



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE
MÉXICO**

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLÁN

“ELIMINACIÓN DEL REQUISITO DE CONVIVENCIA POR TIEMPO
DETERMINADO EN EL CONCUBINATO PARA GENERAR
OBLIGACIÓN ALIMENTARIA ENTRE LOS CONCUBINOS”

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A

SUSANA REYES ROMERO

ASESOR: LIC. RICARDO FRANCISCO GALLART DE LA TORRE

SANTA CRUZ ACATLÁN, ESTADO DE MÉXICO, SEPTIEMBRE
DEL AÑO 2010.



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 MI HIJO:

Deseo cumplir cada una de mis metas para ser mejor cada día para ti, para que te sientas orgulloso de mi como yo lo estoy de ti, porque eres un ser maravilloso. TE AMO

A MI MADRE:

Sé que el valor que has demostrado a la prueba tan difícil que nos puso Dios, es por el inmenso amor que nos tenemos. Gracias por estar a mi lado. +

A MI PADRE:

Gracias a tus esfuerzos y sacrificios he llegado a realizar una de mis metas. La cual constituye la herencia mas valiosa que pudiera recibir. Deseo que mi triunfo profesional lo sientas como tuyo.

AL LIC. RICARDO FRANCISCO GALLART DE LA TORRE:

Por sus consejos, orientaciones y desinteresada ayuda que me ha brindado, con mis respetos, admiración y gratitud.

“ELIMINACIÓN DEL REQUISITO DE CONVIVENCIA POR TIEMPO DETERMINADO EN EL CONCUBINATO PARA GENERAR OBLIGACIÓN ALIMENTARIA ENTRE LOS CONCUBINOS”

CAPITULADO

	Página
INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO 1. CONCEPTO DE CONCUBINATO	
1.1 Posturas Doctrinales	6
1.2 Definición en el Código Civil para el Distrito Federal.....	13
CAPÍTULO 2. HISTORIA	
2.1 Derecho Romano.....	16
2.2 Derecho Canónico.....	20
2.3 Edad Media.....	23
2.4 Europa Occidental.....	25
2.4.1 España.....	25
2.4.2 Francia.....	29
2.5 México.....	32
2.5.1 Pueblos Indígenas.....	32
2.5.2 Época Colonial.....	34

2.5.3 Reglamentación en los Códigos Civiles de 1870 y 1884.....	39
---	----

2.6 Época Actual.....	44
-----------------------	----

CAPÍTULO 3. REQUISITOS LEGALES Y NATURALEZA JURIDICA

3.1 Requisitos Legales.....	47
-----------------------------	----

3.1.1 Temporalidad.....	49
-------------------------	----

3.1.2 Continuidad.....	49
------------------------	----

3.1.3 Heterosexualidad.....	52
-----------------------------	----

3.1.4 Procreación.....	52
------------------------	----

3.1.5 Publicidad.....	53
-----------------------	----

3.1.6 Fidelidad.....	55
----------------------	----

3.1.7 Ausencia de toda formalidad.....	55
--	----

3.1.8 Vida en consuno.....	57
----------------------------	----

3.2 Naturaleza Jurídica.....	57
------------------------------	----

3.3 Causas de la unión concubinaría.....	67
--	----

3.4 Diferencia entre Matrimonio y Concubinato.....	69
--	----

3.5 Diferencia entre Amasiato y Concubinato.....	78
--	----

CAPÍTULO 4. EFECTOS JURÍDICOS

4.1 Entre los concubinos.....	83
-------------------------------	----

4.1.1 Derechos sucesorios.....	88
--------------------------------	----

4.1.2 Donaciones entre concubinos.....	91
4.1.3 Celebración de Contratos.....	92
4.2 Respetto a los hijos.....	93

CAPÍTULO 5. OBLIGACIÓN ALIMENTARÍA

5.1 Marco Conceptual.....	99
5.2. Deber Moral.....	100
5.2.1 Deber Jurídico.....	101
5.3 Obligación Alimentaría.....	102
5.4 Los obligados a proporcionar alimentos.....	104
5.4.1 Núcleo Familiar.....	106
5.4.2 Cónyuges y Concubinos.....	108

CAPITULO 6. SOCIEDADES DE CONVIVENCIA.

6.1 Concepto.....	111
6.2 Antecedentes.....	112
6.3 Régimen Jurídico.....	116
6.4 Diferencias con el concubinato.....	118

CAPÍTULO 7. PROBLEMÁTICA JURÍDICA QUE PRESENTA LA FIGURA DEL CONCUBINATO AL DEMANDAR AL EXCOMPAÑERO EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES ALIMENTARIAS, CUANDO DE HA DADO UNA CONVIVENCIA, QUE ES APTA PARA PRODUCIR TAL CIRCUNSTANCIA, SIN LLEGARSE A CUMPLIR EL PLAZO DE DOS AÑOS.

7.1 Su inicio.....	120
--------------------	-----

7.2 Su terminación o permanencia.....	123
7.3 Muerte del concubinario durante el embarazo de la concubina.....	125
7.4 Obligación Alimentaria entre concubinos.....	128
7.5 Propuesta de adición al artículo 291 quintus del Código Civil para el Distrito Federal, de la figura de la convivencia.....	130
Conclusiones.....	133
Bibliografía.....	135

INTRODUCCIÓN

Las adiciones que se le realizaron al Código Civil para el Distrito Federal, a partir del primero de junio del año dos mil, (según la Gaceta Oficial del Gobierno del Distrito Federal de 25 de mayo de 2000), a los artículos 291 Bis al 291 Quintus, exige un estudio serio de esa institución familiar. En el presente trabajo se analizara lo concerniente a los artículos 291 Bis y 291 Quintus, para adecuarlos a la nueva realidad.

Toda vez que dichos artículos deberían considerar el concepto convivencia en sustitución de la institución del concubinato, para evitar el estado de incertidumbre que se genera por el empleo de esta institución, que es más apropiado, para determinar los alcances de la obligación alimentaria de los exconcubinos y evitar así la amplia interpretación de los deberes alimentarios del exconcubino, circunstancia tal en la práctica provoca una grave problemática al aplicar los supuestos del artículo 291 Quintus del Código Civil para el Distrito Federal, dejando a una serie de personas en una situación precaria al termino de la convivencia.

Una materia tan delicada, como es el concubinato, que afecta a tan diversos aspectos de la vida y las relaciones de personas que durante años permanecen unidas, tiene que contar con soluciones claras y objetivas, y no quedar sujeto al criterio variable de los jueces. Esto, sin que por ello se propongan o incluyan soluciones que puedan favorecer al concubinato o ir en desmedro de la institución matrimonial.

Los problemas de orden legal emergentes del concubinato, requieren cada vez más atención legislativa. Las uniones concubinarias son una realidad entre nosotros y sus efectos jurídicos, por la importancia que revisten, no pueden permanecer por más tiempo fuera de una adecuada reglamentación legal.

CAPÍTULO 1

CONCEPTO DE CONCUBINATO

1.1 POSTURAS DOCTRINALES

Para definir al concubinato, es menester establecer que en los diccionarios se hace referencia siempre a la concubina, de tal forma que se requiere entender primero el término concubina para después pasar al concubinato. Concubina (del latín *concubina*) “manceba o mujer que vive y cohabita con un hombre, como si éste fuera su marido”.¹ Concubinario, según el mismo diccionario será “el que tiene concubinas”, y, por último, concubinato (del latín *concubinatus*) “comunicación o trato de un hombre con su concubina”.

El Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal ha expresado los requisitos que deben concurrir, en los siguientes términos: “Concubina es la mujer que vive y cohabita con un hombre, como si éste fuera su marido, faltándole únicamente la solemnidad legal del matrimonio, es la compañera fiel, honesta y obligada del hombre con quien realiza el concubinato, llegando a ser la madre de sus hijos, y formando con él un hogar que ha sido respetado hasta por la intransigencia religiosa”.

Etimológicamente la palabra Concubinato proviene del Latín “Concubinatus”, que significa vida marital del hombre con la mujer, más la enciclopedia española de Derecho y Administración, afirma que el sentido etimológico del Concubinato no puede ser determinante en la formación de su concepto jurídico, ya que habría concubinato siempre y cuando hubiere cohabitación, ya fuese entre casados, entre adúlteros o entre

¹ Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Editorial Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, Tomo I, 2006..

concubinos y que, más bien, han sido las costumbres y las leyes de los países, los que han dado la significación que actualmente lleva.²

Julián Bonnecase, refiriéndose a la Ley Francesa de 1912, dice “Que el legislador Francés olvido precisar lo que entendía por Concubinato Notorio”, y que de aquí las innumerables dificultades que existen en la Jurisprudencia por el momento. Conviene indicar que la noción del concubinato en general, es más amplia que la consagrada por la ley del 16 de Noviembre de 1912, empleándose este término sólo para los efectos de la Investigación Judicial de la Paternidad, unida a una comunidad de habitación más o menos íntimas, pero cierta.

Este autor al referirse al Concubinato lo llama también Unión Libre. Planiol también usa dicho término, el cual es sin duda más amplio que el de concubinato, ya que la unión libre bien puede ser una unión concubinaria incipiente, pero también puede ser unión de casados con solteros (adulterio), o la unión entre hermanos (incesto), es decir, unión libre puede aplicarse en algunos casos refiriéndose al concubinato más genéricamente, incluso desde el inicio de su formación. En fin, unión libre implica también un pacto de disolución por voluntad unilateral, mientras que el concubinato implica el propósito de permanencia indefinida.

Planiol en su definición de concubinato nos señala que la noción implica lo siguiente: “La continuidad de las relaciones pasajeras no constituye concubinato; tampoco lo son las relaciones espaciadas por cuanto la presunción de paternidad que de los mismos derive, tiene poca fuerza para tomarse en cuenta. Indudablemente no es necesario que las visitas hayan sido cotidianas, pero si que las relaciones hayan sido frecuentes y regulares y que las ausencias fueran debido a otras causas que no sean de

² Diccionario Jurídico mexicano, Obra citada.

una ruptura. Un cierto género de vida o al menos cierta actitud por parte de la mujer que haga verosímil la fidelidad.”³

El concubinato tomado en consideración como prueba de paternidad, debe ir acompañado de una apariencia de fidelidad por parte de la concubina, pues a falta de tal apariencia, la presunción de paternidad se hace un extremo frágil; dicha apariencia resultará principalmente de la vida común.

También podrá resultar de otras muchas circunstancias, tales como las pruebas de cariño y adhesión al amante, como un cambio de domicilio por seguirlo, por la correspondencia sostenida durante las ausencias.

Rafael de Pina en su libro Derecho Civil Mexicano Volumen Primero, nos dice que “junto al matrimonio de derecho, la Legislación Mexicana reconoce la existencia del matrimonio de hecho, o concubinato, el cual define como la unión de un hombre y una mujer, sin formalización legal, para cumplir los fines atribuidos al matrimonio.”⁴

“El concubinato es la cohabitación entre un hombre y una mujer solteros que viven en común prolongada y permanentemente. Cuando la unión sexual existe entre un hombre y una mujer casados uno u otro configuran el delito de adulterio. Esto es lo que nos dice Clemente Soto Álvarez.”⁵

³ Planiol Marcel y Ripert Georges; “Tratado Elemental de Derecho Civil, Divorcio, Filiación, Incapacidades”; Tomo I; Segunda Edición, Cárdenas Editor y Distribuidor; México, D.F.

⁴ De Pina Rafael; “Elementos de Derecho Mexicano”, Introducción, Personas y Familia; Trigésima Tercera Edición, Editorial Porrúa, México, 2000.

⁵ Soto Álvarez Clemente, “Derecho de las Personas y de Familia”, Limusa, 1989.

Edgard Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Báez lo definen como “la unión libre y duradera entre un hombre y una mujer que viven y cohabitan como si estuvieran casados”.⁶

Tratándose del concubinato en el Distrito Federal, no basta el hecho de vivir o cohabitar como esposos, sino es indispensable que esta relación hombre-mujer dure por lo menos dos años o se procrea por lo menos un hijo. Es por eso que considero que la definición dada por los autores antes mencionados es incompleta, pues una vez visto, en el anterior concepto, que la intención de los que forman la unión es un elemento de la mayor importancia, pues es lo que da sustento a que la unión llegue a ser permanente y contundente para el derecho. Desde que se configura bajo el supuesto antes mencionado, podemos considerar que nace el derecho a alimentos.

Otro aspecto criticable, es que se emplea el término “unión libre”, para definirlo, cuando aceptamos que el concubinato implica una libertad en la relación, estaríamos dando por hecho que el matrimonio no es una unión libre, siendo que precisamente la unión matrimonial tiene como base la libertad de elección, la voluntad libre de todo vicio. En la institución del matrimonio los contrayentes deciden libremente unirse.

Para Galindo Garfias es “la vida marital de varón y mujer solteros, sin que hayan celebrado el acto solemne del matrimonio”.⁷

Manuel Chávez Asencio, dice sobre el concubinato: “...se trata de la vida que el hombre y la mujer hacen como si fueran cónyuges sin estar casados; de la cohabitación o acto carnal realizado por un hombre y una mujer, cuya significación propia y concreta no

⁶ Baqueiro Rojas Edgard y Buenrostro Báez Rosalía; “Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares; Octava Edición, Editorial Porrúa, México 2007: 540 páginas.

⁷ Galindo Garfias Ignacio; “Derecho Civil-Primer Curso”, Editorial Porrúa, México 2003, 183 páginas.

se limita sólo a la unión carnal no legalizada, sino también a la relación continua y de larga duración existente entre un hombre y una mujer sin estar legalizada por el matrimonio.”⁸

La continuidad la entiendo como la frecuencia diaria cotidiana, la permanencia de esta unión, pero el término “larga duración” resulta muy subjetivo, ya que hay diversidad de opiniones acerca de tal significado. La duración de dos años puede ser para algunos autores un tiempo largo, mientras que para otros puede ser muy poco tiempo. Además, el concubinato también se configura por la procreación de uno o más hijos, y para ello no necesariamente se requiere de mucho tiempo, como mínimo se requeriría el tiempo en que tarde en nacer el niño, o aplicando la teoría del Nasciturus, para efectos de proteger a esa criatura, podría considerarse que el concubinato existe desde el momento mismo de la concepción.

Es de destacar que a esta definición le faltaría implementar la circunstancia de que los integrantes de la unión deben de ser solteros y no tienen entre ellos impedimento para contraer matrimonio.

Para el maestro Rafael de Pina Vara es la “unión de un hombre y una mujer; no ligados por el vínculo matrimonial a ninguna otra persona, realizada voluntariamente, sin formalización legal para cumplir los fines atribuidos al matrimonio en la sociedad.”⁹

De Pina establece claramente que los concubinos deben estar libres de toda atadura matrimonial para que el concubinato pueda conformarse; sin embargo, aun cuando no exista el vínculo matrimonial, existen otros impedimentos como el parentesco que también

⁸ Chávez Asencio Manuel F., *La Familia en el Derecho” Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares,, Octava Edición, Editorial Porrúa, México 2007, Pág. 479.*

⁹ Herrerías Sordo María del Mar, “El Concubinato; Análisis Histórico, Jurídico y su Problemática en la Practica”, Segunda Edición; Editorial Porrúa, México 2000; Pág. 25.

constituyen una barrera para que nazca la relación concubinaria. La unión concubinaria debe ser tan parecida al matrimonio que inclusive llegue a originar confusión en la sociedad que rodea a los concubinos.

El Magistrado Edgar Elías Azar ha manifestado que “se trata de relaciones similares a las del matrimonio, estables, permanentes en el tiempo, con trascendencia jurídica y que muchas veces se identifican por su estabilidad y solidez con el matrimonio.”¹⁰

Para el profesor Jean Carbonnier, “el concubinato, hace referencia a las relaciones sexuales que se mantienen fuera del matrimonio y que se caracterizan por su estabilidad y duración, haciendo el varón y la mujer vida marital.”¹¹ Este mismo autor, estima que el concubinato puede tener diferentes esquemas, ya que estas relaciones pueden mantenerse sin una residencia en común o bien de manera secreta, lo cual no considero pertinente, pues el concubinato, se debe manifestar como el matrimonio, como una unión publica.

Además la anterior definición puede dar lugar a confusiones, ya que al hablar de relaciones sexuales mantenidas fuera del matrimonio se puede hacer referencia no sólo al concubinato, sino también a un amasiato o bien podemos estar en presencia de relaciones sexuales entabladas dentro de un noviazgo sin que necesariamente sea un concubinato.

Más aún difiero de la opinión del autor en cuanto a que el concubinato puede conformarse aun cuando no haya residencia común. Si se está hablando de que los concubinos hacen una “vida marital”, una de las cuestiones primordiales que se requieren

¹⁰ Ibarrola de Antonio; “*Derecho de Familia*”; Quinta Edición; Editorial Porrúa, México, 2006, 632 Pág.

¹¹ Herrerías Sordo María del Mar; obra citada.

para que se pueda hablar de esa convivencia en la que habitan “como si fueran marido y mujer” es un hogar común.

Existen otras denominaciones que se le atribuyen a la unión que nosotros conocemos como concubinaria. “Una de ellas es la llamada *matrimonio anómalo*, en las que aparece una unión que ha evidenciado un entrañable enlace entre el hombre y la mujer, no pocas veces igual al matrimonio.”¹²

Sus expositores sostienen que *no se trata de una unión concubinaria sino una equiparación al matrimonio*. En la Constitución Cubana de 1940, su artículo 43 párrafo VI señalaba: “Los tribunales determinarán los casos en que por razón de equidad la unión entre personas con capacidad legal para contraer matrimonio será equiparada por su estabilidad y singularidad, al matrimonio civil”.¹³

Raúl Ortiz Urquidí le ha llamado *matrimonio por comportamiento*; advirtiendo que “no es bastante el solo consentimiento, sino además, que el hombre y la mujer *se comporten* realmente como casados mediante tal unión, convivencia y trato sexual continuado”.

Ramón Sánchez Medal, señala que el objeto principal del derecho de familia es la familia de derecho y las diferentes relaciones jurídicas que la estructuran. Y que sólo por excepción se consideran algunos efectos de la filiación de la familia de hecho, refiriéndose en este caso al concubinato al cual, lo clasifica como familia natural y la define “como la unión de hecho de un hombre y una mujer, de carácter inestable y no conforme a las buenas costumbres y que puede dar origen a las relaciones jurídicas provenientes de esa unión.”

¹²Herrerías Sordo María del Mar; obra citada.

¹³Herrerías Sordo María del Mar; obra citada.

En la familia natural, en virtud de que deriva de una relación de hecho, el hombre y la mujer por no estar unidos bajo ningún vínculo jurídico, se separan por decisión unilateral irrestricta cuando quiere cualquiera de los dos y además, jurídicamente pueden quedar vinculados uno o los dos con los hijos solo en caso de haber sido reconocidos éstos o a virtud del ejercicio de una acción de investigación de la maternidad o de la paternidad, sin perjuicio de que la misma unión de hecho pueda servir de presunción legal para el ejercicio de tal acción.

Acorde a la Técnica Jurídica, me parece que dar una definición de concubinato uniforme, sería por demás importante ya que ubicaríamos jurídicamente a las personas que viven esta unión, así yo propongo la siguiente: *“Concubinato: Es la unión de un hombre y una mujer libres de matrimonio, que no tienen impedimento legal para contraerlo entre sí, que deciden formar un hogar en común como marido y mujer. A partir de ese momento se crea entre ellos derechos y obligaciones recíprocas de carácter alimentario.”*

1.2 DEFINICIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

La “definición”, si es que así se le puede llamar al enlistado de características que aparecen en el Código Civil, en el artículo 291 Bis, que establece: “La concubina y el concubinario tienen derechos y obligaciones recíprocos, siempre que sin impedimentos legales para contraer matrimonio, han vivido en común en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años que precedan inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones a los que alude este Capítulo.

No es necesario el transcurso del período mencionado cuando, reunido los demás requisitos, tengan un hijo en común.

Si con una misma persona se establecen varias uniones del tipo antes descrito, en ninguna se reputará el concubinato. Quien haya actuado de buena fe podrá demandar del otro, una indemnización por daños y perjuicios.”

Rafael Rojina Villegas consigna una síntesis de argumentos o posiciones que adopta el sistema jurídico normativo en relación con esta fórmula de convivencia, a la que califica más como una cuestión de orden moral que de naturaleza jurídica, al señalar que el Código vigente desde su exposición de motivos, hace referencia al concubinato como una “manera peculiar de formar la familia”; agregando que hasta entonces, aún cuando era un modo de ser muy generalizado, había quedado al margen de la ley; pero que el legislador no debía cerrar los ojos para no darse cuenta de su existencia; reiterando la situación de que esa unión opera cuando “ninguno de los que viven en concubinato es casado”.¹⁴

Las actuales reformas a los Códigos Civiles del país regulan al concubinato como un matrimonio de hecho, pues, prácticamente producen los mismos efectos jurídicos que una relación matrimonial, salvo el hecho de que se requiere una conducta diferente a la concubina o al concubinario cuando se trata de alimentos.

Esta tradición también se está siguiendo en los países de Sudamérica; sin embargo, en otros países con tradición sajona (Estados Unidos y Canadá) el concubinato no tiene ningún efecto.

Entre estos países, rige la Convención de las Naciones Unidas que exige a los 183 países miembros, en materia del consentimiento para el matrimonio, que el matrimonio se registre y que haya consentimiento con la formalidad de celebrarse ante la autoridad competente y con los testigos de cargo correspondientes.

