

895
28j



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

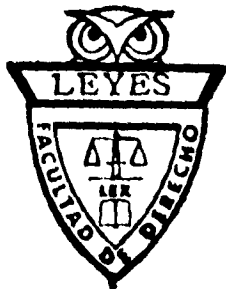
FACULTAD DE DERECHO

"EL CONCUBINATO COMO IMPEDIMENTO LEGAL
PARA ADOPTAR"

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
NORMA ANGELICA TORRES JIMENEZ

FALLA DE ORIGEN



ASESOR: LIC. MIGUEL ANGEL RUBLUO C. ISLAS

MEXICO, D. F.

1995



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A MIS PADRES:

DELFINA JIMENEZ SANABRIA
ANGEL TORRES JASSO

POR EL AMOR Y LA CONFIANZA QUE SIEMPRE ME HAN DADO.
USTEDES SON EL APOYO DE MIS LOGROS Y EL CONSUELO DE
MIS TROPIEZOS.

A MIS HERMANOS:

ANGEL, MONICA, ELSA Y MARITZA.

POR EL APOYO Y LA CONFIANZA QUE SIEMPRE ME HAN
TENIDO. EL MEJOR CAMINO ES EL QUE USTEDES DECIDAN
TOMAR.

A MIS NIÑOS:

LAURA, KARLA, PABLO, JOSE CARLOS, MIGUEL ANGEL,
LUIS ANDREW Y JOSE ANTONIO.

POR SER EL REFLEJO DE LO QUE FUI Y BRINDARME SU
CARIÑO Y TERNURA SIEMPRE. PARA USTEDES TODO MI
AMOR Y MI APOYO INCONDICIONAL.

A MIS AMIGOS:

LILIANA, ANA, GABY, FATY, PETROS, OMAR, HUGO, CESAR,
HECTOR, ANTONIO Y RICARDO.

SI ALGUIEN SABE LO QUE SIGNIFICA VER TERMINADO ESTE
TRABAJO SON USTEDES, GRACIAS POR LOS BUENOS Y MALOS
MOMENTOS QUE HEMOS COMPARTIDO.

MI ESPECIAL AGRADECIMIENTO AL
DR. IVAN LAGUNES PEREZ:

POR HABER CEDIDO PARTE DE SU TIEMPO Y CONOCIMIENTOS
EN EL PROYECTO DEL CUAL ESTE TRABAJO FORMA PARTE, Y
QUE CON SU VALIOSA AYUDA LLEGO A SU CULMINACION.

CON TODO RESPETO Y CARINO AL
LIC. MIGUEL ANGEL RUBLLO C. ISLAS.

EJEMPLO DE INTEGRIDAD Y PROFESIONALISMO.
MI INFINITO AGRADECIMIENTO POR SU VALIOSA AYUDA EN
LA DIRECCION DE ESTE TRABAJO.

I N D I C E

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

CAPITULO I.- ANTECEDENTES	
a).- Concepto de concubinato.....	3
a.1)- Antecedentes del concubinato.....	11
b).- Concepto de la adopción.....	18
b.1).- Antecedentes de la adopción	22
CAPITULO II.- EL CONCUBINATO EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO	
a).- Naturaleza Jurídica del concubinato.....	33
b).- Regulación del concubinato en nuestro derecho positivo	36
b.1).- El concubinato en los Códigos civiles de los Estados de Hidalgo y Tlaxcala.....	45
c).- Semejanzas entre el concubinato y el matrimonio civil en el derecho mexicano.....	55
d).- ¿ Es el concubinato una forma inmoral para formar una familia ?.....	60
CAPITULO III.- LA ADOPCION EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO	
a).- Naturaleza Jurídica de la adopción.....	69

b).- Regulación de la adopción en nuestro derecho positivo.....	73
c).- Quienes pueden adoptar.....	81
c.1).- Quienes pueden ser sujetos de adopción	85
d).- La adopción en los Códigos Civiles de los Estados de México, Puebla, Hidalgo y Morelos	89
e).- Finalidades benéficas de la adopción.....	95

CAPITULO IV.- POSIBILIDAD PARA QUE LOS CONCUBINOS REALICEN UNA ADOPCION EN NUESTRO DERECHO POSITIVO

a).- Presencia de circunstancias que justifican el que los concubinos no puedan adoptar.....	103
b).- Beneficios que aportaría a la comunidad la adopción que pudieran hacer los concubinos.....	106
c).- Necesidad de legislar en materia de adopción, a fin de que los concubinos pueda adoptar en igualdad de condiciones que los cónyuges.....	109

CONCLUSIONES	114
---------------------------	------------

BIBLIOGRAFIA	117
---------------------------	------------

INTRODUCCION

Cuando pensamos en formar una familia inmediatamente se nos viene a la mente el matrimonio como único medio para hacerlo, y pocas veces nos detenemos a pensar que existe otra opción para ello, refiriéndonos concretamente al concubinato. Este efectivamente es un medio para formar una familia sin embargo, en opinión de mucha gente, la misma no será estable o respetable, ya que con demasiada frecuencia se compara al concubinato con alguna otra unión de carácter eventual e incluso hay quien afirma que éste va en contra de la moral y representa un mal ejemplo tanto para los hijos habidos en esta unión como para la sociedad en general, ya que estamos acostumbrados a ver que una familia se inicia cimentada en el matrimonio civil y religioso, aún cuando éste no represente una garantía de estabilidad y permanencia.

También dentro de la idea que tenemos de la familia está el tener hijos, sin embargo esto no siempre es posible y muchas veces se recurre a la adopción como solución alterna para integrar un hijo a la familia. Esto no representa mayor complicación si quien o quienes desean adoptar satisfacen los requisitos establecidos por nuestra legislación; el problema surge cuando es una pareja de concubinos la que desea adoptar

porque nuestro Código Civil es muy claro al señalar que sólo podrán adoptar personas solteras o bien que estén unidos en matrimonio, dejando sin posibilidad a los concubinos de recurrir a ésta figura aún cuando se encuentren en aptitudes físicas y económicas para hacerse cargo de un menor o incapacitado.

En el presente trabajo trataremos los temas del concubinato y la adopción como figuras que bien pueden coincidir, dejando a un lado el sentido peyorativo que se da al concubinato y destacando las ventajas que representaría la adopción que los concubinos hagan de un menor o incapacitado al cual están dispuestos a cuidar y brindarle el cariño de que carecen.

CAPITULO I A N T E C E D E N T E S

CONCEPTO DE CONCUBINATO

Este termino durante toda su historia ha sido equiparado con algo inmoral e incluso fuera de la ley, de hecho, casi siempre se le relaciona con una unión pasajera y sin bases estables o monogámicas, opinión que se encuentra lejos de ser una verdad absoluta como pretendemos remarcar a lo largo de éste trabajo. Etimológicamente CONCUBINATO deriva del término CONCUBINATUS del latín CONCUMBERE que literalmente significa "dormir juntos" éste término ha sido utilizado desde el imperio Romano y evidentemente implica un trato de tipo sexual, sin embargo ésta figura ampara una relación que va más allá del hecho de dormir juntos y si bien es cierto que es una relación digamos extramatrimonial, es también una relación de pareja estable y permanente, además en esencia es de tipo monogámica aunque no siempre se le reconoce ésta cualidad, y sí es muy común encontrar que su aceptación se ha visto limitada e incluso totalmente rechazada catalogandose como inmoral y poco respetable.

Para definir la figura del CONCUBINATO, es necesario recurrir a diversas definiciones de algunos autores, dentro de las cuales es importante señalar las diferentes posturas que éstos adoptan, ya que mientras para algunos es una figura aceptada social y legalmente, para otros está totalmente alejada de la moral y por lo tanto no puede ser regulada para que tenga efectos jurídicos. Encontramos así entre otras definiciones, la que da Juan Palomar de Miguel en su Diccionario para Juristas en el que se refiere estrictamente a la Concubina como: "Manceba o mujer que vive y cohabita con un hombre como si éste fuera su marido. "(1) En esta definición se pueden apreciar dos aspectos el primero, es que resulta incompleta, ya que únicamente hace referencia a la mujer como parte de una relación de pareja sin dar una concepto propiamente de lo que es el concubinato y, por otro lado de la misma lectura se desprende el otro punto al que hacemos referencia esto es, que reconoce que es una relación de pareja similar al matrimonio pero sin el formalismo que implica éste. Gustavo Alberto Bossert, autor argentino por su parte da un concepto de lo que para él es el concubinato: " La unión permanente de un hombre y 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 "(2). Esta definición personalmente la consideramos más

completa, ya que en ella se hace referencia a las partes que forman una relación concubinaria, señalando también la característica de la permanencia y mencionando al mismo tiempo que no está sujeta al matrimonio civil. En el Diccionario Jurídico Omeba encontramos que considera que la fórmula romana utilizada para referirse a éste, bien puede tener vigencia en nuestros días, describiéndola en los siguientes términos: "... de la unión continuada de un hombre y una mujer en aptitud para contraer matrimonio, que aparentan vivir ligados por una acto regularmente celebrado." (3) aquí encontramos que se reconoce la libertad de las partes para contraer matrimonio y que sin embargo ha sido su voluntad no hacerlo, sin que esto afecte la relación de tipo marital en que decidieron unirse.

Por su parte Jorge A. Magallón en su obra Instituciones de Derecho Civil se refiere al Concubinato en la siguiente forma: "... una relación humana -forma de vida- que tiene analogía o similitudes con aquella (unión conyugal) pero que no es igual pues desde su aparición en las fórmulas romanas, se considera a ésta como una unión libre..."(4); aunque ésta más que una definición es una referencia que dá el autor, podemos observar que en ella existe el reconocimiento de las similitudes que hay entre ésta figura y el matrimonio, destacándose también la equivalencia que se hace de la figura concubinaria con la unión

libre, a éste respecto consideramos importante señalar que efectivamente la palabra concubinato se ha usado como sinónimo de "unión libre" de hecho, es más común oír hablar que existen parejas viviendo en "unión libre" más que en "concubinato"; de tal suerte que al ser más frecuentemente utilizado el primero de éstos términos, consideramos que el segundo de ellos ha perdido hasta cierto punto identidad en el lenguaje común. El autor argentino Julio López del Carril, hace una descripción de lo que él considera la unión libre: "La comunicación o trato de la mujer que habita con un hombre como si fuera su marido, siendo ambos libres y solteros, y pudiendo contraer entre sí legitimo matrimonio ..."(4), éste autor el término "concubinato" lo utiliza para referirse a uniones irregulares, adulterinas, incestuosas esto es, siempre con carácter inmoral, quedando el concubinato en opinión de éste autor tasado por la mala fe; sin embargo, es por demás señalar que no siempre es así y que lejos de ser una relación inmoral y fuera de la ley puede ser una buena forma de crear una familia sin los limitantes que implica un matrimonio civil; por otro lado también es menester señalar que si bien es cierto el término "unión libre" actualmente se utiliza como sinónimo de "concubinato" no siempre fue así, de hecho en el siglo XIX en el Derecho Francés el término "unión libre" sustituyó al de "concubinato" pues se pensaba que el

primero era más preciso que el segundo, ya que con éste se pretendía reflejar la unión contraída libremente y que de la misma forma podía ser disuelta, esto dejaba atrás la idea de una libertad referida a la que debían tener los sujetos para en su caso contraer matrimonio, ya que únicamente se refería a la libertad con la que se formaba y disolvía una unión, aunque al iniciarse el siglo XX los términos "concubinato" y "unión libre" se ha utilizado como sinónimos, de hecho existen otros vocablos que se han utilizado para referirse a las uniones de tipo concubinario, por ejemplo retomando nuevamente el derecho francés encontramos que si bien en su Código de 1804 no se incorporó ninguna expresión relativa a este tipo de unión, en el Código de 1912 se refiere al "estado de concubinato notorio" reconociendo por un lado la figura del concubinato y por otro uno de los aspectos que lo conforman, la notoriedad; este mismo derecho utilizó la palabra "compañera" para referirse a la concubina, prevaleciendo el término "concubinato" en el ámbito jurisprudencial, sin embargo en algunas resoluciones se usaban expresiones como: "vivir maritalmente", "vínculo extramatrimonial", "unión ilegítima", o bien para referirse al concubinario se utilizaban términos como: "jefe del hogar aparente"; en la doctrina también se encontraban algunos términos con sentido equivalente entre los que podemos citar:

"unión libre", "familia natural", "familia fuera de la ley", "hogar aparente", "matrimonio de hecho", "hogar irregular", "falso hogar", "hogar sin sanción de la ley" etc, desprendiéndose de algunas de ellas el sentido peyorativo que se le dá a la unión concubinaría tal vez debido a la falsa creencia que se tiene de que la unión libre es un signo de inminente deterioro de la figura del matrimonio; sin embargo la esencia del concubinato, independientemente de las ideas erróneas que giran en torno a él, excluye todo trato sexual eventual, esto es, una relación basada en el trato momentáneo o incluso una relación que tiene periodos de convivencia común aún cuando éstos duren cierto tiempo, no son suficientes para que se configure el concubinato propiamente dicho.

Ahora bien, tomando en cuenta los diversos aspectos a los que hemos hecho referencia con anterioridad, podemos dar una definición propia de concubinato:

" Unión voluntaria de un hombre y una mujer libres de matrimonio con carácter estable, permanente y monogámica, gozando de derechos y cumpliendo obligaciones, pero que al no estar unidos en matrimonio civil, carece de algunos efectos jurídicos del mismo ". Esta definición quizá esté lejos de ser exacta, pero en ella pretendimos incluir los elementos que consideramos

esenciales para que se conforme el concubinato, de tal suerte que en "Unión voluntaria" - retomando la postura del Derecho Francés - consideramos se encuentra inmersa la libertad que se tiene para iniciar una relación de tipo marital, dejando a un lado como verdad absoluta, la idea de la libertad que deben tener los individuos para contraer matrimonio posterior si ésta fuera su voluntad, ya que es una libertad en la que convergen ambas posturas, y no por que no sea importante que éstos estén o no libres de un matrimonio anterior, sino por que el hecho de que éste exista y se de una relación de convivencia sexual, no implica que estemos en presencia de un concubinato, ya que si se presenta esta situación, podemos hablar de alguna otra figura de carácter eventual y con la cual desgraciadamente se ha visto relacionado frecuentemente el concubinato por ejemplo el amasiato o adulterio.

Por "carácter estable, permanente y monogámico" entendemos los elementos que lo configuran y que lo hacen semejante con el matrimonio, ya que para que se diferencie el concubinato de cualquier otra relación de tipo sexual se requiere que ésta unión tenga un carácter estable pudiendo incluirse aquí la estabilidad emocional y la económica que forman parte sin duda alguna del matrimonio civil y que se requiere también en el concubinato para que éste se configure, el aspecto de la

permanencia se refiere a la duración que debe tener ésta relación que al igual que el matrimonio se inicia con la intención de formar una familia, y sin éste elemento no se podría dar ni una ni otro ya que las relaciones esporádicas, azarosas y aún aquellas con ciertos periodos de convivencia sexual no implican la existencia del concubinato, además en éste mismo término podría quedar incluido el aspecto de la notoriedad, ya que una pareja que convive habitualmente pasa a ser reconocida para el resto de la gente, siendo éste aspecto el que hace que parejas unidas en concubinato, sean consideradas matrimonios ya que la convivencia diaria y el reconocimiento que se hace de éstas parejas diluyen la diferencia que hay (por lo menos socialmente hablando) entre el concubinato y el matrimonio civil. Y al hacer referencia a la monogamia, nos referimos a la existencia de una sola pareja tanto para el hombre como para la mujer, ya que si lo que se pretende con ésta relación es la formación de una familia, la existencia de más de una pareja que evidentemente implica el trato sexual deja a un lado la configuración plena del concubinato como figura similar al matrimonio; y que daría como resultado una serie de relaciones pasajeras con las que frecuentemente se equipara el concubinato. La referencia que hacemos de los derechos y las obligaciones que tienen los concubinos, es porque algunos de

ellos son de carácter natural, por ejemplo el dar y recibir alimentos o vivir juntos en el domicilio que ambos decidan, otros son de carácter legal como: el poder heredar entre concubinos o el reconocimiento de los hijos nacidos del concubinato, mientras que al hablar de que no tiene algunos de los efectos jurídicos del matrimonio es porque los concubinos no requieren autorización judicial para actos de administración y dominio, ni para contratar entre ellos, pudiendo por el contrario ser fiadores entre sí, y ser partes de alguna compraventa.

A N T E C E D E N T E S

Dentro del Derecho Romano, ésta figura comenzó a ser regulada en los comienzos de la Era Cristiana con el Emperador Octavio Augusto, bajo las leyes Iulia de Maritandis, Papia Poppae y posteriormente con la ley Iulia Adulteris; con ésta regulación Augusto pretendió ordenar una figura que era muy común y que no podía seguir negándose, por lo tanto a través de requisitos y efectos se distinguió el concubinato de otras uniones extramaritales, adquiriendo así bajo el régimen de Augusto la condición de estado legal, de tal suerte que ésta figura no estaba penada por la ley pero tampoco tenía el rango del

matrimonio ya que siempre se consideró inferior a éste. Guillermo Floris Margadant, en su obra señala : "... En tiempos de Augusto, el matrimonio recibe su categoría de indiscutible institución jurídica: éste Emperador, profundamente preocupado por la desorganización de la vida familiar de sus tiempos y por las repercusiones de ésta sobre el estado de la población, reglamentó minuciosamente las condiciones para un matrimonio 'justo', que tenga todas las consecuencias jurídicas que el Emperador otorga a esta Institución ..." (6). Sin embargo éste mismo autor reconoce que al considerarse el matrimonio una Institución jurídica, paralela a ésta surge el concubinato como una figura socialmente aceptada tanto como el matrimonio pero sin sus efectos jurídicos; continúa diciendo éste autor que el concubinato surge de dos fuentes básicamente: ' 1) Augusto, el aristócrata, el nacionalista, no quiere que las uniones entre mujeres de familias senatoriales y personas de oscuro origen, como son los libertos, produzcan los efectos favorables 'del matrimonio justo'. Por otra parte, Cupido lanza sus flechas sin fijarse exactamente en el rango social de sus víctimas. Ahora bien: si la hija de un senador se casaba con la hija (sic) de un liberto, el resultado no era un 'matrimonio justo' sino un concubinato, una unión estable y monogámica, nada indecorosa, socialmente aceptada, pero no producía efectos jurídicos.

