PRESENTA AL DETERMINAR LA TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN CONCUBINARIA.

4.1. Dificultad para precisar el inicio del concubinato.	151
4.1.1. Ausencia de formalidades y de Registro.	153
4.2. Permanencia del concubinato y el Orden Público.	155
4.3. Terminación del concubinato.	160
4.3.1. Dificultad para precisar la terminación del concubinato.	162
4.3. 2. Posibles causas de extinción del concubinato.	165
4.4. El divorcio.	166
4.4.1. Divorcio vincular y no vincular.	168
4.4.2. Divorcio separación.	169
4.4.3. Divorcio administrativo.	170
4.4.4. Divorcio voluntario judicial.	172
4.4.5. Divorcio necesario.	174
4.5. Terminación del concubinato y relación con el divorcio.	178
4.6. Crítica a algunas disposiciones legales del concubinato.	185
4.7. Propuesta de regulación de la terminación del concubinato.	192
4.8. Efectos Jurídicos de la terminación del concubinato.	198

CONCLUSIONES	205
---------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA	210
---------------------	-----

INTRODUCCIÓN

A lo largo de la historia el matrimonio ha sido considerada la forma legal y moral de constituir una familia aceptado por la sociedad y promovido por los Estado, pero a la par en todas las sociedades han existido las uniones de hecho tan importantes como el matrimonio, y con características muy similares que le dan una apariencia matrimonial.

Dentro de este trabajo en su primer capítulo se apreciará como el concubinato ha recibido un tratamiento distinto dependiendo del lugar en que se presente y de la religión, valores y costumbres que se practiquen en esa sociedad. En Roma el concubinato se práctico a consecuencia de la desigualdad de clases y de los impedimentos que existían para casarse entre personas de distinto rango y clase social, fue practicado frecuentemente y admitido socialmente, imponiendole ciertas condiciones para su reconocimiento, hasta que alcanzo un estado legal. En España igualmente fue muy practicado, se le dio el nombre de barraganía, y regulado a través de contratos especiales celebrados entre los convivientes. El derecho canónico influyó en gran parte de las legislaciones buscando la sacramentalidad de la uniones y prohibiendo las uniones extra matrimoniales, en Francia el concubinato fue ignorado por lo que no se le reconocieron efectos jurídicos a las uniones no matrimoniales. Ante la falta de regulación y de reconocimiento en distintos países europeos la jurisprudencia y los tribunales realizaron una gran labor al tratar de resolver las cuestiones que se presentaban.

Dentro de este capítulo se estudiaran las distintas etapas por las que ha pasado el concubinato en nuestro país así como los distintos tratamiento que se le dio en cada una de ellas. Desde la época prehispánica en la que fue practicado por los pueblos indígenas, siendo aceptado socialmente y formando parte de su idiosincrasia. Con la llegada de los conquistadores se impuso una nueva civilización a los pueblos conquistados ocasionando un choque con las prácticas familiares y matrimoniales de los indígenas, se dictaron leyes que prohibían la poligamia así como las uniones no matrimoniales, pero no fue fácil que se adoptaran estas normas ya que las prácticas y costumbres estaban muy arraigadas por lo que se siguieron practicando en forma masiva, pero llegada la independendencia aún no se reconocía ni regulaba al concubinato.

Las uniones de hecho no fueron reglamentadas en un inicio en nuestro país debido a la influencia del abstencionismo de las legislaciones extranjeras dejando de reconocerle derechos. Durante la colonia se impuso el derecho de la metrópoli, pero al pasar al México independiente aún se seguía aplicando el derecho peninsular. No fue hasta el Código de 1928 cuando por primera vez en nuestro país se reconoció al concubinato como una forma de constituir una familia y se le reconocieron derechos en favor de la concubina y de los hijos.

En el segundo capítulo se apreciará como la doctrina y la legislación han dado distintas definiciones del concubinato, pero todas ellas coinciden en que siempre se mencionan elementos comunes que caracterizan a la figura. En nuestra legislación civil el concubinato requiere de cumplir con ciertas condiciones esenciales para que se considere existente y por lo tanto se le reconozcan derechos, dentro de los requisitos esenciales se encuentra la vida en común, un comportamiento conyugal, la singularidad y fidelidad así como los elementos de continuidad y permanencia. En este trabajo se establece cual es la naturaleza jurídica del concubinato así como las diferencias y similitudes que presenta respecto a la institución del matrimonio y con la figura del amasiato.

En el tercer capítulo se expone cual ha sido la posición legislativa adoptada con relación al concubinato tomando en cuenta los cambios sociales, el desarrollo y evolución en las posturas jurídicas que han provocado una apertura en cuanto al tema del concubinato en los ordenamientos civiles. En este capítulo se desarrollará como se ha modificado paulatinamente el Código Civil para el Distrito Federal hasta llegar a la más reciente reforma con la que se ha logrado obtener una reglamentación más amplia y completa del concubinato. Considerando que los efectos jurídicos que se producen del concubinato son en tres ámbitos básicamente en cuanto a la pareja de los concubinos, con respecto a los hijos y en relación a los bienes. Se mencionarán cuales son los cambios y factores sociales que inciden en la conformación de las nuevas familias, así como la revisión de datos estadísticos que arrojan información sobre la frecuencia con que se dan las uniones no matrimoniales en nuestro país.

Dentro del cuarto capítulo se analizará las últimas reformas al Código Civil que dieron como resultado la actual legislación que reglamenta al concubinato, que aunque se otorgan mayores derechos a los concubinos no se ha logrado una regulación en forma integral.

Por lo que a pesar de las reformas en materia de concubinato aún existen temas importantes que no se han regulado del todo como son; el aspecto patrimonial de los concubinos, el régimen de bienes aplicable, la dificultad de su comprobación, la forma de determinar su inicio y conclusión, la falta de un procedimiento para la disolución del concubinato con la intervención de la autoridad con el fin de salvaguardar sus intereses y vigilar el cumplimiento de sus obligaciones dando seguridad jurídica a los concubinos, todo esto dentro de la disyuntiva de reglamentar en forma independiente al concubinato con sus propios efectos o el de equiparlo al matrimonio otorgándole los mismos efectos y aplicando el estatuto legal que rige a los cónyuges.

CAPÍTULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTÓRICO

1.1. EL CONCUBINATO EN EL DERECHO ROMANO

Para la mejor comprensión de nuestro tema de estudio, el concubinato, es necesario comenzar con el análisis de sus antecedentes, desde su aparición, su desarrollo y evolución en las distintas regiones del mundo, así como la conceptualización que tenían las primeras civilizaciones del concubinato en relación con sus propios conceptos religiosos morales y jurídicos.

En Roma según los preceptos de las leyes contraían entre si matrimonio los ciudadanos romanos varones púberos y mujeres núbiles debiendo obtener el consentimiento de sus padres, bajo cuya potestad se hallan. Pero no era lícito casarse con cualquier mujer, ya que debían de abstenerse de contraer ciertas nupcias, prohibidas entre ascendiente y descendiente, entre los que tenían esta calidad debido a la adopción y entre los que tenían un vínculo de tipo colateral, de lo contrario las nupcias era llamadas criminalis o incestuosas.

Un aspecto importante a considerar es que al final de la República, existía una gran libertad matrimonial entre ciudadanos romanos con los que no lo eran, por lo que en reacción a ésta situación Augusto con la idea de mantener una población romana libre de sangre esclava y extranjera, prohibió el matrimonio entre miembros de la clase senatorial y libertos, entre ingenuos y personas que ejercían profesiones de mala reputación, teniendo como efecto legal de esta prohibición que las uniones en contravención a las mismas no eran consideradas como matrimonio. De la misma forma se prohibió a los militares el casarse durante la duración del servicio militar, pero al ser éste muy prolongado ocasiono un efecto muy grave en la población romana, ya que los soldados recurrieron al concubinato, tomando por lo general como concubinas a mujeres libertas o extranjeras.

Los romanos dieron el nombre de concubinato a una unión de orden inferior más duradera, para así distinguirla de las relaciones pasajeras consideradas como ilícitas, esta especie de comunidad de vida era distinta al matrimonio y no estaba castigada legalmente ni reprobada por la costumbre e incluso algunos emperadores como Antonio Pío y Marco Aurelio tuvieron concubinas.¹

En Roma la relación concubinaria surge como la convivencia de la pareja integrada por un hombre y una mujer que viven como esposos, pero que por causas de tipo políticas, sociales o por falta de *cannubium* (prerrogativa de la cual gozaban los habitantes que tenían ciudadanía en el Imperio Romano, que consistía en la aptitud para contraer matrimonio en el derecho civil llamado *justae nuptiae*) no podían o no deseaban contraer *justae nuptiae*.

De tal forma que el concubinato fue visto como una unión monogámica socialmente aceptada y que no era considerada como una deshonra. El concubinato fue admitido a la par que el matrimonio o *justae nuptiae*, pero en la práctica existía una gran desventaja del concubinato frente al *justae nuptiae*, ya que en un principio no producía efectos jurídicos.

Fue entonces la concepción política, las prácticas sociales y las uniones entre personas provenientes de distintas clases sociales, las que distinguieron al matrimonio del concubinato, además era considerado como una opción para aquellos que no podían celebrar las *justae nuptiae* por existir impedimentos o por no desearlo. La concubina no participaba, como la esposa de la dignidad del marido, ni entraba a formar parte de la familia de él.

Por lo anterior podemos observar que en la Roma antigua el concubinato era una unión de menor categoría al casamiento pero que posteriormente fueron adquiriendo efectos. Las *justae nuptiae* eran contraídas por los ciudadanos romanos, quienes gozaban del *jus cannubium* o derecho para contraer las nupcias.

Dentro del matrimonio en Roma se dio el *affectio maritalis*, que consistía en la intención

¹ DI PIETRO, Alfredo. *Derecho Privado Romano*, Ediciones Depalma, Buenos Aires Argentina, 1996, pág. 329.

de los contrayentes de considerarse recíprocamente como marido y mujer y que implicaba el ánimo de contraer matrimonio, de lo cual carecía la unión de tipo concubinaria, por no ser voluntad de la pareja o por existir algún impedimento de los antes mencionados.

En un principio no existió propiamente un tratamiento jurídico del concubinato, que más bien quedaba regulado por la costumbre. Hasta antes de la República la ley no se ocupó del concubinato, pues era considerado como una simple relación de hecho, fue hasta la época de Augusto que el “*concubinatus*” es denominado como una relación de rango inferior al matrimonio.²

Las leyes de esta época tenían una clara tendencia a proteger la institución del matrimonio, a pesar de ello, durante el período clásico la unión concubinaria fue tolerada. En el derecho romano el concubinato empezó a ser regulado con el primer emperador, Octavio Augusto, y es él quien introduce una importante variante en la ley “Iulia de Adulteris”, al reconocer el concubinato y eximiéndolo de toda penalidad, pero estableció la prescripción de otras uniones irregulares, dicho monarca trató de estructurar la figura ya que en el medio social esta unión era un hecho frecuente, con lo que distinguió por medio de requisitos y efectos al concubinato de las restantes uniones extramatrimoniales, adquiriendo el concubinato la condición de estado legal, labor legislativa que posteriormente fue continuada por los emperadores Constantino y Justiniano. Desde entonces le fueron impuestas en dicha legislación al “*concunitatus*” ciertas condiciones para su reconocimiento:

1. En primera debería tratarse de personas púberes.
2. No debía establecerse entre personas que tuvieran parentesco (afín o consanguíneo) en grado prohibido para contraer matrimonio.
3. Estaba prohibido entre los que hubieran contraído previamente *justae nuptiae* con tercera persona.
4. No se podía tener más de una sola concubina, y sin que existiera mujer legítima, además la mujer no se elevaba a la condición social del marido.

² HERRERÍAS SORDO, María del Mar. *El Concubinato, Análisis Histórico Jurídico y su Problemática en la Práctica*, segunda edición, Porrúa, México, 2000, pág. 4.

5. Debería existir el libre consentimiento tanto del hombre como de la mujer, Aunque el consentimiento del jefe de la familia no era exigido.

La unión concubinaría llegó a semejarse en gran medida al matrimonio, pues tenía los mismos impedimentos que el matrimonio, por la permanencia de las relaciones y la exclusividad del concubinato que daba una apariencia de matrimonio.

El concubinato desde este tiempo ya presentaba el carácter de singularidad, es decir no podía darse con más de una concubina. Este tipo de uniones fue frecuente entre funcionarios de provincia (ciudadano romano) y una mujer de dicha provincia³, entre senadores y libertas o mujeres de teatro.

No existía concubinato cuando la unión se daba entre parientes o personas casadas, o habiéndose ejercido corrupción o violencia sobre persona honesta para lograr la unión, porque entonces se consideraba incesto, adulterio y estupro respectivamente.

En efecto las leyes Iulia de Adulteris y Iulia et Papia, castigaban el adulterium, que era la unión con una mujer casada y el stuprum, unión sin matrimonio con ingenua o viuda respetable; Pero dejó sin sanción la unión no matrimonial con mujeres de baja condición social. con las cuales existía una prohibición para contraer matrimonio.

En el concubinato se carecía del *affectio maritalis*, que como ya lo citamos consistía en el animo de considerarse recíprocamente como esposos, razón por la cual no se podía hablar de *honor matrimonii*, que es nota típica del matrimonio, por lo que era considerada una unión lícita pero ilegítima, como lo manifestó Ulpiano, la única diferencia con el matrimonio es la *dignitas* debida a la mujer.⁴

³ MARINEAU IDUARTE, Marta y Román Iglesias González. *Derecho Romano*, cuarta edición, Oxford University Press Harla S.A de C.V., México, 1998, pág. 73.

⁴ DI PIETRO, Alfredo. Op.cit., pág. 329.

Solamente se tomaba como concubina a una mujer de bajo rango como; actrices, mujeres manumitidas o libertas, prostitutas, y mujeres sorprendidas en adulterio, debido a que la legislación augustea prohibió las relaciones ilegítimas con mujeres respetables, honradas o ingenua lo cual se reputaba como *stuprum*. Estas mujeres al consentir ser tomada en concubinato perdía su posición en el medio social y el título de *mater familiae*, que implicaba distinción y honra a la mujer romana.⁵

En un principio el concubinato no producía ninguno de los efectos civiles aparejados a las *justae nuptiae*, ya que anexa a éstas nupcias se celebraban prácticas costumbristas o ceremonias religiosas y solemnes para establecer la figura de la *manus*, por la cual la mujer entraba a formar parte de la familia del marido en calidad de hija, lo que no ocurría en el concubinato, provocando que la concubina no fuera elevada a la condición social del marido, sumado a lo anterior no era común que un ciudadano tomase como concubina a una mujer de su mismo rango.

El concubinato tenía una gran importancia al determinar el carácter de filiación ya que los hijos nacidos de el concubinato eran considerados hijos naturales, mientras que los nacidos de otras relaciones extramatrimoniales eran espurios, concebidos sin padre, por lo que jurídicamente no tenían padre, en consecuencia no se hallaban bajo la patria potestad del padre, por lo que seguían la condición de la madre y de los parientes maternos, por tal causa resultaba imposible su reconocimiento por parte del padre, esto no sucedía con los hijos naturales. Además sus situación mejoró notablemente en tiempos de Justiniano.

Posteriormente en tiempos de Justiniano se amplía la figura al establecer en el *Corpus Iuris* los efectos jurídicos en favor de los hijos naturales como la obligación alimentaria y la regulación legal de la legitimización por medio de subsecuente matrimonio de los padres, así como derechos hereditarios, en cierta medida en la sucesión del padre.⁶

⁵ BOSSERT, Gustavo. *Régimen Jurídico del Concubinato*, cuarta edición, Astrea, Argentina, 1997, pág. 10.

⁶ *Ibidem*, pág. 12.

De manera que para el derecho romano el concubinato fue admitido como una institución jurídica sometida a regulación precisa, haciendo de él una unión regular, pero inferior al matrimonio, y que no arrastraba ninguna deshonra.⁷

En la época post-clásica el concubinato sufrió una notable transformación, con los emperadores Cristianos comienza a existir una cierta necesidad de referirse al concubinato, pero la iglesia consideró pecaminosa toda relación ilegítima y adoptó una posición hostil frente al concubinato buscando la manera de hacerlo desaparecer.⁸

De tal manera Constantino ofreció a las personas que entonces vivían en concubinato, y teniendo hijos naturales legitimarlos, siempre que transformaran su unión en *justae nuptiae*, siendo también acordado por Zeón sin ningún reparo.

En el Derecho justineano al tiempo de redactares el *digesto* en el año 533 d. de J.C. se establecieron las correspondientes normas, para tratar de darle al concubinato un estatuto legal. Estas condiciones eran necesarias, para generar efectos jurídicos:

1. El concubinato no fue permitido con mujeres ingenuas y respetables
2. Constantino había prohibido al marido tener una concubina, prohibición adoptada por Justiniano, el hombre soltero podía tener varias concubinas, pero en la *novellae* de Justiniano fue reprimido el concubinato poligámico.
3. Las condiciones del concubinato fueron asimiladas a las del matrimonio, la concubina debía tener una edad mínima de 12 años de edad, rigiendo los mismos impedimentos de parentesco y afinidad que respecto del matrimonio.
4. La separación o disolución de los concubinos no tenía formas ni causas. La infidelidad de la concubina no era considerado como adulterio.
5. La concubina podía separarse de su patrón contra su voluntad, pero no podía contraer matrimonio posteriormente.

⁷ LÓPEZ DEL CARRIL, Julio. *Derecho de Familia*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, pág. 500.

⁸ PETIT, Eugéne. *Tratado Elemental de Derecho Romano*, Traducción por D. José Fernández González, décimo séptima edición, Porrúa, México, 2001, pág. 112.

6. En cuanto a los derechos hereditarios, el padre puede testar en favor de la concubina y de los hijos, variando sus cuotas dependiendo de la existencia de herederos legítimos, en la sucesión ab-intestato era reconocida en favor de la concubina en la Novela de Justiniano.⁹

Finalmente la legislación justineana eliminó los impedimentos matrimoniales de índole social, por lo que la institución perdió su anterior estructura quedando desde entonces configurada como la cohabitación estable de un hombre con una mujer de cualquier condición social, sin que exista el *affectio maritalis*.

Dentro del derecho Romano independientemente de las *justae nuptiae* y con características distintas se reconoció a la par del concubinato otras uniones lícitas de carácter marital, aunque con consecuencias inferiores a las que producía el *iustum matrimonium*. Estas uniones son el matrimonio *sine conubio* y el *contubernio*.

El matrimonio *sine conubio*; es aquella unión de carácter marital entre un hombre y una mujer, de los cuales uno de ellos no gozaba del *connubium*. Estas uniones fueron frecuentes entre un ciudadano romano y una latina o una peregrina o entre peregrinos, estas uniones no eran consideradas ilícitas y constituían un matrimonio válido, aunque sin producir los efectos de las *justae nuptiae*.¹⁰

Este tipo de uniones podía por determinados procedimientos transformarse en *iustae nuptiae* con todas las consecuencias de ellas. Los hijos seguían la condición de la madre, de la cual es cógnado. Según la Ley Manicia éstos nacían extranjeros, lo cual quedo sin efecto al extenderse la ciudadanía a un mayor número de habitantes en todo el Imperio, provocando que se hiciera cada vez más raro este tipo de uniones. Con Justiniano se suprime la categoría de latinos junianos y sólo fue aplicable en el caso de los condenados a una pena que llevará consigo la pérdida de los derechos ciudadanos.

⁹ FRITZ SHULZ, *Derecho Romano Clásico*, Traducción de Jose Santa Cruz Teigeiro, Bosch, Barcelona, 1960, pág. 133.

¹⁰ PETIT Eugène., Op. cit. pág. 112.

En Roma el contubernio fue otras de las uniones lícitas, considerada como; unión de carácter marital existente entre esclavos o entre un libre y un esclavo, considerado un simple hecho que estaba permitido, pero destituido de todo efecto civil. El hijo seguía la condición de la madre, aunque por largo tiempo el derecho no reconoció entre esclavos parentesco, únicamente un tipo de parentesco natural llamado *cognatio servilis* existente entre padres e hijos por una parte y entre hermanos y hermanas por otra; esto con el objeto de que si llegaban a adquirir la libertad, no se pudieran dar matrimonios entre parientes, en éstos primeros grados, por ser en contra de la naturaleza y la moral.¹¹

1.2. EL CONCUBINATO EN EL DERECHO ESPAÑOL

Durante el Medievo en España, se conoció al concubinato con el nombre de “barraganía”, con Alfonso X El Sabio en sus Siete Partidas, precisamente en la partida cuarta denominada “de las otras mujeres que tienen los hombres que no son de bendiciones”, donde se autorizaba a los hombres solteros a tener barraganas, cuando no hubiere impedimentos para contraer matrimonio.

La barraganía fue la manera en que se calificó a las uniones fuera del matrimonio constituidas entre personas aun no casadas o bien entre hombres y mujeres de distintas condiciones sociales, cuya naturaleza y estructura como institución jurídica recuerda el concubinato romano, expuesto en el primer punto de ésta tesis.

La “barragana” era considerada aquella mujer que vive y cohabita con un hombre como si fuera su marido, siendo ambos libres o solteros y sin impedimentos para contraer entre sí legítimo matrimonio.¹²

¹¹ Ídem.

¹² LÓPEZ DEL CARRIL, Julio., Op. cit. pág. 5001.

Esta figura también era “considerada como la unión de tipo sexual de un hombre soltero, clérigo o no, con mujer soltera bajo las condiciones de permanencia y fidelidad”.¹³

Desde esta época el antiguo derecho español impuso algunas restricciones a la barraganía, entre las cuales se encuentran las siguientes:

1. Debía darse entre un sólo hombre y una barragana.
2. Ambos deben de estar libre de matrimonio y sin tener impedimento alguno para contraerlo.
3. La unión tenía el carácter de permanente.
4. Su trato debía ser como de marido y mujer.
5. Deben ser considerados en su comunidad como esposos.

Las partidas regularon detalladamente la barraganía debido a que era un tipo de relación muy común en España a causa de diversos factores, como el de ser preferido por no ser un vínculo indisoluble como en el caso del matrimonio y porque permitía relacionarse con mujeres de condición social inferior.

La barraganía estaba prohibida dentro de los grados de parentesco prohibidos para aquellos que contrajeran matrimonio, además se requería de aptitud nupcial con la mujer que se tomase por barragana, es decir, que ésta y quien la tomara debían ser solteros.

Además se agregaba en el texto de la Partida IV, Título XIV, Ley 2a., que la barragana no ha de ser virgen, ni ser menor de doce años o viuda honesta y que sea de buen testimonio, en el caso de la mujer honesta podía ser tomada como barragana, debiendo hacer manifiesto antes testigos honorables el hecho, pues en caso de sospecha resultaría contra ellos que era mujer legítima y no su barragana.¹⁴ Teniendo en cuenta esta situación los jueces.

¹³ ZANNONI, Eduardo. *Derecho Civil-Derecho de Familia*, Tomo 2, segunda edición, Depalma, Buenos Aires, 1993, pág. 242.

¹⁴ Ídem.

Las personas ilustres, como hombres de gran linaje, no podían tener por barragana la mujer que fuese sierva o hija de sierva, manumitida o hija de ella, juglaresas tabarneras, regateras, o de otra clase reputada vil por nacimiento u ocupación, bajo pena de que los hijos habidos como fruto de tales uniones se considerasen como espurios y no como hijos naturales, despojandolos del derecho a pedir alimentos o participar en la herencia.

En este tiempo el concubinato era tan frecuente que, si la religión lo condenaba, la costumbre y la ley lo veían con tolerancia bajo el nombre de barraganía.

Decían las Partidas IV, Título XIV, Leyes 2a. y 3a; “Barragana defiende Santa Iglesia que no tenga ningún cristiano, porque viven con ella en pecado mortal, pero los antiguos que hicieron las leyes consistieron que algunos las pudieran haber sin pena temporal porque tuvieron que era menos mal de haber una que muchas y porque los fijos que naciesen fueren más ciertos”.¹⁵ Esta permisión de la Iglesia, fue basada en la teoría del bien común, que justificaba la necesidad de tolerar ciertos males para evitar un mal mayor o para no impedir un mayor bien.

La barraganía fue tolerada para evitar la prostitución, pues según las Partidas era preferible que hubiere una y no muchas mujeres para seguridad en la unión de ambos, y también en relación a los hijos. Por lo cual fue soportada y regulada jurídicamente, en parte debido a las tradiciones romanas, por la presencia de dos razas entre las cuales no podía celebrarse el matrimonio, y también debido a que la barraganía tenía su origen en la influencia que ejercieron los musulmanes durante su dominio de siete siglos en la Península Ibérica.

Las Siete Partidas diferenciaron entre hijos legítimos e ilegítimos, los primeros eran aquellos concebidos del matrimonio y los segundos eran aquellos nacidos fuera del matrimonio. Pero además clasificaron a los ilegítimos en dos clases:

¹⁵ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel. *La familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Conyugales*, segunda edición, Porrúa, México, 1990, pág. 271.

1. Hijos naturales: Cuyos padres podían haber contraído nupcias en el momento de la concepción, viviendo estos en concubinato o barraganía.

2. Hijos de Dañado Ayuntamiento: Son los hijos nacidos de adúlteras, de relaciones de tipo incestuosas, de cristiana con moro o judío, de la barragana con los siervos o esclavos de su señor y los nacidos de mujer ilustre prostituida.¹⁶

Con respecto a la patria potestad de los hijos legítimos, está solo recaía sobre la madre. Dentro de la legislación foral también se estableció numerosas disposiciones que regulaban la barraganía, Así por ejemplo el Fuero de Plasencia que estableció el derecho a favor de la barragana a heredar la mitad de los gananciales cuando probara haber sido buena y fiel para con su señor.

El Fuero de Cuenca concedía a la barragana encinta el derecho de solicitar a la muerte de su señor la prestación de los alimentos, después de asegurarse de la autenticidad del parto, con lo que se elevaba a la categoría de una viuda encinta. También prohibió a los casados legítimamente, tener en público barraganas, so pena de ser ambos hostigados.

En relación a los hijos, el Fuero de Soria obliga al padre a dar a los hijos procreados con barraganas hasta la cuarta parte de sus bienes en vida y los que deseare por testamento, siempre que hubieran sido concebidos con anterioridad a los hijos legítimos.

Los Fueros de Burgos y Logroño establecieron amplios derechos a los hijos de barraganas; como el heredar conjuntamente con los legítimos por cabeza, excepto cuando el padre les hubiere adjudicado una porción determinada de los bienes. Heredaban a falta de descendientes legítimos hasta el cuarto grado cuando hubieren sido reconocidos por su padre, ya que se les consideraba hijos naturales.

¹⁶ HERRERÍAS SORDO, María del Mar., Op. cit., pág. 7.

En Cataluña hacia los siglos X y XI se celebraron contratos de mancebía y para el año 1361 en La Carta de Ávila se reguló a través de la denominada “**Carta de Mancebía o Compañería**” la constitución de un convenio celebrado entre el señor y la barragana en el que se le concede a la mujer los derechos de percibir renta de su señor y de compartir con él la mesa, el cuchillo y el pan. Este tipo de cartas aunque aparecían otorgadas unilateralmente, eran el resultado de una estipulación conjunta en la que las partes que participan convienen en convertir su convivencia en una unión duradera.¹⁷

En consecuencia, en esta etapa, se puede establecer que la barraganía no fundaba un enlace vago, o indeterminado, pues se fundaba en un contrato de amistad y de compañía, cuyas principales condiciones eran la permanencia y la fidelidad.

Por lo que en resumen se trataba de relaciones no condenadas por el ordenamiento jurídico secular de la época, se constituían mediante el libre consentimiento de los contrayentes, manifestado y regulado, normalmente, mediante éste contrato denominado “cartas de compañía”, y en el que se establecían los derechos y deberes a los que se comprometían ambas partes.¹⁸

Unida a esta constatación escrita de la barraganía, el derecho reconocía algunos efectos jurídicos a las uniones de hecho cuando hubiesen transcurrido un año de la relación, lapso a partir del cual el Derecho reconocía a la mujer barragana casi los mismos derechos que tenía la mujer legítima.

Dentro de este género existían los contratos de barraganía sujetos a término en el que una vez transcurrido el lapso de tiempo pactado, la relación finalizaba, si es que no era prorrogado, con opción de que persistieran sus condiciones.

¹⁷ *Ibidem*, pág. 8.

¹⁸ MESA MARRERO, Carolina. *Las Uniones de Hecho, Análisis de las Relaciones Económicas y sus Efectos*, segunda edición, Editorial Arazandi, Navarra España, 2000, págs. 21 y 22.

La barraganía de los clérigos estuvo en todo tiempo prohibida, especialmente en el fuero de juzgos, siendo severamente sancionada en referencia al derecho canónico (Concilio I de Sevilla y Concilio VIII de Toledo), no obstante en la práctica fue evidente la corrupción de la barraganía de los clérigos, de allí que reaccionarán enérgicamente las cortes y los concilios. como el de Valladolid de 1228 que impuso pena de excomunión, infamia, privación de la sepultura cristiana, desheredación e incapacidad para desempeñar cargos. Del mismo modo, se pronunció el Sínodo de León de 1267, así como las cortes de Valladolid de 1351 peticionaban en el sentido de que se obligase a las barraganas de los clérigos que abusaren insolentemente del lujo “a llevar paños viados de lpre sin adobo alguno, porque sean conocidas é apartadas de las dueñas honradas é casadas”.¹⁹

En 1380 a petición de las Corte de Soria, se restableció la ley que prohibía a los clérigos instituir a sus hijos por herederos, anulando todos los privilegios que hubiesen gozado anteriormente.

A principios del siglo XII, con la influencia de las modas escolásticas, se exalto la importancia del matrimonio como base de la familia, ocasionando la restricción de los derechos de los hijos ilegítimos. Durante la Edad Media, se establecieron dos formas para determinar la filiación natural:

1. El concubinato o barraganía y
2. El reconocimiento que implicaba un instrumento formal de atribución de la paternidad.²⁰

Para el Código Civil Español, en su primer texto únicamente establece como medio para determinar la filiación natural el reconocimiento, pero sin regular el concubinato o barraganía como una forma de establecer la condición de hijo natural. Una de las razones para ignorar esta forma de unión es el formalismo requerido para lograr la publicidad del Registro Civil.

¹⁹ ZANNONI, Eduardo., Op. cit. pág. 244.

²⁰ El reconocimiento se entendía como el acto libre, voluntario y omnimodo del padre.

En España el Código Napoleónico influyó en la atribución de la filiación natural basada únicamente en la voluntad del padre. Fue hasta la Constitución Española de 1931 que se otorgó la igualdad jurídica para los hijos nacidos matrimonialmente y extramatrimonialmente, dejando de hacer la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos que se hacía en las inscripciones de nacimiento.

Otro de los derechos que incorporó esta constitución en favor de los hijos ilegítimos fue el de la investigación de la paternidad, esta disposición se contraponía con el Código Napoleónico, que no contemplaba este derecho en favor de los hijos naturales.

Las disposiciones de esta Constitución representaron un avance importante respecto a la protección e igualdad de los menores, pero no fue del todo eficaz, pues solamente legisló los derechos de los hijos ilegítimos en vida del padre y dejándolos sin protección en caso de fallecimiento. En efecto no se reconoció el derecho de los hijos naturales de exigir la porción hereditaria igual a la de los hijos nacidos en matrimonio, quedando totalmente desprotegidos a la muerte del progenitor.²¹

Con las reformas del 13 de mayo de 1981 hechas al Código Civil Español, se buscó acabar con la discriminación al dar igualdad entre los hijos producto de una unión matrimonial y extramatrimonial de los padres, pero aún persiste la distinción entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales

Por último, podemos señalar que por mucho tiempo en el derecho español, la posición adoptada por el legislador fue la de negar los efectos jurídicos a las uniones creadas al margen del matrimonio, basándose en que estas relaciones eran opuestas a la moral y a los principios de orden públicos y buenas costumbres. Con estos argumentos moralistas se ignoró en España durante años el reconocimiento jurídico al concubinato.

²¹ HERRERÍAS SORDO, María del Mar., Op. cit. Pág. 9.

1.3. EL CONCUBINATO EN EL DERECHO CANÓNICO

El derecho canónico contempló siempre al concubinato, pero de distintas maneras totalmente opuestas, en las dos épocas que dividen el Concilio de Trento celebrado en el año 1563.

Desde el inicio de su formación el derecho canónico recogió la realidad social que el concubinato implicaba, por lo que con un criterio realista antes de sancionarlo trató de regularlo concediéndole efectos para que por medio de ellos asegurara la monogamia y la estabilidad en la relación de pareja. El carácter de permanencia y el de exclusividad, eliminando vínculos anteriores, que en términos generales son elementos que se han ido incorporando al concepto doctrinario de "concubinato" y que para el derecho canónico estas eran las características que la relación concubinaría tenía que presentar para obtener aceptación y efectos.²²

La Iglesia consideraba pecaminosa toda relación ilegítima, y adoptó, en consecuencia una aptitud hostil frente al matrimonio. En un inicio los emperadores cristianos buscaron la manera de hacer desaparecer el concubinato. Constantino creyó acertar ofreciendo a las personas que entonces viviendo en concubinato, y teniendo hijos naturales, legitimarlos, siempre que transformasen su unión en *justae nuptiae*, siendo también acordado por Zenón este mismo favor sin ningún reparo. Anastasio incluso decidió, que tanto en el presente como en lo futuro, todos los que tuviesen hijos nacidos del concubinato podían legitimarlos contrayendo las *justae nuptiae*.²³ Sin embargo el concubinato subsistió, como institución legal y continuó siendo tolerada por la iglesia.

San Agustín admitió que se le concediera el bautismo a la mujer que vivía en concubinato, siempre que ésta se comprometiera a no abandonar a su compañero y ésta fue la doctrina asumida por la iglesia;

²² BOOSERT, Gustavo., Op. cit., pág. 12.

²³ PETIT, Eugéne., Op. cit., pág. 112.

Los cánones de San Hipólito negaron el matrimonio para aquellos que lo solicitasen sólo con el fin de abandonar a su concubina, salvo en el caso que ésta les hubiese engañado.

En el año 400, el Primer Concilio de Toledo autorizó la unión monogámica del hombre y su concubina siempre que tuviera el mismo carácter de perpetuidad del matrimonio y que el hombre no fuera casado, con lo cual se refuerzan los dos elementos anteriormente señalados de permanencia y singularidad.

Reiterando y completando este concepto, el Concilio de Orléans en el año 528 declaró bigamo a los hombres que tenían dos mujeres, esto dejándose de hacer distinción alguna entre esposas y concubinas y en el siglo VII Isidro de Sevilla se pronunció en favor de lo resuelto por los dos concilios anteriores.

En una primera época, el derecho canónico aceptaba el matrimonio "clandestino" o "presunto" que se refería a la unión entre un hombre y una mujer, que convenían en tomarse por marido y mujer, aun sin testigos, en tal caso se hacía la aplicación práctica de la primitiva doctrina canónica, que consideraba siempre la posibilidad de ser ministros de la unión a los propios contrayentes.

Pero hacía finales del siglo XVII, las cosas cambiarían drásticamente, pues debido a que el poder material y político de la Iglesia comienza a debilitarse, a causa de la trascendencia de la renovación en la estructura cultural que trajo consigo el movimiento renacentista, aunado a las transformaciones de toda índole que empezó a desencadenar la Reforma.

Surge entonces como una reacción desde el seno de la Iglesia y como defensa el movimiento conocido como la Contrarreforma; fueron muchas las medidas adoptadas a fin de preservar y fortalecer el poder de la Iglesia, entre ellas y quizás dentro de las más importantes se encuentran las establecidas en el año de 1563 por el Concilio de Trento, estas medidas tenían como fin el asegurar el poder eclesiástico y el control absoluto del matrimonio de todos sus feligreses.

Este Concilio prohibió el matrimonio “presunto”; estableció la obligatoriedad de contraer matrimonio ante el cura o párroco, en ceremonia pública con dos testigos, y creó los registros parroquiales, donde se asentaban los matrimonios, bautizos, etc., que eran llevados y controlados por las autoridades eclesiásticas de las parroquias.

En consonancia con esta nueva política, la Iglesia Católica que aunque siempre se opuso a las relaciones sexuales fuera del matrimonio, no fue hasta la promulgación del Concilio de Trento que se condenó con claridad y severidad las uniones no matrimoniales;

Se adoptaron penas drásticas en cuanto a los hombres; que advertidos por el ordinario tres veces de separarse de sus concubinas, y no cesarán en su relación, incurrían en excomunión, y si persistiesen en vivir juntos la calificación de herejía y adulterio de la cual eran absueltos hasta que se separasen, en cuanto a las mujeres; debían de ser amonestadas también tres veces, si no obedecían, debían ser castigadas severamente por el ordinario, procediendo esto de oficio y sin citación de nadie -o parte que lo pida-, e incluso si les pareciese, las mandarían salir del pueblo o la diócesis, implorando para ello si fuera preciso, el auxilio del brazo secular.²⁴ Incluso después del siglo XVI, se llegó a “autorizar el uso de la fuerza pública” para romper las uniones extramatrimoniales.

El Santo Oficio realizó declaraciones contra el concubinato y en lo particular contra los clérigos concubinarios, considerando a esta relación como indigna de los clérigos que se dedican al culto divino, prohibiéndoles tener concubinas u otras mujeres de las cuales se pueda tener sospecha, de lo contrario, se les impondría penas establecidas por los sagrados cánones y por los estatutos de la iglesia, y si amonestados no se abstuvieran de tratarlas, serían privados de la tercera parte de los frutos, obtenciones de rentas, y de todos sus beneficios y pensiones, más si perseverarán en el mismo delito, también, quedarían suspendidos de la administración de los mismos beneficios, por el tiempo que juzgue conveniente el ordinario, pero si aún continuaba en tratos con ellas, quedaban privados además de manera perpetua de todos aquellos beneficios, oficios y pensiones eclesiásticas.

²⁴ ZANNONI, Eduardo., Op. cit., pág. 244.

Quedando inhábiles e indignos en adelante de todos los honores, dignidades y oficios hasta que se hiciera patente la enmienda de su vida y pareciese a sus superiores que hay justa causa para dispensa de ellos. Más si después de haber despedido a sus concubinas se atrevieran a reincidir o tratar con otras mujeres igualmente escandalosas, serían castigados además de con las penas mencionadas, con excomunión, sin que pudiera impedir o suspender esta ejecución ninguna apelación ni exención.²⁵

El Concilio de Trento estableció la solemnidad necesaria para contraer matrimonio y rechazó con claridad cualquier institución contraria a éste, con la intención de eliminar las uniones extraconyugales que la iglesia había tolerado en otras épocas, y que hasta aquel momento tenía reconocidos efectos jurídicos y aceptación social.

El derecho canónico tuvo una importante influencia en la legislación de España aplicandose rigurosamente las disposiciones contrarias a la unión extramatrimonial, desapareciendo la institución de la barraganía, la cual el legislador trató de ignorar, pero no por ello dejaron de existir.

1.4. EL CONCUBINATO EN EL DERECHO FRANCÉS

La caracterización del concubinato en los sistemas que recibieron el influjo del liberalismo, no puede conceptuarse como en el derecho romano, donde el concubinato fue considerado una unión de menor grado que el matrimonio, logrando adquirir la condición de estado legal, o como en el derecho español, donde fue justificado para impedir la prostitución, lo cierto es que en ambas tradiciones jurídicas existía un trasfondo social, sustentada en la estratificación basada en la desigualdad de clases, rangos, cargos y honores.

El liberalismo, en cambio suponía la absoluta libertad e igualdad de todos los hombres. “Sobre ese presupuesto filosófico el matrimonio fue reputado como un contrato y las uniones concubinarias fueron totalmente ignoradas por la ley, lo que provocó un medio de dejar libradas

²⁵ CHÁVEZ ASENCIO., Op. cit., págs. 269 y 270.

las uniones sexuales extramatrimoniales al mero arbitrio de las parejas, sin engendrar deberes ni responsabilidades”.²⁶

Lo anterior explica la sentencia pronunciada por Napoleón Bonaparte en el Consejo de Estado “Los concubinos prescinden de la ley; la ley se desentiende de ellos”. y respecto de los hijos habidos en uniones extramatrimoniales, el mismo emperador replicó “La sociedad no tiene interés en que sean reconocidos los bastardos”. La influencia de ésta ideología se observa en varios de los autores franceses que tocan muy brevemente el concubinato. A pesar de ello la existencia de las uniones concubinarias ha resultado inevitable, incluso dentro de la tradición jurídica liberal.

El derecho canónico, expuesto en el punto anterior, también ejerció una gran influencia en Francia, por lo que en 1604, el Código Michaud, establecía la nulidad de toda donación entre concubinos; y por diversas medidas legislativas, se negó toda trascendencia a la unión de tipo concubinaria.

Posteriormente en 1639 mediante la Declaración formulada por Luis XIII, se asumió la misma postura, negándosele por tanto validez, a ciertos matrimonios, como los mantenidos en secreto hasta el fallecimiento de uno de los cónyuges, los contraídos por condenados a muerte civil y los matrimonios *in extremis*.²⁷

Con referencia a la Revolución Francesa del 14 de julio de 1789, no exaltó la importancia que tiene la familia, puesto que no la consideró como una unidad orgánica, este movimiento se ocupó principalmente de la consagración del hombre, pero solamente en su aspecto individual, sin considerarlo como parte integrante de un grupo primario como lo es la familia y que requería de su reglamentación y protección.

²⁶ ZANNONI, Eduardo., Op. cit., pág. 245.

²⁷ Los matrimonios *in extremis*, se traduce como aquellos matrimonios que se celebran con persona enferma, que presumiblemente morirá, y en cuyo caso el derecho hereditario del cónyuge supérstite no tendrá efectos, por considerarse que existe un interés ilegal o ilegítimo motivado en la intención de captar la herencia del cónyuge premuerto. Estas disposiciones se encuentran regulados en algunas legislaciones como la Argentina, que contempla éste tipo de matrimonio en su Código Civil.

Las personas, contempladas individualmente podían agruparse en una familia en virtud de un contrato de derecho común que podía ser rescindido por una de las partes o por ambas.

Reflejo de este movimiento fue la Constitución francesa de 1791 que consideró al matrimonio como un mero contrato civil, dejando en el pasado el concepto de sacramento del matrimonio implantado por la Iglesia católica, con lo cual desapareció el carácter de unión indisoluble.²⁸

Como consecuencia de la corriente anterior, se decretó la Ley de Divorcio del 20 de septiembre de 1792, basado en el hecho de considerar el matrimonio como un contrato civil como cualquier otro. En consecuencia el matrimonio podía ser disuelto por voluntad de una o de ambas partes.

La Ley 12 Brumario año II, otorgó 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 los hijos ilegítimos tuvieron la posibilidad de ejercer este derecho desde el 14 de julio de 1789.

Aunque con esta ley, se debilitó a la familia constituida por el matrimonio, protegió a los hijos nacidos de familias extramatrimoniales. Para que los hijos naturales pudieran hacer valer sus derechos, se les imponía la carga de la prueba al demostrar su filiación con el fallecido y de este modo recurrir a la posesión de este estado de hijo del *de cuius*.

Para probar la relación filial, debían de exhibirse documentos públicos o privados que provinieran del padre o como consecuencia de las atenciones dadas con el carácter de paternidad tales como la educación y el mantenimiento sin interrupción.²⁹ Si bien el movimiento revolucionario favoreció a los hijos naturales, el Código Napoleónico de 1804 les fue desfavorable.

²⁸ HERRERÍAS SORDO, María del Mar., Op. cit., pág. 10.

²⁹ Ídem.

El Código Napoleónico de 1804, ignoró totalmente la figura del concubinato y se abstuvo de regular los efectos que puede producir en determinados conflictos de intereses o negocios jurídicos. Esta actitud legislativa, ha sido de gran importancia para la construcción de la postura “abstencionista”, asumida en esta materia por gran parte de las legislaciones que se dieron en occidente.³⁰

Como consecuencia de la postura asumida por el Código Napoleónico se desfavoreció a los hijos naturales, negandoles el título de herederos, concediendoles únicamente el derecho a heredar en la misma proporción que los hijos legítimos cuando concurrieran con éstos. En caso de concurrir con ascendientes y hermanos del padre, únicamente podrían tener derecho a heredar la mitad y en caso de concurrir con los demás parientes sólo tendrían derecho a las tres cuartas partes de la herencia. Sólo en caso de que no existieran parientes en grado hábil para heredar, podían los hijos naturales o ilegítimos recibir la totalidad de la herencia.

Otras de las desventajas establecidas en el Código Napoleónico de 1804 en menoscabo de los derechos de los hijos naturales, fue la prohibición tajante a éstos de investigar la paternidad. En esta legislación se consideraba al concubinato como un hecho material, que no producía ningún efecto ni consecuencias de derecho, por lo que con estas disposiciones se lesionaron los derechos tanto de la concubina como de los hijos.³¹

Sin duda, la postura legislativa asumida en esta materia siguiendo la línea abstencionista ha influenciado a gran parte de las legislaciones; como las codificaciones europeas y americanas en materia familiar.

En virtud de esta situación, los tribunales franceses a través de sus sentencias fueron otorgando protección a las concubinas y a los hijos nacidos, producto de las relación concubinarias.

³⁰ BOSSERT, Gustavo. Op. cit., pág. 14.

³¹ HERRERÍAS SORDO, María del Mar. Op. cit., pág. 11.

Es importante destacar, que el concepto de concubinato del ordenamiento francés no corresponde a la que se sostiene en la actualidad. En Francia al igual que en otras legislaciones, se identificaba al concubinato con el adulterio. Por lo que el mismo código en su artículo 230, establecía como única causal por la que la mujer podía demandar el divorcio por causa de adulterio de su marido, era cuando éste hubiera “sostenido a su concubina en la casa común”, es decir, cuando el adulterio se hubiese cometido en el hogar conyugal. Por lo que con estas disposiciones se equiparó el concubinato con el amasiato.³²

Esta conceptualización del concubinato puede constituir una de las razones fundamentales de la negativa en la legislación francesa para otorgarle efectos jurídicos a las uniones concubinarias.

En este contexto en Francia durante el siglo XIX, la jurisprudencia paulatinamente se dio a la tarea de realizar una compleja elaboración, para ir resolviendo en concreto los problemas planteados en torno al concubinato, esto a pesar del silencio de la ley.

Con la Ley del 16 de septiembre de 1912, precedida por la del 26 de marzo de 1896, que aumento los derechos sucesorios de los hijos naturales, modifico el artículo 340 del Code, estableciendo que “La paternidad fuera del matrimonio puede ser declarada judicialmente, en el caso de que el supuesto padre y la madre hayan vivido en estado de concubinato notorio durante el período legal de la concepción” con lo que se comenzó a el gran debate legislativo en torno a este tipo de unión.³³

De gran importancia es la polémica habida en la Asamblea Nacional y en el Senado francés respecto al significado y alcances de la figura del “concubinato notorio”. Posteriormente, y debido a las grandes necesidades que impuso la Primera Guerra Mundial, entre los años 1914 y 1918, se sancionaron numerosas leyes que trataron de solucionar concretos y urgentes problemas que se presentaron con las concubinas de los soldados en ese tiempo.

³² *Idem.*

³³ ZANNONI, Eduardo., *Op. cit.*, pág. 246.

Entre las leyes que regularon la situación de las concubinas de los soldados se encuentra la Ley del 5 de Agosto de 1914 que concedió una subvención diaria a las familias de los militares del ejército y la armada, mientras estos prestarán sus servicios en el frente de guerra. Con la Ley del 23 de Agosto de 1914, los beneficios de la subvención se extendieron “a toda persona que tuviera un vínculo de derecho con el soldado”. En esta misma ley en su artículo 6º, “disponía que en casos excepcionales las comisiones cantonales podrán apreciar si debe otorgarse el beneficio de las subvenciones y mejoras a quienes aún sin vínculo de derecho con el incorporado al ejército viven en un hogar en satisfactorias condiciones de moralidad y pueden (sea junto con los ascendientes, colaterales o hijos que habitan el mismo techo) ser considerados como parte integrante, de hecho y de espíritu, de la familia de la cual el militar era el sostén principal”.³⁴

Con el nuevo panorama de la legislación francesa de guerra se motivó un replanteo de las tradicionales tesis abstencionistas, promulgándose en toda Europa varias leyes sociales. Posteriormente en Francia en 1918 se prohibió las ejecuciones por alquiler contra las personas parientes o no, que habitaban con el locatario movilizado y estaban a su cargo, con lo cual el beneficio, protegió contra el desalojo, cuando se demostraba que además de habitar en el inmueble, se había hecho cargo de su compañero.

Se debe de considerar que toda esta reglamentación del concubinato, fue motivada por circunstancias de emergencia, derivada del desamparo tanto material como moral en que caían muchos hogares, que no se habían cimentado en el matrimonio, cuando moría en batalla, quien fuese el único sostén. Pero estas leyes no se consolidaron definitivamente, pues en varios países de Europa mantuvieron un especial carácter de guerra, e incluso existió resistencia a estas leyes, cuando se pretendió tipificar como delito la unión de hecho, es el caso del proyecto de Código Penal de Suiza de 1913, que imponían penas de arresto y prisión hasta de un mes a las personas que vivieran en unión sexual extraconyugal.³⁵

³⁴ Ídem.

³⁵ Ídem.

Concluida la guerra, se fueron promulgando esporádicamente leyes relacionadas a la materia; pero fue la jurisprudencia la que dejando atrás la posición abstencionista de la ley o posiciones de simple emergencia y continuó realizando una basta y valiosa labor.