¹⁴ Magallon Ibarra Jorge Mario; “Instituciones de Derecho Civil”; Tomo III Derecho de Familia, Editorial Porrúa, S.A. México 2001. 631 Paginas.

Por lo que un concubinato mexicano, en un país donde no se reconozcan efectos a la unión, no surtirá efectos entre las partes, aun cuando en México las reformas tienden materialmente a reconocerlo como una forma de estado civil.

En México, aun siendo extranjeros, cuando obtengan la residencia los concubinos, adquirirán los derechos que les otorga el sistema jurídico mexicano (seguridad social, pensión alimenticia, presunción de legitimidad de los hijos, entre otros).

CAPÍTULO 2

HISTORIA

2.1 DERECHO ROMANO

El Concubinato es una forma de relación sexual muy antigua. En Roma dan el nombre de *concupinatus* a la institución expresamente reconocida, a la que se atribuía un rango inferior al matrimonio. Se distinguía de las relaciones pasajeras consideradas como ilícitas. En esta forma de unión entre personas de distinto sexo, la mujer no adquiría la consideración de casada y los hijos seguían la condición del padre, no la de la madre.

La relación concubinaria surge como la convivencia de la pareja integrada por un hombre y una mujer que viven como esposos, pero que, por alguna causa política o por falta del *connubium*, no podían o no deseaban contraer *justae nuptiae*.

El concubinato parece haber nacido en Roma debido a la desigualdad de las condiciones, toda vez que un ciudadano tomaba por concubina a una mujer poco honrada, e indigna, por lo tanto, de hacerla su esposa. “Hasta el fin de la República, el Derecho no se ocupó de estas simples uniones de hecho, Augusto fue quien denominó a estas relaciones como *concupinatus*.”¹⁵

La ley “*Julia de adulteriis*” calificaba de “*stuprum*” y castigaba todo comercio con toda joven o viuda fuera de las “*justae nuptiae*”, haciendo una excepción en favor de la unión duradera llamada concubinato, que recibió de esta manera una especie de sanción legal. Desde entonces le fueron impuestas ciertas condiciones para precisar los límites por los cuales ya únicamente existía un comercio ilícito. Por eso, el concubinato sólo estaba

¹⁵ Herrerias Sordo Maria del Mar, “”; Obra citada.

permitido entre personas púberes, y no parientes en el grado prohibido para el matrimonio.

La gran desventaja que tuvo el concubinato frente a las *justae nuptiae*, era que aquél no producía efectos jurídicos. Las *justae nuptiae* eran contraídas por los ciudadanos romanos que eran quienes gozaban del *jus connubium* o derechos para contraer las *justae nuptiae*.

Dentro del matrimonio se dio lo que en Roma se llamó *affectio maritalis*, que implicaba el ánimo de contraer matrimonio, cosa que no se daba en la unión concubinaria por no ser la voluntad de la pareja o por existir algún impedimento.

Es importante destacar que sólo se permitió tener una concubina, con lo que el concubinato llegó a parecerse aún más al matrimonio, siendo a tal grado esta semejanza, que este tipo de relación daba una apariencia de matrimonio legal que comúnmente era causa de error de los contratantes.

La relación concubinaria fue limitada en ciertos aspectos, de tal forma que para que ésta se considerara como tal, debía reunir determinados requisitos:

- a) Estaba prohibido entre los que hubieran contraído previamente *justae nuptiae* con tercera persona.
- b) La prohibición se extendía a aquellos que estuvieran en los grados de parentesco no permitidos.
- c) Debía existir el libre consentimiento tanto del hombre como de la mujer.
- d) Sólo podía darse entre personas púberes.
- e) Estaba prohibido tener más de una concubina.

En el derecho romano preclásico, el concubinato fue visto en un plano muy inferior a aquél, en que se consideró al matrimonio conformado por medio de las *justae nuptiae*.¹⁶

La concubina no participaba, como la esposa, de la dignidad del marido ni entraba en su familia (*honor matrimonii*).

Esta unión, constituyó, para aquellos que pertenecían a distintos rangos sociales, una posibilidad de unirse cuando existieran impedimentos para la celebración de las *justae nuptiae*.

Antes de la República, el concubinato se visualizó como una simple relación de hecho de la que la ley no se ocupó. Las leyes que rigieron durante esta época, demostraron una clara tendencia a proteger la institución del matrimonio.

Durante el período clásico la unión concubinaría fue tolerada, es por ello que el concubinato no cayó dentro de las sanciones impuestas por Augusto a las relaciones ilícitas, como aquella entabladas con jóvenes o viudas, o bien con mujeres que se encontraban dentro del grado de parentesco prohibido para contraer *justae nuptiae* (en línea recta sin limitación de grado, en línea colateral dentro del cuarto grado; y en el parentesco por afinidad, en línea recta sin limitación de grado y en línea colateral dentro del segundo grado).

El concubinato representaba una unión estable de carácter no matrimonial constituida con una mujer “con la que no se comete estupro” según la *Lex Julia Adulteriis*.¹⁷

¹⁶ A diferencia del concubinato, en Roma, con el matrimonio o *justae nuptiae*, la mujer adquiría el rango de esposa, implicando esta unión una comunidad de derechos divinos y humanos.

¹⁷ La *Lex Julia Adulteriis*, instaurada en Roma por Augusto, castigaba cualquier unión sexual fuera del matrimonio como *adulterium* o *stuprum*, enumerando a las mujeres de clase social inferior con las que podían mantenerse relaciones sexuales sin incurrir en las relaciones previstas para los delitos arriba mencionados.

Con esta ley, a la mujer que se unía en concubinato se le llamó *Pellex*, posteriormente con Justiniano, el concubinato adquirió el carácter de una institución legal, a la que se le cambiaron los títulos de *Concubinīs* a quienes lo establecían, siendo éstos más honorables que el de *Pellex*.

El concubinato, sólo podía constituirse con mujeres púberes o esclavas, sin embargo en la época de Augusto, con la *Lex Papia Popaea*, el concubinato se permitió inclusive con manumitidas e ingenuas, siempre que estas últimas manifestaran expresamente su voluntad de descender a la calidad de concubinas.

En cuanto a los hijos nacidos de una relación concubinaria en un principio, no se creaba ningún parentesco con el padre, y como resultado éstos nacían *sui iuris*, asumiendo la condición y el nombre de la madre, sin reconocerse aun el lazo natural habido entre el padre y los hijos nacidos de esta unión. Como consecuencia de lo anterior, el padre no podía ejercer la patria potestad sobre los hijos.

A partir de Constantino, se reconoció el derecho del padre de legitimar a los hijos. La legislación justiniana eliminó los impedimentos matrimoniales de índole social, por lo que el concubinato varió su anterior estructura, quedando a partir de ese momento como una cohabitación estable de un hombre con una mujer de cualquier condición social sin que exista la *affectio maritalis*.

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

Una ilustración de la decencia del concubinato es el hecho de que tres de los Emperadores más virtuosos de los primeros dos siglos de nuestra era, Vespasiano, Antonio Pío y Marco Antonio, vivían en *concubinato*.¹⁸

2.2 DERECHO CANÓNICO

Para el Derecho Canónico, el concubinario está en estado de pecado mortal siempre, y puesto en un peligro próximo de su eterna condenación. Pero, se establecía “Puede alguna vez ser absuelto el concubinario, sin arrojar de sí a la concubina, que pudiendo arrojarla, jamás ha de ser absuelto hasta que la despida; sin que deban admitirse las excusas frívolas e imaginarios pretextos con que estos hombres perdidos procuran persuadir a los confesores su imposibilidad moral de separarse de sus concubinas, forjando daños, y perjuicios quiméricos. Tampoco podrá ser absuelta una mujer pobre que recibe el sustento del amo, o de algún consanguíneo, si llega a ser su manceba o concubina; porque pudiendo dejar la ocasión y no dejándola, quiere el pecado y así es incapaz de absolución.”

Los emperadores cristianos buscaron la manera de hacer desaparecer el concubinato y procuraron convencer a los concubinos de que contrajesen matrimonio. “Constantino creyó acertar ofreciendo a las personas viviendo entonces en concubinato, y teniendo hijos naturales, legitimarlos a estos siempre que transformase su unión en *justae nuptiae*, siendo también acordado por Cenón este mismo favor sin ningún reparo. Anastasio decidió, que tanto en lo presente como en lo futuro, todos los que tuvieren hijos nacidos de concubinato podían legitimarlos contrayendo las *justae nuptiae*.”¹⁹

¹⁸ *Algunas aclaraciones y sugerencias en relación con el matrimonio y el concubinato en el Derecho Romano*, Revista de la Facultad de Derecho de México, UNAM, tomo VI, julio-septiembre 1956, núm. 23, Págs. 30-32.

¹⁹ Chávez Asencio Manuel F.; obra citada.

Distínguense los concubinos privados de los públicos. El concilio de Basilea entiende por estos últimos, no sólo aquellos cuyo concubinato está comprobado por sentencia, o por confesión, o por una causa tan pública que no pueda ocultar por ningún pretexto, sino que también aquél que conserva una mujer difamada y sospechosa de incontinencia y se niega a abandonarla después de haber sido advertido por su superior (*Abate Andrés Diccionario de Derecho Canónico*).

En el primer concilio de Toledo del año 400, se excomulga a aquél que tiene una mujer fiel como concubina, pero si la concubina ocupa un lugar de esposa de modo que se contente con la compañía de una sola mujer a título de esposa o de concubina a gusto suyo no será desechado de la comunión. Se refiere que hacia el siglo X hubo grandes abusos de parte del clero en relación a los cuales se procuró un remedio con diferentes penas, y así se prohibió a los fieles oyeran misa de sacerdotes concubenarios y en algunos casos se ordenó que los culpables de este crimen fueren depuestos.

El concilio de Trento hizo dos importantes declaraciones respecto de esta materia, refiriéndose a los legos, las cuales dicen: “Gran pecado es que los solteros tengan concubinas; pero es mucho más grave y en notable desprecio de este sacramento del matrimonio que los casados vivan también en semejante estado de condenación, y se atrevan a mantenerlas y conservarlas algunas veces en su misma y hasta en compañía de sus propias mujeres.”²⁰

El Santo Oficio con oportunos remedios a un mal de tanta trascendencia establece que se fulmine excomunión contra semejantes concubenarios, así solteros como casados, de cualquier estado, dignidad o condición que sean, siempre que después de amonestados por el ordinario aún procediendo de oficio, por tres veces, no despidieren

²⁰Chávez Asencio Manuel .Obra citada.

las concubinas y apartasen de su trato, sin que puedan ser absueltos hasta que efectivamente obedezcan a la corrección que se les haya dado. Y si despreciando las censuras permanecieran un año en el concubinato, proceda el ordinario contra ellos severamente, atendida la calidad de delito.

“Las mujeres solteras o casadas que vivan públicamente con adúlteros o concubenarios, si amonestadas por tres veces no obedecieren, serán con rigor castigadas de oficio por los ordinarios locales, según su culpa, aunque no haya parte que lo pida, y serán además desterradas del lugar, o de las diócesis, si pareciese conveniente a los mismos ordinarios, invocando para ello si fuere necesario el brazo seglar quedando en todo su vigor las demás penas fulminadas contra los adúlteros y concubenarios.”

En cuanto a cómo proceder contra los clérigos concubenarios y dice: “Cuan feo e indigno de los clérigos que se han dedicado al culto divino sea vivir en el lodazal de la impureza, y en obsceno concubinato, bastante lo manifiesta el mismo hecho, con el general escándalo de todos los fieles y la suma deshonra de todo clerical. Y para que se reduzcan los ministros de la iglesia a la continencia y pureza de vida que les corresponde, y aprenda el pueblo a respetarlos en proporción a la castidad que guarden, prohíbe el Santo Oficio a todos los clérigos mantener en su casa o fuera de ella, concubinas u otras mujeres con quienes se pueda tener sospecha, mandando cortar con ellas toda comunicación; de lo contrario, impóngasele las penas establecidas por los sagrados cánones, y por los estatutos de la iglesia.”

De lo ya expuesto, podemos deducir que estamos haciendo referencia a un hecho social que representa uno de los problemas sociales y morales más importantes del Derecho de Familia, destacando que en el Derecho Canónico, el concubinato ha sido

tratado con severidad, llegando a establecerse la incapacidad de los concubinarios de hacerse liberalidades entre sí y dejar los bienes a los hijos habidos de su unión.

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 *delitos y las penas* –según sean cometidos por laicos o por clérigos- clasificando como *delito contra las buenas costumbres* el concubinato; señalando el canon 2357 que: “se caracteriza por la continuidad o habitualidad, (que no es necesario que se concrete en una verdadera y propia cohabitación) de las relaciones sexuales del hombre y la mujer”; imitando –en cierto modo- la vida matrimonial. Se anticipa que para que esa conducta sea entendida como delictuosa, es necesario que sea *pública* y como tal, *fuentes de escándalo*, en razón de las circunstancias en que dicha conducta se produzca.

El Código vigente de la misma materia, prescribe en el canon 1395 la pena de suspensión para el clérigo concubinario; advirtiéndose que si este persiste en esa conducta después de la amonestación, puede llegar hasta ser expulsado del estado clerical.

2.3 EDAD MEDIA

Durante gran parte de la Edad Media se advirtió que en España, el concubinato tuvo gran difusión social, conociéndose entonces con el nombre de *barraganía*. Hemos de encontrar las llamadas uniones concubinarias que ausentes de formalismos, celebraciones o solemnidades, han sido consideradas como *matrimonios*, ya sea de *hecho*, o por su carácter estrictamente consensual. A este respecto, en su labor

comparatista, Luis Fernández Clérigo destaca el aspecto convencional de esas uniones en las que obviamente opera básicamente el consentimiento de las partes, así como el reconocimiento de un estado jurídico que los equipara a la unión matrimonial, lo que ha sucedido (la obra se acredita en 1947) en tres de las legislaciones entonces contemporáneas: Rusia, Estados Unidos de América y Escocia.

En la legislación de la Unión Soviética no existe fórmula ni solemnidad alguna exigida para la celebración del matrimonio. Ningún funcionario necesita intervenir; ningún expediente va a integrarse, ni va a mediar declaración alguna oficial en nombre de la ley o de la sociedad. Aun cuando en un mero nivel potestativo, va a ser conveniente que “alguien” haga constar su realidad y existencia para que surta sus efectos en muchos actos de la vida civil y administrativa. Por tanto, para acreditarlo deberá hacerse la inscripción en el *registro de familia o civil*.

Esa inscripción asegura los derechos derivados de la unión matrimonial y permite su ejercicio. De ahí que la inscripción –aún siendo voluntaria- le otorga una gran trascendencia. No ha escapado al legislador soviético el exigir para la constitución de la unión, el que ella se realice por una pareja que haya cumplido dieciocho años, el que no exista entre ellos impedimento de consanguinidad en línea recta ni colateral en segundo grado.

En diversos estados de la Unión Americana existen las uniones puramente consensuales o también llamadas contractuales, ausentes de solemnismos, que se constituyen solamente por el puro consentimiento de las partes, a las que se les atribuye un carácter *contractual*, que es el resultado de los principios de libertad que presiden los lazos de la vida civil en los Estados Unidos de América. El perfeccionamiento de esas uniones se constituye cuando existe la manifestación de los interesados ante el

funcionario competente. A estas uniones se les llama *common law marriage*, o sea *matrimonio de derecho común*, que se caracteriza por la simple convivencia de la pareja, que tiene un aspecto plenamente coincidente con el concubinato.

En Escocia, aparecen los llamados matrimonios de “*Gretna Green*”, que es el nombre de la localidad en la que subsiste la tradición de la celebración de una unión conyugal, ausente de requisitos previos de toda clase y que se perfecciona con el simple consentimiento de las partes –si tienen capacidad para celebrarlo- si lo manifiestan ante un Magistrado, o ante un ministro de la religión que profesen, o solamente ante dos testigos. De acuerdo con su naturaleza meramente consensual, en él puede operar también el divorcio por mutuo consentimiento.

Existen otras denominaciones que se le atribuyen a la unión que nosotros conocemos como concubinaria. Una de ellas es la llamada *matrimonio anómalo*, en las que aparece una unión que ha evidenciado un entrañable enlace entre el hombre y la mujer, no pocas veces igual y hasta superior al matrimonio.

Los apologistas del *matrimonio anómalo* sostienen que *no se trata de una unión concubinaria sino una equiparación al matrimonio*.

2.4 EUROPA OCCIDENTAL

2.4.1 España

En España, durante el Medioevo, el concubinato adoptó el nombre de “barraganía” y fue Alfonso X El Sabio, en el título XIV de la partida cuarta, quien calificó con este nombre a las uniones fuera del matrimonio, tomó este nombre de barra que en arábigo, tanto quiere decir como fuera, y gana, que es del latino, que es por ganancia; éstas dos

palabras, quieren decir tanto “como ganancia que es fecha fuera de mandamientos de Iglesia... y los que nacen de tales mujeres son llamados hijos de ganancia.”²¹

Esquivel Obregón nos dice que en parte debido a las tradiciones romanas, en parte también a la presencia de dos razas entre las cuales no podía celebrarse el matrimonio, y también debido a la influencia del islamismo, el concubinato era tan frecuente que, si la religión lo condenaba, las costumbres y la ley lo veían con tolerancia bajo el nombre de barraganía.

Se consideró como la unión sexual de un hombre soltero, clérigo o no, con mujer soltera bajo las condiciones de permanencia y fidelidad. Las partidas refiriéndose a las barraganas decía que eran “otras mujeres que tienen los hombres que no son de bendiciones”.²²

Las Partidas explican esa tolerancia diciendo: “Barragana defiende Santa Iglesia que no tengan ningún cristiano, porque viven con ella en pecado mortal. Pero los antiguos que hicieron las leyes consintieron que algunos las pudieran haber sin pena temporal, porque tuvieron que era menos mal de haber una que muchas, y porque los hijos que naciesen fueren más ciertos.”²³ Parece que la barraganía fue tolerada, según se expresa en las Partidas, para evitar la prostitución, pues era preferible que hubiere una y no muchas mujeres para seguridad en la unión de ambos, y en relación a los hijos.

Se impusieron límites a la barraganía:

1. Sólo debe haber una barragana y un hombre.

²¹ Chávez Asensio Manuel F.; “La Familia en el Derecho”, Séptima Edición, Editorial Porrúa.; México 2007; Pág. 288.

²²Chávez Asensio Manuel F.; Obra citada.

²³Chávez Asensio Manuel F.; Obra citada.

2. Ambos deben estar libres de matrimonio y no tener impedimento alguno para contraerlo.
3. Esta unión debe ser permanente.
4. Deben tratarse como marido y mujer.
5. Deben ser considerados en su comunidad como si fueran esposos.

Las Partidas regularon detalladamente la barraganía debido a que era un tipo de relación muy común en España, que surgió debido a diversos factores, tales como la cuestión de que no era un vínculo indisoluble (en contraposición con la indisolubilidad de la unión matrimonial), además de que también les permitía relacionarse con mujeres de condición social inferior. Cabe mencionar que surgió como la influencia ejercida por los musulmanes durante su dominación de siete siglos en la Península Ibérica.

En lo relativo a la descendencia, las Siete Partidas distinguían entre hijos legítimos e ilegítimos. Los primeros eran aquellos nacidos de matrimonio; los ilegítimos eran aquellos nacidos fuera del matrimonio.

Este ordenamiento profundizaba más aún en la clasificación de los hijos ilegítimos, ya que dentro de éstos había dos clases:

- a) Hijos naturales: aquellos cuyos padres podían haber contraído nupcias en el momento de la concepción, vivido éstos en concubinato o barraganía.
- b) Hijos de Dañado Ayuntamiento: Aquellos nacidos de adulterio, de cristiana con moro o judío, de la barragana, nodriza o esclava con los siervos o esclavos de su señor, y los nacidos de mujer ilustre prostituida.

Respecto a la patria potestad de los hijos legítimos, ésta únicamente recaía sobre la madre. La Legislación Foral también contenía disposiciones relativas a la barraganía. Así,

por ejemplo, el Fuero de Plasencia establecía que la barragana que probara haber sido fiel y buena para con su señor, tenía derecho a heredar la mitad de los gananciales.

Por su parte, el Fuero de Cuenca, concedía a la barragana encinta el derecho de solicitar la prestación de los alimentos a la muerte de su señor, elevándose a la categoría de una viuda encinta. Este mismo fuero, prohibió a los casados legítimamente, tener en público barraganas, so pena de ser ambos hostigados.

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

A partir del siglo XII, hubo ciertas restricciones a los derechos de los hijos ilegítimos debido a la influencia de las modas escolásticas, época durante la cual se exaltó la importancia del matrimonio así como de familia constituida sobre las bases del mismo.

Se reconocieron dos medios para determinar la filiación natural:

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

En el primer texto del Código Civil Español, únicamente aparece como medio de determinar la filiación natural el reconocimiento, sin embargo no regula el concubinato o barraganía como una forma de establecer la condición de hijo natural.

La atribución de la filiación natural basada únicamente en la voluntad del padre es el resultado de la influencia que tuvo en España el Código Napoleónico.

Posteriormente, con la Constitución española de 1931, se otorgó la igualdad jurídica para los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, dejando de hacer distinción entre hijos legítimos e ilegítimos en las inscripciones de nacimiento. Otro de los derechos que incorporó esta constitución a favor de los hijos ilegítimos fue el de la investigación de la paternidad.