" 2).- A pesar de las ventajas legales que ofrecía el 'matrimonio justo' a veces los interesados preferían una forma de convivencia maridable sin consecuencias jurídicas..."
"... tales uniones extrajurídicas recibieron por las leyes caducarias de Augusto el nombre de 'concubinato', término utilizado desde antes para uniones pasajeras, pero que desde Augusto toma significación : ya no es ninguna deshonra vivir en concubinato, siempre que se trate de una unión monogámica y estable..."(7).

Sin embargo, pese a ser una figura que legalmente estaba aceptada, los emperadores cristianos intentaron desaparecerla por ejemplo, Constantino ofreció a las parejas que vivían en concubinato y tenían hijos naturales legitimarlos, siempre que se unieran en *justae nuptiae*; Anastasio por su parte decidió que todos los hijos nacidos de concubinato podían legitimarse a través de las *justae nuptiae*; ésta disposición la conservó Justiniano y es la "legitimación por matrimonio subsiguiente", sin embargo pese a la posición que guardaba la Iglesia ésta continuó reconociendo el concubinato como institución legal.

En el *Corpus Iuris Civile Ulpiano* advierte que el concubinato se permitía entre personas púberes y no parientes en grado prohibido por el matrimonio. Es importante señalar que al no tener el concubinato el rango de matrimonio, la mujer no era

elevada a la condición del marido ya que generalmente no eran de la misma clase; en cuanto a los hijos cabe mencionar que éstos eran cognados de la madre y seguían la condición de ésta y por lo tanto no estaban bajo la autoridad del padre.

Por otro lado el Derecho Canónico también se ha ocupado de el concubinato y lejos de sancionarlo, lo reguló porque la realidad social así lo requería, además con esto intentaba asegurar una relación monogámica y estable; de hecho algunos de los exponentes del Derecho Canónico como San Agustín, aceptaba conceder el bautismo a la mujer que vivía en concubinato, si ella se comprometía a no abandonar al concubinario. En el Primer Concilio de Toledo en el año 400 se aceptó la unión monogámica del hombre y su concubina, con la condición de que ésta tuviera carácter perpetuo y el hombre no estuviese casado. Este Concilio fue complementado por el de Orleans en 528, agregándose que un hombre sería bigamo si tenía dos mujeres, sin distinguir entre esposa y concubina. Cabe agregar que el Derecho Canónico aceptaba desde antes el matrimonio "clandestino" o "presunto" que era: "...la unión de un hombre y una mujer, que aún a solas convenían tomarse por marido y mujer; se hacía la aplicación práctica de la primitiva doctrina canónica que consideró siempre ministros de la unión a los propios contrayentes "(8).

Hacia finales del siglo XV comienza la debilitación del poderío eclesiástico tanto por la renovación en su estructura cultural como por los cambios de toda índole que finalmente desembocaron en la Reforma, surgiendo como respuesta a ésta por parte de la Iglesia la Contrarreforma, adoptando así medidas tendientes a conservar y más aún a fortalecer el decadente poder de la Iglesia destacándose entre ellas las señaladas en el Concilio de Trento de 1563 con los cuales se pretendía obtener el dominio total por parte de la iglesia del matrimonio de sus devotos, prohibiéndose el matrimonio "presunto" y estableció como obligatorio contraer matrimonio ante el cura, en ceremonia pública y frente a dos testigos; se crearon los registros parroquiales en los que se llevaba un control de los matrimonios celebrados, registros que obviamente estaban controlados por autoridades eclesiásticas, de modo que con estas medidas el concubinato pasó a ser algo vedado, dictándose severas medidas contra los concubinos que advertidos tres veces no cesaran su relación, imponiéndose incluso la excomunión y hasta la calificación de herejía a las parejas unidas en concubinato. También se llegó a autorizar en el siglo XVI el uso de la fuerza pública para terminar con ésta clase de uniones. Actualmente la Iglesia tiene un trato peyorativo ya que: "... Además el Código de Derecho Canónico anterior al vigente (el

cual fue promulgado por Juan Pablo II en 25 de enero de 1983, para entrar en vigor el 27 de noviembre del mismo año y el anterior fue promulgado por Benedicto XV el 27 de mayo de 1917 y entró en vigor el 19 de mayo de 1918) consagró cánones dedicados a definir los delitos y las penas -los cuales valora de modo diverso, según sean cometidos por laicos o por clérigos- clasificando como delito contra las buenas costumbres el concubinato...", al respecto el Código en su canon 2357 señala que el concubinato se caracteriza por: "...la continuidad o habitualidad, (que no es necesario que se concrete en una verdadera y propia cohabitación) de las relaciones sexuales del hombre y la mujer." (9) sin embargo este mismo precepto señala que para que ésta conducta se considere delito, debe ser pública y escandalosa, el Código actual en su canon 1395 hace referencia a la pena aplicada a los clérigos concubenarios, a los cuales si persisten en su conducta una vez amonestado será incluso expulsado del clero.

Por otra parte encontramos que en la Edad Media el concubinato se conoció como "barragania" que no era más que "... la relación con una sola mujer, que además, puede casarse con ella y para evitar un posible equívoco -esto es, que se les repute esposos- el que en tal condición se une con una mujer honesta y libre,

debe hacerlo ante testigos, expresando que la toma en esa calidad."(10).

En el Derecho Francés encontramos que hay además de la influencia del Derecho Canónico, disposiciones de gran importancia para la integración de ésta figura, así por ejemplo encontramos que en el Código Michuad de 1604 existían disposiciones que invalidaban toda donación hecha entre concubinos, negándose por diversas medidas legislativas la importancia de este tipo de uniones, incluso posteriormente en la declaración hecha por Luis XIII en 1639, se les negó validez a ciertos matrimonios mantenidos en secreto hasta la muerte de uno de los cónyuges. El Código Napoleónico no hacía regulación alguna del concubinato y los efectos que éste podía producir.

La jurisprudencia francesa durante el siglo XIX tuvo que darse a la tarea de resolver los problemas concretos que existían en torno a la unión concubinaría pese al silencio de la ley. Es así que hacia 1912 se "erigió el concubinato notorio en fuente de la paternidad"(11). Posteriormente y debido a los altos índices de uniones concubinarias surgidas a raíz de la Primera Guerra Mundial, fue necesaria la aprobación de leyes que pretendían solucionar los problemas surgidos de esta clase de unión pues proliferaban las relaciones concubinarias entre mujeres y soldados de tal suerte que "... merecen citarse las leyes,

complementadas por resoluciones ministeriales, que establecieron una asignación económica por cada día que el jefe de familia se encuentra incorporado a las armas, siendo beneficiarios los miembros de la familia o del grupo que sin vínculo jurídico vivía como si constituyera una familia; alcanzaba entonces el beneficio la concubina. También ésta se encontraba protegida contra desalojos, cuando demostraba que además de convivir en el inmueble había estado a cargo de su compañero, que se encontraba bajo las armas."(12). Aún después de la guerra la elaboración de leyes sobre la materia continuó aunque esporádicamente y tanto éstas como la jurisprudencia constituyen una amplia y valiosa aportación al estudio de la figura del concubinato.

CONCEPTO DE ADOPCION

Etimológicamente adopción proviene del latín "adoptio" de ADOPTARE, cuyas raíces son: ad "a" optare "desear" lo cual se traduce como procrear o acción de adoptar. Dentro de los diversos conceptos que se dan de ésta figura, encontramos que Federico Puig Peña la define en los siguientes términos: "... es aquella institución por virtud de la cual se establecen entre dos personas extrañas relaciones civiles de paternidad y filiación semejantes a las que tienen lugar en la filiación legítima." (13). Por su parte Jean Carbonnier señala que : " la

filiación adoptiva no ofrece un carácter biológico sino pura y exclusivamente jurídico ya que consiste en la constitución de un vínculo paterno filial (o materno filial) entre dos personas, o instancia de una de ellas." (14), éste mismo autor reconoce la naturaleza imitativa de ésta figura pues asegura que su fin es precisamente la imitación jurídica de la filiación legítima y agrega que los hijos adoptivos tienen una situación similar a la de los hijos legítimos, sin ser del todo igual. Otra definición la dan Henri León y Jean Mazeaud en los siguientes términos: "La filiación adoptiva crea un vínculo jurídico de filiación entre dos personas fuera de todo vínculo de sangre. Nace únicamente de la voluntad ." (15). Encontramos también que Ignacio Galindo Garfias señala que la adopción hecha "...por una persona mayor de veinticinco años, por propia declaración de voluntad y previa la aprobación judicial, crea un vínculo de filiación, con un menor de edad o incapacitado." (16).

Es importante señalar que durante la adopción se ha considerado un contrato, ésta tendencia se inicio durante el siglo XIX en el derecho francés, de tal suerte que las definiciones dadas por algunos de los autores de ésta época reflejan ésta situación; así por ejemplo encontramos que Planiol sostiene que la adopción es "un contrato solemne, sometido a la aprobación judicial" o como afirma Colin y Capitant "... es un acto jurídico

(generalmente un contrato) que crea entre dos personas relaciones ficticias y puramente civiles de paternidad y de filiación. "(17); dentro de la misma tendencia encontramos la definición que da Zacharie, en los siguientes términos: "... contrato jurídico que establece entre dos personas que pueden ser extrañas la una de a otra, vínculos semejantes a aquellos que existen entre el padre o madre unidos en legítimo matrimonio y sus hijos legítimos"(18). El hecho de que éstos autores consideren la adopción como un contrato, se debe principalmente a las circunstancias por las que atravesaban, ya que éstas definiciones se dan durante la época de la Revolución Francesa, donde el liberalismo y otras corrientes elevaban a tal grado la voluntad del individuo que era común que el contrato se presentara en diversos campos como la sociedad, la ley o la familia de manera que al ser la adopción parte de éste último grupo, no fue la excepción a la regla; y bajo éste lineamiento el Estado sólo cuidaba que el objeto de dichos contratos fuera lícito y no atentara contra la moral y las buenas costumbres. De modo que al considerarse la adopción un contrato, por la naturaleza propia de éste, no podían ser adoptados los menores de edad y los incapacitados. Don Ignacio Galindo Garfias en su obra de Derecho Civil, señala que el hecho de que algunos autores consideren la adopción como un contrato, se debe a la

autorización judicial que se requiere o bien por que en criterio de otros, la adopción es un acto de poder estatal, sin embargo ésta corriente fue superada y las definiciones dadas posteriormente a ésta época reflejan la nueva tendencia, encontrando así por ejemplo la definición que proporciona José Ferri: "La adopción es una institución jurídica solemne y de orden público, por la que se crean entre dos personas que pueden ser extrañas la una de la otra, vínculos semejantes a aquellos que existen entre el padre o madre unidos en legítimo matrimonio."(19). De la lectura de ésta definición podemos observar que básicamente es la misma definición dada por Zacharie pero que José Ferri adaptó ya que mientras para el primer autor es un "contrato jurídico", Ferri lo sustituye por "institución jurídica solemne y de orden público" agregando "con la intervención del poder judicial", en opinión de éste autor, la idea del contrato ya no es aplicable en la actualidad ya que si bien es cierto la adopción se encuentra reglamentada por la ley en cuanto a requisitos, formalidades y efectos, la autonomía de la voluntad se restringe considerablemente en virtud de que las partes se adhieren a una institución reglamentada debidamente.

En el Diccionario Jurídico Omeba encontramos el siguiente concepto de adopción: "Institución jurídica incorporada a las

legislaciones modernas, que establece entre personas que pueden ser extrañas y cuya voluntad se encamina a ello, un vínculo artificial de parentesco entre el padre o madre unidos en legítimo matrimonio y sus hijos legítimos."(20)

Son muchas las definiciones que se dan de ésta figura, sin embargo todos los autores convergen en un mismo punto, esto es, la imitación que pretende hacer ésta institución de la naturaleza, independientemente de los fines que se le han dado a lo largo de la historia; y si bien es cierto que no suple una relación paterno filial natural, da la posibilidad de que las parejas o la persona que carece de descendencia tenga un medio que le proporcione un heredero aunque los efectos se encuentren limitados únicamente al adoptante y al adoptado.

ANTECEDENTES

A lo largo de la historia de ésta figura encontramos que los fines para los cuales se creó básicamente fueron religiosos destacándose esto en los diferentes países en los que ésta figura ha sido esencial para la conservación de la familia; así por ejemplo tenemos que "Se conoce su origen remotos en la India, de donde había sido transmitida, juntamente con las creencias religiosas a otros pueblos vecinos. Todo hace suponer

que de allí la tomaron los hebreos, transmitiéndola a su vez, con su migración, a Egipto, de donde pasó a Grecia y luego a Roma." (21) siendo su origen eminentemente religioso se pretendía fortalecer con ésta figura el culto doméstico aún en aquellas familias donde no hubiese descendencia y por lo tanto se encontraran amenazadas de extinción.

G R E C I A

Según la opinión de algunos autores, la adopción no se practicaba en Esparta ya que éste era un pueblo eminentemente guerrero en el que los hijos se debían al estado, contrario a lo que sucedía en Atenas donde la adopción sí era practicada siguiendo algunos requisitos de los que destacan:

- a).- El adoptado debía ser hijo de padre y madre atenienses.
- b).- Solo podían adoptar quienes no tuvieran hijos propios.
- c).- El adoptado no podía volver a su familia natural sin antes dejar un hijo en la familia adoptiva.
- d).- La adopción podía ser revocada por ingratitud del adoptado.
- e).- El adoptante soltero no podía contraer matrimonio sin permiso especial del magistrado.
- f).- Siempre se harían las adopciones con intervención de un magistrado, ésta formalidad fue transmitida a Roma y perduro a través de las modernas legislaciones.

R O M A

En el Imperio romano ésta figura también jugó un importante papel ya que si bien tenía un fin eminentemente religioso, también era usada para evitar la extinción de la familia romana; el aspecto religioso era tan importante para los romanos que cada familia debía rendirle culto a sus antepasados en forma ininterrumpida, de modo que el pater familia debía mantener encendido el fuego sagrado en forma permanente y realizar los ritos, por lo tanto era indispensable que cada familia contara con un heredero, recurriendo a la adopción quienes no contaran con hijos propios. Por otro lado en el aspecto político la familia también representaba un importante papel, esto a través de los comicios de curias los cuales básicamente eran congregaciones naturales basadas en el parentesco, de modo que el pater familia y sus descendientes formaban la clase de los patricios únicamente ellos participaban en el gobierno del estado.

En Roma existían dos formas de realizar la adopción: La adrogatio que era la adopción efectuada en personas sui iuris, esto es que no estaban sujetas a ninguna patria potestad, era muy compleja ya que requería que un ciudadano sui iuris que generalmente era un pater familia pasara a la potestad de otro, lo cual implicaba la extinción de una familia y sus cultos

domésticos ya que el abrogado se fusionaba a la familia del abrogante con sus bienes y sus descendientes.

Existía también la adopción propiamente dicha que no resultaba ser tan complicada, aquí se necesitaba que quien fuese a ser adoptado se emancipara antes de la antigua patria potestad a que estaba sometido, recurriéndose para ello a la *mancipatio*, la cual posteriormente fue suprimida y solo se requería la manifestación del padre natural frente a un magistrado, el adoptante, el adoptado y su registro en el acta correspondiente. Por medio de esta adopción un hijo de familia ingresaba con esa misma calidad a la familia del pater. Para que esta adopción se realizara debían tomarse en cuenta los siguientes aspectos: el adoptante debía tener más edad que el adoptado, fijándose en la era justiniana la diferencia de dieciocho años y para la adrogación que era más compleja se requería haber cumplido los sesenta años de edad, solamente podían adoptar las personas *sui iuris* para poder ejercer la patria potestad, era también necesario el consentimiento del adoptado bastando para ello que no hubiese manifestación en contrario; por su parte, la adrogación requería del consentimiento expreso.

Siendo la adopción en Roma de carácter imitativo a la naturaleza, estaba prohibido que quien tuviera hijos propios

nacidos dentro del matrimonio o fuera de éste adoptara, básicamente por que la naturaleza misma de la figura lo requería así y, por que en el caso de los hijos extramatrimoniales éstos podían ser legitimados por matrimonio subsecuente.

En cuanto a los efectos, éstos básicamente se dan entre el adoptante y el adoptado respecto a la autoridad del primero sobre el segundo, pero con la reserva que el adoptante no puede disponer de los bienes de su adoptado.