Además de la presunción de la paternidad derivada de la convivencia concubinaria notoria, la jurisprudencia francesa ha reconocido el derecho de la concubina al resarcimiento, en caso de accidentes mortales sufridos por su compañero, con sustento en los artículos 1382 y 1383 del Code, cuando tenían una convivencia estable y se prueba que era el único sostén económico del hogar.

En la Ley del 1º de septiembre de 1948, en su artículo 5º, se ha reconocido en algunos casos a la concubina el carácter de continuadora de la locación contratada por su compañero en caso de muerte de éste, también en los artículos 902 y 1123 del Code se ha aceptado la posibilidad de la existencia de relaciones patrimoniales entre concubinos, como la sociedad de hecho, o la validez de donaciones o liberalidades entre ellos.³⁶

1.5. EL CONCUBINATO EN EL DERECHO MEXICANO

1.5.1. EL CONCUBINATO EN LA ÉPOCA PREHISPÁNICA

En México de acuerdo con historiadores y cronistas españoles de los siglos XV y XVI, entre los indígenas se acostumbra la poligamia, sobre todo en el centro del país, aunque su práctica no se extendió en la totalidad de los pueblos, ya que en otros grupos, también practicaron la monogamia.

Entre los pueblos Aztecas fue complicado establecer la separación entre las uniones legítimas e ilegítimas, no existía tal distinción; debido a que la poligamia estaba considerada como lícita además de que su práctica era muy frecuente.³⁷

³⁶ *Ibidem.* pág. 247.

³⁷ HERRERÍAS SORDO, María del Mar. *Op. cit.*, págs. 11 y 12.

En la mayoría de los pueblos indígenas, la práctica de la poligamia, constituyó una estructura social, así como una forma de vida utilizada principalmente por los reyes, los caciques y los señores principales, teniendo variantes, dependiendo del grupo étnico de que se tratara, así como del rango social al que pertenecieran el hombre y la mujer.

Dentro del pueblo azteca entre las esposas había diferentes rangos; la primera se llamaba *cihuatlanti*, las otras cihuapilli o damas distinguidas; de estas las había que eran dadas por sus padres, *cihuanemastli*, y otras que habían sido robadas, *tlacihuasantin*, que eran las más en el harem. De los anterior se aprecia que había una serie gradual de uniones en que la separación de la legítima de la ilegítima era difícil precisar, y en otras tribus era aún más difícil dar reglas ciertas.³⁸

El hombre que estuviese casado o soltero, no sacerdote, podía tomar cuantas mancebas quisiera, con tal de que estuvieran libres de matrimonio. Los padres daban manceba a sus hijos mientras llegaba la edad de casarlos, para lo cual pedían las muchachas a sus padres, sin que éstos consideraran deshonoroso darlas, además en éstos casos y en el del matrimonio no era necesario la igualdad de rango social, porque no existía nobleza de sangre en aquellos pueblos. En estos pueblos la nobleza era hereditaria, pero la podían adquirir, también los guerreros plebeyos distinguiéndose en las acciones de armas³⁹.

El Tlatoani podía tener cuantas mujeres quisiera, cuando alguna le pareciese bien, siendo soltera, luego enviaba por ella. Los cronistas narran, aunque parece exagerado, como los reyes, señores y nobles llegaban a tener hasta quinientas mujeres, de las cuales obtenían hombres y caballeros armados. Netzahuaipilli, afirman, tuvo ciento cuarenta y cuatro hijos e hijas, de los cuales once eran de su mujer principal.

Las concubinas reales habitaban en diferentes casas dentro y fuera de la ciudad, donde criaban a sus hijos con gran lujo y con numerosas servidumbre, existiendo entre las mujeres una

³⁸ ESQUIVEL OBREGÓN, Toribio. *Apuntes para la Historia del Derecho en México*, Tomo I, segunda edición, Porrúa, México, 1984. pág. 176.

³⁹ MENDIETA, Lucio y Núñez. *Derecho Precolonial*, sexta edición, Porrúa, México, 1992, pág. 90.

legítima que mandaba al resto de las concubinas. Cuando el señor apetecía dormir con alguna de sus concubinas, le ordenaba a la mujer principal ataviar ricamente a la joven.

Normalmente las concubinas de los nobles provenían de las capas sociales más bajas, con frecuencia hijas de plebeyos, los cuales se sentían honrados de que sus hijas fueran admitidas entre las concubinas de algún noble, pero los descendientes de concubinas de procedencia humilde tenían pocas posibilidades de ocupar una posición social prestigiosa, los cuales eran considerados ilegítimos y privados de herencias.⁴⁰

La poligamia no era exclusiva de la nobleza, los guerreros que se distinguían en la guerra, obtenía con frecuencia mujeres de los pueblos conquistados como botín de guerra, permitiendo a los guerreros que demostraban valor en la guerra se les concediera tener dos o tres doncellas. Los llamados guerreros del sol tenían igualmente autorización para tener muchas mancebas; todas las que pudieran sustentar. Los jóvenes que ingresaban al telpuchcalli antes de que llegaran a ser hombres del pueblo es decir casados, sostenían antes relaciones afectivas con doncellas.

Para algunos autores el sistema poligámico a diferencia de los hombres para las mujeres significaba una situación bastante desfavorable, y en especial desventajosa era la situación de las concubinas, pues en general ocupaban un lugar subordinado en relación con la mujer legítima. Lo mismo ocurría con sus descendientes pues los hijos de las esposas principales disfrutaban de mejores privilegios y ventajas que los hijos de las mancebas.

Al interior jerárquico de la familia poligámica del tlatoani la situación de las concubinas era muy inestable, ya que dependían principalmente del favor del hombre, y su repudio significaba un descenso en su posición. Al morir el marido, el hermano de éste podía decidir tomar por mujeres a todas o sólo a algunas de ellas.⁴¹

⁴⁰ IBARRA GARCÍA, Laura. *Las Relaciones entre los sexos en el Mundo Prehispánico; Una contribución a la Sociología del amor y del poder*, Porrúa, México, 1998, págs. 212 y 213.

⁴¹ *Ibidem.* págs. 213 y 214.

Para el mejor entendimiento del concubinato dentro de la estructura familiar y social de los pueblos prehispánicos, distinguiendo los rasgos del matrimonio haremos una exposición breve de éste último.

La edad establecida para contraer matrimonio en hombres era de entre los veinte y veintidós años y para la mujer entre los quince y los dieciocho, el contraerlo a tiempo era una obligación, después de esta edad era mal visto.

El matrimonio entre ascendientes y descendientes así como hermanos estaba prohibido; pero no era rigurosa prohibición con la madrastra, se acostumbraba que el hermano del difunto se casara con la viuda, si dejaba hijos desprotegidos. El matrimonio entre tío y sobrina y entre primos era frecuente.⁴²

El matrimonio entre los nobles generalmente era proyectado por los padres, atendiendo a las necesidades de alianzas y acuerdos, una vez acordado el matrimonio, entre los padres del novio, recurrían a las mujeres más ancianas de la comunidad, *cihuatlanque*,⁴³ cuyo oficio era intervenir en los casamientos visitando a los padres de la elegida para pedir la mano, en nombre de los parientes del mancebo llevando consigo obsequios.

Los familiares de la novia siempre rechazaban la primera solicitud, pero después de la segunda por lo general los padres de la joven y del mancebo acordaban el matrimonio de sus hijos. Entonces se arreglaban las condiciones principalmente lo que la familia del novio había de dar, acordaban si lo que se daba era administrado y disfrutado por los esposos o por los padres de la novia que por la costumbre era lo más probable. En cuanto a los bienes de los esposos algunos autores afirman que eran comunes, pero para otros había separación de bienes y registro de lo que a cada quien pertenecía.

⁴² Cfr. ESQUIVEL OBREGÓN, Toribio., Op. cit. pág. 176.

⁴³ Cfr. AGUILAR NAVARRETE, Angélica. *La vida cotidiana en el México Prehispánico*, Difusión Cultural UNAM, 1988. págs. 70 y 71.

En la ceremonia de matrimonio, en casa del joven esperaba a la novia, sentado sobre un tapete. Allí era conducida la joven a cuestras por las mujeres llamadas casamenteras con antorchas encendidas en una especie de procesión, la novia se colocaba en el petate a mano izquierda del varón, donde recibían presentes de los familiares como un sahumerio de copal, el enlace culminaba cuando las casamenteras consideradas “ministras de culto” ataban las vestiduras de los novios. Sólo la mujer con la que se unía siguiendo estas practicas costumbristas era considerada como mujer legítima.⁴⁴

Uno de los ritos matrimoniales consistía en que después de permanecer encerrados los novios por cuatro días sin bañarse, al quinto se bañaban y se unían, las sabanas del lecho conyugal eran llevadas al templo, como testimonio de virginidad. A causa de que la pureza de la mujer era muy importante al llegar al matrimonio, en caso contrario, significaba una vergüenza para los padres que no la supieron guardar.

En ocasiones el hijo desobedecía las y buscaba la forma de asegurar la elección de su pareja, rompiendo las formas habituales de arreglo matrimonial, estableciendo una “unión libre” resultante de sus inclinaciones emocionales, pero que a través de un lapso de tiempo se formalizaba. Por lo general los jóvenes que no estaban dispuestos a renunciar al derecho de elegir pareja, iniciaban una relación y mantenían en secreto relaciones sexuales; cuando deseaban vivir juntos. Posteriormente el joven pedía perdón a los padres de la joven y les solicitaba su autorización para casarse. Una vez dado el consentimiento, los padres daban la solemnidad y se celebraba la ceremonia nupcial.⁴⁵

La institucionalización del derecho de los padres para pactar el matrimonio de sus hijos se daba en relación con la capa social, mientras en las capas sociales bajas, los matrimonios que se iniciaban mediante la unión libre eran más frecuentes.

⁴⁴ Cfr. MENDIETA, Lucio y Núñez. Op. cit., págs. 94, 95 y 96.

⁴⁵ Cfr. IBARRA GARCÍA, Laura. Op. cit., págs. 164 y 165.

El concubinato surgía cuando el hombre y la mujer se unían mediando su consentimiento, sin observar ningún tipo de formalidad, en éste caso, a la mujer se le conocía con el nombre de *iemecauch* y al hombre con el de *tepuchli*.

Para unirse en concubinato no se requería de la realización de ningún rito, ni siquiera el pedimento de la mano de la doncella. El surgimiento de este tipo de uniones se debía por lo regular a la carencia de recursos económicos para poder solventar los gastos de la fiesta que traía consigo un matrimonio de carácter definitivo, o sea, cuando se celebraba la ceremonia nupcial.⁴⁶

Aunque otros autores como Mendieta refieren que sí era requisito para el hombre pedir a los padres de la mujer con quien deseaba unirse, su consentimiento para ejecutar la unión. Además que para la celebración del matrimonio también se consideraba el consentimiento de la mujer. Existía la dote en razón de la fortuna de la mujer. Mientras que para los Mayas el consentimiento de los novios era indispensable, interviniendo el sacerdote en el matrimonio, atando las vestiduras de los contrayentes. Además de que las uniones de tipo accidental y transitorias entre hombre casado o soltero con mujer soltera no tenían ninguna pena.⁴⁷

Se menciona también un matrimonio sujeto a condición suspensiva como se le diría hoy. Si la mujer tenía un hijo de tal relación, los parientes podían exigir al hombre que se casara o que la devolviera a su familia. También sucedía que después de varios años de vivir en unión irregular, que ya los vecinos los consideraban como matrimonio, dicha unión producían los efectos de una unión legítima.⁴⁸

Dentro de la estructura social de los pueblos indígenas los caciques, pertenecían a un rango superior respecto del resto de la población, detentaban la organización y la explotación de las tierras y las distribuían para satisfacer las necesidades de la comunidad, dentro de la cual

46 HERRERÍAS SORDO, María del Mar., Op. cit., pág. 12.

47 MENDIETA, LUCIO y Núñez., Op. cit., págs. 96 y 98.

48 ESQUIVEL OBREGÓN, Toribio., Op. cit., págs. 176 y 177.

se incluía su propia familia, éstos personajes por lo general tenían varias mujeres de dos a cinco aproximadamente.

La familia de los caciques tenían una composición interna bastante compleja, ya que dentro del núcleo familiar se encontraban las diferentes esposas, con sus respectivos hijos procreados de todas esas relaciones, así como los parientes de las múltiples esposas y a los esclavos tanto los pertenecientes al cacique como los que pertenecían a los diferentes parientes.

Los grandes señores, que dirigían a los pueblos también se distinguieron por haber tenido numerosas esposas y procrear hijos con cada una de ellas, conformando un elevado número de descendientes. Dentro de los pueblos que practicaron esencialmente la poligamia se encuentran los otomíes. En general en todo el centro del país se practicaba la poligamia, lo mismo que en Jalisco, Michoacán y la Mixteca, así como en algunas tribus del norte como Tampico y de Sinaloa.

Por el contrario otras tribus eran monógamas, como los Opatas, los chichimecas, y los teochichimecas, los grupos de Nuevo México y en especial los de Yucatán, se dice que aunque dejaban con facilidad a sus mujeres, nunca tomaban más de una como en otras regiones. En los reinos de Tacuba y Texcoco, solamente los reyes y los nobles tenían varias mujeres, hecho que era considerado por el pueblo como una corrupción de costumbres. Entre los pueblos Toltecas sólo se consentía tener una mujer, y la poligamia se castigaba severamente, ni el mismo rey podía tener más de una esposa, inclusive se impuso la regla que al morir la esposa del mismo, estaba prohibido volver a contraer matrimonio.

Para desposar a la mujer principal, se preparaban ceremonias especiales, que consistían en prácticas costumbristas y rituales de magia, la cual se convertía en la mujer legítima, por ser aquella con la cual el hombre se había casado cumpliendo todas las formalidades para el matrimonio, pero además se podía tener tantas esposas secundarias como conviniese así como un número indeterminado de concubinas, que tenían su sitio en el hogar y cuyo rango no estaba sujeto a ningún tipo de burla o desprecio.

Por lo que el sistema matrimonial entre los pueblos indígenas de esta etapa era una especie de transacción entre la monogamia y la poligamia.

La expresión de legitimidad o ilegitimidad que se emplearon después de la conquista española, bajo la influencia de las ideas europeas, no correspondían a la situación social de las esposas secundarias y de sus hijos, sobre los que no pesaba ningún estigma. A pesar de que en un principio, sólo los hijos de la mujer principal sucedían a su padre, abundan los casos en que esto no ocurría, por ejemplo el emperador Izcóatl, que fue hijo de una concubina de origen humilde.

En todo caso los hijos de las esposas secundarias, siempre se consideraron "*pilli*", pudiendo llegar, cuando eran dignos de ello a las funciones más altas, por lo que existía un gran error en la denominación de hijos naturales bastardos que se hace hoy en nuestro mundo.⁴⁹

Las familias poligámicas conformadas por mujeres principales y secundarias con sus respectivos hijos, llegaban a ser extremadamente numerosas. Las crónicas Mexicayotl refiere veintidós hijos de Axayácatl, veinte de Ahuitzatl y diecinueve de Moctezuma, pero existen versiones que aseguran que Tlacaetzin el Huehue Cihuacoatl, procreó ochenta y tres hijos.

Dentro de los factores que impulsaron el matrimonio poligámico fue el deseo de los hombres de tener una gran descendencia, que implicaba buena reputación, además se reflejaba en un mayor número de brazos para el trabajo agrícola, obteniendo beneficios económicos. Para las familias nobles el casamiento de los hijos, les permitía establecer un mayor número de alianzas políticas.

Como se puede advertir, en el México Prehispánico la poligamia fue un derecho principalmente de la clase noble y de los guerreros, que se hizo más frecuente cuando los pueblos fueron dejaron el nomadismo y se establecieron, pasando de esta forma al sistema agrícola.

⁴⁹ Cfr. CHÁVEZ ASENCIO, Manuel., Op. cit., Pág. 273.

Una vez que se consolidó este sistema permitió una producción y la obtención de un excedente que posteriormente se tradujo en más riqueza, favoreciendo las condiciones para la formación de una estructura social en la que la clase dirigente consideraba la poligamia como una manifestación de superioridad y de prestigio.⁵⁰

Como se puede apreciar antes de la llegada de los españoles los indígenas tenían una absoluta libertad premarital, existiendo una especie de “matrimonio a prueba”, así como el divorcio. 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 teniendo la misma situación en que se encontraban cuando aún eran solteros. Los hijos permanecían en la casa de la familia de la mujer.

1.5.2. EL CONCUBINATO EN LA ÉPOCA COLONIAL

En el año 1519, con la llegada de los españoles se da inicio de la conquista de México, trayendo una civilización totalmente distinta a las culturas mesoamericanas. Con la caída de México Tenochtitlán, se consolida el imperio español, interrumpiendo así la evolución de los mexicas e imponiéndose por la fuerza una nueva cultura, produciendo todo un mundo de efectos.

Posterior a la conquista se presentó un relajamiento de las costumbres y hábitos entre los indígenas, que provocaron una gran preocupación entre los misioneros y autoridades civiles españolas. La imposición de la cultura y normas traída por los conquistadores y el haber quitado el buen orden y gobierno de los pueblos indígenas provocó un desconcierto y confusión entre los pueblos conquistados. La imposición de la religión, legislación y costumbres españolas en México, trata de suprimir las costumbres y leyes familiares indígenas.⁵¹

⁵⁰ Cfr. IBARRA GARCÍA, Laura., Op. cit., págs. 216, 217 y 218.

⁵¹ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel., Op. cit., págs. 273 y 274.

La nueva legislación sobre la familia es muy difícil de aceptar, debido a lo arraigado de las costumbres y usos de los indígenas en cuanto al matrimonio y vida familiar, que era muy diferente a la que se seguía en España; los conquistados no sólo tenían costumbres completamente distintas, sino que además, tenían una religión diferente a la del pueblo conquistador, lo cual provocó que el derecho peninsular se encontrara con situaciones que no estaban previstas por las leyes ibéricas.

En un principio los conquistadores trataron de imponer el derecho de la Nueva España, de una manera rigurosa, pero con el tiempo se encontraron con diversas dificultades que impedían la aplicación de su derecho en un pueblo totalmente distinto.

Posteriormente como consecuencia de la imposibilidad de la estricta aplicación del derecho, se fueron dando algunas modificaciones en función de las diferentes situaciones que se presentaron en los pueblos conquistados. Por lo cual también fue necesario la aparición de nuevas disposiciones que cubrieran las lagunas existentes en las normas del derecho impuesto, situación que fue muy recurrente en esta época.

Con respecto al matrimonio, los misioneros españoles se enfrentaron al fenómeno de la poligamia, situación que era muy frecuente en las familias indígenas. Por lo cual el problema más importante del matrimonio lo representaba la poligamia, practica muy común entre los reyes, caciques y nobles principales y que además se encontraba extendida entre el pueblo. La poligamia al igual que el concubinato representó una práctica muy arraigada, sin embargo la legislación española trató de combatirlas, prohibiéndolas, buscando la legalidad y la sacramentalidad de todos los matrimonios.

Con la "*cristianización*" de los indígenas, los misioneros comenzaron la labor de convencer a los indios de abandonar la poligamia, dejando a sus múltiples esposas y conservando sólo una: "*la esposa legítima*".⁵²

⁵² HERRERÍAS SORDO, María del Mar., Op. cit., pág. 14.

El inicio de esta misión se mostró sinuoso, debido a la conformación de las familias indígenas, los misioneros se encontraron con una complicada maraña de lazos familiares, en las que estaban inmersos, las numerosas esposas, los hijos que cada una de ellas había engendrado con un varón, así como los parientes de éstas.

Las crónicas cuentan, como los primeros frailes se encontraron un complicado sistema matrimonial entre los indígenas; los señores y principales robaban las mujeres que querían, de manera que cuando un indio común se quería casar apenas hallaba mujer y queriendo los religiosos españoles poner remedio, pero éstos se negaban a dejarlas, ni ellos podían quitárselas, no bastaban sermones, ruegos, ni amenazas, además recibían muchos favores las tenía a manera de granjería, porque las hacían tejer, hacer mantas y mucha ropa que les significaba beneficios, estaban muy servidos, por que las mujeres principales llevaban a sus propias criadas.

En las parroquias para establecer la legítima mujer, había una persona que conocía a todos los vecinos, los hombres asistían con todas sus mujeres y sus parientes, para que todas hablasen en su favor, así el hombre, tomaba a su legítima mujer, aquella con quien estando en su gentilidad primero había contraído matrimonio, pero les daba a las demás mujeres e hijos que le quedaban, con que se mantuvieran y alimentaran. Estos indios se obligaban a no conocer más mujer, sino con la que legítimamente se ha casado.

Los primeros sacerdotes eran pocos y tenían la gran labor de predicar, bautizar, desposar y confesar a pueblos enteros, auxiliándose de traductores. Tuvieron además el trabajo de quitar y desarraigar de los naturales, la multitud de mujeres, que tenían, a los cuales se les dificultaba dejar antiguas costumbres carnales, a pesar de ello muchos empezaron a acatar el matrimonio y la ley de Dios, aunque en otras provincias no dejaban a sus mancebas y concubinas.⁵³

⁵³ Cfr. FRAY TORIBIO DE BENAVENTE O MOTOLINIA, *Historia de los Indios de Nueva España*, tercera edición, Porrúa, México, 1979, págs. 97, 98, 99, 130, 131 y 132.

Además en muchos de estos matrimonios resultó que se había celebrado sin tomar en cuenta los impedimentos contemplados por las leyes españolas así como por la iglesia católica, como son un matrimonio previo, el parentesco consanguíneo, el parentesco por afinidad, recordando que era frecuente que el cuñado se casara con la viuda de su hermano, con madrastra o con sobrina. Como consecuencia de estas prácticas miles de hijos habían sido engendrados fuera de lo que los conquistadores españoles consideraban un matrimonio legítimo.

Aunado al panorama existente, se dio el hecho que algunos conquistadores al permanecer alejados de sus mujeres y sin el contacto con sus familias, paulatinamente se fueron relacionando ya sea de manera permanente o pasajera con las mujeres indígenas, ocasionando el nacimiento de numerosos hijos desamparados, esta situación se presentó tan frecuentemente que aunque no se llegó a obligar a los peninsulares a contraer nupcias con estas mujeres, sí se reconoció el deber de los alimentos a favor de ellos. Para tal objeto el rey dictó una cédula por la cual se ordenaba que las madres e hijos abandonados fueran atendidos y educados por el gobierno de la colonia y de ser factible se ordenaba la investigación de los padres de estos niños con el fin de obligarlos a mantenerlos y educarlos. En ese mismo sentido se dio el abandono de esposas e hijos en España, siendo comunes el adulterio y la bigamia con mujeres indígenas o españolas residentes en América. Asimismo se dio la suplantación de la esposa radicada en la Península Ibérica por la amante, o bien la unión libre de muchos peninsulares que vivieron amancebados con indias jóvenes sin haber llegado a casarse nunca con ellas a pesar de la presencia de hijos procreados.

A pesar de las circunstancias prevalecientes, los hijos bastardos o ilegítimos, tenían la posibilidad de mejorar su situación cuando el padre así lo procuraba, en efecto cuando los hijos eran reconocidos por el padre, tenían acceso a un reconocimiento social y jurídico dentro del núcleo novohispano, sin embargo lo anterior no implicaba necesariamente la equiparación con los hijos legítimos, pero sí le daba a los hijos naturales un lugar de acuerdo a su dignidad de persona.⁵⁴

⁵⁴ Cfr. HERRERÍAS SORDO, Op. cit., Págs. 14 Y 15.

En el caso de que no hubieran hijos legítimos, el hijo bastardo tenía derecho a suceder al padre en la encomienda, siempre que hubiera sido reconocido como sus hijos previamente por el padre.

Incluso los hijos bastardos podían ser legitimados por el Papa y los Obispos, pudiendo en tal caso acceder a las altas dignidades eclesiásticas o del Estado y aún heredar títulos y fortunas del padre. El nuevo derecho que se fue conformando tuvo que reglamentar todos éstos casos, para ello fue necesario tomar decisiones sumamente drásticas y en ocasiones hasta injustas.

Los reyes apoyaron el esfuerzo de la iglesia, quienes dictaron una serie de Reales Cédulas para combatir la poligamia, dentro de las cuales se encuentran las Reales Cédulas, dictadas por el emperador Carlos I en 1530 y las dictadas conjuntamente con los reyes de Bohemia dada en 1551.

Dentro de la nueva reglamentación se tuvo que decidir, cual de las múltiples esposas, debía de conservar al hombre y para ello se establecieron ciertas reglas.

La Junta Apostólica dispuso que en los casos en que se presentaran los matrimonios plurales, el indio podía decidir elegir de entre sus "esposas", aquella que iba a serlo dentro del régimen cristiano. Esta decisión no fue definitiva debido a que había opiniones encontradas, por lo que cada caso se resolvía en forma distinta, lo cual provocó que no existiera una uniformidad en la reglamentación.

Fue hasta el año de 1537, con la Bula de Altitud Divini Consilii, que el Papa Paulo III concluyó determinadamente lo que debería hacerse en esos casos: El matrimonio celebrado por el rito católico debía de realizarse con la primera esposa con la que hubiere contraído matrimonio el indio, en caso de no poder resolverse este punto, o en caso de que el indio no recordara quién de sus esposas había sido la primera.

Subsecuentemente a raíz de estas determinaciones, los hombres indígenas, en su papel de cabeza de la familia, fueron bautizados, conjuntamente con la mujer que habían elegido como su esposa. De esta manera la mujer elegida en matrimonio bajo el rito católico considerada legítima y su descendencia procreada con el hombre, serían los poseedores y herederos de todos sus bienes.

En cuanto a las mujeres que ya habían sido tomadas por el hombre, dejaron de recibir el mismo trato que la primera esposa y pasaron a ser únicamente ex-concubinas, quedando de esta manera junto con sus hijos, desprotegidos y despojados de los derechos de que gozaban en un inicio.

Como consecuencia directa de esta situación fueron marginados de la familia, la comunidad y de los medios de producción, surgiendo de estas familias “ilegítimas” las primeras concubinas abandonadas y desprotegidas, considerándose a los hijo que hubieran engendrado como “hijos fornezinos” es decir nacidos en adulterio o como producto de relaciones entre parientes o grados prohibidos.

En relación con los parientes de las demás esposas que vivían dentro de la comunidad y la familia, fueron desconocidos o expulsados de ellas desapareciendo toda relación de parentesco, de trabajo y de residencia que hubieren guardado con el hombre. Únicamente los parientes de la esposa legítima conservaron su posición en la familia.⁵⁵

En el caso de las familias que eran monogámicas, la labor de los misioneros se facilitó enormemente, pues, en esta situación solamente se requería que el hombre se casara con la mujer con la que había estado conviviendo, siendo previamente bautizado en la fe de la iglesia católica, siendo de esta forma legitimados tanto la exconcubina como a los hijos naturales nacidos de esta relación. En los casos en que la mujer se negara a convertirse al catolicismo, el hombre tenía el derecho a abandonarla con sus hijos, por lo que seguían siendo considerados como hijos ilegítimos.

⁵⁵ *Ibidem*, págs. 16 y 17.

En consecuencia con la aplicación de éstas disposiciones se provocó la gradual desintegración de la original familia prehispánica con lo que consecuentemente fue surgiendo la familia fundada sobre la basa del matrimonio católico monogámico.

La Iglesia Católica y la autoridad civil, se dio a la labor de terminar con todas aquellas conductas inmorales y alejadas a la institución de la familia cristiana peninsular. Pero a pesar de los esfuerzos por establecer la legalidad y la sacramentalidad de todos los matrimonios y de que en la legislación española lo relativo al concubinato ya se encontraba prohibido, sin embargo la poligamia se encontraba muy arraigada en los indígenas, por lo que persistieron las uniones de tipo ilegítima.

En consecuencia el matrimonio cristiano no fue la única unión existente en la sociedad colonial, sino que a la par el concubinato continuó siendo practicado en forma por de más masiva.

En un principio debido a las exigencias de los misioneros, los indígenas se veían presionados a dejar a sus mujeres, conservando sólo una de ellas, pero a pesar de ello seguían conviviendo clandestinamente con las demás esposas, ya que resultaba difícil que repentinamente dejaran atrás inveteradas costumbres y menos debido a una incipiente convicción cristiana.

Los Obispos de Oaxaca y México, manifestaron en cartas dirigidas al Rey de España que los indígenas más parecía que tomaban una sola mujer "para encubrir adulterio y nefarias costumbres que para tener legítimo matrimonio, y no bastaban las amonestaciones o predicaciones públicas para poderse las quitar, y es necesario algún castigo".

Al llegar la independencia todavía no se habían resuelto todos los problemas familiares, la legislación aún no comprendía al concubinato y sus implicaciones, ni establecía los efectos jurídicos que se producen entre concubenarios y respecto a los hijos.

1.5.3. LA LEY DEL MATRIMONIO CIVIL DE 1859

El derecho propiamente mexicano o de los indios de Mesoamérica era sumamente escaso, prácticamente desconocido y no practicado a partir de la conquista. Consumada la independencia, cerca ya de medio siglo, no se habían soltado completamente las lazos que nos ligaban a la antigua Metrópoli y aún no se acertaba obtener una base propia que nos hiciera en verdad autónomos en materia jurídica. Intentos aislados y frustrados habían hecho que siguiéramos sin leyes propias, excepto algunos códigos que quedaron sin aplicarse.

En efecto la legislación española tanto la aplicable a la Península como la redactada con especial destino para las Indias, seguía siendo derecho vigente. El primer esfuerzo serio de codificación civil fue el realizado por el presidente Juárez, al encomendar al doctor don Justo Sierra la elaboración de un proyecto que completo, y remitido al Ministerio de Justicia en 18 de diciembre de 1859.⁵⁶

En la Ley del Matrimonio Civil del 23 de julio de 1859, promulgada por Benito Juárez, había sido influenciada por los principios liberales de la revolución francesa, que consideró al matrimonio como un mero contrato.

Este ordenamiento no reguló a la figura del concubinato. Sin embargo se le mencionó en el artículo 21 frac. I, haciendo referencia al concubinato dentro de las causas legítimas para el divorcio, entre las que figura la mencionada en la fracción I:

“El adulterio, menos cuando ambos esposos se hayan hecho reos de este crimen, o cuando el esposos prostituya a la esposa con su consentimiento; más en caso de que lo haga por la fuerza, la mujer podrá separarse de su esposo por decisión judicial, sin perjuicio de que éste sea castigado conforme a las leyes. En este caso

⁵⁶ MACEDO, Pablo. *El Código Civil de 1870, Su importancia en el Derecho Mexicano*, Porrúa, Mexico, 1971, págs. 13 y 14.

al igual que el concubinato público del marido, dan derecho a la mujer para entablar la acción de divorcio por causa de adulterio".⁵⁷

Por lo que se calificaba al concubinato como la relación sexual ilícita, habida fuera del matrimonio. De esta disposición se desprende que el legislador al igual que en otras leyes anteriores y en las subsecuentes, equipara la relación concubinaria con el adulterio, que constituía un delito además de ser una causal de divorcio.

1.5.4. EL CONCUBINATO EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1870

El Código civil para el Distrito Federal y Territorios de Baja California, promulgado el 8 de diciembre de 1870, y que tuvo vigencia desde el 1º de marzo de 1871. Este código estuvo compuesto de un Título Preliminar con referencia a reglas de aplicación y de cuatro Libros; el Primero que trata de las Personas, Segundo de los Bienes, el Tercero La Propiedad y sus diferentes modificaciones y el Cuarto de las Sucesiones.

La importancia de éste código en el Derecho Mexicano es el haber sido el primer monumento legislado con el que contó México en materia civil, y que recibió influencia directa del Proyecto Sierra, que a su vez había tomado por base principios del derecho romano, la antigua legislación española, proyectos extranjeros como el Código de Cérdeño, llamado Código Albertino, el proyecto de 1851 de Don Florencio García Goyena y como fondo rector de todos éstos monumentos el Código Napoleónico.⁵⁸

Este Código al tener un corte tradicionalista y siguiendo las posturas de los Códigos Españoles y Franceses no regulaba como tal la figura del concubinato, sin embargo, si hace mención sobre el tema de los hijos naturales nacidos como fruto de las uniones fuera del matrimonio. Como consecuencia de la influencia del matrimonio religioso se desconocía al concubinato como una posible unión sexual.

⁵⁷ HERRERÍAS SORDO, María del Mar., Op. cit., pág. 20.

⁵⁸ Cfr. MACEDO, Pablo., Op. cit., págs. 18, 19, 22, 63, 64 y 65.

El artículo que hace referencia a esta situación es el 334, que se encuentra en el segundo capítulo del Libro primero, titulado “De las pruebas de la filiación de los hijos legítimos”, que establece:

“Si hubiera hijos nacidos de dos personas que han vivido públicamente como marido y mujer y ambos hubieren fallecido, o por ausencia o enfermedad les fuere imposible manifestar el lugar en que se hubieren casado, no pueden disputarse a los hijos de su legitimidad por sólo la falta de presentación del Acta de Matrimonio, siempre que se compruebe esta legitimidad por la posesión de estado de hijos legítimos, a la cual no contradiga el Acta de Nacimiento”.

Este ordenamiento en su artículo 370, establece la prohibición absoluta de la investigación de la paternidad, tanto en favor como en contra del hijo. Por su parte el artículo 371 establece el derecho del hijo natural de reclamar la paternidad pero sólo en el caso de hallarse en posesión de su estado civil de hijo, de conformidad con el artículo 335. En tal caso pudiendolo acreditar cuando ha sido reconocido constantemente como hijo legítimo si además concurren las dos circunstancias siguientes:

1ª. Que el hijo haya usado constantemente el apellido del que pretende ser su padre, con anuencia de éste;

2ª. Que el padre le haya tratado como á su hijo legítimo, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento.

En cuanto a la maternidad el artículo 372 establecía:

“Solamente el hijo tienen derecho de investigar la maternidad, únicamente podrá hacerlo concurriendo las dos circunstancias siguientes:

1. Tenga a su favor posición de estado de hijo natural de aquélla.
2. La persona cuya maternidad se reclame no éste ligada con vínculo conyugal,

al tiempo que se le solicite el reconocimiento”.⁵⁹ En los casos de las acciones de investigación de la paternidad y de maternidad sólo podía intentarse en vida de los padres.

El Código de 1870 reguló al concubinato como una causal de divorcio, de tal forma que se le equipara con el adulterio. Como consecuencia de la conceptualización que se tenía en este tiempo del concubinato, heredada de la legislación Francesa, y que no corresponde al concepto actual, se negó la oportunidad al concubinato de ser regulado y de otorgarle trascendencia jurídica.

Aunque tuvo una personalidad propia, tampoco pretendió romper con las tradiciones jurídicas, en las que se habían formado nuestros juristas. Este código es derogado posteriormente por el de 1884, pero más bien renace en éste, y continúa viviendo en el de 1928.

1.5.5. EL CONCUBINATO EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1884.

El entonces presidente Manuel González nombró en 1882 una comisión para que revisará los códigos civiles y de procedimientos civiles que regían la capital de la República, trabajo que a su vez fue revisado por una nueva comisión. Así el Congreso facultó al Ejecutivo para hacer las reformas del caso, con lo cual se promulgó un nuevo Código Civil en fecha 21 de Mayo de 1884. y que regiría igualmente en el Distrito Federal y Territorios de Baja California hasta 1932.⁶⁰

Dentro de los cambios importantes realizados por este ordenamiento en materia familiar fue el haber sustituido el sistema de las “legítimas” por el principio de libre testamentifacción. En este Código se sigue conservando la misma organización de la familia, sobre todo la indisolubilidad del matrimonio establecida en el Código de 1870, punto elevado a rango constitucional, declarando expresamente que el matrimonio civil no se disuelve, más que por la

⁵⁹ Cfr. CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA, Imprenta dirigida por Jose Batiza, México, 1870, pág. 73.

⁶⁰ SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis. *Historia del Derecho Mexicano*, Novena edición revisada, Porrúa, México, 2002, pág. 194.

muerte de uno de los cónyuges, sólo se admitía la separación temporal por causa grave determinada por el legislador, sin que por la separación queden hábil ninguno de los consortes para unirse a otra persona.⁶¹

Manteniendo la misma postura conservacionista del código anterior, éste ordenamiento se abstuvo de regular la figura del concubinato, ignorando su presencia en el país y dejando de establecer sus límites. Debido en cierta forma a la influencia del matrimonio religioso, no reconociendo al concubinato como una posible unión sexual.

En este código al igual que en los anteriores, el concubinato es identificado con el adulterio, causa por la que es ubicado en el Capítulo V denominado del “Divorcio”, en el que encontramos una breve referencia del concubinato, que en su artículo 228 establece: “El adulterio de la mujer es siempre causa de divorcio; El del marido lo es solamente cuando con él concurre algunas de las circunstancias siguientes:

- I. Que el adulterio haya sido cometido en la casa común.
- II. Que haya habido concubinato entre los adúlteros, dentro o fuera de la casa conyugal.
- III. Que haya habido escándalo o insulto público hecho por el marido a la mujer legítima.
- IV. Que la adúltera haya maltratado de palabra o de obra, o que por su causa se haya maltratado de alguno de estos modos a la mujer legítima”.⁶²

Es de apreciarse que aunque este código no reguló el concubinato, estableció el equiparamiento entre la figura del concubinato y lo que en la actualidad se entiende por adulterio, que es un delito cometido por un individuo que se encuentre unido en matrimonio, pero que al mismo tiempo mantiene relaciones sexuales con otra persona distinta de aquella con la que se unió en matrimonio.

⁶¹ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. *Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia de México*, segunda edición, Porrúa, México, 1991, pág. 16.

⁶² CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA, Libro Primero, Título V del Matrimonio, Capítulo V del Divorcio, pág. 19.

Debemos de establecer que en la actualidad un requisito primordial para que se de la relación concubinaria, es que tanto el hombre como la mujer deben de estar libres de todo impedimento para contraer nupcias, por lo cual podemos afirmar que es imposible que coexista el concubinato con el delito de adulterio, ya que para que este se origine, por lo menos una de las dos personas debe de estar casada. Por lo que se considera que este Código desacertó al considerar a la par a la figura del amasiato, da naturaleza totalmente distinta a la figura del concubinato.

En relación a los hijos naturales en éste código se continuaron tomando en cuenta las mismas normas que regían en el Código Civil de 1870.

1.5.6. LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES DE 1917.

En la Ley sobre Relaciones Familiares fue expedida y promulgada por Venustiano Carranza el 9 de abril de 1917, a pesar de que ya existía un Congreso a quien le correspondía darle vida.

En el juicio emitido por el jurista Eduardo Pallares decía: La nueva Ley sobre Relaciones Familiares es profundamente revolucionaria, silenciosa y sordamente destructora del núcleo familiar... sus autores no temieron desafiar a una porción considerable de la opinión pública, ni a traer la ira y la censura de los sentimientos que palpitan en la sociedad. Solo son comparables a esta Ley por su importancia política y social los artículos 3º y 123 de la Constitución pero a diferencia de estos ha pasado inadvertida.⁶³

Dentro de los cambios adoptados por esta ley, que sustancialmente han transformado la regulación de la familia y el matrimonio son:

⁶³ PALLARES, Eduardo en SÁNCHEZ MEDAL., Op. cit., pág. 27.

1. Al definir el matrimonio lo hizo en la misma forma que el Código Civil de 1870, pero sustituyó la palabra “indisoluble” por la de “disoluble”, de esta manera se introduce el divorcio vincular dentro de nuestra legislación civil, y enumero las distintas causas para conseguirlo, incluyendo el mutuo consentimiento de las personas.

2. Igualo dentro del matrimonio al hombre y a la mujer suprimiendo la potestad marital y confiriendo a ambos consortes la Patria Potestad, ya que como regla general impuso al marido, en su artículo 42, el deber de “dar alimentos a la mujer y hacer todos los gastos necesarios para el sostenimiento del hogar”.

3. Otra de las disposiciones que se introdujeron sin mayores razonamientos, en nuestro código Civil, fue la adopción regulada en los artículos 220 al 236, institución considerada fuera de nuestras costumbres por el Proyecto Justo Sierra, y omitida por los Códigos de 1870 y 1884.⁶⁴

4. Aunque ésta Ley no hace referencia acerca del concubinato, toca algunos puntos con respecto a los hijos. En la exposición de motivos de la ley, al referirse a la paternidad y filiación se subraya lo siguiente “que ha parecido conveniente suprimir la clasificación de hijos espurios, pues no es justo que la sociedad los estigmatice a consecuencia de las faltas que no le son imputables y menos ahora que consideran al matrimonio como un contrato, y considera que la infracción a los preceptos que lo rige sólo debe de perjudicar a los infractores y no a los hijos”.

En consecuencia **terminó con la distinción** que existía entre los hijos naturales e hijos espurios, no obstante en cuanto a los hijos naturales en su artículo 186 continua haciendo referencia de éstos como todos aquellos nacidos fuera del matrimonio, por lo que dentro de esta clasificación entran los hijos fruto del concubinato.⁶⁵

⁶⁴ Cfr. *Ibidem.*, págs. 28 y 30.

⁶⁵ Cfr. HERRERÍAS SORDO, María del Mar., *Op. cit.*, págs. 20 y 22.

En cuanto a la paternidad y la maternidad el artículo 188 de ésta ley, indicó que el **reconocimiento** es el medio que la ley otorga para comprobar las relaciones de parentesco entre los padres y los hijos habidos fuera del matrimonio.

5. No obstante para los hijos naturales quedaba totalmente prohibida la investigación de la paternidad y maternidad de los hijos nacidos fuera del matrimonio, dicha prohibición era absoluta tanto en contra como a favor de los hijos, pero estableciendo sus excepciones en los artículos 197 y 211.

A. El artículo 197 trata el caso de que el hijo estuviera en posesión de estado de hijo natural, podía obtener el reconocimiento del padre o de la madre, siempre que la persona cuya paternidad o maternidad se reclamara no se encontrara ligada por vínculo conyugal al tiempo de pedir el reconocimiento. Eso puede indicar que se trataba del padre y la madre unidos sexualmente, pero no en matrimonio, situación que se asemeja al concubinato, pero sin hacer referencia a él.⁶⁶

B. Los tribunales a instancia de parte interesada tenían la facultad de declarar la paternidad en el caso de existir delito de raptó o violación, siempre que la época del delito coincidiera con la concepción.

La Ley de Relaciones Familiares instauró cinco vías por las que se debía realizar el reconocimiento:

- a) En la partida de nacimiento, ante el Juez del Registro Civil.
- b) Por medio de acta especial ante el mismo juez.
- c) Por escritura pública.
- d) Por testamento.
- e) Por confesión judicial directa y expresa.

⁶⁶ Cfr. CHÁVEZ ASECIO, Manuel. Op. cit., págs. 274 y 275.

Las acciones para investigar tanto la paternidad como la maternidad sólo podía intentarse en vida de los padres, por lo que en caso de fallecimiento de éstos, ya no existía forma en que los hijos naturales fueran reconocidos, a menos de que los padres hubieran fallecido durante la mejor edad de los hijos naturales, en tal caso los hijos podían intentar la acción antes de que se cumplieran cuatro años de su mayor edad.

Para que se pudiera dar el reconocimiento de hijo natural, por parte de una mujer casada, se requería de la autorización de su marido. En el caso opuesto el hombre, podía reconocer al hijo, sin necesidad de la autorización de su cónyuge, a menos que él pretendiera llevar al hijo a vivir en el domicilio conyugal.⁶⁷

El legislador una vez más confundió la figura del concubinato con el adulterio, pues lo siguió regulando como una de las causales del divorcio, y precisando en el artículo 77 como casos de adulterio del marido fracción II “Que haya habido concubinato entre los adúlteros dentro o fuera de la casa conyugal”. Lo cual es retomado de los dos Códigos anteriores de 1870 y 1884.

Tomando como referencia la redacción de esta fracción podemos establecer que al referirse al concubinato, el legislador pretendió entender que se trataba de relaciones sexuales extramatrimoniales, entre personas en las que al menos una de ellas se encontraba casada.

1.5.7. EL CONCUBINATO EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1928

En nuestro país fue hasta la llegada del Código Civil de 1928 para que en su exposición de motivos se reconociera que existía entre nosotros una manera peculiar de formar la familia. El concubinato para este tiempo no se había regulado como tal quedando al margen de la ley las personas que se encontraban viviendo en ese estado.

⁶⁷ HERRERÍAS SORDO, María del Mar., Op. cit., pág. 21.

Por eso el legislador al darse cuenta de éste modo de vida tan generalizado en algunas clases sociales, reconoce en el anteproyecto que produce algunos efectos jurídicos el concubinato, ya sea en favor de los hijos o bien de la concubina, que también es madre y que ha compartido por mucho tiempo su vida con el jefe de la familia.

Pero los efectos sólo se producen cuando los que viven en concubinato se encuentran libres de matrimonio, con lo que la comisión procuró rendirle homenaje al matrimonio al considerarlo como la forma moral y legal de fundar una familia, pero en el caso del concubinato, no se puede ignorar por encontrarse muy generalizado en la población.

Del reconocimiento que hizo el Código Civil del concubinato como forma especial de constituir una familia se originaron algunos efectos, que inicialmente fueron los siguientes: El otorgar por medio del artículo 1368 fracción V, a la concubina sobreviviente en caso de necesidad, la pensión alimenticia. En el artículo 1635 se organiza la sucesión de la concubina. Por medio del artículo 382 en su fracción III, se permite la investigación de la paternidad en caso de concubinato y se crea la presunción de la filiación, como consecuencia del mismo en el artículo 383 del Código Civil.⁶⁸

La trascendencia de este Código radica en que rompe con los esquemas tradicionalistas y conservadores de las legislaciones pasadas, adoptando la ideología social de la reciente revolución mexicana, en consecuencia surge como el primer ordenamiento jurídico del país en reconocer al concubinato como una forma frecuente en la sociedad de constituir una familia y de esta manera consecuencias jurídicas de derecho en favor de la concubina y de sus hijos.

Los anteriores presupuestos del legislador, permanecen hasta 1974, fecha a partir de la cual se igualan los derechos del hombre y de la mujer sin reconocer las diferencias sexuales. En el año de 1983, se modificó el artículo 1635 del Código Civil para incorporar al concubinario con derecho a la herencia. Posteriormente siguiendo los antecedentes de algunos códigos de la República se fueron otorgando alimentos a ambos concubinarios.

⁶⁸ Cfr. CHÁVEZ ASENCIO, Manuel., Op. cit., pág. 275.

CAPITULO SEGUNDO

ASPECTOS GENERALES DEL CONCUBINATO

2.1. CONCEPTO DOCTRINAL DEL CONCUBINATO

La figura del concubinato ha sido definida de distintas maneras, dependiendo de los elementos que le han atribuido los doctrinarios en las teorías de cada país.

De acuerdo con el Diccionario Jurídico Mexicano la palabra concubinato; se refiere a la cohabitación mas o menos prolongada y permanente entre un hombre y una mujer solteros, identificandolo como un hecho lícito que produce efectos jurídicos, es decir que no considera al concubinato como una institución, pero que tampoco se opone al orden jurídico, además de representar uno de los problemas morales más importantes del derecho de familia.⁶⁹

Para algunos autores como; Chávez Asencio consideran que para definir el concubinato, es necesario entender antes el término de concubina; que proviene del latín *concubina* “manceba o mujer que vive o cohabita con un hombre como si éste fuera su marido”, por lo tanto *concubinario* será aquel que tiene concubinas y por último, concubinato, que viene del latín *concubinatus* “comunicación o trato de un hombre con su concubina”. Entonces el concubinato para Manuel Asencio:

“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 no se limita 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 del matrimonio”.⁷⁰

⁶⁹ DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, A-CH, Op. cit., pág. 573.

⁷⁰ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel. Op. cit., pág. 263.

A nuestro parecer es acertado el establecer que el acto carnal no es el único propósito del concubinato, con el fin de distinguirlo del simple amasiato, sino que además implica la intención de hacer vida en común, otra diferencia con ésta última figura es, que se encuentra sancionada por la ley, al contrario del concubinato que es una unión lícita entre los dos sexos.

La continuidad se entiende como la permanencia de esta unión, como la frecuencia diaria, como la habitualidad en la relación, pero el término de “larga duración” puede resultar muy ambiguo, por lo cual en nuestro ordenamiento civil se establece un término de dos años, pero el llegar a éste lapso de tiempo no es necesario si antes se da la procreación de un hijo, lo cual puede requerir de un menor tiempo.

Para Ignacio Galindo Garfias el concubinato “Es la vida marital de varón y mujer solteros, sin que hayan celebrado el acto solemne del matrimonio”.⁷¹

Este autor indica que los concubinos deben de hacer vida en común pero de manera prolongada y permanente, sin estar casados entre sí, además establece que deban de ser célibes es decir que sean personas solteras, ya que cuando uno de ellos, se encuentre casado o ambos, constituye un delito, el de adulterio.

Precisa que no se considera jurídicamente como concubinato las uniones transitorias entre un hombre y una mujer, ya que para que el derecho les reconozca algunos efectos, estas uniones deben de tener el carácter de permanentes.

El concubinato para Güitron Fuentevilla lo define “Como la unión de un hombre y de una mujer que libres de matrimonio han hecho vida en común, en forma pública, pacífica, continua y permanente, durante cinco años como si estuvieran casados”.⁷² A juicio de éste autor el concubinato primeramente debe ser identificado como un problema de tipo social al que el derecho debe dar una respuesta.

⁷¹ GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Derecho Civil, primer curso Personas-Familia*, vigésima edición, Porrúa, México, 2000, págs. 503 y 504.

⁷² GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. *¿Qué es el Derecho Familiar?*, 2do. Volumen, primera edición, Promociones Jurídicas y Culturales, s.c., 1992, pág. 49.