Aunque esta Constitución representó un avance importante en cuanto a la protección e igualdad de los menores, no fue del todo eficaz porque únicamente legisló los derechos de los hijos ilegítimos en vida del padre, dejándolos sin protección en caso de fallecimiento. No se les reconoció a los hijos naturales el derecho a exigir la porción hereditaria igual a la de los hijos nacidos de matrimonio, quedando totalmente desprotegidos cuando moría el progenitor.

Con las reformas del 13 de mayo de 1981 hechas al Código Civil español, se buscó la igualdad de los hijos tratando de eliminar la discriminación de éstos por razón de la unión matrimonial de los padres. A pesar de ello, permanece la distinción entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales.

2.4.2 Francia

La Revolución Francesa de 1789, no enalteció a la familia, puesto que no la consideró como una unidad orgánica. Este movimiento se ocupó principalmente del individuo. Las personas, individualmente consideradas, podían agruparse en una familia en virtud de un contrato de derecho común que podía ser rescindido por ambas partes o por una de ellas. Reflejo de este movimiento, fue la Constitución francesa de 1791 que consideró al matrimonio como un mero contrato civil, dejando atrás el concepto de sacramento

implantado por la Iglesia católica, y desapareciendo por tanto el carácter de unión indisoluble.

Se decretó la Ley de Divorcio del 20 de Septiembre de 1792. Debido a que el matrimonio era un contrato civil igual que cualquier otro, el matrimonio podía ser disuelto por voluntad de las partes o por una de ellas.

La ley 12 Brumario año II, otorgó a los hijos naturales un derecho hereditario igual al de los hijos legítimos. Dicha ley no aplicó el principio de la no retroactividad de las leyes por lo que los hijos ilegítimos tuvieron la posibilidad de ejercer este derecho desde el 14 de julio de 1789. Aunque esta ley contribuyó a debilitar a la familia constituida por el matrimonio, protegió a los hijos nacidos de las familias extramatrimoniales. Para poder hacer valer sus derechos, a los hijos naturales se les imponía la carga de probar su filiación con el fallecido, y de este modo recurrir a la posesión de este estado de hijo del *de cujus*. Debían exhibirse documentos públicos o privados que provinieran del padre o como consecuencia de las atenciones dadas a título de paternidad tales como la educación o el mantenimiento sin interrupción.

Si bien el movimiento revolucionario favoreció a los hijos naturales, el Código Napoleónico de 1804 les fue desfavorable. El ordenamiento de 1804 les negó el título de herederos concediéndoles únicamente el derecho a heredar en la misma proporción de los hijos legítimos cuando concurrieran con éstos. En caso de concurrir con ascendientes y hermanos, únicamente podrían tener derecho a la mitad y por último tendrían derecho a las tres cuartas partes cuando concurrieran con los demás parientes.

Sólo en caso de que no hubiera parientes en grado hábil para heredar; podían los hijos naturales o ilegítimos recibir la totalidad de la herencia.

Otra de las desventajas que acarreó el Código Napoleónico para los hijos naturales fue la prohibición tajante a éstos de investigar la paternidad.

El Código Napoleónico de 1804 no reguló la figura del concubinato, lo consideraba como un hecho material, que no producía ningún efecto o consecuencia de derecho, por lo que, con estas disposiciones se lesionaron los derechos tanto de la concubina como de los hijos.

La filosofía del Código aparece inserta en la frase pronunciada por Napoleón Bonaparte en el Consejo de Estado: “Los concubinos se pasan sin la ley; la ley se desentiende de ellos”... La sociedad no tiene interés en que sean reconocidos los bastardos.”²⁴

En virtud de esta situación, las sentencias de los tribunales fueron otorgando protección a las concubinas y a los hijos nacidos de la relación concubinaria.

Pero en Francia se abre la brecha con la ley del 16 de Noviembre de 1912 –que ya estaba precedida por la del 26 de Marzo de 1896 que aumentó los derechos sucesorios de los hijos naturales- dispuso, modificando el artículo 340 del Código, que “la paternidad fuera del matrimonio puede ser declarada judicialmente, y en caso de que el supuesto padre y la madre hayan vivido en estado de concubinato notorio durante el periodo legal de la concepción.

Se superó la discriminación de los hijos nacidos fuera del matrimonio habida durante el siglo pasado, concediéndose igualdad jurídica a todos los hijos tanto a los habidos en la unión legítima, como los habidos fuera de matrimonio. Este espíritu se consagra internacionalmente en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el apartado 2

²⁴ Herrerias Sordo Maria del Mar; Obra citada.

del artículo 25 que dice: “La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencias especiales. Todos los niños nacidos de matrimonio o fuera del matrimonio, tienen derechos e igual protección social.”

La familia internacionalmente es protegida, independientemente de si está o no constituida por matrimonio. El artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre señala en su apartado 3: “La familia es elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho y protección de la sociedad y del Estado.”

Es importante destacar, que el concepto de concubinato del ordenamiento francés no corresponde al que actualmente se sostiene. En Francia, como en muchas otras legislaciones, se identificaba el concubinato con el adulterio. El Código Napoleónico establecía en su artículo 230 que la única causal por la que la mujer podía demandar el divorcio por causa de adulterio de su marido, era cuando éste hubiera “sostenido a su concubina en la casa común”, es decir, cuando el adulterio se hubiere cometido en el hogar conyugal. Con esta disposición, se equiparó el concubinato al amasiato.

2.5 MÉXICO

2.5.1 Pueblos Indígenas

De acuerdo con historiadores y cronistas españoles de los siglos XV y XVI, en general, en todo el centro del país había poligamia, lo mismo que en Jalisco, Michoacán y la Mixteca y en algunas tribus de Tampico y Sinaloa. En cambio otras tribus eran monógamas como los Opatas, los Chichimecas, los de Nuevo México y en especial los de Yucatán.

Los aztecas participaban el matrimonio en forma poligámica, pero sólo se practicaba entre los varones de las clases sociales superiores, pues éstos podían tener cuantas esposas pudieran mantener, pero dentro de este harem había una esposa principal y los hijos habidos de ésta gozaban de los derechos privilegiados al morir el padre.

En cambio, los toltecas practicaban la monogamia ya que ni el mismo rey podía tener más de una mujer, a la muerte de éste la esposa no podía contraer nuevas nupcias.

El concubinato surgía cuando la pareja se unía mediando su consentimiento, sin observar ningún tipo de formalidad. En este caso, la mujer tomaba el nombre de *temecauh* y el hombre el de *tepuchtli*.

El derecho sólo equiparaba al concubinato con el matrimonio cuando los concubinos tenían tiempo de vivir juntos y con fama pública de casados, considerando adúlteros a la mujer que violaba la fidelidad a su compañero y al hombre que tenía relaciones sexuales con ella. La concubina que duraba un lapso largo de tiempo como tal, se convertía en esposa, recibiendo el nombre de *tlacarcavilli*.

Para unirse en concubinato, no se necesitaba ni siquiera el pedimento de la mano de la doncella, ni la realización de ningún rito. El surgimiento de esta unión se debía casi siempre a la carencia de recursos económicos para poder realizar los gastos de las fiestas que traía consigo un matrimonio definitivo, esto es, cuando se celebraba la ceremonia nupcial.

En la mayoría de los pueblos indígenas, la poligamia, practicada sobre todo por los reyes, los caciques y los señores principales, constituyó tanto una forma de vida como de

estructura familiar. Ésta variaba dependiendo del grupo étnico de que se tratara, así como del rango social al que pertenecieran el hombre y la mujer.²⁵

Las familias de los caciques tenían una composición interna sumamente complicada, ya que dentro del núcleo familiar se encontraban las diferentes esposas, los hijos procreados de todas esas relaciones, así como los parientes de las múltiples esposas y los esclavos.

Los grandes señores que dirigían a los pueblos también se distinguieron por haber tenido numerosas esposas y procrear varios hijos con cada una de ellas, llegando a tener una cifra muy elevada de descendientes.

En los reinos de Tacuba y Texcoco, solamente los reyes y los nobles tenían varias mujeres, siendo este hecho considerado por el pueblo como una corrupción de costumbres.

Antes de la llegada de los españoles, los indígenas tenían una absoluta libertad premarital, existiendo una especie de “matrimonio a prueba” así como el divorcio. A las mujeres y a los hijos producto de todas esas uniones fracasadas, no se les marginó, sino que seguían formando parte de la comunidad teniendo la misma situación en que se encontraban cuando aún eran solteros. Los hijos permanecían en la casa de la familia de la mujer.

2.5.2 Época Colonial

Con la conquista, los españoles encontraron varios inconvenientes al tratar de aplicar el derecho peninsular. Los indígenas no sólo tenían costumbres completamente diferentes

²⁵ Como un ejemplo de ello, tenemos al grupo de los teochichimecas que practicaron la monogamia; por el contrario, los otomíes constituyeron un pueblo esencialmente poligámico.

a las del pueblo conquistador; sino que además presentaron situaciones totalmente nuevas que no estaban previstas por las leyes ibéricas.

Las leyes peninsulares se aplicaron con algunas modificaciones en vista de los casos tan distintos que presentaron los pueblos conquistados. Asimismo, fue necesario crear nuevas disposiciones que llenaran las lagunas existentes en las leyes del pueblo conquistador, situación muy frecuente en esa época.

Al llegar los españoles a México trasplantaron una religión y un derecho diferentes al de los indígenas americanos, en el choque de las dos culturas predominó la más fuerte y avanzada, hay que reconocer sin menospreciar el derecho y costumbres de los americanos prehispánicos, que éstos desde luego con el ambiente y la época estaban avanzados. El derecho de cada país o pueblo, crea y transforma las constituciones que forman una estructura corporal, le da una cierta nota característica, diferenciándola así de los demás pueblos y es el derecho el que tendría que responder de las consecuencias fatales por sus defectos.

El primer brote de mestizaje en México, como en toda América conquistada, apareció con la unión Concubinaria, raros fueron los matrimonios de los españoles con indígenas que siguieron los preceptos establecidos por la iglesia y si acaso ocurrió, fue solamente como pacto de paz entre los altos jefes militares y las hijas del indio de alta jerarquía social, pues bien sabemos que el español no enseñó al indígena a casarse conforme a los ritos religiosos.

A partir del Concilio de Trento en el siglo XVI, se establecieron los matrimonios con ceremonias y requisitos, pues las principales preocupaciones de los misioneros españoles fueron convertir a los nativos en fieles a la religión cristiana, en tratar de suprimir a toda

costa la poligamia, y en adoptar el matrimonio indígena prehispánico al matrimonio cristiano al realizarse la conquista. A fines del siglo XVI, aparecieron los postulados establecidos en el Concilio de Trento, y con esto los matrimonios indígenas que no se celebraban con todas las ceremonias que establecía la iglesia, eran considerados como uniones concubinarias.

En la Colonia se empezó a respetar lo establecido en el Concilio del Trento, aunque entre el indígena y el mestizo de baja esfera social las uniones siguieron la forma del concubinato, llegando a ser éstos, una fuente para la creación de la familia en América.

La tarea de los misioneros pareció en un principio sencilla, sin embargo no lo fue; se encontraron con una maraña de lazos familiares en los que intervenían las múltiples esposas, los hijos que cada una de ellas había engendrado de un varón, así como los parientes de éstas.

Aunando a esto, resultó ser que muchos de estos matrimonios se habían celebrado sin tomar en cuenta los impedimentos contemplados por las leyes españolas así como por la Iglesia católica (tales como el matrimonio anterior, el parentesco consanguíneo, el parentesco por afinidad, etc.) Miles de hijos habían sido engendrados fuera de lo que los conquistadores consideraban como un matrimonio legítimo.

¿Qué pasaría con todas las esposas que no fueran elegidas como la “legítima”? ¿Cuál sería el futuro de los hijos nacidos de aquellas uniones?.

Adicional a todo esto, algunos conquistadores, al vivir lejos de sus mujeres y de sus familias se relacionaron de manera pasajera con mujeres indígenas, dando como resultado el nacimiento de numerosos hijos abandonados. Fue tan común esta situación, que aunque no se obligó a los peninsulares a contraer nupcias con estas mujeres, si se

reconoció el deber de alimentos para con ellos. Para tal efecto, el rey dictó una cédula ordenando que estas madres y niños abandonados fueran atendidos y educados por el gobierno colonial, y si era posible averiguar quiénes eran los padres de estos niños, se obligara a éstos a mantenerlos y educarlos.

Asimismo, se dio el abandono de esposas e hijos en España siendo comunes el adulterio y la bigamia con mujeres indígenas o españolas residentes en América. También se dio la suplantación de la esposa radicada en la Península Ibérica por la amante, o bien la unión libre de muchos peninsulares que vivieron amancebados con indias jóvenes sin casarse nunca con ellas a pesar de los hijos procreados.

A pesar de todo lo anterior; los hijos bastardos o ilegítimos tenían posibilidad de mejorar su situación cuando el padre así lo procuraba. Si los hijos eran reconocidos por el padre, tenían acceso a un lugar recocado social y jurídicamente dentro del núcleo novó hispano. Lo anterior no implicaba la equiparación con los hijos legítimos, pero sí le daba a los hijos naturales un sitio de acuerdo a su dignidad de persona.²⁶

Todos estos casos hubieron de ser reglamentados por el nuevo derecho que se fue conformando, para ello fue necesario tomar decisiones sumamente drásticas y en ocasiones injustas.²⁷

Dentro de la nueva reglamentación tuvo que decidir cuál de las esposas debía conservar el hombre, y para ellos debían establecer ciertas reglas.

La Junta Apostólica, en 1524, decidió que cuando se presentaran estos matrimonios plurales, el indio era libre para escoger entre sus “esposas” aquella que iba a serlo bajo el

²⁶En caso de que no hubiera hijos legítimos el hijo bastardo tenía derecho a suceder al padre en la encomienda, siempre que hubiere sido reconocido por éste como tal.

²⁷El esfuerzo de la Iglesia se vio apoyado por los reyes, quienes dictaron una serie de reales cédulas para combatir la poligamia. Tal fue el caso de las Reales Cédulas dictadas por el emperador Carlos I en 1530 y la de éste y los reyes de Bohemia dada en 1551.

rito cristiano. Esta decisión no fue definitiva debido a que hubo opiniones encontradas, por lo que cada caso se resolvía distinto, no hubo uniformidad en la reglamentación.

No fue sino hasta 1537, con la Bula *Altitudo Divini Consilii*, que el Papa Paulo III resolvió definitivamente lo que habría de hacerse en esos casos: el matrimonio celebrado ante la Iglesia católica debía de llevarse a cabo con la primera esposa con la que hubiere contraído matrimonio el indio. En caso de no poder resolver este punto, o dada la situación de que el indio no se acordara quién había sido su primera esposa, éste podía elegir a la que quisiera.

A raíz de estas disposiciones, los hombres indígenas, en su papel de cabeza de familia, fueron bautizados e hicieron bautizar a la mujer que habían elegido como esposa. La esposa tomada en matrimonio bajo el rito católico y los hijos que hubiere procreado el hombre con ésta, serían los poseedores y herederos de sus bienes.

Todas las demás mujeres que había tomado el hombre, dejaron de ser tratadas por igual y pasaron a ser únicamente exconcubinas, quedando tanto ellas como sus hijos desprotegidos y despojados de los derechos que gozaban anteriormente. Fueron marginados de la comunidad y de la familia. De estas familias “ilegítimas” surgieron las primeras concubinas abandonadas y desprotegidas, considerándose a los hijos que hubieren engendrado como “hijos fornezinos”.²⁸

Cuando se trataba de una familia monogámica, la labor de los misioneros se facilitó enormemente, porque lo único que se requería en estos casos es que el hombre se casara con la mujer con la que había estado viviendo, siendo previamente bautizados en la fe de la Iglesia católica, y de esta forma legitimaban tanto a la concubina como a los hijos naturales que hubieren nacido de esta unión. En caso de que la mujer se negara a

²⁸Fornezinos: los nacidos en adulterio, los nacidos como producto de relaciones entre pariente o con grados prohibidos.

convertirse al catolicismo, el hombre tenía derecho a abandonarla junto con sus hijos que seguirían siendo considerados como hijos ilegítimos.

Todo lo anterior contribuyó a la desintegración paulatina de la familia prehispánica y fue dando paso a la lenta conversión de la familia fundada sobre las bases del matrimonio católico monogámico.

A pesar de la labor de la Iglesia católica y de la autoridad civil para evitar conductas inmorales y ajenas a la institución de la familia cristiana peninsular, siguieron habiendo relaciones ilegítimas. El matrimonio cristiano no fue la única unión existente en la sociedad colonial, sino que el concubinato continuó siendo practicado masivamente.

La generalización del matrimonio cristiano en la Nueva España no se dio sino hasta la década de los treinta, una vez que las generaciones empezaron a comprender el verdadero significado del sacramento.²⁹

En efecto, en un principio los indígenas dejaban a sus mujeres ante la exigencia de los misioneros, conservando sólo una; a pesar de ello, seguían conviviendo con las demás esposas clandestinamente, ya que resultaba imposible que abandonaran sus costumbres de un día a otro, y menos por una verdadera convicción cristiana.

2.5.3 Reglamentación en los Códigos Civiles de 1870 y 1884

En México llegó a convivir la legislación secular con la religiosa, y se ve como en la Ley del Registro Civil de 1857, el Derecho Canónico y el Derecho Secular seguían un paralelismo en materia matrimonial, pues el matrimonio religioso era aceptado con el único requisito establecido por la Ley de Registro Civil de 1857, de que los cónyuges o el

²⁹El primer casamiento bajo el rito católico que se dio entre los indios, fue el celebrado el domingo 14 de Octubre de 1526 entre don Hernando Pimentel, hermano del primer señor de Texcoco.

sacerdote registraran el acontecimiento en la oficialía del Registro Civil correspondiente. Las Leyes Reformistas de 1857, en un momento dado quisieron borrar la influencia de la iglesia en la personalidad jurídica del estado y expresan: "Que una sociedad emanada de la voluntad debe ser regulado por el derecho secular independiente de la voluntad eclesiástica."

En el año de 1857 y por ley de 28 de Junio fue cuando definitivamente se segrega la iglesia del estado, en el que los actos como registro de nacimiento y matrimonio que le corresponden a ésta, pasan a ser de la competencia del registro civil.

El mestizo, el indígena y el criollo habían tomado como bandera religiosa a la católica y habían considerado como único y legítimo matrimonio el religioso, de acuerdo con los cánones, por lo que, las uniones realizadas fuera de esta religión eran consideradas ilegítimas y concubinarias.

En el año de 1860, a través de un decreto dictado por Don Benito Juárez en la Ciudad de Veracruz, contempla la Libertad de Cultos y en el año de 1870 mediante el Código Civil que se expide, en cuanto al concubinato se abstiene de comentarlo aunque las uniones libres crecían en número ascendente debido a dos causas. La primera de ellas era el rechazo que siempre tuvo la iglesia al estudio de las uniones libres en nuestro país, y su enorme trayectoria histórica en la legislación eclesiástica, dejó fuera de su órbita a uniones con cohesión familiar, ya que por el solo hecho de no pertenecer a la religión católica eran considerados como concubinarias e ignominiosas. Y la segunda consistía en que cuando el estado le gana la partida a la iglesia, en lugar de armonizar los sistemas matrimoniales y de reconocer efectos civiles a los matrimonios civiles, los considero como uniones concubinarias por la falta de formas civiles.

El Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1870 no regula la figura del concubinato, sin embargo, sí toca el tema relativo a los hijos naturales nacidos como fruto de uniones fuera del matrimonio.

El artículo 370 del mencionado ordenamiento, establece la prohibición absoluta de la investigación de la paternidad, tanto en favor como en contra del hijo.

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

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

En cuanto a la maternidad, el artículo 372 establecía que sólo pueden investigarla cuando:

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

Esto puede indicar que se trata del padre y la madre unidos sexualmente, pero no ligados en matrimonio, situación que se asemeja al concubinato, sin hacer referencia a él.

Las acciones de investigación de paternidad o maternidad sólo podían intentarse en vida de los padres.

El Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de Baja California promulgado el 31 de marzo de 1884, no regula esta figura ni demarca sus límites. Sin embargo, encontramos la palabra “concubinato” en el capítulo V denominado “Del Divorcio”, que en su artículo 228 establece:

El adulterio de la mujer es siempre causa del divorcio; el del marido lo es solamente cuando con él concurren algunas de las circunstancias siguientes:

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

Como se puede observar, aun cuando este Código no reguló el concubinato, sí tiende a confundir el concepto de lo que conocemos actualmente como esta figura con el adulterio, que es un delito cometido por un individuo que se encuentra unido en matrimonio y sostiene relaciones sexuales con persona distinta de su cónyuge.

Si tomamos en cuenta que para que pueda existir la relación concubinaria en la actualidad, tanto el hombre como la mujer deben estar libres de todo impedimento para contraer nupcias, debemos afirmar que es imposible que el concubinato coexista con el delito de adulterio, ya que para que éste se origine, por lo menos una de las dos personas debe estar casada.

El 23 de julio de 1859 se establece la Ley de Matrimonio Civil, en esta tampoco encontramos una regulación del concubinato, no obstante, se le menciona en el artículo 21 de la misma. Este artículo menciona las causas legítimas para el divorcio, entre las que figura la mencionada en la fracción I:

“El adulterio, menos cuando ambos esposos se hayan hecho reos de este crimen, o cuando el esposo prostituya a la esposa con su consentimiento; mas en caso de que lo haga por la fuerza, la mujer podrá separarse del marido por decisión judicial, sin perjuicio de que éste sea castigado conforme a las leyes. Este caso, así como el de concubinato público del marido, dan derecho a la mujer para entablar la acción de divorcio por causa de adulterio.”