A pesar de la importancia que en algunos pueblos alcanzó ésta figura, durante la Edad media dejó de utilizarse, y es hasta el siglo XVIII en el Código de Landerch hacia 1794 que se contemplaron disposiciones sobre la adopción en las que se refería a ésta como un contrato escrito en el que se requería que el adoptante tuviese cincuenta años cumplidos, no estar obligado al celibato y no tener hijos propios; respecto al adoptado, si éste era mayor de catorce años debía otorgar su consentimiento y si era menor lo otorgaría el padre o tutor, adquiriendo en todos los casos el adoptado el nombre de su adoptante y tenía los derechos de un hijo legítimo.

F R A N C I A

Aquí encontramos que es hasta el periodo postrevolucionario cuando la figura de la adopción adquiere importancia;

destacándose la participación de Napoleón Bonaparte como un acérrimo defensor de ésta institución. El 4 de junio de 1793 se presenta ante la Asamblea Nacional un proyecto de legislación de la adopción con las siguientes bases:

"a).- Solo comprende a los menores (o mejor a los impúberes)

"b).- Es revocable llegando a la mayoría de edad del adoptado y dentro del año siguiente a ésta.

"c).- Extingue los vínculos de parentesco con la familia de origen o consanguinea del adoptado - salvo la subsistencia de la obligación alimentaria del adoptante con sus padres -, pero;

"d).- El vínculo que crea la adopción se limita al adoptante (o adoptantes en caso de cónyuges), sin extenderse a los consanguíneos en la línea recta o colateral de aquel;

"e).- Por la revocación de la adopción, el adoptado vuelve a su familia de origen, como si la adopción no hubiese tenido lugar"(23)

L A T I N O A M E R I C A

En América Latina ésta figura no fue reglamentada el siglo pasado, es hasta inicios del presente siglo cuando se contempló la necesidad de legislar en torno a la adopción encontrando las siguientes disposiciones en algunos países como:

URUGUAY: En la ley 10674 de 1945 se establece la adopción plena, admitiendo solo la adopción de huérfanos de padre y madre,

abandonados o de padres desconocidos o bien respecto a pupilos del estado; dentro de ésta ley se determinó que podían adoptar las parejas que tuvieran como mínimo 5 años de casados y siempre que fueran mayores de 30 años y tuvieran 20 más que el adoptado, manejándose en ésta ley que el menor hubiese estado bajo la guarda de ese matrimonio por un periodo mínimo de 3 años. Destaca principalmente de ésta ley que el trámite de la adopción termina con el registro del menor como hijo legítimo inscrito a destiempo.

CHILE: Es hasta la ley 71613 de 1943 cuando se establece la adopción definida como: " Un acto jurídico destinado a crear entre adoptante y adoptado los derechos y obligaciones que establece la ley. Sólo procederá cuando ofrezca ventajas para el adoptado. (art.1º)" (24). En ésta ley se establecía que para poder adoptar, los adoptantes debían tener más de 40 años y menos de 70 , carecer de hijos propios y tener por lo menos 15 años más que el adoptado. Destacándose de ésta ley el hecho que el adoptado seguía formando parte de su familia conservando para con ella todos sus derechos y obligaciones, esto es, el derecho de suceder y la obligación alimenticia. En 1985 se publica la ley 16346 en la cual se establece la legitimación adoptiva, por la cual se concede " el estado civil de hijo legítimo de los legítimos adoptivos con sus mismos derechos y obligaciones, en

los casos y con los requisitos que se establecen en ésta ley. (art.1º)" (25). Esta legitimación adoptiva se refiere a los menores de 18 años abandonados, los huérfanos e hijos de padres desconocidos, los hijos de cualquiera de los cónyuges y aquellos menores que estuvieren al cuidado de alguna institución de protección de menores y cuyos padres no demuestren interés por ellos.

COLOMBIA: En éste derecho destacan dos tipos de adopción, la simple y la plena; en la primera el adoptado sigue formando parte de su antigua familia, conservando en ella sus derechos y obligaciones, de modo que el adoptado tenía de hecho dos familias. En la segunda el adoptado deja de pertenecer a su familia de sangre, de tal suerte que los padres y demás parientes naturales dejan de tener derecho sobre los bienes y persona del hijo dado en adopción, además destaca en éste aspecto que la adopción plena crea vínculos de parentesco entre adoptante-adoptado-parientes de sangre del primero.

ARGENTINA: Es hasta 1948 cuando se publican leyes que hacen referencia a ésta figura, siendo reglamentada por la ley 19134 que actualmente está en vigor señalándose en ésta como requisitos que el adoptante debe tener cumplidos 35 años al momento de realizar la adopción, la cual no puede ser llevada a cabo por el abuelo respecto a sus nietos. En éste derecho

también se reconocen la adopción plena y la adopción simple, básicamente con las mismas características reconocidas en el derecho colombiano, esto es que la adopción plena extingue toda relación con la familia de sangre, salvo en los casos de impedimentos matrimoniales y en la adopción simple no se crea un vínculo entre el adoptado y la familia de sangre del adoptante, aunque se le confiere la posición de hijo legítimo.

CITAS BIBLIOGRAFICAS

CAPITULO I

- (1).- Falomár de Miguel, Juan Diccionario para juristas Mayo Ediciones pag. 75
- (2).- Bossert, Gustavo Alberto Régimen Jurídico del concubinato Buenos Aires Argentina Pag. 275
- (3).- Enciclopedia jurídica OMEBA Tomo I Ed. Driskill, S.A. Buenos Aires. pag. 618
- (4).- Magallón Ibarra, Jorge Mario Instituciones de Derecho Civil pag. 337
- (5).- Bossert, Gustavo Alberto. Op. cit. pag. 18
- (6).- Floris Margadant, Guillermo Algunas aclaraciones y sugerencias en relación con el matrimonio y el concubinato en el Derecho Romano pags. 30-32
- (7).- Floris Margadant, Guillermo Op. cit.
- (8).- Bossert, Gustavo Alberto Op. cit. pag 15
- (9).- Op. cit. supra. pag. 15
- (10).- Ibidem. pag. 16
- (11).- Magallón Ibarra, Jorge Mario Op. cit. pag. 343
- (12).- Bossert, Gustavo Alberto Op. cit. pag. 17

- (13).- Puig Peña, Federico Tratado de Derecho Civil Español
Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. Tomo II Derecho
de Familia. Vol.II. Paternidad y Filiación, pag. 170.
- (14).-Chávez Ascencio, Manuel La Familia en el Derecho Editorial
Porrúa, S.A. México 1990 pag.200
- (15).- Chávez Ascencio Manuel ibidem.
- (16).-Galindo Garfias, Ignacio Primer curso de Derecho Civil
Editorial Porrúa, S.A. México Pag. 654
- (17).- Galindo Garfias, Ignacio Ibidem.
- (18).- Enciclopedia Jurídica OMEBA Op. cit. pag. 496
- (19).- Ibidem. pag. 497
- (20).- Ibidem. pag. 498
- (21).- Chávez Ascencio, Manuel Op. cit. pag. 201.
- (22).- Ibidem. pag. 206
- (23).- Ibidem. pag. 214
- (24).- Ibidem. pag. 215

CAPITULO II
EL CONCUBINATO EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO

a).- NATURALEZA JURIDICA DEL CONCUBINATO:

Antes de iniciar este apartado consideramos necesario determinar la naturaleza jurídica del concubinato, para ello empezaremos por señalar que al carecer ésta figura de una reglamentación en nuestro Código Civil, no puede ser considerado una institución ya que solo encontramos disposiciones aisladas en cuanto a algunos efectos que le han sido reconocidos.

Por otra parte, en opinión de Antonio de Ibarrola, tampoco puede ser considerada como un contrato ya que se trata de la unión de un hombre y una mujer, con carácter más bien personal y los deberes jurídicos entre ellos no tienen un contenido eminentemente económico.

La controversia surge entonces, al determinar si el concubinato es un Acto o un Hecho Jurídico, para lo cual desglosamos ambas figuras de la siguiente manera:

HECHO JURIDICO (sentido amplio):

"...todo acontecimiento, ya se trate de un fenómeno

no de la naturaleza o de un hecho del hombre que el ordenamiento toma en consideración para atribuirle consecuencias de Derecho." (1)

HECHO JURIDICO (sentido estricto):

" Fenómeno de la naturaleza o de la actividad humana, en que los efectos de derecho se producen con independencia de la voluntad del sujeto." (2)

** Bajo estos lineamientos, podemos decir que el concubinato es un hecho jurídico, ya que las consecuencias jurídicas que derivan de ésta unión son independientes a la voluntad de los concubinos, pues la legislación se las atribuye independientemente de la voluntad de estos.**

Ahora veamos el Acto Jurídico:

"Son todos aquellos acontecimientos en que interviene la voluntad humana, encaminados directamente a la producción de los efectos previstos en la norma jurídica" (3)

En cuanto a los elementos de existencia del acto jurídico tenemos:

- La voluntad.

- El objeto y en ciertos casos la solemnidad.

Mientras que los elementos de validez son:

- La capacidad.
- La voluntad libre de vicios
- Licitud en el objeto, motivo o fin
- Formalidad o forma.

Una vez señalados éstos elementos, veamos si el concubinato encuadra dentro de los actos jurídicos.

Al ser el concubinato la unión voluntaria de un hombre y una mujer ambos libres de matrimonio, por un periodo mínimo de cinco años o que antes de este tiempo hubiesen procreado un hijo, podemos observar que se satisfacen los requisitos tanto de validez como de existencia de los actos jurídicos veamos porque:

REQUISITOS DE EXISTENCIA:

Voluntad ----- La definición misma determina que es la unión voluntaria de un solo hombre y una sola mujer.

Objeto ----- El objeto o fin del concubinato es la creación de un vínculo con apariencia conyugal.

Solemnidad ----- Requerida únicamente para el matrimonio

REQUISITOS DE VALIDEZ:

- Capacidad ----- Quienes deciden unirse en concubinato deben tener capacidad física y mental para hacerlo.
- Licitud en el Objeto ---- La creación del vínculo de tipo conyugal, es siempre lícita, descartando - como concubinato toda relación de tipo sexual eventual o adulterina.
- Formalidad ----- Esta es consensual, el concubinato se perfecciona por el consentimiento de de las partes.

Una vez expuestos los anteriores elementos, consideramos que el concubinato puede tratarse como un acto jurídico, ya que se satisfacen los requisitos que para la conformación del mismo existen además, al unirse los concubinos, de alguna manera sí buscan los efectos jurídicos ya que ambos inician la relación sabiendo que deben darse mutuos alimentos y que en caso que sobrevengan hijos, éstos podrán llevar el apellido de ambos.

b).- REGULACION DEL CONCUBINATO EN NUESTRO DERECHO POSITIVO

" Hay entre nosotros, sobre todo en las clases populares, una manera peculiar de formar la familia: el concubinato. Hasta ahora se habían quedado al margen de la ley los que en tal estado vivían; pero el legislador no debe cerrar los ojos para no darse cuenta de un modo de ser muy generalizado en algunas clases sociales, y por eso en el proyecto se reconoce que produce algunos efectos jurídicos el concubinato, ya en bien de los hijos, ya en favor de la concubina, que al mismo tiempo es madre, y que ha vivido por mucho tiempo con el jefe de la familia. Estos efectos se producen cuando ninguno de los que viven en concubinato es casado, pues se quiso rendir homenaje al matrimonio, que la comisión considera como la forma legal y moral de constituir la familia, y se trata del concubinato, es, como se dijo antes, porque se encuentra muy generalizado, hecho que el legislador no debe ignorar. "(4)

De la lectura de la exposición de motivos del Código Civil para el Distrito Federal, podríamos suponer que la unión concubinaria se encuentra regulada en nuestra legislación como los alimentos, la adopción, el matrimonio, etc., es decir como una figura individual, pero nos encontramos con algo diferente a esto; es cierto, el Código se refiere al concubinato, pero como algo accesorio, simplemente como una situación que se puede

presentar, pero que no merece más regulación que en los siguientes aspectos: "La regulación del concubinato, una vez reformado (la reforma de 1974 al Código Civil, en su artículo 1365, f. V) produce las siguientes consecuencias: 1. Derecho a alimentos en vida de los concubinos, a semejaza del derecho de los cónyuges entre sí. 2. Derecho a alimentos por causa de muerte através del testamento inoficioso; 3.- Derecho a la posición legitima en la sucesión ab-intestato, y 4. Presunción de paternidad con respecto a los hijos. " (5). Sin embargo, consideramos que si bien la intención del legislador fue buena al intentar incluir ésta figura en nuestro derecho positivo la forma en que lo hizo no fue suficiente; los tiempos cambian e indudablemente lo que se pensó adecuado en un tiempo ahora resulta por demás deficiente e incompleto para una figura que es mucho más compleja del trato que se dá en el Código Civil, que en su artículo 302 señala la obligación que tienen los concubinos de darse en vida alimentos, siempre y cuando reúnan los requisitos previstos por el artículo 1365 del mismo ordenamiento, esto es, que hayan vivido juntos por lo menos cinco años y permanecido libres de matrimonio, o bien hayan procreado hijos; a éste respecto es importante señalar que dentro de la Ley del Seguro Social en sus artículos 72, 92 Fracción III y 152, acepta que la concubina sea la beneficiaria

del asegurado siempre que reúna los mismos requisitos que señala el artículo 1365 del Código Civil; también dentro de la Ley Federal del Trabajo artículo 501 fracción III, así como el artículo 23 fracción I de la Ley de Seguridad y Servicios Sociales para los Trabajadores al Servicio del Estado, también se reconoce la figura del concubinato y a la concubina como beneficiaria del trabajador, siguiendo los mismos lineamientos que en la Ley del Seguro Social.

Por otro lado, y retomando el Código Civil del Distrito Federal, éste en el artículo 1368, establece que por testamento inoficioso también se puede dejar alimentos a la concubina si ella vivió con el testador los últimos cinco años previos a la muerte de éste, ambos hayan permanecido libres de matrimonio o hayan tenido hijos, y que el superviviente esté impedido para trabajar y carezca de bienes suficientes.

Respecto al derecho a heredar, en 1984 se reformó el Código Civil igualando el derecho de sucesión de los concubinos y el de los cónyuges, ya que antes de ésta reforma sólo la concubina podía heredar pero en condiciones inferiores a las que se le otorgaba a la esposa; de modo que una vez hecha la reforma el artículo 1635 que además de referirse al derecho que tienen los concubinos de heredarse recíprocamente, sirve de base para

determinar el parámetro del concubinato en los términos que hemos venido mencionando, esto es, la permanencia, la exclusividad y en su caso la existencia de hijos.

Dentro del artículo 1635 que mencionamos, encontramos que existe una contradicción entre lo que establece el precepto y lo que señala la doctrina; esto en virtud de que la naturaleza del concubinato se contrapone a la existencia de más de una concubina, ya que como lo hemos venido mencionando a lo largo de éste trabajo una de las características de ésta figura es la monogamia, y cualquier otra relación de tipo sexual que se dé entre una persona con dos o más, podríamos catalogarla como amasiato pero no como concubinato propiamente dicho. Mientras que en la parte final del artículo en cita se señala que si existen más de una concubina ninguna tendrá derecho a heredar, resultando por lo tanto contradictorio en relación a las características de la unión concubinaria que necesariamente requiere de la permanencia, estabilidad y la monogamia.

Un tercer aspecto previsto en el Código Civil respecto al concubinato, es en torno a la presunción de paternidad del concubino y los hijos de su compañera, señalando en primer lugar que el concubinato es fuente de filiación natural, en virtud de que los hijos nacidos de ésta relación, son extramatrimoniales,

independientemente de otros hijos naturales habidos en otra relación de tipo sexual.

En cuanto a la presunción de la paternidad de los hijos habidos en concubinato prevista en nuestro Código Civil en su artículo 383 nos permitimos transcribir la Tesis emitida por la Tercera Sala, Séptima época, Volumen VII, Cuarta parte, página 208 que a la letra dice: " De conformidad con el 360 del Código Civil vigente, la filiación de los hijos nacidos fuera del matrimonio se establece, con relación al padre, bien primero, por el reconocimiento voluntario, o bien, segundo por una sentencia que declare la paternidad, para lo cual el artículo 382 del mismo ordenamiento concede la acción de la investigación en los cuatro casos que limitativamente numera el propio precepto. Pero el mismo Código agrega un tercer medio -el legal- de establecimiento de filiación natural en su artículo 383, al instituir que se presumen hijos del concubinario y la concubina : I. Los nacidos después de ciento ochenta días contados desde que comenzó el concubinato. II. Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes al en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina. Estas reglas son idénticas a las que en materia de filiación legítima establece el artículo 342 del propio ordenamiento, ya que conforme a éste, se presumen hijos de los cónyuges: I. Los hijos nacidos después de ciento

ochenta días desde la celebración del matrimonio, y II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del mismo. Entonces, pues, cuando se está en el caso de un hijo nacido dentro de los trescientos días siguientes al que cesó la vida en común del concubinario y la concubina, o bien después de los ciento ochenta días de iniciado el concubinato, es evidente que ya no se trata de un caso en que hay que investigar la paternidad para establecer la filiación natural, sino que se está en presencia de una auténtica filiación natural, legalmente establecida, y que, por lo mismo, ya no hay necesidad de investigar, puesto que, como acaba de decirse, legalmente se encuentra ya establecida por expresa presunción de la Ley Civil en su invocado artículo 383, del mismo modo que tratándose de los hijos legítimos, lo hace según también ya se vio, el artículo 324. Y si ello es así, es claro que el hijo goza de una posesión de estado que no puede arrebatarle sino por sentencia ejecutoria dictada en juicio contradictorio en que se destruya dicha presunción, siendo ésta la razón por la que el artículo 352 establece al respecto la protección del juicio plenario, y el 353 concede acción interdictal al hijo a quien se pretendiera despojar o perturbar en dicha posesión; en la inteligencia de que aunque estos dos últimos preceptos se refieren expresamente a los hijos nacidos

de matrimonio, debe sin embargo establecerse que igualmente protegen a los hijos naturales, por virtud del bien conocido principio de aplicación analógica de que donde existe la misma razón lega (sic), debe existir igual disposición de derecho".