En esta definición es evidente que el tiempo requerido para que se configure el concubinato ha cambiado en cuanto al tiempo de duración, que anteriormente era de cinco años y que en la actualidad a consecuencia de las reformas legislativas se ha reducido a sólo dos años.

Fuentevilla se manifiesta en contra del hecho que se produce con el nacimiento de un hijo, en un lapso de tiempo inmediato, con el que se configura el concubinato, sin necesidad de cumplir con el requisito de vivir unidos por cinco años como se requería anteriormente y que ocasiona que se eliminen los elementos de permanencia y continuidad, que implicaban una durabilidad en la relación de hecho. De la misma forma se desecharían los supuestos; de forma pública y pacífica. Este autor también hace notar la importancia que tienen los elementos de continuidad y permanencia para que se pueda equiparar el concubinato al mismo nivel del matrimonio.

Por su parte Rafael de Pina considera que junto al matrimonio de derecho la legislación mexicana reconoce la existencia del matrimonio de hecho o concubinato que define como “la unión de un hombre y de una mujer, sin formalización legal para cumplir los fines atribuidos al matrimonio”.⁷³ Siempre que no se encuentren ligadas a ninguna otra persona.

El maestro se refiere al concubinato como matrimonio de hecho por ser una unión en la que los integrantes se comportan en todos los aspectos como si fueran cónyuges, causa por la cual puede provocar confusión ya que los concubinos llegan a ser considerados como marido y mujer por las personas que los conocen en el medio en donde se desenvuelven, por ende a esta relación sólo le falta darle las formalidades requeridas por la ley.

El mismo autor nos habla de que el concubinato tiene como objeto cumplir con los fines del matrimonio, refiriéndose a las designios espontáneos de la naturaleza humana como; la perpetuación de la especie, la vida en común y la ayuda recíproca. Además considera al concubinato como una unión libre, por no existir imposiciones o garantías de ningún género en esta relación.

⁷³ DE PINA, Rafael. *Elementos de Derecho Civil Mexicano, Personas-Familia*, Vol. I, vigésimaprimera edición, Porrúa, México, 2000, pág. 336.

Para Julio López del Carril el concubinato “es la unión del hombre y la mujer, ambos libres de impedimentos para el matrimonio, con permanencia y con ostensibilidad de apariencia matrimonial”.⁷⁴ El autor hace hincapié en esta definición sobre la apariencia matrimonial, de los concubinos, al ostentarse como marido y mujer y advierte sobre los posibles efectos de esa ostentabilidad, al señalar que pueden inducir al error, en cuanto a la existencia y vigencia de algunos matrimonios, así como de sus caracteres distintivos.

Para el autor argentino Gustavo BoSSERT, basándose en el estudio de la legislación de su país, que dispone que el matrimonio contraído de mala fe, viciado de nulidad, es reputado como un mero concubinato, opina que con esta disposición, no se pretendió dar una definición de concubinato, por lo que no es el único caso en que aparece esta figura y que es un término genérico para referirse a las uniones que carecen del vínculo matrimonial, tanto para quienes contrajeron matrimonio de mala fe, como para los que conviven juntos, sin haberlo celebrado.

En base a lo anterior considera; que las uniones entre los que tienen impedimentos para contraer matrimonio como las que no los tienen son especies dentro del concepto genérico denominado concubinato. En consecuencia en la definición que realiza del concubinato no hace distinción en cuanto a los impedimentos de tipo legal, que pudiera haber en éstas relaciones, por lo tanto entiende como esencial, para definir al concubinato a “la unión permanente de un hombre y de una mujer que, sin estar unidos por matrimonio, mantienen una comunidad de habitación y de vida, de modo similar a la que existe entre los cónyuges”.⁷⁵

Debemos de aclarar que en la doctrina argentina existe una postura distinta y opuesta en cuanto a diversos puntos esenciales del concubinato y que no coinciden con los doctrinario de nuestro país, como lo son; el hecho de considerar a la unión libre, como la comunicación o trato que tiene un hombre y una mujer, que habitan y viven juntos como si fueran marido y mujer, unión en la que no existen impedimentos matrimoniales, siendo ambos libres y solteros, mientras que el concubinato es considerado como la relación irregular adulterina incestuosa siempre de carácter y orden moral.

⁷⁴ Cfr. LÓPEZ DEL CARRIL, Julio. Op. cit., pág. 502.

⁷⁵ BOSSERT, Gustavo. Op. cit., pág. 32.

De la misma forma es distinto el criterio, en cuanto a considerar, la unión de personas con impedimentos matrimoniales y la de quienes no los tienen, ambos casos como especies de un mismo género, que es el concubinato. En éste punto existe una gran diferencia, ya que para nuestro derecho no puede existir un “concubinato adulterino” debido a que para que se de el concubinato no debe de existir ningún tipo de impedimento legal para contraer matrimonio, como el hecho de que uno de ellos se encuentre casado. Finalmente, desde nuestro punto de vista el concubinato se puede definir como:

La unión lícita entre un hombre y una mujer que sin tener impedimentos legales para casarse, y sin haber formalizado su unión conviven maritalmente en forma continua, estable y permanente, durante un período mínimo de dos años o mediante la concepción de un hijo, para cumplir con los fines propios del matrimonio en la sociedad.

En las definiciones en las que vinculan al concubinato con relaciones sexuales mantenidas fuera del matrimonio, sin precisar el sentido de las mismas, puede prestarse a confusión, ya que el amasiato o incluso el adulterio se dan fuera del matrimonio, constituyendo un delito, en cambio el concubinato se da fuera del matrimonio, en forma libre y voluntaria, sin existir ningún impedimento legal que afecte o desacredite esa unión. Se debe tomar en cuenta que el concubinato no comprende las relaciones de poca duración, sino sólo las duraderas y estables, excluyendo aquellas en las cuales la pareja no tiene la intención de convivir maritalmente.

Uno de los aspectos negativos con los que tradicionalmente se ha relacionado al concubinato; es para referirse no sólo a las unión de un hombre con una mujer, sino también para aquellas otras mujeres con las que el hombre tiene relaciones sexuales permanentes, distinta de su cónyuge a las que se les llama también concubinas, casos que fueron frecuentes en la antigua organización familiar prehispánica, y que se relaciona con el tema de la poligamia. Esta es una de las razones por las cuales en legislaciones y jurisprudencias francesas, españolas, argentinas, etc., han sustituido en cierta forma la palabra concubinato, utilizando términos más diversos como el de unión libre, uniones y matrimonios de hecho, con las cuales se desliga a estas uniones de todo tipo de prejuicios, convencionalismos y cargas negativas.

2.2. CONCEPTO LEGAL DEL CONCUBINATO

Para entrar de lleno en la definición de tipo legal del concubinato cabe aclarar que anteriormente los doctrina, tomaba como punto de partida para aproximarse a una definición de concubinato legal, la establecida por el Código Civil, en el Libro III, de las Sucesiones, Título IV de la Sucesión Legítima, en su Capítulo VI de la Sucesión de los concubinos, que contemplaba un único artículo, el 1635, y que a la letra decía:

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

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

Las disposiciones de este artículo, fueron criticadas por los autores, al considerar que no era una definición como tal del concubinato y que en realidad el legislador en este artículo sólo quería establecer el derecho de los concubinos a heredarse recíprocamente.

Las críticas en cuanto a la regulación que se hacía del concubinato en el Código Civil eran que no existía un Capítulo en específico que reglamentara al concubinato y sus consecuencias jurídicas y que solo se contemplaban algunos efectos jurídicos, que estaban dispersos en el ordenamiento civil.

Pero a partir de las reformas a la legislación civil de mayo del 2000, se hicieron importantes cambios en el Código Civil del Distrito Federal, con los que se modificó la antigua regulación del concubinato, dichos cambios se realizaron en el Libro Primero de las Personas, adicionando al Título Quinto, denominado Del Matrimonio, un nuevo capítulo; el capítulo XI, titulado “Del Concubinato”, y que comprende cuatro artículos que van del 291Bis al 291

Quintus. Con éste nueva reglamentación del concubinato se suprimió la antigua referencia que se hacía al concubinato que establecía únicamente derechos sucesorios en el artículo 1635 del mismo Código Civil.

En este nuevo capítulo del Concubinato, que aunque no estableció una definición clara de lo que es el concubinato, en el artículo 291Bis, si se refiere a la situación de hecho que deben guardar los concubinos, para que se puedan generar consecuencias de derecho y que a la letra dispone lo siguiente:

“La concubina y el concubinario tienen derechos y obligaciones recíprocos, siempre que sin impedimentos legales para contraer matrimonio, hayan vivido en común en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años, que procedan inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones a los que alude este Capítulo”.

Dentro de los cambios realizados en la regulación del concubinato son primeramente, el haber incorporado dentro del Título Quinto del Matrimonio un nuevo capítulo especial, que regulara al concubinato y los efectos jurídicos que se derivan de él.

Uno de los cambios sustanciales realizados a la regulación del concubinato; es que en la anterior, sólo se hacía referencia a los concubinos para indicar que estos tenían derecho de heredarse recíprocamente, mientras que en la nueva regulación se habla de manera más amplia, al indicar que puede generar derechos y obligaciones lo cual, **no sólo incluye los derechos hereditarios, sino alimenticios y demás derechos y obligaciones inherentes a la familia.**

En cuanto a los impedimentos, anteriormente sólo se decía que los concubinos deberían de mantenerse libres de matrimonio durante el concubinato, sin hacer referencia a los impedimentos relacionados con el parentesco; como los de consanguinidad y el adulterio. Pero actualmente se indica que deben de estar libres de impedimentos legales para contraer matrimonio, y que son los mismos que se les exige a los prometidos en el matrimonio.

Una de las diferencias más notables tiene que ver con el tiempo de permanencia de la unión ya que anteriormente se exigía que la relación se mantuviera por un periodo de cinco años, y que con la reforma se redujo el tiempo exigido a sólo dos años, pero se sigue manteniendo la exigencia, de hacer vida en común, de manera constante y permanente, situación que hace referencia a la estabilidad que se presenta en la unión matrimonial, y con lo que se descarta aquellas uniones que sean transitorias, en la cuales no exista una continuidad en el trato y coincidencia de las personas.

Pero no es necesario que la relación de pareja se prolongue por el periodo de tiempo indicado de dos años, ya que el segundo párrafo del mismo artículo establece; que no es necesario cubrir el requisito de permanencia de la relación durante el lapso mencionado, cuando reuniendo los requisitos anteriores, tengan un hijo en común.

En la parte final del mismo precepto legal menciona que en caso de establecerse con una misma persona varias uniones de tipo concubinaria, ninguna de estas uniones será considerada como concubinato. Por consiguiente la figura del concubinato sólo podrá darse cuando exista una unión de tipo monogámica, como ocurre en el matrimonio, pero para el cónyuge que actuó de buena fe se le otorga el derecho de solicitar una indemnización por daños y perjuicios.

2.3. DIFERENTES DENOMINACIONES EMPLEADAS

La convivencia de una pareja, que decide fundar una familia al margen del matrimonio, ha sido calificada con una gran variedad de términos, para lo cual se ha tomado como base alguna de las características de esta figura para identificarla. Los diferentes términos empleados tanto a lo largo de la historia, como los utilizados por distintos países, demuestran la importancia y presencia que tenía estas uniones de personas, como realidad social, en todo el mundo.

En Roma las uniones no matrimoniales fueron descritas socialmente como concubinato, considerado de menor rango que el matrimonio, y de carácter estable y permanente, pero además existían otro tipo de uniones lícitas como el matrimonio *sine conubio* y el *contubernio* a las cuales se les despojaba de todo efecto jurídico.

Durante la Edad Media en España se empleo el término de barraganía, empleado para calificar a la mujer que vivía con un hombre como barragana, unión que en esta época ya tenía el carácter de permanencia.

La doctrina ha empleado variedad de términos para referirse a este tipo de relaciones, uno de los más utilizados para identificar al concubinato, es el de “Unión libre”, que a decir de Gustavo Bossert tiene un valor como precedente doctrinario, debido a que se empezó a utilizar en las obras de derecho francés de la segunda mitad del siglo XIX, como una expresión considerada más precisa en sustitución de la de concubinato, posteriormente al comienzo del siglo XX se utilizó como vocablo equivalente al utilizado en forma tradicional, con esta expresión se pretendía aludir a una unión contraída libremente y que podía ser también libremente disuelta.⁷⁶

Por lo que con esta denominación de la doctrina francesa no se aludía a la libertad de los sujetos para contraer eventualmente matrimonio, sino a la libertad con que las personas forman y deshacen las uniones concubinarias frente al derecho. Para éste autor argentino, el término de unión de personas libre, se entiende en el sentido de que no existen impedimentos matrimoniales y por lo cual se les puede llamar, de esta manera; como una unión de personas libres.

La doctrina ha utilizado el término de unión libre, para referirse a este tipo de convivencia, palabra que alude a la situación de éstas parejas, es decir sin cumplir ningún tipo de formalidades, ni sujeción a impedimentos o prohibiciones con las que se crea la unión y en consecuencia la ausencia de trámites judiciales con la que se disuelve.

Algunos autores la han descrito utilizando la palabra matrimonio, pero con negación como; no casados, o como unión no matrimonial, lo que a consideración de algunos autores es inconveniente utilizarlo, pues parece que se quiere identificar las uniones de hecho con la institución matrimonial, con la que medían notables diferencias de tipo jurídico.

⁷⁶ ídem.

Para López del Carril existe un error cuando se refieren al concubinato denominandolo como “matrimonio de hecho”, por que el matrimonio es una institución jurídica, es un acto voluntario lícito, que establece relaciones jurídicas, en cambio el concubinato es un hecho social, no un hecho jurídico, por existir sólo en las relaciones humanas. En consecuencia es contradictorio hablar de un matrimonio de hecho, que es siempre de derecho y no de hecho.⁷⁷

Este autor también hace una distinción entre los vocablos de “unión libre” y concubinato, la primera es considerada como una unión lícita sin ninguna penalidad ni impedimento para contraer matrimonio entre ellos, mientras que en la doctrina argentina, el concubinato es considerado como una unión irregular, afectado con impedimentos legales para contraer matrimonio, en consecuencia los hijos que nazcan con estos impedimentos no podrán ser legitimados ni aún por subsiguiente matrimonio.

Otra de las expresiones que se han utilizado con un sentido equivalente al concubinato es el “**concubinato notorio**”, utilizado en el derecho francés, después de la abstención del código de 1804 al no referirse a esta figura, mediante la reforma al artículo 340 del Código Civil, en el que se le conceden beneficios al “estado de concubinato notorio”, con esta expresión legal alude a la notoriedad, uno de los elementos integrantes de la figura.

En el ámbito jurisprudencial francés prevalece la utilización del término “concubinato”. Sin embargo en otras resoluciones se emplean otras expresiones con un sentido equivalente como “vínculo extramatrimonial”, “unión ilegítima” y jefe del hogar aparente para designar al concubino. Otras expresiones utilizadas con igual sentido es la de familia natural, familia fuera de la ley, hogar aparente, matrimonio de hecho, entre otras. Sin embargo como ya lo indicamos la expresión de concubinato es la que predomina en la doctrina francesa.

En la jurisprudencia española se han utilizado diversos términos para referirse a las uniones no matrimoniales, los tribunales les han llamado uniones libres, de hecho y paramatrimoniales.

⁷⁷ Cfr. LÓPEZ DEL CARRIL, Op. cit., pág. 504.

En el ordenamiento jurídico español, existen referencias aisladas en diferentes supuestos, el Código Civil habla de vivir o convivir maritalmente con una persona, también hace referencia a “parejas unidas de forma permanente por relaciones de afectividad análogas a la conyugal”, unida en forma estable por análoga relación de afectividad, y como situaciones de hecho equivalentes al vínculo matrimonial.⁷⁸

Dentro de los calificativos más empleados se encuentran los de: concubinato, matrimonio de hecho, uniones extramatrimoniales, o uniones y familias de hecho, en esta última expresiones en las que se habla de familia de hecho o familia no matrimonial, aluden a realidades más amplias, como el hecho que de éstas relaciones, pueden nacer descendientes.

El calificativo de concubinato, es criticado por muchos de los autores por el matiz peyorativo y el significado negativo, que ha supuesto en otras etapas históricas. En consecuencia en varios países se han utilizado términos distintos para identificar al concubinato.

2.4. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONCUBINATO.

Para determinar la naturaleza jurídica del concubinato, es necesario antes conocer las distintas teorías, que abarcan el tema de esta manera se podrá concluir de acuerdo con nuestro derecho cual es la naturaleza jurídica del concubinato.

Se debe conocer como esta contemplada esta figura dentro de nuestra legislación, en nuestro ordenamiento civil, el concubinato, como ya lo indicamos al momento de examinar la definición legal del concubinato, se encuentra regulado en la actualidad por el capítulo XI, dentro del Título Quinto del Matrimonio, en concreto en el artículo 291Bis. En este artículo se establecen derechos y obligaciones recíprocos entre los concubinos, cuando sin impedimentos legales para comprometerse en matrimonio, vivan en forma permanente por un lapso de tiempo de dos años que procedan inmediatamente a la generación de derechos y de obligaciones a los

⁷⁸ MESA MERRERO, Carolina, Op. cit., pág. 29.

que alude el presente capítulo, agrega que cuando se tenga un hijo en común no es necesario el transcurso de los dos años.

Este artículo indica que del concubinato surgen derechos y obligaciones pero de éstos artículos no se desprende que a esta figura se le reconozca como un acto jurídico, o como un hecho jurídico y aún menos como una institución.

2.4.1. INSTITUCIÓN.

Primeramente creemos conveniente exponer el significado de la palabra institución, la cual deriva del vocablo latino *institutionis*, del que adopta parte de su significado. *Institutio*, deriva de *instituo*, que tiene varios significados como: poner, establecer, edificar, regular u organizar; o bien, instruir, enseñar o educar. Todos estos significados pasaron a ser designados por la voz institución.

En el lenguaje ordinario institución significa orden de personas, cosas o hechos, regulado por normas estables. También tiene significados más precisos como establecimiento, organización o estructura de alguna forma social; colección de principios o elementos fundamentales de una ciencia o arte.

Los juristas recogen mucho de los usos latinos de *institutio*, y entienden por institución primeramente los elementos o principios de la ciencia del derecho o de cualquier disciplina jurídica. La noción de institución presupone un conjunto de patrones, o normas que regulan conductas humanas que son socialmente relevantes, la palabra institución generalmente connota la idea de permanencia, durabilidad y organización en aquella estructura a la que se refiere, con independencia de si esta tiene un origen espontáneo o previsto.

Los usos jurídicos modernos se relacionan con usos de tipo social, económicos antropológicos y políticos, por lo que se llega a entender como un conjunto firmemente establecido de costumbres o prácticas que las normas jurídicas reúnen o agrupan como en el caso de la familia, la propiedad etc. Frecuentemente se usa en el sentido de organización, ente

público, instancia u órgano dotado de funciones públicas específicas como pueden ser los tribunales o los sindicatos.

Para los institucionalistas la institución es **una idea de obra** que se lleva a cabo en un medio social y cuya realización y supervivencia requiere de una organización y de un procedimiento. Se dice que la supervivencia de esta forma social requiere de un poder que la gobierne y de un procedimiento que la regule. De las teorías institucionalistas, se resalta que los elementos de la institución son: una idea compartida, una forma social duradera que presupone, una organización que implica un poder y un procedimiento. Lo institucional va más allá de lo contractual que es meramente convencional, se presupone una forma social que perdura. Es decir que existe una gran cantidad de relaciones, situaciones y actividades, reconocidas como jurídicas y que no pueden ser reducidas a una simple forma contractual.

Si tratamos de relacionar a la institución con el concubinato en la realidad, podemos decir que el concubinato es un fenómeno que se ha presentado de manera espontánea en el tiempo, y que los pueblos lo han enfrentado de manera distinta, desde los que lo reprimieron tratando que desapareciera, dándole un toque de inmoralidad, los que sólo lo han tolerado como una unión de grado inferior, pero sin darle ningún tipo de regulación, aquellos que le han otorgado algunos efectos, hasta aquellos lugares donde incluso lo han llegado a equiparar con el matrimonio. En cuanto a la organización, a diferencia de la reglamentación anterior del concubinato, en la actual, existe un capítulo único que regula al concubinato y la mayor parte de sus consecuencias de derecho. Aunque no son precisamente un conjunto de normas ordenadas que regulan a detalle al concubinato, sí establece las bases para que se de ésta.

Se dijo que una institución necesariamente requiere de un procedimiento, en el caso del concubinato carece del modo para llevarse a cabo, a diferencia del matrimonio, donde el Código Civil, indica cuales son los requisitos que deben cubrir los interesados, la forma de su celebración e inclusive como se puede disolver. Contrario a lo que sucede con el concubinato al no existir normas preestablecidas que indiquen como se debe de realizar así como la necesidad de registrarlo, lo que constituye un problema futuro en el caso de fijar el momento exacto en el que empezó la unión concubinaria y por supuesto no existe un procedimiento para deshacerlo.

Con base en éstos argumentos la autora María del Mar Herrerías Sordo concluye que en el concubinato no existe una organización como se da en una institución, y que no se puede aceptar que el concubinato constituya una estructura que aporte estabilidad y permanencia a la sociedad, por ser el matrimonio la figura que permite que exista una sociedad sana y fuerte. Afirma que no se puede originar una sociedad solida y permanente de una relación en la que no existe un compromiso formal de vida y que aún cuando el concubinato pueda durar por cinco años, esta relación se puede romper fácilmente, sin mayores consecuencias en el momento en que así lo deseen los concubinos. En el matrimonio el compromiso de vida en común es mucho más solido, que para su disolución requiere de un procedimiento especial de divorcio que obliga a tomar una decisión seria y en el que interviene necesariamente la autoridad judicial. Aunque el origen espontáneo del concubinato no lo excluye de ser una institución.⁷⁹

Por todo lo anterior se puede asegurar que esta figura carece de una organización sistematizada y ordenada, que es uno de los requisitos de la institución, carece de patrones estables, tampoco se puede asegurar su permanencia, pues depende del arbitrio de los concubinos, que pueden dar por terminado el concubinato en cualquier momento.

2.4.2. ACTO JURÍDICO

Para establecer el estudio de los actos jurídicos nos apoyaremos principalmente en la doctrina francesa, y mencionando brevemente a la corriente alemana. La primera de ellas es la de los tratadistas franceses como: Bonnecase, Colín, Capitant, etc., que dividen a los hechos jurídicos según la doctrina francesa en dos grupos, en los hechos jurídicos en sentido estricto que comprende los hechos naturales y del hombre que producen consecuencias de derecho independientemente de la voluntad del mismo hombre y el de los actos jurídicos, que son aquellos donde interviene la voluntad del hombre, los cuales son explicados por Bonnecase de la siguiente manera:

⁷⁹ Cfr. HERRERÍAS SORDO, María del Mar, Op. cit., págs. 42 y 43.

El acto jurídico es una manifestación exterior de una voluntad bilateral o unilateral, cuyo fin directo consiste en engendrar, con fundamento en una regla de derecho o en una institución jurídica, a cargo o en provecho de una o varias personas, un estado, es decir una situación jurídica general y permanente o por el contrario un efecto de derecho limitado, que conduce a la formación, modificación o extinción de una relación de derecho.

Para el autor el acto jurídico comprende dos elementos: Uno que es el personal psicológico y voluntario y el segundo formado por el derecho objetivo; Al faltar uno de éstos elementos, no se producirá ningún efecto de derecho, de tal forma que si falta la voluntad, el derecho no puede producir por si solo el acto; si falta el derecho objetivo, no es suficiente la voluntad para que se produzca el acto, por que en tal caso el derecho no le reconoce efectos jurídicos.

En si, el acto jurídico no sólo son actos del hombre, sino que necesita de la manifestación de la voluntad, con la intención de producir consecuencias de derecho, y que además debe de existir una norma jurídica que regule tanto la manifestación de la voluntad como los efectos deseados por el autor. Se puede decir que el acto jurídico es la manifestación exterior de la voluntad de una o de más personas con el fin de crear, modificar, transmitir o extinguir derechos y obligaciones sustentado en el ordenamiento jurídico.

Para la doctrina alemana-italiana distinguen al acto jurídico; a los sucesos en los que interviene la voluntad humana, pero no es tomada en cuenta al atribuirle efectos jurídicos y designan el término de negocio jurídico, para los actos en los que la voluntad es dirigida a crear las consecuencias previstas en la norma jurídica. Es decir que en las dos interviene la voluntad pero en la primera las modificaciones en las relaciones jurídicas se dan por voluntad de la ley, no de los sujetos y en el segundo la manifestación de la voluntad esta orientada a la producción de consecuencias de derecho.

Dentro de los autores que han estudiado el acto jurídico se encuentra León Duguit, que considera que la definición más simple y exacta del acto jurídico es: "Todo acto de voluntad que interviene con la intención de que se produzca una modificación en el ordenamiento jurídico, tal como existe en el momento en el que se produce, o tal como existirá en un momento

Ahora el acto jurídico se constituye de dos elementos; Los de existencia y los de validez de los cuales se hablará ampliamente más adelante al hacer el estudio del matrimonio como un acto jurídico.

I. Se les denomina elementos esenciales o de existencia por que sin ellos no existe el acto jurídico. Dentro de los de existencia se encuentran:

1. La voluntad. La cual es designada por el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 1794 como consentimiento, él cual es manifestado en forma expresa o tácita. Esta voluntad también es denominada como consentimiento en los contratos y en los convenios. Es expresa, cuando se exterioriza por medio del lenguaje: oral, escrito o mímico y es tácita cuando se desprende de hechos u omisiones que de manera necesaria e indubitable revelan un determinado propósito, aún cuando el autor, de éste acto, no exteriorice su voluntad a través del lenguaje conforme al artículo 1803 del Código Civil.

2. El objeto. De los actos jurídicos se debe de distinguir un objeto directo y ocasionalmente un objeto indirecto. Este objeto directo consiste en crear, modificar, transmitir y extinguir derechos y obligaciones. Por su parte el objeto indirecto en los convenios consiste en la cosa o en el hecho materia del contrato. Es aquello que constituye el contenido de las obligaciones creadas, modificadas, transmitidas, o extinguidas por el acto jurídico. El objeto sobre el que recae la voluntad, se encuentra en el artículo 1794 fracción II, que se trata del objeto indirecto, que es el contenido de las obligaciones surgidas del acto jurídico.

Además el objeto debe de ser lícita y jurídicamente posible de acuerdo con el artículo 1827 del mismo Código. La imposibilidad física del objeto se da en virtud de que una ley de la naturaleza constituye un obstáculo insuperable para su realización. El objeto puede ser imposible jurídicamente, cuando pueda hacerse físicamente, pero una norma jurídica impida su realización de manera absoluta.

3. La solemnidad. De la cual se dice que es una forma esencial elevada y que es considerada como elemento de existencia de los actos jurídicos. A falta de éstos elementos esenciales, el acto no producirá ningún efecto jurídico.

Recordando que cuando en un acto jurídico falta uno de los elementos esenciales, el acto jurídico es inexistente para el derecho. Si no hay manifestación de la voluntad, no hay acto jurídico, o cuando existe ésta y no se propone ningún fin jurídico, así es que la voluntad debe de proponerse alguno de los efectos específicos del derecho. Finalmente si existe la manifestación de la voluntad para producir consecuencias de derecho, pero la ley no toma en cuenta ese deseo, por no encajar en la hipótesis normativa, tampoco habrá acto jurídico.

II Los actos jurídicos además deben de cumplir con los requisitos de validez, para que tengan plena eficacia y no puedan ser anulados, éstos requisitos de validez son los siguientes:

1. La capacidad. Con la cual debe contar el autor o autores del acto, dicha capacidad se divide en la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio, que no tienen las personas mencionadas en el artículo 450.

2. La ausencia de vicios en el consentimiento. Son considerados como tales; el error, el dolo y la violencia, regulados por los artículos 1812 al 1823 al considerar que el consentimiento no es válido si ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo.

3. La licitud en el objeto, motivo o fin del acto. Es decir el objeto no debe ser contrario a las leyes de orden público y a las buenas costumbres. La falta de éstos requisitos de validez pueden provocar nulidad absoluta o relativa del acto.

Como ya lo mencionamos con anterioridad, en el acto jurídico se requiere de la manifestación de la voluntad, que puede efectuarse por una exteriorización de la voluntad o bien por actos que revelen claramente la intención del sujeto de llevar a cabo acciones que el derecho reconozca y que originen consecuencias de derecho. Por ende no cualquier declaración de voluntad constituye un acto jurídico.

En caso de que en el concubinato pudiera haber una manifestación de la voluntad, ésta no tiene un propósito de tipo jurídico, sólo existe la intención en cuanto a su relación de unirse y convivir en forma marital, pero no contemplan cuales son las consecuencias jurídicas que puede originar esa unión, ya que su única intención es vivir juntos.

En el acto jurídico existe la intención de manera consciente de producir consecuencias de derecho, pero los concubinos al decidir unirse en muchas de las veces desconocen los derechos que les confiere la ley. En realidad no buscan producir consecuencias de derecho, por que las desconocen y en ocasiones su unión esta encaminada a vivir como marido y mujer pero sin crear un estado jurídico, ni una relación de derecho en común.

Por último debemos recordar que en el acto jurídico, debe de existir un ordenamiento jurídico en el cual se sustenta la voluntad de crear efectos de derecho. Mientras que en el concubinato aún cuando la tendencia de los legisladores recientemente ha sido la de reglamentar en forma más completa al concubinato, aún faltan aspectos por regular en los que existen vacíos legales, por lo que se tiene que recurrir a la jurisprudencia en aspectos específicos.

En base a los puntos expuestos concluimos que el concubinato no puede ser considerado como un acto jurídico y por consiguiente no se puede hacer el análisis de los elementos de existencia y de validez que son propios de los actos jurídicos.

2.4.3. HECHO JURÍDICO

Retomando la doctrina francesa del hecho jurídico, en sentido general habla del hechos jurídico comprendiendo todos aquellos acontecimientos naturales o del hombre que originan consecuencias de derecho.

Como definición, el hecho jurídico es un fenómeno natural o del hombre, que realiza la hipótesis normativa para que se produzcan las consecuencias de derecho, se diferencia del supuesto jurídico en que el supuesto es una simple hipótesis contenida en la norma en tanto que el hecho es la realización de la hipótesis.

El hecho jurídico implica la realización de la hipótesis, y ésta se lleva a cabo mediante un fenómeno natural al que se denomina hecho jurídico natural, o mediante una acción del hombre, prevista también en la norma al que se denomina hecho jurídico del hombre.

En los hechos naturales se parte de un fenómeno de la naturaleza realizados o no con la intervención del hombre. Por lo tanto el hecho jurídico se traduce en un fenómeno natural o en una acción del hombre, que tiene por objeto actualizar la hipótesis normativa.

Los hechos jurídicos son innumerables, pero se suelen hacer evidentes dos clases de hechos; los hechos naturales o eventos y los hechos del hombre, llamados actos. Los hechos naturales suelen ser simples acontecimientos de la naturaleza irrelevantes jurídicamente como la caída de una estrella o el amanecer. Los hechos humanos son actos que pueden ser irrelevantes jurídicamente como una invitación a cenar, el recitar una poesía, sostener una discusión etc. Son actos humanos no jurídicos aquellos que, por su naturaleza, no son materia de relaciones jurídicas y aquellos que tienen un interés no merecedor de protección jurídica.

Considera la doctrina francesa que hay hecho jurídico, cuando por un acontecimiento natural o por un hecho del hombre en el que no interviene la intención de originar consecuencias de derecho, no obstante se originan éstas.

La diferencia entre los actos jurídicos y los hechos jurídicos de acuerdo con la doctrina francesa no se encuentra en la intervención del hombre, toda vez que los hechos jurídicos pueden ser naturales y del hombre, y en éstos últimos existen los voluntarios y los involuntarios y los ejecutados contra la voluntad. Por lo tanto, hay hechos jurídicos voluntarios, ejecutados por el hombre, pero en ellos la voluntad no está animada por la intención de producir consecuencias de derecho; esos hechos jurídicos voluntarios pueden ser lícitos o ilícitos. En los hechos del hombre tenemos los involuntarios que son los realizados contra la voluntad y los voluntarios; En los voluntarios existe un punto esencial de contacto con los actos jurídicos, que es el fenómeno volitivo. Pero en el hecho voluntario, aun cuando interviene la voluntad, no existe la intención de producir consecuencias de derecho.

Los hechos voluntarios pueden ser lícitos e ilícitos los primeros comprende a los llamados cuasicontratos, en los que se considera a la gestión de negocios, el pago de lo indebido y ciertos casos de copropiedad, en virtud de que éstas acciones implican actos del hombre, en los que no hay la intención de originar consecuencias de derecho.

Dentro de los hechos ilícitos están los delitos y los cuasidelitos; en los delitos existe la intención de dañar pero no la de originar consecuencias de derecho, es por eso que no son actos jurídicos.

Para el Maestro Rafael Rojina Villegas, para su estudio del hecho jurídico hace una simple distinción entre los hechos naturales y los hechos del hombre, desde un punto de vista estricto de los hechos jurídicos, ósea, aquellos que producen consecuencias de derecho, solamente pueden clasificarse en dos grandes grupos: los hechos naturales y los hechos del hombre, clasificación distinta a la francesa que dentro del género de los hechos naturales subdivide una especie, la de los hechos voluntarios. En cambio para el autor el género de los hechos de la naturaleza que producen consecuencias jurídicas no constituye la especie de los hechos voluntarios, sino el género de los hechos del hombre. De acuerdo con esto los hechos naturales pueden ser; simples acontecimientos de la naturaleza, sin ninguna relación con el hombre y los hechos naturales relacionados con el hombre.⁸²

De tal manera que se hace la siguiente división: Los hechos puramente naturales, como acontecimientos de la naturaleza, que simplemente producen consecuencias de derecho, sin la intervención del hombre, y los hechos naturales relacionados con el hombre como: el nacimiento, la muerte o con los estados naturales, como por ejemplo la minoridad o la enajenación mental.

En el otro extremo de la clasificación están los hechos del hombre, que son todos aquellos acontecimientos en los que interviene la actividad del hombre, pero no precisamente de la voluntad. Comprende tanto el hecho voluntario como el involuntario o el ejecutado contra la voluntad. Indica que dentro de los hechos voluntarios, unos pueden ser actos jurídicos y otros quedar reducidos simplemente a la categoría de hechos voluntarios. En nuestro Código Civil, siguiendo al Código de Napoleón, se reserva el término de acto jurídico, no para el hecho voluntario sino para un especial acto de voluntad, que se lleva a cabo con la intención de producir consecuencias de derecho.

⁸² Cfr. ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Derecho Civil Mexicano*, Tomo V. *Obligaciones* Vol. II, séptima edición, Porrúa, México, 1998, pág. 10.

Con respecto a los hechos voluntarios, son los que tienen mayor relevancia, los cuales se subdividen en; hechos voluntarios lícitos y hechos voluntarios ilícitos, reconocidos ambos grupos por el código civil como fuente autónomas de las obligaciones. Se enumeran como hechos voluntarios lícitos los siguientes: la gestión de negocios, el enriquecimiento sin causa, sin que haya mala fe, la responsabilidad objetiva (el uso lícito de cosa peligrosa que causa daño), la posesión de buena fe y la accesión de buena fe.

En el grupo de los hechos voluntarios ilícitos se mencionan los siguientes casos: delitos, cuasidelitos, abuso de derecho, culpa contractual, accesión de mala fe y posesión de mala fe. Los primeros son los hechos ilícitos dolosos, siguen los hechos ilícitos culposos, llamados cuasidelitos el abuso del derecho y la culpa contractual por incumplimiento de las obligaciones contractuales o en sentido estricto la falta de diligencia en la conservación de la cosa ajena que se recibe por virtud de un contrato, por último la accesión artificial por mala fe, como una forma de adquirir la propiedad.

El Código Civil comprende como hechos jurídicos: El enriquecimiento sin causa, (con su especie el pago de lo indebido), la gestión de negocios, los hechos ilícitos. Todo hecho de voluntad, no es necesariamente un acto jurídico, todo mundo conviene fácilmente. Pero no es dudoso que ciertos efectos del derecho se produzcan sin que haya un acto de voluntad. Un acto voluntario que produce una modificación en el derecho, no es un acto, si en el momento en el que se realizó el acto, el agente no tenía la intención de que se produjese una modificación en el derecho.

El concubinato en la actualidad tiene una reglamentación más completa, producto de la integración de un nuevo capítulo que regula al concubinato en el Título Quinto del Matrimonio, pero sigue sin ser en estricto sentido un conjunto de normas ordenadas y sistematizadas a pesar de ello no deja el concubinato de estar contemplado, reconocido y regulado por la ley.

Como ya se estableció anteriormente, el concubinato carece de elementos de solidez, permanencia y organización para ser considerado como una institución, de igual forma no se puede considerar como un acto jurídico ya que éstos requieren de la exteriorización de la voluntad, con la intención de producir consecuencias de derecho.

2.5. REQUISITOS LEGALES DEL CONCUBINATO.

En el Código Civil del Distrito Federal establece determinadas características para considerar a una relación como concubinato. A continuación expondremos y analizaremos cada uno de los elementos esenciales que compone la relación concubinaria.

2.5.1. VIDA EN COMÚN

De la palabra “vida en común” se puede entender que vivan juntos, o en forma conjunta, es decir la vida que se lleva a cabo con otra persona. Recordemos que dentro de la definición de concubina en latín nos habla de la cohabitación de una mujer con un hombre como si fuera su marido, hecho del cual se desprende que los concubinos deben de vivir en un mismo lugar, como en los matrimonios, en que lo más usual, es que cuenten con una residencia común.

En opinión de algunos autores, la interpretación que se le debe de dar a esta disposición es que los concubinos deben de cohabitar en un mismo lugar y que para el ordenamiento civil éste es considerado un requisito indispensable.

Un rasgo que puede distinguir a una unión concubinaria de una mera relación circunstancial, es el de la cohabitación. Sólo con la cohabitación se puede hablar de una comunidad de vida; es decir posibilita a la pareja en mayor o en menor medida a compartir todas esas consideraciones que requieren de una corresponsabilidad, mutuo apoyo y solidaridad. En el concubinato el hombre y la mujer deben de tener como fin unir sus individualidad, para realizar una vida en común. Su unión debe implicar que tengan un mismo domicilio y por lo tanto una comunidad de lecho .

En el concubinato es insuficiente la simple manifestación recurrente de considerarse mutuamente como pareja. Para que jurídicamente se considere que hay un concubinato es necesario que esa voluntad de la pareja se concrete en los hechos, mediante una cotidiana convivencia.

El vivir distanciados nos habla de una simple amistad o de la negativa a establecer cualquier vínculo estable y el no querer parecer un matrimonio. Además la cohabitación debe de llevar consigo una comunidad de lecho la cual es difícil que se de cuando no hay una estrecha y cercana convivencia.

2.5.2. COMO SI FUERAN CÓNYUGES

Para algunos autores el “como si fueran cónyuges” se refiere a que vivan como una pareja, con una actitud como si se encontraran casados, éste debe de ser un elemento consistente en la posesión de estado de concubinato, es decir que viven como marido y mujer imitando la unión matrimonial. En la relación concubinaria hace falta la solemnidad y las formalidades que presenta el matrimonio, pero al exterior viven como casados, es decir que son considerados como un matrimonio en su entorno, sin que exista una distinción de los demás matrimonios por las personas que los rodean.

Por eso la doctrina francesa habla de un “matrimonio aparente” o matrimonio de hecho, refiriéndose a la situación de dos personas que sin estar casadas viven como marido y mujer, haciéndose pasar como tales. En el concubinato como figura que tiene gran similitud con el matrimonio debe además cumplir con otros elementos que caracterizan al estado matrimonial.

2.5.2.1. PUBLICIDAD

El concubinato consiste en una vida en común, una cohabitación y una comunidad de lecho, todo esto le da una apariencia de estado matrimonial, por lo tanto su convivencia debe de ser notoria, es decir no debe de ser ocultada por los sujetos, de lo contrario no podría hablarse de un estado matrimonial aparente. La pareja unida en concubinato debe de hacer patente su vida en común ante la sociedad. No se puede ocultar a aquella persona con la que se ha decidido formar una familia del conocimiento de los familiares, amigos, vecinos y público en general. Observando que en el caso del matrimonio es un acto solemne celebrado ante testigos y que tradicionalmente es visto no sólo como un acto familiar sino hasta como un evento de tipo social.

Dentro de la vida conjunta que lleva la pareja, implica que quienes viven en concubinato deben de ostentar públicamente su relación, lo cual no se refiere sólo a que comuniquen su relación de concubinos a quienes los rodean, sino que cuando se aparezcan públicamente deben de tratarse como marido y mujer. Autores opinan que los concubinos deben de presentarse como esposos ante terceros, pero no se requiere que lo hagan verbalmente, sino que basta el hecho de ostentarse como tales. Además consideran que una de las formas para probar la existencia del concubinato es la posesión de estado de concubinos la cual esta formada por el nombre, la fama y el trato, pero el único requisito de gran relevancia para probar el concubinato es el trato marital que se da entre los concubinos, el cual debe de ser abierto ante terceros.

La posesión de estado de concubinos se nutre del estado de permanencia y de la perdurabilidad en el tiempo en que ambos convivientes han asumido el rol de marido y mujer. Por eso se dice que no se puede diferenciar exteriormente el estado de las personas casadas de las que viven en concubinato.

2.5.2.2. SINGULARIDAD

Para algunos autores al ensayar sobre los elementos que debe de contener el concepto de concubinato establecen la figura de la singularidad. Este término indica que la totalidad de los elementos que constituyen al concubinato deben de darse únicamente entre las dos personas que conforman la relación, con la aclaración de que no se destruye la singularidad cuando alguno de los elementos se de entre uno de los concubinos y otro sujeto distinto en la medida de que ello resulte posible. Por ejemplo; la singularidad no se destruye cuando uno de los concubinos mantuviera una relación sexual momentánea.

En cuanto a la singularidad de la unión, se considera que se debe de tomar en cuenta que la posesión de estado de los concubinos, lo que se traduce, en una unión que sea estable, y monogámica como el mismo matrimonio. No obstante pudiera darse el caso que cualquiera de los convivientes pudiese llegar a mantener momentáneamente una relación sexual con una tercera persona, la cual sólo quedara como una relación fugaz sin consecuencias de otro orden.

Las relaciones sexuales están presentes en un matrimonio normalmente constituido, y de la misma semejanza que tiene la figura del concubinato con éste, se espera la presencia de las relaciones y con ello gran parte de su trascendencia jurídica. Recordando que la procreación es una de las vías para que se constituya la figura, para lo cual es necesario una interacción sexual entre la pareja. Entonces será la relación sexual lo que distinga a una relación de cualquier otra convivencia y que con el paso del tiempo o con la procreación se constituye en concubinato.

Este requerimiento sexual tiene una excepción; en relación a las uniones entre personas de edad avanzada, que debido a sus condiciones físicas no tienen la aptitud para lograr tener relaciones sexuales, por lo que no se puede negar los efectos jurídicos a una relación estable, continúa y monógama, solo por el hecho de que no ocurran relaciones sexuales entre la pareja lo que constituiría una injusticia para los adultos mayores que deseen vivir bajo esta figura.

2.5.2.5. HETEROSEXUALIDAD

Se requiere que las características de estabilidad y permanencia de la unión se den solamente entre un hombre y una mujer. Para que una relación tenga existencia jurídica y sanción se requiere que cumpla con el requisito fundamental exigido al matrimonio, esto es que se trate de una pareja heterosexual y que sin excepción alguna se trate de un sólo hombre con una sola mujer.

Para que exista el concubinato es indispensable que el vínculo jurídico sea entre un hombre y una mujer. De igual forma no se considerará como concubinato las posibles uniones entre dos mujeres y un hombre o aquellas que integren a más de dos individuos de distinto sexo. En tal caso el concubinato no existirá para el derecho.

A pesar de que en la actualidad existe una posición más abierta en relación a la sexualidad humana, aún existen temas que causan una gran controversia, como la homosexualidad y la unión de personas con esta orientación, por lo que la doctrina aún mantiene una posición conservadora, manifestando que una relación concubinaria necesariamente tendría que ser entre un hombre y una mujer.

2.5.3. EN FORMA PROLONGADA Y PERMANENTE

Debemos de establecer primero que en el concubinato como en el matrimonio no se puede hablar de una situación permanente o eterna por lo que la permanencia se debe de entender como el hecho de mantenerse en un mismo estado sin mutaciones, es decir que las personas que viven en concubinato deben de mantener su relación sin cambios, esto es, que su convivencia no tenga variaciones.

El concubinato requiere de una unión permanente y constante, por lo cual la concubina es precisamente la mujer que ha vivido con un hombre como su esposa por un tiempo prolongado. La convivencia de los concubinos no puede ser momentánea o accidental, debe de ser en forma duradera. Los concubinos deben de tener la firme intención de unirse en forma prolongada y permanente. Deben tener el animo de formar una sólida familia. El concubinato no debe de ser una convivencia temporal ni un matrimonio a prueba. No debe ser una simple cohabitación efímera o accidental.

Sobre la base de estos puntos, se descartan de ser consideradas como concubinato aquellas uniones transitorias y pasajeras entre un hombre y una mujer. Por su puesto también se desechan las aventuras de una noche que no tengan mayores consecuencias.

Los elementos de permanencia y estabilidad deben de ser tan claros y evidentes que no exista duda entre una pareja que decida constituir una nueva célula social de aquellas parejas heterosexuales que sean pasajeras o mas o menos permanentes en el tiempo; menos aún se puede confundir al concubinato con el adulterio o el incesto por mas reiterado o prolongado que sea, dado el carácter ilícito que implican éstas ultimas especies de relaciones heterosexuales.

Muchos autores además hablan de una temporalidad en la cual la relación se debe de sostener inmutable. Para que la figura surta sus efectos legales es necesario que los concubinos vivan juntos por un tiempo mínimo de dos años, pero se debe recordar que esa convivencia debió ser con un trato de marido y mujer ante los ojos de aquellos que los conocen.

Para los creadores de la doctrina, en su mayoría separan de la idea de concubinato aquellas relaciones que carecen de permanencia en el tiempo, además consideran que esa permanencia debe de estar ligada a la estabilidad. De tal forma que no consideran como concubinato a la unión sexual circunstancial o momentánea de un hombre y de una mujer ya que se requiere de una comunidad de vida que le de estabilidad a la unión, que se proyecta en la posesión de estado.

2.5.4. CONTINUIDAD

Una relación de tipo matrimonial que sea estable y solida, debe de tener una continuidad, ya que se requiere que los dos años de convivencia sean constantes y sin interrupciones.

No se puede considerar como concubinato aquellas relaciones en la que existe una práctica sexual, si los miembros constantemente se separan dejando de convivir durante prolongados lapsos de tiempos, en tal caso se estaría en presencia de una relación extramatrimonial esporádica basada únicamente en los encuentros sexuales sin que tuviera como base una autentica convivencia y menos aún el deseo de establecer un hogar, por lo tanto no produciría ningún afecto de tipo jurídico.

No existen criterios legales para determinar cual es el tiempo máximo que puede permanecer separada una pareja antes de que se rompa la figura, por lo cual los autores han aportado algunas tesis al respecto. La primera de ella sostiene que hay situaciones en que uno de los dos concubinos tiene que establecer su residencia en un lugar distante de su pareja, de manera temporal, ya sea por razones de trabajo, militares o incluso para cumplir una condena en prisión, pero no por ello se les debe de negar todo efecto jurídico a estas relaciones.

Señala que no debe de identificarse la convivencia de los concubinos con la cohabitación; por lo tanto si la separación no va aparejada de una voluntad real de terminar la relación concubinaria, no tiene porque considerarse como disuelta. En resumen la continuidad del concubinato debe de demostrarse, a través de la voluntad real de continuar juntos y no sólo en base a la convivencia material.

matrimonial, ya sea estando solteros o en su caso por haber disuelto conforme a derecho un anterior matrimonio, ya sea por haberse dictado una declaración de nulidad o por la muerte de su anterior cónyuge.

Una cuestión a considerar, es que si se pretende, que se reconozca al concubinato y se le otorguen derechos parecidos a los del matrimonio, es lógico pedir que cumpla de igual forma con los mismos requisitos que se exigen al matrimonio.

Primeramente debemos entender que los impedimentos han sido impuestos por la ley, pensando en proteger un interés general y la figura del matrimonio. Existe un interés en regular las uniones de pareja, pero ese interés público se ve lesionado cuando se da una unión sin respetar las formalidades previamente impuestas. Para lo cual se establece la necesidad de una ausencia de impedimentos matrimoniales para considerar que existe concubinato.

Los concubinos además de encontrarse libres de matrimonio deben de tener plena capacidad y aptitud jurídica para celebrar entre sí matrimonio en forma lícita. Es decir que no debe existir ningún impedimento matrimonial que afecte a ninguno de los convivientes y cuya contravención pudiera ser suficiente para declarar nulo su matrimonio en caso de celebrarlo a pesar del obstáculo legal. En el supuesto de que existiera impedimento en la pareja para la celebración de la unión, éste debe ser susceptible de dispensa, y no ser un obstáculo insuperable para el concubinato.

Siguiendo esta idea por supuesto que no pueden unirse en concubinato los pariente consanguíneos sin límite de grado en línea recta, en línea colateral igual, hasta el segundo grado, por estar expresamente prohibidas en todas las legislaciones civiles en especial en la familiar.