De esta disposición, se desprende que el legislador como en otras tantas leyes anteriores y posteriores, equipara la relación concubinaria con el adulterio, que constituía tanto un delito como una causal de divorcio.

Nuevamente, el legislador confundió la figura del concubinato con el adulterio, consagrándolo como una causal de divorcio en el artículo 77, fracción II: “Que haya habido concubinato entre los adúlteros dentro o fuera de la casa conyugal.”

Por la redacción de esta fracción, podemos establecer que al referirse al concubinato, el legislador quiso dar a entender que se trataba de relaciones sexuales extramaritales, entre persona o personas casadas.

Los hijos naturales podían ser reconocidos³⁰ por el padre o la madre, o por ambos, pero siempre que fuera una acción voluntaria de éstos, ya que la investigación de la

³⁰ De acuerdo con el artículo 188 de la Ley de Relaciones Familiares de 1917, el reconocimiento “es el medio que la ley otorga para comprobar las relaciones de parentesco entre los padres y los hijos habidos fuera de matrimonio”.

paternidad quedaba prohibida absolutamente, tanto en favor como en contra del hijo. Esta prohibición tuvo dos excepciones:

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

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

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

Para que pudiera darse un reconocimiento de hijo natural por parte de una mujer casada, se requería de la autorización del marido de ésta. Por el contrario, el hombre podía reconocer al hijo sin necesidad de autorización de su cónyuge, pero sí debía contar con esa autorización si pretendía llevar al hijo a vivir al domicilio conyugal.

2.6 ÉPOCA ACTUAL

La propagación de esta forma de vinculación entre las parejas en la sociedad actual ha ido aumentando al paso del tiempo. Es indudable que el concubinato, aunque para

algunos no es la forma ideal de formar una sociedad, sí constituye una vía para constituir una familia. Inclusive, una de las formas de constituir el concubinato es formando una familia.

El Código de 1928 reconoce “que hay entre nosotros, sobre todo en las clases populares, una manera peculiar de formar la familia: el concubinato. Se habían quedado al margen de la ley los que en tal estado vivían; pero el legislador no debe cerrar los ojos para no darse cuenta de un modo de ser generalizado en algunas clases sociales, y por eso en el anteproyecto se reconoce que produce algunos efectos jurídicos el concubinato, ya en bien de los hijos, ya en favor de la concubina, que al mismo tiempo es madre, y que ha vivido por mucho tiempo con el jefe de familia.”³¹

Del reconocimiento de esta peculiar forma de constituir la familia se derivan algunos efectos, que originalmente eran los siguientes: otorgar a la concubina sobre viviente la pensión alimenticia en caso de necesidad (Artículo 1368 Fracción V); se organiza la sucesión de la concubina (Artículo 1635); se permite la investigación de la paternidad en caso de concubinato (Artículo 382 Fracción III).

Los anteriores presupuestos del legislador permanecen hasta 1974, fecha en la cual se igualan al varón y a la mujer sin reconocer la diferencia sexual. Posteriormente, en 1983, se modifica el artículo 1635 del Código Civil para el Distrito Federal, para incorporar al concubinario con derecho a la herencia igualándola con la que se deriva del matrimonio. Adicionalmente, siguiendo los antecedentes de algunos códigos de la república se otorgan alimentos a ambos concubinos.

³¹ Galindo Garfias, Ignacio; Obra Citada.

En la exposición de motivos del Código Civil de 1928, se comenta: “Hay entre nosotros, sobre todo en las clases populares, una manera peculiar de formar la familia: el concubinato.”

Debemos considerar que si el concubinato era “muy generalizado en algunas clases sociales” en esa época, hoy en día lo es todavía más y, por lo tanto, es importante reglamentarlo más detalladamente.

Por lo que en Mayo del año dos mil, el Capítulo XI “Del concubinato” sufrió reformas en el plazo requerido para que se constituya el concubinato, ya que a partir de esa fecha basta como período mínimo de dos años que los concubinos hayan vivido en común en forma constante y permanente para que se establezca éste, así mismo se reformó el artículo 1635 con respecto a la sucesión de los concubinos.

Aún con la evolución que ha habido en la reglamentación del concubinato, desde el punto de vista jurídico aparece, o repudiado enérgicamente o admitido con alternativas, existe una diversidad de juicios y posturas extremas que van desde el repudio total, hasta quienes lo acogen con un reconocimiento semejante al matrimonio. “La actitud que debe asumir el Derecho en relación con el concubinato, constituye, a no dudarlo, el problema moral más importante del Derecho de Familia.”³²

En este mismo sentido, debe de tomarse en cuenta la evolución de las figuras jurídicas como las sociedades de convivencia, cuya analogía o puntas de contacto con el concubinato, desde luego lo impactan y hacen necesario reevaluar el régimen jurídico que regula al concubinato, lo que se hará más adelante.

³² Herrerias Sordo Maria del Mar; Obra Citada.

CAPÍTULO 3

REQUISITOS LEGALES Y NATURALEZA JURÍDICA

3.1 REQUISITOS LEGALES

De acuerdo al Código Civil para el Distrito Federal, el concubinato en México tiene los siguientes rasgos característicos:

- a) Que los concubinos hayan vivido juntos como si fueran cónyuges.

A la palabra “juntos” se le pueden dar diferentes interpretaciones, por un lado, podemos entender juntos se refiere a que vivan como una pareja, con una actitud de como si se encontraran casados, también podemos entenderlo en el sentido de que deben vivir en un mismo lugar. Además, se exige que deban vivir como si fueran cónyuges, y en el matrimonio lo más usual es que la pareja tenga una residencia común.

La interpretación que se le debe dar a esta disposición es que los concubinos deben cohabitar en un mismo lugar.

- b) Durante los dos años que precedieron inmediatamente a su muerte, esto con relación a lo señalado en la fracción V del artículo 1368 del Código Civil para el Distrito Federal, recordemos que este artículo se reformó el 25 de Mayo del año 2000, al modificarse en la misma fecha los numerales 291 Bis y 1635, toda vez que anteriormente se requería que los concubinos hayan vivido en forma constante y permanente por un periodo mínimo de cinco años.

En esta parte se habla de la muerte del concubinario o de la concubina porque este artículo se encuentra dentro del Libro Tercero del Código Civil que se titula “De las

sucesiones”, los dos años aplican en cualquier circunstancia como la temporalidad mínima de permanencia para que la unión sea considerada como un concubinato.

Uno de los grandes problemas que se suscitan con la temporalidad de dos años es el determinar a partir de qué momento se computan estos, ya que no existe una certeza absoluta del momento en que se inició la vida en concubinato, y mucho menos si los concubinos iniciaron su relación con espaciamientos de tiempo durante la convivencia.

La Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha manifestado: “El concubinato es la unión libre de mayor o menor duración, pero del que no puede obtenerse un conocimiento cierto y verídico en un instante y menos cuando no se penetra al interior de la morada de los concubinos, para cerciorarse de la presencia de objetos que denoten la convivencia común”.

c) Cuando hayan tenido hijos en común.

El concubinato tiene dos formas de constituirse: o bien por la duración mínima de dos años o bien cuando los concubinos hayan procreado hijos en común. En caso de que hubieran nacido hijos de esta unión, no se requerirá un tiempo determinado de duración de la relación.

d) Siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato.

No puede hablarse de la existencia de una relación concubinaria si alguno de los concubinos ha contraído matrimonio y éste subsiste, pues es requisito ser soltero.

De los requisitos que exige la ley para que el concubinato produzca sus efectos y sea reconocido como tal, podemos deducir las siguientes características:

3.1.1 Temporalidad

Para considerar que el concubinato es fuente generadora de algunos efectos jurídicos determinados, es decir, de específicos derechos y deberes, con la consecuente posibilidad de poderlos ejercer, incluso en la vía judicial, es indispensable satisfacer un requisito mínimo de tiempo de convivencia, esto es un plazo específico de cohabitación de la pareja concubinaria.

Como primera regla, se exige que la cohabitación entre concubina y concubinario sea por un plazo mínimo de dos años continuos, permanentes no interrumpidos. Sin embargo, como segunda regla, se establece que también adquiere plena eficacia jurídica el concubinato, para todos los efectos previstos en la ley, a partir del nacimiento del primero o único hijo que procreen, entre sí, con independencia del tiempo transcurrido desde el momento en que la pareja inició su vivencia en común, bajo el mismo techo de consumo, hasta el día del nacimiento de su primogénito.

3.1.2 Continuidad

En los miembros de la pareja concubinaria debe existir el ánimo incuestionable de formar, de una vez y de forma permanente, una nueva familia; de unir sus esfuerzos y recursos, para llevar en común la vida.

La convivencia seria, firme y decidida de la pareja heterosexual, debe ser además continua, sin interrupción, constante y permanente, tanto en el tiempo como en el ámbito social de convivencia, con la finalidad de formar una nueva familia. La vida en común de la pareja unida en concubinato debe gozar de estabilidad, de tal manera que no resulte una simple cohabitación transitoria, accidental, eventual o casual.

Esta característica le da solidez y estabilidad a la figura del concubinato, ya que se requiere que los dos años de convivencia sean constantes, sin interrupciones. No podemos aceptar un concubinato en el que los miembros se separan constantemente dejando de convivir durante largos intervalos de tiempo, ya que en este caso estaríamos ante meras relaciones sexuales sostenidas esporádicamente y que no producen ningún efecto jurídico.

Aunque no existen criterios para determinar por cuánto tiempo pueden permanecer separados los concubinos sin que se rompa esta figura, algunos autores han intentado proponer soluciones al problema:

Por su parte, el doctrinario español Eduardo Estrada Alonso refiere que en muchas ocasiones alguno de los concubinos se ve obligado a residir en otra parte, ya sea por razones laborales, militares, presidiarias o cualquier otra, y que no por ello se le va a negar todo efecto jurídico a esta relación.

Para dicho autor, no puede identificarse la convivencia de los concubinos con la cohabitación a ultranza, por lo tanto si la separación no va acompañada de una voluntad real de disolver la relación concubinaria, ésta no tiene por qué considerarse desintegrada.

La continuidad del concubinato debe demostrarse, no tanto por la convivencia material, sino por la voluntad real de estar juntos.

El maestro Manuel Chávez Asensio considera que cuando la convivencia en forma marital es intermitente, aun cuando se dé en lapsos largos de tiempo, no configura el concubinato.

Habría que determinar cuánto tiempo se requiere en las separaciones de los concubinos para considerar que la convivencia es intermitente aunado a la causa de ésta. No existe ningún criterio jurisprudencial ni disposición alguna en nuestras leyes para determinar si la relación es continua.

No podemos desconocer o ignorar una relación concubinaria que ha sido sólida, en la que se ha dado la convivencia entre los concubinos como si fueran marido y mujer sólo por el hecho de que se hayan separado esporádicamente por razones justificadas que son ajenas a su voluntad. Siempre que la constante de la relación sea la vida juntos y las separaciones se den excepcionalmente sin que exista la voluntad de suspender o dar por terminada la relación concubinaria, podemos considerar que ésta continúa y es voluntad de los concubinos permanecer así unidos.

Cuando las separaciones son la constante en la relación y la cohabitación se da excepcionalmente, no estaremos en presencia de la figura del concubinato, sino de las relaciones sexuales esporádicas que pueden darse entre cualquier pareja que no se encuentra casada.

Cuando el tiempo de convivencia es superior al tiempo que duran las separaciones, podemos considerar que sí existe el concubinato.

Es necesario resaltar que las causas de separación deben ser ajenas a la voluntad de los concubinos y que no debe existir la posibilidad de que el que se separa lleve al otro consigo. Por ejemplo un cambio del lugar de trabajo a un lugar insalubre.

3.1.3 Heterosexualidad

Si hacemos una interpretación literal del artículo 1635 del Código Civil para el Distrito Federal, nos daremos cuenta que habla de que “la concubina y el concubinario tienen derecho a heredarse recíprocamente...” Ante esto, hay que afirmar que está dando por entendido que el concubinato es una unión que se forma por un hombre y una mujer, por lo que será imposible hablar de concubinato entre personas del mismo sexo. La ley no reconoce las uniones homosexuales como generadoras de concubinato, pero sí pueden darse bajo las reglas de la Ley de Sociedad en Convivencia para el Distrito Federal.

A esto hay que agregar que el código exige que los concubinos vivan “como si fueran cónyuges”, como si se encontraran unidos en matrimonio, y en la legislación mexicana, el matrimonio se encuentra constituido por un solo hombre y una sola mujer y nunca por dos personas del mismo sexo, por lo que se deduce que el concubinato es una unión heterosexual.

3.1.4. Procreación

El concubinato puede constituirse al procrear uno o más hijos, insistiendo siempre en que el hombre y la mujer vivan bajo el mismo techo como si fueran marido y mujer.

Se establece que también adquiere plena eficacia jurídica, para todos los efectos previstos en la ley, a partir del nacimiento del primero o único hijo que procreen, entre sí, con independencia del tiempo transcurrido desde el momento en que la pareja inició su vivencia en común, bajo el mismo techo y de consumo, hasta el día del nacimiento de su primogénito.

Este criterio, contenido en el respectivo texto legal, ha sido asumido por diversos Tribunales, al resolver los asuntos sometidos a su conocimiento y decisión; tal es el caso del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, el cual, al resolver, por unanimidad de votos, el juicio de amparo en revisión 1644/98, estableció la siguiente tesis aislada: **CONCUBINATO, SUS ELEMENTOS EN LA HIPÓTESIS DE QUE EXISTAN HIJOS, PARA QUE LOS CONCUBINOS PUEDAN HEREDARSE.** Del artículo 1635 del Código Civil para el Distrito Federal, se desprenden dos hipótesis para que una persona pueda ser considerada concubina o concubinario y tenga derecho a heredar; la primera se da cuando los concubinos han vivido juntos haciendo vida marital durante los cinco años que precedieron inmediatamente a la muerte de uno de ellos; -hoy dos años- la segunda se refiere al supuesto en que se hayan procreado uno o más hijos entre los concubinos. Esta última hipótesis no exime del primer elemento, o sea la convivencia entre los padres, como si fueran cónyuges, ya que el simple nacimiento de un hijo no da lugar a presumir la existencia del concubinato, pues el hijo pudo ser producto de una relación transitoria, lo que definitivamente no da lugar a que se produzcan las consecuencias jurídicas que establece el citado artículo 1635; y lo único que el numeral significa, al señalar la segunda hipótesis -cuando haya habido hijos- es que entonces no es exigible que se cumpla cabalmente el término de cinco años de convivencia marital, pues basta con un lapso menor, con tal, siempre, que se demuestre objetivamente ese propósito de formar una unión más o menos estable, permanente, y su subsistencia inmediatamente anterior a la muerte del concubinario.

3.1.5 Publicidad

Este requisito implica que quienes viven en concubinato deben ostentar públicamente su relación, esto no necesariamente quiere decir que deban de dar a conocer a quienes

los rodean diariamente su situación de concubinos, sino que deberán aparecer públicamente dándose un trato de marido y mujer. A este respecto, algunos autores como Puig Peña han exigido que para el reconocimiento de las uniones concubinarias deben darse:

- a) Nombre: que los convivientes utilicen el mismo apellido.
- b) Trato: que los concubinos se traten como si fueran marido y mujer, que se comporten como tales.
- c) Fama: que los concubinos se presenten como esposos ante terceros. En cuanto a la fama hay que destacar que se refiere a que se ostenten como si fueran marido y mujer ante las demás personas, pero no se necesita manifestar verbalmente a terceros que están unidos en matrimonio.

El maestro Chávez Asencio, opina que una de las formas de probar la existencia del concubinato, es la posesión de estado de concubinos y ésta está integrada por el nombre, el trato y la fama.

El único requisito que adquiere gran relevancia es el trato marital que se dé entre ellos, y que este trato sea abierto ante terceros, ya que de lo contrario será imposible probar que existió el concubinato.

Es claro que al aludir a la conducta socio-jurídica de la pareja concubinaria, como elemento externo u objetivo para la existencia del concubinato, lo único que se pretende decir es que la convivencia voluntaria de la pareja es y debe ser a la luz pública, actuando ambos, como auténticos miembros fundadores e integrantes de una nueva familia, de una nueva célula de la sociedad.

3.1.6 Fidelidad

Aunque la infidelidad en el concubinato no está sancionada por nuestras leyes, la prohibición está implícita en la naturaleza de esta figura. La fidelidad en el concubinato constituye un deber moral, porque carece de sanción en la ley, sin embargo el hombre y la mujer deben entregarse únicamente a su pareja.

La falta de cumplimiento de este deber no conlleva a una sanción jurídica directa, pero se supone que debe cumplirse de forma espontánea y voluntaria, por la simple razón de que los compañeros están convencidos de que en su relación deben respetarse mutuamente en aras del sentimiento que los une.

Además, el deber-derecho tiene mucho mayor trascendencia en el concubinato que en el matrimonio, debido a la necesidad jurídica de relación singular o única de la pareja, con exclusión total de la pluralidad de hombres o de mujeres o de ambos para la acreditación de la vida en común como marido y mujer; este tipo de relación jurídica solo puede surgir y subsistir si se da entre un solo hombre y una sola mujer.

3.1.7 Ausencia de toda formalidad

Una de las principales diferencias entre la unión concubinaria y el matrimonio, es precisamente que el último es solemne, en él, el incumplimiento de las formalidades establecidas por la ley originan la inexistencia del mismo, mientras que el concubinato carece de toda formalidad, se inicia con la simple manifestación de la voluntad de los concubinos. La legislación mexicana no habla en ningún momento de las formalidades del concubinato, sino que basta con que cumpla con determinados requisitos que ya se han mencionado para que produzca efectos jurídicos.

Además no se requiere como elemento indispensable su inscripción en el Registro Civil, el cual, en todo caso, debería ser opcional para los concubinos durante su vida concubinaria.

Pretender, que la celebración o existencia del concubinato se formalice a través de su inscripción en el Registro Civil, ya sea a petición directa de los sujetos legitimados para ese efecto o en cumplimiento de una sentencia judicial significa volver a crear requisitos formales, trámites burocráticos, pagos de derechos fiscales al estado y otras situaciones molestas u onerosas, de las que probablemente han querido escapar los concubinos o bien que no han podido cumplir por ignorancia, razones económicas e incluso por rebeldía de los concubinos.

De no mantener la ausencia de formalidades jurídicamente obligatorias, situación que seguramente constituye una circunstancia favorable para los interesados, debido a las facilidades que ello significa para su unión, probablemente los ahora concubinos abandonarán esta forma de convivencia moral, singular, seria, constante y permanente, sancionada por el derecho, con la finalidad de buscar nuevos medios sencillos, menos formales, complicados y costosos, desde el punto de vista económico y jurídico, para formar una familia.

Además, carece de toda razón exigir que el concubinato sea inscrito en el Registro Civil. No se trata de establecer requisitos y trámites burocráticos para equiparar al concubinato con el matrimonio. La finalidad esencial del estudio y regulación del concubinato consiste en ubicarlo adecuadamente en el ámbito del Derecho. Que el acuerdo de voluntades entre concubina y concubinario no quede al margen de la ley; porque aun cuando fuese verdad que ellos quisieran prescindir del sistema normativo, el Derecho no lo debe permitir, el Derecho no se debe desentender de ellos, debe atraerlos

hacia sí, porque el Derecho, entre otros objetivos, tiene el de ordenar lo que existe desordenado en el ámbito social, en el mundo de los hechos.

3.1.8 Vida en consuno

La relación concubinaria implica un comportamiento conyugal de quienes la integran, por lo que resulta obvio que para que ésta cumpla con este requisito, es necesaria la unión carnal entre los concubinos, ya que de lo contrario, los efectos jurídicos que se le reconocen al concubinato, se extenderían a todo tipo de convivencias que pueden darse entre hombres y mujeres, por ejemplo la prevista, entre otras, por la Ley de Sociedades en Convivencia para el Distrito Federal.

Además, al ser la procreación una de las vías para que se constituya esta figura, es indispensable que se haya entablado una relación sexual.

Dentro de esta característica, existe una excepción: las uniones de personas de edad avanzada que por el paso del tiempo no tienen la aptitud o capacidad física necesaria para tener relaciones sexuales. En efecto, no podemos negarle efectos jurídicos a una relación continua y estable, sólo por el hecho de que no medien relaciones sexuales entre la pareja, ya que esto constituiría una injusticia y una situación de desigualdad para las personas de la tercera edad que deseen vivir bajo esta figura, aun cuando exista la posibilidad de que se avengan a la unión regulada por la Ley de Sociedades en Convivencia para el Distrito Federal.

3.2 NATURALEZA JURÍDICA

Para determinar la naturaleza jurídica del concubinato, es preciso saber cómo está definida esta figura en nuestras leyes, concretamente en el Código Civil.

Podría decir que el concubinato es tratado por el Código como un hecho jurídico aislado al cual sólo se le reconocen algunos efectos como los derechos sucesorios y el derecho de alimentos.

Dentro del capítulo VI, “De la Sucesión de los Concubinos”, el artículo 1635 del Código Civil para el Distrito Federal, establece lo siguiente: “La concubina y el concubinario tienen derecho a heredarse recíprocamente, aplicándose las disposiciones relativas a la sucesión del cónyuge”.