Por otro lado consideramos importante señalar los efectos del concubinato en relación a terceros, concretamente los daños causados por accidente, que también se contemplan en nuestro Código Civil, y al respecto Antonio de Ibarrola señala:

"Independientemente del derecho que asiste a la concubina o al concubinario, en muchos casos, para ser beneficiaria en relación a la seguridad social, y que comprende la indemnización por muerte, conviene precisar si en los términos de la legislación civil, alguno de los concubinos tiene derecho a la indemnización por lesiones o muerte del otro. Y esto desde dos puntos de vista: como una indemnización civil, en cualquier término, y después como reparación moral... En nuestro derecho contamos con el artículo 1910 C.C., que previene que el que "obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima" y el artículo 1913 C.C., que trata del uso de mecanismos o instrumentos o aparatos o sustancias peligrosas, como puede ser, por ejemplo el uso de vehículos automotores, y

que por virtud de algún accidente de tránsito muera el concubinario, bien sea una colisión de automóviles o víctima de un atropellamiento..."(6). La opinión del autor citado es que si es posible que la concubina demande indemnización para el caso de muerte de su concubinario, atendiendo el contenido del Código Civil en su artículo 1915 y 1916 que contemplan la reparación civil y la reparación moral respectivamente. En el caso de la reparación civil, la indemnización corresponderá a los herederos de la víctima en caso de muerte, y dentro de los herederos podemos ubicar a la concubina o al concubinario en su caso; mientras que en la reparación moral, "se legitima a "los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida", lo que dificulta el posible ejercicio de la acción por la concubina, pues es difícil que después de un accidente, el accidentado o su representante demanden la indemnización por daño moral."(7)

Para ahondar en este punto, nos permitimos transcribir la Tesis Jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación correspondiente a la Quinta época: Suplemento de 1956, pág. 432. Amparo directo 604/54, Servicio de Transporte Eléctricos de Distrito Federal, 5 votos. Suplemento de 1956, pag. 435, Amparo directo 168/54, Servicio de Transportes Eléctricos del Distrito Federal. 5 votos. Sexta Época, Cuarta Parte; Vol. XIII, pag. 343.

Amparo directo 1554/57. Alimentos Nacionales, S.A. 5 votos, vol. XXXI, pag. 99. Amparo directo 910/59. Lorenza Flores. 5 votos, vol. CXXIX, pag. 74. Amparo directo 6602/65. María Jara Juárez. 11 de marzo de 1968. Mayoría de 4 votos, que a la letra dice: "RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA, QUIENES ESTAN LEGITIMADOS PARA RECLAMARLA. Para exigir responsabilidad objetiva, no es necesario demostrar el entroncamiento con la víctima que fallece, porque el derecho a la indemnización no corresponde al occiso y por lo tanto, a sus causahabientes o herederos universales, sino corresponde a su familia como ordena el artículo 1916 C.C., o sea el conjunto de ascendientes, descendientes, esposa, concubina o quienes hacen vida en común con el finado y a quienes económicamente sostenía.". De la lectura de ésta Tesis Jurisprudencial podemos concluir que efectivamente la concubina o el concubinario en su caso, pueden beneficiarse tras la muerte de su pareja con la indemnización correspondiente, situación contemplada desde la Ley Federal del Trabajo, la Ley del Instituto Mexicano del Seguro Social, la Ley del Instituto de Seguridad y Servicio Social para los Trabajadores al Servicio del Estado, etc.

b.1).- EL CONCUBINATO EN LOS CODIGOS CIVILES DE LOS ESTADOS DE HIDALGO Y TLAXCALA.

El Código Civil del Estado de Tlaxcala, dentro de su artículo 147 señala: " Los cónyuges deben darse alimentos es los casos señalados por éste Código"

"El concubinario y la concubina se deben mutuamente alimentos en los mismos casos y proporciones que los señalados para los cónyuges"

"El concubinario y la concubina tienen derecho a preferencial que a los cónyuges conceda el último párrafo del artículo 54 para el pago de alimentos"(8) Este artículo se refiere al pago de alimentos con bienes de los cónyuges y sus productos, así como de su salario.

Lo novedoso de éste Código en relación a la figura del concubinato, lo contiene en su artículo 42 en la que se define el concubinato de la siguiente manera: " Hay concubinato cuando un solo hombre y una sola mujer solteros, se unen sin estar casados , para vivir bajo un mismo techo como si lo estuvieran, salvo disposición de la ley en otro sentido cuando éste Código hable de concubina o concubino, se entenderá que se refiere a las personas que viven en las condiciones supuestas en este párrafo"(9). Las otras condiciones que se mencionan en este precepto, las encontramos en los artículos 2910 y 2911, de cuya lectura se desprende que para que se configure el concubinato,

la pareja debe cohabitar por lo menos un año o haber procreado un hijo. Es en éste sentido que resulta novedoso el contenido de éste Código, ya que reduce el tiempo de conformación del concubinato respecto de lo que señalan otros Códigos -incluyendo entre estos el del Distrito Federal- de cinco a un año, lo cual puede resultar positivo, en el supuesto de una pareja que decide unirse en concubinato y cumpliendo algunos de los requisitos marcados por la ley, sin llegar a tener hijos, uno de los concubinos muere antes de cumplir los cinco años de unión, esto implicaría de acuerdo al Código Civil del Distrito Federal que el concubino superviviente no se beneficiaría con el derecho heredar los bienes de su pareja porque legalmente hablando no se integra el concubinato, a éste respecto nos permitimos transcribir el criterio que guarda la Suprema Corte de la Nación: " No basta que una persona haya probado haber sido concubina del autor de la herencia, para que se le declare heredera, sino que debe demostrar haber vivido con éste durante los cinco años inmediatos que precedieron a la muerte de dicho señor; porque aún habiendo sido concubina debe acreditar en el juicio intestamentario tener derecho a heredar con tal carácter, por haber concurrido los requisitos del artículo 2635 (sic) del Código Civil." (10) ; desprendiéndose de la lectura de ésta Tesis que si no se cumplen los cinco años de cohabitación o no

existe un hijo la concubina no podrá heredar, lo que consideramos resultaría injusto en el caso que hemos señalado como ejemplo, y que sin embargo podría ser subsanado con la reducción que hace el Código de Tlaxcala, pues en él la figura concubinaria se satisface con un año de cohabitación continua, quedando por comprobar fehacientemente la existencia del concubinato que duró de un año a menos de cinco, pero que dentro de su duración se conformó de acuerdo a lo establecido y que quizá de no haber sido por una situación de infortunio hubiese continuado.

Por otra parte, es notable el avance que representa para la unión concubinaria el reconocimiento que el Código de Familia del Estado de Hidalgo hace de ésta figura al tratarla en un capítulo específico y otorgándole la regulación de que carece en otros Códigos Civiles; textualmente el capítulo a que nos referimos contiene las siguientes disposiciones:

" CAPITULO 19
DEL CONCUBINATO "

"ART. 164.- El concubinato es la unión de un hombre y una mujer libres de matrimonio, que durante más de cinco años, de manera pública, pacífica, continua y permanente, hacen vida en común como estuvieran casados, y con obligación de prestarse alimentos mutuamente. "

** Este artículo da inicio al capítulo relativo al concubinato, señalando las características que las diferencian de otras uniones de tipo sexual, estableciéndoles a los concubinos la obligación recíproca de alimentos **

"ART. 165.- Se presumen hijos de los concubinos :

I.- Los nacidos después de 180 días desde la iniciación del concubinato.

II.- Los nacidos dentro de los 300 días siguientes a la terminación del concubinato.

Los hijos habidos en concubinato, tendrán los derechos concedido a los hijos, en el artículo 225 de éste Ordenamiento."

** El problema en éste artículo, podría ser para determinar cuando inicia y cuando termina la relación, ya que

se carece de algún medio de prueba fidedigna para acreditar esa unión, situación que más adelante es subsanada por el mismo Ordenamiento.**

"ART. 166.- La concubina no tiene derecho a usar el apellido del concubino, aún cuando los hijos lleven el de ambos."

** Esta disposición consideramos tiene su base en la diferenciación que se pretende mantener entre las parejas unidas en matrimonio y los concubinatos, ya que al no haber un vínculo jurídico que una al concubinario con su concubina ésta, no puede hacer uso del apellido de su pareja que le correspondería en caso de existir un matrimonio civil de por medio.**

"ART. 167.-El concubinato termina:

- I.- Por mutuo consentimiento de las partes. En este caso deberán presentar ante el juez de lo familiar un convenio que comprende los mismos aspectos del divorcio voluntario.
- II.- Por muerte de alguno de los concubinos.
- III.- Por abandono de un concubino a otro por el término de seis meses consecutivos sin justifi-

cación, siempre que no tuvieran hijos.

IV.- Por matrimonio de alguno de los concubinos,
previa disolución judicial del concubinato.

La disolución del concubinato faculta a los concubinos a reclamarse mutuamente alimentos en los términos establecidos en el capítulo correspondiente de este Código. Atendiendo a las circunstancias del caso el juez Familiar tendrá facultades para fijar el monto de los mismos, considerando que la concubina o concubinario no tenga bienes o no esté en posibilidades de trabajar. Esta acción deberá ejercerse dentro del año siguiente a la ruptura del concubinato."

** Respecto a este artículo, en la fracción I en su última parte al hacer mención del convenio que deben presentar, éste contendrá disposiciones relativas a la guarda de los hijos, si los hubiera, y a la forma en que se sostendrán sus gastos, así como los domicilios de ambos concubinos, y la forma en que se manejarán los bienes integrantes de la sociedad legal que impera en la unión concubinaria,(art. 273 Código Civil)**

"ART. 168.- El concubinato se equipara al matrimonio civil, surtiendo todos los efectos legales de éste, cuando se satisfagan los requisitos siguientes:

I.- Que la unión concubinaria tenga las características que dispone el artículo 164 de éste Ordenamiento.

II.- Solicitar los concubinos conjunta o separadamente la inscripción del concubinato en el libro respectivo que sobre esta materia y por separado del matrimonio, debe llevarse en la Oficialía del Registro del Estado Familiar, siempre que llenen los requisitos del artículo 164 de éste Ordenamiento.

III.- Los bienes habidos durante el concubinato se rigen por las reglas de la sociedad legal.

La solicitud a que se refiere éste artículo podrá pedirse por los concubinos, conjunta o separadamente o através de su representante legal o por el Ministerio Público.

Hecha la solicitud mencionada, se procederá a la expedición y anotación del acta respectiva en el libro de concubinatos, surtiendo sus efectos retroactivamente, al día cierto y determinado de iniciación del concubinato.

Si la petición se hace por uno de los concubinos, los hijos o el Ministerio Público, se concederá al otro o a ambos según sea el

caso, un plazo de 30 días hábiles para contradecirle. Si surge controversia, se remitiran las actuaciones al juez familiar para que resuelva conforme a lo dispuesto en el Código de Procedimientos Familiares para el Estado de Hidalgo." (11)

** Efectivamente, consideramos un notable adelanto el hecho de que este Código contenga ya preceptos que regulen de manera específica el concubinato, ya que con ello le reconoce a ésta figura la importancia que tiene; sin embargo y pese a la bien intencionada actitud del legislador, no estamos totalmente de acuerdo con lo que establece el artículo 169 en su último párrafo, ya que consideramos que de alguna manera va en contra de la libertad que caracteriza ésta unión, aunque parece no ser así ya que a simple vista, concede mayores beneficios a las parejas unidas en concubinato dando seguridad jurídica a las concubinas, lo que indudablemente necesita hacerse en el resto de los Códigos Civiles como el vigente en el Distrito Federal; pero consideramos que el afán del legislador en dar a ésta figura efectos jurídicos hizo que traspasara los límites de la naturaleza de la misma, porque como lo hemos dejado explicado, el concubinato es una unión voluntaria de un hombre y una mujer, ambos libres de matrimonio, lo cual coincide perfectamente con

lo que el Código de Hidalgo maneja, sin embargo esta libertad que se pretende conservar al no contraer matrimonio civil se ve coartada con lo previsto en el último párrafo del precepto 168 citado. Estamos de acuerdo en que el solicitar la inscripción del concubinato en el libro correspondiente, es una manera de dar cierta solidez jurídica a esta relación, también estamos de acuerdo en que incluso sea uno solo de los concubinos quien solicita dicha inscripción cumpliéndose con la garantía de audiencia señalada en nuestra Carta Magna, al correrse traslado a la otra parte para que en el plazo previamente establecido manifieste lo que a su derecho convenga, de tal suerte que si no hay controversia entre los concubinos la inscripción se llevará a cabo sin ninguna dificultad; pero si por el contrario existe objeción por una de las partes entenderá del asunto un Juez Familiar que resolverá según su criterio de la forma más favorable atendiendo las circunstancias que rodeen el caso. Consideramos que si la unión concubinaria surge por la voluntad de las partes, y una de las causas de terminación de la misma es precisamente esa misma voluntad, entonces la intervención que puede tener el juez para dirimir una controversia de este orden, termina con la libertad de los concubinos que decidieron unirse en este tipo de relación ya que si a criterio del juez, éste considera que es conveniente el registro del concubinato aún en

lo que el Código de Hidalgo maneja, sin embargo ésta libertad que se pretende conservar al no contraer matrimonio civil se ve coartada con lo previsto en el último párrafo del precepto 168 citado. Estamos de acuerdo en que el solicitar la inscripción del concubinato en el libro correspondiente, es una manera de dar cierta solidez jurídica a ésta relación, también estamos de acuerdo en que incluso sea uno solo de los concubinos quien solicita dicha inscripción cumpliéndose con la garantía de audiencia señalada en nuestra Carta Magna, al correrse traslado a la otra parte para que en el plazo previamente establecido manifieste lo que a su derecho convenga, de tal suerte que si no hay controversia entre los concubinos la inscripción se llevará a cabo sin ninguna dificultad; pero si por el contrario existe objeción por una de las partes entenderá del asunto un Juez Familiar que resolverá según su criterio de la forma más favorable atendiendo las circunstancias que rodeen el caso. Consideramos que si la unión concubinaria surge por la voluntad de las partes, y una de las causas de terminación de la misma es precisamente esa misma voluntad, entonces la intervención que puede tener el juez para dirimir una controversia de éste orden, termina con la libertad de los concubinos que decidieron unirse en éste tipo de relación ya que si a criterio del juez, éste considera que es conveniente el registro del concubinato aún en

Contra de la voluntad de una de las partes, se estará claramente en contraposición a la esencia de la unión concubinaria que inicia y puede terminar simplemente por la voluntad de las partes.

Por otra parte, tampoco podemos negar la buena fe de ésta disposición, ya que con ésta se pretende evitar que se utilice el concubinato como forma de evadir responsabilidades **

c).- SEMEJANZAS ENTRE EL CONCUBINATO Y EL MATRIMONIO CIVIL EN EL DERECHO MEXICANO.

De la misma definición del concubinato, vemos que pese a la opinión que tienen algunos autores respecto a la semejanza del matrimonio con el concubinato sí existe tal, y para ello tomaremos como referencia las características del concubinato para compararlo con el matrimonio de la siguiente manera:

TEMPORALIDAD:

Concubinato:

Debe ser permanente, cualquier relación azarosa o esporádica no se considera concubinato, de hecho nuestro Código Civil señala un mínimo de 5 años para que se configure el concubinato.

Matrimonio:

Cuando se lleva a cabo un matrimonio, se pretende que éste sea permanente, sin embargo a diferencia de lo que se señala para el concubinato aquí no hay un tiempo mínimo para que se perfeccione, pues de hecho al momento mismo de firmar el acta civil el matrimonio se conforma.

NOTORIEDAD:

Concubinato:

El artículo 1635 señala que los concubinos deben vivir como si fueren cónyuges, implicando esto que debe hacerse público lo que a nuestro parecer es un importante punto de convergencia entre la similitud del concubinato con el matrimonio, ya que al ser reconocidas las parejas concubinarias por los demás, consideramos al menos socialmente se diluye la diferencia entre ambas parejas, ya que las dos son públicas y se ostentan como uniones estables.

ASPECTO MONOGAMICO:

Concubinato:

Es la unión de un solo hombre con una sola mujer; de modo que no pueden existir dos concubinas o dos concubinarios, ya que la existencia de más de una pareja sexual no conforma el

concubinato, desprendiéndose tal afirmación de la misma definición que de ésta figura dá la doctrina, aunque aquí cabe resaltar que el artículo 1635 contradice lo señalado por la doctrina ya que habla de la existencia de más de una concubina, lo cual no coincide con lo que se maneja habitualmente en relación al aspecto monogámico de ésta unión

Matrimonio:

Al igual que el concubinato, el matrimonio se celebra entre un solo hombre y una sola mujer, y si posterior a la celebración de ésta surge entre alguno de los cónyuges una relación de tipo sexual con otra persona, éste será adulterio, situación prevista en nuestra legislación civil y penal, que ciertamente es una de las diferencias que hay entre el concubinato y ésta figura ya que en el matrimonio, el cónyuge ofendido tiene la posibilidad de exigir una sanción al cónyuge adúltero vía civil o en casos extremos penalmente, mientras que los concubinos no tienen ese beneficio.