Aquellos que decidan vivir en concubinato, deben de satisfacer el requisito legal de capacidad jurídica necesaria para poder contraer matrimonio, esto es lógico si se tiene en mente que el efecto del concubinato es en esencia el mismo que el del matrimonio; el constituir una nueva familia, por supuesto con todas las consecuencias que trae consigo este hecho bio-socio-jurídico.

2.6. DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS DEL CONCUBINATO CON EL MATRIMONIO.

En la actualidad la familia se constituye como la célula básica de toda sociedad, de la misma manera tradicionalmente se ha considerado al matrimonio como la forma más idónea y sana para fundar una familia, de lo cual deriva la importancia que tiene el matrimonio en todos los sistemas jurídicos, por lo cual se ha regulado en forma detallada y precisa, además de ser procurada por los Estados.

Dentro de los temas de derecho civil el matrimonio, es la figura que más atención ha recibido, su importancia no sólo abarca el orden legal, sino que trasciende en el moral y social, por lo cual los especialistas de distintas áreas se han visto motivados a estudiar todos los aspectos que rodean a esta figura.

Antes de entrar al estudio del matrimonio es importante destacar que el matrimonio es la forma regular de constituir una familia. La figura del matrimonio puede ser considerada desde el punto de vista religioso y desde el punto de vista estrictamente civil. Desde el punto de vista religioso, dentro de la Iglesia Católica el matrimonio es considerado un sacramento, en el que interviene el sacerdote como testigo que da fe de su celebración y registrando el acto mismo, considerado como un contrato indisoluble y tiene ciertos impedimentos.

De acuerdo con la concepción civil el matrimonio es una realidad del mundo jurídico que en términos generales, puede definirse como un “acto bilateral, solemne, que produce entre dos personas de distinto sexo una comunidad destinada al cumplimiento de los fines espontáneamente derivados de la naturaleza humana y de la situación voluntaria aceptada por los contrayentes”.⁸⁵ La palabra matrimonio designa también la comunidad de vida formada por el marido y la mujer.

⁸⁵ DE PINA, Rafael. Op. cit., pág. 316.

Las definiciones del matrimonio en el derecho civil, pueden ser muy variadas, dependiendo de la posición que se adopte del matrimonio; que puede ser el de un contrato, un acto jurídico o como un estado permanente de vida.

En el Diccionario Jurídico Mexicano define al matrimonio como “institución o conjunto de normas que reglamentan las relaciones de los cónyuges creando un estado de vida permanente derivado de un acto jurídico solemne”⁸⁶. Para lo cual se basa en tres acepciones jurídicas: como un acto jurídico solemne celebrado entre un hombre y una mujer, como el conjunto de normas jurídicas que regulan dicha unión y como un estado general de vida que deriva de las dos anteriores.

El matrimonio como estado civil, se compone de un complejo de deberes y facultades, derechos y obligaciones, que tiene como fin la protección de los intereses superiores de la familia como; la protección de los hijos, la mutua colaboración y ayuda entre los cónyuges, este estado permanente de vida entre los cónyuges es consecuencia de la celebración de un acto jurídico.

El Código de Napoleón definió al matrimonio como “la sociedad del hombre y la mujer, que se unen para perpetuar su especie, para ayudarse mutuamente a llevar el peso de la vida y para compartir su común destino”⁸⁷.

La perpetuación de la especie y la ayuda recíproca entre los cónyuges para compartir su común destino, pueden ser los motivos para celebrar el matrimonio, pero todos ellos podrían realizarse satisfactoriamente fuera del matrimonio. Pero desde el punto de vista jurídico lo esencial radica en que a través del matrimonio, el grupo social familiar, encuentra una adecuada organización jurídica; que le otorga seguridad y certeza a las relaciones entre los consortes, la situación de los hijos, de sus bienes y de sus derechos familiares. Es así que el derecho a través del matrimonio se encarga de darle seguridad jurídica y certeza al grupo familiar y permite que se cumplan con sus finalidades sociales éticas y económicas dentro de la comunidad.

⁸⁶ Diccionario Jurídico Mexicano, I-O, Op. cit., pág. 2085.

⁸⁷ GALINDO GARFIAS, Ignacio, Op. cit., pág. 495.

Para Manuel Chávez Ascencio parte de la definición de matrimonio como; “compromiso jurídico público y permanente de vida conyugal”.⁸⁸ Concepción que le sirve como base para referirse posteriormente al concubinato.

En cuanto al **desarrollo histórico del matrimonio**, ha pasado por diferentes etapas históricas en las que se han presentado algunos datos esenciales. En épocas muy remotas se conoció el matrimonio por grupos, en que los hombres de un clan o grupo tomaban por esposas a las mujeres de otra tribu exogamia, tiempo después se dio el matrimonio por raptó y por compra que posteriormente se daría en Roma a través de la *coemptio*, que era la venta simbólica de la mujer al futuro marido, pagando un precio por ella. Incluso la ceremonia de la entrega de las arras en el matrimonio católico, podría tener sus antecedente remotos en el matrimonio por compra. En el derecho romano el matrimonio era un estado de convivencia de los consortes con la intención de considerarse entre sí como marido y mujer, y que se daba a través de las ceremonias conocidas como *coemptio* y de la *confarreatio* las cuales tenían como fin el constatar la voluntad de convivencia en calidad de esposos entre los contrayentes a lo cual se le conocía como *affectio maritalis*.

Aunque el matrimonio en un inicio era un hecho natural ajeno al derecho; posteriormente se fue organizando sobre una basa exclusivamente religiosa, finalmente llegó un momento en que adquirió carácter jurídico en el *Jus civile*, regulando los impedimentos para contraer matrimonio, así como los efectos del casamiento tanto en relación a los consortes como con los hijos, fortaleciendo la base social romana. El poder público intervino en la celebración del matrimonio, al desaparecer el matrimonio religioso, regulando las ceremonias en su realización esto durante el Imperio Romano. En esta época la Iglesia asumió para sí, toda intervención en la celebración del matrimonio y atribuyó competencia a los tribunales eclesiásticos para decidir cuestiones relacionadas con él. Para el Concilio de Trento de 1563, exigía la formalidad de que el consentimiento fuera otorgado en presencia del cura de una parroquia.

En el siglo XVI, el Estado recobró jurisdicción sobre el matrimonio en cuestiones económicas, en la separación de cuerpos de los consortes y de nulidad del matrimonio.

⁸⁸ CHÁVEZ ASECNCIO, Manuel. Op. cit., pág. 300.

En el siglo XVIII, el Estado paulatinamente privó de efectos civiles a los matrimonios religiosos, el gobierno imponía sus propios requisitos civiles, por lo que se dio una lucha entre el poder civil y el gobierno eclesiástico. Con la Constitución francesa de 1791 se declaró al matrimonio como un contrato civil, operando desde entonces en Francia y otros países, la secularización total de la legislación sobre matrimonio.

En nuestro país con la conquista española, la celebración del matrimonio y las relaciones jurídicas entre los cónyuges, se regularon de acuerdo con el derecho canónico. La iglesia católica por medio de sus ministros y tribunales eclesiásticos intervino para darle validez al matrimonio y en cuestiones que se derivaban de éste. Esta situación permaneció igual en México hasta el 23 de julio de 1859, en que el presidente Juárez promulgó una ley relativa a los actos del estado civil y su Registro por medio de la cual quedaron secularizados todos los actos relacionados al estado civil de las personas, y se le atribuyó al matrimonio la naturaleza de contrato civil, así el Estado reglamentó los requisitos para su celebración, los elementos de existencia y de validez etc.

Los Códigos Civiles de 1870 y 1884 (que rigieron en el Distrito y Territorios Federales) confirmaron la naturaleza civil del matrimonio y mantuvieron su carácter indisoluble. En el año de 1914 donde Venustiano Carranza promulga una Ley de Divorcio que declara disoluble el vínculo matrimonial, estas disposiciones quedaron confirmadas por la Ley de Relaciones Familiares de 1917, que tuvo vigencia hasta que entro en vigor el Código Civil de 1928 que actualmente rige en el Distrito Federal, a partir del primero de octubre de 1932.

En el Derecho Civil el matrimonio es observado con diferentes enfoques, respecto a su **naturaleza jurídica**; para algunos juristas es considerado como una institución, para otros como un contrato y para otros más como un estado permanente de vida.

La teoría del matrimonio como acto jurídico fue defendida por el tratadista de derecho constitucional francés León Duguit, encuadrando al matrimonio dentro de la esfera de los actos jurídicos condición; que establece que el estado de la persona casada, es determinado y regulado por la ley, sólo después del matrimonio, con lo cual se da la aplicación de todo un estatuto de derecho a un conjunto de individuos, para crear situaciones jurídicas concretas.

Lo que constituyen un verdadero estado, que no se agota con la realización de las mismas, sino que permite su renovación continúa. Es decir un sistema de derecho es puesto en movimiento en virtud de la celebración de un acto jurídico, que permite la creación constante de situaciones jurídicas.

La teoría del matrimonio -acto de poder estatal- es sostenida por Cicu, considerando que la constitución del matrimonio se realiza por el acto de pronunciamiento formulado por el Estado a través del encargado del registro civil, intervención que es activa y no meramente certificativa, la importancia que la declaración de la voluntad debe de ser dada al encargado del Registro Civil y por él recogida al momento del pronunciamiento que declara unidos a los consortes en nombre de la sociedad y de la ley, por lo que las declaraciones entre los esposos carece de valor jurídico, considera al matrimonio como constituido por un acto del poder estatal.

El matrimonio como institución jurídica, es defendida por el jurista francés Bonnacasse, al considerar que el matrimonio es una institución formada por un conjunto de reglas de derecho esencialmente imperativas, cuyo objeto es dar a la unión de los sexos y a la familia una organización social y moral que corresponde a las aspiraciones del momento, a la naturaleza del hombre, como a las directrices que en todos los dominios proporciona la noción de derecho.⁸⁹ La tesis de la naturaleza institucional se acerca más a la significación del matrimonio, que la contractual, pero aún no la explica en forma satisfactoria.

El matrimonio como un contrato ordinario; esta ha sido la postura tradicional desde que se separó el matrimonio civil del religioso. Tanto la ley como la doctrina han considerado al matrimonio como un contrato en el cual existen todos los elementos esenciales y de validez de un acto jurídico, apoyándose en el hecho de la manifestación del consentimiento hecha por los contrayentes ante el Oficial del Registro Civil para unirse en matrimonio. La idea contractual tuvo su influencia de Rousseau, quien expresa que “El matrimonio es el más excelente y antiguo de todos los contratos”, y es que fue el primer contrato que celebraron los hombres.

⁸⁹ BONNECASSE, en DE PINA Rafael, *Elementos del Derecho Civil Mexicano, Personas Familia*, Vol. I, vigésimaprimer edición, Porrúa, México, 2000, pág. 324.

En los Código Civiles de 1870, en su artículo 159 definía que: “El matrimonio es la sociedad legítima de un solo hombre con una sola mujer que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar la especie y ayudar a llevar el peso de la vida”, definición que reprodujo textualmente el Código Civil de 1884. En la Ley de Relaciones Familiares el artículo 13 decía “El matrimonio es un contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo disoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida”. Pero en el Código Civil vigente ya no se encuentra una definición de lo que considera como matrimonio, en el sentido de su naturaleza jurídica. Pero diferentes preceptos aluden al mismo dándole la categoría de contrato.

Para nuestra Constitución política en su artículo 130 se refiere al matrimonio como un contrato civil, por lo que la posición asumida por la legislación mexicana es la del acto jurídico. En los Códigos de 1870, 1884 y 1928, como ya lo mencionamos en el párrafo anterior, se refieren al matrimonio calificándole de contrato.⁹⁰ Es decir como un acuerdo de voluntades que produce derechos y deberes entre los cónyuges y sus hijos. De lo anterior se desprende que el matrimonio es considerado como un contrato civil, al cual se aplicarán los requisitos de existencia y de validez que rige para todos los actos jurídicos. La doctrina contractualista del matrimonio como explicación de su naturaleza jurídica tiene diversas versiones, presentándose como un mero contrato ordinario, como un contrato de los llamados de adhesión y como un contrato *sui generis* según los distintos autores adheridos a ésta posición. Esta posición doctrinaria ha sido criticada argumentando que el objeto de un contrato es un objeto o una cosa que se encuentra en el comercio, lo cual aplicado al matrimonio como la entrega recíproca de los cónyuges no puede ser objeto de un contrato.

Otra de las crítica es en relación a que en los contratos la voluntad de las partes, estando dentro de la ley, es la que fija los derechos y obligaciones, mientras que en el matrimonio aunque hay un acuerdo de voluntades, todos los derechos y obligaciones están predeterminados en la ley. Además en el caso de los contratos éstos pueden ser rescindidos por la sola voluntad de las partes, sin intervención del poder judicial, lo cual no ocurre en el matrimonio.

⁹⁰ Cfr. ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Compendio de Derecho Civil, Personas y Familia*, Tomo I, vigésima primera edición, Porrúa, México, 1986, pág. 293.

Esta concepción contractual del matrimonio ha sido debatida por los autores al considerar que no responde a la verdadera naturaleza de ésta institución, ni la explica satisfactoriamente. Para algunos autores la posición del legislador mexicano, al insistir en la naturaleza contractual del matrimonio responde a que sólo tuvo como objeto; el separar de manera radical el matrimonio civil del matrimonio religioso, de esta forma se le negaba el carácter de sacramento al matrimonio religioso. Por lo cual en el artículo 130 de la Constitución de 1917, se afirma que el matrimonio como contrato civil es de exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil. En consecuencia se argumenta que la intención del legislador fue el negar a la iglesia toda injerencia en la regulación jurídica del matrimonio, en la celebración del mismo, en las consecuencias del divorcio y en sus impedimentos.⁹¹

El artículo 147 del Código Civil para el Distrito Federal, prohíbe toda estipulación contraria a los fines del matrimonio pactada por los contrayentes. Por lo que no se podrá aplicar para la regulación de éste acto, en cuanto a los derechos y obligaciones, el sistema contractual, por no poder alterarse las disposiciones que imperativamente establece la ley, de este modo los consortes no pueden pactar condiciones o modalidades que afecten éste régimen considerado de interés público. En cuanto a la forma de disolver el vínculo matrimonial, la ley dispone que solo procederá por las causas señaladas por la misma o por el mutuo consentimiento de los consortes, que aún en este último caso no se puede dar sin la intervención de un Juez o del Oficial del Registro Civil. Entones el mutuo consentimiento de los consortes, no basta para disolverlo, requiriendo de la intervención de un funcionario del Estado, ya sea con la sentencia del Juez o con la declaración del Oficial declarando el divorcio.

El matrimonio constituye un estado jurídico entre los consortes, pues constituye una situación jurídica permanente que origina consecuencias constantes, presentandose en consecuencia el matrimonio como un estado de derecho. Pero en oposición existen estados de hecho como lo es el concubinato, pero aún cuando se inicie por un acto jurídico en realidad se perfecciona con la vida en común, que además es un deber de convivencia para los esposos, y que en caso de faltar ese estado puede darse el divorcio.

⁹¹ *Ibidem.* págs., 293 y 294.

El matrimonio al ser considerado como un contrato civil, se deduce que le son aplicables también los requisitos de existencia y de validez que rigen en general para todos los actos jurídicos. Recordemos que los elementos esenciales son aquellos sin los cuales el acto jurídico no puede existir, por faltar un elemento de definición, mientras que los de validez son elementos sin los cuales el acto jurídico sigue existiendo, pero estará afectado de nulidad absoluta o relativa, según lo disponga la ley.

En cuanto a los elementos esenciales se aplica la doctrina general relativa a los actos jurídicos, que aunque tiene una naturaleza especial, se le puede aplicar las disposiciones generales que regulan a los contratos de los demás actos jurídicos. Se sostiene que son elementos esenciales del acto jurídico; El consentimiento, la existencia de un objeto física y jurídicamente posible, así como la solemnidad.

1. En el consentimiento existen tres manifestaciones de la voluntad; la del hombre y la de la mujer manifestadas en un mismo sentido, el estar de acuerdo en unirse en matrimonio y la del Oficial del Registro Civil que exterioriza la voluntad del Estado al declararlos legalmente unidos en dicho matrimonio ante el mismo Estado y la sociedad.

2. El objeto en este caso de la institución del matrimonio; es el crear derechos y obligaciones y deberes entre los cónyuges como son el prestarse ayuda recíproca, debito carnal, guardarse respeto, fidelidad, contribuir económicamente al sostenimiento del hogar y procrear hijos de manera libre y responsable, para tales fines se impone la obligación a los consortes de hacer vida en común. El objeto además se requiere que sea física y jurídicamente posible y su imposibilidad generaría la inexistencia del acto.

3. La solemnidad, debe de distinguirse de las formalidades, ya que la solemnidad es un elemento esencial para la existencia del matrimonio y su falta produce la inexistencia del acto jurídico, las segundas solo se requieren para su validez.

La solemnidad es una formalidad que la técnica jurídica ha elevado a elemento de existencia, en el Código Civil el matrimonio deberá celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que la ley señale. Las formalidades que se requieren son:

- A) Que la voluntad de los consortes se asiente en una acta.
- B) Que se haga constar la voluntad de los consortes, así como la declaración del Oficial del Registro Civil que los declare marido y mujer ante la ley y la sociedad.
- C) Que se determine el nombre y apellido de los contrayentes.

Los elementos de validez de todo acto jurídico son;

1. La capacidad
2. La ausencia de vicios en la voluntad
3. Licitud en el objeto (motivo o fin)
4. Firma, cuando la ley lo requiera.

El artículo 103 del Código Civil establece las formalidades que deberán observarse en la celebración del matrimonio y en la redacción de la respectiva acta, a excepción de la fracción IV, relativa al consentimiento de los contrayentes, la VI respecto a la declaratoria que hace el Oficial del Registro, así como el otorgamiento de la acta en el libro correspondiente, éstos por ser elementos de existencia.

1. El primer elemento de validez es la capacidad, dentro de la cual es necesario distinguir entre la capacidad de ejercicio y la de goce. La capacidad de goce, se refiere a la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, que se da desde el momento del nacimiento, e incluso se le confiere derechos al no nacido. La capacidad de ejercicio es la facultad que tiene una persona para hacer valer por sí mismo sus derechos, cumplir sus obligaciones, contratar y comparecer en juicio por su propio derecho, ésta capacidad de ejercicio presupone la capacidad de goce. En nuestro derecho tienen capacidad de goce los hombres y las mujeres al llegar a la edad de 16 años. Los menores, sin el consentimiento del o de los que ejercen la patria potestad, carecen de capacidad de goce para celebrar dicho acto a menos que medie dispensa por causa grave o justificada.

La capacidad de ejercicio en el matrimonio supone la capacidad de goce. Por lo tanto los contrayentes deberán tener 18 años para ejercer los derechos y cumplir con sus obligaciones dentro del matrimonio, además se requerirá no padecer locura o enfermedad, pero si se efectúa a pesar de la presencia de impedimentos, estará afectado de nulidad.

2. En cuanto a la Ausencia de vicios en el consentimiento. Tomando en cuenta que el artículo 1859 hace extensivas las reglas sobre contratos a todos los demás actos jurídicos y que para el artículo 1795 una de las cinco causas de invalidez del contrato es la existencia de vicios en el consentimiento; Luego entonces el consentimiento en el matrimonio debe de estar libre de error, dolo o violencia, regulados por el Código Civil del artículo 1812 al 1823.

Por lo tanto la ausencia de vicios en el consentimiento constituye un elemento de validez. El error como vicio del consentimiento en el matrimonio, se da en el supuesto del artículo 235, fracción I, y 245, que son causas de nulidad tanto el error en la persona con quien se contrae matrimonio, como la violencia física y moral, cuando se presente en las circunstancias descritas en las tres fracciones del citado artículo.

El artículo 1815 del Código Civil establece que “se entiende por dolo en los contratos cualquier sugestión o artificio que se emplee, para inducir en error o para mantener en él a alguno de los contratantes y por mala fe la disimulación del error por una de las partes una vez conocido”.

En cuanto a la violencia en el consentimiento, se puede presentar de dos formas, como violencia física y la moral. Las amenazas o en su caso la fuerza física producen un temor en aquel que va a intervenir en el contrato o en la persona que ejerce la patria potestad o tutela y parientes hasta el cuarto grado. De acuerdo con lo establecido en el artículo 245 del Código Civil del D.F., el error y la violencia producen una nulidad relativa.

3. Licitud en el objeto motivo o fin. Siguiendo con la aplicación de las disposiciones generales del acto jurídico al matrimonio. Se requiere que el acto tenga un fin lícito en el objeto motivo o fin.

Primeramente el objeto consiste en los derechos, deberes y obligaciones que se producen con el vínculo matrimonial como son el contribuir al sostenimiento del hogar, el administrar los bienes, resolver en común acuerdo el manejo del hogar, decidir libremente sobre el número y espaciamiento de los hijos, etc.

En atención al artículo 147 se deduce que nuestro Código considera como fines del matrimonio la perpetuación de la especie y la ayuda mutua que se deben los consortes. Considerando como no puesto cualquier pacto o condición contrario a éstos fines. En el caso de ilicitud en el fin o en la condición, no se establece la nulidad del acto jurídico, como es la regla general, sino que subsiste el matrimonio, pero considerando como nulos los pactos contrarios a esos fines o se tienen como no puestas las condiciones que pretendan contrariar a los mismos.

El fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan no debe ser ilícito. Ahora bien se considera como ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público y a las buenas costumbres, establecido en el artículo 1830 del mismo Código Civil para el Distrito Federal.

4. La Formalidad. Además de las solemnidades que debe cumplir el matrimonio, existen otros requisitos, otras formas que también se requieren en el matrimonio y cuya falta producirá la nulidad. Las formalidades se encuentran contempladas junto con las solemnidades en los artículos 102 y 103 Código Civil y son las siguientes:

- a. En la acta de matrimonio se hará constar edad, ocupación, domicilio de los consorte y su edad.
- b. El consentimiento de los padres, abuelos, tutores, o de las autoridades que deban suplirlos, así como sus generales.
- c. Si existe impedimento o si éste fue dispensado.
- d. La manifestación de los cónyuges sobre el régimen patrimonial elegido.
- e. Los datos personales de los testigos y el grado de relación que guarda respecto a los cónyuges.

Cabe mencionar que no todas las formalidades son indispensables para la validez del matrimonio, es decir que hay datos de menor relevancia para que el matrimonio se celebre y que pudieran omitirse sin mayores consecuencias. De lo anterior podemos resaltar que el matrimonio es considerado como un contrato, como institución y como un estado civil, por su parte el concubinato es una simple unión de hecho, que no reúne las características de una institución.

Una vez desarrollado el tema del matrimonio, en sus aspectos más sobresalientes y desde diversas posturas jurídicas nos daremos a la tarea de relacionarlo con el tema del concubinato, objeto de ésta tesis. Para lo cual analizaremos cuales son las diferencias y coincidencias que guardan éstas dos importantes figuras del derecho civil. En relación a este tema numerosos autores han hecho obligadas comparaciones entre el concubinato y el matrimonio, considerando a el primero como uno de los problemas más amplios e importantes del derecho de familia.

Para López del Carril una de las diferencias del concubinato con el matrimonio es que en éste es imprescindible la voluntad matrimonial de los contrayentes expresada en la exteriorización del consentimiento libremente expresado. Establece que el hombre y la mujer en el matrimonio civil quieren ser marido y mujer y lo manifiestan al exterior ante el Oficial del Registro Civil o ante el sacerdote en el matrimonio religioso.⁹² Precizando que en la exteriorización de la voluntad se halla clara y determinada la diferencia con el matrimonio, ya que en el concubinato no hay manifestación interna ni exteriorización de que ambos concubinos se unen en matrimonio, ellos solo quieren vivir juntos. Pero no hay un consentimiento específico matrimonial ni oficial que lo reciba.

Galindo Garfias distingue el matrimonio del concubinato, en que el matrimonio produce plenitud de efectos jurídicos, derechos y obligaciones, facultades y deberes, tanto entre los cónyuges como en relación a los hijos y sus bienes; da lugar al parentesco por afinidad; En cambio los efectos reconocidos por la ley al concubinato son limitados. Menciona que el matrimonio es un acto y un estado que el derecho sanciona y protege plenamente. La disolución del vínculo matrimonial, debe de ser pronunciado por un órgano del poder público, después de que se ha probado plenamente la existencia de causas graves y que hacen imposible y no deseable socialmente la vida conyugal; mientras que el concubinato puede ser disuelto, en cualquier momento por voluntad de cualquiera de los concubinos, sin que el derecho intervenga o deba intervenir para procurar el mantenimiento de esa situación de hecho, su permanencia y solidez es jurídicamente indiferente y queda abandonada a la sola voluntad de los concubinarios.⁹³

⁹² LÓPEZ DEL CARRIL. Op. cit., pág. 5001.

⁹³ GALINDO GARFIAS. Op. cit., págs. 504 y 5005.

Para Chávez Asencio el matrimonio es un compromiso jurídico, sancionado por la ley, en donde el hombre y la mujer se unen en los términos y solemnidades prescritas en la misma, en el concubinato no hay un compromiso sólo la voluntad de unirse de hecho. No hay voluntad de unirse conyugalmente, no desean que surjan derechos, deberes y obligaciones de esta unión. Aún cuando no existe la voluntad de producir efectos, por parte de los concubinos la ley reconoce algunos efectos. Refiere que el momento de iniciar el concubinato es impreciso y surge la duda de cuando empezó la cohabitación para iniciar el computo de los años.⁹⁴

En resumen del anterior análisis del matrimonio, y de las diferencias señaladas por los autores entre la figura del matrimonio y la del concubinato podemos mencionar las siguientes diferencias:

-En lo referente a la posición sobre la naturaleza jurídica; como ya se expuso, tradicionalmente en las legislaciones posteriores a la Revolución Francesa, se consideró al matrimonio de naturaleza contractual, posición adoptada por nuestra constitución. En cuanto al concubinato éste sólo constituye un hecho social y jurídico del hombre. Por lo que la ley no determina requisitos de existencia ni de validez en la figura del concubinato, como consecuencia los vicios en el consentimiento no tienen consecuencias jurídicas de existencia o de nulidad. Al no ser considerado un acto jurídico, el Código Civil no determina ningún requisito de existencia ni de validez en el concubinato.

-El concubinato no está previsto en la ley como una institución jurídica, solo se menciona la relación sexual entre el hombre y la mujer, que con ciertas características, se le califica como concubinato, y al que la ley otorga ciertos efectos.

-El matrimonio es un compromiso jurídico por que está contemplado y reglamentado en la ley, desde su constitución, los derechos, deberes y obligaciones que surgen, y sus fines hasta la terminación. El concubinato no está previsto como un compromiso jurídico por no estar sustentado en la ley. Si existe un compromiso será de otra índole ya que no se realiza ante un representante del estado.

⁹⁴ CHÁVEZ ASENCIO, Op. cit., págs. 300 y 3001.

-El matrimonio es permanente. Todo lo relativo a la institución del matrimonio es considerado de orden público, por lo que la sociedad está interesada en su mantenimiento y sólo por excepción la ley permite que se rompa el vínculo matrimonial. En el concubinato no hay permanencia, sino una cierta temporalidad para que la unión produzca efectos.

-En inicio del matrimonio se da por un acto jurídico solemne, conocido por boda, acto que es reglamentado en su totalidad por el Código Civil. El concubinato puede iniciar en cualquier momento, y con cualquier motivo. No hay una expresión del consentimiento ante el juez, dos testigos y la comunidad. Por lo que su inicio queda impreciso, sin prueba alguna del inicio de la unión.

-El matrimonio produce diversas consecuencias entre los esposos, con respecto a los contrayentes, con respecto a los hijos y frente al Estado: Primeramente con respecto a los cónyuges, su estado civil pasará del estado de solteros al de casados, El estado civil de los concubinos no sufre ningún cambio de acuerdo con lo establecido en el Código Civil para el Distrito Federal. El matrimonio produce el parentesco por afinidad entre un cónyuge y la familia del otro, y el parentesco por consanguinidad respecto de los hijos y sus descendientes. En el concubinato también se da el parentesco por consanguinidad con respecto a los hijos y sus descendientes, y aunque anteriormente no existía un lazo de parentesco con la familia de la pareja, recientemente se reconoció que el concubinato también creaba un parentesco por afinidad.

-En el matrimonio se crea un régimen patrimonial de los bienes. Este régimen matrimonial regula los aspectos económicos entre los cónyuges y de éstos con terceros. En nuestro país existe el régimen de separación de bienes, el régimen de sociedad conyugal, e inclusive se puede dar uno mixto, en base al contenido de las capitulaciones matrimoniales, las cuales pudieran combinar elementos de los dos regímenes de bienes.

-En el concubinato no se tienen un régimen patrimonial que regule las cuestiones económicas de los concubinos entre si y con respecto a terceros, por lo que en caso de la terminación de la relación concubinaria, cada uno de las partes, conservaría los bienes que le pertenecen.

En caso de que los concubinos hubieren adquirido bienes en forma conjunta, en el momento de disolverse la unión se seguirán las reglas de la copropiedad, entendiéndose que adquirieron los bienes en partes iguales, salvo pacto en contrario.

-La unión matrimonial crea un patrimonio de familia, que es protegido por el artículo 723 del Código de la materia, el cual puede estar constituido por la casa habitación, el mobiliario de uso doméstico y cotidiano, una parcela cultivable y los instrumentos propios de su actividad o profesión. En el caso del concubinato con las recientes reformas se ha reconocido que la familia de hecho también puede constituir un patrimonio de familia.

-En el matrimonio los cónyuges por si solos **no pueden disolver el vínculo matrimonial**, pues requieren la intervención de la autoridad, ya sea administrativa en el caso de divorcio ante el Juez del Registro Civil o por decisión judicial en el divorcio voluntario o contencioso. El concubinato en cambio termina por la libre voluntad de cualquiera de los concubinos, sin el conocimiento o intervención de la autoridad civil.

-El matrimonio es público, debido a la solemnidad de celebrarse ante el Juez y con testigos cumpliendo con requisitos legales, en cambio el concubinato puede empezar de improviso, en cualquier momento ya sea por una relación fugaz, carencia de dinero u otras circunstancias. El consentimiento no se expresa en forma pública ante el Juez del Registro Civil, sacerdote, testigos y la comunidad, la voluntad de unirse sólo la conocen la pareja, por lo tanto el compromiso no es público y no hay prueba escrita de ello.

-Es trascendental en el concubinato la falta de solemnidad y formalidades, que origina una falta de compromiso, no solo por la falta de un simple papel, sino en una voluntad no del todo clara en cuanto al deseo de constituir y responsabilizarse de una auténtica familia. Esta falta de compromiso podría causar el incumplimiento de deberes personales en la unión; así como infidelidades. De las anteriores consideraciones se puede establecer, que aunque existen grandes semejanzas entre el matrimonio y el concubinato como son la cohabitación, la procreación, la vida marital, y el auxilio mutuo, sin embargo el matrimonio es un acto jurídico perfectamente reconocido y regulado por las leyes, así como aceptado socialmente. Por su parte el concubinato es considerado sólo un hecho jurídico.

Es una situación de hecho de la que el derecho se ha ocupado, reconociéndole paulatinamente ciertos efectos jurídicos en favor de los hijos y en algunos otros de la pareja.

2.7. DIFERENCIAS DEL CONCUBINATO CON EL AMASIATO.

Tradicionalmente se ha relacionado el concubinato con el amasiato, aunque realmente son figuras con grandes y notables diferencias, desde las históricas, en cuanto a los elementos que la integran, y hasta su carácter legal. Para establecer las diferencias entre éstas dos figuras empezaremos por exponer el concepto de amasiato. Autores como Guitrón Fuentesvilla han definido al amasiato como “la unión de hecho fundada en la relación sexual, y que no produce consecuencias jurídicas, la cual se da entre una persona casada y otra soltera, o entre personas casadas que tienen relaciones sexuales con otras distintas a su cónyuge”.⁹⁵

Esta definición coincide con lo que es considerado adulterio, en el Diccionario Jurídico Mexicano; al establecer que en el lenguaje común, se entiende por adulterio a “la relación sexual de una persona casada con otra que no es su cónyuge”.⁹⁶ Señala que no se puede dar una definición legal del adulterio, ya que el Código Penal sanciona ésta conducta pero no la describe, con lo cual se violaba el principio de legalidad consagrado en el artículo 14 Constitucional. Fundado, en que el tipo siempre describe la conducta que se prohíbe y al no existir esta no puede haber una adecuación a la conducta castigada, por lo cual se plantea en la doctrina el problema de la violación al principio de legalidad.

No obstante la relación que existe entre el amasiato y el adulterio, se pueden diferenciar en que el amasiato se usa en el lenguaje común, y es relacionado con la llamada “casa chica”, mientras que el adulterio es un término utilizado en el derecho penal, para referirse a las relaciones sexuales que sostiene una persona casada con una persona distinta a su legítima pareja y que se llevan a cabo con escándalo en el domicilio conyugal. Con esta conducta además se viola la fidelidad que debe de existir entre los cónyuges, lesionando a la familia y a la sociedad en general.

⁹⁵ GÜITRON FUENTEVEILLA. Op. cit., pág. 22.

⁹⁶ Diccionario Jurídico Mexicano. A-CH, Op. cit., pág. 115.

De las definiciones anteriores se pueden hacer los siguientes señalamientos:

- a) Es una unión de hecho no matrimonial, es decir que las personas que tienen éstos encuentros no están unidas matrimonialmente entre sí.
- b) Al basarse en las relaciones sexuales, es necesaria la presencia de éstas.
- c) En ésta relación debe de haber por lo menos una persona que se encuentre comprometida en matrimonio.
- d) En consecuencia de la anterior característica se considera una relación sexual ilícita.
- e) Las relaciones sexuales se dan con una persona distinta de su cónyuge de ahí su coincidencia con el adulterio, aunque éste exige se cometa en el domicilio conyugal o con escándalo.

Del anterior análisis del amasiato podemos advertir las siguientes diferencias:

·En el concubinato el varón y la mujer deben de estar libres de todo impedimento matrimonial, mientras que en el amasiato siempre existirá un matrimonio subsistente en uno de los dos, en el concubinato no hay adulterio ni bigamia.

·En el concubinato se requiere de una vida en común, en el amasiato no hay tal convivencia, y aún menos un comportamiento conyugal.

·En el concubinato se requiere de una convivencia mínima de dos años, o la procreación de un hijo, en el amasiato no se requiere de una temporalidad o de la procreación para configurarse.

·El concubinato exige una singularidad, es decir que la pareja debe de ser monogámica además del deber de fidelidad, caso opuesto se da en el amasiato que requiere de una infidelidad hacia el cónyuge.

·Por último el amasiato es una relación ilícita y sancionable, el concubinato no lo es.

No debe de existir una confusión entre estas dos figuras ya que el amasiato es una relación sexual sin permanencia, que viola el respeto y la fidelidad entre los cónyuges, y considerado como delito. La figura del concubinato es totalmente distinta al amasiato, es mucho más compleja con evolución y presencia histórica, considera como una unión lícita, estable y continúa, además de compartir características y efectos similares a los del matrimonio.

CAPITULO TERCERO

EFFECTOS JURÍDICOS DEL CONCUBINATO

De la relación en donde el hombre y la mujer se unen en forma libre y voluntaria para convivir en forma estable por un tiempo prolongado para cumplir con los fines del matrimonio como lo son una vida en común y la procreación. De esta unión surten efectos jurídicos aún cuando no sea la intención de la pareja. Estos efectos se dan en distintas esferas y comprenden; las que se producen entre los concubinos; los que se originan en relación a los hijos; respecto a los bienes y en relación a terceros.

Para algunos autores muchos de los efectos que nacen de la relación concubinaría no se encuentran reglamentados o comprendidos dentro de la legislación como consecuencia directa del concubinato, ya que unos derivan de la doctrina y de la jurisprudencia, es decir, que muchos efectos se originan de aplicar normas de Derecho común. Dentro de los efectos que se derivan, no sólo son derechos y obligaciones, también hay deberes de tipo personal.

3.1. EFFECTOS JURÍDICOS ENTRE LOS CONCUBINOS

La relación estable entre el hombre y la mujer que no ha sido formalizada, produce consecuencias de derecho, siempre y cuando sea en forma continúa y permanente. Los derechos que surgen entre los concubinos pueden ser en cuanto a los alimentos, en relación a los bienes y de tipo sucesorios. Pero además existen deberes de tipo personal entre ellos.

3.1.1. DERECHO A PERCIBIR ALIMENTOS

El reconocimiento de los derechos que se crean entre los concubinos, fue producto de un proceso largo. En nuestro país se adoptó una postura tradicional influenciada por los Códigos Europeos, como el Francés en los que no se le reconocía ningún tipo de derechos a las personas que vivían en concubinato. De tal forma que en los Códigos de 1870 y 1884 ignoraron aquellas uniones no matrimoniales entre el hombre y la mujer, como si no existieran.

En materia de alimentos, en un principio sólo había una obligación civil exigible, aplicada sólo para los cónyuges de prestarse entre sí alimentos, y se requería que alguno de los concubenarios hubiere muerto para que el otro tuviera derecho a los alimentos en caso de sucesión testamentaria, en el artículo 302 del Código Civil para el Distrito Federal (Que en adelante en este capítulo nos referiremos a el, simplemente como Código Civil). Posteriormente en el mismo artículo se obligo a darse alimentos en igual forma a los concubinos, siempre que cumplieran con los requisitos previstos en el artículo 1635.

En la actualidad al haberse suprimido parte del contenido del artículo 1635, los requisitos que realmente se deben de reunir son los contenidos en el capítulo XI, del Título Quinto, del Libro Primero del Código Civil, que es precisamente el capítulo denominado “Del concubinato”.

Dentro del Título segundo “De la Sucesión por Testamento”, en el artículo 1368 determina las personas a **las que el testador está obligado a dejar alimentos**, refiriéndose en la fracción V; a la persona con quien el testador vivió como si fuera su cónyuge y que además de reunir las características del artículo 291 Bis y subsiguientes debe de reunir las siguientes características:

- a) Que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato.
- b) Que el superviviente esté impedido para trabajar y
- c) Que no tenga bienes suficientes.
- d) Que no contraiga nupcias; Por que en tal caso dejaría de ser concubina para convertirse en cónyuge, naciendo los derechos y obligaciones del matrimonio.
- e) Que observe buena conducta. Lo cual representa un elemento totalmente subjetivo. La autoridad competente tendrá que hacer una valoración para determinar si la concubina, observó una buena conducta.

Al respecto el artículo 1373 del Código Civil señala las **reglas a seguir cuando la masa hereditaria no es suficiente** para proporcionar alimentos a todos aquellos que tienen derechos a ellos. En éste caso se sigue el siguiente orden:

1. Primeramente se ministrarán a descendientes (No se hace una distinción entre legítimos e ilegítimos) y cónyuge supérstite a prorrata;
2. Una vez cubiertas las anteriores pensiones, se suministrarán a prorrata a los ascendientes;
3. Después se ministrarán a prorrata la de los hermanos y la concubina; y
4. Por último se ministrarán a prorrata a los demás parientes colaterales dentro del cuarto grado.

En este listado, es de notarse que la concubina es considerada en un orden menor de importancia, después de los hijos, el cónyuge y los ascendientes y **puesta hasta el cuarto lugar junto con los hermanos**. Se debería de tomar en cuenta que en el concubinato es una relación manogámica, luego entonces al no haber un cónyuge, ese lugar vacío bien puede ser ocupado por la concubina.

Pensamos que al colocar casi al final el turno de la concubina se desmerita a la persona que vivió con el de *cujus* como si fuera su cónyuge, además se debe señalar que al ser insuficientes los bienes para dejar alimentos a todos los que aparecen en el listado, es poco probable que alcancen para una persona que se encuentra en el penúltimo lugar. Se debe aclarar que aunque en éste artículo se habla de la concubina por regla general, también puede darse el supuesto en que el **concubino quede desprotegido**, es decir que quede impedido para trabajar.

Actualmente la referencia más directa al derecho que tienen los concubinos a los alimentos se encuentra en el artículo 291 Quater dentro del Capítulo XI del Concubinato, que establece que el concubinato genera entre los concubinos derechos alimenticios y sucesorios independientemente de los demás derechos y obligaciones que les otorguen otras leyes.

Es importante determinar que se entiende por alimentos. El artículo 308 enumera que comprenden los alimentos, refiriéndose en su fracción I, los alimentos entre los concubinos.

I. La comida, el vestido, la habitación, la atención médica y hospitalaria, incluyendo para el caso de la mujer; los gastos de embarazo y parto.

En la fracción II, establece los alimentos respecto a los menores. En la fracción III, establece que en relación a las personas con algún tipo de discapacidad o declarados en estado de interdicción, lo necesario para lograr, en lo posible, su habilitación o rehabilitación y su desarrollo. En la Fracción IV, prevé que en cuanto a los adultos mayores que carezcan de recursos, lo necesario para su atención geriátrica, procurando integrarlos a la familia para proporcionarle los alimentos.

La concubina y el concubinario tienen derecho a ser alimentados al cesar la convivencia careciendo de ingresos o bienes suficientes para su sostenimiento y por un tiempo igual al que haya durado el concubinato, pero no podrá pedir alimentos quien:

- a. Haya demostrado ingratitud.
- b. Viva en concubinato o contraiga nuevas nupcias.

Existe un problema al determinar cuando una persona cuenta con los bienes suficientes para su sostenimiento, resulta muy subjetivo. A nuestra consideración esta expresión significa que carezca de los más indispensable para su subsistencia como; comida, vestido y vivienda.

Por último el determinar cuando se da la ingratitud, será un problema que tendrá que resolver el juez de lo familiar dentro del procedimiento correspondiente, para poder negar el derecho a ser alimentado.

3.1.2. DERECHOS SUCESORIOS

Como ya lo observamos en el capítulo correspondiente a los antecedentes históricos del concubinato, el reconocimiento de los efectos jurídicos que se producen de éste tipo de relación no se dio conjuntamente con el surgimiento de la figura misma, sino que se requirió de una constante lucha al interior de la sociedad, así como de una evolución de ideas, posiciones y criterios legales que paulatinamente transformarán las instituciones.

En los Códigos de 1870 y 1884 al tener un corte tradicionalista, desconocieron al concubinato como una forma de unión entre el hombre y la mujer, por lo tanto se le negó todo tipo de reconocimiento jurídico. No fue hasta el Código Civil de 1928 cuando por vez primera se reconoció al concubinato como una forma de constituir una familia, reconociéndole en su exposición de motivos ciertos efectos jurídicos principalmente en favor de los hijos producto de esas relaciones, así como de la mujer.

Los derechos sucesorios en favor de la concubina fueron consagrados en el artículo 1635 que disponía lo siguiente: “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 hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato, tienen derecho a heredar conforme a las reglas siguientes:

I. Si la concubina concurre con hijos, que también sean del autor de la herencia, se observará lo dispuesto por los artículos 1624 y 1625; (de la sucesión de los cónyuges)

II. Si la concubina concurre con descendientes del autor de la herencia, que no sean también descendientes de ella, tendrán derecho a la mitad de la porción otorgada a un hijo;

III. Si concurre con hijos que sean suyos y con hijos que el autor de la herencia tuvo con otra mujer, tendrá derecho a las dos terceras partes de la porción de un hijo;

IV. Si concurre con ascendientes del autor de la herencia, tendrá derecho a la cuarta parte de los bienes que forman la sucesión;

V. Si concurre con parientes colaterales dentro del cuarto grado del autor de la sucesión, tendrá derecho a una tercera parte de ésta;

VI. Si el autor de la herencia no deja descendientes, ascendientes, cónyuges o parientes colaterales dentro del cuarto grado, la mitad de los bienes de la sucesión pertenecen a la concubina y la otra mitad a la Beneficencia Pública. En los casos de las fracciones II, III y IV se observará lo dispuesto en los artículos 1624 y 1625, si la concubina tiene bienes.

Si al morir el autor de la herencia tiene varias concubinas en las condiciones mencionadas al principio de éste artículo, ninguna de ellas heredará.⁹⁷ Estas disposiciones se mantuvieron hasta antes de 1938.

El otorgarle el derechos a la concubina en la sucesión, significaba un gran avance para la época, sobre todo por que la concubina aún era vista como la amante producto de la regulación que hacían los códigos anteriores, así el reconocimiento de éstos derechos representaba un ataque directo a la institución del matrimonio. Para lo cual se tuvo que demostrar el error en que se caía al identificar al concubinato con el amasiato: señalando que en el primero, la pareja ésta libre de matrimonio siendo ambos solteros mientras que en el segundo hay por lo menos un matrimonio anterior con una tercera persona y que constituye un impedimento.

En la exposición de motivos del Código Civil de 1928, se consideró justo que la concubina que hacía vida marital con el autor de la herencia, al morir éste, teniendo hijos de él, o que vivió en su compañía los últimos cinco años que precedieron a su muerte, tuviera alguna participación en la herencia legítima, pues en la mayoría de los casos, que se reúne las expresadas circunstancias, la mujer es la verdadera compañera de vida contribuyendo a la formación de los bienes. El derecho de la concubina tiene lugar siempre que no haya cónyuge supérstite, pues se rinde homenaje al matrimonio.⁹⁸ Pero aún la concubina tiene derecho a heredar, por ser el concubinato una situación no prohibida por la ley en los caso en que no existía matrimonio. Cuando el autor de la herencia siendo célibe tuvo sólo una concubina y vivió con ella cierto tiempo anterior a su muerte, o le dio hijos, es justo reconocerle derecho a su herencia, en los casos de intestato o bien, derecho a exigir alimentos en los casos de sucesión testamentaria, cuando el testador no le asigna alguna parte.

Por su parte hasta éste momento el concubinario quedó fuera de la protección de la ley en todos los sentidos, y no fue hasta 1974, que con la consagración de la igualdad jurídica entre el hombre y la mujer, no se excluyó en el Código Civil.

⁹⁷ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *Derecho Sucesorio. Inter Vivos y Mortis Causa*, Porrúa, México, 1997, págs. 245 y 246.

⁹⁸ *Ibidem.*, pág. 247.

A partir de éste año se reformó el artículo 1368 relativo al testamento inoficioso, para incluir al hombre de la pareja no unida en matrimonio, pero siguió quedando al margen en cuanto a los derechos sucesorios.

Los primeros Códigos en reconocer los derechos sucesorios del concubinario fueron el de Veracruz de 1932, el de Tlaxcala de 1975 y el de Quintana Roo de 1980. El Código Civil para el Distrito Federal los reconoció hasta la reforma de 1983, no es hasta ésta fecha cuando se reconoce el derecho de los concubinos a heredarse recíprocamente, a raíz de la reforma de éste año, el concubinato origina derechos sucesorios tanto en la sucesión testamentaria como en la legítima,⁹⁹ para ambos concubinos.

En cuanto a la **sucesión legítima** o intestamentaria, primeramente fueron consignados en el artículo 1635 del Código Civil dentro del capítulo VI “De la Sucesión de los Concubinos”: En este artículo se establecía que:

“La concubina y el concubino tienen derecho a heredarse recíprocamente aplicándose las disposiciones relativas a la sucesión del cónyuge, siempre que hayan vivido juntos como si fueran cónyuges durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o cuando hayan tenido hijos en común, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato. Si al morir el autor de la herencia le sobreviven varias concubinas o concubinarios en las condiciones mencionadas al principio de éste artículo, ninguna de ellas heredará”.

Con la reformas al Código Civil para el Distrito Federal de veinticinco de mayo de dos mil, el anterior artículo 1635 se modificó en los siguientes términos: “La concubina y el concubino tienen derecho a heredarse recíprocamente aplicándose las disposiciones relativas a la sucesión del cónyuge, siempre que reúnan los requisitos a que se refiere el Capítulo XI, del Título Quinto del Libro Primero de este Código”.

⁹⁹ La Herencia es la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte. La herencia puede ser diferida por la voluntad del testador, nombrada testamentaria, o por disposición de la ley, que es la legítima. Artículos 1281 y 1282 del Código Civil, para el Distrito Federal.

A consecuencia de la reforma al artículo 1635 se igualaron los concubinarios con los cónyuges en materia de sucesión, por lo que se suprimieron las reglas especiales que anteriormente contemplaba este artículo para la participación de la concubina en el haber hereditario. Reglas que ya anteriormente fueron citadas en esta tesis y que establecía derechos sucesorios inferiores para la concubina en relación con la esposa.

En referencia al Capítulo XI, en su primer artículo, el 291Bis. establece: La concubina y el concubinario tienen derechos y obligaciones recíprocas, siempre que sin impedimentos legales para contraer matrimonio, hayan vivido en común en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años que precedan inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones a los que alude este capítulo. No es necesario el transcurso del período mencionado cuando, reunidos los demás requisitos tengan un hijo en común. Pero si con una misma persona se establecen varias uniones de las antes descritas, en ninguna se reputará como concubinato, quien haya actuado de buena fe podrá demandar del otro una indemnización por daños y perjuicios.

Art. 291 Ter.- Regirán al concubinato todos los derechos y obligaciones inherentes a la familia, en lo que fueran aplicables.

Art. 291 Quáter.- El concubinato genera entre los concubinos derechos alimentarios y sucesorios, independientemente de los demás derechos y obligaciones reconocidos en este código o en otras leyes.

Por su parte el artículo 1602 del Código Civil dispone quienes tienen derecho a heredar por sucesión legítima;

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

II. A falta de los anteriores la Beneficencia Pública. Así la Beneficencia Pública no participa de la herencia, sino sólo en el caso de que no exista ningún heredero.

Las anteriores disposiciones son consecuencia de recientes reformas, por lo cual para regular las sucesiones entre los concubinos, se aplicarán las disposiciones que rigen las sucesiones entre los cónyuges; en los artículos 1624 al 1629 del Código Civil.