Como se puede apreciar, el citado artículo no tiene como finalidad definir al concubinato, sino que el contenido del mismo va dirigido a reglamentar el derecho que tienen los concubinos a heredarse recíprocamente, y es por ello que el legislador se vio obligado a establecer claramente las condiciones bajo las cuales hubieron de vivir los concubinos para adquirir estos derechos sucesorios.

Se le reconocen al concubinato ciertos efectos respecto de los concubinos así como de los hijos procreados en este tipo de unión, pero no se desprende que a esta figura se le reconozca como un acto jurídico, o como un hecho jurídico, ni mucho menos como una institución.

A continuación se explican los argumentos que llevan a afirmar esto:

a) El concubinato como institución:

La palabra institución deriva del vocablo latino *institutio* que significa “poner”, “establecer” o “edificar”, “regular” u “organizar”; o bien “instruir”, “enseñar” o “educar”.³³

³³ *Diccionario Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Editorial Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, tomo I, 2006, Pág. 1745.

Para Maurice Hauriou, la institución “es una idea de obra que se lleva a cabo en un medio social, y cuya realización y supervivencia requieren de una organización y de un procedimiento”.

La institución está integrada por elementos transitorios, que son los sujetos integrantes de la sociedad y los elementos permanentes, que son los que dan a esa sociedad su carácter de estabilidad y permanencia.

Si tratamos de establecer los puntos de contacto que hay entre la definición que nos da Hauriou y lo que en la práctica es el concubinato, podemos concluir que el concubinato es un fenómeno que se ha ido dando espontáneamente a través de los tiempos, pero no siempre tiene el mismo patrón, en algunas legislaciones se le reconocen algunos efectos y en otras sus efectos son diferentes; en algunos lugares se le llega equiparar al matrimonio, en otros más, esta figura es tolerada pero no está totalmente aceptada ni regulada.

El concubinato no cuenta con un procedimiento específico que indique como debe llevarse a cabo, caso totalmente opuesto lo es el matrimonio para el cual el Código Civil señala los pasos a seguir para contraerlo, los requisitos con los que deben cumplir los consortes para poderse unir en matrimonio, la forma de su celebración, e inclusive existen normas que establecen la manera en que habrá de disolverse éste.

Para el concubinato no hay normas que regulen la forma en que se deberá llevar a cabo, e incluso uno de los problemas más comunes que presenta esta figura en la vida diaria es el de determinar cuándo se inició la relación concubinaria.

En virtud de las anteriores afirmaciones, se puede concluir que el concubinato carece de organización, que es otro de los elementos de la institución definida por Maurice Hauriou.

Es inaceptable afirmar que el concubinato constituya una estructura que aporte estabilidad y permanencia a la sociedad, porque es la figura del matrimonio la que permite que exista una sociedad sana y fuerte.

¿Cómo podemos aceptar que una relación en la que no existe un compromiso formal de vida pueda originar una sociedad sólida y permanente? Aun en el caso en que el concubinato se constituya por una temporalidad mínima de dos años, la continuidad de la relación puede romperse fácilmente sin mayores consecuencias en el momento en que así lo deseen los concubinos.

Con la anterior afirmación, no se pretende decir que el matrimonio en la práctica sea eterno, sin embargo, en él hay un compromiso de vida en común mucho más serio y sólido que para disolverse requerirá del procedimiento especial del divorcio, y en el que los cónyuges se verán obligados a evaluar seriamente la decisión de separarse. En él también intervienen la autoridad judicial, quien intentará en las juntas de avenencia si así fuere el caso, hacer reconsiderar sobre esta posición a quienes pretendan separarse.

De acuerdo con la definición del *Diccionario Jurídico Mexicano*, la permanencia, durabilidad u organización, es generalmente un elemento característico de la institución, con independencia de si ésta es de origen espontáneo o previsto. El origen espontáneo del concubinato no lo excluye de ser una institución, tampoco puede asegurarse la permanencia de ésta, ya que como se ha establecido, la permanencia del concubinato depende del arbitrio de los concubinos, en el momento que así lo deseen.

b) El concubinato como acto jurídico

Las doctrinas más importantes del acto jurídico son la francesa y la alemana, por lo que a continuación se exponen brevemente:

En cuanto a la teoría francesa, uno de sus exponentes más importantes fue Bonnetcase, quien define el acto jurídico como “manifestación exterior de voluntad bilateral o unilateral”.

Según este autor, el acto jurídico consta de dos elementos:

1. El psicológico, voluntario, personal, y
2. El formado por el derecho objetivo.

El acto jurídico radica en la conducta del ser humano, siempre que haya una manifestación de voluntad, con la intención de producir consecuencias jurídicas, debiendo existir una norma jurídica que sancione la manifestación de la voluntad y los efectos deseados por su autor.

Para Ripert Boulanger los actos jurídicos son aquellos “actos que se llevan a cabo para realizar uno o varios efectos de derecho; son llamados jurídicos a causa de la naturaleza de sus efectos”.

De acuerdo a esta teoría el acto jurídico es una manifestación exterior de voluntad que se realiza con el fin de crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones, y que produce los efectos deseados por su autor.

Para la doctrina francesa, el acto jurídico se diferencia del hecho jurídico en que el primero, la voluntad no sólo está encaminada a la realización del acto, sino también a la

producción de los efectos jurídicos contemplados por la ley. En el hecho jurídico voluntario, existe la voluntad de realizar el acto, pero su autor no busca las consecuencias jurídicas que derivarán de su verificación.

Para la doctrina alemana, dentro del hecho jurídico *lato sensu*, se encuentra el hecho jurídico *stricto sensu* y el acto jurídico. Este último, se divide a su vez en dos especies:

1. Acto jurídico *stricto sensu*: es todo acontecimiento voluntario al cual el ordenamiento legal le ha señalado ciertas consecuencias que se verificarán con su realización.
2. Negocio jurídico: es la declaración de la voluntad que va encaminada a producir determinados efectos jurídicos que el ordenamiento legal reconoce y garantiza, y a través de los cuales los particulares regulan sus propios intereses.

La principal característica del negocio jurídico radica en que la voluntad está dirigida de manera consciente a la producción de efectos jurídicos.

De acuerdo con la teoría alemana, tanto en el acto jurídico *stricto sensu* como en el negocio jurídico interviene la voluntad, en el primero las modificaciones en las diferentes situaciones jurídicas no dependen de la voluntad del sujeto, sino de la ley; en el segundo la manifestación de la voluntad está encaminada con la intención de producir consecuencias jurídicas.

Para el licenciado Rafael Rojina Villegas, el acto jurídico “es una manifestación de voluntad que se hace con la intención de producir consecuencias de derecho, las cuales son reconocidas por el ordenamiento jurídico”.³⁴

De esta definición, podemos desglosar tres elementos principalmente:

1. Es una manifestación de voluntad.

En el matrimonio podemos decir que esta manifestación de voluntad debe ser expresa y debe exteriorizarse cumpliendo una solemnidad, cuya ausencia puede originar la inexistencia del mismo. A *contrario sensu*, aunque el concubinato se constituye habiendo la voluntad de los concubinos la misma puede ser expresa o tácita; ésta sólo se refiere a su relación, a la convivencia, ya sea por razones económicas, de vivienda o afectivas, pero no podemos decir que exista el elemento voluntad desde la perspectiva jurídica. La voluntad se enfoca únicamente al querer vivir juntos compartiendo techo, gastos y vivencias. Los concubinos no se plantean las consecuencias jurídicas que pueden derivar de esa relación, sino que únicamente los une el deseo de convivir.

2. Se hace con la intención de producir consecuencias de derecho.

En el acto jurídico se da una manifestación de la voluntad, en la que las partes buscan las consecuencias de derecho que se originen de dicha manifestación.

No es esencial que el sujeto mida el alcance de absolutamente todas las consecuencias que pueda producir esa manifestación de la voluntad, basta con que el sujeto esté consciente de que en virtud de la manifestación de su voluntad se van a producir consecuencias de derecho.

³⁴ Rojina Villegas Rafael, *Compendio de Derecho Civil 1*, Introducción, Personas y Familia, Trigésima Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México. D.F. 2008, 540 Páginas.

Ejemplo de lo anterior es el matrimonio, considerado como un contrato, en el que se da el acuerdo de voluntades manifestadas expresamente ante la autoridad competente, en el que los cónyuges están conscientes de que a raíz de la celebración de éste, se originarán entre ellos derechos, deberes y obligaciones recíprocas, y éstos son aceptados libremente por ellos. Los cónyuges están conscientes de que del matrimonio derivan determinadas consecuencias previstas por la ley.

Del concubinato también surgen determinados derechos y deberes, tales como el derecho sucesorio, el derecho a la indemnización en caso de fallecimiento por accidente de trabajo del concubinario o la concubina o el deber de alimentos, éstos son sólo algunos efectos que reconocen las leyes y muchas veces, el hombre y la mujer toman la decisión de vivir juntos en concubinato sin que previamente estén enterados de los derechos que confiere la ley a quien vive bajo esta figura, e incluso sin perseguir alcanzar tales derechos.

Los concubinos no se unen con el fin de producir efectos de derecho, lo que buscan es cohabitar como si fueran marido y mujer sin estar atados a un compromiso formal de vida, su voluntad no va encaminada a producir consecuencias jurídicas.

La mayoría de las parejas que viven en concubinato, lo hacen porque no desean comprometerse formalmente como lo exigiría el matrimonio.

3. Consecuencias reconocidas por el ordenamiento jurídico.

Un ejemplo de esto, es la celebración de un contrato de compraventa, en el cual la ley determina quienes son las partes en este contrato, señala cuales son los derechos y obligaciones de cada uno de ellos, determina cuales son las consecuencias del incumplimiento de cada uno de los que intervienen, establece la forma en que se deberá

llevar a cabo y señala a partir de que momento se entiende que nace el contrato de compraventa.

Lo mismo sucede en el caso del matrimonio, en el cual se dan efectos jurídicos o consecuencias de derecho entre los cónyuges, en relación a los hijos, de carácter patrimonial, así como en relación a la sociedad y al estado.

En el concubinato la ley reconoce algunos efectos a esta unión, pero no regula absolutamente todas las hipótesis que se presentan en la práctica.

Hay muchas consecuencias que no se encuentran previstas por la ley y que constituyen lagunas que el legislador no previó o no quiso reglamentar.

c) El concubinato como hecho jurídico

El hecho jurídico es el acontecimiento puramente material o de la naturaleza, o bien aquel en que se da una intervención del hombre, que genera consecuencias de derecho, sin que exista la intención de crear esas consecuencias.

Los hechos jurídicos *stricto sensu* se dividen en:

- a) Material o de la naturaleza: es el acontecimiento que se verifica sin que haya intervención de la voluntad y que crea, transmite, modifica o extingue derechos y obligaciones. Ejemplo: un terremoto.
- b) Voluntario: son los sucesos que producen consecuencias de derecho y en cuya realización interviene la voluntad, sin que ésta intervenga en la producción de las consecuencias de derecho. Ejemplo: la gestión de negocios.

En este acontecimiento de la naturaleza o del hombre no se da la intención de originar consecuencias de derecho, y esa es la principal diferencia con el acto jurídico.

Respecto del hecho jurídico también es importante definir brevemente las posiciones de los doctrinarios franceses y alemanes:

La doctrina francesa ha considerado a los hechos jurídicos como aquellos acontecimientos naturales o del hombre que originan consecuencias de derecho.

Bonnecase considera que el hecho jurídico es “un acontecimiento puramente material, tal como el nacimiento o la filiación, o acciones que fundadas en una realidad de Derecho, generan situaciones o efectos jurídicos, aun cuando el sujeto de este acontecimiento o de estas acciones no haya tenido, ni podido tener, deseo de colocarse bajo el imperio del Derecho”.³⁵

La doctrina francesa, hace, a su vez, otra clasificación de los hechos jurídicos voluntarios:

- a) lícitos: Son los cuasicontratos.³⁶
- b) ilícitos: Son los delitos y cuasidelitos.³⁷

Para la doctrina alemana, el hecho jurídico *stricto sensu*, se reserva para calificar a los acontecimientos en cuya realización no interviene la voluntad.

³⁵ Herrerías Sordo María del Mar; Obra citada.

³⁶ Son los hechos de una persona permitidos por la ley, que la obligan hacia otra, o que obligan a la otra hacia ella, sin que entre ellas exista ningún acuerdo. Bonnecase nos da el ejemplo de la persona que por error hace un pago que no debe. Esto obligará a la persona que recibió ese pago a devolverlo, aun cuando no medie un acuerdo sobre la restitución.

³⁷ Pothier denomina delito al hecho por el que una persona por dolo o malicia, causa daños o perjuicios a otra. En los delitos y cuasidelitos, el hecho de donde éstos nacen, no se encuentra permitido por las leyes, sino que constituyen hechos condenables.

La diferencia entre esta y la teoría francesa, radica en que la última sí reconoce al hecho jurídico en el que interviene la voluntad, calificándolo como “hecho voluntario”.

Para la doctrina alemana, aquellos acontecimientos en los que interviene la voluntad, entran en la categoría de actos jurídicos.

El concubinato, puede catalogarse como un hecho jurídico del hombre, porque es un hecho originado por el ser humano que no pretende ir más allá del querer entablar una relación sin ataduras ni compromisos de ninguna especie.

3.3 CAUSAS DE LA UNIÓN CONCUBINARIA

Las causas que en nuestro país concurren a la existencia de las uniones concubinarias son:

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

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

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

2. Culturales: Se señala como causa de la unión concubinaria la falta de desarrollo educacional.

Pero las mejores enseñanzas no podrán hacer disminuir apreciablemente las uniones concubinarias, si no van acompañadas de soluciones que aseguren al hombre la solidez económica necesaria para organizar una familia sin angustias ni temores.

Además una de las causas que ha hecho que las uniones concubinarias proliferen es que el matrimonio en las sociedades modernas no es más que una forma del intercambio entre dos individuos, no garantizando la reciprocidad integral para las partes en presencia, pero por lo menos, es la finalidad de alcanzarla.

Dicha reciprocidad no se da debido a que la autoridad del marido en la pareja se eleva con su nivel de educación, su salario y su calificación profesional.

La autoridad de la mujer es la misma que la del marido, particularmente cuando ella ejerce una actividad profesional. En los intercambios matrimoniales, la ventaja en el plano de la decisión pertenece a quien aporte más recursos en sus relaciones conyugales.

Scanzoni cree que la satisfacción de la esposa, que resulta de la posición del marido en el sistema económico, la lleva a responder positivamente a este último (mediante la realización de las tareas domésticas y la expresión de afecto), lo cual, a su vez, da nacimiento a un ciclo continuo de gratitud y de intercambios.

Se puede pensar que la mujer casada trabajadora desearía recibir la ayuda del marido en relación con las tareas domésticas a cambio de su participación en el rol económico. El hecho de que los sentimientos del hombre y de la mujer de hoy en día estén todavía modelados por el *Homo economicus*, procede tal vez de que responden a las exigencias de reciprocidad que fueron, en las sociedades anteriores a la aparición de la moneda, y de la producción de mercaderías, la ley del intercambio entre dos clanes, manifestada claramente con ocasión del matrimonio.

El hecho de que una parte de la sociedad rechace el matrimonio, que a sus ojos está demasiado manchado por valores mercantiles, para reivindicar el derecho a vivir en concubinato, confirma su búsqueda de la reciprocidad total en la pareja.

Si la élite femenina se revela hoy contra el matrimonio y preconiza el concubinato, lo hace porque no quiere reducir el intercambio en la pareja a un intercambio de roles masculinos y femeninos, intercambio en el que la mujer cambia su encanto y sus servicios domésticos por la protección y la dependencia económica respecto al marido.

La mecanización de las tareas domésticas que van siendo progresivamente tomadas a cargo por la sociedad, ya no hacen indispensable el rol de la mujer en casa, lo que ha quedado reducido a polvo. Aparecen nuevas formas de intercambio en la pareja, lo que da lugar a nuevos tipos de unión. Es por otra parte sintomático que las figuras femeninas, practiquen abiertamente la unión concubinaria.

3.4 DIFERENCIA ENTRE MATRIMONIO Y CONCUBINATO

Como ya se ha determinado anteriormente, la célula básica de una sociedad es la familia, siendo la unión matrimonial la manera más sana y adecuada de constituirla. De ahí deriva la importancia del matrimonio, figura regulada minuciosamente en nuestras leyes y promovida por el Estado.

Esta figura es considerada bajo diferentes perspectivas, algunos autores lo han clasificado como una institución jurídica, otros como un contrato y otros más como un estado civil, en cada una de estas perspectivas, el matrimonio se define de diferente manera:

Para el maestro De Pina Vara, el matrimonio es “la unión legal de dos personas de distinto sexo, realizada voluntariamente, con el propósito de convivencia permanente, para el cumplimiento de todos los fines de la vida”.

Manuel Chávez Asencio lo define como “un compromiso jurídico, público y permanente de vida conyugal”.

En el *Diccionario Jurídico Mexicano*, encontramos al matrimonio definido como “una institución o conjunto de normas que reglamentan las relaciones de los cónyuges creando un estado de vida permanente derivado de un acto jurídico solemne.”

Por otra parte, si consideramos que el matrimonio es un contrato civil, se aplican a esté los requisitos de existencia y de validez que rigen para todos los actos jurídicos.

Elementos de existencia del matrimonio.

1. *Consentimiento.*

El querer de cada una de las partes que intervienen en el matrimonio es la voluntad, y la voluntad de cada una de ellas que se encuentra correlacionada con la de la otra recibe el nombre de consentimiento.

Es la manifestación externa de la voluntad de los consortes ante el Juez del Registro Civil. El consentimiento se forma de la voluntad manifestada de forma libre y conciente, misma que se expresa en la libre decisión de ambos consortes de contraer matrimonio.

2. *Objeto.*

Se refiere al objeto específico de la institución del matrimonio, en la cual se generan facultades, derechos, obligaciones y deberes entre un hombre y una mujer, como lo son

prestarse ayuda recíproca, procurarse respeto e igualdad, guardarse fidelidad, contribuir económicamente al sostenimiento del hogar; etcétera.

3. *Solemnidad.*

El matrimonio debe celebrarse exactamente conforme a lo establecido por la ley. No debe confundirse la solemnidad con la formalidad, ya que la falta de la primera produce la inexistencia del acto jurídico, mientras que la falta de la segunda sólo trae consigo la nulidad.

La solemnidad está contemplada por el artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal: “el matrimonio debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que esta ley exige.”

La solemnidad que requiere el matrimonio, exige lo siguiente:

- a) Que la voluntad de los consortes se asiente en un acta.
- b) Una declaración del juez del Registro Civil que los declare marido y mujer en nombre de la ley y de la sociedad.
- c) Una identidad plena de los contrayentes con sus nombres completos y apellidos.

Elementos de validez del matrimonio.

1. Capacidad.

Dentro de este elemento es necesario distinguir entre capacidad de goce y capacidad de ejercicio.

La capacidad de goce se traduce en la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones. Cualquier persona por el simple hecho de serlo, tiene capacidad de goce. Desde el nacimiento, todas las personas adquieren esta capacidad.

La capacidad de ejercicio es la facultad que tiene una persona para hacer valer por sí mismo sus derechos o cumplir sus obligaciones, para celebrar actos jurídicos o comparecer en juicio. Presupone también la capacidad de goce, porque no podrá ejercer sus derechos y cumplir con sus obligaciones quien no los tiene.

En cuanto la capacidad de goce para contraer matrimonio, ésta la tienen el hombre y la mujer que han cumplido dieciséis años, debido a que es la edad que el legislador considera que ya pueden cumplir con los fines del matrimonio. O la mujer en cinta que así lo acreditará con certificado médico, de catorce años o más, a petición de su padre o de su madre.

La capacidad de ejercicio para contraer matrimonio, presupone, además de la capacidad de goce, la mayoría de edad en los contrayentes, por lo tanto ambos consortes deberán tener dieciocho años cumplidos para que se les considere como capaces para contraerlo.

2. Ausencia de vicios en el consentimiento.

El matrimonio debe estar libre de error, dolo, y violencia. Estos vicios del consentimiento, los encontramos en el artículo 1812 del Código Civil para el Distrito Federal.

a) Error.

Es una falsa apreciación de la realidad. Existen diversas clases de errores:

1. *Error obstáculo*: Puede recaer en la realidad del objeto o en la naturaleza del contrato. Origina la inexistencia.

Un ejemplo es que las dos partes celebren un contrato de compraventa en el que el propietario consienta en vender un inmueble distinto del que la parte compradora se propone adquirir.

2. *Error nulidad*: Origina la nulidad relativa y puede ser:

a) *Error de derecho*: Cuando la causa determinante de la voluntad del autor o autores del acto, se funda en una creencia falsa respecto a la existencia o a la interpretación de una norma jurídica, de tal manera que por esa creencia falsa respecto a los términos de la norma o a su interpretación jurídica, se celebró el acto.

b) *Error de hecho*: Es aquel que recae sobre las condiciones materiales del negocio.

c) *Error de cálculo*: No vicia la voluntad, sino que sólo da lugar a su rectificación.

d) *Error indiferente*: Es intrascendente, su presencia no origina nulidad ni inexistencia.