LIBRES DE MATRIMONIO:

Concubinato:

Este aspecto es de los más importantes dentro de la conformación del concubinato, ya que como lo hemos mencionado, ya que para unirse en concubinato no debe existir matrimonio anterior a dicha unión, para que en caso de desearlo más adelante contraigan matrimonio civil; además que nuestra legislación establece que ambos concubinos deben permanecer libres de matrimonio el tiempo que dure la relación.

Matrimonio:

Uno de los impedimentos matrimoniales que nuestra legislación señala es precisamente el matrimonio subsistente de alguno de los contrayentes, situación prevista en el artículo 156 Fracción X del Código Civil para el Distrito Federal. De modo que matrimonio y concubinato no son compatibles, cada uno excluye al otro.

Podemos decir que ambas uniones implican indiscutiblemente un trato de tipo sexual en el que además comparten el mismo domicilio; concluyendo por lo tanto que sí existe similitud entre el concubinato y el matrimonio, a pesar de la opinión de algunos autores que afirman lo contrario, como es el caso de Alberto Pacheco Escobedo, quien afirma tajantemente que no

existe comparación alguna entre uno y otro, sin embargo también estamos concientes que aún con la similitud que existe entre ambas figuras no es fácil demostrar la existencia del concubinato, situación contraria a la del matrimonio que cuenta con un acta expedida por el Registro Civil que demuestra la existencia del mismo, mientras

que la prueba del concubinato se dificulta por el hecho de no existir un medio idóneo para su comprobación y, tal situación la prevé la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Tesis de la Tercera Sala, Séptima Época, Vol. 6, Cuarta Parte pag. 32 que a la letra dice:

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

De modo que para comprobar la existencia del mismo podríamos recurrir a la Jurisdicción Voluntaria y a las pruebas testimoniales, con las que se pretenderá demostrar la cohabitación continua y estable por un periodo mínimo de cinco

d).-¿ ES EL CONCUBINATO UNA FORMA INMORAL PARA FORMAR UNA FAMILIA ?

Es importante señalar que desde la misma exposición de motivo de del Código Civil, se denota el sentimiento moralista que se tiene respecto a ésta figura, ya que señala que el matrimonio es la única "forma legal y moral de constituir una familia, y si se trata del concubinato, es, como se dijo antes, porque se encuentra muy generalizado, hecho que el legislador no debe ignorar"(12), además, se considera al concubinato como una unión inferior al matrimonio que implica en opinión de muchos, el inminente deterioro del matrimonio; para continuar con el criterio moral que se tiene de ésta figura, citemos a algunos autores de ésta opinión como Alberto Pacheco Escobedo, quien en relación al concubinato señala:

"... Se insiste por tanto en la inmoralidad y como consecuencia, en la ilicitud del concubinato. Este va en contra de las buenas costumbres y constituye siempre una falta consigo mismo (egoísmo que no desea comprometerse) con la otra parte (pérdida de la honra) para con los hijos (se viola su derecho inherente a toda persona humana, a venir al mundo y ser educados en una familia) y con la sociedad (mal ejemplo que todos debemos evitar). La moral que nunca debe ser ajena al derecho, reprueba claramente

el concubinato, y lo considera como una circunstancia agravante de la simple fornicación, siempre ilícita fuera del matrimonio. Hay sin embargo, un punto que conviene destacar, cuando se habla del aspecto moral del concubinato. Este constituye siempre una falta contra la justicia pues se afecta sin derecho a la pareja (pérdida de la honra, de la virginidad, de la salud, etc) a sus bienes temporales (gastos, vivienda, etc) a sus parientes (gastos por la prole, disminución de la herencia, etc.) y como es sabido, toda falta contra la justicia, debe ser reparada. Por tanto, no va contra la moral, considerar que el concubinato produce efectos jurídicos, al menos en la obligación de reparar los daños causados sin derecho... El reconocimiento y regulación del concubinato no es un atentado contra el matrimonio, sino el cumplimiento de una obligación por parte del derecho positivo, que debe obligar a reparar las injusticias que se cometen, y en el concubinato siempre, cada concubino, está facultado a la justicia en relación al otro, a los hijos y a la sociedad."(13)

La inmoralidad que se le atribuye a ésta unión se aprecia no sólo en la Exposición de Motivos del Código Civil, sino también en la Ley del Matrimonio Civil del 23 de julio de 1859, conocida actualmente como la Epístola de Melchor Ocampo que dice en relación al matrimonio: " ... éste es el único modo moral de

fundar la familia, de conservar la especie y suplir las imperfecciones del individuo que no puede bastarse a sí mismo para llegar a la perfección del género humano..."(14)

Rafael de Pina es más extremista en sus consideraciones al señalar que el origen del concubinato es la ignorancia y la miseria, sosteniendo que el único modo de acabarlo racionalmente es precisamente combatiendo sus causas, "El único remedio para acabar con el concubinato -remedio único ciertamente- no está en establecer junto al matrimonio formal y solemne, otra especie de matrimonio menos formalista y solemne que en el fondo no podía ser otra cosa que un concubinato disfrazado, sino elevar el nivel económico, moral y cultural de la población."(15). Siguiendo el criterio moral de éstos y otros autores, podríamos suponer que efectivamente el concubinato es algo así como una peste para la sociedad, ya que en base a éste no se pueden formar familias con la misma supuesta estabilidad que tienen las familias formadas por medio del matrimonio civil y/o religioso. Sin embargo nuestra opinión dista mucho de coincidir con la de estos autores, no negamos que en el tiempo que se elaboró nuestro aún vigente Código Civil, la sociedad era eminentemente moralista, y que efectivamente el concubinato representaba un atentado contra la moral y las buenas costumbres, pero los tiempos cambian y la sociedad evoluciona y, actualmente las

uniones concubinarias no atentan ni contra la moral, ni contra las buenas costumbres, y mucho menos contra la familia y su integración sino, simplemente es una opción más que se tiene para iniciar una vida en pareja.

Suponemos que en gran parte el rechazo de que es objeto el concubinato, deriva de la confusión que existe entre este término y otros que se utilizan para referirse a otro tipo de uniones de tipo sexual y extramatrimonial, como puede ser el adulterio o amasiato; de modo que para hacer la distinción entre una y otra relación, empezaremos por dar la definición de Julian Gutiérrez Fuentevilla de amasiato:

" El amasiato es una unión de hecho, fundada en la relación sexual, y que no produce consecuencias jurídica. Se da entre una persona casada y otra soltera, o entre personas casadas, que tienen relaciones sexuales con otras distintas a su cónyuge"(16)

Mientras que el concubinato lo define como:

"Unión de hecho de dos personas de distinto sexo, que siendo ambas solteras viven bajo el mismo techo durante cinco años. También debe considerarse como un concubinato la unión de dos personas, que libres de matrimonio y sin importar el tiempo que haya durado su unión, procreen uno o más hijos."(17)

A partir de estas definiciones, encontramos entonces que de la misma definición de ambas uniones extramatrimoniales, se

desprende la gran diferencia que hay entre una y otra unión, ya que mientras el concubinato se contempla como una unión lícita aunque extramatrimonial, el adulterio o amasiato, siempre será también una relación extramatrimonial pero totalmente ilícita que a diferencia del concubinato, solo es una relación eventual y sin consecuencias jurídicas, aún cuando éste se prolongue más allá de los cinco años requeridos para el concubinato, el cual por si mismo excluye todo tipo de relación eventual y azarosa; además personalmente creemos que en general utilizar el termino concubinato nos produce cierto recelo, quizá por el temor que se tiene a ser rechazado por vivir juntos sin estar casados, de modo que preferimos utilizar el término "unión libre" que parece ser más sutil aunque se refiera al mismo tipo de relación.

Sara Montero Duhalt, da una clasificación interesante de "DIVERSAS FORMAS DE RELACIONES SEXUALES"

Lícitas: Matrimonio y Concubinato

Ilícitas: Violación, estupro, rapto, bigamia, incesto, adulterio, pederastía.

AJURIDICAS:

Normales: Fromiscuas, eventuales, permanentes, dentro de estas últimas señala la unión libre, amasiato, barraganía, queridato,

contubernio, arreglo, lio ; sin embargo nosotros las resumiríamos en unión libre o concubinato y el amasiato, pues el resto son sinónimo de una y otra.

Anormales; Homosexualidad y lesbianismo, bestialismo.

De tal suerte que atendiendo ésta clasificación no podríamos ubicar al concubinato a la altura de una relación ilícita como el incesto o peor aún, compararlo con relaciones que sin duda alguna sí implican un ataque a la moral como son las relaciones homosexuales, ya que lo que se pretende con el concubinato es la formación de una familia basada en el amor y la confianza que se deriva de éste, y que no puede garantizarse por el simple hecho que una pareja se una en matrimonio; además ¿ no resulta más inmoral que dentro de un matrimonio los hijos vean un padre drogadicto, o una madre prostituta ? o ¿ que alguno de ellos sea bisexual y por cualquier circunstancia los hijos descubran ésta desviación ? y no solo éstos, sino que el resto de la gente se entere que en un matrimonio celebrado conforme a la ley, la moral y las buenas costumbres se presente una situación que a todas luces es más inmoral que la unión celebrada por dos personas que simplemente no quisieron casarse pero si pretenden formar una familia, basada principalmente el amor, el respeto y la confianza mutua. Descartando desde nuestro punto de vista que

la unión concubinaria represente un ataque a la moral y mucho menos que sea una unión exclusiva para las clases populares como se maneja en la Exposición de Motivos de nuestro Código Civil, ya que actualmente vemos que un gran número de parejas que se unen en concubinato, tienen la preparación suficiente como para decidir no casarse simplemente por que no desean hacerlo, teniendo la plena conciencia de que ésta unión representa un compromiso mas humano que legal, y que de la confianza y el respeto que se procuren depende que esta unión perdure o fracase.

CITAS BIBLIOGRAFICAS

CAPITULO II

- (1).- Galindo Garfias, Ignacio Primer Curso de Derecho Civil Editorial Porrúa, S.A. México 1990. pag. 204
- (2).- Ibidem. pag. 205
- (3).- Ibidem. pag. 210
- (4).- Código Civil vigente para el Distrito Federal Editorial Porrúa, S.A. México 1990 pag. 16
- (5).- Montero Duhalt, Sara Derecho de Familia Editorial Porrúa, S.A. MÉXICO 1990 PAG. 167
- (6).- Ibarrola, Antonio de Derecho de Familia Editorial Porrúa, S.A. pag. 312.
- (7).- Ibidem.
- (8).- Código Civil del Estado libre y soberano de Tlaxcala Editorial Cajica, S.A. Puebla Pue.
- (9).- Ibidem.
- (10).- Queja Civil 93/1970 M.G.L.A. Abril 15 de 1971. Unanimidad
Primer Tribunal Colegiado del Primer Circuito en Materia Civil
3277 Contrato, Obligaciones en el. La obligación de ser
entendida y considerada según se establezca en el contrato.

Amparo en revisión 30/1973 C.E. de la Seun de M.M.M. Agosto 23
1973. Unanimidad. Segundo Tribunal Colegiado. Primer Circuito en
Materia Civil.

(11).- Código Familiar reformado y de Procedimientos familiares
del Estado de Hidalgo Editorial Cajica, S.A. Puebla Pue.

(12).- Ibidem. pag. 16

(13).- Pacheco Escobedo, Alberto La Familia en el Derecho Civil
Mexicano México 1985 Editorial Panorama pag. 195

(14).- Ibarrola, Antonio de Op. cit. pag. 290

(15).- Pina Vara, Rafael de Elementos de Derecho Civil Mexicano
Editorial Porrúa, S.A. pag. 335

(16).- Guitrón Fuentesvilla, Julián Derecho de Familia Editorial
Promociones Jurídicas y Culturales pag. 33

(17).- Ibidem.

CAPITULO III

LA ADOPCION EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO

a).- NATURALEZA JURIDICA DE LA ADOPCION.

Podemos decir que ésta figura no es nueva en México, de hecho durante el siglo pasado aunque no tenía una regulación específica ya se conocía e incluso se practicaba, lo cual podemos observar en la Ley Orgánica del Registro del Estado Civil de 1857 que la consideraba como acto del Estado civil; posteriormente en 1859 en la Ley Orgánica del Registro civil también se contempla dentro de los actos competencia de los jueces del Registro civil. Sin embargo los Códigos de 1870 y 1864 no se hace ningún tipo de referencia a la adopción, por el contrario ambos Códigos establecen en forma tajante que el parentesco sólo es por consanguinidad y por afinidad ; y no es sino hasta la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917 cuando se hace mención de la adopción en un capítulo único en el que se define como: " El acto legal por el cual una persona mayor de edad acepta a un menor hijo, adquiriendo respecto de él todos los derechos que un padre tiene y contrayendo todas las

responsabilidades que el mismo reporta, respecto de la persona de un hijo natural."(1), es importante señalar que éste capítulo no establece nada respecto a la diferencia de edad que debe haber entre adoptante y adoptado, ya que únicamente se refiere a que una persona mayor de edad podían adoptar libremente a un menor; otro aspecto importante que destaca en ésta Ley es que la mujer casada que deseaba adoptar, debía contar con el consentimiento de su marido, contrario a lo que sucedía cuando era el varón casado quien deseaba realizar la adopción ya que éste no requería el consentimiento de su cónyuge, pero tampoco podía llevarlo a vivir al domicilio conyugal. Respecto a los derechos y obligaciones establecía que éstos surgían únicamente entre el adoptante y el adoptado, salvo que el primero expresara que el segundo era su hijo, éste se tomaría como hijo natural reconocido. Por otra parte cuando la adopción era voluntaria, ésta podía revocarse contando con el consentimiento de las partes que intervinieron en ella, ya que la adopción era considerada un contrato revocable por las partes que lo celebraron. Actualmente el carácter contractual de la adopción empieza a ser superado de tal suerte que la doctrina se inclina más a considerarla una Institución que un contrato, sobre todo si tomamos en cuenta que un contrato crea o transfiere derechos y obligaciones, y son las partes quiénes determinan las

condiciones bajo las cuales van a contratar, podemos decir que la adopción no entra en éste supuesto ya que no es un acto en el que en forma particular se determine la manera en que se va a realizar sino que los lineamientos para realizarla así como los efectos que produce se encuentran previamente establecidos por la ley y las partes solo se acogen a lo ya reglamentado; sin embargo bajo este criterio podría pensarse que la adopción es un contrato de adhesión, en el que los sujetos se adhieren a una regulación previa, a éste respecto, cabe mencionar la opinión de Sara Montero Duhalt que en su obra Derecho de Familia dice: "...Sin embargo ya esta bien discutido por la doctrina que los famosos contratos de adhesión no son auténticamente contratos porque carecen del elemento esencial contractual: la libertad de establecer las cláusulas voluntariamente elegidas."(2) siendo imprescindible la voluntad del o de los adoptantes para que ésta sea sancionada por un funcionario, en éste caso de un Juez de lo Familiar; requiriéndose también de la concurrencia de los representantes del adoptado ya sea quien ejerza la patria potestad sobre él, su tutor, el Ministerio Público, quien lo haya acogido como hijo por lo menos seis meses antes de la adopción y en caso de tener más de catorce años el propio adoptado debe dar su consentimiento; tampoco podría considerarse la adopción un contrato de adhesión. Por otro lado algunos

autores afirman que ésta es un acto de poder estatal por que es éste quien a través de un funcionario autoriza o niega la adopción, sin embargo la voluntad de los adoptantes sigue jugando un papel preponderante aún para la intervención del estado, ya que es hasta que los adoptantes manifiestan su voluntad para realizar éste acto cuando se da la pauta para la intervención de éste; de modo que tampoco podría considerarse la adopción como un acto de poder estatal y si podríamos decir que se trata como lo han apuntado algunos autores un acto jurídico de carácter mixto, en el que convergen varios elementos tales como la solemnidad, el interés público y la plurilateralidad, siendo también un acto constitutivo y algunas veces extintivo, entendiendo estos elementos de la siguiente manera:

ACTO JURIDICO: Por que en el se manifiesta la voluntad de las partes que desean los efectos jurídicos que se producen por esta manifestación.

MIXTO: Por que en el interviene tanto el Estado como particulares.

SOLEMNE: Por que se necesitan cubrir los requisitos procesales establecidos previamente en este caso en el Código de Procedimientos Civiles.

INTERES PUBLICO: Básicamente por que a través de él se pretende proteger a los menores de edad desvalidos y a los mayores de edad incapacitados.

PLURILATERAL: Por que en él convergen más de dos voluntades esto es, la de los adoptantes, la del adoptado a través de sus representantes legales y en su caso la del propio adoptado cuando tiene más de catorce años y, en otras ocasiones de las personas que lo hayan acogido como hijo durante los seis meses anteriores a la adopción y el Ministerio Público cuando se trate de padres desconocidos, no haya tutor, ni quien lo haya acogido como hijo.

CONSTITUTIVO: Por que a través de ésta figura se crea una relación filial entre adoptante y adoptado, surgiendo a raíz de ésta relación la patria potestad que ejercerá el primero sobre el adoptado.