Bajo esta regla, tenemos que para efectos de la **sucesión intestamentaria** concurriendo el concubino o la concubina con descendientes, tendrá el derecho de un hijo, si carece de bienes o los que tiene al morir el autor de la sucesión, no igualan a la porción que a cada hijo debe de corresponder.

-Cuando el concubino que sobrevive concurre con ascendientes, la herencia se dividirá en dos partes iguales, de las cuales una se aplicara a los ascendientes y la otra al concubino o concubina.

-Cuando la concubina concorra con hermanos del autor de la herencia, se le aplicarán dos tercios de la herencia y el tercio restante se dividirá por partes iguales entre lo hermanos.

-Cuando concorra con ascendientes o hermanos del *de cuius*, tendrá derecho a esos bienes, aún teniendo bienes propios. En caso de que haya hijos sólo los recibirá cuando no cuente con bienes o cuando su porción no iguale a la de los hijos.

-Estas disposiciones tienen como fin, el proteger a los hijos, para que no queden desamparados en caso de la muerte del padre o de la madre.

-Cuando la concubina concurría como única heredera, se dividía la herencia a la mitad, quedandose con una parte ella y la otra parte era para la Beneficencia Pública. Pero con las reformas a falta de descendientes, ascendientes y hermanos, el concubino supérstite sucederá en todos los bienes, por lo que la Beneficencia Pública, sólo se adjudica la herencia cuando no exista ninguna de las personas reconocidas por la ley con derecho a heredar.

De conformidad con las últimas reformas la equiparación en materia sucesora entre la concubina y la cónyuge es casi total, por heredar bajo las mismas reglas, es decir en la misma forma y en la misma proporción.

Una ventaja de la cónyuge, es que en el caso de vivir con otra persona sin contraer matrimonio, no pierde su derecho a la herencia. Pero la concubina que viviera en unión libre con varias personas al morir el autor de la herencia, como lo prevé la ley, ninguna de ellas heredará.

Con Relación a la **sucesión testamentaria**, tomando en cuenta que en éste tipo de herencia predomina la voluntad del testador, puede disponer con libertad de sus bienes y derechos. Sin embargo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1368 del Código Civil, el testador se encuentra obligado a dejar alimentos a las personas que se enuncian en dicho numeral, entre las que se encuentran :

“V. La persona con la que el testador vivió como si fuera su cónyuge durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o con quien tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato y que el superviviente este impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes. Este derecho sólo subsistirá mientras la persona de que se trate no contraiga nuevas nupcias y observando buena conducta. Si fueran varias las personas con las que el testador vivió como si fuera cónyuge, ninguna de ellas tendrá derecho a alimentos”.

Es de apreciarse que la anterior fracción citada no fue actualizado con las reformas del veinticinco de mayo de dos mil, por lo que todavía exige que se de una convivencia de cinco años entre los concubinos para poder hacer valer dicho derecho, por lo que a juicio del tesista se debe de poner de conformidad a el tiempo de dos años requerido para que surtan efectos los derechos y obligaciones recíprocos entre los concubinos. Otros de los efectos jurídicos, que recientemente se han reconocido al concubinato tienen que ver con el parentesco y el determinar si es posible que se produzca un vínculo jurídico entre el hombre y la mujer que hacen vida en común sin estar casados.

A. PARENTESCO. El Código Civil en su artículo 292 reconoce tres tipos de parentesco: De consanguinidad, afinidad y el civil. En el caso del concubinato genera el parentesco por afinidad, de acuerdo con el artículo 294 del Código Civil al prevenir que el parentesco de afinidad es el que se contrae por el matrimonio o concubinato, entre el varón y la mujer y sus respectivos parientes consanguíneos.

Existen derechos-deberes de carácter estrictamente personal que el concubinato genera entre la persona de la concubina y del concubino. Algunos de ellos tienen un carácter implícito en una convivencia de tipo matrimonial.

B. IGUALDAD. Se dice que la igualdad entre los concubinos no se origina de esta situación de hecho. Sino que esta igualdad deriva de una garantía Constitucional. Al respecto el artículo cuarto constitucional expresa: “El hombre y la mujer son iguales ante la ley”: Por su parte el artículo 2 del Código Civil materializa éste principio al establecer que la capacidad jurídica “Es igual para el hombre y la mujer”; en consecuencia la mujer no queda sometida en razón a su sexo, a restricción alguna en la adquisición y ejercicio de sus derechos civiles, cualquiera que sea la naturaleza de éstos.

C. ESTADO CIVIL. En cuanto al estado legal de las personas, se dice que en el caso del matrimonio, su estado civil pasa de solteros al de casados, con la celebración del mismo, hecho que no acontece en el concubinato. Debido a que el Código Civil para el Distrito Federal no reconoce un estado civil especial a los concubinos, ya que los que viven en este tipo de relación, tienen el estado civil de solteros, por otra parte existen leyes que reconocen distintos estados civiles, como en el caso de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas y la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado.

De tal forma que la Ley del ISSFAM en su artículo 37 considera como familiares de los militares, en sus cuatro primeras fracciones, para el ramo de los haberes de retiro, pensiones, compensaciones, pagos de defunción y ayuda para gastos en caso de sepelio a la viuda sola, la concubina sola y la madre soltera, viuda o divorciada.

Por su parte la ley del ISSSTE en su artículo 43 menciona que para la división de las pensiones derivadas del seguro de riesgos de trabajo, serán tomados en cuenta la viuda, la concubina o viudo, concubinario, los hijos o la divorciada o ascendientes, haciendo de tal forma una subdivisión del estado civil de soltero. El artículo 79-II establece que se llegan a perder el derecho a las pensiones en caso de muerte en los siguientes casos:

Por que el hombre o la mujer pensionados contraigan nupcias o vivieran en concubinato, en tal caso recibirá una última pensión por el importe de seis meses. De lo anterior podemos observar que no existe una uniformidad en cuanto al estado civil de las personas, y que según lo establecido en el Código Civil, el concubinato no constituye un estado civil.

D. COHABITACIÓN. Una de las características más claras dentro del concubinato es el comportamiento conyugal que deben de observar los concubinos como si fueran cónyuges. Para tal efecto existe un deber y un derecho jurídico tanto de la concubina como del concubino de convivir en forma continua y permanente bajo el mismo techo y bajo el mismo lecho, en un domicilio común, en un domicilio familiar. Solo a través de esta convivencia estable tendrán la posibilidad de cumplir con los fines del matrimonio. Los concubinos tendrán que realizar esta cohabitación para que su convivencia pueda ser reconocida jurídicamente y se le otorguen derechos, pero no debemos olvidar que siendo el concubinato una unión no formalizada no existe una obligación por parte de las leyes de que permanezcan juntos los concubinos.

3.2. EFECTOS JURÍDICOS EN RELACIÓN A LOS HIJOS

Del hecho de la procreación y del instinto natural, son el origen de la familia, célula básica de la sociedad. La ley natural de la conservación de la especie a la que se encuentre sometido el reino animal, y en especial el género humano comprende; la fecundación, la concepción y el nacimiento y es ese fenómeno el que sirve como punto de partida para constituir los conceptos jurídicos de filiación, parentesco, familia y aún la idea misma de persona.

3.2.1. FILIACIÓN

Para el Diccionario Jurídico Mexicano “La relación que de hecho y por razones naturales existente entre el padre o la madre y su hijo se le conoce jurídicamente como filiación”¹⁰⁰. Es la situación creada entre ambos progenitores y su prole. Del hecho de la generación deriva un conjunto de relaciones jurídicas permanentes entre los progenitores y sus hijos.

¹⁰⁰ Cfr. Diccionario Jurídico Mexicano, D-H, Op. cit., págs. 1447 y 1448.

El derecho no podría desconocer que en la base y como fundamento de la filiación se encuentra la procreación. La filiación parte de ese hecho biológico y le imprime estabilidad a ese hecho paterno filial, creando relaciones jurídicas entre los hijos y sus padres.

Marcel Planiol considera que la "filiación", en el sentido natural de la palabra, es la descendencia en línea recta y que comprende toda la serie de intermediarios que unen a una persona determinada con tal o cual ancestro por alejado que sea; pero en el lenguaje del derecho la palabra ha tomado un sentido mucho más estricto y comprende exclusivamente la relación inmediata del padre o la madre con el hijo.

La relación de filiación puede tomar los nombres de paternidad y maternidad, cuando se consideran respectivamente, por parte del padre o de la madre. "Por tanto la filiación puede definirse como la relación que existe entre dos personas, una de las cuales es el padre o la madre de la otra. Esta situación crea el parentesco de primer grado y su repetición produce las líneas o series de grados."¹⁰¹

No son sinónimos, maternidad, paternidad y filiación, pero hacen referencia a los sujetos entre los cuales se generan deberes, derechos y obligaciones. La filiación y la paternidad son términos que tienen una relación lógica y necesaria, pues la una supone a la otra, ya que el hijo supone a la madre y no pueden existir hijos sin padre, son pues, los términos jurídicos de una misma relación, son los dos nombres de la puntas del eje paterno filial en una están los padres llamada paternidad y en la otra están los hijos y por eso se llama filiación.

Rafael Rojina Villegas distingue dos connotaciones en la filiación; una en sentido amplio, que comprende los vínculos jurídicos existentes entre ascendientes y descendientes sin limitación de grado; tanto en dirección ascendente como descendente; La segunda connotación de la filiación, en sentido estricto, es aquella relación de derecho existente entre el progenitor, ya sea padre o madre y el hijo.¹⁰²

¹⁰¹ PLANIOL Marcel y RIPERT Georges. *Tratado Elemental del Derecho Civil*, Tomo II, Traducción de José María Cajica Jr., Cárdenas Editor y distribuidor, México, D.F. 1998, págs. 110 y 111.

¹⁰² ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Compendio del Derecho Civil, Introducción, Personas y Familia*, vigésimo sexta edición, Porrúa, México, 1991, págs. 452 y 453.

Por el contrario la paternidad es un hecho que no puede probarse en forma directa, sólo puede presumirse.¹⁰⁴ Situación por la cual la ley recurre a la presunción para determinar la paternidad en ésta relación jurídica. Es padre quien fecunda el ovulo, pero el momento de la fecundación es de difícil determinación. Por eso la ley como auxilio para poder determinar la paternidad y maternidad, **establece el período legal de la concepción**, que es el de los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieron al nacimiento. Si a los trescientos días les restamos ciento veinte quedan ciento ochenta, tiempo mínimo para que el nacido viva y sea viable.¹⁰⁵ Tanto en el matrimonio como en el concubinato existe presunción en relación a la paternidad. En ambos casos la paternidad se presume, a falta de pruebas directas. Se parte del nacimiento para determinar si son hijos habidos del matrimonio o del concubinato. Así como los nacidos dentro de los trescientos días después de disuelto el matrimonio por muerte, divorcio o nulidad (Artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal) o cese la vida en común en el concubinato.

En cuanto al tratamiento de los hijos nacidos fuera del matrimonio la legislación vigente se ha separado de la regulación tradicional mexicana en la que se calificaba de ilegítimos a los hijos nacidos fuera del matrimonio y que basados en ese sólo hecho se les desconocía algunos derechos. En la exposición de motivos redactada para el proyecto del Código Civil vigente, con respecto a los hijos se empezó a borrar las odiosas diferencias entre hijos legítimos y los nacidos fuera del matrimonio, procurando que unos y otros gocen de los mismos derechos, considerando injusto que los hijos sufran las consecuencias de las faltas de los padres, siendo privados de derechos únicamente por no ser de matrimonio de lo cual ninguna culpa tienen.

Dentro del término de la filiación se puede distinguir los siguientes tipos:

1. filiación legítima. Se refiere al vínculo jurídico que se establece entre el hijo procreado en matrimonio y sus padres;

¹⁰⁴ La presunción se acoge a la máxima romana conocida a través de Paulo *pater is est quem nuptiae demonstrant*; o sea, que el hijo por haber sido contraído dentro del matrimonio se reputa engendrado por el marido de la madre, en quien, consiguientemente, recae la presunción de paternidad.

¹⁰⁵ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel. *La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Paterno Filiales*, cuarta edición, Porrúa, México, 2001, pág. 12.

Según el Código Civil **La filiación de los hijos se prueba** de las siguientes formas:

1. Con el acta de nacimiento, de acuerdo con el artículo 340 del Código Civil;

2. A falta de acta o si ésta fuera defectuosa, incompleta o falsa, se probará con la posesión constante de estado de hijo. En defecto de esta posesión son admisibles para demostrar la filiación todos los medios de prueba que la ley autoriza, incluyendo, aquellas que el avance de los conocimientos científicos ofrecen.

3. Por la posesión de estado de hijo, que de acuerdo con el artículo 343 del Código Civil se demuestra cuando un individuo ha sido reconocido constantemente como hijo, por la familia del padre, de la madre y en la sociedad si además concurre alguna de las circunstancias siguientes:

a. Que el hijo haya usado constantemente los apellidos de los que pretenden ser su padre y su madre, con la anuencia de éstos;

b. Que el padre o la madre lo hayan tratado como hijo, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento; y

c. Que el presunto padre o madre tengan la edad exigida para contraer matrimonio, que es de dieciocho años más la edad del hijo que va a ser reconocido.

El Código Civil dispone en su artículo 382, que la paternidad y la maternidad **pueden probarse por cualquiera de los medios ordinarios**. Si se propusiera cualquier prueba biológica o proveniente del avance de los conocimientos científicos y el presunto progenitor se negare a proporcionar la muestra necesaria, se presumirá, salvo prueba en contrario, que es la madre o padre. La acción de investigación de la paternidad o de la maternidad tiene una limitante, ya que sólo puede intentarse en vida de los padres. Si los padres hubieren fallecido durante la menor edad de los hijos, tienen éstos derecho de intentar la acción dentro de los cuatro años siguientes a su mayoría de edad.

La filiación constituye por lo tanto un estado jurídico, por ser una situación permanente en el hombre, a la que el derecho le atribuye múltiples consecuencias de derecho, que se renuevan constantemente mientras se mantenga esa situación.

3.2.2. PARENTESCO Y ADOPCIÓN

Palabra que deriva de pariente y esta a su vez del latín *parens-entis*. Es el vínculo existente entre las personas que descienden unas de otras o de un progenitor común, concepto que corresponde a la realidad biológica. El hecho de la procreación es el origen de este concepto de parentesco, llamado también consanguíneo. El derecho toma en cuenta estas fuentes primarias de la relación humana y crea otras, que son independientes de los datos biológicos para configurar su propio concepto de parentesco. Es la relación jurídica que se establece entre los sujetos en razón de la consanguinidad, de la afinidad o de la adopción. Derivadas del concepto jurídico de parentesco, surgen tres especies: El parentesco por consanguinidad, el parentesco por afinidad y el parentesco civil o por adopción.¹⁰⁷

Antonio de Ibarrola define al parentesco como “el lazo permanente que existe entre dos o más personas, por razón de tener una misma sangre o de un acto que imita al del engendramiento y cuya similitud con éste se halla reconocido por la ley”.¹⁰⁸ Definición que se encuentra fundamentada principalmente en el parentesco de tipo consanguíneo.

Nuestra legislación civil en su artículo 292 sólo reconoce tres tipo de parentesco:

1. Parentesco por consanguinidad: Del artículo 293; Es el vínculo que existe entre personas que descienden de un tronco común. También se da en el hijo producto de la reproducción asistida y de quienes la consientan. En el caso de la adopción, se equipara al parentesco por consanguinidad, aquel que existe entre el adoptante, los parientes de éste con el adoptado y los descendientes de éste ultimo como si el adoptado fuera hijo consanguíneo.

2. Parentesco por afinidad: Del artículo 294; Es el que se adquiere por matrimonio o concubinato, entre el hombre y la mujer y sus respectivos parientes consanguíneos.

¹⁰⁷ Diccionario Jurídico Mexicano, P-Z, Op. cit., pág. 2323.

¹⁰⁸ DE IBARROLA, Antonio. *Derecho de Familia*, cuarta edición, Porrúa, México, 1993, pág. 119.

3. Parentesco civil es el que nace de la adopción. En el caso de las personas que tengan vínculo de parentesco consanguíneo con el menor o incapaz que se adopte; los derechos y obligaciones que nazcan de la misma, se limitaran al adoptante y al adoptado.

De la relación concubinaria se crea el parentesco consanguíneo entre los concubinos respecto de los descendientes que provengan de esa unión, por ser el vínculo que se da entre personas que descienden unas de otras o de un progenitor común.

El parentesco por consanguinidad en relación a los hijos procreados en el concubinato deriva de la filiación habida fuera del matrimonio conocida como filiación natural, sobre la cual existe una presunción en relación a que son hijos de la concubina y del concubino, aquellos nacidos precisamente dentro del concubinato, así como los nacidos dentro de los trescientos días siguientes en que cesó la vida en común entre éstos. En línea ascendiente el parentesco se establece independientemente del concubinato, por el sólo hecho de proceder unos de otros.

Existe una posición recientemente en la doctrina y la legislación de no establecer los deberes y derechos de los progenitores en relación a sus hijos dependiendo propiamente en la relación de derecho que pueda existir entre el padre y la madre, sino más bien basado en el vínculo jurídico paterno filial y materno filial, con independencia que éste se de como resultado de la adopción o del hecho jurídico de la procreación, ya sea natural o como resultado de la aplicación de avanzados métodos de reproducción asistida, siempre que se haya demostrado con certeza la paternidad y la maternidad así como la filiación de las personas interesadas.

El concubinato si genera el parentesco por afinidad, pues el artículo 294 citado con antelación previene que el parentesco de afinidad, es el que se adquiere además del matrimonio, también por concubinato entre el hombre y la mujer y sus respectivos parientes consanguíneos. En el matrimonio el parentesco por afinidad se establece únicamente entre uno de los cónyuges y los parientes consanguíneos del otro, por lo que al matrimonio no crea lazos de parentesco jurídico entre dos familias, la de los casados. Así mismo el marido y la mujer no se convierten en parientes entre sí, por el matrimonio.

El concubinato al igual que el matrimonio no crea ningún parentesco entre la pareja por lo que el parentesco consanguíneo se da exclusivamente respecto de los concubinos con sus descendientes y ascendientes.

En cuanto a la posibilidad de que pudiera darse el parentesco civil o de adopción en el concubinato, los autores consideraban que en la legislación anteriormente existía una limitante en el artículo 390 del Código Civil al establecer en la fracción tercera que el adoptante debería de acreditar ser persona de "buenas costumbres". Concepto que no era precisado con toda exactitud por el legislador, por lo cual la ley dejaba precisamente esa tarea, la de fijar el concepto de buenas costumbres, a estimación del juzgador. Posición que se adoptó, considerando que las nociones de pudor o moralidad son variables según el medio social y el grado de civilización de los pueblos. Por lo anterior se tenía que hacer un análisis para determinar si una persona que vive en concubinato es considerada como una persona de buenas costumbres.

En la legislación vigente el contenido de la fracción III del artículo en comento ha sido borrada para ser sustituida por el siguiente requisito;

III -Que el adoptante acredite que es persona apta y adecuada para adoptar. Además agrega que, cuando circunstancias especiales lo aconsejen el Juez puede autorizar la adopción de dos o más incapacitados o de menores e incapacitados simultáneamente.

La legislación civil actual permite que pueda darse la adopción en el concubinato, con fundamento en el artículo 391 del Código Civil, que dispone que los cónyuges o concubinos podrán adoptar, cuando los dos estén conformes en considerar al adoptado como hijo, y aunque sólo uno de ellos cumpla con el requisito de la edad para adoptar, que es de veinticinco años, 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 deberá acreditar además que se encuentra en pleno ejercicio de sus derechos, que tiene medios bastantes para proveer a la subsistencia, educación y cuidado de la persona que trate de adoptarse; que la adopción es benéfica para el adoptado y por último que la persona es apta y adecuada para adoptar.

Los alimentos en relación a los hijos, comprenden, además de los anteriores, los establecidos en la segunda fracción del mismo artículo;

II. Respecto de los menores, además, los gastos para su educación y para proporcionarles oficio, arte o profesión adecuados a sus circunstancias personales.

El ordenamiento Civil establece una presunción de necesitar alimentos en favor de las siguientes personas: los menores de edad, personas con discapacidad, los sujetos a estado de interdicción y el cónyuge que se dedique al hogar. El derecho a recibir alimentos no es renunciable ni puede ser objeto de transacción.

La obligación de dar alimentos se puede satisfacer de dos maneras, según lo establecido por el artículo 309 del Código Civil; El obligado a proporcionar alimentos cumple con ésta, asignando al acreedor alimentista una pensión o integrándolo a la familia. En caso de conflicto para la integración, corresponde al Juez de lo Familiar la manera de ministrar los alimentos, según las circunstancias. El deudor alimentista no podrá pedir que se incorpore a su familia al que los deba recibir, cuando se trate de un cónyuge divorciado que reciba alimentos de otro o cuando haya inconveniente legal para hacer esa incorporación.

3.2.4. DERECHO A HEREDAR

Dentro de la sucesión de tipo testamentaria, los hijos, tanto los procreados en matrimonio como los de concubinato tienen derecho a exigir alimentos, en caso de que el autor de la sucesión no les hubiere dejado.

El artículo 1368 del Código Civil establece las personas a las que el testador esta obligado a dejar alimentos, entre los que se encuentran; los menores de dieciocho años, de los cuales se tenga obligación legal de dar alimentos al momento de su muerte, es decir los que ya haya reconocido, los que hubieran iniciado la acción de investigación de la paternidad, y aquellos que nazcan dentro de los plazos en que se consideran hijos del concubinato; los descendientes mayores de edad impedidos para trabajar si existe obligación legal de proporcionar alimentos.

Cuando la masa hereditaria no es suficiente para cubrir los alimentos a todos aquellos que tienen derecho a recibirlos, el artículo 1373, establece como regla, en primer lugar para recibirlos a los descendientes junto con el cónyuge supérstite a prorrata.

En caso de que el testador no deje alimentos a las personas con las que está obligado en este sentido, el testamento será inoficioso de acuerdo con el artículo 1374 del Código Civil.

Ahora bien, la sucesión legítima es aquella que se abre cuando no hay testamento, el que se otorgó es nulo o perdió validez; esto cuando el testador no disponga de la totalidad de sus bienes; cuando el heredero incumpla la condición impuesta y cuando el heredero muere antes que el testador, repudia la herencia o es incapaz de heredar, si no se ha nombrado sustituto.

El artículo 1602 del Código Civil establece, que tienen derecho a heredar por sucesión legítima:

I. Los descendientes, cónyuges, ascendientes, parientes colaterales dentro del cuarto grado y la concubina y el concubinario, en éste caso cumpliendo con los requisitos señalados por el artículo 1635 y sólo a falta de los anteriores la Beneficencia Pública.

Debe de hacerse la observación que en el Código Civil, las disposiciones que regulan tanto la sucesión legítima como en la testamentaria se habla de descendientes en forma indistinta sin hacer distinción entre hijos legítimos e hijos naturales. Además de que los descendientes del *de cuius* son considerados siempre en primer lugar de preferencia, incluso antes que el cónyuge, ascendientes, concubina o concubino y parientes colaterales dentro del cuarto grado.

En la sucesión legítima los parientes más próximos, excluyen a los más remotos. Si a la muerte de ambos padres ya sean cónyuges o concubinos, sobrevivieran únicamente hijos, la herencia se dividirá entre todos los hijos por partes iguales, siempre que sean capaces de heredar. Cuando concurra a la herencia el cónyuge que sobreviva con descendientes, tendrá el derecho de un hijo, si carece de bienes o los que tiene al morir el autor de la sucesión, no igualan a la porción que le corresponde a cada hijo.

En caso de quedar hijos y descendientes de ulterior grado, los primeros heredaran por cabeza y los segundos por estirpe. Lo mismo se observará en caso de descendientes de hijos premuertos, incapaces de heredar o que hubieren renunciado a la herencia.

Para efectos de poder participar de la herencia del padre, ejercitando los derechos sucesorios como descendientes, los hijos o en su caso hijas, sean legítimos por nacer de un matrimonio o naturales por serlo del concubinato, tendrán que acreditar con todas las pruebas que legalmente sean posibles el entroncamiento con el de cujus, y no necesariamente demostrar su filiación, pues para efectos de sucesión, no es lo mismo entroncamiento que filiación.

3.2.5. PATRIA POTESTAD

Es considerada como la autoridad y facultad que el derecho atribuye a los padres y que consiste en un conjunto de derechos-obligaciones sobre los hijos, su educación conveniente y sobre la administración de sus bienes.

Para Rafael de Pina Vara “Es el conjunto de facultades, -que supone también deberes- conferidas a quienes las ejercen, (padres, abuelos, adoptantes, según los casos) destinada a la protección de los menores no emancipados en cuanto se refiere a su persona y sus bienes”.¹⁰⁹

El concepto de patria potestad está íntimamente ligado con la minoría de edad, por lo que esta se ejercerá por los padres o por los parientes que especifica la ley, hasta que el menor llegue a la edad de dieciocho años, en caso de que el menor contraiga nupcias, se le considerará emancipado y quedará fuera de la patria potestad. La patria potestad es una institución que tiene su origen en la filiación, en la relación de padre-hijo, ascendientes y descendientes. Se dice que el objetivo de la misma, es la asistencia, el cuidado y protección de los menores no emancipados.

¹⁰⁹ DE PINA VARA, Rafael. *Diccionario de Derecho*, vigesimoséptima edición, Porrúa, México, 1999, pág. 400.

El Código Civil establece en su artículo 413 que la patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos. Su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores, a las resoluciones que se dicten, de acuerdo con la Ley para el Tratamiento de los Menores Infractores.

En el derecho familiar actual, se dice que la patria potestad tiene su origen en la filiación y no sólo en el matrimonio y concubinato, pues es en sí, el hecho biológico de la procreación es el que vincula al padre y la madre con los hijos, esto con independencia de la relación jurídica que existe entre los padres. El vínculo materno y paterno filial por regla será el que determine a quienes corresponde la titularidad de la patria potestad.

En principio la patria potestad sobre los hijos se ejerce por los padres, en su caso por uno sólo, a falta de los padres o por cualquier otra circunstancia prevista en este ordenamiento la ejercerán los ascendientes, en segundo grado en el orden que determine el Juez de lo Familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso.

El Código Civil dispone en sus artículos 380, 381, 416, 417 y 418, que cuando los padres vivan juntos, ambos ejercerán la patria potestad, pero si viven separados, convendrán, cual de los dos ejercerá la guarda y custodia, a falta de convenio el juez de lo familiar decidirá sobre la custodia respecto de los padres o sobre el ejercicio de la patria potestad a falta de ellos, atendiendo siempre al interés superior del menor. Si el reconocimiento del menor se da en forma sucesiva, quien primero reconozca ejercerá la guarda y custodia.

Cuando se de la separación de quienes ejercen la patria potestad, 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. A falta de acuerdo resolverá el juez de lo familiar, bajo quien de ellos, quedarán los cuidados y atenciones en base al interés superior del menor.

En el mismo supuesto de separación, quien conserve la patria potestad, tendrá la obligación de contribuir con quien tenga la custodia del menor en todos sus deberes, conservando su derecho de convivencia y vigilancia, salvo que exista peligro para esto.

Los bienes afectos al patrimonio de familia son inalienables, imprescriptibles, y no estarán sujetos a embargo ni gravamen alguno. Lo que significa que no pueden ser objeto de comercio, no se adquieren o pierden por el simple transcurso del tiempo y no estarán sujetos a embargo.

La constitución del patrimonio de familia se hace a través de un representante común, por solicitud escrita ante el Juez de lo Familiar, designando los bienes muebles o inmuebles, para su inscripción en el Registro Público. La constitución del patrimonio de familia hace pasar la propiedad de los bienes al que quedan afectos, a los miembros de la familia beneficiaria en forma de copropiedad.

La extinción del patrimonio de familia se puede dar; cuando todos los beneficiarios cesen de tener derecho a percibir alimentos, cuando sin causa justificada la familia deje de habitar por un año la casa que debe de servir de morada, cuando se demuestre que hay gran necesidad o notoria utilidad para la familia de que el patrimonio sea extinguido y cuando por causa de utilidad pública se expropian los bienes que lo conforman. La declaración de que el patrimonio queda extinguido lo hará el Juez de lo Familiar mediante el procedimiento correspondiente.

El concubinato también genera una familia, en términos generales esta familia también tendrá derecho a constituir un patrimonio, el cual puede ser constituido por la concubina o el concubino, ya que la ley establece la posibilidad de su constitución por todo aquel que tenga interés en proteger jurídica y económicamente a la familia.

3.3.2. RÉGIMEN PATRIMONIAL

Para el desarrollo de éste punto, empezaremos por desarrollar al patrimonio desde el punto de vista jurídico: El patrimonio es el conjunto de bienes y derechos; (elemento activo) cargas y obligaciones; (elemento pasivo) susceptibles de una apreciación pecuniaria. El patrimonio se conforma de dos elementos; el elemento activo, que se traduce en derechos reales, personales o mixtos y el pasivo que se constituye por deberes personales, cargas u obligaciones reales. Además éste conjunto de poderes y deberes, debe de ser apreciables en dinero.

Se puede afirmar que el patrimonio constituye una universalidad jurídica; por ser un conjunto de poderes y deberes, entendidos en términos absolutos, que se extienden en el tiempo y en el espacio; es decir, que abarca tanto los derechos, bienes, obligaciones y cargas presentes como las futuras, y en el espacio porque comprende todo lo susceptible de apropiación pecuniaria. Según la teoría clásica del patrimonio, elaborada por la escuela francesa, el patrimonio se concibe como una emanación de la personalidad, existiendo un vínculo constante entre estas dos, pues, sólo las personas pueden tener un patrimonio en tanto que sólo ellas son sujetos de derechos y obligaciones.¹¹⁰

Una vez desarrollado la primer vertiente del temas de la generación de efectos jurídicos en el concubinato en relación a los bienes; el patrimonio de familia, ahora abordaremos la segunda vertiente, que tiene que ver con la posibilidad de que la unión derivada del concubinato genere alguna sociedad de hecho en relación a los bienes.

Inicialmente tanto la doctrina como la jurisprudencia se negaron a reconocer la existencia de una sociedad, en razón de que si la aceptaban era como concederle al concubinato efectos semejantes a los producidos por la unión legítima. En el supuesto de que se admitiera la constitución de una sociedad de hecho entre concubinarios, basada en la capacidad de los concubinos para contratar se presentaba una dificultad insuperable; la exigencia de prueba por escrito establecida en los artículo 1833 y 1834 del Código Civil, que prevé la exigencia de la forma escrita para el contrato, así como la firma de los documentos relativos por todas las personas a las cuales se les imponga esa obligación.

Así, la Corte de París asumió la postura de que el estado de concubinato no podía ser tomado ni como principio ni como prueba de una comunidad o sociedad de hecho, de manera que el concubinario que alegase la existencia de tal sociedad, debía de ministrar prueba escrita. Paulatinamente los Tribunales cambiaron, y señalaron que no se podía evidentemente crear entre las partes una comunidad de bienes, ni se le podía dar los efectos reservados a las unión legítimas, sin embargo se reconocía la existencia de una **sociedad de hecho** entre los concubinarios que tiene por objeto la creación y explotación de un fondo de comercio, cuando

¹¹⁰ Cfr. Diccionario Jurídico Mexicano, P-Z, Op. cit., pág. 2353.

ha sido fundado y explotado por ellos en común. Siempre que la concubina tenga la posesión de estado de esposa, asumiendo el papel de una verdadera asociada cuando ha contribuido con su trabajo en gran medida al éxito de la empresa.

Los autores latinoamericanos, en especial los argentinos basándose en la jurisprudencia francesa, han aceptado la posibilidad de regular las relaciones patrimoniales de concubinarios mediante una sociedad irregular o de hecho. Tomando en cuenta que en éstos países, el único régimen que se origina del matrimonio es la sociedad conyugal. En éste caso el punto principal consiste en probar la sociedad de hecho entre concubinarios, pues se da por hecho ese tipo de sociedad, dado que es el único régimen posible para regular las relaciones jurídicas entre ambos.

En nuestro derecho en cambio existen dos regímenes patrimoniales posibles entre cónyuges; el de sociedad conyugal y el de separación de bienes, ahora como los concubinos viven como si fueran casados, surge el problema de determinar cual de los dos regímenes se le aplicará a los concubinos en sus relaciones patrimoniales.

La doctrina mexicana ante la necesidad de decidir por alguno de los dos regímenes en caso de duda o de que no hubiera alguno, estimó que las relaciones patrimoniales entre cónyuges se rige por la separación de bienes, atendiendo lo dispuesto por el artículo 172 del Código Civil, que dice que los cónyuges mayores de edad, tienen capacidad para administrar contratar o dispones de sus bienes y el de ejercitar las acciones u oponer las excepciones que a ellos corresponden, sin que para tal efecto necesite de el consentimiento del otro cónyuge, salvo en lo relativo a los actos de administración y de dominio de los bienes que sean comunes.

Para Chávez Ascencio lo anterior significa que el régimen patrimonial de bienes de los concubinarios será normalmente el de separación de bienes, lo que se confirma con la evolución de nuestro derecho en ésta materia, la cual se ha basado en la independencia y plena capacidad del hombre y de la mujer en materia de bienes aplicado a los cónyuges, que puede trasladarse también a los concubinarios.¹¹¹

¹¹¹ Cfr. CHÁVEZ ASENCIO, Manuel, Op. cit., págs. 305 y 306.

Sin embargo existe la pregunta de si es posible la existencia de una sociedad entre concubinarios, independientemente del medio de prueba de su existencia.

Anteriormente para determinar si era posible que se originará una sociedad entre los concubinarios, los estudios de los autores se remitían al análisis de la sociedad de bienes dentro del matrimonio. Al respecto se estableció que la sociedad conyugal dentro del contrato de matrimonio, se regía por las capitulaciones matrimoniales, y en lo no estipulado por las disposiciones relativas al contrato de sociedad. De existir éste contrato entre los concubinos no habría problemas alguno, pero debido a la naturaleza misma del concubinato, por lo general no existe contrato alguno en relación a los bienes, situación que obligaba a remitirse al contrato de sociedad.

Ahora bien, aplicando esta regulación, los concubinarios siendo mayores de edad, tienen la capacidad para contratar y constituir una sociedad, por la cual se obligan mutuamente a combinar sus recursos o sus esfuerzos, para la realización de un fin común y de carácter preponderantemente económico de acuerdo con el artículo 2688 del Código Civil. Pero se presentaba una dificultad en el artículo 2690 del Código Civil, que establece que el contrato de sociedad debe de constar por escrito, pero se hará constar en escritura pública cuando algún socio transfiera a la sociedad bienes cuya enajenación deba hacerse en escritura pública. Además para que el contrato de sociedad produzcan efectos contra terceros debe ser inscrito en el Registro de Sociedades Civiles.

A falta de las formas prescritas en el contrato de sociedad; como no constar por escrito, ni que se encuentre inscrito en el Registro de Sociedades Civiles, no tendrá personalidad jurídica ni surtirá efectos contra terceros, según lo dispuesto por el artículo 2691. En consecuencia este tipo de sociedad **sólo surtirá efectos jurídicos entre los socios** o entre concubinos. Lo anterior significaba que los concubinos que posean bienes inmuebles o negocios, que ambos habitaran y administraran o algún otro bien que estuviera afecto a un fin económico y que no hubieran constituido una sociedad por escrito, tendrían una sociedad de hecho, que sólo surtía efectos entre ellos y que los bienes que hubieren aportado, no implicaban una transmisión de dominio a la sociedad.

Por lo tanto el estado de concubinato, por prolongado que fuera no implicaba necesariamente que se hubiera constituido además una sociedad de hecho, tampoco presumía la existencia de ésta ya que siempre se requiere una prueba de la existencia de la sociedad de hecho. Para su comprobación se debía recurrir a todo medio de prueba posible, principalmente documentales y en caso de testimoniales, para su mejor prueba deben confirmarse con documentales.

En la actualidad, se han hecho modificaciones en las disposiciones que regulan el régimen de sociedad conyugal dentro del contrato de matrimonio, el cual se rige por las capitulaciones matrimoniales, pero aquello que no estuviera expresamente estipulado, sería por las disposiciones generales de la sociedad conyugal, en consecuencia se dejó de utilizar como reglamentación supletoria o de emergencia las disposiciones relativas al contrato de sociedad, en el caso del régimen de sociedad conyugal, cuando faltaran las capitulaciones matrimoniales.

Tomando en cuenta que en el concubinato generalmente no existen contratos, ni estipulaciones, que se hubieren acordado con anterioridad, en tal caso se considerará la existencia de una sociedad de hecho entre los concubinos, y no se aplicarán las disposiciones generales de la sociedad conyugal.

Los bienes adquiridos dentro del concubinato formarán parte de la sociedad de hecho salvo que al momento de la adquisición se especifique que sólo pertenecen a uno de ellos y en cuanto a la administración de los bienes serán administrados por ambos concubinos o por quien hubiesen designado. Los bienes adquiridos dentro del concubinato se consideraran adquiridos en copropiedad a partes iguales, salvo pacto en contrario, si al momento de adquirirlos no se especifica que sólo pertenecen a uno de ellos, esta omisión será suplida por la ley, entendiendose que los bienes estarán sujetos a las reglas de la copropiedad.

En cuanto a los bienes de los hijos que procreen juntos, los concubinos administrarán conjuntamente los bienes que los descendientes adquieran por cualquier título, a excepción de los que adquieran por su trabajo, ya que éstos últimos pertenecen en propiedad administración y usufructo a los hijos.

Los bienes adquiridos por los hijos a cualquier título menos los que adquiriera por su trabajo, pertenecen en usufructo a los concubinos. Este sería uno de los casos en que esa mitad correspondería a su vez en dos partes iguales a cada uno de los concubinos.

3.3.3. DONACIONES

En principio podemos señalar que los concubinarios también pueden hacerse donaciones entre sí, pues se dice, que nada se opone a este hecho siempre que se reúnan las condiciones exigidas para cualquier otro contrato. Para su realización, se deberá de tomar en cuenta la licitud en el objeto, motivo y fin, Por lo tanto que las donaciones serán nulas cuando su causa o su motivo fueran ilícitos, por ser contrario a las buenas costumbres o a una ley prohibitiva.

La regulación de las donaciones entre los concubinos, no es la misma que se le aplica a los cónyuges, pues a éstos últimos se les aplican las disposiciones que rigen las donaciones entre los cónyuges, mientras que para los concubinos, se siguen las reglas generales del contrato. Desde luego que el contrato debe de reunir las características de existencia y de validez que para todos los contratos se requieren.

Las donaciones entre concubinos puede entenderse como el contrato por el cual una persona transfiere a otra gratuitamente, una parte o la totalidad de sus bienes presentes, de acuerdo con lo previsto en el artículo 2332 del Código Civil. Al aplicarse las reglas del contrato a los concubinos como si se tratara de cualquier persona, las donaciones entre concubinos pueden ser revocadas por sobrevenir hijos al donante, es decir, de hijos procreados entre ellos de acuerdo con el artículo 2359 del Código Civil.

También puede revocarse la donación cuando hay ingratitud del donatario hacia el donante, que puede darse en dos casos:

1. Si el donatario comete algún delito, contra la persona, la honra o los bienes del donante, de sus ascendientes o descendientes. y 2. Cuando el donatario rehusa socorrer al donante que ha venido a pobreza.

Las anteriores causas de revocación no operan de igual forma en las donaciones hechas entre consortes, en razón de que éstas se rigen por las donaciones antenupciales y por las donaciones entre cónyuges, según sea el caso, regulados a detalle por los capítulos VII y VIII del título quinto "Del matrimonio". Existen diferencias en cuanto a su regulación ya que las donaciones entre cónyuges no se revocan por la superveniencia de hijos, sólo se pueden reducir cuando sean inoficiosas, es decir que perjudiquen la obligación del donante de ministrar alimentos a quien los debe, como las comunes, conforme al artículo 234 y 2348 del Código.

En conclusión se pueden efectuar las donaciones entre concubinos, pero con algunas restricciones que hace la ley con el fin de proteger a los hijos, como si se tratara de donaciones hechas entre cualquier persona, con la diferencia en relación a los cónyuges de que éstos pueden revocar las donaciones entre sí, en cualquier momento por causas justificadas a juicio del juez de lo familiar.

3.4. EFECTOS JURÍDICOS EN RELACIÓN A TERCEROS

Los concubinos tienen derechos reservados en distintos ordenamientos legales además de los establecidos por el Código Civil para el Distrito Federal, dentro de los que así lo prevén se encuentran las siguientes leyes:

1. Ley del Seguro Social

a. Cuando acontece la muerte del trabajador como consecuencia del riesgo de trabajo, los viudos tienen derecho al 40% de la pensión que hubiera recibido el trabajador tratándose de una incapacidad permanente total. También tendrá derecho a esta pensión la persona que vivió como si fuera su marido por cinco años ó tuvo hijos, permaneciendo libres de matrimonio, pero si al morir el asegurado tenía varias concubinas ninguna de ellas heredará de acuerdo con el artículo 64, frac. III, pero sólo recibirán la pensión en caso de no haber esposo ni esposa.¹¹² Resaltando que estas disposiciones se basan en la regulación que anteriormente se hacía del concubinato en el Código Civil, por lo que requieren ser actualizadas.

¹¹² LEY DEL SEGURO SOCIAL, Ediciones Fiscales Isef, México, 2003.

En el artículo 66 se da preferencia a los concubinos sobre los ascendientes del fallecido que dependían económicamente del trabajador fallecido, pensión que es superior a la que perciben los ascendientes, que sólo tienen derecho al 20% de la pensión que hubiere recibido el asegurado en el caso de incapacidad permanente total. La viuda y la concubina sólo reciben la pensión mientras no contraigan nupcias o entren en concubinato con persona distinta del asegurado o pensionado. Pero en caso de que contraigan matrimonio recibirán una suma global que equivale a tres anualidades de la pensión otorgada.

b. Artículo 84 frac. III y IV La concubina, al no existir esposa queda amparada por el seguro de enfermedades y maternidad; la misma protección tiene el esposo y el concubino, prestación que se otorgará únicamente cuando estos beneficiarios prueben que dependen económicamente de la asegurada o pensionada.

c. Tienen derecho a recibir prestaciones en especie, de acuerdo con el artículo 93 de la misma ley del seguro.

d. La concubina al igual que la esposa tiene derecho a prestaciones de maternidad que se establecen en el artículo 94. Tiene derecho durante el embarazo y el puerperio de un subsidio en dinero equivalente al 100% del último salario diario de cotización, mismo que recibe durante 42 días antes y después del parto de acuerdo con el artículo 101.

e. La concubina tiene derecho a pensión de viudez, a falta de esposa, pero si hay varias concubinas ninguna tendrá derecho a recibir la pensión, que se aplica también en el caso del hombre artículo 130. Esta pensión equivale al 90% de la que hubiere correspondido al asegurado en caso de invalidez. Inicia desde el día de fallecimiento del asegurado por invalidez y cesa con la muerte del beneficiario o cuando éste entre en concubinato. Si el beneficiario contrae nupcias tiene derecho a la suma global de tres anualidades de la pensión que disfrutaba. En esta prestación también prevalece el derecho de los esposos o concubinos sobre los ascendientes que dependían económicamente del asegurado, la de éstos equivale sólo al 20% por cada uno.

f. Tienen derecho a las asignaciones familiares, que constituye una ayuda por derecho de carga familiar que se le concede a los beneficiarios del pensionado por invalidez.

Que equivalen al 15% de la cuantía de la pensión para la concubina y que para los hijos menores de 16 años les corresponde el 10 %, según el artículo 138.

g. Tienen derecho a recibir en partes iguales con ascendientes e hijos el saldo de la cuenta individual del seguro de retiro cuando el trabajador fallezca y los beneficiarios legales ya no tengan derecho a pensión por el seguro de invalidez y vida, artículo 193.

h. Tienen derecho al seguro de salud para los miembros de su familia artículo 241.

2. Ley Federal del Trabajo

Esta ley en su título noveno del “Riesgo de Trabajo”, en el artículo 501, reconoce el derecho de los concubinos a recibir indemnización correspondiente, cuando el riesgo de trabajo traiga como consecuencia la muerte del trabajador. En tal caso concurrirá a falta de cónyuge supérstite.¹¹³ En caso de que el trabajador hubiere dejado hijos menores de dieciséis años y los mayores de esta edad si tienen una incapacidad del 50% o más, así como los ascendientes que dependieran económicamente del trabajador. A falta de cónyuge supérstite, concurrirá la concubina para el cobro de la indemnización junto con hijos y ascendientes que dependían económicamente del trabajador, en la proporción que cada una dependía de él.

3. Código Civil para el Distrito Federal

Independientemente de los derechos preservados a los concubinos, por la seguridad social en diferentes casos y que previene la indemnización por muerte, conviene precisar si la legislación civil contempla para los concubinos derecho a la indemnización por lesiones o muerte del otro. Primeramente como una indemnización civil y como una reparación moral.

A. El Código Civil en su artículo 1910 establece para el caso de la responsabilidad civil: El que obra ilícitamente o contra las buenas costumbres cause un daño a otro, está obligado a repararlo.

¹¹³ LEY FEDERAL DEL TRABAJO, Título Noveno, artículo 501, Ediciones Fiscales Isef, México, 2003.

El artículo 1913 que trata del uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o substancias peligrosas que por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligado a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por la culpa o negligencia inexcusable de la víctima.¹¹⁴

Cuando sea un menor que realice una actividad que cause un daño, responderá de los daños y perjuicios aquellos que ejerzan la patria potestad sobre el menor y que habiten con él. Esta responsabilidad cesa cuando los menores se encuentren bajo la vigilancia y autoridad de otras personas, como directores de colegios, talleres, maestros, artesanos, etcétera. Quedan exceptuados de dicha obligación, cuando sea un incapaz el sometido a la patria potestad y demuestren que les ha sido imposible evitar los daños.

En el caso de los concubinos estarán, obligados a reparar el daño causado por los hijos menores o por el incapaz que esté bajo su patria potestad. Pero en caso de que el daño se cause a alguno de los concubinos provocando su muerte, será el concubino o la concubina quien tenga derecho a la indemnización ya que en términos del artículo 1915 la indemnización corresponderá a los herederos de la víctima, dentro de los cuales se encuentra necesariamente la concubina.

B. En el caso de daño moral, este se entiende como la afectación, que una persona sufre en sus sentimientos, efectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos 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 la persona, previsto en el artículo 1916. De sufrir una afectación de éste tipo alguno de los concubinos, podrá iniciar acción judicial por daño moral, ésta acción de reparación pasará a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida, teniendo derecho la concubina o el concubino a recibir la indemnización establecida por la ley.

¹¹⁴ CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, Título Primero "Fuente de las obligaciones", Capítulo V "De las obligaciones que nacen de los actos ilícitos", Ediciones Fiscales Isef, México, 2003.

La acción para exigir la reparación de los daños causados, prescriben en dos años contados a partir del día en que se haya causado el daño, pudiendola intentar cualquiera de sus herederos, lo cual implica que aparte de la concubina podrán intentarla los descendientes, ascendientes y cualquier otra persona que aparezca como heredero en el testamento y en el caso de la sucesión legítima los que determine la ley.

Por su parte el artículo 1908 previene que cuando sin consentimiento del obligado a prestar alimentos, los diera un extraño, éste tendrá derecho a reclamar de aquél su importe, a menos que conste haberlos dado con ánimo de hacer un acto de beneficencia. En este sentido el tercero que diese los alimentos en esta situación a la concubina tendrá derecho a exigir el importe erogado al concubinario. En el mismo sentido puede interpretarse el artículo 322 del Código Civil, que prevé el supuesto de que el deudor alimentario se rehuse entregar los alimentos a que está obligado o no estuviera presente, será responsable de las deudas que los acreedores alimentarios contraigan para cubrir sus exigencias, en éste caso la concubina y sus hijos. Tomando en cuenta que el artículo 302 del Código Civil equiparó a los concubinarios con los cónyuges en lo relativo a los alimentos.

En cuanto a la interrogante de si el arrendamiento concluye con la muerte del concubinario. Al respecto el artículo 1308 del Código, establece que “el contrato de arrendamiento no se rescinde por la muerte del arrendador y del arrendatario, salvo convenio en otro sentido”. Por lo tanto si en la casa arrendada vive el concubino, salvo pacto en contrario no se rescinde el contrato, teniendo la familia (la concubina y los hijos) del arrendatario el derecho a seguir habitando la casa.

4. La Ley del ISSSTE

La Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado otorga derechos a los concubinos. La ley, primeramente en su artículo 5º fracción V considera como derechohabiente a la esposa y a falta de esta a la mujer con quien el pensionista ha vivido durante cinco años anteriores permaneciendo libre de matrimonio, pero si hay varias concubinas ninguna de ellas tendrá derecho a recibir la prestación.

En el caso del concubino siempre que sea mayor de 55 años; o esté incapacitado física o psíquicamente, debiendo depender éste económicamente de la trabajadora, siguiendo ésta línea los concubinarios tienen los siguientes derechos:

1. Derechos a seguros de enfermedad y maternidad. De acuerdo con el artículo 24 fracción I. En el seguro de enfermedades quedan comprendidas prestaciones como atención médica, quirúrgica, farmacéutica, hospitalaria y de rehabilitación. Con referencia al seguro de maternidad, comprende; la asistencia obstétrica, ayuda para la lactancia, y una canastilla de maternidad.