Para que el error de hecho y el de derecho sean causa de nulidad del acto jurídico, deben concurrir las siguientes circunstancias:

I. Que recaigan sobre los elementos esenciales del acto (voluntad o consentimiento y objeto).

II. Que ese error sea el motivo que impulsó a la voluntad para celebrar el acto.

El error, como vicio del consentimiento en el matrimonio, se da cuando existe el supuesto del artículo 235, fracción I del Código Civil para el Distrito Federal, que señala

que el matrimonio es nulo cuando hay error respecto de la persona con quien se contrae, es decir, cuando una persona se une en matrimonio con alguien con quien no pretendía contraerlo. El ejemplo más claro que puede proponerse respecto del error en la persona con quien se contraen nupcias, es el caso en que uno de los consortes tenga un hermano gemelo y que el otro consorte contraiga matrimonio con el gemelo con quien no pretendía casarse, por lo que estaríamos ante un error vicio o error nulidad.

Al respecto, el artículo 236 del Código Civil, dispone que el matrimonio así celebrado estará afectado de nulidad relativa.³⁸

e) Dolo.

El artículo 1815 del Código Civil para el Distrito Federal, consigna: “Se entiende por dolo en los contratos cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes; y por mala fe la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido”.

Para distinguir el dolo del error, podemos decir que cuando el error es espontáneo seguirá siendo error, sin embargo cuando el error es resultado de un engaño, se origina el dolo.

f) Violencia.

Implica una coacción ejercida sobre la voluntad de alguna de las partes que interviene en el contrato. Puede darse de dos formas:

a. Por medio de la fuerza física.

³⁸ Rojina Villegas opina que el error que recae sobre la persona debiera originar una inexistencia y no una nulidad relativa como lo dispone nuestro Código Civil, ya que en su opinión no hay consentimiento de celebrar el acto con otra persona, en ese caso no hubo consentimiento. El consentimiento iba encaminado a unirse en matrimonio con la persona que siempre se pensó. La voluntad se expresó bajo un supuesto totalmente distinto del que se pretendía.

b. Por medio de las amenazas.

Las amenazas o en su caso la fuerza física, producen en aquel que va a intervenir en el contrato un temor que lo lleva a celebrarlo.

Los doctrinarios han hecho una distinción entre la intimidación o violencia también llamada *vis compulsiva* y la fuerza física o *vis absoluta*. En el primer caso, se dice que sí hay voluntad del sujeto porque tiene la opción de elegir entre sufrir el mal o bien celebrar el acto, la amenaza ejercida sobre su ánimo le da una aparente libertad de escoger entre la celebración del acto o ser víctima de aquello con lo que se le amenaza; en el segundo caso no hay voluntad del sujeto debido a que se presenta una fuerza física o material sobre su cuerpo que lo lleva a ejecutar el acto materialmente.

En la *vis compulsiva* existe una voluntad viciada, en la *vis absoluta* existe una voluntad, en la *vis absoluta* no hay voluntad.

Cabe destacar que hay un caso en el que el miedo no es causa de nulidad de los contratos, se trata del temor reverencial que es “el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento”.³⁹

Es necesario que el matrimonio se celebre libre del miedo o la violencia, y para que ellos sean causa de nulidad, será necesario que concurren las siguientes características:

1. Que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes.

³⁹ Artículo 1820 del Código Civil para el Distrito Federal.

2. Que recaigan sobre el contrayente, la persona o personas que lo tienen bajo su patria potestad o tutela al momento de celebrarse el matrimonio, de sus ascendientes, descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado.

3. Que subsistan estos vicios al momento de celebrarse el matrimonio.

3.Licitud en el objeto, motivo o fin.

El objeto consiste en los derechos, deberes y obligaciones que derivan del vínculo jurídico matrimonial, tales como contribuir al sostenimiento económico del hogar, administrar, contratar o disponer de sus bienes propios; resolver de común acuerdo lo relativo al manejo del hogar y a la formación y educación de los hijos; el derecho a alimentos, etcétera.

El fin o motivo de matrimonio se refiere a la causa por la cual los consortes deciden unir sus vidas en matrimonio, puede haber diversidad de motivos que llevan a dos personas a contraer matrimonio, pero el más común es el amor que se profesan los pretendientes y que los mueve a manifestar sus voluntades para unirse bajo esta unión.

Manuel Chávez Asensio señala tres fines del matrimonio: amor conyugal, promoción humana y procreación responsable.⁴⁰

Ilícito es todo aquello que va en contra de las normas de orden público o de las buenas costumbres. De aquí se concluye que tanto el objeto como el fin del matrimonio deben ser lícitos y deben respetar las buenas costumbres

⁴⁰ Herrerías Sordo María del Mar; "El Concubinato; Análisis Histórico, Jurídico y su Problemática en la Práctica", Editorial Porrúa, S.A. de C.V.; Segunda Edición, México 2000, Pág. 59

4. Formalidad.

Las formalidades se encuentran consignadas junto con las solemnidades, en los artículos 102 y 103 del Código Civil para el Distrito Federal:

- a) Asentar el lugar, día y hora del acto matrimonial.
- b) Que se haga constar la edad, domicilio, ocupación y lugar de nacimiento de los consortes.
- c) Asentar la circunstancia de si son mayores o menores de edad.
- d) En su caso el consentimiento de los padres, abuelos o tutores, o el de las autoridades que deban substituirlos, haciendo constar los nombres, apellidos, ocupación y domicilio.
- e) Que no existe impedimento para celebrar el matrimonio o que si lo hay está dispensado.
- f) La manifestación de los cónyuges de si el matrimonio se celebra bajo el régimen de sociedad conyugal o separación de bienes.
- g) Que se cumplieron las formalidades exigidas por la ley.

Como ya se ha referido, el matrimonio puede ser considerado una institución, un estado civil y un contrato. El concubinato es una simple unión de hecho que no reúne las características de la institución.

La unión matrimonial origina diversas consecuencias entre los esposos, con respecto a los hijos, a los bienes, y con respecto al Estado.

Primeramente, el estado civil de los cónyuges cambia del estado de solteros al de casados. El concubinato no produce ningún cambio en el estado civil de los concubinos.

Por el matrimonio se crea un régimen matrimonial de bienes. Este régimen es un estatuto que regula los aspectos económicos entre los cónyuges y entre éstos y los terceros. En nuestro país existen el régimen de separación de bienes y el de sociedad conyugal.

En el concubinato no existe régimen alguno que regule los aspectos económicos de los concubinos entre sí, salvo en lo concerniente a alimentos, ni con respecto a terceros, por lo tanto, en caso de que se disolviera esta unión, cada uno de concubinos retendría los bienes que le pertenecen. En caso de que los concubinos hubieren adquirido bienes en forma conjunta, al momento de disolverse la unión, se seguirán las reglas de la copropiedad, ya que se entenderá que la pareja adquirió el bien o los bienes en partes iguales, salvo pacto en contrario.

De lo anterior, podemos establecer que aun cuando existen semejanzas entre el matrimonio y el concubinato como lo son la cohabitación, la procreación y la vida marital, es evidente que el matrimonio es un acto jurídico perfecto, reconocido y aceptado por la sociedad y las leyes, mientras que el concubinato es un hecho jurídico, una situación de hecho a la que el derecho se ha visto obligado a reconocerle ciertos efectos jurídicos en aras del bienestar de los hijos y de la pareja en algunos casos.

3.5 DIFERENCIA ENTRE AMASIATO Y CONCUBINATO

Se dice que la actuación de los concubinos está sujeta a la conciencia, puesto que deben tener deberes como los esposos, la diferencia estriba en que los esposos reconocen estas obligaciones y se comprometen jurídicamente a cumplirlas, mientras que los concubinos no se comprometen a ello, sino que se reservan la posibilidad de

sustraerse a las mismas, ya que conservan su libertad e incluso en ocasiones privan al poder social de todo medio para obligarlos.

Por amasiato podemos entender la unión de un hombre y una mujer, realizada voluntariamente, sin posibilidad de formalización legal, por estar impedidas para unirse en vínculo matrimonial entre sí, en razón de las circunstancias particulares de su convivencia, aún cuando el Diccionario de la Lengua Española lo considera un sinónimo de concubinato.

Julián Güitrón lo define como “la unión de hecho fundada en la relación sexual, y que no produce consecuencias jurídicas. Se da entre una persona casada y otra soltera, o entre personas casadas, que tienen relaciones sexuales con otras distintas a su cónyuge”, pudiéndosele añadir, o entre personas que por la naturaleza de la forma de su convivencia no pueden alcanzar consecuencias jurídicas alguna.

Desglosando esta definición, podemos establecer las siguientes características:

- a) Es una unión de hecho no matrimonial.
- b) Para que exista es necesario que el hombre y la mujer sostengan relaciones sexuales.
- c) No produce consecuencias jurídicas.
- d) En esta relación debe haber por lo menos una persona casada, aunque también pueden estarlo los dos.
- e) Las relaciones sexuales deben darse con una persona distinta de su cónyuge, es por esto que la figura del amasiato siempre va a coexistir con el adulterio, aun cuando éste sea muy difícil de probar.

f) Bajo nuestra consideración, o que por la naturaleza de la convivencia que sostienen, no se puedan producir las consecuencias de derecho.

Normalmente se confunde el término de concubinario y amasio, incluso el Diccionario de la Lengua Española los considera sinónimos, entendiéndose en su significado literal a ambos términos, como la unión de un hombre sin que se encuentren unidos por ningún vínculo matrimonial, sea civil o religioso, confusión que queda debidamente aclarada dentro del campo del derecho, puesto que entre concubinario y amasio, si existe una diferenciación.

Los concubinos viven juntos, y entre ellos no existe ningún impedimento legal para que puedan contraer matrimonio civil, ya que el estado de concubino desde luego encierra el supuesto de que ninguno de los concubinos se encuentra unido en vínculo matrimonial a otra persona distinta de su pareja, o que este afectada por otra clase de impedimento, por ejemplo la edad.

En cambio en el amasio, el supuesto es totalmente distinto al del concubinario, ya que el amasio, aunque viva con su pareja, se encuentra impedido para legalizar dicha unión, en virtud de que se encuentra unido por el vínculo matrimonial a otra persona distinta a su pareja o por cualquier otra circunstancia, lo cual le impide contraer otro nuevo matrimonio, o matrimonio según sea el caso, mientras no se disuelva el matrimonio civil contraído con anterioridad, o se llegue a extinguir la causa que lo impide.

De ahí que el supuesto del amasio, se encuentre más complejo y delicado, que el del concubinario, toda vez que mientras en el concubinatio el Estado lo exhorta a que legalice su situación a matrimonio; en el caso del amasiato el propio Estado no puede exhortar a legalizar esa unión, puesto que estaría incitando a la bigamia o al delito de adulterio para

algunas legislaciones estatales que consideran al mismo como delito, o a la nulidad de matrimonio.

A diferencia de los concubinos, que algunos tratadistas manifiestan son tratados por los legisladores por razones humanitarias, y que consideran al concubinato como un matrimonio de hecho, y recibiendo mínimos derechos de parte de la Ley; en el caso del amasio, éste se encuentra totalmente desprotegido por parte de la Ley, aún cuando una pareja hubiera prolongado su unión libre por largo tiempo, el hecho de que exista el impedimento legal de un matrimonio anterior que no ha sido disuelto, o de otra naturaleza, dicho amasio está impedido para heredar de su pareja.

Las principales diferencias entre esta figura y la relación concubinaria son las siguientes:

En el concubinato tanto el hombre como la mujer deben estar libres de todo impedimento para contraer matrimonio, mientras que en el amasiato siempre existirá el impedimento del matrimonio anterior y subsistente de uno o de los dos, o cualquier otro.

En el concubinato, deberá darse la temporalidad mínima de dos años o la procreación de cuando menos un hijo; el amasiato no exige un mínimo de temporalidad ni de la procreación para poder configurarse, sino que existe desde el momento en que se sostienen relaciones sexuales con persona distinta del cónyuge y de convivencia con ésta, pero bajo la imposibilidad de alcanzar concubinato.

La relación concubinaria exige una fidelidad y monogamia de ambos, mientras que el amasiato necesariamente implica una infidelidad hacia el cónyuge, o una circunstancia de impedimento.

El amasiato no requiere de una vida en común, ni que los amantes se comporten como marido y mujer.

El amasiato es ilícito en algunas ocasiones y el concubinato no lo es.

CAPÍTULO 4

EFECTOS JURÍDICOS

4.1 ENTRE LOS CONCUBINOS

Los efectos que a continuación se mencionan se refieren a deberes personales, y también a los derechos y obligaciones que entre ellos se generan.

Parentesco. El concubinato genera el parentesco por afinidad, pues el 294 del Código Civil para el Distrito Federal, previene que “es el que se adquiere por matrimonio o concubinato, entre el hombre y la mujer y sus respectivos parientes consanguíneos.”

Autoridad e Igualdad. En aplicación estricta del principio constitucional de igualdad jurídica entre el hombre y la mujer, previsto en el artículo 4º de la Constitución General de la República, en el seno de la familia fincada en el concubinato, tanto la concubina como el concubinario deben tener el mismo rango de autoridad, con el deber-derecho recíproco de guardarse consideraciones y respeto iguales; por tanto, ambos deben decidir, de común acuerdo y en un plano de igualdad, todo lo relativo a su vida familiar, en cuanto a su persona, a sus hijos y a sus bienes, debiendo prevalecer siempre el supremo interés de la familia, como grupo social primario que es.

Alimentos. En esta materia había hasta 1983, una contradicción. No existía obligación civil, es decir, de prestarse entre sí alimentos, pues esta obligación recíproca se limitaba a los cónyuges (Artículo 302 Código Civil) y, se requería que alguno de los concubinos hubiere muerto, para que el otro tuviera derecho a los alimentos en caso de sucesión testamentaria.

Actualmente dicho artículo establece que los concubinos están obligados a darse alimentos.⁴¹

Los concubinos también tienen derecho a pensión alimenticia sucesoria, pues dentro del título segundo “De la Sucesión por Testamento”, encontramos el artículo 1368 que determina las personas a las que el testador está obligado a dejar alimentos, mencionando en la fracción V a los concubinos.

El artículo 1373 del Código Civil para el Distrito Federal señala las reglas que han de seguirse cuando la masa hereditaria no es suficiente para proporcionar alimentos a todos los que tienen derecho:

- I. Descendientes (no distingue entre legítimos e ilegítimos) y cónyuge supérstite a prorrata.
- II. Una vez cubiertas estas pensiones, se cubren a prorrata las de los ascendientes.
- III. Después se ministran a prorrata a los hermanos y a la concubina.
- IV. Por último se ministran a prorrata a los demás parientes colaterales dentro del cuarto grado.

Se han hecho avances en cuanto a que ya se protege más a los concubinos al incluirlos en este listado, sin embargo se les considera casi al final de todos los parientes, siendo que se trata de la persona con la que convivió el *de cuius* como si fuera su cónyuge.

⁴¹ Artículo 308: Los alimentos comprenden la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en caso de enfermedad. Respecto de los menores, los alimentos comprenden, además, los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales.

En mi opinión debería concurrir de modo preferente junto con los descendientes y no con los hermanos, al igual que lo hace el cónyuge supérstite, ya que la unión de esta pareja se basa en la convivencia como si fueran cónyuges, y en otras situaciones se les asimila.

Además cabe destacar que si los bienes no son suficientes para dejar alimentos a todos, difícilmente alcanzará una parte a quien aparece en tercer lugar de preferencia, difícilmente logrará proteger a los concubinos.

Relación Patrimonial. ¿Genera la convivencia alguna sociedad de hecho entre los concubinos? Para responder esta interrogante, este aspecto patrimonial lo dividiremos en dos. Uno de ellos es el patrimonio de familia, y el segundo son los bienes, muebles o inmuebles, que los concubinos pueden tener y adquirir dentro del concubinato.

En relación al patrimonio de familia, éste se compone de la casa habitación, o de la parcela cultivable (artículo 723 del Código Civil para el Distrito Federal). Por ser un patrimonio de familia, pueden constituirlo cualquier miembro de la misma en los términos de los artículos 724 y 731 del citado ordenamiento.

En relación con el segundo de los mencionados, hay que responder si la unión derivada del concubinato genera alguna sociedad de hecho “producto casi siempre más de las circunstancias que de una actitud razonada y voluntaria”, siendo la respuesta no, dado que nuestro derecho no lo establece así.

Por lo que no se puede hablar realmente de la existencia de regímenes jurídico-patrimoniales aplicables al concubinato. Ante esta importante laguna legal, asume especial relevancia apuntar que resulta indispensable la existencia de un estatuto jurídico que tenga por objeto inmediato, exclusivo y directo, a los derechos y deberes, de

contenido económico, que adquieran los concubinos, durante la existencia de su vida concubinaria, razón por la cual bien se podría hablar de sistemas jurídico-patrimoniales análogos a la sociedad conyugal o a la separación de bienes o a cualquier otro que se considere adecuado para el concubinato, máxime cuando la Ley de Sociedades de Convivencia si habla de este aspecto.

En la primera hipótesis, bien se podría hacer alusión a un patrimonio común de los concubinos, a un sistema de cotitularidad patrimonial, que existiría por pacto expreso entre la concubina y el concubinario y, a falta de éste, por disposición de la ley, conforme a la cual ambos concubinos, durante su unión, adquirirían en común derechos y deudas, de los cuales serían cotitulares en la parte proporcional pactada y, a falta de convenio expreso en este sentido, por partes iguales, según disposición de la ley, basada en la equidad como principio general de Derecho.

Ambos en este régimen jurídico-patrimonial, deben ser coadministradores simultáneos de su patrimonio común, salvo que por acuerdo expreso, libre, lícito y cierto, se decida que el administrador sea únicamente el hombre o sólo la mujer. Sin embargo, de tipificarse la hipótesis de pacto expreso en un caso particular, se debe advertir, en el texto de la ley aplicable, que para que el administrador único pueda realizar actos de dominio válidos, respecto de los derechos que forman parte del patrimonio común, se debe requerir siempre, sin excepción alguna, la concurrencia expresa de la voluntad del cotitular del patrimonio, es decir, de la concubina o del concubinario que no ejerza directamente la administración.

Respecto del sistema jurídico semejante al régimen patrimonial de separación de bienes, se debe prever en el texto de la ley respectiva, que el concubinario o la concubina que resulte económicamente perjudicado con la disolución del concubinato, porque todos

los bienes y derecho estén a nombre exclusivo de su pareja, podrá exigir, incluso judicialmente, a título de indemnización, hasta el cincuenta por ciento del activo neto del patrimonio en cita, según sean las circunstancias particulares del caso concreto, siempre que el perjudicado se hubiese dedicado única o preponderantemente al cuidado del hogar o de éste y de los hijos procreados en común o los hijos que sean sólo del concubinario o de la concubina titular de los bienes.

Respecto de esta compleja situación patrimonial, surgen sobre el tema múltiples preguntas, entre las que cabe destacar las siguientes: Si al adquirir un bien se hace constar la adquisición sólo a favor del concubinario, en tanto que la concubina está dedicada única o fundamentalmente a las labores del hogar ¿pertenece dicho bien a ambos o exclusivamente al adquirente?.

No podemos descartar la posibilidad de la existencia de una sociedad entre concubinos y preguntarnos si sería posible una sociedad de hecho entre concubinos, independientemente del medio de prueba de su existencia.

Debe de existir, lo que es muy remoto, un contrato de sociedad entre concubinos, por lo que de darse no habría problema alguno en este aspecto, pero lo general es que entre concubinos no exista escrito contrato alguno en relación con sus bienes, lo que hace remitirse al contrato de sociedad.

El contrato de sociedad que no conste por escrito, no alcanza personalidad jurídica, ni surte efectos contra terceros, atento a lo que dispone el artículo 2691 del Código Civil para el Distrito Federal que establece que, "la falta de forma escrita para el contrato social sólo produce efectos de que los socios puedan pedir, en cualquier tiempo, que se haga la liquidación de la sociedad conforme a lo convenido, y a falta de convenio, conforme al

Capítulo V de esta sección, pero mientras esa liquidación no se pida, el contrato produce todos sus efectos entre los socios, y éstos no pueden oponer a terceros que hayan contratado con la sociedad, la falta de forma”.

Quizá si los concubinos que hubieren establecido algún negocio, que los dos administran o que tuvieren una casa que ambos habitaran, o tuvieren algunos otros bienes que estuvieren afectos a un fin económico, y que no hubieren constituido una sociedad por escrito, tendrían una sociedad de hecho, atento a lo que dispone el artículo 2691 del Código Civil para el Distrito Federal, que surte efectos jurídicos entre ellos.

Cualquiera que fuere la situación entre los concubinos, siempre se requiere una prueba de la existencia de la sociedad de hecho; por sí mismo el concubinato no crea una sociedad de hecho, ni hace presumir su existencia, porque existe como posible el doble régimen patrimonial que en materia matrimonial existe. Existiendo la sociedad de hecho, debe acudirse a todo medio de prueba para su comprobación. Pueden haber documentales consistentes en avisos oficiales, pagos de impuestos, reconocimientos de terceros de la existencia de esa sociedad, como por ejemplo en el envío de mercancías, facturación, y también son aceptables las testimoniales, pero para su mejor prueba, deben confirmarse con documentales.

Es incontrovertible que en esta materia las interrogantes se pueden multiplicar y tornar cada vez más complejas; sin embargo, quedan las expresadas con antelación sólo en vía de ejemplo.