EXTINTIVO: cuando existe alguien que ejerce la patria potestad sobre el adoptado la que termina con la adopción y pasa al adoptante.

b).- REGULACION DE LA ADOPCION EN NUESTRO DERECHO POSITIVO

Esta figura la encontramos dentro del Capitulo V del Libro Primero, Título Séptimo del Código Civil vigente para el

Distrito Federal en los artículos 390 a 410, donde destaca en primer lugar los requisitos que deben cubrir los adoptantes y los adoptados para que se lleve a cabo la adopción, así como los efectos, el procedimiento y las causas de revocación.

Respecto a los requisitos tanto del adoptado como del adoptante, los mencionaremos en forma somera ya que en un apartado posterior los trataremos de una forma más amplia.

El artículo 390 establece los grandes lineamientos que deben seguir quienes o quien desee adoptar, esto es: 1.- Ser mayor de veinticinco años, soltero o bien unido en matrimonio.

2.- Tener una edad mínima de diferencia con el adoptado de por lo menos diecisiete años, en caso de los matrimonios basta que uno de ellos satisfaga éste requisito (art. 391)

3.- Gozar de plena capacidad, tener solvencia económica y moral.

4.- Que la adopción resulte verdaderamente benéfica para el menor o el incapacitado adoptado.

5.- En caso de ser el tutor quien desee adoptar a su pupilo, deberán ser aprobadas las cuentas de su tutela previamente. (art. 393).

En cuanto a quienes pueden ser adoptados, tenemos que estos pueden ser menores de edad siempre que exista una diferencia de diecisiete años entre éste y el adoptante o adoptantes o bien incapacitados aún cuando éstos sean mayores de edad.

La maestra Sara Montero Duhalt, señala en su obra *Derecho de Familia* los requisitos del acto de adopción, ennumerandolos en la siguiente forma:

"1) Manifestación de voluntad del adoptante, del adoptado si es mayor de catorce años, del representante legal del adoptado (el que ejerce la patria potestad o el tutor). A falta del representante legal debe dar su consentimiento la persona que haya acogido durante seis meses al que pretende adoptar y lo trate como hijo; o el Ministerio Público del lugar del domicilio del adoptado si es un incapaz abandonado.

"2) La aprobación del Juez de lo Familiar.

"3) Seguir el procedimiento señalado en los artículos 923 y 924 del CFC.

"4) Nadie puede ser adoptado por mas de una persona, salvo que se trate de pareja unida en matrimonio.

"5) El tutor no puede adoptar al pupilo, sino hasta que hayan sido aprobadas definitivamente las cuentas de la tutela.

"6) Se puede adoptar en el mismo acto o sucesivamente a dos o mas incapacitados." (3). Continuando con los requisitos tenemos que los relativos al procedimiento se encuentra contemplado en el Código de Procedimientos Civiles en el Título Décimo Quinto Capitulo IV en los artículos 923 a 926, y es dentro de los dos

primeros que se establece el procedimiento para la adopción en la siguiente forma:

Artículo 923:" El que pretenda adoptar, deberá acreditar los requisitos señalados por el artículo 390 del Código Civil.

En la promoción inicial deberá manifestar el nombre y edad del menor o incapacitado y el nombre y domicilio de quienes ejerzan sobre él la patria potestad o la tutela, o de las personas o institución pública que lo hayan acogido y acompañar certificado médico de buena salud. Las pruebas pertinentes se recibirán sin dilación en cualquier día y hora hábil

Cuando el menor hubiese sido acogido por una institución pública, el adoptante recabará constancia del tiempo de la exposición o el abandono para los efectos del artículo 444, fracción IV, del Código Civil.

Si hubiesen transcurrido menos de seis meses de la exposición o abandono, se decretará el depósito del menor con el presunto adoptante, entre tanto se consuma dicho plazo.

Si el menor no tuviere padres conocidos y no hubiese sido acogido por institución pública, se decretará el depósito con el presunto adoptante, por el término de seis meses para los mismos efectos."(4). Una vez satisfechos los requisitos del Código Civil conjuntamente con los marcados en el Cuerpo de Leyes en cita, será un Juez de lo familiar quien resuelva lo relativo a

la adopción (artículo 924 C.P.C.). Cabe agregar que estas condiciones deben cubrirse cabalmente, ya que la falta de cualquiera de ellos impide la adopción.

En cuanto a las consecuencias jurídicas que trae consigo este acto, también se preven en el Código Civil en los artículos 157, 395, 396, 403 y 404 de los que se desprende en primer lugar que éste crea un parentesco civil que únicamente atañe al adoptante o adoptantes en caso de matrimonio y el adoptado, de tal suerte que como se establece en los artículos 395 y 396 respectivamente " El que adopta tendrá respecto de la persona y bienes del adoptado, los mismos derechos y obligaciones que tienen los padres respecto a las personas y bienes de los hijos"

y "El adoptado tendrá para con la persona o personas que lo adopten los mismos derechos y obligaciones que tiene un hijo"(5)

La maestra Sara Montero D. señala que " El adoptante tiene el derecho de darle nombre y sus apellidos al adoptado. Este es un derecho y no un deber del adoptante; por lo tanto, el adoptado no puede reclamarle a su padre y madre adoptivos que le otorguen su apellido, dada la redacción del art. 395 in fine que expresa: "El adoptante podrá darle el nombre y sus apellidos al adoptado, haciéndose las anotaciones correspondientes en el acta de adopción"(6)

Respecto a la patria potestad del adoptado, ésta la detentara el adoptante o adoptantes cuando se trata de matrimonios; sin embargo el parentesco consanguineo del adoptante con su familia natural no termina por el hecho de transmitirse la patria potestad, pero el adoptado tampoco pasa a formar parte de la familia del adoptante, ya que el parentesco civil se limita únicamente a adoptante y adoptado. Por otro lado la misma adopción representa un impedimento matrimonial entre adoptante y adoptado e incluso entre sus descendientes según se establece en el artículo 157 del Código Civil, pero al mismo tiempo éste precepto determina que dejará de ser un impedimento en cuanto se extinga la adopción, lo que implica evidentemente que la adopción puede terminar en vida de los involucrados en ella.

Por último debemos subrayar que la adopción subsistirá aunque posterior a ésta el adoptante tenga hijos.

Anteriormente decíamos que la adopción podía terminar, esto a través de la revocación la cual también se contempla dentro del capítulo relativo a la adopción en los siguientes términos:

Artículo 405.-" La adopción puede revocarse:

I.- Cuando las dos partes convengan en ello, siempre que el adoptado sea mayor de edad. Si no lo fuere, se oirá a las personas que prestaron su consentimiento conforme al artículo

397, cuando fueren de domicilio conocido, y a falta de ellas, al representante del Ministerio Público y al Consejo de Tutelas.

II.- Por ingratitud del adoptado " (7) En cuanto a ésta última fracción consideramos pertinente señalar que resulta incompleta en cuanto a que se refiere a la ingratitud por parte del adoptado e incluso en el artículo siguiente, en el 406 se dan los parámetros de lo que se considera ingratitud del adoptado, pero en ningún momento se hace referencia a la ingratitud del o los adoptantes, de modo que podríamos preguntarnos ¿ que sucede si la ingratitud no es del adoptado sino de los adoptantes ?, tal parece que en este caso, la adopción subsiste ya que no hay un precepto que lo contemple, resultando por demás necesaria su regulación dentro del Código que nos ocupa ya que es algo que evidentemente se presenta y aún permanece al margen de la Ley.

Sara Montero Duhalt, señala que la adopción se extingue por impugnación del adoptado "De acuerdo con el artículo 394 CC el menor o el incapacitado que hayan sido adoptados, podrán impugnar la adopción dentro del año siguiente a la mayor edad o a la fecha en que haya desaparecido la incapacidad. Esta impugnación puede realizarse sin que medie causa alguna aparente y el juez no tendrá arbitrio para decidir en contra, como si lo tiene en caso de revocación por mutuo disenso. Pasado el año de que habla la ley, el adoptado ya no podrá

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

impugnar la adopción pese a que pueda tener causas graves para querer hacerlo, derecho de que sí goza el adoptante de revocar unilateralmente la adopción ante la ingratitud del adoptado."(8) La misma autora señala la extinción por revocación unilateral del adoptante, en donde señala que básicamente se debe a la ingratitud del adoptado, señalando que por ingratitud se entiende lo que señala el artículo 406 del Código Civil que van desde la comisión de algún delito intencional en la persona, bienes u honra de adoptante hasta el rehusarse a dar alimentos al adoptante caído en pobreza.

En cuanto a la revocación por mutuo consentimiento encontramos que ésta se puede dar siempre que el adoptado sea mayor de edad y en caso de no serlo o ser un incapacitado se debe contar con el consentimiento de quienes dieron su venia para que se llevara a cabo o en su defecto por el representante del Ministerio Público y el Consejo de Tutelas; quedando a discreción del Juez Familiar el conceder o no la revocación atendiendo las circunstancias que den motivo a dicha solicitud.

Respecto al Procedimiento para llevarse a cabo tal revocación, encontramos que éste lo contienen los artículos 925 y 926 del Código de Procedimientos Civiles, en el que se determina que una vez presentada la solicitud de revocación el Juez dentro de los tres días siguientes llevará a cabo una audiencia verbal en la

que resolvera la procedencia o negación a dicha solicitud, y una vez emitida la resolución ésta será comunicada por el Juez al Registro Civil para que se hagan las anotaciones pertinentes.

c).- QUIENES PUEDEN ADOPTAR. QUIENES PUEDEN SER SUJETOS DE ADOPCION.

El artículo 390 del Código Civil señala que pueden adoptar los mayores de veinticinco años, libres de matrimonio y en pleno ejercicio de sus derechos; sin embargo atendiendo un criterio más general pueden adoptar todos aquellos a quien la ley no se los prohíba expresamente, por lo tanto todo hombre, mujer, solteros o unidos en matrimonio, nacionales o extranjeros podrán realizar una adopción si ese fuese su deseo siempre que reúnan los requisitos previamente establecidos por la ley.

Un aspecto importante que hay que señalar aunque el Código no dice nada expresamente, es que sólo las personas físicas pueden adoptar, esto es comprensible si consideramos que la adopción pretende la integración de una familia que recurre a ésta figura por carecer de hijos biológicos y resulta obvio que las personas morales no tienen como fin la integración de una familia.

Entre quiénes pueden adoptar tenemos:

PARIENTES CONSANGUINEOS: En nuestro Derecho ésta posibilidad no se encuentra propiamente regulada, de modo que podemos decir que no se encuentra prohibida, sobre todo si consideramos que la adopción lo que pretende es el bienestar de los menores o los incapacitados, de tal suerte que si algún pariente consanguíneo se interesa en adoptar a un menor o incapacitado de su propia familia puede solicitarlo y, será a discreción del juez que ésta se otorgue o no, atendiendo las circunstancias que rodeen a la misma.

TUTOR O CURADOR: Esta posibilidad sí se prevé en nuestro Código Civil en el artículo 393 pero dados los intereses que median entre el tutor y el menor o el curador y el incapacitado la adopción no será posible hasta que las cuentas sean rendidas y totalmente aprobadas, esto para evitar que através de ésta figura se disimulen malos manejos de los bienes de los menores o incapacitados.

CONCUBINOS: Siendo éste el punto que dá pauta para la elaboración del presente trabajo, no vamos a profundizar en su desarrollo dentro del presente apartado, ya que existe un capítulo específico para ello, sin embargo no es por demás mencionar que en torno a éste tema existen dos tendencias la

primera es de apoyo a la realización de adopciones por concubinos y la segunda que se manifiesta en contra de ésta.

ADOPCION POR UNO DE LOS CONYUGES: El artículo 391 establece que para que uno de los cónyuges puedan adoptar requiere el consentimiento del otro; esto por que el mismo Código señala que ambos cónyuges deben estar de acuerdo en tratar al menor adoptado como hijo y por que ambos ejercerán la patria potestad sobre el menor o incapacitado adoptado.

ADOPCION DEL HIJO DEL CONYUGE: " Este caso puede presentarse cuando alguno de los cónyuges hubiese tenido un hijo antes de casarse; o también en caso de divorcio y segundo matrimonio, habiendo hijos del primero." (9). En relación al primer supuesto no hay mayor problema puesto que la patria potestad del menor la detenta una sola persona y al momento de realizarse la adopción ésta sera ejercida por ambos cónyuges, esto es, por el padre o madre natural y el adoptivo; pero en torno al segundo caso. Tratandose de divorciados vueltos a casar con hijos, existe contradicción en el Código entre el artículo 403 C.C. que parece permitir esta adopción y el artículo 446 C.C. que establece que "el nuevo marido no ejercerá la patria potestad sobre los hijos del matrimonio anterior" y el artículo 419 C.C. que previene que:

" La patria potestad sobre el hijo adoptivo la ejercerá únicamente la persona que lo adopte", lo que parece excluir al padre o madre consanguíneos que se hubieren casado en segundas nupcias y aceptaran que su nuevo consorte adopte a su hijo...En conclusión, para hacer aplicables las tres disposiciones legales, se podría concluir que el adoptante, cónyuge de otro quien tuviere hijos de un primer matrimonio, puede adoptarlos si el otro progenitor hubiere perdido la patria potestad o se le hubiere suspendido, en cuyo caso prevalece lo dispuesto por el artículo 403 y deja de aplicarse el 446, que rige para todos los otros casos ."(10)

FOR EL CONYUGE DEL AUSENTE: La posibilidad de adopción en este caso o por presunción de muerte no esta permitida,"... pues aun en caso de sentencia que declare la presunción de muerte sólo pone término a la sociedad conyugal (Art. 713 C.C) pero no da por terminado el matrimonio; tan es así, que una de las causales de divorcio es precisamente la declaración de ausencia o presunción de muerte "en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga ésta que preceda la declaración de ausencia" (Art. 267 Fc. X)." (11)

EXTRANJEROS: Si éstos cubren los requisitos previstos por la ley no hay ningún problema para que se lleve a cabo la adopción, de hecho en el artículo 12 del Código Civil, se establece que ^A Las leyes mexicanas, incluyendo las que se refieren al estado y capacidad de las personas, se aplican a todos los habitantes de la república, ya sean nacionales o extranjeros estén domiciliados en ella o sean transeúntes^A. De hecho existen tratados internacionales que se refieren a esta posibilidad, pudiendo citar al respecto La Convención Interamericana sobre conflicto de leyes en materia de adopción de menores celebrada en La Paz Bolivia en 1984.

SACERDOTES: En atención a la naturaleza de la adopción y al sentido célibe que tiene el sacerdocio sobre todo el católico, no es posible que un integrante de la iglesia pueda adoptar, y aunque nuestra legislación no toca éste punto de una manera expresa existen Legislaciones que sí lo hacen como la Española, la Chilena y la Austriaca que lo prohíben expresamente.

c.1).- QUIENES PUEDEN SER SUJETOS DE ADOPCION.

De la lectura del Capítulo relativo a la adopción en nuestro Código Civil, se desprende que pueden ser adoptados los menores

de edad o incapacitados aún cuando éstos sean mayores edad, independientemente de su sexo o nacionalidad; Manuel Chávez Ascencio da una lista de quienes él considera sujetos de adopción, sin perjuicio de ser los únicos y que tomaremos como referencia para el desarrollo del presente trabajo.

1.- HIJOS EXTRAMATRIMONIALES: A este respecto el autor citado, menciona que solo podrá adoptarse a un hijo extramatrimonial cuando éste no ha sido reconocido o legitimado, puesto que no existe una relación jurídica que lo impida ; sin embargo consideramos personalmente, que no es práctico ni necesario que se lleve a cabo este tipo de adopción, ya que los padres tienen la facultad de reconocerlos en el momento que lo decidan sin que nuestro derecho haga distinción alguna entre hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio; aunque podemos decir que ésta adopción sí puede realizarse cuando se trate del hijo de uno sólo de los cónyuges, siendo el caso que el cónyuge adoptante adquirirá respecto de éste la patria potestad que ejercerá conjuntamente con el cónyuge padre natural del adoptado.

2.- CONSANGUINEOS: La doctrina señala que un menor puede ser adoptado incluso por un pariente, ya que si se satisfacen los requisitos previamente establecidos no hay mayor problema; pero

es de destacarse, como lo dice Manuel Chávez Ascencio, que la propia naturaleza de esta figura no es compatible con la adopción entre hermanos, ya que la adopción crea una relación - aunque ficticia - de tipo paterno filial que está fuera de toda posibilidad que surja entre hermanos. "En relación a los abuelos, debemos distinguir si éstos están ejerciendo la patria potestad por ausencia de los progenitores, en estos casos no se puede dar la adopción. En el caso contrario, puede haber la adopción con el consentimiento del que ejerce la patria potestad."(12)

3.- HUERFANOS: En relación a esto no hay mayor problema, ya que en este caso el beneficio que aporta la adopción es mayor, pues a través de ésta se integrará al menor huérfano a una familia, bastando sólo que quienes ejerzan la patria potestad sobre ellos den su consentimiento ya sean los abuelos, el tutor o el curador en caso de incapacitados.

4.- MENORES ABANDONADOS: "Puede estimarse que se considera abandonado algún menor o algún incapacitado, cuando carezca de persona que le asegure la guarda, alimento y educación, durante un plazo mayor de seis meses. Pueden presentarse conflictos para valorar el abandono, que usualmente es tácito, cuando el

progenitor (generalmente la madre) no se olvida del hijo, y aun cuando no provea a su mantenimiento ni atienda su educación y formación, lo visita en el orfanato, ¿ en estos casos se deberá considerar abandono ?