2. Tienen derecho a los servicios de medicina preventiva art. 30.

3. Tienen derecho a recibir la pensión derivada del seguro de riesgo de trabajo de acuerdo con el artículo 43.

4. El artículo 75 fracción II y IV establece el orden a seguir para el goce de la pensión por causa de muerte, situando en primer lugar; la cónyuge en concurrencia de los hijos si son menores de 18 años, o están incapacitados o imposibilitados parcial o totalmente para trabajar, o hasta los 25 años si comprueban estar estudiando; en segundo lugar a falta de esposa supérstite se encuentra la concubina en concurrencia con los hijos, siempre que cumpla con los requisitos arriba mencionados; en tercer lugar aparece el esposo supérstite en concurrencia con los hijos y en cuarto al concubinario solo o en concurrencia con los hijos y en quinto lugar a los ascendientes que dependieran económicamente del trabajador.¹¹⁵

Los pensionados en éste caso la concubina o el concubino pierden el derecho a percibir pensión cuando contraigan nupcias o llegasen a vivir en concubinato. En caso de contraer nupcias recibirá una única y última prestación del importe de 6 meses de la pensión que venía disfrutando, artículo 79-II.

¹¹⁵ LEY DEL INSTITUTO DE SEGURIDAD Y SERVICIOS SOCIALES DE LOS TRABAJADORES AL SERVICIO DEL ESTADO, Editorial Ediciones Fiscales Isef, México, 2003.

En el Reglamento de Prestaciones Económicas y Vivienda del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, que complementa la anterior ley, reza en su artículo 8º; “El instituto tendrá acreditada la existencia del concubinato y la dependencia económica a que se refiere la Ley, mediante la exhibición de la copia certificada de la resolución dictada dentro de la información testimonial rendida ante la autoridad judicial”. Para los efectos de esta ley, la anterior es la única forma de probar la unión concubinaria, por lo que no es válido ninguno de los medios de prueba consignados por el Código de Procedimientos Civiles.

En su artículo 16 exige como requisito para otorgar las pensiones otorgadas en la ley a la concubina que se presente junto con la acta de defunción y la resolución dictada dentro de la información testimonial para que los concubinos puedan ser reconocidos como beneficiarios, que también sirve para que se demuestre la dependencia económica. En el caso del concubinario se requiere del dictamen médico que certifique su incapacidad si es menor de 55 años.

5. Ley del ISSFAM

La Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas también les confiere derechos a los concubinos al considerar en el artículo 37 como familiares de los militares a:

II. La concubina sola o en concurrencia con las hijas cuando sean solteras, y los hijos sean menores de edad o mayores estando imposibilitados para trabajar y además solteros. En cuanto a las concubinas reúnan las circunstancias de que tanto ellas como el militar hayan permanecido libres de matrimonio durante su unión y que haya habido vida marital durante los cinco años consecutivos anteriores a la muerte.

Para probar la relación de concubinato el artículo 170 de esta ley exige lo siguiente: “La relación de concubinato será acreditada necesariamente, y en todo caso, con la designación que el militar haya hecho de la persona interesada, como esposa o concubina, ante el Instituto o la Secretaría de la Defensa Nacional o de Marina, sin que sea admisible otro medio de prueba. La designación posterior anula la anterior.

Las circunstancias del artículo 37 fracción II de ésta Ley se acreditarán con los medios de prueba establecidos por el Código Federal de Procedimientos Civiles.”¹¹⁶ La Ley del ISSFAM concede los siguientes derechos a los concubenarios:

1. Tiene la concubina derecho a recibir haberes de retiro, pensiones y compensaciones, pagos de defunción y ayuda de gastos de sepelio. Este derecho se pierde cuando la mujer pensionada viva en concubinato o cuando contraiga matrimonio, artículo 51 fracción V y VI.

2. Puede disponer del fondo de trabajo si el elemento de tropa en cuestión le designó como beneficiaria o beneficiario. En caso de que no haya hecho designación de beneficiarios, los concubinos son los primeros en relación para recibir este fondo, siempre que no haya cónyuge, concurriendo a partes iguales con los hijos del militar, prevaleciendo los derechos de los concubinos sobre los derechos del padre y la madre.

3. Por concepto del seguro de vida militar la concubina recibe una ayuda pecuniaria al morir el militar, del artículo 73. En este caso los militares pueden designar y revocar beneficiarios libremente conforme a ésta ley, y de acuerdo al artículo 84 sólo a falta de designación de ellos, el seguro pagará en primer lugar al cónyuge, a falta de éste, serán beneficiarios los concubenarios en concurrencia con los hijos en partes iguales. La existencia de concubina o concubinario excluye como beneficiarios al padre, la madre y a los hermanos del fallecido.

4. Tienen derecho a que se les otorgue el total de los depósitos que el militar hubiera hecho en vida al Fondo de la Vivienda en caso de que al momento de la muerte se encontrara retirado del activo o se encontrara gozando de licencia limitada.

5. La concubina y concubino tienen derecho al servicio médico integral, que es el sistemas de atención médica-quirúrgica por la cual se trata de preservar la salud así como el bienestar físico y mental, artículo 152.

¹¹⁶ LEY DEL INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL PARA LAS FUERZAS ARMADAS MEXICANAS, Editorial Ediciones Fiscales Isef, México, 2003.

Para recibir éste servicio es necesario que la mujer haya sido designada como concubina por el militar ante el ISSFAM, ante la Secretaría de la Defensa Nacional o de Marina y no podrá designar a otra hasta que pasen tres años en caso que la concubina fallezca.

6. Pueden las concubinas disponer del servicio materno infantil que consiste en consulta y tratamiento ginecológico, obstétrico y prenatales, así como la atención del parto, del infante y ayuda a la lactancia, así como la entrega a la madre de una canastilla para el infante.

7. En cuanto al ramo de maternidad, la mujer tienen derecho a un mes de licencia antes de la fecha probable del parto y dos meses después del parto para la atención del recién nacido, artículo 162.

3.5. ASPECTOS SOCIALES QUE INCIDEN EN LAS NUEVAS FAMILIAS

La familia es por excelencia el primer grupo social, que se origina primeramente por un fenómeno natural, pero la sociología considera además necesario observar que la familia es una institución creada y configurada por la cultura -que comprende la religión, la moral, la costumbre y el derecho,- para regular las conductas humanas conectadas con la generación. Así es que los hechos del hombre como el impulso sexual, la procreación, el desvalimiento de los hijos, el antagonismo de los sexos, no quedan sujetos al azar de los factores biológicos y psíquicos, sino que son orientados, encauzados y regulados por la institución de la familia.

En buena medida casi en todas las culturas y sociedades predomina la idea de que el estado de la sociedad y su devenir depende directamente de la condición que guarden las familias, es decir, si la familia esta bien establecida y ordenada, funcionará bien, siendo fuente de bienestar, grandeza y prosperidad para la sociedad.

Las familias tienen su motivación en la necesidad, de cuidar, alimentar y educar a la prole, tomando en cuenta que es característica del hombre la lentitud con que se vuelve autosuficiente. Para suplir estas necesidades de la crianza se han creado las familias, cuya forma ha variado a lo

largo de la historia y en las diversas civilizaciones. Pero todas ellas tienen en común, la existencia de un esquema de institución que implica la unión estable entre los progenitores y los hijos, hasta su madurez física e intelectual.

De entre los distintos tipos de familia que se han dado a lo largo de la historia, hoy en día las familias son de tipo conyugal monógama y en especial la familia moderna de occidente que es la que existe en nuestra sociedad. Esta familia tradicional, conyugal monógama de occidente durante mucho tiempo tenía una conformación extensa en la que convivían tres generaciones; es decir, los abuelos, los padres y los hijos, que aunque se conserva aún en zonas rurales han cambiando en las últimas décadas, hasta tomar el tipo de restringidas, que sólo comprenden a los esposos y sus hijos. La familia constituida como una institución social fundamental tiene una gran influencia en la formación de los hijos.

En la definición general de familia desde el punto de vista de la sociología “es el grupo social definido por una relación sexual suficientemente duradera para proveer a la procreación y crianza de los hijos, constituida principalmente por la vida conjunta de los esposos con su prole y que forman una colectividad definida”.¹¹⁷

Estas familias tienen como características la voluntad de reconocer y cuidar a los hijos, protección mutua, relación continua sexual, gozar de los bienes comunes, con derechos y deberes aún cuando pudieran tomar formas variadas de matrimonio o institución equivalente.

La familia es una institución social universal presente en todas las sociedades, lugares y épocas, una consideración importante es la frecuencia de la consagración religiosa del matrimonio elevado a sacramento como una institución sagrada de alto valor. La pareja conyugal va a constituir el núcleo base de la familia, forma así una asociación voluntaria y libre, que al dar su consentimiento celebran el contrato matrimonial. La institución del matrimonio no sólo se regula por preceptos religiosos y costumbres sociales, sino además y fundamentalmente por el Derecho Civil.

¹¹⁷ RECASENS SICHES, Luis. *Tratado General de la Sociología*, vigésimo octava edición, Ed., Porrúa, México, 2001, pág. 470.

El Estado se ocupa de regular estas relaciones sociales, a partir de que no sólo afecta a los esposos, ya que ésta relación estable no sólo implica amor, sino la perspectiva del nacimiento y la crianza de los hijos afectando a la sociedad en su conjunto. Razón por la cual se han emitido reglas muy estrictas sobre el matrimonio para hacer de ésta una institución estable con funciones definidas. Así el tipo de relaciones que surgen de éste contrato de sociedad está rígidamente regulado social, jurídica y religiosamente.

El matrimonio es el acto de fundación por medio de un contrato, regulado por normas impuestas por la ley y con efectos en varios ámbitos. Al seno de este grupo familiar se desarrollan múltiples procesos sociales de contacto, comunicación, interactividad, cooperación, solidaridad, mutuo apoyo, división del trabajo y subordinación, cumpliendo funciones en distintos ámbitos. Esta unión de la pareja presenta distintas características en las diferentes y diversas culturas, así estas formas de vida humana se han ido transformando, respondiendo a las presiones y necesidades de cada sociedad y cultura.

Dentro de ésta comunidad de vida se realizan casi todas las funciones pero existen cambios que alteran su funcionamiento. En la actualidad la sociedad urbana ha reducido su tamaño, las condiciones sociales y jurídicas de las mujeres se han transformado, han dejado la etapa de la sumisión para alcanzar una gradual equiparación con el varón, su acceso al campo laboral ha provocado cambios en la estructura social y económica de la familia y la educación de los hijos.

Los diversos cambios que se presentan en la sociedad hacen que se vea afectada la estructura interna de la familia y su integral funcionamiento. Al modificarse las prácticas tradicionales, por fuerzas externas los papeles y las relaciones son modificadas por lo que es posible que ocurran cambios estructurales pues los miembros de la familia deben de adaptarse a las nuevas situaciones. Dentro de los cambios importantes que se han dado se encuentran; el haber dejado atrás los grandes grupos familiares cuyos miembros se encontraban ligados estrechamente, en el aspecto económico la situación de la mujer respecto al trabajo ha cambiado para dejar atrás la dependencia económica del varón y lograr la autosuficiencia, y el paso de la sociedad rural agrícola a la industrial y urbana.

La tecnología y la industria cambian la organización e imponen nuevas condiciones que transforman los papeles y relaciones ocupacionales de la familia. Como resultado del desarrollo económico las familias tienden a ser más pequeñas, se da una urbanización, la necesidad de aumentar el nivel educativo, la disminución de la tasa de natalidad, además se crea una cultura urbana y comercial, se le da importancia al éxito material y el mejoramiento social, se propicia intereses y distracciones fuera del hogar que inciden en el debilitamiento de los lazos familiares, se resta importancia de los deberes domésticos, aparecen nuevas ideologías y patrones en las relaciones familiares, así como nuevas legislaciones que modifican los deberes de los esposos o de las parejas en su caso.

Todos estos factores externos que provocan cambios en la estructura familiar, llegan a trastornar ocasionando problemas en la familia y la sociedad. Con el debilitamiento de los lazos familiares, se atenúan los deberes familiares, ésa incertidumbre y conflictos provocan desajustes y desorganización en su interior que está ligados a la disgregación familiar y la pérdida de las funciones tradicionales de la familia, hay una pérdida de control de la sociedad sobre la persona y un exceso de libertades.

Estos problemas de la familia moderna deben de obligar a realizar nuevos ajustes personales a su interior y a redefinir roles y papeles. Se provoca el rompimiento de la tradicional familia que originan cambios en la estructura y vida familiar.¹¹⁸ Sin duda todos estos acontecimientos son factores que inciden en forma importante en la conformación de las familias, su comportamiento y la formación de las futuras.

Por lo antes desarrollado podemos concluir primeramente que la importancia social que tiene la familia en la sociedad es precisamente que ésta es el grupo primario fundante de la misma, que aunque inicialmente tenía un origen natural, es una institución creada en la sociedad con componentes religiosos, morales, culturales y jurídicos. Así los instintos sexuales y sociales de; procreación, afecto, autoestima y protección del hombre son recogidos, protegidos y normados a través de la institución de la familia.

¹¹⁸ CHINOY ELY, *La sociedad una traducción a la sociología*, Fondo de cultura económica, 1996, págs. 156, 157, 158 y 159.

Pero es trascendental que las familias encuentren su realización en una buena base, que las norme regule y proteja para salvaguardar sus funciones; cumplir plenamente sus objetivos. cuidar su permanencia, su sana convivencia y el desarrollo individual de los miembros que la conforman, tomando en cuenta que al seno de esta se llevan a cabo casi la totalidad de los procesos sociales y el desarrollo de los hijos.

Por lo anterior podemos expresar que es necesario que esta familia se encuentre dentro de un esquema de institución que garantice la unión estable entre los progenitores legalmente así como la protección de los descendientes, y su sano desenvolvimiento cuidando la conservación y transmisión de los valores morales y familiares importantes desde el punto de vista social y legal.

3.6 ESTADÍSTICAS DE LAS UNIONES DE TIPO MATRIMONIAL

Los estudios del hogar como institución básica responsable de la integración social del individuo siempre es objeto de interés para el Instituto Nacional de Estadística Geografía e Información INEGI.

La dinámica social a la que están sometidas las personas, así como la formación y disolución de las uniones conyugales, tiene explicación en gran medida en sucesos que afectan directamente al núcleo familiar. Los cambios en la conformación de los hogares incide sobre la forma en que se relacionan los individuos y a su vez los cambios en la pareja principal del hogar se manifiestan en el tamaño, el tipo, la jefatura, los niveles de ingresos y los patrones del consumo del hogar y las necesidades de vivienda, situación que se refleja finalmente en la formación sociocultural del individuo.

Los estudios del INEGI sobre la formación y disolución de las uniones permite establecer la situación que guarda la población de 12 años y más con respecto a las leyes y las costumbres matrimoniales en el país, distinguiendo entre el número de personas, casadas, unidas, solteras, separadas, divorciadas y viudas. También contribuye a la identificación de los distintos papeles asignados socialmente al hombre y a la mujer al momento de formar una familia.

Todas estas son variables fundamentales para conocer y explicar la composición y la estructura interna de los hogares y las familia en México.

Los hogares son las formas de agrupación básica a la que recurren los individuos con el fin de satisfacer sus necesidades esenciales y reproducir su vida cotidiana. En México el censo de población **define al hogar** en general como un conjunto de personas que comparten la misma vivienda y se sostienen de un gasto común, destinado principalmente para comer, pudiendo existir o no relaciones de parentesco entre ellas.

Los estudios sobre el estado conyugal de las personas se realiza en la población que tiene una edad de 12 años y más. En el estado conyugal se contemplan a las personas hombres y mujeres casadas, solteras, separadas, divorciadas o viudas.

El INEGI no cuenta con la información específica acerca de las cifras exactas de las personas que en México viven en concubinato. Esta situación se debe a que en la mayoría de los estudios al establecer las variables del estado conyugal de la población, ésta se dividen de manera general entre personas; solteras, unidas y desunidas, es decir que dentro del término de unidas engloba a las personas casadas legalmente y las que simplemente se encuentran unidas y dentro del término de las personas desunidas engloban a las divorciadas y las separadas.

De acuerdo con el del INEGI en los últimos 30 años la situación conyugal predominante fue la de casados o unidos; que para los hombres aumento en 3 puntos porcentuales, mientras que las mujeres, mantuvieron el mismo comportamiento entre 1970 y 2000. Por consiguiente y aunque la soltería abarcaba gran parte de la población, se observó una relativa reducción en ésta; Los hombres pasaron del 44.2% en 1970 a 39.8% en el año 2000 y las mujeres pasaron del 36.8% a 34.6% en el mismo periodo.

En cuanto a las personas cuya unión ha sido disuelta la proporción es relativamente baja del porcentaje total, con el 1.9% para el hombre y el 6.6% para la mujer, ambos en el año 2000. No obstante existe una marcada diferencia por sexos ya que la porción de las mujeres casi triplica a la de los hombre. Situación que se explica a que los hombres que tienen una

separación conyugal o quedan viudos con más frecuencia contraen segundas o posteriores nupcias que las mujeres. La viudez refleja mayor sobrevivencia en las mujeres.¹¹⁹

En México la población de personas casadas o unidas asciende a casi 38 millones y representa 54.8% de la de 12 años y más. Por sexo, 56% para los hombres y 53.6% de las mujeres viven en pareja. La población menor de 20 años tiene una proporción reducida de casados o unidos con el 3.5 % de hombres y de 10.3% para mujeres. Esto se debe a que las mujeres tienden a unirse a menor edad que los hombres. Para el grupo de los de 20 a 39 años de edad el porcentaje de casadas es de 67.8% y de 64.8% para los varones. En el grupo de 40 años y más hay una marcada deferencia por sexos; 84.3% para los hombres y 64.7% de las mujeres se encuentran casadas o unidas.

En otros estudios el estado conyugal de la población de 12 años o más muestra importantes diferencias entre áreas rurales y urbanas.

Cuadro N.1. Distribución porcentual de la población de 12 años y más por estado conyugal, según tipo de localidad y sexo, 2000.

Estado Conyugal	Rural		Urbana	
	Hombres	Mujeres	Hombres	Mujeres
Población de 12 años y más	8117096	8398944	25 154036	27 564977
Soltera	40.1	33.3	39.7	34.9
Casada	44.1	44.5	46.1	43.2
Unión Libre	11.8	12.2	9.9	9.5
Separada y divorciada	1.3	2.9	2.3	5.7
Viuda	2.4	6.9	1.7	6.5
No especificado	0.3	0.2	0.3	0.2

FUENTE: INEGI. XII Censo General de Población y Vivienda 2000. Base de datos.

¹¹⁹ Cfr. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA GEOGRAFÍA E INFORMACIÓN. *Mujeres y Hombres en México 2003*, 7a. Edición, México, 2003, págs. 285, 286, 287, 289 y 292.

En las zonas rurales el porcentaje de población casada o unida es de 56.3% que es levemente mayor al de las zonas urbanas con el 54.3%. La proporción de varones casados en el medio urbano es mayor que el de las mujeres, mientras que en el rural ambas proporciones son similares. Las personas que viven en unión libre muestran porcentajes análogos para mujeres y hombres. Este tipo de unión conyugal es ligeramente más frecuente en las zonas rurales que en las urbanas y tiene que ver con los patrones tradicionales del inicio de la vida conyugal. Como se puede observar se considera la variable de unión libre como un estado conyugal lo cual no quiere decir que todas éstas uniones libres cumplan con los requisitos que exige el Código Civil para ser consideradas como una autentica unión concubinaria.

Cuadro N. 2. Población por sexo y estado conyugal 1950-2000.

Estado conyugal	1950	1960	1970	1990	2000
Total	15,057,867	22 042 801	29 687 303	55 913 847	69 235 053
Solteros(as)	4 194 120	8 274 032	12 012 444	22 691 676	25 665 924
Casados(as)	7 191 928	9 837 776	13 479 542	25 585 392	30 808 375
Unidos(as)	1 795 167	1 852 184	2 427 232	4 124 512	7 103 365
Separados (as)	ND	ND	407 111	679 817	1 799 035
Divorciados (as)	67 810	119 045	135 762	406 777	687 444
Viudos(as)	1 109 168	1 322 979	1 235 212	2 034 337	2 992 514

Nota: El total de la población incluye a la que no especifico su estado conyugal: al Censo de 1970 no presenta el concepto No especificado. Para 1950 las cifras se refieren a hombres de 16 años y más y mujeres de 14 años y más; para 1960 a 2000 a hombres y mujeres de 12 años y más. ND, significa no disponible.

2. En el cuadro anterior se muestra el estado conyugal de la población desde el año 1950 hasta el 2000. En el se puede observar que se han mantenido las proporciones; ya que en todo tiempo ha existido mayor número de casados, seguido de los solteros, después se encuentran los unidos, en cuarto los viudos, en quinto los separados y en el último los divorciados.

Cuadro N. 3. Distribución porcentual de la población de 12 años y más, en grupo decenal de edad 2000.

Grupos decenales de edad	Total	Soltero	Casado	Unido	Separado	Divorciado	Viudo
Total	69 235 053	37.2	44.6	10.3	2.6	1.0	4.3
12 a 19 años	16 384 550	92.8	3.4	3.5	0.3	0.0	0.0
20 a 29 años	17 228 877	42.1	40.0	15.2	1.9	0.5	0.3
30 a 39 años	13 489 061	13.2	66.6	14.4	3.3	1.4	1.1
40 a 49 años	9 266 924	7.7	71.1	11.4	4.5	2.1	3.2
50 a 59 años	5 917 184	6.4	69.3	8.8	5.0	2.1	8.4
60 y más años	6 948 457	5.9	54.2	5.8	4.0	1.3	28.8

3. En la gráfica anterior se puede observar la distribución porcentual de la población de 12 años y más dividido en grupos decenales de edad: En el primer grupo de 12 a 19 años es el que ocupa la mayor porción de solteros con el 92.8%. En el grupo de 20 a 29 años la porción entre solteros y casados es similar con el 42.1% y el 40.0% respectivamente, éste grupo cuenta con el mayor número de personas unidas con el 15.2%. Los de 40 a 49 años es el grupo con mayor porción de casados con 71.1%.

En cuanto al estado conyugal por división de sexo; las mujeres que se encuentran en el rango de edad de 20 a 29 años, ocupan la porción mas alta que tienen como estado conyugal el de unidas con un 15.6%. Mientras que los hombres con el rango de edad que va de los 30 a 39 años tienen la porción más alta de vivir unidos con el 15.2%.

Cuadro N. 4. Distribución porcentual de la población por estado conyugal 1950-2000.

Estado conyugal	1950	1960	1970	1990	2000
Total	100.0	100.0	100.0	100.0	100.0
Solteros(as)	29.2	38.6	40.4	40.9	37.2
Casados(as)	50.1	46.0	45.4	46.1	44.6
Unidos(as)	12.5	8.6	8.2	7.4	10.3
separados(as)	ND	ND	1.4	1.2	2.6
Divorciados(as)	0.5	0.6	0.4	0.7	1.0
Viudos(as)	7.7	6.2	4.2	3.7	4.3

Nota: El total de población incluye a la que no especifico su estado conyugal; el Censo de 1970 no presenta el concepto No especificado. Para 1950 las cifras se refieren a hombres de 16 años y más y mujeres de 14 años y más; para 1960 a 2000 a hombres y mujeres de 12 años y más. ND, significa no disponible.

4. En este ultimo cuadro se puede observar la distribución porcentual de la población por su estado conyugal desde 1950 al 2000. Se aprecia que los porcentajes se han mantenido más o menos similares en las 5 décadas, condiciones que son parecidos a los datos del cuadro número 2. En cuanto a la porción de personas unidas se ubican en el tercer lugar, después de los casados y solteros, seguidos de los viudos, los separados y los divorciados.

En la división por sexos; el porcentaje de mujeres unidas es del 10.2%, mientras que para los hombres es del 10.4% en el año 2000. Entre 1990 y 2000 las parejas en unión libre han incrementado en casi tres puntos su porcentaje de 7.4 % a 10.3% respecto de la población nacional de 12 años y más.

En la separación por sexos; también se puede observar que es mayor el porcentaje de mujeres viudas 6.6%, separadas 3.7% y divorciadas 1.3% que el de los varones con el 1.9%, 1.4% y 0.6% respectivamente. Debido principalmente a que los hombres al quedar divorciados, separados o viudos con más frecuencia vuelven a contraer nupcias o unirse.¹²⁰

¹²⁰. Estos indicadores tienen su fuente en el XII Censo General de Población y Vivienda 2000. *Tabulado Básico, Estados Unidos Mexicanos, Tomo II*. INEGI: www.inegi.gob.mx.

CAPÍTULO CUARTO

PROBLEMÁTICA QUE SE PRESENTA AL DETERMINAR LA TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN CONCUBINARIA

4.1. DIFICULTAD PARA PRECISAR EL INICIO DEL CONCUBINATO.

El Código Civil para el Distrito Federal regulaba al concubinato hasta antes de la reforma del 21 de mayo del año dos mil, estableciendo en su artículo 1635 como requisito para su existencia una temporalidad mínima de cinco años, durante la cual la pareja debía de convivir o antes, cuando tuvieran hijos en común. En consecuencia con las reformas de ese año al Código Civil se redujo el tiempo exigido de convivencia de cinco años a una duración mínima de dos años de vida en común constante y permanente entre el hombre y la mujer.

Pero en cualquiera de los dos períodos mínimos de duración del concubinato se presentaba el problema de precisar el tiempo exacto en que iniciaba la relación de pareja. Situación que no puede fijarse fácilmente en la práctica, ya que sólo la pareja tenía conocimiento de la fecha precisa de su inicio, debido a la **falta de datos o documentos que lo demostraran fácilmente**, es decir que **no existe una anotación** (hecha por una autoridad competente) del momento a partir del cual comenzó su convivencia.

Como ya lo hemos precisado la manera de darse el concubinato es en forma espontánea, sin que el hombre o la mujer que pretenden unirse realicen una exteriorización de la voluntad en la que manifiesten su deseo de tomarse mutuamente como concubinos. Tampoco saben verdaderamente cuanto tiempo durara su relación. El hombre y la mujer convienen en vivir juntos bajo un mismo techo, pero en muchas de las ocasiones, sin tener un verdadero interés de cumplir con cada uno de los requisitos que les impone la ley para ser reconocidos como tales, en consecuencia tampoco conocen cuales son los derechos y las obligaciones que les impone el ordenamiento civil a las parejas que viven juntos sin antes haberse matrimoniado.

Sólo se disponen a vivir como pareja compartiendo su vida y su intimidad sin un compromiso real de pareja, y sin que se hayan establecido con anterioridad las condiciones de su unión como en el caso del matrimonio.

En el caso de que la pareja de concubinos no haya procreado hijos, su comprobación será más difícil, pues a nuestro juicio no sería suficiente la simple declaración da la pareja de haber cohabitado durante determinado tiempo, ya que se requiere de más elementos que comprueben su dicho y de esta forma se le reconozca efectos legales.

Una forma eficaz para su comprobación sería el exhibir una **constancia dictada por una autoridad judicial** en la que declare que efectivamente la pareja cumple con todos los requisitos de tipo legal para ser considerados como concubinos y que por consiguiente debe de producir todas las consecuencias de derecho.

Pero no es la única forma en que se pueda **demostrar la existencia del concubinato**. En este caso también podría ofrecerse la prueba testimonial, aunque resultaría difícil que un testigo conociera la fecha exacta en que comenzó la cohabitación, lo que sería más probable es que pudiera aportar una fecha aproximada, pero no una fecha exacta. Otras de las pruebas que se pueden exhibir podrían ser las documentales privadas, tales como recibos del impuesto predial, de teléfono, luz, agua etc., en los que sería necesario que apareciera el nombre y apellidos de los dos, es decir que unos estuvieran a nombre de la concubina y otros a nombre del concubino, siempre que coincidieran en el domicilio.

El estado de concubinato como tal puede ser acreditado por aquellos que demuestren la convivencia y comportamiento matrimonial de los concubinos mediante su relación de pareja ante terceros, de tal forma que aquellos que demuestren una economía en común, la educación que ambos dieron a sus hijos, así como la asistencia material y espiritual que se brindaron serán considerados como concubinos.

Algunas posiciones en cuanto a la demostración del concubinato también han resuelto que se requiere penetrar al interior de la morada de los concubinos para cerciorarse a través de objetos, que se encuentren, que éstos han hecho vida en común.

Una de las formas más sencillas de probar el concubinato, es cuando éstos hayan procreado hijos en común, en tal caso bastará el hecho que los hijos nazcan dentro del plazo contemplado dentro del artículo 383 del Código Civil para el Distrito Federal para que se considere que son producto de una relación de concubinato, es decir los nacidos dentro del concubinato y los nacidos dentro de los 300 días siguientes en que cesó la vida en común, para considerarlos producto del concubinato ya que en caso de no poder determinar el momento exacto en que se dio la unión, podría computarse el inició de la convivencia desde la fecha en que fue registrado el hijo por ambos progenitores, ya que existe la presunción de que al momento de que se registro tal nacimiento, ambos padres ya vivían bajo un mismo techo.

Además existe las acciones de investigación de paternidad y de maternidad, de las cuales una vez que declare sentencia el juez en sentido positivo al hijo, derivará en prueba de que existió concubinato.

Recordemos que el concubinato también debe de cumplir con los requisitos de permanencia y de constancia, es decir que la convivencia de los concubinos debe darse sin interrupciones por un período mínimo de dos años, de ninguna forma debe de ser una relación pasajera que no tenga estabilidad, descartando así las uniones momentáneas y con carácter ocasional.

4.1.1. AUSENCIA DE FORMALIDADES Y DE REGISTRO

La ausencia de formalidades al llevarse acabo el concubinato es uno aspecto trascendental, que origina el problema expuesto en el punto anterior, el de la dificultad para conocer el momento exacto en que el hombre y la mujer iniciaron su vida en común.

En la celebración del concubinato como un hecho jurídico no exige el cumplimiento de determinadas formalidades, y menos aún se requiere su inscripción en el Registro Civil, para que exista el concubinato en el derecho es suficiente el acuerdo de voluntades entre el hombre y la mujer sumado al hecho biológico y social de la vida en común, bajo el mismo techo, con la satisfacción de los demás requisitos legales ya expuestos anteriormente, para lo cual no es necesario el cumplimiento de formalidades especiales.

Se debe de tomar en cuenta que en sí el concubinato es una forma de constituir una familia por lo tanto su regulación no debe de escapar a la vigilancia del derecho. Pero el hecho que desde su inicio el concubinato no se inscriba no quiere decir que su inscripción no pueda hacerse posteriormente en cualquier momento de su vida concubinaria. Posibilidad que ha sido considerada como una posible solución al problema de falta de inscripción de los datos de las personas que se encuentran en el estado de concubinato y de solucionar problemas relacionados como el conocer la fecha de inicio del concubinato.

De hecho en algunos ordenamientos jurídicos ya se ha considerado la posibilidad de que el concubinato pueda ser formalizado a través de la inscripción de la relación concubinaria en el Registro del Estado Civil ya sea a petición de parte de los interesados o de una sentencia judicial. Sin que esto signifique sumergir estas relaciones en formalismos, complejos y honerosos.

Con el registro del concubinato se podría dar formalidad y certeza jurídica a aquellas relaciones concubinarias que en su momento no se registraron por razones de ignorancia, económicas o imposibilidades de otra índole. Con esto no se trata de establecer requisitos y trámites burocráticos para equiparar al concubinato con el matrimonio sino el de establecer datos precisos para que una relación que es incierta pueda tener un parámetro a partir de los cuales se puedan establecer con certeza tiempos y plazos con el fin de otorgar derechos y asegurar obligaciones a favor de los miembros de esa familia de hecho.

En la gran mayoría de los Códigos civiles no aparecen disposiciones que establezcan que el concubinato tenga algún tipo de tratamiento por el Registro Civil por lo que se debe de reflexionar sobre la necesidad de establecer un registro de hecho que permita proteger los derechos de los concubinarios. Este registro no afectaría en nada a la figura jurídica del concubinato o a los concubinarios, pues dicho registro no exigiría de ellos mayores formalismos que el simple deseo de los concubinos de registrar la existencia de su concubinato.¹²¹

¹²¹ GUAJARDO LÓPEZ, Rafael. "Avances en el tratamiento del concubinato entre el Código Civil abrogado y el vigente en el estado, con un breve comparativo de algunos estados de la República", Revista Jurídica del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Tabasco, N.40, Julio-Agosto 2003, págs. 27 y 28.

La inscripción de la relación concubinaria en oficinas del Registro Civil es atacado por autores que sostienen que en caso de que los concubinos se decidieran a acudir ante las respectivas instancias administrativas a fin de realizar los tramites y pagos correspondientes sería mas lógico, positivo, y recomendable el inscribir el matrimonio y no el concubinato, **como se prevé ya en varios códigos del país**, así como el deber jurídico para el Estado de convencer a los concubinos para que **substituyan el concubinato por el matrimonio**, como lo establece el código familiar de Hidalgo para efectos de equipararlo al matrimonio, así el registro garantiza que sólo haya una concubina.

En opinión de este tesista la inscripción del concubinato puede representar una opción viable ya que puede implicar beneficios reales y de aplicación práctica como el llevar un control estadístico de las relaciones concubinarias en un estado y sociedad determinada. Este registro podría hacer visible y presentes todas aquellas uniones entre hombres y mujeres que son inadvertidas por las instituciones y autoridades civiles y administrativas, incluso penales.

Esta anotación en el Registro puede constituir prueba de la existencia de un estado de vida constante entre el hombre y la mujer, en los casos en los cuales se pusiera en duda su existencia, además se facilitaría la comprobación de la preexistencia de esta relación en procesos familiares, de alimentos y sucesorios.

El fin del registro sería el dar certidumbre jurídica a las uniones estables no matrimoniales y el tratar de salvaguardar los derechos e intereses personales y de carácter económicos de la pareja y de los hijos. Mediante este registro se podría indicar el tiempo que efectivamente han vivido en común los probables concubinos, constituyendo una prueba pública que signifique una mayor fuerza probatoria.

4.2. PERMANENCIA DEL CONCUBINATO Y EL ORDEN PÚBLICO

Se afirma que el matrimonio es una **unión permanente** no así el concubinato, ya que en el primero la sociedad y el derecho están interesados en su permanencia, mientras que en el concubinato no se prevé esta situación, razón por la cual se ha considerado al concubinato como una unión que no tiene su permanencia asegurada.

En relación a este punto el autor Galindo Garfias menciona lo siguiente; “En el concubinato el derecho no interviene para procurar el mantenimiento de esa situación de hecho, su permanencia y solidez es jurídicamente indiferente y queda abandonada a la sola voluntad de los concubinarios”.¹²² De lo expresado por este autor podemos afirmar que el derecho al no regular éste aspecto del concubinato, no establece, **mecanismos para asegurar la perdurabilidad** de la relación, las condiciones en que deba presentarse, ni los requisitos que se deben de cumplir para su terminación.

Tampoco establece un procedimiento a seguir para que los concubinos puedan llevar a cabo la conclusión de su relación de pareja en buenos términos, y que aseguren los intereses de la familia. Se observa una falta de interés del Estado en que se mantenga estas clases de uniones extramatrimoniales. Obviamente que al no regular su separación, se deja su permanencia y continuidad sin protección alguna, dejando esta trascendente decisión a la libre voluntad de las partes. A nuestra consideración no es correcta esta abstención legislativa, ya que como lo hemos precisado a lo largo de esta investigación el concubinato no sólo es una unión extra matrimonial, sino que también es una unión que permite la unión sexual de las personas, la convivencia entre la pareja en forma permanente y continúa y por consiguiente también es una forma de constituir una familia.

Chávez Asencio afirma que “El matrimonio es permanente y todo lo relativo con la institución del matrimonio es considerado de orden público, por lo que la sociedad está interesada en su mantenimiento y sólo por excepción la ley permite que se rompa el vínculo matrimonial. En el concubinato no hay permanencia, hay una cierta temporalidad para que la unión produzca efectos”.¹²³

Para aclarar esta apreciación es importante determinar que es el orden público: Este término en sentido general designa el estado de coexistencia pacífica entre los miembros de una comunidad, idea que está asociada con la noción de paz pública.

¹²² GALINDO GARFIAS, Ignacio., Op. cit., pág. 504.

¹²³ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel., Op. cit., pág. 292.

En un sentido técnico la dogmática jurídica con -orden público- se refiere al conjunto de instituciones jurídicas que identifican o distinguen el derecho de una comunidad; principios, normas e instituciones que no pueden ser alteradas ni por la voluntad de los individuos ni por la aplicación del derecho extranjero.

Pero el orden público no sólo comprende principios e instituciones, como normas legisladas, sino además tradiciones, prácticas de foro y de las profesiones jurídicas. La doctrina jurídica reconoce esta idea, cuando indica que el orden público como institución jurídica se constituye de "principios y axiomas de organización social que todos reconocen y admiten aún cuando no se establezcan.

El orden público constituye las ideas fundamentales (conjunto de ideales sociales, morales, económicos y religiosos), sobre las cuales reposa la constitución social. Es decir que la expresión de orden público implica un conjunto de ideas fundamentales, y cuya conservación el derecho ha creído su deber conservar.¹²⁴ El orden público independientemente de su significado funciona como un límite por medio del cual se restringe la facultad de los individuos sobre la realización de ciertos actos o se impide que ciertos actos jurídicos válidos tengan efectos dentro de un orden jurídico específico.

Algunos autores como Jean Etienne Marie Portalis asimilaba la idea de orden público al derecho público, esto es, la regulación jurídica que interesa más al Estado que a los particulares. Por su parte el profesor alemán Savigny afirmaba que unas normas jurídicas mandan de manera necesaria e invariable, sin dejar lugar a la voluntad individual, nombradas normas absolutas e imperativas. Su carácter necesario puede derivarse de la estructura del derecho, de los intereses políticos o de la moral. Otras normas jurídicas por el contrario dejan el campo libre a la voluntad individual a las que llamo derecho supletorio.¹²⁵

Desde la dogmática civil, el orden público es un mecanismo por el cual el Estado impide que ciertos actos particulares afecten los intereses que son fundamentales para la sociedad.

¹²⁴ Cfr. Diccionario Jurídico Mexicano. I-O, Op. cit., pág. 2279.

¹²⁵ *Ibidem*, pág. 2280.

Así el estado restringe ciertos actos de los particulares, con el fin de que estos no surtan sus efectos jurídicos, cuando puedan afectar las instituciones, valores, tradiciones y sentimientos jurídicos. Por lo que se establece un límite a la actividad que se desarrolle en el campo del derecho. La determinación de éstos límites en ocasiones son fijados expresamente por la ley y en otras por los tribunales, en caso opuesto los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos.

El derecho y el Estado tiene el interés de proteger y de mantener sus instituciones fundamentales como lo es la figura del matrimonio en la medida que esta institución representa uno de los ideales y valores reconocidos por la sociedad. En este sentido el Estado limita la facultad de los cónyuges para terminar con su matrimonio, por lo que expresamente lo establece en la ley, y sólo permite su terminación en determinadas situaciones que lo ameriten a su consideración.

Pero además se menciona que todo lo relativo al matrimonio es considerado de orden público, es decir desde la forma de celebrarlo, los derechos y obligaciones que se producen con esta unión, en relación a los bienes, los descendientes, el régimen patrimonial, hasta la disolución del matrimonio como unión legítima. De lo anterior podemos establecer que para el derecho la permanencia del matrimonio es de orden público. Al ser estas disposiciones de orden público, se limita la voluntad de las personas, en ciertos aspectos que puedan llegar a afectar intereses que son fundamentales para la sociedad o las instituciones jurídicas.

En el Código Civil para el Distrito Federal establece en el Libro Primero "De las Personas", Título Cuarto Bis "De la Familia", en su artículo 138-Ter que las **disposiciones que se refieren a la familia son de orden público e interés social** y tienen por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros, basado en el respeto a su dignidad.

Precisa en su artículo 138 Quintus que las relaciones jurídicas familiares generadoras de deberes, derecho y obligaciones, surgen entre las personas vinculadas por lazos de matrimonio, parentesco y concubinato.

De lo expresado en éste artículo se desprende que el concubinato al igual que el matrimonio **es generador de relaciones jurídicas familiares**, las cuales constituyen el conjunto de deberes, derechos y obligaciones de las personas integrantes de la familia, entonces en base a esto se puede decir que el concubinato y las relaciones jurídicas que de él se desprenden también deben ser consideradas de orden público.

Por consiguiente dentro de estas obligaciones que pueden surgir en el concubinato es la de permanecer unidos para cumplir con sus obligaciones como el deber de cohabitar para la crianza y educación de sus descendientes. Entonces la permanencia del concubinato debe de ser considerada por el derecho de orden público, debiendo preocuparse por su permanencia y restringir la libertad que tienen para separarse, debe de vigilar cuales son los motivos y las circunstancias que se debe de cumplir para que los concubinos se puedan separar en una forma regulada, protegiendo los intereses de aquellos que puedan quedar desprotegidos por la terminación del concubinato.

En el caso del Código Civil para el Distrito Federal **no contempla o prevé el supuesto de la terminación del concubinato**, por lo que no establece las causas, ni mucho menos prevé algún tipo de procedimiento para su disolución, por su puesto no vigila las condiciones de su separación, no salvaguarda los derechos de los concubinos, de los descendientes, sus bienes, y con relación a terceros.

La separación de los concubinos es una situación que escapa a la vigilancia del ordenamiento civil, pues no contempla disposiciones que regulen de alguna forma la separación de hecho de los concubinos y las posibles consecuencias que trae consigo un acontecimiento tan frecuente como éste.

Al no existir una reglamentación del concubinato, las relaciones concubinarias pueden ser bastantes frágiles, inseguras, impredecibles, inestables, por que sólo dependerán de la voluntad unilateral de uno de los concubinos o en el mejor de los casos de común acuerdo, que libremente y sin ningún reparo decidan separarse definitivamente dando por concluida su convivencia.

Situación que puede originar que en muchos casos tal decisión no se encuentre fundamentada o existan razones de peso, es decir que no existan motivos reales o causas justas para su terminación e inclusive puede deberse a una decisión caprichosa, intolerante y no razonada. Puede haber ocasiones en que no existe causas reales que ameriten tal decisión y que por el contrario sólo se busquen pretextos para alejarse de una relación y abandonar a una madre con sus hijos. Por lo que es necesario abocarse al estudio de esta problemática y tratar de establecer en que casos si es factible, aconsejable, necesaria o recomendable que finalice la convivencia de la pareja concubinaria.

Es importante establecer parámetros, o prever situaciones en los que se puede dar la terminación de la relación en una forma regulada, para lo cual existe la necesidad de que las autoridades competentes intervengan para que conozcan, prevean y establezcan un procedimiento, vigilen la separación, salvaguarden derechos, establezcan sanciones, pensiones, y obligaciones ya que con estas disposiciones se evitará que se cometan injusticias.

4.3. TERMINACIÓN DEL CONCUBINATO

El tema de la terminación del concubinato es uno de los problemas más importantes que se presentan en esta figura y que no se ha tratado a fondo. Tomando en cuenta la forma en que inicia el concubinato, aspecto que ha sido tratado ya a lo largo de esta tesis y en específico en el punto referente a la dificultad para precisar el momento en que inicia, se advierte la forma espontánea en que puede darse la relación concubinaria, sin una verdadera planeación, de manera libre sin cumplir ningún tipo de requisitos y sin llevar acabo tramite alguno, basta que la concubina y concubino estén de acuerdo en convivir de esta manera.

El inicio del concubinato puede darse en forma repentina sin mayores razones o justificaciones en forma libre es por eso que en la doctrina francesa se le denominaba “**unión libre**”, expresión con la que se hacia referencia a la unión que se contraía libremente y que en la misma forma podía ser disuelta, y que aludía a la falta de formalidades con la que se formaban y se deshacían las uniones concubinarias frente al derecho.

Siguiendo con esta idea, la terminación del concubinato, puede llevarse a cabo en las mismas condiciones de su inicio, es decir en forma libre, sin ningún impedimento, más que con la sólo intención de separación que tenga el concubino o la concubina.

Debemos de establecer que el tema de la **separación de los concubinos** no se encuentra previsto por el Código Civil para el Distrito Federal, en consecuencia al no estar regulado este hecho, muchos de los supuestos que se pudieran presentar en la separación no han sido estudiados ni se ha contemplado cuales son las consecuencias que se originan de dicha separación. Tampoco establece cual es el procedimiento que se debe de seguir para que se de la terminación del concubinato, ni cuales son las condiciones necesarias para disolver la vida en común de los concubinos. Por lo tanto esta decisión de separarse depende únicamente de la voluntad de los concubinos, sin regulación alguna.

Uno de los principales puntos a observar es que en la formación del concubinato **no interviene las autoridades** civiles, éstas desconocen de la existencia de tal unión y que en consecuencia tampoco interviene en la separación de los concubinos. -Pero como pueden intervenir en la terminación de una unión, cuando no se les comunicó primeramente del inicio de esa unión, y en consecuencia como ocurrir en su terminación.- Los concubinos no hacen ningún tipo de aviso a la autoridad de su deseo de concluir su relación, por lo que la autoridad no conoce de ese hecho, ni establece las condiciones en que se debe dar tal separación de hecho.

El concubinato es una unión heterosexual cuya permanencia puede romperse sin previo aviso en cualquier momento por decisión de cualquiera de los dos concubinos, en tal caso no se encuentra sujeta a ningún tipo de traba o impedimento legal que se los impida. Lo que hace que surja la pregunta de que **si es suficiente la voluntad de los concubinos** para terminar con la convivencia en forma definitiva o si considerando que al igual que el matrimonio constituye una familia es importante que intervenga la autoridad para la protección de los intereses de sus miembros. El concubinato tiene una gran diferencia con el matrimonio ya que para que sea disuelto el vínculo matrimonial depende de que sea dictado o pronunciado por la autoridad judicial o por un órgano del poder público, después de que sea aprobado plenamente la existencia de causas graves, que hacen imposible y no deseable la vida conyugal.

En cambio en el concubinato para que se pueda dar la disolución del vínculo no requiere de una resolución dictada por la autoridad competente, por ende esta decisión depende únicamente del deseo de los concubinos de separarse.

4.3.1. DIFICULTAD PARA PRECISAR LA TERMINACIÓN DEL CONCUBINATO.

El problema de establecer cuando una relación de tipo concubinaria ha concluido definitivamente no es un asunto fácil, más cuando la relación de la pareja es inestable, es decir que continuamente se separan seguidas de frecuentes reconciliaciones o cuando en la separación el que deja el hogar no se lleva sus pertenencias consigo, el determinar a ciencia cierta el momento de la separación y en tal caso a quien se le debe de notificar y con que fin.

En el concubinato para poder hablar de la terminación se requiere de la actualización de las siguientes hipótesis.

I. Por voluntad unilateral de uno de los concubinos o bien por mutuo acuerdo: En este supuesto se requiere que dicha decisión de separarse tenga el carácter de definitivo y siempre que haya también una separación de cuerpos por lo que se tiene que abandonar la vivienda que venían habitando, pero al abandonar el domicilio se deben de llevar consigo sus pertenencias personales ya que en caso contrario cabría la posibilidad de que regresara al domicilio común. Pero además de éstos hechos que son de carácter externo, se necesita complementar con el elemento interno, es decir que se tenga la intención de finalizar la convivencia de forma definitiva sin el animo de volver a reunirse.

En nuestra legislación no existen disposiciones que establezcan cual es el tiempo que se requiere que vivan separados los concubinos para que el concubinato se considere como extinguido. En opinión de algunos autores el concubinato debe de considerarse como terminado cuando el tiempo de la separación se prolongue por **más de seis meses**, es decir que cualquier miembro de la pareja abandone el hogar común por más de seis meses. Pero en caso de que la separación no se de por más de seis meses, no se considerará terminada la relación.

Considero que en este caso la separación de la casa conyugal primero se necesita partir del presupuesto que tenían un domicilio común en el que convivían y desarrollaba sus labores compartiendo una convivencia diaria. Otro punto importante es establecer que la separación de los concubinos **sea en forma justificada**, es decir que exista una razón o circunstancia que ameriten tal separación.

Criterio que se establece de la aplicación por analogía de lo contemplado por el artículo 29 del Código Civil para el Distrito Federal el cual prevé que el **domicilio** de una persona física es primeramente aquel en el que reside habitualmente y se presume que éste es el lugar en el que la persona permanece por más de seis meses.

A nuestra consideración la separación de los concubinos por este lapso de tiempo no es lo suficientemente largo ya que se debe de tomar en cuenta que podría darse el supuesto de que después de los seis meses de la separación de los concubinos la mujer tenga un hijo que sea producto de esa anterior relación concubinaria.

En tal caso considero que el lapso de tiempo por el cual el concubinato se debe considerar como terminado es el de nueve meses, el cual no es demasiado tiempo para que puedan reiniciar su vida los exconcubinos con personas distintas y además se prevendría la maternidad de la concubina y la relación filial de paternidad del recién nacido con el concubino.

Este criterio tiene su base en lo prevenido por el artículo 383 del Código Civil, en el cual se presume que son 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 en común de los concubinos. Este hecho se contemplará siempre que la concubina no haya contraído nupcias o se uniera en concubinato con otra persona.

2. Otra forma de dar por terminado el concubinato es cuando se inicia una nueva relación del mismo tipo con persona distinta del concubino o concubina, ya que una de las características del concubinato es la monogamia, de la que se deriva el deber de carácter personal de la fidelidad.

En la legislación civil vigente el hecho de que existan varias concubinas provoca la pérdida de los derechos y prerrogativas consignadas, por lo que no deben de existir varias concubinas o concubinos a la vez. "Al respecto leyes de la seguridad social como la Ley del ISSFAM, establece en su artículo 153 la imposibilidad de que el militar designe una nueva concubina ante el Instituto o la Secretaría de la Defensa o de Marina antes de que pasen tres años de que nombró a la anterior".¹²⁶ Esta prohibición es sólo para efectos de que reciban la prestación del servicio médico integral, por lo que no impide que se unan a otras mujeres.