4.1.1 DERECHOS SUCESORIOS

Los derechos sucesorios de los concubinos no siempre fueron reconocidos por la ley. Los códigos de 1870 y 1884 no reconocieron ningún derecho a quienes vivían en este

tipo de relación. Los derechos sucesorios de la concubina fueron incorporados hasta el Código Civil de 1928, mismos que se consagraron en el artículo 1635 que a la letra decía: ...La mujer con quien el autor de la herencia vivió como si fuera su marido durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o con la que tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato, tiene derecho a heredar conforme a las reglas siguientes:

- I. Si la concubina concurre con hijos que lo sean también del autor de la herencia, se observará lo dispuesto en los artículos 1624 y 1625;
- II. Si la concubina concurre con descendientes del autor de la herencia, que no sean también descendientes de ella, tendrá derecho a la mitad de la porción que le corresponda a un hijo;
- III. Si concurre con hijos que sean suyos con hijos que el autor de la herencia tuvo con otra mujer; tendrá derecho a las dos terceras partes de la porción de un hijo;
- IV. Sin concurre con ascendientes del autor de la herencia, tendrá derecho a la cuarta parte de los bienes que forman la sucesión;
- V. Si concurre con parientes colaterales dentro del cuarto grado del autor de la sucesión, tendrá derecho a una tercera parte de está;
- VI. Si el autor de la herencia no deja descendientes, ascendientes, cónyuge o parientes colaterales dentro del cuarto grado, la mitad de los bienes de la sucesión pertenecen a la concubina y la otra mitad a la Beneficencia Pública.

Esta norma implicó un gran avance para la época que se vivía, sobre todo porque la concubina aun era vista bajo la concepción de “amante”, y el reconocimiento de estos derechos constituía un ataque directo a la institución del matrimonio, según algunos.

Fue el maestro Francisco H. Ruiz, figura relevante en la comisión redactora del Código Civil de 1928, quien dando su punto de vista al presidente Plutarco Elías Calles, hizo ver el error en que incurrían los críticos de este código: una cosa era el concubinato, y otra muy distinta el amasiato.

En el primero, la pareja está libre de matrimonio, entre sí, y respecto de terceras personas. Son dos personas solteras que viven como marido y mujer. En el segundo caso, una, o ambas personas tienen celebradas nupcias con una tercera persona ajena a la pareja, y en ese caso no hay concubinato, sino amasiato.

Una auténtica novedad en la legislación civil mexicana del siglo XX, fue justa, atrevida, clara y valiente disposición jurídica contenida en el texto original del artículo 1602⁴² del Código de 1928 que, aun cuando de manera excepcional, como una generosidad legislativa, consideró a la concubina digna de ser tomada en cuenta como heredera legítima de su concubinario.

La Comisión Redactora del Código Civil, en su Exposición de Motivos, explicó en los términos siguientes las razones por las cuales asumió la determinación en cita:

“...También se creyó justo que la concubina que hacía vida marital con el autor de la herencia al morir éste, y que o tiene hijos de él o vivió en su compañía los últimos cinco años que precedieron a su muerte, tuviera alguna participación en la herencia legítima, pues en la mayoría de los casos, cuando se reúnen las expresadas circunstancias, la

⁴² **Tienen derecho a heredar por sucesión legítima:**

I.- Los descendientes, cónyuge, ascendientes, parientes colaterales dentro del cuarto grado, y **en ciertos casos la concubina;**

II.- A falta de los anteriores, la Beneficiencia Pública.

mujer es la verdadera compañera de la vida y ha contribuido a la formación de los bienes...”⁴³

En consecuencia, el legislador de 1928 estableció, en el diverso artículo 1635, las reglas y proporciones que ya fueron mencionadas.

Con las reformas hechas al Código Civil para el Distrito Federal para regular las sucesiones en el concubinato, se aplican las disposiciones que rigen las sucesiones de los cónyuges, como lo establece el artículo 1635 que a la letra dice: “La concubina y el concubinario tienen derecho a heredarse recíprocamente, aplicándose las disposiciones relativas a la sucesión del cónyuge, siempre que reúnan los requisitos a que se refiere el capítulo XI del Título Quinto del Libro Primero de este Código.”

Por lo que respecta a la sucesión legítima, también se modificó el texto del artículo 1602, quedando como a continuación se menciona: Tienen derecho a heredar por sucesión legítima:

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

4.1.2 DONACIONES ENTRE CONCUBINOS

Nada se opone, en principio, a las donaciones entre concubinos, siempre que se reúnan las condiciones exigibles para cualquier otro contrato. Sin embargo, nos hallamos ante una contradicción. ¿En el caso de donaciones entre concubinos, ya sean anteriores

⁴³ Herrerías Sordo María del Mar; Obra citada.

al concubinato o durante la existencia de éste, se deben aplicar las reglas generales del contrato de donación o, por analogía, las especiales disposiciones reguladoras de las donaciones antenuptiales y entre consortes?.

Respecto de las donaciones hechas por terceras personas, en beneficio de la concubina, del concubinario o de ambos, con motivo del concubinato, cabe preguntar ¿qué estatuto jurídico se debe aplicar? ¿se debe estar a lo dispuesto como regla en materia genérica de donaciones o se pueden aplicar, igualmente por analogía, las disposiciones relativas a los contratos de donación a favor de los prometidos o de los cónyuges?.

Como respuesta lógica, congruente además con la paulatina equiparación de la normativa jurídica aplicable al concubinato con la del matrimonio, habría que establecer como conclusión que se deben aplicar, por analogía, las normas de Derecho que tienen por objeto a los contratos de donación entre consortes y las relativas a las denominadas donaciones antenuptiales, ya sean celebradas, estas últimas, sólo entre los miembros de la respectiva pareja heterosexual concubinaria o incluso por un tercero, a favor de la concubina o del concubinario o de ambos simultáneamente.

4.1.3 CELEBRACION DE CONTRATOS

No existe prohibición alguna para que los concubinos contraten entre sí. En términos generales, la celebración de contratos entre concubina y concubinario, con independencia de su naturaleza civil, mercantil, laboral o de cualquier otra especie, se deben regir por las mismas disposiciones legales reguladoras de los contratos celebrados entre cónyuges. Toda vez que se aconseja se asemejen a las regulaciones entre cónyuges. Al respecto

cabe mencionar que en Europa no hay matrimonio que no sea precedido de un contrato entre los esposos, tanto sobre los bienes respectivos como sobre su administración.

Para el supuesto de pretender separar el régimen jurídico aplicable a los contratos celebrados entre consortes, con los contratos celebrados entre concubinos, para evitar la aludida reiteración normativa innecesaria, se puede prever, en su caso, para la contratación celebrada entre los miembros de la pareja concubinaria, la simple aplicación analógica de las normas que rigen las relaciones contractuales entre cónyuges. Tal y como sucede en el caso de la sucesión de los concubinos, en donde se aplican las disposiciones relativas a la sucesión del cónyuge.

4.2 RESPECTO A LOS HIJOS

La ley sobre relaciones familiares, expedida el 9 de Abril de 1917 por Don Venustiano Carranza, destaca una transformación substancial en la familia en lo que a los hijos se refiere, pues borró la distinción entre los hijos naturales e hijos espurios, o sea los adulterinos y los incestuosos, pero en forma de verdad sorprendente dispuso que los hijos naturales e hijos espurios, o sea los adulterinos y los incestuosos, solo tendrían derecho a llevar el apellido del progenitor que los había reconocido, y deliberadamente omitió consignar el derecho a alimentos y el derecho a heredar en relación con dicho progenitor, derechos que ya les otorgaban los códigos civiles de 1870 y de 1884.

Concedió la acción de investigación de la paternidad no sólo en los casos de rapto o violación, que ya establecía la legislación anterior, sino también cuando existiera la posesión del estado de hijo natural y se tuviera al lado de otras pruebas un principio de prueba por escrito.

En la exposición de motivos declaró: "Se ha facilitado el reconocimiento de los hijos aumentando los casos especiales en que puede promoverse la investigación de la paternidad o maternidad, aunque restringiendo los derechos de los hijos naturales a la sola facultad de llevar el apellido de su progenitor, a fin de darles una posición definida en la sociedad, evitando, a la vez que fomentar las uniones ilícitas, los abusos que la concesión de otros derechos pudieran originar", y en exacta concordancia con esta declaración prescribió el artículo 210 de la citada ley: "El reconocimiento solamente confiere al reconocido el derecho a llevar el apellido del que lo hace". Y como especifica Ramón Sánchez Medal en su libro Los Grandes Cambios en el Derecho de la Familia de México, de nada sirvieron las argumentaciones de Don Luis Cabrera para tratar de demostrar que continuaban vigentes las disposiciones del Código Civil de 1884 que otorgaban aquellos otros dos derechos a los hijos naturales, ya que según el testimonio de Don Eduardo Pallares, la jurisprudencia que interpretó dicho precepto, apegándose al texto expreso de la ley, se pronunció por privar a los hijos naturales de otro derecho que no fuera el de llevar simplemente el apellido del progenitor que lo había reconocido, por lo que a su juicio, la nueva ley sobre relaciones familiares señaló, es profundamente revolucionaria, silenciosa y sordamente destructora del núcleo familiar.

El Código Civil del 30 de Agosto de 1928, otorgó de manera expresa a toda clase de hijos naturales sin distinción alguna no solo el derecho al apellido, sino también el derecho a alimentos y derecho a heredar en relación con el progenitor que los había reconocido, derechos estos que categóricamente les había negado la Ley Sobre Relaciones Familiares. Así mismo, añadió a los casos de acción de investigación de la paternidad que había autorizado este último ordenamiento, el del hijo natural nacido de un concubinato, siempre que el nacimiento ocurriera después de los 180 días de iniciado éste y dentro de los 300 días de haber cesado la vida en común.

Al efecto, la exposición de motivos fue muy clara acerca de este punto: "Por lo que toca a los hijos, se comenzó por borrar la odiosa diferencia entre los hijos legítimos y los nacidos fuera del matrimonio; se procuró que unos y otros gozasen de los mismos derechos, pues es una irritante injusticia que los hijos sufran las consecuencias de las faltas de los padres y que se ven privados de los más sagrados derechos, únicamente porque no nacieron de matrimonio, de lo cual ninguna culpa tienen, se ampliaron los casos de investigación de paternidad, porque los hijos tienen derecho de saber quienes los trajeron a la vida, y de pedir que los autores de su existencia les proporcionen los medios de vivir; pero se procuró que la investigación de la paternidad no constituyera una fuente de escándalo y de explotación por parte de mujeres sin pudor que quisieran sacar provecho de su prostitución".

"Se concedió al hijo nacido fuera del matrimonio el derecho de investigar quién es su madre, y se estableció a favor de los hijos nacidos fuera del Concubinato, la presunción de ser hijos naturales del Concubinario y de la Concubina".

"Como una consecuencia de la equiparación legal de todos los hijos, se borraron las diferencias que en materia de sucesión legítima estableció el Código Civil entre los hijos legítimos y los que habían nacido fuera del matrimonio".

Actualmente la legislación mexicana reconoce la existencia del concubinato, el cual otorga el reconocimiento de determinados efectos jurídicos, y en virtud de que el concubinato se presenta en nuestra sociedad como una realidad insoslayable, se ha tenido, necesariamente, que otorgarle efectos considerables, por razones de humanidad, e incluso sociales, ya sea en defensa de la concubina o de los hijos nacidos de ella. Tales efectos son los siguientes:

Filiación: Planiol considera que la filiación “es la descendencia en línea recta; comprende toda serie de intermediarios que unen a una persona determinada, con tal o cual ancestro por alejado que sea; pero en el lenguaje del Derecho la palabra ha tomado un sentido mucho más estricto, pues comprende exclusivamente la relación inmediata del padre o de la madre con el hijo. La relación de filiación toma también los nombres de paternidad y maternidad, cuando se considera respectivamente, por parte del padre o la madre. Por tanto, la filiación puede definirse como la relación que existe entre dos personas, una de las cuales es el padre o la madre de la otra”.

El artículo 383 del multicitado Código, enumera dos causales por las que se puede presumir quienes son hijos de concubinario y concubina, que a la postre son:

I.- Los nacidos dentro del concubinato; y

II.- Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes en que cesó la vida común entre el Concubinario y la Concubina.

Por todo lo anterior, el hijo reconocido por el padre, por la madre o por ambos, tiene derecho:

I.- A llevar el apellido del que lo reconoce.

II.- A ser alimentado por éste.

III.- A percibir la porción hereditaria y los alimentos sucesorios que fije la ley.

Parentesco. Antonio de Ibarrola define al parentesco como el “lazo permanente que existe entre dos o más personas por razón de tener una misma sangre, o de un acto que imita al del engendramiento y cuya similitud con éste se halla reconocida por la ley”.

El parentesco es producto de la filiación. Al establecerse éste, sea por el simple hecho del parto en el caso de la mujer, o por el reconocimiento o la investigación de paternidad en el caso del varón, se establecen entre los padres e hijos todos los derechos, deberes y obligaciones que nacen del parentesco, al igual que con los demás parientes hasta el cuarto grado.

Patrimonio de familia. Que incluye la casa habitación en donde habita la familia constituida por los concubinos así como la parcela cultivable, beneficia a todos los miembros de esa familia.

Nombre. Los hijos habidos del concubinato tienen derecho a llevar el apellido paterno de sus progenitores, o ambos apellidos del que lo reconozca, según previene el artículo 389 del Código Civil para el Distrito Federal.

El nombre es un atributo a la personalidad que corresponde a todos y es inherente a ellos. Por lo tanto, cualquier hijo tiene derecho a llevar el nombre de los progenitores por derecho natural, lo que es reconocido en nuestra legislación.

Sucesión. En cuanto a la sucesión legítima, los hijos, siempre que sean capaces de heredar, tienen derecho de acuerdo con lo establecido en la fracción I del artículo 1602:

Si a la muerte de los concubinos únicamente les sobreviven hijos, cada uno de ellos hereda por partes iguales.

En el caso de que además de los hijos sobreviva alguno de los concubinos, éste heredará como si se tratara de un hijo, siempre que no tenga bienes o sus bienes no igualen a la porción que corresponda a cada hijo.

Alimentos. Comprobado el parentesco entre los padres e hijos, se establece entre ellos la obligación alimenticia recíproca. “Los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos. A falta o por imposibilidad de los padres, la obligación recae en los demás ascendientes por ambas líneas que estuvieren más próximos en grados” (artículo 303 del Código Civil para el Distrito Federal). En reciprocidad, también los hijos están obligados a dar alimentos a los padres según lo previene el artículo 304.

Patria Potestad. Planiol ha definido la patria potestad como “el conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre sobre la persona y bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales”.

Para Rafael de Pina Vara, es “el conjunto de facultades conferidas a quienes la ejercen (padres, abuelos, adoptantes, según sea el caso) destinadas a la protección de los menores no emancipados en cuanto se refiere a su persona y bienes”.

Es un deber y una obligación con cargo a los padres, y una respuesta de los hijos a honrar y obedecer a sus padres, justamente con una serie de facultades y deberes.

CAPÍTULO 5

OBLIGACIÓN ALIMENTARIA

5.1 MARCO CONCEPTUAL

El concepto de alimentos define como el deber recíproco que tienen determinadas personas de proporcionar a otras los elementos que permiten su subsistencia tales como casa, vestido, comida, asistencia en casos de enfermedad y, tratándose de menores de edad, los gastos para sufragar su educación. El Código Civil reconoce a este deber y al derecho que le es correlativo, como un deber-derecho de contenido tanto patrimonial como ético, derivado de la filiación y el parentesco, pues a través de él se pretende proporcionar a un ser humano determinado los satisfactores a sus necesidades físicas e intelectuales de tal suerte que, satisfechas éstas, pueda cumplir su propio destino. Por estas razones se le califica a las normas que lo regulan, como normas de orden público e interés social.

Estas características resumen lo social, moral y jurídico que califica a esta figura. Social, porque a la sociedad le interesa la subsistencia de los miembros del grupo familiar; moral, porque es en los vínculos afectivos que encontramos en determinadas personas vinculadas por filiación y parentesco en donde se perfila el fundamento original de velar por quienes necesitan ayuda o asistencia, y jurídico, porque a través del derecho se pretende hacer coercible el cumplimiento de esta obligación.

En tanto derecho, es intransferible, pues existe el interés general de que la pensión, a través de la cual se cumple la obligación, sea aplicada sólo en la satisfacción de las necesidades básicas del acreedor alimentario; es irrenunciable e inembargable.

En tanto institución de derecho de familia, los alimentos han de ser proporcionales, de tal suerte que el acreedor reciba lo necesario para su manutención y el deudor no sacrifique su propio sustento, debiendo existir una relación entre las necesidades del acreedor y los recursos del deudor.

5.2 DEBER MORAL

La conciencia del ser humano vincula su actuar a una fuerza interna que reconoce como deber u obligación moral derivado de la filiación y/o parentesco entendida como la exigencia racional de realizar determinadas acciones acordes y concordantes a su propia naturaleza, que no es otra que la naturaleza humana.

Dicha exigencia es un deber puro y simple por su propia configuración, en virtud de que no aparece frente a la persona obligado nadie que pueda coaccionar su cumplimiento.

Este deber moral, en razón de su interioridad, supone la libertad de la persona obligada para cumplir o no con él. Para que una conducta pueda ser objeto de un juicio moral es necesario que quien la realizó lo haya hecho por sí y libremente y, además, que haya reconocido y acepte como obligatorio el sistema de normas morales que lo sanciona.⁴⁴

En resumen, el deber moral es aquel que surge de un principio ético determinado por un orden de necesidades establecido, a su vez, por la propia naturaleza humana. Orden que tiene su valor práctico, pues se manifiesta en cada persona como una idea, un sentimiento al que se puede llamar justicia y permite la institucionalización del orden

⁴⁴ El vocablo sanción se utiliza como aprobación o autorización y no como castigo.

jurídico al ubicar su base de sustento en la conciencia de cada persona y de los grupos sociales.

5.2.1 DEBER JURÍDICO

Si se entiende por derecho el conjunto racional de normas de conducta declaradas como obligatorias por el poder público que coordinan objetivamente las relaciones entre varios sujetos, es decir, un sistema de normas bilaterales, externo y coercible, entonces, el deber u obligación jurídica que emana de ese sistema, es la restricción de la libertad de una persona determinada para actuar o relacionarse en la comunidad según lo manifestado.

El deber jurídico se encuentra en la manifestación externa de la conducta humana, pues el orden que se pretende con el deber jurídico es el social, el de las relaciones objetivas entre los miembros de una comunidad cuyas conductas se enlazan y condicionan unas a otras.

La norma encierra, un principio de acción necesario, en determinadas circunstancias, para asegurar el orden y la convivencia social. A través de ella se pretende la realización de los valores comunes, de los fines colectivos, por ello rige la actividad externa de la persona.

En otras palabras, existe el deber jurídico porque la persona que se encuentra en el supuesto establecido por la norma necesariamente actuará según el dictado de ésta y, en caso contrario, será sujeto, de una sanción exterior.

Por lo que es la coercibilidad, una de las características del deber jurídico, la otra está dada precisamente por la relación deudor-acreedor, en virtud de que todo ordenamiento

jurídico se dicta en consideración de la persona facultada para exigir el cumplimiento de una determinada conducta a otra, ya sea en su propio beneficio o en el de la colectividad.

5.3 OBLIGACIÓN ALIMENTARIA

El concepto de alimentos define, como ya he mencionado, el deber recíproco que tienen determinadas personas de proporcionar a otras igualmente determinadas, los elementos que permiten su subsistencia tales como casa, vestido, comida, asistencia en casos de enfermedad y, tratándose de menores de edad, los gastos para sufragar su educación. El Código Civil reconoce a este deber y al derecho de contenido tanto patrimonial como ético, pues a través de él se pretende proporcionar a un ser humano determinado los satisfactores a sus necesidades físicas e intelectuales, de tal suerte que, satisfechas éstas, pueda cumplir su propio destino. Por estas razones se le califica a las normas que lo regulan, como normas de orden público e interés social.

Estas características resumen lo social, moral y jurídico que califica a esta figura. Social, porque a la sociedad le interesa la subsistencia de los miembros del grupo familiar; moral, porque es en los vínculos afectivos que encontramos entre determinadas personas en donde se perfila el fundamento original de velar por quienes necesitan ayuda o asistencia, y jurídico, porque a través del derecho se pretende hacer coercible el cumplimiento de esta obligación.

Es, en síntesis, una obligación en sentido amplio y un derecho. En tanto obligación tiene, además las siguientes características: personalísima, dado que gravita sobre una persona, a favor de otra, en determinadas circunstancias y en razón de la existencia de un vínculo jurídico que las une filiación y/o parentesco; es de interés general, pues se prevé que aun el Ministerio Público ejercite las acciones correspondientes para obligar al deudor

a cumplir su obligación al existir un interés en que esta obligación se cumpla por y a favor de los vinculados; es condicional, en la medida en que sólo existe cuando se reúnen todos los elementos exigidos por la ley tanto en relación a la persona del deudor y del acreedor, como a las circunstancias que los rodean; es de contenido variable, dado que existe la posibilidad de que cambien el contenido y la forma de la propia obligación.

En tanto derecho, es intransferible, pues existe el interés general de que la pensión, o la incorporación a la familia, a través de cual se cumple la obligación, sea aplicada o realizada sólo en la satisfacción de las necesidades básicas del acreedor alimentario; es irrenunciable y no admite transacción o compromiso en arbitro; es un derecho inembargable y no sujeto a secuestro o compensación de créditos.

En tanto institución de derecho de familia, los alimentos han de ser proporcionales, de tal suerte que el acreedor reciba lo necesario para su manutención y el deudor no sacrifique su propio sustento, debiendo existir una relación entre las necesidades del acreedor y los recursos del deudor.