La comprobación del abandono no hace suponer necesariamente, la pérdida de la patria potestad, que es uno de los casos contemplado en el artículo 444 C.C. que señala que la patria potestad se pierde por "la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos o porque los dejen abandonados por más de seis meses". (13) el maestro Chavez Ascencio señala que para el caso de menores abandonados no es necesaria la declaración judicial de la pérdida de patria potestad, ya que no se sabe quien la ejerce, mencionando también que dentro de los hijos abandonados se encuentran los de padres desconocidos a quienes el juez del Registro Civil les dará un nombre y/o apellido.

5.- HIJOS CUYOS PADRES HUBIERAN PERDIDO LA PATRIA POTESTAD: "Si se trata sólo de la pérdida de la patria potestad de los padres y hay abuelos, la institución de la patria potestad perdura y corresponde a los abuelos otorgar el consentimiento." "...Estimo que puede haber adopción, tanto en relación a hijos cuyos padres hubieren perdido la patria potestad, como hijos de padre cuyo ejercicio hubiere sido suspendido. En los casos señalados

quien debe otorgar el consentimiento es el cónyuge que ejerce la patria potestad o los abuelos o, en su defecto el tutor. Al cesar las causas por las cuales se suspendió el ejercicio de la patria potestad, ésta no se puede recuperar, a semejanza de lo que puede acontecer con el hijo de padres desconocidos o abandonados, que pretenden después reconocerlo. Es decir la sentencia de adopción produce efectos erga omnes, y dentro de las causas de revocación no se encuentra la recuperación de la patria potestad por quien estuvo suspendido, ni procede el reconocimiento."(14).

d).- LA ADOPCION EN LOS CODIGOS CIVILES DE LOS ESTADOS DE MEXICO, PUEBLA, HIDALGO Y MORELOS.

Es interesante hacer un breve recorrido por algunos Códigos Civiles de la República, de los cuales destacaremos los artículos relativos a la adopción y que guarden diferencia con el Código Civil vigente en el Distrito Federal que señala en su artículo 390 que : "Las personas mayores de veinticinco años, libres de matrimonio, que se encuentren en pleno ejercicio de sus derechos pueden adoptar uno o más menores o a un incapacitado, aun cuando este sea mayor de edad, siempre que el adoptante tenga diecisiete años más que el adoptado ..." (15). A

éste respecto nuestro Código parece más accesible al señalar una edad de veinticinco años para adoptar, puesto que se considera una edad adecuada para ser padre tanto física como mentalmente, estando por lo tanto en condiciones de acoger como hijo propio a un menor o incapacitado; sin embargo encontramos legislaciones que aún señalan una edad mínima para adoptar de 30 años como es el caso del Código Civil del Estado de Morelos, que en su artículo 492 señala:

" Los mayores de treinta años en pleno ejercicio de sus derechos y que no tengan descendientes, pueden adoptar a un menor o a un incapacitado, aun cuando sea mayor de edad siempre que el adoptado tenga diecisiete años más que el adoptado y que la adopción sea benéfica para éste."(16). De la lectura de éste precepto se desprende además de la edad de treinta años que señala para poder adoptar, la preferencia que dá a los matrimonios que carecen de hijos propios, situación que no se determina expresamente en el Código Civil del Distrito Federal, lo cual hace suponer que en nuestro Código, está permitido adoptar aún cuando haya descendientes propios, además que se aclara en ambos Códigos que las parejas que deseen adoptar deben ser matrimonios, de tal suerte que ambos dejan sin posibilidad de recurrir a la adopción a los concubinos.

Otra Diferencia que existe entre el Código del Distrito Federal y el del Estado de Morelos, radica en la última parte del artículo 492 del Código Civil de éste Estado que establece en su último párrafo que: "... El marido y la mujer conjuntamente podran adoptar conforme a las disposiciones de éste capitulo a menores expósitos, huérfanos totales o abandonados de padres desconocidos, sino hubieren cumplido los seis años y si reúnen los requisitos que señalan los artículos 492 (sic)" (17); podemos percatarnos que contrario al Código Civil para el Distrito Federal el de Morelos establece expresamente quienes son susceptibles de adoptar, pero de la misma lectura del precepto surge una duda ¿ Si el menor, ubicandolo en cualquiera de los supuestos que marca el artículo, es mayor de seis años, no puede ser adoptado o que criterio regirá su adopción ?. Por otro lado respecto a la diferencia de edad que debe existir entre adoptante y adoptado, nuestro Código Civil señala diecisiete años, coincidiendo con éste el Código de Morelos, no así los Códigos del Estado de México, Puebla e Hidalgo, ya que en el primero en su artículo 372 señala:" Los mayores de veinticinco años, en pleno ejercicio de sus derechos y aún cuando tengan descendientes, pueden adoptar a un menor o incapacitado aún cuando sea mayor de edad, siempre que el adoptante tenga diez años más que el adoptado."(18)

Personalmente consideramos que esta edad es mucho más apropiada ya que da mayores posibilidades de adopción a parejas jóvenes que por cualquier razón no puedan tener descendencia propia; también podemos observar que si bien es cierto que éste artículo da posibilidades de adoptar a los matrimonio aunque tengan descendencia propia, el siguiente precepto esto es, el 372 bis, en su inciso "a)" claramente establece que se dará preferencia a los matrimonios sin descendencia y en caso de tenerla, los hijos propios deben tener diez años más que el adoptado, lo cual implica que si esta situación se presenta, corresponde al Juez de lo Familiar discernir sobre los beneficios que le aportaría al menor que ésta adopción se realice, sobre todo por que si hay descendencia propia habría que cercionarse hasta donde sea posible, la disponibilidad que tienen tanto los padres como los hijos, sobre todo éstos, de acoger a un menor en una familia que ya está configurada; por lo que personalmente consideramos que la situación prevista por el Código del Estado de México, será más beneficiosa para los incapacitados ya que quien decide adoptar a un discapacitado, lo hace más bien con espíritu altruista.

Por su parte el Código relativo del Estado de Puebla, en el precepto 579 señala que: " Los mayores de edad en pleno ejercicio de sus derechos, pueden adoptar a un menor o a un

mayor incapacitado, siempre que el adoptante tenga quince años más que el adoptado y que la adopción sea benéfica a éste".(19); a simple vista resulta que cualquier persona mayor de edad puede adoptar ya que el Código no establece una edad mínima para poder hacerlo como sucede con los otros Códigos descritos, de hecho podemos pensar que un varón o una mujer que tengan dieciocho años - que es la mayoría de edad aceptada en nuestro país-, puede adoptar a un menor prácticamente desde recién nacido y hasta los tres años, lo cual parece ilógico si tomamos en cuenta que la diferencia de edad que se marca es precisamente buscando un mayor beneficio para el adoptado puesto que se pretende integrarlo a una familia o en su defecto ponerlo a la guarda de una persona con estabilidad económica y emocional suficiente que le garantice un pleno desarrollo, de modo que consideramos necesario aclarar la edad mínima para poder efectuar la adopción; otro aspecto que es de destacarse de este artículo es que al no establecer una edad determinada debemos suponer que la edad promedio es al rededor de los treinta años, esto si consideramos que una persona mayor de edad debe ser por lo menos quince años mayor que el adoptado, de tal suerte que si se desea adoptar a un menor o a un incapacitado de 14 años, el adoptante deberá tener al menos 33 años para que su solicitud de adopción proceda.

En cuanto al Código de la materia del Estado de Hidalgo, podemos decir que éste es el único que da una definición de lo que es la adopción, refiriéndose a ella en los siguientes términos:

Artículo 226: "Adopción es la integración a una familia de un menor de edad como hijo de matrimonio, previo el procedimiento legal"(20) señalando por su parte respecto a la diferencia de edad que debe mediar entre adoptante y adoptado en el artículo 237: "Son requisitos para adoptar:

- I.- Tener los adoptantes veinte años más que el adoptado.
- II.- Tener medios bastantes para proveer a la subsistencia del adoptado.
- III.- Ser benéfica la adopción para el adoptado.
- IV.- Que el adoptante sea de buenas costumbres"(21)

Este mismo Código señala en el último párrafo del artículo 235 que: "Si el menor adoptado tiene más de doce años también necesitará dar su consentimiento"(22). Este aspecto resulta una verdadera innovación ya que en los otros Códigos se ha manejado que la edad en que los menores pueden dar su consentimiento para ser adoptados son los catorce años.

Concluyendo, podemos decir que básicamente las diversas legislaciones de los estados que citamos, pretenden lograr hasta donde sea posible un beneficio al menor o incapacitado y las

variantes que surgen en torno a ésta, atienden las necesidades de la gente para la cual fueron creadas, guardando sin embargo y como ya lo habíamos establecido un punto común esto es, el beneficio tanto del adoptante como del adoptado en una mayor parte.

d).- FINALIDADES BENEFICAS DE LA ADOPCION.

" A consecuencia de la Segunda Guerra Mundial que acabó con miles de hogares y dejó en la orfandad a muchos menores se ha visto en Europa adquirir una importancia considerable al instituto de la adopción que ha venido a ser un paliativo para la situación de desamparo en que quedaron muchos seres. De allí que la mayoría de las legislaciones extranjeras han ampliado el ambito de la adopción extendiendo la relación parental derivada de ella, no solo al adoptante y al adoptado, sino a los parientes de uno y otro y lo que es más importante, perfilando la llamada adopción plena o legitimación adoptiva, que equipara el acto de adopción con el parentesco natural."(23) Podemos decir que si bien es cierto en la antigüedad los fines de la adopción eran más bien religiosos o políticos, actualmente se inclina más al lado altruista, con el propósito de proporcionar a los menores o incapacitados un núcleo familiar que les de

afecto y protección, además que quienes adoptan casi siempre son parejas o solteros que carecen de descendencia propia.

"La adopción es, desde luego, una ficción generosa que permite que muchos niños abandonados encuentren protección adecuada dentro de una familia honesta, siempre que el otorgamiento se realice con las debidas garantías legales. Es, ciertamente una ficción jurídica socialmente útil. Aparte de esto, la adopción se presenta como un consuelo para los matrimonios que no han tenido descendencia o que, habiéndola alcanzado, la perdieron. La paternidad frustrada halla en la adopción una fórmula humana para satisfacer sentimientos que merecen respeto y comprensión, y que, al mismo tiempo, beneficia en grado sumo al adoptado.

La adopción ha sido juzgada como una institución susceptible de satisfacer afectivos dignos de consideración y respeto y de servir de amparo a la infancia desvalida, y, por lo tanto, merecedora de ser conservada entre las instituciones civiles, y también como una institución llamada a desaparecer por su escasa o ninguna utilidad social."(24) Rafael de Pina, autor el que citamos, se refiere a la posible desaparición de ésta institución por que en la realidad así se puede ver, ya que hay legislaciones que han prescindido de ella mencionando a Argentina y Chile como ejemplos en el continente Americano; en el caso mexicano podemos decir que si bien es reconocida como

una institución de gran importancia por los beneficios que puede representar para quienes participan en ella, ésta ha permanecido en un plano secundario dentro de la organización familiar.

Antonio de Ibarrola en su obra Derecho de Familia, señala los "Pros y Contras" de la adopción en los siguientes términos:

"En el derecho moderno la adopción tuvo y tiene partidarios y detractores:

a) En su favor se alega que es el consuelo de los que no tienen hijos y de los seres abandonados que no teniendo padres, o siendo éstos desconocidos, necesitan amparo y protección. Dícese en contra que estas razones sólo justifican una institución protectora o benéfica, mas no la adopción en su sentido técnico; y se añade que fomenta el celibato, premia el egoísmo, sanciona y encubre la filiación ilegítima y estimula la codicia, cuando el adoptado tiene fortuna.

b) A ello puede oponerse: en primer lugar que nunca debe juzgarse una institución exclusivamente por los abusos a los que pueda dar lugar, sino por la finalidad primordial a que responde la realidad práctica de su cumplimiento. Agrega De Diego que los defectos que se señalan proceden más bien de la reglamentación que de la institución misma. Creemos que a su carácter genérico de institución benéfica une la adopción una nota específica que justifica su subsistencia en el Derecho moderno; en la mayoría

de los casos, los adoptantes no desean sólo la protección del adoptado -que podría lograrse sin acudir a la adopción-, sino satisfacer a la vez el anhelo de cariño que sienten al encontrarse privados de hijos por la naturaleza; de allí que con los debidos temperamentos, si no se quiere desvirtuar esta institución, debe mantenerse el principio romano *adoptio imitat naturam*, como lo hace el moderno código civil italiano."(25).

Por nuestra parte consideramos que independientemente de los propósitos que en la antigüedad haya tenido la adopción, ésta es una de las mejores formas de integrar una familia, aportando indudablemente beneficios tanto para el adoptante como para el adoptado, sin embargo la realidad nos hace pensar que es más bien la protección al menor o incapacitado lo que persigue esta institución, esto sin dejar de reconocer que también las parejas que deciden adoptar resultan beneficiados, pero quizá desde un punto de vista más subjetivo, esto es, más moral que material ya que lo que a la larga obtienen es llenar un vacío emocional que les provoca el no tener descendencia propia y que con la adopción es por lo menos ficticiamente satisfecho.

Por otro lado, si bien es cierto que en nuestra legislación se permite adoptar tanto a matrimonios como a personas solteras, pensamos que la adopción permitida a éstos últimos no es uno de los más grandes aciertos que tiene nuestra legislación, no

por que consideremos que éstos no tienen derecho a recurrir a ésta figura que como decíamos anteriormente, pretende llenar el vacío emocional que puede provocar la falta de descendencia, sino porque viendo más allá de los beneficios que representa ésta aún realizada por solteros, existe otra posibilidad que es muy factible que se presente, esto es, los abusos tanto físicos como mentales, quizá resulte un tanto extremista esta posición, sin embargo puede darse, por lo que consideramos que la adopción hecha por personas solteras debería tener una regulación más estricta al margen de los requisitos generales que deberán cubrir al igual que las parejas que deseen adoptar, como la edad, solvencia económica y moral, siendo en éste último punto donde consideramos debe ponerse mayor énfasis, ya que existen personas solteras (y aún casadas) con ciertas desviaciones, que pueden ir desde el homosexualismo hasta la depravación, que perfectamente pueden ser disimulados al momento de solicitar la adopción y tardar mucho en ser descubiertos, además si consideramos que la adopción pretende integrar una familia, la adopción hecha por solteros deja inconclusa ésta posibilidad, ya que una familia se integra por una figura paterna, una materna y en su caso uno o más hermanos lo cual puede salvarse si se adoptan a más de una persona, pero salvo que quien adoptó contraiga matrimonio o decida vivir en concubinato con alguien

más, la familia no estara completa; sin embargo tampoco podemos dejar de reconocer que efectivamente se coloca al menor en una situación de ventaja al proporcionarle una figura paterna o materna según el caso, pero frente a los demás tendrá la calidad de hijo de padre o madre soltero, lo cual desgraciadamente en nuestra sociedad aún es un verdadero lastre con grandes repercuciones psicológicas en los menores.

CITAS BIBLIOGRAFICAS

CAPITULO III

- (1).- Ley sobre relaciones familiares Editorial Andrade, S.A.
2a. Edición pag. 49
- (2).- Montero Duhalt, Sara Derecho de familia Editorial
Porrúa, S.A. PAG. 326
- (3).- Ibidem, pag. 327
- (4).- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal
Editorial Porrúa, S.A. pag. 213
- (5).- Código Civil para el Distrito Federal Editorial Porrúa,
S.A. pag. 117.
- (6).- Montero Duhalt, Sara Op. cit. pag 329
- (7).- Código Civil para el Distrito Federal Op. cit. pag 119
- (8).- Montero Duhalt, Sara Op. cit. pag. 119
- (9).- Chávez Ascencio, Manuel La Familia en el Derecho
Editorial Porrúa, S.A. pag. 241
- (10).- Chávez Ascencio, Manuel Op. cit. pag. 241
- (11).- Ibidem.
- (12).- Chávez Ascencio, Manuel La Familia en el Derecho.
Relaciones Paterno - Filiales. Editorial Porrúa 1990 México
pag.233
- (13).- Ibidem.
- (14).- Ibidem, pag. 236

- (15).- Código Civil para el Distrito Federal Editorial Porrúa, S.A. México 1990 pag. 116
- (16).- Código Civil para el Estado libre y soberano de Morelos Editorial Cajica, S.A. Puebla. Pue. pag. 117
- (17).- Ibidem.
- (18).- Código Civil para el Estado de México Editorial Cajica, S.A. Puebla Pue. pag. 98
- (19).- Código Civil para el Estado libre y soberano de Puebla Editorial Cajica, S.A. Puebla Pue. pag. 137
- (20).- Código Familiar reformado y Código de Procedimientos Familiares Estado de Hidalgo Editorial Cajica, S.A. Puebla Pue. pag. 85
- (21).- Op. cit. pag. 86
- (22).- Ibidem.
- (23).- Bases para un anteproyecto de Código Civil uniforme para toda la República (Parte general, derecho de la personalidad, derecho de familia) Editado por el Instituto de Derecho comparado pag. 4
- (24).- Pina Vara, Rafael de Elementos de Derecho Civil Mexicano Vol.I. Editorial Porrúa, S.A. pag.305
- (25).- Ibarrola, Antonio de Derecho de Familia Editorial Porrúa, S.A. pag.425

CAPITULO IV

POSIBILIDAD PARA QUE LOS CONCUBINOS REALICEN UNA ADOPCION EN NUESTRO DERECHO POSITIVO

a).- PRESENCIA DE CIRCUNSTANCIAS QUE JUSTIFICAN LA NEGATIVA PARA QUE LOS CONCUBINOS ADOPTEN.