Cabe aclarar que una infidelidad cometida por cualquiera de los concubinos que sea pasajera y que no tenga mayores consecuencias, no ocasionará necesariamente la finalización de la relación concubinaria, pese a que la monogamia es una característica del concubinato y de que la fidelidad es un deber intrínseco.

Pues la ley no considera como delitos las relaciones sexuales fuera del concubinato y no se le impone sanción, pero tampoco se le reconocerá efectos jurídicos. Sólo cuando hay un matrimonio se prohíben éste tipo de relaciones, considerada como una causa de divorcio, sancionadas por leyes civiles y penales para efectos de proteger al matrimonio como forma institucional reconocida por la ley. Incluso el adulterio si no se invoca y se prueba, o en su defecto se otorga el perdón, el matrimonio continuará. Sólo la voluntad de permanecer unidos es lo que los mantienen en ese estado, inclusive en el caso de una infidelidad si está es perdonada por el otro y mantienen su convivencia de forma conyugal, la relación concubinaria no se habrá quebrantado.

3. Por contraer matrimonio con otra persona o con la misma concubina, por que en tal caso desaparece el concubinato para convertirse en cónyuges con todas sus implicaciones legales.

4. También se extingue por la muerte de cualquiera de los concubinos, al igual que ocurre en el matrimonio.

¹²⁶ Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, artículo 153, Ediciones Fiscales Isef, México, 2003.

4.3.2. POSIBLES CAUSAS DE LA EXTINCIÓN DEL CONCUBINATO

Aunque las causas por las que podía terminar el concubinato no se encontraban previstas en la gran mayoría de las legislaciones civiles del país ni se contemplaba una regulación de las causas, algunos ordenamientos han tratado de regular esta situación, entre los que se encuentran el Código Familiar del Estado de Hidalgo y los Códigos Civiles de Baja California Sur, Jalisco, Puebla y San Luis Potosí; los cuales determinan que el concubinato termina, finaliza, concluye o se extingue por una o más de las siguientes razones:

1. El común acuerdo de voluntades (recíproco disenso) entre la concubina y el concubinario;
2. La voluntad unilateral del hombre o de la mujer;
3. Por el abandono unilateral de un miembro de la pareja, respecto del otro, si se prolonga por más de 6 meses consecutivos, sin causa justificada, siempre que no tuvieran hijos;
4. El abandono unilateral del domicilio común, si se prolonga por más de seis meses, siempre que no exista animo de reconciliación;
5. La separación de los concubinos por más de seis meses;
6. La muerte del concubino o de la concubina;
7. Por resolución judicial;
8. Cualquier otra causa que implique la cesación de la vida en común.

El Código Familiar de Hidalgo establece que en cuanto a estas causas de extinción del concubinato, en el caso del mutuo disenso de concubina y concubino no es razón suficiente para disolver su relación de concubinato; Este Código exige como requisito indispensable que la pareja solicite **autorización ante el juez competente**, ante el cual deberán de presentar un **convenio** similar al que se exhibe para el caso del **divorcio voluntario**.¹²⁷ Por lo que la disolución del concubinato sólo procederá, si el juez así lo determina, ya que en caso contrario seguirá vigente, con todos sus efectos jurídicos.

¹²⁷ CÓDIGO FAMILIAR REFORMADO PARA EL ESTADO DE HIDALGO, artículo 167, Editorial SISTA, S.A. de C.V., México, 2003, pág. 29.

Por su parte el Código de San Luis Potosí en la causal de abandono del domicilio común por cualquiera de los dos concubinos, exige que además de ser por más de seis meses, no haya causas justificadas para ello y sin ánimo de reconciliación en la pareja. Al respecto el Código de Jalisco en su artículo 778 establece que a partir de que la pareja tiene un mismo domicilio no se den separaciones físicas por un tiempo mayor a seis meses sin hacer referencia a la posible causa justificada o injustificada para el abandono. El Código de Puebla considera su terminación por la muerte de los concubinos, por la voluntad de uno o de ambos o de cualquier otra causa que implique la cesación de la vida en común.¹²⁸

Para el Código Familiar del Estado de Hidalgo, siguiendo el principio jurídico de protección a la familia con independencia de la causa que le de origen, establece en su artículo 167 fracción III que el mutuo disenso y el abandono unilateral por parte de uno de la pareja concubinaria, no son causas suficientes para tener por disuelto el concubinato, si de esta relación han nacido hijos comunes de los concubinos.¹²⁹

Considero que es importante que la autoridad intervenga para autorizar o declarar la separación de los concubinos por que aunque en el concubinato no existe una obligación basada en alguna disposición legal de que los concubinos permanezcan unidos pueden existir circunstancias como puede ser la violencia familiar, ya sea en forma verbal o física que haga insostenible su convivencia.

4.4. EL DIVORCIO

La palabra divorcio proviene de las voz latina *divortium* que deriva de *divertere*, que significa; tomar líneas divergentes, irse cada uno por su lado. Evoca la idea de separación de algo que había estado unido. El divorcio es la forma legal de extinguir un matrimonio válido en vida de los cónyuges por causas que surgen con posterioridad a la celebración del matrimonio y que permite a los divorciados la posibilidad de contraer un nuevo matrimonio válido.

¹²⁸ CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE PUEBLA, artículo 298 frac. II, Editorial SISTA, S.A. de C.V., México, 2003, págs. 47 y 48.

¹²⁹ GALVÁN RIVERA, Flavio. *El concubinato en el vigente derecho mexicano*, Porrúa, México, 2003, págs. 100 y 101.

Para Galindo Garfias el divorcio "Es la ruptura de un matrimonio válido en vida de los esposos decretada por autoridad competente y fundada en alguna de las causas expresamente establecidas en la ley".¹³⁰ El divorcio sólo tiene lugar mediante la declaración de la autoridad competente ya sea judicial o administrativa y cumpliendo con todos los requisitos legales del procedimiento.

Existen posiciones encontradas sobre el divorcio, con razones de peso; sus opositores aducen que el divorcio es un factor principal de la disgregación familiar y de la descomposición social por ser la familia la célula social. Los que lo defienden exponen que éste no es el origen de la ruptura del matrimonio, sino solamente la expresión legal del fracaso conyugal y cuyas causas suelen ser variadas y que ante su quiebra, es indebida e injusta la persistencia del vínculo legal, además de impedir una posterior unión que si sea prospera y base de una nueva familia.

Se le ha llamado un mal necesario, por ser la manifestación del rompimiento de la unidad familiar, pero evita la vinculación legal de por vida de los que ya están desvinculados de hecho. El divorcio siempre ha estado presente en todos los ordenamientos jurídicos, aunque en formas y con efectos distintos en cada cultura. El repudio fue una de las formas de romper el matrimonio y que podía ser por causas diversas.

Pero también es cierto que el matrimonio no debe de subsistir por obligación forzosa de la ley a toda costa, cuando falten los motivos que determinaron la unión; la voluntad de los esposos. El divorcio tiene lugar cuando el delito, la infidelidad, vicios profundos e incurables vienen a romper la solidaridad del vínculo matrimonial, abriendo un abismo que hace absolutamente intolerable la vida marital, se ve la necesidad del divorcio cuando el matrimonio, no existe ya en la realidad.

El derecho canónico se caracteriza por consignar la indisolubilidad del matrimonio pues lo considera un sacramento perpetuo. En el sentido específico la palabra divorcio se aplica al divorcio denominado absoluto o vincular exclusivamente.

¹³⁰ SALAS ALFARO, ÁNGEL. *Problemática socio-jurídica del divorcio, investigación bibliográfica, documental y de campo*. Editorial Universitaria Potosina, México, 1994, pág. 18.

En el derecho canónico no se habla específicamente del divorcio, lo que se explica que la Iglesia rechaza el divorcio vincular y admite **únicamente la separación de los cónyuges**. Así el derecho canónico regula el divorcio-separación, que consiste en la separación de lecho, mesa y habitación pero con persistencia del vínculo. Las causas para pedir este tipo de divorcio no vincular se considera el adulterio, cuando un cónyuge se separe de los principios católicos, llevar vida de vituperio o ignominia y la sevicia.

4.4.1. DIVORCIO VINCULAR Y NO VINCULAR

Los autores hacen una distinción entre un divorcio vincular y el no vincular: El **divorcio no vincular** es un divorcio limitativo, relativo, *quoad thorum et mensam* se encuentran impedidos para contraer un nuevo enlace, cabe la posibilidad de la reanudación de la vida en común, o reconciliarse en cualquier momento. El vínculo matrimonial permanece incólume.

En el caso del **divorcio vincular** es absoluto, *ad vinculum*. Se admite que los cónyuges puedan contraer válidamente un nuevo matrimonio, descartándose la posibilidad de la reanudación de la vida en común. Se dice que es un caso de disolución del vínculo matrimonial equiparable al fallecimiento de uno de los consortes. Por esta causa muchos prefieren reservar el término “divorcio” para el divorcio absoluto y llamar al divorcio limitado simplemente “separación”.¹³¹

En el Código Civil para el Distrito Federal vigente desde el 2 de octubre de 1932 regula el divorcio en los artículos 266 a 291. En este ordenamiento se permite tanto el divorcio vincular como la simple separación judicial con persistencia del vínculo. El divorcio vincular puede ser de dos clases; necesario y voluntario. El necesario es pedido por uno de los cónyuges, en base a causas establecidas en la ley. El divorcio voluntario es el solicitado por el mutuo consentimiento de ambos cónyuges y dependiendo ante la autoridad que se tramita se divide en voluntario judicial, ante el juez de lo familiar y el administrativo ante un Juez del Registro Civil.

¹³¹ BARBERO, Omar. *Daños y Perjuicios Derivados del Divorcio*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1997, pág. 31.

4.4.2. DIVORCIO SEPARACIÓN

Este **divorcio-separación** consiste en el derecho de los cónyuges de concluir la cohabitación con el otro, a través de una autorización judicial pero sin que se rompa el vínculo matrimonial, persistiendo los demás deberes derivados del matrimonio, como la fidelidad, los alimentos etc. Al terminar el deber de cohabitar, cada cónyuge puede señalar su propio domicilio. Este tipo de divorcio fue el único que se estableció en los códigos del siglo pasado.

En el Código vigente solamente existen dos causas para pedir la separación judicial; contemplada en las fracciones VI y VII del artículo 267: El padecer cualquier enfermedad incurable, que sea además contagiosa y la impotencia sexual irreversible, excepto cuando tenga su origen en la edad avanzada y la VII padecer enajenación mental incurable, previa declaración de interdicción. Causas que también pueden invocarse para pedir el divorcio vincular. Se puede optar por una u otra forma de divorcio.

El legislador al establecer estas causales tomando en cuenta que la convivencia de los cónyuges en estas circunstancias pueden ser nocivas o peligrosas para la pareja y sus hijos y considerando la buena voluntad del cónyuge sano y la ausencia de culpa en el enfermo. No se quiere romper el vínculo, sino sólo suspender la convivencia, sin que el que quiera separarse incurra en las fracciones VIII y IX que hablan de la separación injustificada de la casa conyugal. Al no haber domicilio conyugal no puede haber separación justificada o injustificada. El divorcio separación no puede pedirse por mutuo consentimiento ni por causales distintas a las mencionadas anteriormente.

Esta separación se funda en el artículo 277 del Código Civil que establece que el cónyuge que no quiera pedir el divorcio puede solicitar al juez que se suspenda su obligación de cohabitar con el otro cónyuge, quedando subsistente las demás obligaciones creadas por el matrimonio, con lo que subsiste el vínculo conyugal. Las consecuencias del divorcio-separación son las siguientes: 1. La extinción del deber de cohabitar y del débito conyugal; 2. Subsistencia de los demás derechos deberes de matrimonio como el de fidelidad, ayuda mutua, patria potestad, y en cuanto al régimen de sociedad conyugal.

Así el juez con conocimiento de causa podrá decretar la suspensión de la obligación de cohabitar, quedando subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio. Se supone que extinguida la causa que dio lugar a la separación, se debe reanudarse la cohabitación de los cónyuges, pero el Código es omiso en esa parte, por considerar las causas como irreversibles, pero considerando los avances de la ciencia lo que en 1928 se consideraban incurables hoy pueden haber dejado de serlo, y se puede dar el caso de la salud recobrada del cónyuge enfermo.

Como ya se estableció anteriormente, el divorcio vincular es la separación definitiva o absoluta de los cónyuges y puede ser de dos tipos; el voluntario y el necesario. El divorcio voluntario es la disolución del vínculo matrimonial en vida de los cónyuges decretada por autoridad competente, ante la solicitud de mutuo acuerdo de los cónyuges, y el divorcio necesario que se da por las causales expresamente previstos en la ley.

El Código Civil para el Distrito Federal regula dos formas de divorcio voluntario; el llamado divorcio administrativo que se realiza ante el juez del Registro Civil, y el divorcio judicial, requerido ante el Juez de lo familiar. En el mismo sentido el Código de Procedimientos Civiles regula el divorcio voluntario que dependiendo de la autoridad ante la que se interpone puede ser judicial o administrativo.

4.4.3. DIVORCIO ADMINISTRATIVO

El divorcio voluntario administrativo es solicitado ante el juez del Registro Civil que corresponda según el domicilio conyugal, por los cónyuges que manifiesten determinadamente su voluntad de divorciarse, que según lo previsto por éste ordenamiento civil tiene una forma sencilla.

El artículo 272 del Código Civil contiene las disposiciones relativas a este tipo de divorcio, para que proceda el divorcio administrativo se debe de reunir las siguientes condiciones; Haber transcurrido un año o más de la celebración del matrimonio, conviniendo ambos cónyuges en divorciarse, sean mayores de edad, hayan liquidado la sociedad conyugal de bienes, si están casados bajo ese régimen patrimonial.

Además de que la cónyuge no se encuentre embarazada, no tengan hijos en común, o teniéndolos, sean mayores de edad y éstos no requieran alimentos o alguno de los cónyuges.

El juez del Registro Civil, previa identificación de los cónyuges, levantará un acta en la que hará constar la solicitud de divorcio y citará a éstos para que se presenten a ratificarla en los siguientes quince días.

Si los cónyuges hacen la ratificación, el Juez del Registro Civil los declarará divorciados y hará la anotación correspondiente en la acta del matrimonio anterior, pero en caso de que los cónyuges se hayan casado en una jurisdicción diferente a la suya, en tal caso se dará aviso al juez competente enviándole la copia del acta de divorcio para que efectúe la anotación.

Para Eduardo Pallares la función del juez del Registro Civil en el divorcio administrativos es meramente pasiva; Se limita a identificar a los cónyuges cuando comparecen por primera vez, comprueba que se presenten los documentos necesarios y levanta un acta con la solicitud de divorcio, y cita a los cónyuges, para que la ratifiquen a los quince días.¹³² Es decir que no interviene persuadiendo a los cónyuges para que desistan de su intención de divorciarse y mantengan su matrimonio.

El papel pasivo del oficial civil, se explica, porque no habiendo hijos de por medio, ni conflicto de intereses pecuniarios procedentes del matrimonio, tanto la sociedad como el Estado carecen de interés en que el vínculo matrimonial subsista y considera el divorcio como una rescisión de contrato.

Si se comprueba que los cónyuges no cumplen con los supuestos exigidos para su disolución, el mismo artículo 272 resuelve que el divorcio así obtenido no producirá efectos legales, independientemente de las sanciones previstas en las leyes. Por lo que las partes deberán responder por la falsedad de las declaraciones dadas ante la autoridad pública. Los que así se divorcian no podrán volver a contraer nupcias, sino hasta después de un año de haberse concedido.

¹³² PALLARES, Eduardo. *El divorcio en México*, quinta edición, Porrúa, México, 1979, pág. 40.

4.4.4. DIVORCIO VOLUNTARIO JUDICIAL

Cuando los cónyuges que quieren divorciarse no se encuentran en el caso previsto para obtener el divorcio por la vía administrativa; por tener hijos, cuando éstos sean menores de edad o que la cónyuge se encuentre embarazada, en tal caso pueden divorciarse por la vía judicial, ocurriendo por mutuo consentimiento al juez competente en los términos que establece el Código de Procedimientos Civiles.

El divorcio voluntario por vía judicial procede cuando los cónyuges por mutuo consentimiento lo soliciten ante el juez de lo familiar que corresponda a su domicilio, siempre que haya transcurrido un año o más de la celebración del matrimonio y acompañen su **solicitud de divorcio un convenio** que deberá de contener las siguientes cláusulas: de acuerdo con el artículo 272 del Código Civil.

I. La persona que tendrá la guarda y custodia de los hijos menores o incapaces, tanto durante el procedimiento, como después de ejecutado el divorcio y que puede ser uno de los cónyuges.

II. El modo de cubrir las necesidades de los hijos a quienes debe de darse alimentos, durante el procedimiento y después de ejecutariado el divorcio, especificando la forma de pago de la obligación alimentaria y la garantía para asegurar su cumplimiento.

III. La designación del cónyuge al que corresponderá el uso de la morada conyugal.

IV. La casa que servirá de habitación de cada cónyuge y a los hijos durante el procedimiento y después de ejecutariado el divorcio, con el deber de comunicar los cambios de domicilio, esto si al decretarse el divorcio hay menores o incapaces u obligaciones alimenticias.

V. El porcentaje de la pensión alimenticia del cónyuge acreedor.

VI. La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y hasta que se liquide, exhibiendo para ese efecto las capitulaciones matrimoniales, el inventario, avalúo, y el proyecto de partición y

VII Las modalidades bajo las cuales, el progenitor que no tenga la guarda y custodia, ejercerá el derecho de visita.

El procedimiento de divorcio voluntario judicial es regulado por el Código de Procedimientos Civiles del artículo 674 al 682. Los cónyuges que deseen divorciarse por mutuo consentimiento deberán de acudir ante el juez de lo familiar, de su domicilio presentando el convenio anterior, así como una copia certificada del acta de matrimonio y de las de nacimiento de los hijos menores.

Recibida la solicitud el tribunal citará a los cónyuges y al representante del Ministerio Público a una primera junta de aveniencia después de los ocho días y antes de los quince de admitida la solicitud. El juez en esta junta los exhortará a la reconciliación, pero sino lograrán avenirlos, aprobará provisionalmente el convenio, oyendo previamente el parecer del representante del Ministerio Público que propondrá las medidas que estime procedentes relativa a la situación de los menores o incapaces, la separación de los cónyuges, los alimentos que uno deba de dar al otro y las medidas de aseguramiento que se estimen necesarias.

Dictará el juez todas **las medidas provisionales** para su aseguramiento y sólo mientras dure el juicio, señaladas en el artículo 282 del Código Civil que consisten en:

1. La separación de los cónyuges, determinando quien permanecerá en la vivienda familiar, previo inventario de los bienes y enseres.
2. Los alimentos que deba dar el deudor alimentario al cónyuge y a los hijos.
3. Lo que estime conveniente para que los cónyuges no se puedan causar daños en sus respectivos bienes ni en la sociedad conyugal y la anotación de la demanda en el Registro Público de la Propiedad, cuando existan bienes que pertenezcan a los dos.
4. Dictará las medidas precautorias que señala la ley, respecto a la mujer que quede embarazada.
5. Poner los hijos al cuidado de las personas que designen de común acuerdo los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos, quedando los menores de 12 años al cuidado de la madre.
6. Resolverá sobre las modalidades de las visitas o convivencia de los hijos con sus padres.
7. En caso de violencia familiar cuando lo considere pertinente tomará las medidas para salvaguardar la integridad y seguridad de los interesados.
8. Revocará mandatos que entre cónyuges se hubieran otorgado.

9. Requerirá a ambos cónyuges el inventario de sus bienes y derechos y de los que se encuentren bajo la sociedad conyugal, especificando bajo que título se adquirieron o poseen, su valor, las capitulaciones matrimoniales y un proyecto de partición.

10. Las demás que considere necesarias.

Si insistieran los cónyuges en su propósito de divorciarse, citará el tribunal a una **segunda junta** donde volverán a ser exhortados a la reconciliación. En caso de no lograrse y en el convenio hayan quedando bien garantizados los derechos de los hijos menores e incapacitados, el tribunal oyendo el parecer del representante del Ministerio Público y hechas las modificaciones que éste haya señalado se dictará sentencia de divorcio y decidirá sobre el convenio presentado.

La reconciliación de los cónyuges pone fin al juicio de divorcio, en el estado en el que se encuentre, si no hubiere sentencia ejecutoriada. Si dejarán pasar más de tres meses sin continuar el procedimiento, el tribunal dejará sin efecto la solicitud y mandará archivar el expediente.

Ejecutoriada la sentencia de divorcio el tribunal remitirá copia al juez del Registro Civil ante quien se celebró el matrimonio, para que levante el acta de divorcio, haga la anotación correspondiente en el acta de matrimonio disuelto y para que se publique el extracto de la resolución durante quince días en las tablas destinadas para tal finalidad en los juzgados.

4.4.5. DIVORCIO NECESARIO

El divorcio en principio se debe de considerar como una excepción ya que para el derecho civil el matrimonio es permanente; La excepción es el divorcio que viene a disolver el matrimonio. Las instituciones familiares son permanentes por naturaleza a diferencia de las relaciones de carácter patrimoniales económico. El divorcio necesario es la disolución del vínculo matrimonial a petición de un cónyuge, decretada por autoridad judicial competente y en base a causas específicamente señaladas por la ley. Se le llama también contencioso por ser demandado por un esposo en contra del otro a diferencia del voluntario que de común acuerdo solicitan el divorcio, sin que exista una controversia entre ellos.

El Código Civil no establece una definición del divorcio, y se limita a expresar sus efectos en el artículo 266:

“El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro. Se clasifica en voluntario y necesario. Es voluntario cuando se solicita de común acuerdo de los cónyuges, y se substanciará administrativa o judicialmente, según las circunstancias del matrimonio. Es necesario cuando cualquiera de los cónyuges lo reclama ante la autoridad judicial, fundado en una o más de las causales a que se refiere el artículo 267 de este Código.”

La institución del matrimonio es de **orden público**; la sociedad está interesada en su mantenimiento y sólo por excepción la ley permite que se rompa el vínculo matrimonial. Por lo tanto siendo el divorcio una excepción, deben regularse cuidadosamente las causales que permitan disolver el matrimonio.

El Código Civil para el Distrito Federal es uno de los más casuísticos del mundo, en su artículo 267 establece las causales de divorcio necesario en sus XXI fracciones. Las causales pueden dividirse en divorcio-**remedio**; cuando las causas sean de tal gravedad que hagan imposible la vida conyugal, bien sean como consecuencia de alguna enfermedad, y como divorcio-**sanción**, cuando se comentan actos de carácter ilícitos de un consorte contra del otro.

Dentro de las causas que implican una sanción existe cuando la conducta de uno de los cónyuges se encuadre dentro de alguna de las causas previstas por la ley y que constituyen una conducta ilícita como; la propuesta de un cónyuge para prostituir al otro, la incitación a la violencia para cometer algún delito, la corrupción de los hijos menores, cometer un delito doloso en contra del otro cónyuge o sus bienes etc., que conforman la mayoría de las causas previstas en el artículo señalado. El segundo tipo de causales son las consideradas como un remedio entre las que se encuentra; la declaración de ausencia legalmente hecha, la presunción de muerte, las enfermedades y la enajenación mental incurable de alguno de los consortes, en las que indudablemente no significan precisamente una actitud ilícita o un culpable en alguno de los consortes.

El Código Civil para el Distrito Federal es **limitativo y no ejemplificativo** por lo que cada causal tiene un carácter autónomo y no pueden involucrarse unas y otras, ni emplearse por analogía ni por mayoría de razón. Por lo que todas las disposiciones legales que establecen tal disolución son de aplicación restrictiva, y solamente se puede decretar aquel por las causas específicamente enumeradas en la ley.

Pero se debe de tomar en cuenta que no en todas las fracciones se contiene sólo una causa de divorcio, hay fracciones que contienen **dos y más causas** que pueden invocarse aislada o conjuntamente las cuales contiene una causal o más. Hay supuestos como la injuria grave bajo los cuales puede **encuadrarse un sinnúmero** de circunstancias culposas que generan el divorcio.

El divorcio es una controversia del orden familiar, por lo tanto el juez competente será el del domicilio conyugal, la acción de divorcio es personalísima, sólo puede ser iniciada y continuada hasta la obtención de la sentencia por los propios interesados, que son los cónyuges. El divorcio necesario sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él y dentro de los seis meses siguientes al día en que tenga conocimiento de los hechos en que se funde la demanda.

Cuando la causa consista en un hecho determinado en el tiempo como la injuria y el adulterio único el término de caducidad es de seis meses a partir del momento que se entere el cónyuge demandante, de no interponer la demanda dentro del plazo se presume el perdón del ofendido, pero podrá interponer el divorcio por nuevos hechos que constituyan una causa de divorcio, pero si la causa fuera permanente, no existirá término de caducidad, por estar vigente la causa.

La reconciliación de los cónyuges y el perdón del ofendido le ponen fin al procedimiento de divorcio en el estado en el que se encuentre, en este caso no puede pedir el divorcio por los mismos hechos que motivaron el juicio anterior, pero sí por otros nuevos aunque sean de la misma especie de acuerdo con el artículo 281. El juicio debe de llevarse a cabo con todas las formalidades de carácter procesal que establece el Código de Civil de Procedimientos Civiles.

El juez deberá de dictar las mediadas provisionales sólo mientras dure el juicio y que son las mismas que se dictan para el divorcio voluntario judicial, las cuales fueron expuestas en su momento.

Las **consecuencias de la sentencia** son en tres sentidos: en cuanto a las personas de los cónyuges, en cuanto a los hijos y en cuanto a los bienes.

El efecto directo del divorcio es el extinguir el vínculo conyugal y la libertad que obtienen los cónyuges para contraer un nuevo matrimonio válido. Dentro de la resolución también se impone al cónyuge culpable el pago de las costas y los gastos que originó la tramitación del asunto.

En el divorcio necesario se le impone al cónyuge culpable como sanción el esperar el **transcurso de dos años para poder contraer nuevo matrimonio válido, y el pago de alimentos en favor del cónyuge inocente**, tomando en cuenta las circunstancias del caso establecidas en el artículo 288. En todo caso el cónyuge que carezca de bienes o que durante el matrimonio se hubiera dedicado preponderantemente al hogar y a los hijos, o que esté imposibilitado para trabajar, tendrá derechos a los alimentos.

El cónyuge inocente tiene derecho a que el culpable lo **indemnice por los daños y perjuicios** que el divorcio le haya causado, de la misma forma en que se rigen los hechos ilícitos. La mujer tendrá derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio, sino tiene ingresos suficientes y mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.

En cuanto a los bienes de los cónyuges el cónyuge culpable perderá todo lo que se le hubiera dado o prometido por su cónyuge o por otra persona en consideración al matrimonio, mientras que el cónyuge inocente conservará lo recibido y podrá reclamar lo pactado en su provecho de acuerdo con el artículo 286 del Código Civil. El divorcio disuelve la sociedad conyugal, una vez que se decrete el divorcio se **procederá a la división de los bienes comunes** y se tomarán las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o con respecto a los hijos.

En cuanto a los hijos la sentencia de divorcio fijará en definitiva la situación de los hijos, para lo cual el juez resolverá todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad y sobre su pérdida, suspensión o limitación, y en especial a la custodia y cuidado de los hijos, Siempre considerando el interés superior de los hijos. Se protegerá el derecho de convivencia de los hijos, decidirá quien tiene derecho a la patria potestad, conforme al artículo 283, pero quien la pierda queda sujeto a cumplir con todas sus obligaciones de padres. Están obligados en proporción a sus bienes o ingresos a contribuir a la educación y subsistencia de éstos hasta que lleguen a la mayoría de edad, establece el artículo 287 del Código Civil.

4.5. TERMINACIÓN DEL CONCUBINATO Y RELACIÓN CON EL DIVORCIO

Al hacer el estudio del concubinato encontramos que de acuerdo con las características que la engloban de ser una unión voluntaria entre el hombre y la mujer con la intención de convivir en forma constante y permanente siendo una forma de fundar una familia a la par del matrimonio y con fines en cierta forma idénticos a los del matrimonio como son; el unir sus vidas, la ayuda mutua y la procreación de hijos formando una estructura familiar que en muchos sentidos era idéntica a la familia que se forma a partir de la celebración del contrato matrimonial.

Pero al realizar el estudio más a fondo del concubinato se tenía que establecer cual era su naturaleza jurídica, primeramente se determinó que el concubinato es un acontecimiento natural y social del hombre. Es un hecho de las personas que se da dentro de las relaciones humanas sin que en el momento de producirse intervengan las normas jurídicas.

El concubinato es la unión de hecho de un hombre y una mujer sin formalización legal basada en una convivencia en forma pública y permanente durante un determinado tiempo en la que hacen vida marital pero sin antes haber realizado el acto solemne del matrimonio. La unión se da sin que exista una intención de producir consecuencias de derecho. Pero aún sin la intención de los que así se unen, ésta situación de hecho produce efectos en distintas esferas como son la personal, la familiar y patrimonial.

El concubinato no cumple con las características de un acto jurídico por no existir una voluntad dirigida a la creación modificación o extinción de derechos y obligaciones, ni una intención de generar un cambio en las relaciones jurídicas. Los concubinos sólo tienen la intención de unirse pero no existe una voluntad consciente dirigida a la creación de un estado de derecho como en el matrimonio.

El concubinato al no ser un acto jurídico no cumple con los elementos de existencia y de validez que son necesarios para que existe el matrimonio. No hay una manifestación de voluntad, emitida ante el funcionario del estado que da fe, no se hace el levantamiento de la acta, ni el registro de la unión en el libro de gobierno, tampoco se cumple con cada una de las formalidades y solemnidades que se requieren para la celebración de la unión matrimonial.

Se tiene un problema ya que desde su inicio no existe normas jurídicas que regulen su constitución como un acto jurídico, tampoco se puede asegurar su permanencia ya que depende del arbitrio de los concubinos que pueden dar por terminada la relación en cualquier momento, siendo una unión de personas libres, que tienen una fácil disolución debido a la falta de trámites judiciales con la que se disuelve.

En el concubinato por ser un hecho jurídico y no un acto jurídico la normatividad civil en el Distrito Federal no contempla un procedimiento determinado para su constitución ni para su disolución, como se prevé para el caso del matrimonio. En principio el matrimonio sólo puede terminar por divorcio, nulidad y la muerte de un cónyuge.

En el caso del concubinato la ley civil no contempla un procedimiento para su terminación, tampoco se podría hablar de nulidad del concubinato, pues como ya se estableció el concubinato no es considerado un acto jurídico por lo cual en su celebración no se cumple con los requisitos de existencia ni de validez por tanto no se puede argumentar su nulidad, de tal forma que la terminación del concubinato sólo se podría dar por muerte de la concubina o del concubino y por una separación regulada.

En el caso del divorcio se hizo la distinción entre divorcio vincular y el no vincular el primero es absoluto y deja a los divorciados en aptitud de contraer una nueva relación, mientras que el divorcio no vincular es un divorcio limitado, en el que permanece el vínculo matrimonial, estando impedidos para contraer un nuevo matrimonio, y pudiendo reanudar la vida en común.

A. En el ordenamiento Civil se regula la separación judicial de lo cónyuges con la persistencia del vínculo matrimonial. Esta separación permite a los cónyuges terminar con la cohabitación a través de una autorización judicial pero sin que se rompa el vínculo matrimonial, por lo que deben seguir cumpliendo con los deberes del matrimonio, a excepción de la cohabitación. En el caso del concubinato sería difícil que se diera la separación de los concubinos con persistencia del vínculo entre los concubinos principalmente por que el concubinato es un estado de hecho, que consiste en la vida en común de los concubinos en forma constante y permanente, por lo que de darse una separación física se rompería la base en la que se sustenta este tipo de unión de hecho.

Con la separación de los concubinos, no podrán persistir todos lo efectos del estado de concubinato, ya que tendrían que establecer domicilios diferentes con la imposibilidad de cumplir con sus obligaciones de cohabitación, fidelidad y solidaridad, no podrían conservar una apariencia matrimonial hacia el exterior. Por consiguiente la separación de los concubinos **tendrá que ser en forma definitiva**, debiendo concurrir además de la separación física, el elemento interno basado en el deseo de terminar su relación sin que exista la intención de reiniciar su convivencia.

En todo caso para que se diera la separación de los concubinos sin que se rompiera la relación concubinaria sería necesario que dicha separación se diera por medio de la autorización de un juez cuando se acreditará la existencia de condiciones que impidieran continuar con su convivencia, pero durante el cual tendrían que seguir cumpliendo con sus obligaciones que derivan del concubinato, siempre que los concubinos no tuvieran el deseo de separarse definitivamente. El juez determinará cual es el período de tiempo de separación, dependiendo de las circunstancias del caso y previendo que una vez desapareciendo dichas circunstancias que provocaron la separación puedan continuar con su normal convivencia.

B. El divorcio vincular es la separación absoluta o definitiva de los cónyuges, se admite que los cónyuges puedan contraer un nuevo matrimonio, es un caso de disolución del matrimonio equiparable a la muerte de uno de los cónyuges, puede ser de dos tipos el divorcio voluntario y el necesario.

En el caso del concubinato la disolución definitiva de la relación, dejaría a los concubinos en posibilidad de unirse nuevamente en concubinato o de contraer nupcias con una tercera persona.

El divorcio voluntario es solicitado en vida de los cónyuges y de mutuo acuerdo ante la autoridad competente. Para tal caso la ley regula dos tipos de divorcio voluntario el administrativo y el judicial. El divorcio administrativo es solicitado ante el juez del registro civil que corresponda al domicilio conyugal ante el que manifiestan determinadamente su voluntad de divorciarse. Este divorcio procederá siempre que los cónyuges se encuentren en determinadas condiciones; como el haber transcurrido un año de la celebración del matrimonio, sean mayores de edad, hayan liquidado la sociedad conyugal de bienes, sin que tengan hijos en común o no necesiten de los alimentos y que la cónyuge no esté embarazada.

En el caso del concubinato el código civil del Distrito Federal no regula la separación de los concubinos por mutuo consentimiento, tampoco prevé cuales son las condiciones que deben de cumplir los concubinos para que puedan separarse. En todo caso las condiciones para su terminación tendrían que variar ya que no podría pedirse la disolución por mutuo consentimiento antes del año de que iniciará la unión, ya que para que se constituya el concubinato en el Distrito Federal se exige que permanezcan unidos por un período mínimo de dos años, en caso de no haber procreado hijos antes.

Cuando los concubinos se separan antes del período de tiempo exigido para que una unión de hecho se considere concubinato, entonces se estará incumpliendo con el requisito legal de permanencia de la vida en común durante un determinado lapso de tiempo, por lo que no podrá considerarse que existió concubinato, tampoco podrá pedirse los derechos derivados de ésta relación no matrimonial. Por consiguiente para que se de la terminación del concubinato por mutuo acuerdo debe antes haberse constituido tal concubinato.

Se puede señalar que tanto en el matrimonio como en el concubinato el mutuo consentimiento sería la forma más simple o sencilla de dar por terminada la unión.

C. Cuando los cónyuges que desean divorciarse no se encuentran en el caso previsto para divorciarse por la vía administrativa, entonces pueden solicitar por mutuo acuerdo el divorcio por la vía judicial.

Si los cónyuges que quieren separarse por mutuo consentimiento tienen hijos menores de edad o mayores que requieren alimentos o la cónyuge se encuentre embarazada la ley establece más requisitos, así como un procedimiento más formal. Primeramente la solicitud de divorcio ya no se hará antes el encargado del Registro Civil sino ante un Juez de lo familiar de acuerdo al domicilio conyugal que corresponda. Se requiere que la solicitud de divorcio se acompañe de un convenio en el que los cónyuges establezcan las bases para liquidar la unión matrimonial. Además de la intervención del representante del Ministerio Público quien señalará las modificaciones que sean convenientes al convenio para garantizar los derechos de los menores.

El Código Civil para el Distrito Federal no establece la separación legal de los concubinos, cuando estos ya han formado una familia, por lo que en caso de separación se deja desprotegida a la concubina que tiene hijos ya que no se establecen medidas para que esta y sus hijos tengan asegurado un sustento, ni se piensa en su porvenir.

La ley no prevé un procedimiento para su terminación, no se hace de conocimiento del juez de lo familiar a pesar de que se reconoce que del concubinato se forman familias en las que se producen las relaciones jurídicas familiares. No se vigila que la separación de los concubinos se de dentro de un procedimiento en el queden garantizados los alimentos de los menores, en el que se resuelva sobre la patria potestad y la custodia de los menores, tampoco participa el representante del Ministerio Público para cuidar los derechos de los menores o incapacitados.

La ley no se interesa en la permanencia del concubinato, ni procura la unión de los concubinos por lo que el juez de lo familiar no interviene para exhortar a los concubinos de permanecer unidos, cuando estos quieran terminar con su convivencia.

No se prevé que los bienes sean liquidados ni la repartición de los bienes comunes que hayan obtenido durante su unión, esto antes de la separación. Faltan medidas legales que prevean que en caso de que los concubinos presenten un convenio en el que establezcan por mutuo acuerdo las condiciones de su separación la intervención del Ministerio Público para que realice la revisión de la validez del convenio presentado y señale las modificaciones que considere pertinentes.

En la separación de los concubinos el juez no interviene para dictar las medidas provisionales que estime necesarias. Tampoco levanta un acta de divorcio ni hay un registro del mismo hecho, por consiguiente no se publica tal resolución en las listas del juzgado. En términos generales se puede señalar que en la terminación del concubinato no se cumple con todos los pasos y formalidades exigidas en un procedimiento, lo cual representa un grave problema ya que ocasiona que se sigue dejando desprotegida a la familia que surge del concubinato, por lo que es necesario que se regule en forma precisa la disolución del concubinato.

D. En cuanto a la terminación del concubinato y su relación con el divorcio necesario se pueden establecer las siguientes consideraciones.

La institución del matrimonio es considerado de orden público por lo que la sociedad está interesada en su permanencia y sólo por excepción la ley permite que se rompa el vínculo matrimonial, por lo que se regulan cuidadosamente las causales por las cuales se solicita la disolución del matrimonio.

Una de las principales diferencias con el concubinato es que en el matrimonio la ley señala específicamente las causas por las cuales se disuelve el matrimonio, para lo cual se establece un catalogo que contiene las causas por las que los cónyuges puede solicitar el divorcio. En el concubinato la ley no especifica cuales son esas causas por las cuales los concubinos pueden separarse válidamente. No existe un estudio o clasificación de las causales entre las que constituyen un remedio, cuando existan causa graves que hagan imposible su convivencia o de las causales consideradas como sanción, cuando se cometan actos delictuosos o ilícitos de un concubino en contra del otro.

En la separación de los concubinos no es necesaria la existencia de estas causales, no se tienen que comprobar, ni acreditar que son lo suficientemente graves como para hacer indeseable la convivencia entre los que cohabitan en un mismo lugar.

El divorcio es una controversia del orden familiar, por lo que es competencia del juez del domicilio conyugal, es solicitado por el cónyuge inocente o que no haya dado motivo a ello, debiendo demandar dentro de un plazo de seis meses a partir de que tenga conocimiento de los hechos en que se funda la demanda de lo contrario se presume el perdón del ofendido.

En el concubinato no existe un concubino inocente y un culpable ya que cualquiera puede tomar la decisión de separarse sin mayores requisitos y sin que su decisión de separarse este basada en una causa justa que pueda ser valorada por el juez de lo familiar.

El juicio de divorcio debe de llevarse acabo cumpliendo con todas las formalidades procesales que establece el mismo Código de Procedimientos civiles. Mientras que la separación de los concubinos no se encuentra sujeta a ningún procedimiento, por lo que el juez de lo familiar no vigila su separación ni dicta las medidas provisionales que considere convenientes como; el ordenar la separación de los concubinos y las pensiones alimenticias en favor de la concubina y de sus hijos.

En la terminación del concubinato no existe de por medio un procedimiento que tenga como fin extinguir la convivencia de los concubinos y el dejarlos en libertad para unirse en una nueva relación. Tampoco se pronuncia una sentencia que fije la situación definitiva de los hijos, que resuelva sobre los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, la custodia y cuidado de los hijos.

En el aspecto patrimonial tampoco existen disposiciones que resuelvan claramente sobre los bienes que hubieran adquirido los concubinos durante el lapso de tiempo que permanecieron unidos, ni sobre la existencia o no de una sociedad de bienes y su forma de liquidarla.

4.6. CRÍTICA A ALGUNAS DISPOSICIONES LEGALES DEL CONCUBINATO

1. Igualdad. En el concubinato no se expresa claramente una igualdad entre los concubinos, ya que esta se deriva de un principio constitucional que declara que el hombre y la mujer son iguales ante la ley, siguiendo con este principio el Código Civil para el Distrito Federal establece en el artículo 2do., que la capacidad jurídica es igual para el hombre y la mujer, consecuentemente la mujer no tiene ningún tipo de restricción en el ejercicio de sus derechos civiles en razón a su sexo. Sin embargo éste mismo Código utiliza términos distintos para identificar al hombre y la mujer que viven en concubinato; concubinario para el y concubina para ella. Ahora bien si observamos que la idea o concepto que se obtiene de la utilización del sufijo "ario", por regla alude a la persona que es titular o beneficiario de un bien o de un derecho, término que indicaría que el tiene una concubina con lo que se establece una desigualdad conceptual y nominativa. Por lo tanto lo correcto o adecuado en atención al principio de igualdad jurídica, es utilizar el vocablo de concubino, en lugar de concubinario, para referirse al varón unido en concubinato, esto en atención a la dignidad moral, social y jurídica de la mujer y el principio de igualdad entre los dos sexos.

2. La regulación actual del concubinato tiende a equiparar el concubinato al matrimonio por el simple transcurso de tiempo, otorgándole los mismos derechos y obligaciones que la institución matrimonial. Por lo que la reforma se centro en elevar los derechos que se originan al cumplir con los requisitos de constitución del concubinato, pero no estableció medios legales reales por los cuales el concubinato pueda convertirse en matrimonio. Es decir que a esta reforma le faltó establecer disposiciones en las que se incentivará a las parejas de hecho a convertirse en uniones legalmente constituidas. De lo anterior se deduce que falta un procedimiento o mecanismos por los cuales ésta unión de hecho puedan convertirse al matrimonio, el cual debe de ser uno de los principales objetivos de toda reglamentación el pasar de lo irregular a lo regulado y de lo no legal a lo legal.

3. la siguiente críticas es al contenido del artículo 1368 que regula la cesión testamentaria, el cual establece **la obligación para el decujus de dejar alimentos a la persona con la que vivió en concubinato durante los últimos cinco años que precedieron inmediatamente a**

su muerte, y que ubica a la concubina en la Fracción V, después de los descendientes, menores de dieciocho años y de los que están imposibilitados para trabajar, del cónyuge supérstite y de los ascendientes y solamente antes de los demás parientes colaterales dentro del cuarto grado. Con lo que se establece una incongruencia puesto que en realidad el concubino sobreviviente tendría que encontrarse en la fracción III, ocupando el lugar del cónyuge supérstite, tomando en cuenta que el concubinato es una unión de tipo exclusiva y monogámica en la que los integrantes se encuentran libres de todo impedimento legal para unirse válidamente entre sí. Es decir que si hay concubina no existe la cónyuge de lo contrario no tendría derecho a los alimentos. Por tanto al existir sólo un concubino y concubina, éstos tendrá el mismo derecho que el de un consorte.

Por otra parte se debe señalar que éste artículo exige todavía como requisito para efectos de tener derecho para exigir los alimentos que se haya mantenido una convivencia de cinco años y **no de dos como actualmente lo establece el ordenamiento** civil en el capítulo XI que regula el concubinato, por consiguiente hace falta una reforma para actualizar y unificar la disposiciones que reglamentan a esta figura. Se señala que en este mismo precepto se exige dos condiciones que el superviviente éste impedido para trabajar y **no tenga bienes suficientes**, en cuanto a está condición existe el problema de determinar cuando una persona carece de bienes suficientes, La segunda de las condiciones es que observe buena conducta que es un aspecto subjetivo que representa dificultad de precisar porque puede basarse en aspectos de apreciación.

4. Las misma crítica se puede hacer a los dispuesto por el artículo 1373, cuando se refiere a la forma en que deben de cubrirse los alimentos cuando el caudal hereditario es insuficiente para cubrirlos a todas las personas que tienen derecho, enumeradas en el artículo 1368 y que fueron mencionadas anteriormente. Por tanto el concubino que sobrevive cumpliendo con todos los requisitos contemplados deberá de recibirlos en primer lugar junto con los descendientes y no hasta el tercer lugar junto con los hermanos como actualmente está contemplado. Es necesario que se establezca una congruencia o un ajuste en relación al tiempo que se exige para considerar constituido el concubinato en el Código Civil, así como para acceder al derecho de alimentos y en general en todos las disposiciones que garantizan o establecen derechos en favor del concubinato.

5. Lo mismo se puede apuntar respecto a la sucesión legítima, pues el artículo 1602 del Código Civil señala las **personas que tienen derecho a heredar en esta sucesión** nombrando a la concubina y concubino en último lugar, siendo que el derecho de estos deben de estar antes que el de los ascendientes y demás parientes colaterales hasta el cuarto grado, esto si satisfacen los requisitos del artículo 1635, cuando los requisitos que se deben de cumplir son los contemplados en el Título Quinto, capítulo XI "Del concubinato". Sin embargo el artículo 1635 que habla de la sucesión de los concubinos establece que éstos tienen derecho a heredarse recíprocamente, aplicandose las disposiciones relativas a la sucesión del cónyuge, con los cual se equipara el derecho de los concubinos en la sucesión legítima casi en su totalidad con los cónyuges.

6. Otra crítica es a las disposiciones del artículo 1368 respecto a la obligación del testador de dejar bienes a quienes la propia ley señala. Pero menciona que si fueran varias las personas con las que el testador vivió como si fueran su cónyuge, ninguna de ellas tendrá derecho a los alimentos. De la misma forma el artículo 291Bis precisa que cuando **existan varias uniones del mismo tipo, en ninguna se reputará concubinato**, previendo una indemnización para quien actuó de buena fe. La crítica es en el sentido que en éstos preceptos legales no se demuestre primero que efectivamente existían varias relaciones del mismo tipo para evitar que **a causa de un falso testimonio se le niegue derechos a la verdadera concubina**, sin que antes hubiera tenido la oportunidad de demostrar que su convivencia con el concubino era única o de tipo singular. Es decir que hasta que se compruebe la existencia de varias relaciones al mismo tiempo, no se les debe privar de los alimentos injustamente o a participar de la herencia. En tal caso si se desprende de autos que a una de ellas se le negó esa calidad de concubina, sin que haya apelación y ésta causo estado, en tal caso se otorguen los derechos a la que si hubiere sido reconocida como tal. Al respecto existen legislaciones estatales que en tal caso reconoce sólo a aquella concubina que haya procreado a un hijo.

7. En artículo 291 Quintus se contempla el derecho que tienen los concubinos que carezcan de ingresos o bienes suficientes para su sostenimiento **a una pensión al terminar la convivencia** por un tiempo igual al que haya durado el concubinato, pero no podrá reclamar la pensión quien **haya demostrado ingratitud**, o viva en concubinato o contraiga matrimonio. Derecho que deberá de ejercitarse sólo durante el año siguiente a la cesación del concubinato.

Este artículo presenta en primera la dificultad de establecer que se entiende por bienes suficientes para la subsistencia de la concubina o concubino. Problema que tendrá que resolver el juez que conozca del asunto, basado en los ingresos y bienes que posea el demandante. A nuestra consideración este supuesto se dará cuando la persona carezca de lo necesario para subsistir, como son los alimentos, vestido, y la morada. La misma problemática se presenta al tratar de determinar la **ingratitud del demandante**, que representa una cuestión subjetiva, basada en cuestiones de apreciación. Otro de los problemas importantes, es el establecer en que momento terminó el concubinato para efectos de establecer el computo del año en el que se puede solicitar la indemnización, ya que no existe prueba fehaciente del momento en que éste concluyo.

8. En cuanto a los bienes **faltan disposiciones que regulen el aspecto económico** de los concubinos, en el actual ordenamiento no se ha establecido disposiciones que establezcan claramente que régimen jurídico se debe de aplicar a los bienes que adquieran los convivientes durante el tiempo que se mantenga el concubinato.

En el caso del matrimonio existen dos tipos de regímenes patrimoniales; el de sociedad conyugal y el de separación de bienes, en el caso del concubinato no existen capitulaciones matrimoniales que regulen su patrimonio y la administración de lo bienes que pueden originarse durante el concubinato y una vez que este término.

Existe una postura inicial de la doctrina de que existía la imposibilidad de aplicar las mismas disposiciones de los regímenes patrimoniales creados expreso para la unión legítima. Aunque existen autores que se inclinan, o proponen la aplicación por analogía de las disposiciones que regulan al matrimonio, y que puede haber un régimen de comunidad en el concubinato. Inclusive existen propuestas que proponían que los bienes adquiridos durante el concubinato sean comunes, las que no han sido aprobadas del todo.

Pero también existen posiciones que señalan que en principio los bienes adquiridos en forma individual o con recursos propios se consideran que tienen una propiedad exclusiva y no habrá cotitularidad, pero se debe de considerar el aporte o contribución en otras formas a parte de la económica.