El artículo 391 señala : "El marido y la mujer podrán adoptar, cuando los dos estén conformes en considerar al adoptado como hijo y aunque sólo uno de los cónyuges cumpla con el requisito de la edad a que se refiere el artículo anterior, pero que siempre y cuando la diferencia de edad entre cualquiera de los adoptantes y el adoptado sea de diecisiete años cuando menos." (1) Posición que ratifica el artículo 932 que establece: "Nadie puede ser adoptado por más de dos personas, salvo en el caso previsto en el artículo anterior". (2)

Podemos decir que en base a éstos preceptos los concubinos no pueden adoptar, aunque si bien no lo dicen expresamente, el artículo 391 al señalar que solo el marido y la mujer podrán adoptar, de manera tácita deja sin posibilidad a las parejas concubinarias para recurrir a ésta figura; sin embargo, éste

aspecto de la adopción nos resulta difícil tratar, sobre todo porque personalmente no encontramos una razón jurídica para evitar que los concubinos adopten, de hecho nos atrevemos a decir que más bien la negativa que se dá, es por razones de tipo social y moral más que jurídicas, ya que centrando nuestra atención en los requisitos que nuestra legislación señala para que se lleve a cabo la adopción, podemos observar que incluso en éstos se encuentra el aspecto moral al que hacemos referencia, éstos requisitos los encontramos en el artículo 390 de nuestro Código Civil y se pueden resumir de la siguiente manera:

- 1.- Ser persona física mayor de veinticinco años.
- 2.- Que la diferencia de edad entre adoptante y adoptado sea de por lo menos diecisiete años, en el caso de los matrimonios basta que sólo uno de los cónyuges cumplan con tal requisito.
- 3.- Contar con medios económicos suficientes para la subsistencia y educación del menor o el incapacitado que se adopte.
- 4.- Ser de buenas costumbres.

Podemos observar que no es difícil que una pareja unida en concubinato cumpla con los supuestos antes citados, resultado en muchos de los casos que son precisamente ésta parejas las que mayor seguridad emocional y económica brindan a los menores e incapacitados que desean adoptar, deseo que se ve frustrado

porque nuestra legislación bajo un criterio eminentemente moral les restringe éste derecho, respecto a lo cual encontramos una mayor inclinación de las tendencias que niegan a los concubinos el derecho a adoptar, apoyados sobre todo en el aspecto moral; para dar algún ejemplo, podemos referirnos a Manuel Chavez Ascencio quien tajantemente señala basado en lo que establece el artículo 390 en su fracción III, esto es, que el adoptante sea de buenas costumbres, sostiene que el concubinato es una unión ilícita que no satisface los requisitos señalados en ese mismo precepto de tal suerte que no puede adoptar una pareja unida en concubinato y, siguiendo con su particular punto de vista señala que tampoco podrán hacerlo el concubinario o la concubina en forma individual ya que su unión representa un mal ejemplo para el adoptado.

Nuestra opinión difiere mucho con la que da el autor de referencia, ya que independientemente del sentido moral que se le da al concubinato, esta es una unión que perfectamente puede satisfacer los requisitos señalados por la ley, incluyendo el de las buenas costumbres, ya que como lo hemos mencionado a lo largo de éste trabajo, quienes decidieron unirse en concubinato, lo hicieron simplemente por que no fue su deseo recurrir al matrimonio civil para asegurarse una unión armoniosa y perdurable, y no por que se encuentren impedidos para ello de

hecho, podemos decir que el matrimonio civil no garantiza que la unión sea permanente y totalmente moral, reconocemos que con éste se satisface el ego de la sociedad, ya que estamos acostumbrados a pensar que una familia debe nacer precisamente de un matrimonio civil y religioso, pero ¿quien nos asegura que dentro de ese matrimonio no se lleven a cabo actos inmorales que afecten más a un hijo nacido dentro de él, que a aquel que vive en armonía con sus padres aún cuando estos solo son concubinos?.

Por actos inmorales podríamos señalar, las relaciones promiscuas, la homosexualidad, la bisexualidad, el exhibicionismo etc. o bien aquellos actos que repercuten negativamente en el desarrollo y la integración normal de una familia tales como el maltrato, el alcoholismo, la drogadicción o la prostitución, los cuales definitivamente son situaciones que se pueden presentar en cualquier matrimonio. Viendo estos aspectos, parece entonces un tanto desatinado suponer que la unión concubinaría es por sí misma una acto inmoral y mal ejemplo para los demás.

b).- BENEFICIOS QUE APORTARIA A LA COMUNIDAD LA ADOPCION QUE PUDIERAN HACER LOS CONCUBINOS.

Consideramos que lejos de ser el concubinato un mal ejemplo y una unión ilícita que debe erradicarse, es una muy buena opción para brindar a aquellos niños o incapacitados la familia de que carecen encontrando en ella el cariño y la seguridad que necesitan y que una pareja les pueda brindar, ya no veamos que sean o no casados, sino el hecho de que es una pareja que busca en ese niño o menor adoptado el cariño que un hijo propio no puede darles, entonces ¿por qué negarle a ambas partes la oportunidad de integrarse como una verdadera familia ?.

Son muchos los niños que carecen de un hogar y muchas las parejas que no pueden tener hijos biológicos y que sin embargo están en posibilidades físicas, emocionales y económicas de brindar a alguien verdadero cariño, por lo que no consideramos motivo suficiente para negar esa oportunidad el simple hecho de que la pareja no esté casada, sobre todo si como decíamos antes, en nuestro derecho se permite la adopción a personas solteras, lo cual personalmente consideramos de mayor riesgo ya que no se puede asegurar que dicha adopción sea lo totalmente benéfica que se busca, tal vez porque esa persona que aparentemente reúne todos los requisitos incluyendo las buenas costumbres, más adelante cambie su actitud y termine abusando física y mentalmente del menor o del incapacitado, obviamente no estamos generalizando ni suponiendo que todas las personas solteras que

adopten tienen esa finalidad, pero no se está exento de que esta situación se pueda presentar.

Por nuestra parte consideramos más justo que lejos de negar toda posibilidad a los concubinos para adoptar, se analicen todos los beneficios psicológicos, sociales y porque no económicos, que le traerían al menor o al incapacitado la adopción que de él haga una pareja concubinaria; así como el aspecto moral de la pareja para cerciorarse que efectivamente esa adopción resultará igualmente benéfica lo mismo si la realiza un matrimonio o una pareja concubinaria.

Si tomamos en cuenta que una de las finalidades de la adopción es integrar al menor a una familia y el concubinato es una alternativa para formar justamente ésta, no vemos entonces la razón para que ambas figuras no puedan coincidir, sobre todo porque si los concubinos solicitan la adopción es porque ambos están de acuerdo en tratar a ese niño o incapacitado como un hijo propio, procurándole todo el cuidado y el cariño que le darían a su hijo, además que la adopción solicitada por los concubinos sería, una vez transcurridos los cinco años que establece la Ley para que se conforme el concubinato, tiempo suficiente para que ambos concubinos estén plenamente convencidos que su unión es lo suficientemente estable como para

recurrir a la adopción y brindar a ese niño el cariño y cuidado que merece.

c).- NECESIDAD DE LEGISLAR EN MATERIA DE ADOPCION, A FIN DE QUE LOS CONCUBINOS PUEDAN ADOPTAR EN IGUALDAD DE CONDICIONES DE LOS CONYUGES.

Estamos prácticamente terminando el siglo, los adelantos científicos van más allá de lo que podemos imaginar, y sin embargo nos negamos a reconocer el concubinato dentro de nuestra legislación, y más aún a reconocer explícitamente el derecho de adopción cuando precisamente ésta puede ser en extremo benéfica tanto para los adoptante como para el adoptado. Resulta irónico pero aún nos regimos por el criterio moral de una sociedad de hace más de 60 años la cual era coherente a la época en que se creó nuestro Código Civil, pero nuestra realidad, exige que adecuemos estas figuras a lo que se está viviendo.

El concubinato mismo es una figura que requiere se le reconozcan los efectos que hasta hoy les han sido negados, puesto que la realidad así lo exige de no ser así el Código Familiar del Estado de Hidalgo no lo incluiría en un capítulo único y que por cierto, consideramos un verdadero avance en la legislación

familiar. Además, no podemos seguir negando que el concubinato es una figura que no va a desaparecer, por el contrario en lugar de mantenerla al margen de la ley hay que darle el reconocimiento legal que requiere para mantener un control de éste tipo de parejas y evitar que se utilice como medio para evadir responsabilidades.

Por otra lado, respecto a la adopción hecha por los concubinos, cuando éstos satisfacen los requisitos que marca la Ley para adoptar, es ilógico que no se les permita hacerlo por el simple hecho de haber decidido unirse sin llegar al matrimonio civil.

También debemos tomar en cuenta que si el objeto del derecho familiar es la salvaguarda de los miembros que integran la familia incluyendo aquí la protección al menor, y éste por cualquier circunstancia se encuentra en el total desamparo o, aún contando con alguien que ejerza sobre él la patria potestad éste no se encuentra en posibilidades de satisfacer adecuadamente las necesidades afectivas y materiales que necesita el menor para su pleno desarrollo, el derecho debe entonces intervenir para proporcionar a ese menor la protección que requiere, recurriendo para ello en muchos casos a la adopción, cuya finalidad es precisamente integrar a una familia al menor desprotegido; de modo que consideramos un desacierto suponer que si una pareja se interesa en la adopción

de un menor y está dispuesta a darle todo el cariño, el apoyo, y los mismos cuidados que se le proporcionan a un hijo propio, se les niegue esa oportunidad utilizando argumentos eminentemente morales.

En base a nuestro criterio proponemos una pequeña modificación, pero que representaría un importante avance en los derechos de los concubinos, ya que actualmente el artículo 391 dice:

"El marido y la mujer podrán adoptar, cuando los dos estén conformes en considerar al adoptado como hijo y aunque sólo uno de los cónyuges cumpla con el requisito de la edad a que se refiere el artículo anterior, pero que siempre y cuando la diferencia de edad entre cualquiera de los adoptantes sea de diecisiete años cuando menos."

La modificación que proponemos sería en la primera parte de éste artículo de la siguiente manera: " El marido y la mujer, así como los concubinos podrán adoptar, cuando los dos estén conformes en considerar al adoptado como un hijo y aunque sólo uno de los cónyuges o de los concubinos cumpla con el requisito de la edad a que se refiere el artículo anterior, pero siempre y cuando la diferencia de edad entre cualquiera de los adoptantes y el adoptado sea de diecisiete años cuando menos."

Esta adición sería reforzada con un artículo que señalará los requisitos que deberán cumplir los concubinos para que proceda su solicitud de adopción en los siguientes términos:

Art. 391 bis.-" La pareja concubinaria podrá adoptar, cuando además de satisfacer los requisitos señalados en el artículo anterior, acredite que su unión viven tiene una antigüedad mínima de cinco años."

Si la ley reconoce que el concubinato se perfecciona pasados cinco años, consideramos que una vez transcurrido éste tiempo los concubinos están preparados física y emocionalmente para acoger en su hogar a un menor o incapacitado y proporcionarle el cariño y la protección que necesita, integrándose de ésta manera la familia que ambas partes necesitan.

CITAS BIBLIOGRAFICAS

CAPITULO IV

(1).- Código Civil vigente para el Distrito Federal Editorial
Porruá, S.A. México 1990 Pag. 117.

(2).- Ibidem.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El concubinato es la unión voluntaria de un hombre y una mujer libres de matrimonio, con carácter estable, permanente y monogámico, gozando de derechos y cumpliendo obligaciones relacionadas, pero que al no estar unidos en matrimonio civil, carecen de algunos de los efectos jurídicos de éste.

SEGUNDA.- Estimamos que el concubinato constituye un acto jurídico porque al unirse sus integrantes lo hacen conscientes de que ésta unión trae consigo ciertas consecuencias jurídicas, y además cumplen con los requisitos de existencia y validez propios de los actos jurídicos.

TERCERA.- La figura concubinaria excluye todo trato de tipo sexual eventual, azaroso, esporádico e incluso aquellas relaciones con periodos de convivencia común, aunque éstas tengan cierta duración, y que son las relaciones con las cuales se confunde frecuentemente dicha figura tachándose de inmoral.

CUARTA.- El concubinato lejos de ser una figura inmoral que represente el detrimento del matrimonio, o que atente contra la

sana integración de la familia, es una opción más para la formación de ésta, debiendo regularse en forma específica y evitarse que con el trato que actualmente le dá nuestro Código Civil, se evadan responsabilidades.

QUINTA.- La imposibilidad para que los concubinos adopten, se basa en argumentos morales más que jurídicos, coartándose con ello el derecho que tienen los menores e incapacitados desamparados, de integrarse a una familia.

SEXTA.- La adopción que realicen los concubinos de menores o incapacitados desamparados, puede resultar tan benéfica como la que llegara a realizar un matrimonio, ya que éste último no es garantía de permanencia y estabilidad de una familia, pues de lo contrario no se recurriría con la frecuencia que se hace al divorcio como solución a un conflicto de tal índole.

SEPTIMA.- Siendo nuestro Código Civil tan claro al determinar cuando una relación se considera concubinato, la adopción que soliciten los concubinos se funda en una necesaria permanencia mínima de cinco años, tiempo suficiente para que ambos estén conscientes de la responsabilidad económica y moral que representa atender un hijo.

OCTAVA.— Para otorgar a los concubinos el derecho a adoptar que hasta ahora les viene siendo en general negado, proponemos la modificación del artículo 391 del Código Civil en los siguientes términos:

" El marido y la mujer, así como los integrantes de un concubinato, podrán adoptar cuando los dos estén conformes en considerar al adoptado como un hijo y aunque sólo uno de los cónyuges o de la pareja concubinaria cumpla con el requisito de la edad a que se refiere el artículo anterior, pero siempre y cuando la diferencia de edad entre cualquiera de los adoptantes y el adoptado sea de diecisiete años cuando menos. "

NOVENA.— La adición anterior sería reforzada por otro artículo 391 bis que señale los requisitos que deben cubrirse por los concubinos para que su solicitud proceda, y cuyo texto será:

" La pareja concubinaria podrá adoptar, cuando además de satisfacer los requisitos señalados en el artículo 390, acredite que su unión tiene una antigüedad mínima de cinco años "

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

1.- Chávez Ascencio Manuel F. LA FAMILIA EN EL DERECHO. DERECHO DE FAMILIA Y RELACIONES JURIDICO FAMILIARES 2a. Edición. Editorial Porrúa. México 1990.

2.- Chavez Ascencio Manuel F. LA FAMILIA EN EL DERECHO. RELACIONES JURIDICO CONYUGALES. 2a. Edición⁶ Editorial Porrúa. México 1990

3.- De Ibarrola Antonio DERECHO DE FAMILIA 3a. Edición 1984 Editorial Porrúa.

4.- De Pina Vera Rafael ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL MEXICANO Vol. I 17a. Edición 1992 Editorial Porrúa.

5.- Lacruz Berdejo J.L. Sancho Rebullida F. Luna Serrano A.

Rivero Hernández F. Rams Albesal. ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL IV
DERECHO DE FAMILIA VOL. Primero 3a. Edición 1992 Editorial
Bosch.

6.- Magallón Ibarra Jorge Mario. INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL
Tomo III Derecho de Familia 1988 Editorial Porrúa.

7.- Montero Duhalt Sara DERECHO DE FAMILIA 2a. Edición
Editorial Porrúa. México 1990.

8.- Facheo Escobedo Alberto. LA FAMILIA EN EL DERECHO CIVIL
MEXICANO México 1985 Editorial Panorama.

9.- Rojina Villegas Rafael COMPENDIO DE DERECHO CIVIL I PERSONAS
Y FAMILIA 24a. Edición Concordada con la Legislación vigente
por la Lic. Adriana Rojina García. Editorial Porrúa México
1991.

10.- ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA TOMO I " A " Editorial
Driskill S.A. Sarandi 1930 Buenos Aires Argentina.

11.- Juan Palomar de Miguel DICCIONARIO PARA JURISTAS Mayo
Ediciones México.

12.- Bossert Gustavo Alberto REGIMEN JURIDICO DEL CONCUBINATO
Buenos Aires Argentina

13.- Puig Peña Federico TRATADO DE DERECHO CIVIL ESPAÑOL
Editado por la Revista de Derecho Privado 1970

15.- Galindo Garfias Ignacio PRIMER CURSO DE DERECHO CIVIL
Editorial Porrúa, S.A. México 1989

16.- CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE MEXICO
Editorial Cajica, S.A. 6a. Edición Puebla Pue.

17.- CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE MORELOS Colección Porrúa, México
1935 3a. Edición

18.- CODIGO FAMILIAR REFORMADO Y DE PROCEDIMIENTOS FAMILIARES
REFORMADO DEL ESTADO DE HIDALGO. Editorial Cajica, S.A. Puebla
Pue. 1987.

19. - CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE FUEBLA
Editorial Cajica, S.A. 1985.

20.- CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE TLAXCALA. Editorial Cajica, S.A.
Puebla Pue. México.

21.- CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL Editorial Porrúa,
57a Edición. 1989.

22.- Trueba Urbina Alberto, Trueba Barrera Alberto LEY FEDERAL
DEL TRABAJO Editorial Porrúa, S.A. 65a. Edición 1991

23.- LEY DEL SEGURO SOCIAL Editado por el Instituto Mexicano
del Seguro Social México D.F. 1990