Se establece que los concubinos tienen plena capacidad legal para regular, pactar y administrar sus bienes, por lo que existe la **posibilidad de una autorregulación** de los convivientes en sus relaciones patrimoniales, pudiendo optando por un régimen individual, por el de copropiedad o en su defecto por un mixto. De acuerdo con esta propuesta los concubinos pueden establecer un convenio por escrito que regule sus derechos y obligaciones patrimoniales con anterioridad a su convivencia o durante ésta.

Es necesario que se regulen los bienes que se adquieren durante el concubinato y su forma de liquidación al terminar este, pero en nuestra opinión no se debe aplicar la misma regulación patrimonial que rige al matrimonio, ya que se estaría equiparando las dos figuras sin tomar en cuenta que el primero es un hecho social y humano, que aunque es aceptado y muy frecuente en la sociedad, no es un acto jurídico como el matrimonio en el que se cumplen todas las formalidades y solemnidades que establece la ley. Al darle al concubinato el mismo reconocimiento se estarían eliminado en su totalidad las diferencia y efectos de estas dos figuras, por tanto el matrimonio no tendría ninguna ventaja real sobre el concubinato, dejando de ser el máximo estado legal de la pareja, por lo que se desalentaría la celebración de las uniones matrimoniales. Por lo anterior este tesista se pronuncia por la postura de que cada uno de los concubinos mantenga la propiedad de los bienes que tenía antes de unirse y los que adquirió durante el concubinato con recursos propios, en cuanto a los bienes que adquirieron durante el concubinato conjuntamente se consideran adquiridos en copropiedad y su importe se aplicará por partes iguales, salvo pacto en contrario.

9. Con referencia a las donaciones que se dan entre los concubinos no es aplicable las disposiciones que regulan las donaciones entre los cónyuges, sino que se siguen las reglas de las donaciones en general, entre personas que no tienen un parentesco entre sí. Por lo tanto las donaciones hechas de un concubino a otro pueden ser revocadas por superveniencia de hijos, de acuerdo con el artículo 2359 del Código Civil. Esta revocación puede darse inclusive con los hijos que hayan procreado entre ellos, y con los que el concubino tenga con otra persona distinta a su concubina. También se revocan la donación cuando haya ingratitud del donatario hacia el donante. Consideró que esta aplicación general de las donaciones si dejan en desventaja a la concubina y que sería más eficaz que se aplicarán las disposiciones que rigen las donaciones entre cónyuges.

10. En cuanto a la regulación del concubinato por otras legislaciones distintas al Código Civil que conceden derechos al concubinato se encuentran la Ley del Seguro Social, la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, así como la Ley del instituto de pensiones del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas y disposiciones reglamentarias. Estas leyes establecen que a la muerte del trabajador por consecuencia de riesgo de trabajo los concubinos tienen derecho a recibir la pensión fijada por la ley, pero sólo en caso de no haber esposa ni esposo, cuando hubieran vivido con el trabajador fallecido durante los últimos cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte y si ambos permanecieron libres de matrimonio durante el concubinato. Pero si al morir el asegurado hay varias concubinas ninguna de ellas tendrá derecho a la pensión. Teniendo derecho además de las pensiones a servicios y prestaciones en especie.

En el mismo sentido el ISSSTE considera derechohabiente a la esposa y a falta de esta a la mujer que ha vivido con el trabajador como si lo fuera durante los cinco años anteriores o que tuvo hijos de éste, teniendo derecho al seguro de enfermedad y maternidad, la pensión derivada del riesgo de trabajo durará hasta que contraiga nupcias o llegue a vivir en matrimonio. La ley Federal del Trabajo otorga el derecho de recibir la indemnización correspondiente cuando el riesgo de trabajo traiga como consecuencia la muerte del trabajador en el supuesto de que no haya cónyuge superviviente a la concubina junto con los que dependían económicamente del trabajador, habiendo una presunción de que hacían vida en común. La ley del ISSFAM concede derechos a los concubinos siempre que tanto el militar como ella hayan permanecido libres de matrimonio, y que tuvieran vida marital durante los cinco años consecutivos a la muerte del militar, teniendo derecho a recibir prestaciones y servicios.

Se señala una observación común en cuanto a que tampoco se han realizado las modificaciones correspondientes en diferentes legislaciones de la seguridad social como la Ley del Seguro Social, la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, la Ley de pensiones del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas y disposiciones reglamentarias.

Se puede apreciar que en estas leyes de seguridad social existen diferencias notables con la legislación civil en cuanto al tiempo que se requiere que hagan vida marital para que puedan exigir los derechos que les otorgan las leyes. Las disposiciones de estas leyes requieren de ser modificadas para que se actualicen con las disposiciones que prevé el Código Civil a partir del año 2000.

11. Se subraya incluso que en las más recientes reformas al Código Civil en las que se introduce un capítulo especial del concubinato en el Título Quinto "Del matrimonio" y que por su sola ubicación indica la intención del legislador de considerar al concubinato como una forma de matrimonio. Esta interpretación se corrobora con lo establecido en el artículo 138- quintus que establece que las relaciones jurídicas familiares surgen del parentesco, matrimonio o concubinato; de modo que es considerada igual la familia que se funda en un matrimonio que la fundada en un concubinato.¹³³ De lo anterior se desprende que legalmente se reconoce que el concubinato es una forma de constituir una familia, por lo tanto se le debería de regular de una forma similar a la reglamentación del matrimonio.

Es decir que se debe de procurar primeramente el mantenimiento de esta relación y evitar su ruptura, la cual representaría la disgregación de la familia, en segundo lugar se debe de cuidar cuales son las causas por las que válidamente se permite a los concubinos separarse y tercero establecer y regular las consecuencias que se originan con la terminación de esta relación de tipo matrimonial. Por tanto es necesaria la regulación en forma integral del concubinato contemplando su disolución y las consecuencias que acompañan a este hecho.

En el Distrito Federal no existen disposiciones legales que prevean la posible separación de los concubinos, pero si consideramos que esta relación de hecho no es una unión que tenga una permanencia como el matrimonio, por tanto debe contemplarse que los concubinos pueden separarse en cualquier momento, por lo que es necesario que se reglamente con precisión los requisitos, las condiciones y consecuencias que se originan de la ruptura del concubinato.

¹³³ ADAME GODDARD, Jorge. "Comentarios a las reformas del Código Civil para el Distrito Federal en materia de matrimonio y concubinato", Revista de Investigaciones Jurídicas, Año 24, número 24, México, 2000, págs. 18 y 19.

Es de observarse que existe una tendencia en el Código Civil para el Distrito Federal de establecer una equiparación entre el matrimonio y el concubinato, lo cual se expresa más claramente en el artículo 291-Ter al señalar que se aplicarán al concubinato los derechos y obligaciones inherentes a la familia, en lo aplicable. En el mismo tenor el artículo 291 Quater señala que el concubinato genera derechos alimentarios y sucesorios además los que reconozcan otra leyes. En estos preceptos no se especifica cuales son esos derechos, se podría pensar que se refiere al nuevo Título que habla de la familia, pero si se interpreta que se refiere a los derechos y obligaciones que rigen a los los cónyuges, se estaría dando un tratamiento distinto al concubinato con lo cual se estaría eliminando toda diferencia entre ambas uniones.

Considero que con estas disposiciones se esta dando la pauta hacia la regulación del concubinato en forma más completa tanto en el ordenamiento civil como en otras legislaciones como es el caso de la de seguridad social. Esta reglamentación se desarrolla bajo la postura de considerar al concubinato una forma de constituir una familia y con lo que se esta suprimiendo diferencias esenciales con el matrimonio. Criterio sobre el que considero que se debe de ser más cautelosos previendo las posibles consecuencias que en lo social, moral y jurídico pueda ocasionar esta forma de equiparar a dos figuras que en estricto sentido jurídico tienen una naturaleza distinta.

4.7 PROPUESTA DE REGULACIÓN DE LA TERMINACIÓN DEL CONCUBINATO.

Es verdad que las ultimas reformas a la legislación civil -25 de mayo de 2000- han creado un esquema jurídico más completo en torno al concubinato, modificaciones con las que se ha protegido principalmente a la mujer y los hijos de ésta relación, es decir que en general han beneficiado a los integrantes de este núcleo familiar, sin embargo aún hacen falta más reformas que regulen en forma integral al concubinato que otorgue más seguridad jurídica a quienes se han unido para formar una familia de hecho. Con el objeto que en la práctica y en la realidad se hagan valer a plenitud sus derechos y se garantice cabalmente el cumplimiento de sus deberes.

Considero que la terminación del concubinato se debe de regular en forma precisa no para igualar el concubinato al matrimonio y otorgarle todos los derechos, obligaciones y garantías que ofrece el contrato matrimonial.

Sino para efectos de que ésta libertad para separarse, no se vuelva una vía fácil para dejar abandonada a la mujer con sus hijos en cualquier momento sin la intervención de una autoridad que pueda salvaguardar los derechos de los desprotegidos y de que se garantice el cumplimiento de las obligaciones que se generan con el estado familiar que se origina en el concubinato. Para lo cual se pone a consideración las siguientes reformas:

Las reformas que se deben de considerar deben efectuarse en el Código Civil para el Distrito Federal dentro del Libro Primero, Título Quinto, Capítulo XI “Del Concubinato”, que abarca los artículo 291 Bis al 291 Quintus.

1. En primer término se propone que el artículo 291 Bis sea modificado en su último párrafo que establece “Si con una misma persona se establecen varias uniones del tipo antes descrito, en ninguna se reputará concubinato”. . .

Consideró que no se debe de privar de los derechos que derivan del concubinato, sin que antes se haya demostrado en forma clara o fehaciente que realmente existen varias mujeres con las que vivió el concubino en forma marital en el mismo lapso de tiempo y en las que tenían conocimiento unas de otras. Por tanto hasta que no se compruebe que varias personas hombres o mujeres vivían en concubinato con el mismo concubino o concubina, no se deben de restringir o privar de derechos a aquella persona que realmente haya cumplido con los requisitos legales que se exigen al inicio de éste mismo artículo para la constitución del concubinato.

Estoy de acuerdo en que se exija que el concubinato sea una unión estable y singular, con exclusividad de la pareja a semejanza de la unión matrimonial, pero en caso de que existan varias mujeres u hombres que se ostenten con tal calidad, en una misma relación, en este supuesto el juez deberá hacer un **estudio del caso en particular** en el que se tome en cuenta el tiempo en que inicio cada relación, si se procreo hijos con alguna de ellas, si existió una unión por algún rito indígena etc. En caso de que a una concubina(o) se le niegue tal calidad, la otra persona no perderá ese derecho a que su relación si sea reconocida como concubinato. Si de la constancias de autos se demuestre que existen varias personas con las que se hizo vida marital al mismo tiempo entonces se considerará no existente el concubinato. Por tanto solo quien haya actuado de buena fe podrá demandar del otro, una indemnización.

De acuerdo con las anteriores ideas desarrolladas el último párrafo del artículo 291Bis deberá quedar de la siguiente manera:

...

“Si existen varias personas hombres o mujeres que se presenten a reclamar derechos en una misma relación concubinaria, El juez previa valoración del caso y tomando en cuenta las circunstancias que lo rodean determinará a quien se le reconocerá con tal calidad. Pero si con una persona se establecieron varias uniones del tipo antes descrito, en ninguna se reputará concubinato. Sólo quien haya actuado de buena fe podrá demandar del otro una indemnización por daños y perjuicios.”

2. Dentro de las críticas que se hicieron a la reformas que dieron como resultado la actual regulación del concubinato se encuentran el que no se cuenta con disposiciones que promuevan o contemplen la posibilidad de que las uniones concubinarias **puedan pasar a ser uniones legales**, a través de su inscripción ante el Registro Civil, con la ventaja o beneficio de que tenga efectos en forma retroactiva al momento justo en que inicio la convivencia.

Corresponde al Estado el procurar que la relación natural entre hombre-mujer pase a ser un estado jurídico, empleando su estructura jurídica conformada por principios constitucionales, legislaciones civiles y familiares estatales que protejan y promuevan la institución del matrimonio y la integración familiar y conyugal. Se propone que se establezca la opción para las actuales parejas de hecho que hacen vida en común como si fueran matrimonio, para que tengan la posibilidad de que su estado de convivencia se convierta en matrimonio, “en el momento en el que se encuentren” reuniendo los requisitos de ley. Para lo cual se propone que:

“Los concubinos pueden convertirse en matrimonio cuando así lo deseen, con todos sus efectos legales por medio de las siguientes formas:

- I. Por solicitud de mutuo acuerdo de los concubinos o de uno de ellos, ante el Oficial del Registro Civil para su inscripción en el libro de matrimonios.
- II. Por solicitud de las autoridades estatales o municipales cuando se advierte que las personas que acuden ante ellos a ejercitar algún derecho, conviven públicamente como

si fueran cónyuges, sin estar casados y que se encuentran en aptitud de contraer entre sí matrimonio, sin que exista impedimento alguno, procurando convencerlos para que contraigan matrimonio.

III. Cuando su unión reúna las características del artículo 291 Bis.

IV. Cuando se encuentre unidos por algún rito indígena o celebración de tipo religiosa.

La solicitud podrá ser hecha por los concubinos en forma conjunta o individualmente; los hijos en caso de que existan o a través de su representante legal; o por el Ministerio Público. Cuando la solicitud sea hecha por un sólo concubino, los hijos o el Ministerio Público, se concederá a ambos o al otro un plazo de 30 días hábiles para manifestar lo que a su derecho corresponda. Si surge controversia el asunto se remitirá al Juez de lo Familiar, para su resolución conforme a las disposiciones del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. El registro del concubinato en el libro de matrimonio surtirá sus efectos retroactivamente, al día cierto y determinado en que inició el concubinato”

Con estas disposiciones la pareja de hecho se convertirá en una unión legal presentándose ante la autoridad o el juez de lo familiar solicitando su registro como matrimonio. Para acreditar su concubinato, indicarán la fecha en que inició su convivencia presentando su confesional, que pueda ser reforzada con la declaración de testigos, con el acta de nacimientos de los hijos que hubieran nacido de esa relación y con la presentación de pruebas documentales privadas. Una vez que se haya acreditado el concubinato y que se cumpla con los requisitos para casarse el juez deberá de declarar la unión matrimonial y con efecto retroactivo al momento en que haya iniciado el concubinato.

En este supuesto existe la posibilidad de que los concubinos se presenten directamente ante el representante del Registro Civil para acreditar su concubinato y con la solicitud que contenga su deseo de convertirse en matrimonio; o bien pueden presentarse ante el juez de lo familiar para informar de su concubinato y una vez que este sea demostrado, se informe al Oficial del Registro Civil para que este lo inscriba en el libro de matrimonios con efecto retroactivo.

3. En la disolución del concubinato deberá de intervenir la autoridad en protección de los intereses de los integrantes de la familia concubinaria por lo que se propone que; se adicionen más artículos al Código Civil que regulen en específico la terminación del concubinato a partir de la artículo 291 Sextus.

Para la terminación del concubinato deberá de efectuarse de acuerdo con las disposiciones siguientes:

“Art. 291 Sextus El concubinato termina por las siguientes causas:

- I. Por acuerdo mutuo entre las partes o de uno de ellos, siempre que hagan la solicitud ante el juez de lo familiar.
- II. Por el abandono de un concubino a otro por un período de seis meses consecutivos, sin que existiera una causa que lo justificará, siempre que no tuvieran hijos.
- III. Por abandono del domicilio común, por parte de uno de los concubinos, si la separación se prolonga por más de seis meses sin voluntad de reconciliación. Durante este plazo el concubinato sigue produciendo sus efectos; Si la separación es injustificada.
- IV. Por el matrimonio de uno de los concubinos con otra persona, previa disolución judicial del concubinato.
- V. Por alguna otra causa que ha consideración del Juez haga imposible, o no deseable la convivencia estable entre los concubinos.
- VI. Por muerte de alguno de los concubinos.

La disolución deberá de ser solicitada por ambos concubinos ante el juez de lo familiar que corresponda al domicilio de los concubinos, en caso de ser por solicitud unilateral se deberá de prevenir al otro. Debiendo tener una tramitación sencilla.

Los concubinos que soliciten la disolución del concubinato deberá de **presentar un convenio** en el que se establezcan las condiciones de su separación, parecido al convenio que se presenta para el caso del divorcio voluntario judicial.

El juez previa identificación levantará un acta en la que se asiente la voluntad de los concubinos de terminar con su convivencia, citando a una junta de avenencia en 15 días para que la ratifiquen, en la que los exhortará a la reconciliación, si no fuera así el juez analizará el convenio y se propondrán las modificaciones que sean pertinentes, tomando las medidas que estime necesarias en cuanto a la separación de los concubinos, resolviendo quien habitará el domicilio común, la pensión provisional y sobre la custodia de los hijos.

Se citará a una segunda junta para su reconciliación, pero si los concubinos insisten en separarse, se aprobará el convenio si contempla los derechos y obligaciones de los concubinos al separarse, y si quedarán bien garantizados los derechos de los menores o incapacitados. Declarando el Juez la terminación del concubinato.

Sólo procederá la disolución del vínculo concubinario cuando así lo determine el Juez, en caso contrario seguirá vigente, con todos sus efectos jurídicos.”

En la terminación del concubinato el juez al recibir la solicitud de disolución del concubinato estudiará la situación de los concubinos para determinar si existen impedimentos matrimoniales y si están en posibilidad de casarse. Si así fuera primeramente el juez exhortará a los concubinos para reconsiderar su decisión de separarse judicialmente. En la legislación se deberá de procurar el mantenimiento de esta unión, pues el concubinato representa no sólo una pareja sino una familia ya que de esta permanencia existirá la posibilidad de que en un futuro se convierta en un matrimonio legalmente reconocido.

El juez al recibir la solicitud de disolución del concubinato por mutuo acuerdo deberá de **analizar el convenio** para determinar si acordaron todos los puntos importantes para su separación como: la designación del concubino que tiene derecho a la pensión alimenticia, así como la de los hijos menores de edad o discapacitados, la designación del concubino quien tendrá la guarda y custodia de los hijos, sobre el derecho de visitas, la forma de administrar los bienes y un proyecto de partición de bienes, de lo contrario señalará las modificaciones que sean pertinentes.

En caso de no ponerse de acuerdo sobre el monto de la pensión alimenticia, serán fijadas por el juez con arreglo a la ley atendiendo a las circunstancias del caso, de la misma forma se decidirá sobre la guarda y custodia de los hijos menores o incapaces teniendo en cuenta el interés superior de los menores.

De acuerdo a los matices que presenta la figura del concubinato existen casos en que no se puede dar una aplicación general de las disposiciones que rigen al concubinato, ameritando un estudio del caso en concreto, acerca de motivos y circunstancias que envuelven el concubinato. Es el caso de la fracción V del artículo 291 Sextus que habla de las causas por las que termina el concubinato: “cuando existan causa que ha consideración del juez hagan imposible o no deseable la convivencia estable entre los concubinos” Se requiere que el juez realice un estudio del caso en concreto, acerca de los condiciones o circunstancias que rodean al concubinato.

Considero que se debe de permitir la separación formal de los concubinos cuando existan causas graves en las que se haya perdido el respeto, la solidaridad, presentandose conductas o hechos que hagan intolerable su cohabitación, tornandose su convivencia perjudicial para la pareja y los hijos.

4.8 EFECTOS JURÍDICOS DE LA TERMINACIÓN DEL CONCUBINATO

En el código Civil vigentes en el Distrito Federal no se ha regulado en forma completa al concubinato, pues aún falta temas de gran relevancia en los cuales no se ha profundizado uno de ellos es precisamente el tema de la terminación del concubinato.

Al abordar el tema de la conclusión del concubinato se tendría que establecer cuales son los efectos que se producirían al cesar en forma definitiva la relación de cohabitación y convivencia de los concubinos. A diferencia del matrimonio en el que se señala claramente cuales son las causas de separación, el procedimiento a seguir y las consecuencias de la disolución de este vínculo en su totalidad, en el concubinato no se establece una reglamentación que contemple todos esos aspectos.

El concubinato es una unión sin formalización, donde los concubinos cumplen voluntariamente con sus obligaciones, pero que pasa cuando termina la convivencia, ¿se sigue cumpliendo con sus obligaciones?, por esta razón se requiere que la ley intervenga para asegurar los derechos y el cumplimiento de las obligaciones de los concubinos y de los hijos cuando los haya. Se debe de regular en forma integral la figura del concubinato desde su inicio, su desarrollo hasta su terminación y las consecuencias que acompañan a este hecho.

Dentro de los efectos jurídicos que se producen con la terminación del concubinato se deben considerar; los efectos en relación a los concubinos, los relacionados con los hijos y en cuanto a los bienes que hubieren adquirido.

Uno de los efectos directos de la terminación del concubinato es el dejar de cohabitar y convivir en un domicilio común en forma continua y permanente, y por su puesto dejar en libertad a los concubinos de unirse nuevamente o contraer nupcias con una persona distinta.

A. Los concubinos están obligados a proporcionarse alimentos recíprocamente como en el caso de los cónyuges. La ley determinará cuando queda subsistente esta obligación, para lo cual se mencionan los casos de separación, divorcio y nulidad, así lo señala específicamente el art. 302 al respecto establece que; “.....Los concubinos están obligados en términos del artículo anterior”, en cuanto a que son recíprocos.

En el concubinato se les da a ambos el derecho a reclamarse alimentos una vez extinguido el concubinato, para este caso contempla el ordenamiento legal en su artículo 291 Quintus que:

“Al cesar la convivencia, la concubina o el concubinario que carezca de ingresos o bienes suficientes para su sostenimiento, tiene derecho a una pensión alimenticia por un tiempo igual al que haya durado el concubinato. Pero existe una excepción cuando el que reclame alimentos haya demostrado ingratitud o, viva en concubinato o contraiga matrimonio. Este derecho deberá de ejercitarse sólo durante el año siguiente a la cesación del concubinato”.

En este caso los alimentos entre los concubinos comprenden; la comida, el vestido y la vivienda así como la atención médica y en el caso de los hijos además comprende; los gastos para su educación y para proporcionarles un oficio, arte o profesión adecuados a sus circunstancias personales.

En este artículos se debe de modificar, con el objeto de que se incluya no sólo a la persona que al término de la relación carezca de ingresos o bienes suficientes para su sostenimiento, sino también al concubino o concubina que se encuentre **imposibilitado para trabajar**, como en el caso del artículo 1368 que al hablar de la obligación del testador para dejar alimentos a las personas que se enuncian en el mismo, se incluye en la fracción V a la persona que se encuentra imposibilitada para trabajar.

Otro aspecto que se tendrían que anexar dentro de los supuestos en los que el concubino abandonado tenga derechos a la pensión, es cuando se trate del **concubino inocente**, es decir aquel convivente que no haya dado lugar a la terminación del concubinato, cuando este no cuente con recursos propios o esté imposibilitado para trabajar.¹³⁴

En este caso la concubina o concubino tendrá derecho a la pensión alimenticia por un tiempo igual al que haya durado el concubinato. El juez familiar atendiendo a las circunstancias del caso fijará el monto de los mismos. Esta acción deberá de ejercerse dentro del año siguiente a la ruptura del concubinato.

Otro de los supuestos que se deben de incorporar al artículo en comento, es cuando la mujer no trabajó durante la unión, pero contribuyó en otra forma, cuando se dedico al hogar, cuidando de la educación de los hijos; por lo que al terminar la relación no cuenta con bienes o recursos propios. Entonces se debe de contemplar una pensión para la parte que se dedicó a las labores del hogar.

¹³⁴ En el CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE SAN LUIS POTOSÍ, el artículo 252.9 en su segundo párrafo establece que en los casos de disolución del concubinato el concubino inocente tendrá derecho a los alimentos, mientras no contraiga matrimonio o establezca una nueva relación concubinaria y viva honestamente. Editorial SISTA. S.A. de C.V., México, 2003, pág. 53.

Esto es base a que los concubinos están obligados a proporcionarse alimentos en los mismos términos que los cónyuges, y que el artículo 302 establece que la ley determinará cuando queda subsistente esta obligación en los casos de divorcio, separación y nulidad. Al efecto el artículo 311 Bis otorga la presunción de necesitar alimentos entre otros al cónyuge que se dedique al hogar. En este sentido consideramos que éstas disposiciones deben de ser aplicadas al concubinato, en beneficio del concubino que se dedicó a las labores del hogar y al cuidado de los hijos.

Por todo lo anterior el artículo 291 Quintus debe quedar de la siguiente forma:

“Al cesar la convivencia, la concubina o el concubino que carezca de ingresos, de bienes suficientes para su sostenimiento, éste imposibilitado para trabajar, se hubiere dedicado preponderantemente al hogar y cuidado de los hijos o se trate del concubino inocente, tiene derecho a una pensión alimenticia por un tiempo igual al que hubiere durado el concubinato. No podrá reclamar alimentos quien haya demostrado ingratitud, o viva en concubinato o contraiga matrimonio.”

Continuando con los efectos jurídicos entre los concubinos al momento de la disolución del concubinato. Se dispone que la unión concubinaria es única y singular, al efecto se establece en el último párrafo del artículo **291 Bis** que de establecerse varias uniones con las características señaladas, una excluye a la otra, por lo tanto en ninguna se podrá reputar concubinato. En tal caso el concubino que haya actuado de buena fe tendrá la posibilidad de demandar del otro una **indemnización por daños y perjuicios** que se le hubieran ocasionado por el engaño o por la unión que se ha dado. Establece la ley que se puede demandar a quien ha actuado de mala fe; por ejemplo cuando un hombre casado oculta su estado civil, para vivir en concubinato con otra mujer como su concubina y que de éste engaño se puedan causar graves perjuicios.

B. En cuanto a los efectos jurídicos que se deberán de producir al termino de la relación concubinaria en cuanto a los hijos, considero que se deberán de aplicar las disposiciones que rigen la separación legal de los cónyuges. Esto en base a que la ley no establece distinción entre

los hijos, borrando todo tipo de diferencias entre los hijos nacidos en matrimonio y los nacidos fuera de éste. De la misma manera los derechos y obligaciones que tienen los progenitores en relación a los hijos no cambia según exista un vínculo jurídico o no entre los padres.

Los concubinos al término de su relación deberán de acordar quien de los dos ejercerá la guarda y custodia de los hijos, y a falta de acuerdo decidirá el juez tomando en cuenta las circunstancias del caso en favor del concubino no culpable, procurando el interés superior de los menores, y resolviendo sobre el derecho de visita y de convivencia que tenga el otro concubino que no tiene su custodia. También resolverá sobre el monto de la pensión alimenticia para los menores de edad, e incapacitados que necesiten de alimentos, de acuerdo a las posibilidades del progenitor y de las necesidades de los hijos y dictará las medidas necesarias para su aseguramiento.

C. En relación a los bienes. El Código Civil no establece consecuencias respecto a los bienes, por lo que es importante que al declararse la terminación del concubinato se deberá de proceder a la repartición de los bienes que hayan disfrutado en común.

Primeramente debemos de establecer que ante la existencia de una imposibilidad de carácter “jurídica y doctrinal” de que se aplique al concubinato los regímenes que regulan en forma directa a la unión matrimonial, y de que consideramos que es mejor vía exhortar a los concubinos a que formalicen su unión a través del matrimonio y que el Estado a través de sus instituciones procure la legalización de éstas uniones; para que de esta forma se le reconozca a la pareja de hecho con todos los derechos y obligaciones que la legislación jurídica ofrece a los cónyuges como un estado legal.

Por consiguiente tomando en cuenta el anterior inconveniente, pero ante la necesidad de que se regulen los derechos y deberes de contenido económico de los concubinos en aras de la protección jurídica-patrimonial de la familia de hecho se propone la siguiente regulación. Primeramente que si en la relación concubinaria no existen pactos o acuerdos establecidos por anticipado respecto a sus bienes, en este caso se deberá de aplicar reglas sencillas, para lo que se propone lo siguiente:

1. Que los bienes adquiridos en propiedad antes del concubinato y los adquiridos con recursos propios sean considerados en lo individual.

2. Mientras que los bienes adquiridos durante la convivencia o con recursos de ambos serán considerados bienes comunes, salvo pacto o acuerdo en contrario, aplicandose las reglas de la copropiedad.

Al momento de la terminación del concubinato cada uno conservará los bienes que tenía en propiedad al momento de iniciar su relación, así como los bienes que haya adquirido con recursos propios, mientras que los bienes que haya adquirido en común, durante el concubinato se dividirán en partes iguales o podrán ser enajenados para que su importe se aplique por partes iguales.

Ahora bien atendiendo a la capacidad legal de los concubinos para contratar, administrar y disponer de sus bienes se debe dar paso a la posibilidad de que los concubinos hayan pactado convenios en relación al régimen patrimonial acordados desde el momento de iniciar su convivencia o durante ésta, que en caso de existir serán revisados y autorizados por el juez para su aplicación al momento de que se decrete la terminación del concubinato.

Se debe de considerar que al terminar el concubinato una persona no tenga bienes suficientes para subsistir ya sea por que se dedicó solamente al hogar y al cuidado de los hijos y en el que se haya pactado desde su inicio una separación de bienes. En tal caso estará facultada para pedir alimentos o una indemnización o incluso a participar de los bienes del otro.

También debe considerarse la existencia de algún tipo de **sociedad de hecho** entre los concubinos, cuando hayan constituido un fondo común, destinado a un fin económico, siempre que se demostrará por cualquier medio de prueba la participación de ambos en su administración y explotación. En éste caso la concubina será considerada socia, cuando participó en forma activa en la formación de ese patrimonio.

De conformidad con lo anterior se propone que el artículo 291 Quater sea adicionado con un segundo párrafo que regule las relaciones patrimoniales entre los concubinos de la siguiente manera:

Art. 291 Quater.- ...

“Los concubinos podrán establecer las disposiciones que regulen sus relaciones patrimoniales en el concubinato, a falta de estas, los bienes que se adquieran durante el concubinatos se considerarán en copropiedad; siendo aplicables las disposiciones que para esta figura contempla este Código.

A falta de un contrato entre los concubinos se admite la existencia de una sociedad de hecho entre los concubinos, con efectos únicamente entre ellos, cuando se demuestre la existencia de un fondo común destinado a un fin económico a través de los medios de prueba idóneos”.

De esta manera el concubinato será regulado en forma más completa, tomando en cuenta aspectos que anteriormente no se contemplaban o que se habían dejado sin regular, como es el caso de la terminación del concubinato aspecto trascendental en el concubinato, en el que todavía no se contempla una regulación, ni la intervención de un juez competente, que vigile la separación y garantice los derechos de los concubinos y de los menores, así como de su patrimonio.

Con una regulación integral del concubinato, que contemple aquellos aspectos en los que existía lagunas legales se logrará que esta figura no solamente represente una forma más fácil y sencilla de cumplir con los roles de pareja y de formar una familia, basados únicamente en la voluntad de realizarlos por parte de los convivientes. Sino que se considere una opción de constituir una familia, reglamentada en todos sus aspectos, con todos los deberes que implica el matrimonio y en el que los concubinos no se pueden escapar a su cumplimiento. En la medida que el concubinato implique más cargas los concubinos y las nuevas parejas preferirán la unión matrimonial por ser menos difícil en su comprobación y por ser un estado legal con una plenitud de efectos jurídicos.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El concubinato fue visto y regulado de diferentes formas dependiendo del país en que se dio, su cultura, valores, religión y de las circunstancias y condiciones sociales del período histórico en el que se encontraban. En Roma y España el concubinato surge como una unión de menor rango al matrimonio y como consecuencia de la desigualdad de clases, rangos y honores, siendo regulado hasta alcanzar un estatus legal. Era una unión muy frecuente admitida socialmente y que se asemejaba en gran medida al matrimonio por sus características de permanencia y singularidad. Su regulación en los países de Europa fue influenciada por el derecho canónico el cual impuso disposiciones que atacaban al concubinato prohibiendo y sancionando su práctica.

SEGUNDA. Países como Francia influenciados por el liberalismo adoptaron una posición abstencionista, ignorando la figura del concubinato dejando de atribuirle efectos de derecho, y sólo los Tribunales a través de sus sentencias fueron paulatinamente otorgando derechos a los concubinos. En el México prehispánico la práctica de la poligamia fue practicada en gran parte del país, dentro de los grupos indígenas la poligamia era parte de la estructura social, considerada un privilegio de la clase noble y dirigente, practicada frecuentemente y aceptada socialmente. Con la conquista de la Nueva España se impuso una nueva cultura y religión con la que se atacaron las familias poligámicas prehispánicas y se trató de suprimir dictando leyes que prohibían la poligamia para imponer la familia católica monogámica aunque no tuvieron efectos definitivo ya que los usos y costumbres estaban muy arraigados y el concubinato se siguió practicando en forma clandestina.

TERCERA.- Los autores han aportado infinidad de definiciones del concubinato, por lo general en ellas se engloban las características que debe de presentar esta figura, llegando a una idea general que es muy similar en la doctrina, la legislación y la jurisprudencia. Desde nuestro punto de vista el concubinato puede ser definido como la unión lícita entre un hombre y una mujer que sin tener impedimentos legales para casarse, y sin haber formalizado su unión conviven maritalmente en forma continua, estable y permanente durante un término mínimo de

dos años o mediante la concepción de un hijo, para cumplir con los fines del matrimonio dentro de la sociedad.

CUARTA.- En México en un principio no se le reconocieron efectos jurídicos al concubinato debido a que se adoptó una posición tradicionalista abstencionista influenciada por Códigos como el Francés de 1804, por lo que los primeros Códigos de 1870 y 1884 se abstuvieron de regular las uniones no matrimoniales, además fueron equiparadas al amasiato consideradas uniones ilícitas y como causales de divorcio. No fue hasta el Código de 1928 cuando por primera vez se reconoció al concubinato como una forma de constituir una familia y concediéndole algunos efectos jurídicos, manifestando en su exposición de motivos que era una forma común en nuestra sociedad de formar una familia, y que era justo que la mujer que hizo vida marital con el y tuvo hijos tenga derechos a los alimentos y a participar de su herencia.

QUINTA.- En cuanto a la naturaleza jurídica del concubinato este no puede ser considerado como una institución por faltarle los elementos de solidez, permanencia y organización, necesarios en toda institución, careciendo también de un procedimiento formal para llevarse acabo así como para su terminación. Tampoco puede ser considerado como un acto jurídico por no ser una manifestación de la voluntad que tenga una intención dirigida a producir consecuencias de derecho. Por lo que al concubinato no le cabe otra naturaleza que la de un hecho jurídico por ser un hecho del hombre en que la voluntad de los concubinos es sólo hacer vida en común como si estuvieran casados, sin tener la intención de producir consecuencias jurídicas en forma consciente, en tal caso estas sólo se darán por efecto de la ley.

SEXTA.- Para que una unión entre el hombre y la mujer pueda ser reconocida por el Código Civil para el Distrito Federal como concubinato es necesario que se verifiquen los siguientes requisitos legales: Primeramente que la unión sea entre un hombre y una mujer que se encuentren libres de matrimonio y sin impedimentos legales para contraer matrimonio, deben de hacer una vida en común como si fueran cónyuges, que implica los elementos de singularidad y fidelidad, en forma pública constante y permanente por un período mínimo de dos años, o antes cuando reuniendo los demás requisitos se haya procreado un hijo, quedando excluidas aquellas relaciones momentáneas o transitorias.

SÉPTIMA.- El concubinato y el amasiato son dos figuras que deben de ser separadas en forma clara y determinante para evitar confusiones, estigmas, repudio o erróneas concepciones respecto al concubinato; Primeramente en el concubinato no existe ningún tipo de impedimento legal para su unión, siendo una convivencia lícita entre dos personas libres que tienen la intención de cohabitar maritalmente y que pueden formar una familia, mientras que en el amasiato, solamente existe una unión carnal o sexual en la cual ambas o una de las partes se encuentran unidas en matrimonio con otra persona, que es de donde surge su inmoralidad, además de ser considerada como una relación ilícita y castigada legalmente, en la que no existe la intención de cohabitar, tener hijos o formar una familia, situación que no podría llevarse a cabo por existir impedimentos legales para ello.

OCTAVA. El derecho regula las uniones entre los dos sexos dándole una regulación social y moral, para lo cual ha creado y se ha apoyado en sus instituciones. El matrimonio ha sido considerado tradicionalmente la forma moral y legal de constituir una familia. Desde el punto de vista civil el matrimonio es un acto jurídico solemne, que se perfecciona con la exteriorización de la voluntad de los contrayentes ante el Oficial del Registro Público, por el que se reglamentan las relaciones entre los cónyuges creando una comunidad de vida permanente para cumplir los fines familiares en la sociedad, constituyendo además un estado jurídico. Con el matrimonio el grupo social familiar encuentra una adecuada organización jurídica que le da certeza a ese grupo familiar.

NOVENA.- En la actualidad el concubinato y el matrimonio son consideradas por el derecho familiar dos formas de constituir una familia, sin embargo jurídicamente tienen diferencias fundamentales; El concubinato constituye una de las disyuntivas legales más importantes a las que se ha enfrentado el derecho de familia, es una unión de hecho que no cumple con las formalidades y solemnidades exigidas por la ley para su unión. Su celebración no se hace en forma pública ni requiere la intervención de funcionarios o testigos, no se levanta una constancia de su inicio y en su disolución no interviene ninguna autoridad judicial. Se da en el mundo de los hechos con la sola voluntad de los concubinos, sin que el derecho intervenga a diferencia del matrimonio que constituye un acto jurídico solemne que origina plenitud de efectos, y que requiere que su disolución sea pronunciada por un órgano del estado.

DÉCIMA.- Anteriormente no existía una reglamentación que regulara en forma clara y específica al concubinato. Concretamente en el Código Civil no tenía un capítulo específico que reglamentara al concubinato, sólo se contemplaban algunos efectos dispersos en el Código Civil. Con la reciente reforma de mayo del 2000 se realizaron importantes reformas a la legislación civil en la que se modificó la antigua regulación complementandola, adicionando al Título Quinto del matrimonio un Nuevo Capítulo, el XI titulado del “Concubinato” que estableció en forma más amplia y clara los derechos y obligaciones que generan la figura del concubinato, Sin embargo aún falta regular aspectos importantes dentro de la figura del concubinato.

DÉCIMOPRIMERA.- Los efectos jurídicos reconocidos al concubinato son principalmente en tres ámbitos; en cuanto a los concubinos, tienen derecho a proporcionarse alimentos en forma recíproca, en la misma forma que los cónyuges, y que pueden subsistir al terminar la convivencia en los casos que determina la propia ley, en cuanto a los derechos sucesorios la concubina y el concubino tienen derecho a percibir alimentos en la sucesión testamentaria, mientras que en la sucesión legítima se les reconoce el derecho a heredarse recíprocamente aplicandose las disposiciones que rigen a los cónyuges, por lo que la equiparación en la sucesión legítima entre concubinos y cónyuges es casi total. Además de generar el parentesco por afinidad como en el matrimonio.

En cuanto a los efectos en relación a los hijos la posición de los legisladores recientemente fue el de empezar a borrar las diferencias entre los hijos de matrimonio y los nacidos fuera de él procurando que gozarán de los mismos derechos. Existe la obligación recíproca de los padres de dar alimentos a sus hijos, y de asegurarlos por testamento, teniendo derecho a participar en la sucesión legítima, Del concubinato nace el parentesco consanguíneo respecto a su descendencia, y la relación paterno-filial puede ser probada por cualquiera de los medio legales. Los concubinos ejercen la patria potestad sobre la persona y bienes de sus hijos menores, además tienen la posibilidad de adoptar. En cuanto a los efectos en relación a los bienes cualquiera de los concubinos puede constituir el patrimonio de familia en beneficio y protección de la misma. En la legislación del Distrito Federal existe un vacío legal en cuanto al régimen patrimonial aplicable a los bienes adquiridos en el concubinato, por lo cual se ha propuesto la aplicación por analogía de las disposiciones que rigen la copropiedad.

De la misma forma la doctrina y la legislación han considerado que el concubinato por si mismo no origina una sociedad de hecho, ni se puede tomar como prueba de su existencia, pero se reconoce la existencia de una sociedad de hecho cuando se haya creado un fondo de comercio explotado en común, con independientemente del medio de prueba de su existencia y que sólo surtirá efectos entre los concubinos.

DECIMOSEGUNDA.- En la sociedad actual el concubinato es una practica común, y que los legisladores han tratado de regular en forma más amplia la figura del concubinato, pero aún faltan aspectos que aún no se han regulado en forma clara y que ocasionan dificultad al momento de hacer valer los derechos que se producen con el concubinato como son; el problema de establecer el momento justo en que inicia la relación de hecho, la falta de registro del concubinato como base para reclamar derechos, el demostrar la existencia del concubinato y los medios de prueba para acreditarlo, el establecer la ubicación de los concubinos y su orden de preferencia, para heredar y reclamar alimentos, la ausencia de disposiciones en relación al patrimonio común adquirido durante su convivencia y el establecer reformas que actualicen y coordinen a las leyes que reglamentan al concubinato para ponerlas acorde con las nuevas reformas que sufrió el Código Civil estableciendo así una legislación congruente y unificada.

DECIMOTERCERA.- Hace falta una regulación integral del concubinato que cubra las lagunas legales existentes, se requiere de disposiciones que regulen en forma precisa y clara la terminación de la relación concubinaria señalando un procedimiento a seguir, las causales para separarse válidamente con la intervención de un juez competente que vigile la separación y que dicte las medidas provisionales. Determinando los efectos jurídicos de la terminación del concubinato; en relación a los concubinos, los hijos y en cuanto a los bienes que hayan adquirido a fin de dar protección económica y seguridad jurídica a la familia de hecho. Es necesario se proteja la permanencia del concubinato y que el Estado intervenga a través de sus instituciones procurando convertir las uniones concubinarias en matrimonios, para que de este modo esa convivencia sean reconocidos como un estado legal con plenitud de efectos jurídicos, incentivando la formación de uniones legales a fin de proteger y conservar las instituciones que fortalecen a la familia y la sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

1. AGUILAR NAVARRETE, Angélica, *La Vida Cotidiana en el México*, Difusión Cultural UNAM, México, 1998.
2. BARBERO, Omar, *Daños y Perjuicios Derivados del Divorcio*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1997.
3. BOSEERT, Gustavo A., *Régimen Jurídico del Concubinato*, cuarta edición, actualizada y ampliada, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1997.
4. CHANOY ELY, *La Sociedad una Traducción a la Sociología*, Fondo de Cultura Económica, 1996.
5. CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F., *La familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Conyugales*, segunda edición, Editorial Porrúa, México, 1990.
6. CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F., *La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Paterno Filiales*, cuarta edición, Editorial Porrúa, México, 2001.
7. DE IBARROLA, Antonio, *Derecho de Familia*, cuarta edición, Editorial Porrúa, México, 1993.
8. DE PINA, Rafael, *Elementos del Derecho Civil Mexicano, Introducción Personas-Familia*, Vol. I, décimo octava edición, Editorial Porrúa, México, 1993.
9. DE PINA, Rafael, *Elementos del Derecho Civil Mexicano, Personas Familia*, Vol. I, vigésima primera edición, Editorial Porrúa, México, 2000.
10. DI PIETRO, Alfredo *Derecho Privado Romano*, Depalma, Buenos Aires, 1996.
11. ESQUIVEL OBREGÓN, Toribio, *Apuntes para la Historia del Derecho en México*, Tomo I, segunda edición, Editorial Porrúa, México, 1984.
12. FRAY TORIBIO DE BENAVENTE O MOTOLINIA, *Historia de los Indios de Nueva España*, tercera edición, Editorial Porrúa, México, 1979.

13. FRITZ SHULZ, *Derecho Romano Clásico*, Trad. Jose de Jesús Teigeiro, Bosch, Barcelona, 1960.
14. GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Derecho Civil, Primer Curso Personas-Familia*, vigésima edición, Editorial Porrúa, México, 2000.
15. GALVÁN RIVERA, Flavio, *El Concubinato en el Vigente Derecho Mexicano*, Editorial Porrúa, México, 2003.
16. GÜITRON FUENTEVILLA, Julián, *¿Qué es el Derecho Familiar?*, 2do. Volumen, primera edición, Editorial Promociones jurídicas y culturales, S.C., México, 1992.
17. GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho Sucesorio Inter Vivos y Mortis Causa*, segunda edición corregida y aumentada, Editorial Porrúa, México, 1997.
18. HERRERÍAS SORDO, María del Mar, *El Concubinato, Análisis Histórico Jurídico y su Problemática en la Práctica*, segunda edición, Editorial Porrúa, México, 2000.
19. IBARRA GARCÍA, Laura, *Las Relaciones entre los sexos en el Mundo Prehispánico, Una Contribución a la Sociología del amor y del poder*, Editorial Porrúa, México, 1998.
20. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA GEOGRAFÍA E INFORMACIÓN, *Mujeres y Hombres en México 2003*, séptima edición, México, 2003.
21. LÓPEZ DEL CARRÍL, Julio J. *Derecho de Familia*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1984.
22. MACEDO, Pablo, *El Código Civil de 1870, Su importancia en el Derecho Mexicano*, Editorial Porrúa, México, 1971.
23. MARINEAU IDUARTE, Marta y Roman Iglesias González, *Derecho Romano*, cuarta edición, Editorial Oxford, México, 1998.
24. MENDIETA Lucio y Nuñez, *Derecho Precolonial*, sexta edición, Editorial Porrúa, México, 1992.
25. MESA MARRERO, Carolina, *Las Uniones de hecho, Análisis de las Relaciones Económicas y sus Efectos*, segunda edición, Editorial Arazandi, Navarra España, 2000.
26. PALLARES, Eduardo, *El Divorcio en México*, quinta edición, Editorial Porrúa, México, 1979.

27. PEÑA BERNALDO DE QUIROS, Manuel, *Derecho de Familia*, Universidad de Madrid, 1989.
28. PÉREZ DUARTE, Alicia Elena y N., *Derecho de Familia*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1990.
29. PETIT, Eugène, *Tratado Elemental del Derecho Romano*, décimo séptima edición, Porrúa, México, 2001.
30. PLANIOL Marcel y Georges Ripert, *Tratado Elemental del Derecho Civil*, Tomo II, Trad. de José María Cajica jr., Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1998.
31. RECASENS SICHES, Luis, *Tratado General de la Sociología*, vigésimo octava edición, Editorial Porrúa, México, 2001.
32. ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil, Introducción Personas y Familia*, Tomo I, vigésimo primera edición, Editorial Porrúa, México, 1986.
33. ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil, Introducción Personas y Familia*, vigésimo sexta edición, Editorial Porrúa, México, 1991.
34. ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil Mexicano, Introducción Personas*, Tomo I, novena edición, Editorial Porrúa, México, 1999.
35. ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, Tomo V. *Obligaciones* Vol. II séptima edición, Editorial Porrúa, México, 1998.
36. SALAS ALFARO, Ángel, *Problemática socio-jurídica del divorcio, investigación bibliográfica, documental y de campo*, Editorial Universitaria Potosina, México, 1994.
37. SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia de México*, segunda edición, Editorial Porrúa, México, 1991.
38. SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, *Historia del Derecho Mexicano*, novena edición revisada, Editorial Porrúa, México, 2002.
39. VALLEJO TOBÓN, Juan Álvaro, *La Unión Marital de Hecho y el Régimen Patrimonial entre compañeros permanentes*, Editorial Dike, Colombia 2001.
40. ZANNONI, Eduardo A., *Derecho Civil, Derecho de Familia*, Tomo 2, segunda edición, Depalma, Buenos Aires, 1993.

LEGISLACIÓN ANTERIOR

1. Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, Imprenta dirigida por Jose Batiza, México, 1870.
2. Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, México, 1884.

LEGISLACIÓN VIGENTE

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Editorial SISTA, México, 2003.
2. Código Civil Federal, Ediciones Fiscales Isef, México, 2003.
3. Código Civil para el Distrito Federal, Ediciones Fiscales Isef, México, 2003.
4. Código Civil para el Estado de Hidalgo, Editorial SISTA S.A. de C.V., México, 2003.
5. Código Civil para el Estado de San Luis Potosí, Editorial SISTA S.A. de C.V., México, 2003.
6. Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Baja California Sur, Editorial SISTA S.A. de C.V., México, 2001.
7. Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Puebla, Editorial SISTA S.A. de C.V., México, 2003.
8. Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, Ediciones Fiscales Isef, México, 2003.
9. Código Familiar Reformado para el Estado de Hidalgo, Editorial SISTA S.A. de C.V., 2003, Multiagenda de Seguridad Social, Editorial Ediciones Fiscales Isef, México, 2003.

DICCIONARIOS

1. Diccionario de Derecho, Rafael De Pina Vara, vigésimo séptima edición, Editorial, Porrúa, México, 1999.
2. Diccionario jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Tomos I, II, III, IV, décimasegunda edición, Porrúa, México, 1998.

REVISTAS JURÍDICAS Y JURISPRUDENCIA

1. Revista de Investigaciones Jurídicas, Adame Goddard Jorge, "*Comentarios a las Reformas del Código Civil para el Distrito Federal en materia de matrimonio y concubinato*", Año 24, número 24, México, 2000.

2. Revista del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Tabasco, Guajardo López Rafael, *"Avances en el Tratamiento del concubinato entre el Código Civil abrogado y el vigente en el estado, con un breve comparativo de algunos estados de la República"*, N. 40 Julio-Agosto, 2003.
3. Revista Jurídica Locus Regis Actum, Lucy Osiris Cerino Marcin, *"Ventajas y desventajas del concubinato frente al matrimonio"*, N. 21, Novena Época, publicación trimestral, Tabasco, Marzo, 2000.
1. Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación, T. XXV, pág. 817. Pie de pág. 102.

PÁGINAS DE CONSULTA EN INTERNET

1. www.inegi.gob.mx.
2. www.juridicas.unam.mx.
3. www.mexico.derecho.org.
4. www.mexicolegal.com.mx.