La obligación se cumple fijando una pensión alimenticia o incorporando al acreedor alimentario a la familia del deudor. La cuantía de la pensión se fija atendiendo al principio de proporcionalidad a que ya hice referencia en párrafos anteriores.

En nuestro derecho, la obligación de dar alimentos cesa por las siguientes causas:⁴⁵

- I. Cuando el que la tiene carece de medios para cumplirla;
- II. Cuando el alimentista deja de necesitar los alimentos;
- III. En caso de violencia familiar o injurias graves inferidas, por el alimentista mayor de edad, contra el que debe prestarlos;

⁴⁵ Artículo 320 del Código Civil para el Distrito Federal.

- IV. Cuando la necesidad de los alimentos dependa de la conducta viciosa o de la falta de aplicación al estudio del alimentista mayor de edad;
- V. Si el alimentista, sin consentimiento del que debe de dar los alimentos, abandona la casa de éste por causas injustificables; y
- VI. Las demás que señale este Código u otras leyes.

5.4 LOS OBLIGADOS A PROPORCIONAR ALIMENTOS.

En el *Digesto de Justiniano* se encuentra un cuestionamiento específico: “Cabe preguntar si debe mantener tan sólo a los hijos que están bajo la patria potestad o también los emancipados o que por otra causa son ya independientes”; de entonces a la fecha la misma pregunta ha recibido la misma respuesta en términos generales: sí, los ascendientes deben alimentos a los descendientes aunque no estén bajo su potestad, y viceversa.

En las *Siete Partidas* de Alfonso X, específicamente en la cuarta, se manifiesta que, por razón natural y por el amor que los padres les tienen a los hijos, deben mantener y criar a éstos, siempre y cuando sean legítimos o naturales.

En la legislación y doctrina española del siglo pasado, es observable el reflejo sobre todo de las *Siete Partidas*. García Goyena comenta el Código Civil español que: ...en ese entonces establecía que la obligación de dar alimentos del padre y la madre respecto de los hijos abarcaba: la crianza, educación y alimentos. También estaban obligados, a falta del padre y la madre, todos los demás ascendientes y, como la obligación es recíproca, los descendientes también lo estaban.⁴⁶

⁴⁶ Pérez Duarte Alicia Elena; “Obligación Alimentaria, Deber Jurídico, Deber Moral”; Editorial Porrúa, México, 1998; Pág. 50.

Respecto a la obligación entre los hermanos, en esta obra se señala que no están obligados pues la doctrina romana, que así lo estableció, no trascendió al derecho español ya que se trata de disposiciones contrarias a las costumbres de la península.

En la actualidad es denominador común afirmar que los alimentos son una obligación que se deriva de la pertenencia a un grupo familiar sea por filiación y/o parentesco. En donde podemos distinguir que los sujetos obligados a darse alimentos son todos los parientes en los grados reconocidos por la ley, y que se extienden sin limitación de grado en línea recta a los parientes consanguíneos y en línea transversal o colateral hasta el cuarto grado; asimismo se incluye la pareja conyugal y el adoptante hacia el adoptado.

En el derecho mexicano, en reciente reforma al Código Civil para el Distrito Federal, este derecho alimentario se hace extensivo a los concubinos. Los cónyuges deben darse alimento mientras subsista el matrimonio, pero también en caso de divorcio necesario, el culpable puede ser condenado al pago de alimentos a favor del inocente. En los divorcios voluntarios, la mujer tiene derecho a recibir alimentos por el mismo lapso que haya durado el matrimonio, siempre que no tenga ingresos suficientes y permanezca libre de matrimonio o concubinato. El varón tiene el mismo derecho si se encuentra imposibilitado para trabajar, carece de bienes y no ha contraído nuevas nupcias o se haya unido en concubinato.

En el caso del concubinato, plenamente configurado, estamos ante una relación que lleva un tiempo de duración y presenta rasgos serios y firmes, pues hay una convivencia como si se tratara de esposos, de manera continua y permanente, y durante el cual, la mujer ha encontrado apoyo en el concubinario, y éste ha recibido de la concubina la que habitualmente un marido recibe de una esposa; moralmente puede considerársele obligado como aquel a contribuir a su asistencia; si pese a que ningún juez se lo puede

imponer, el concubinario ha contribuido ya, efectivamente, a dicha asistencia, es porque la presencia del respectivo deber moral (la obligación natural del Código Civil) se hace sentir de modo tan evidente, que hasta el mismo titular de dicho deber la ha advertido, y corresponde la aplicación de los efectos derivados de la obligación natural.

5.4.1 NÚCLEO FAMILIAR

Si se considera que la familia es el núcleo social, el grupo primario y fundamental en el cual cada ser humano debería encontrar los satisfactores básicos a sus necesidades tanto físicas como afectivas que debería responder al interés universal que los seres humanos tienen, por lo menos teóricamente, de cuidar y criar a sus hijos; que este grupo social debería encontrar su cohesión en la voluntad de cada uno de sus miembros de mantenerse unidos, entonces, se entenderá que es el grupo a través del cual se pretende que el ser humano se forme y trascienda con todo un equipo ético y afectivo a otros círculos sociales y se fomenta la existencia de un sentimiento más o menos poderoso de solidaridad hacia quienes están vinculados entre sí con ese grupo primario.

Es evidente que, en un primer momento, la familia tiene una función biológica; Díaz de Guijarro, entre otros, explica que precisamente se caracteriza por su existencia como organización biológica inherente a la constitución humana. La convivencia de los miembros del grupo, es uno de los factores humanos que permite la subsistencia y la reproducción.

Pero en la familia no sólo se satisfacen las necesidades físicas, sino también aquellas afectivas y de desarrollo psíquico.

La independencia biológica y afectiva; los vínculos de solidaridad y sociabilidad; los nexos causales entre necesidad-satisfactor, explican por qué en la familia se encuentra al

deudor y al acreedor alimentario. En ella, como en un mecanismo de engranes, se enlazan y desplazan los caracteres de deudor y acreedor de una persona a otra dependiendo de las necesidades y los recursos de unos y otros: una relación típicamente solidaria y dependiente, rescatada y recreada por la norma jurídica.

Es cierto que la deuda alimentaria es económica, sin embargo, el concepto de los alimentos trasciende, como las demás relaciones familiares, de lo material a lo afectivo. Si fuera exclusivamente económico, la deuda podría recaer, en primer término en cualesquiera otra persona que se sintiera moralmente comprometida, pero como se trata de garantizar el desarrollo del ser humano en todo su potencial, el derecho la toma y la ubica en el contexto del núcleo familiar, precisamente por el papel que se pretende dar a este grupo.

En este orden de ideas, desde el punto de vista político se entiende la necesidad que el Estado tiene de señalar con precisión en quién o quiénes recae la responsabilidad de mantener a otro. Este señalamiento se realiza tanto por la repetición de ideas que tienden a generar una respuesta universal, como de normas jurídicas que garanticen esa misma respuesta. Los alimentos no escapan a este esquema: Se introduce a través de normas morales en la conciencia de cada miembro de una familia una idea –piedad inicialmente y solidaridad hoy en día-, que es reforzada por un ordenamiento coercitivo a fin de que la responsabilidad del sostenimiento se conserve dentro de las fronteras del núcleo familiar y no trascienda a la comunidad en donde es más difícil crear vínculos de solidaridad, y por, tanto, la subsistencia de los menores y ancianos se vería amenazada si esa comunidad no cuenta con la infraestructura para hacer frente a esa tarea.

5.4.2 CÓNYUGES Y CONCUBINOS

En el derecho contemporáneo existe la casi unanimidad de considerar a los cónyuges recíprocamente obligados a prestarse los alimentos, obligación que subsiste, en determinadas circunstancias, aun después de roto el vínculo entre ambos.

Esta obligación es usualmente confundida con los deberes de asistencia y socorro que nacen del matrimonio. Por ello debe establecerse con claridad la diferencia: que estos últimos nacen y terminan con la unión conyugal, en cambio los alimentos se proyectan más allá de esos límites, aquellos tienen una connotación específicamente in-material, y éstos la tienen netamente económica, material.

Los Mazeaud, sostienen que sólo existe una clara diferencia entre los deberes de asistencia –ayuda mutua, en el derecho mexicano- y socorro, en la cual se ubica en forma automática el lugar que ocupan los alimentos entre los cónyuges. Afirman que el deber de asistencia consiste en “dispensar solícitos cuidados”, dar apoyo moral y material, consuelo y protección al cónyuge; y que el deber de socorro se traduce en dos obligaciones netamente patrimoniales: los alimentos y la obligación de contribuir cada uno a las cargas del hogar en forma proporcional a sus recursos. Sostienen que estas dos obligaciones pecuniarias se diferencian entre sí, ya que la primera se refiere sólo a la distribución de los gastos del hogar entre los cónyuges y, la segunda, implica el cumplimiento de un deber moral específico: “dar socorro en los apuros del allegado”.

Hasta hace no mucho tiempo, era muy sencillo establecer con claridad cuáles eran las diferencias y sobre quién recaía cada una de las obligaciones pues la carga de manutención de la mujer recaía sobre el marido. Aún en el derecho mexicano, el jefe de

familia era este último, y como parte de sus obligaciones estaban la manutención tanto de la mujer como de los hijos.

La ayuda mutua de la pareja que es la única que puede exigirse cuando la armonía ha desaparecido e incluso cuando el matrimonio ha terminado, es la ayuda económica contenida en la obligación alimentaria. Es prácticamente imposible constreñir judicialmente a uno de los cónyuges al cumplimiento de los deberes de socorro y ayuda que le impone el estado del matrimonio; lo más que se puede hacer en caso de incumplimiento, es demandar el divorcio ya sea por injurias graves o por incumplimiento de las obligaciones económicas señaladas por el artículo 164 del Código Civil para el Distrito Federal (artículo 267 fracciones XI y XII respectivamente). En cambio, sí es posible demandar el cumplimiento forzoso de la ayuda económica que implican los alimentos aunque la relación afectiva haya terminado, pues la vida en común genera, independientemente del afecto o amor que pudiere haber, una responsabilidad moral y jurídica entre quienes la comparten, que se proyecta aún después de que esa comunidad de vida ha desaparecido.

El legislador mexicano reconoce que la mencionada vida en común puede no estar sancionada por las normas relativas a la institución del matrimonio y, aún así, generar esta responsabilidad económica. Por ello incluye dentro de la lista de obligados a prestar los alimentos a los concubinos en el mismo artículo en que sanciona la obligación alimentaria entre los cónyuges.⁴⁷

Entre los concubinos se establece una comunidad de vida igual a la de los cónyuges; en su relación se encuentran las mismas respuestas afectivas y solidarias, los mismos conflictos y las mismas contradicciones que se pueden encontrar en un matrimonio, por

⁴⁷ Artículo 302 del Código Civil para el Distrito Federal.

tanto el legislador mexicano sancionó la responsabilidad moral que existe en estas parejas para darles fuerza jurídica. Una vez mas se adecuan las normas de derecho a una realidad social.

Pablo Beltrán de Heredia, hace la siguiente afirmación: mientras los cónyuges viven una situación “normal”, es decir, mientras viven en comunidad “no se deben legalmente alimentos”, la obligación que existe entre ellos es el mutuo auxilio, independientemente de su estado de necesidad.⁴⁸

⁴⁸ Pérez Duarte Alicia Elena; “Obligación Alimentaria, Deber Jurídico, Deber Moral”; Editorial Fondo de Cultura Económica, Primera Edición; México, 2007; 508 Pág.

CAPÍTULO 6

SOCIEDADES DE CONVIVENCIA

6.1 CONCEPTO

La Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal, en su Artículo segundo establece que la Sociedad de Convivencia es un acto jurídico bilateral que se constituye, cuando dos personas físicas de diferente o del mismo sexo, mayores de edad y con capacidad jurídica plena, establecen un hogar común, con voluntad de permanencia y de ayuda mutua.

Por lo que podemos observar que, la Sociedad de Convivencia incluye una visión realista sobre otros vínculos de convivencia en torno a los hogares y, al reconocer esta realidad, señala en forma precisa la posibilidad de que dos personas la suscriban, tal y como lo establecen el artículo tercero y el Capítulo II de la citada Ley, de los cuales hablaremos más adelante, además debe estar acompañada del cumplimiento de requisitos como el de tener capacidad jurídica plena, vivir en un hogar común, con voluntad de permanencia y ayuda mutua.

Una de las mayores aportaciones de esta ley, reside en reconocer los efectos jurídicos de aquellas relaciones en las que no necesariamente exista trato sexual, sino sólo el deseo de compartir una vida en común, basada en auténticos lazos de solidaridad humana, de comprensión mutua y apego afectivo.

Los efectos jurídicos del vínculo ocurren una vez que los suscriptores manifiestan su consentimiento por escrito, por lo que éste es el primero de los elementos de la definición, al establecer que se trata de un acto jurídico bilateral.

El segundo elemento de la definición hace referencia a que dichas personas vivan juntas, no sólo compartiendo una vivienda, sino teniendo un hogar común, esto es, un espacio de interacción en el que se compartan también derechos y obligaciones. El no hacerlo por más de tres meses, sin causa justificada, dará lugar a la terminación de la sociedad, como lo menciona el Artículo 20 fracción II, de la Ley de Sociedad De Convivencia para el Distrito Federal.

El tercer elemento se refiere a la permanencia, que se traduce en el ánimo que constituye el motivo determinante de la voluntad de los convivientes, de estar juntos de manera constante.

Finalmente, el elemento de ayuda mutua, hace alusión a la necesaria solidaridad que debe existir entre los convivientes. La convivencia es el elemento trascendental, al igual que la ayuda mutua, para constituir y conservar el acuerdo. Cada uno de los integrantes, al tomar la decisión de formar parte de una Sociedad de Convivencia, comparte la vida con la otra persona. Por ello el artículo cuarto de la citada Ley, señala como requisito estar libre de matrimonio o de concubinato, así como no formar parte, en ese momento, de otra Sociedad de Convivencia, ya que se requiere la constancia y la interacción cotidiana de sus integrantes.

6.2 ANTECEDENTES

En México hemos transitado hacia una democracia electoral en donde se reconoce el pluralismo político y se acepta lo diverso. Para afrontar este pluralismo, hemos construido instituciones y leyes; hemos avanzado en modificar reflejos autoritarios, por formas de reacción tolerantes hacia expresiones políticas diferentes. El reto hoy es reconocer, aceptar y garantizar el pluralismo social. Así, como fuimos

capaces de construir instituciones que fortalecieran nuestra democracia, ahora es tiempo de unir esfuerzos para el pleno reconocimiento y el pleno respeto a la diversidad social.

Aprobar la Ley de Sociedad de Convivencia representa una verdadera prueba de pluralismo democrático, representa el reconocimiento del derecho a la diferencia y que las personas pueden decidir legítimamente sobre sus relaciones personales.

Hemos sido testigos en las últimas décadas del surgimiento y desarrollo de nuevas formas de convivencia, distintas a la familia tradicional. En todo el mundo, los modelos de convivencia están pasando por profundas transformaciones debido, en gran medida, a la redefinición de las relaciones entre los géneros, y a la conquista de derechos civiles y sociales.

En la actualidad, vemos hogares constituidos por parejas del mismo sexo, de los cuales no existe registro estadístico oficial. Ni las investigaciones sociodemográficas, ni los censos de población y vivienda oficiales, toman en cuenta este tipo de relaciones sociales. No obstante, la Sociedad Mexicana de Sexología Humanista Integral (SOMESHI) coincide en afirmar, como lo hacen numerosas investigaciones a escala internacional, que alrededor del 20 por ciento de la población tiene o ha tenido parejas del mismo sexo.

En un estado democrático de derecho, no existe razón, ni fundamento jurídico alguno, que sustente la falta de reconocimiento de derechos civiles y sociales por causa de preferencia sexual y/o afectiva de las personas.

De acuerdo, con la *Primera encuesta Nacional sobre la Discriminación, 2005*; el 94 por ciento de las personas homosexuales se perciben discriminadas, dos de cada tres

indican que no se han respetado sus derechos, y para el 70 por ciento de las personas homosexuales la discriminación ha aumentado.

En la realidad, la garantía constitucional de igualdad de trato y de derechos es violentado cotidianamente. Es importante decirlo con claridad, las personas de orientación sexual diversa, enfrentan situaciones de segregación social, falta de oportunidades, violación a sus derechos humanos, políticos, sociales, económicos y culturales, incluso son frecuentemente víctimas de crímenes de odio por motivos de lesbofobia y homofobia.

Ante estos hechos, resulta imperativo construir un marco jurídico que contemple y proteja las diversas formas de convivencia, erradique y prevenga la discriminación, promueva una cultura de respeto a la diversidad social. Una condición indispensable de la modernización y democratización de los Estados, así como el ejercicio de una ciudadanía plena, ha sido la implantación y el arraigo de valores incluyentes, igualitarios y respetuosos de la diversidad.

En este terreno, es importante contrastarnos con respecto a otras sociedades: La primera legislación para el registro de parejas del mismo sexo en el mundo se aprobó en Dinamarca en 1989. siguieron Washington en 1992, Noruega en 1993, Groelandia, Australia e Israel en 1994, Suecia en 1995, Islandia, Sudáfrica y Hungría en 1996, Hawai en 1997, Países Bajos y la Comunidad Autónoma de Cataluña en España en 1998. Al inicio del nuevo milenio, se sumaron Francia en el 2000, Alemania, Portugal, Suiza y el estado norteamericano de Vermont en el 2001. Finlandia y Nueva Zelanda en el 2002. Croacia y la Ciudad de Buenos Aires en Argentina en 2003. Brasil y los Estados Norteamericanos en Nueva Jersey y Maine en 2004. En el 2005 legislaron Inglaterra y el Estado de California en Estados Unidos.

El propósito de esta nueva figura es garantizar los derechos por vía de la legitimación de aquellas uniones que surgen de las relaciones afectivas a las que el derecho mexicano no reconoce aún consecuencias jurídicas, salvo, en forma incipiente, en los derechos de la personalidad.

La Sociedad de Convivencia constituye una figura jurídica nueva que no interfiere en absoluto con la institución del matrimonio, ni la vulnera. No impide la práctica del concubinato en su estructura actual. Implica reconocer consecuencias jurídicas a las diversas formas de convivencia humana, que como formas de integración social, mejoran la calidad de vida de sus integrantes.

No hace frente, no desafía, a las familias convencionales, ni pretende socavar los valores morales de las personas; la Sociedad de Convivencia genera certeza, reconoce realidades que han pasado por la invisibilidad legal.

Lo dijo con mucha claridad José Luis Rodríguez Zapatero, Presidente del Gobierno Español, en el pleno del Congreso de los Diputados: “No estamos legislando para gentes remotas y extrañas. Estamos ampliando las oportunidades de felicidad para nuestros vecinos, para nuestros compañeros de trabajo, para nuestros amigos y para nuestros familiares, y a la vez estamos construyendo un país más decente porque una sociedad decente es aquella que no humilla a sus miembros. Esta ley no engendra ningún mal, su única consecuencia será el ahorro de sufrimiento inútil de seres humanos. Y una sociedad que ahorra sufrimiento inútil a sus miembros es una sociedad mejor”.⁴⁹

⁴⁹ www.gaymexico.com.mx 11-febrero-2010.

6.3 RÉGIMEN JURÍDICO

El 16 de noviembre del año 2006 se publicó en la Gaceta Oficial del Distrito Federal la Ley de Sociedad de Convivencia, que contiene 25 artículos ordinarios y 3 transitorios. El artículo primero transitorio señala que el decreto de Ley entrará en vigor a partir del día hábil siguiente en que hayan concluido los 120 días naturales en que sea publicada la misma, por lo que el transcurso de dicho tiempo venció el día 16 y comenzaría a ser vigente el día 17 de marzo del año 2007.

La Sociedad de Convivencia en mi punto de vista es, sui géneris y de excepción, porque viene a ser exclusión de lo que normalmente establece la norma cuando dos personas quieren unirse para cohabitar. De manera contraria, se ha difundido que es una Ley para que se puedan “casar” las personas consideradas como “gays” o “lesbianas”, cuestión contraria al espíritu jurídico de lo que estipula el artículo segundo de la normativa, pues ha quedado conceptualizada la “Sociedad de Convivencia” como aquél acto bilateral que se constituye, cuando dos personas físicas de “diferente o del mismo sexo”, establecen un hogar común, lo que significa que no es una disposición jurídica propiamente para la unión de las personas del mismo sexo, así como tampoco se trata de un matrimonio, por lo tanto no se pueden casar, y se puede percibir que tampoco se trata de una unión sexual necesariamente.

El artículo tercero de la Ley de Sociedad de Convivencia obliga a las o los convivientes, en razón de la voluntad de permanencia, ayuda mutua y establecimiento del hogar común, que para que surta efectos frente a terceros, la Sociedad sea registrada ante la Dirección General Jurídica y de Gobierno del Órgano Político – Administrativo correspondiente.

Quedó establecido de igual manera, que no podrán constituir Sociedad de Convivencia, las personas que se encuentren unidas en matrimonio, concubinato, y aquéllas que mantengan vigente otra sociedad de convivencia, así como tampoco los parientes consanguíneos en línea recta sin límite de grado o colaterales hasta el cuarto grado.

Si la Sociedad de Convivencia no es un matrimonio, entonces ustedes se preguntarán ¿cómo es el procedimiento para que sea declarada formal y legalmente la unión? La respuesta es que la Sociedad de Convivencia deberá hacerse constar por escrito, misma que será ratificada y registrada ante la Dirección General Jurídica y de Gobierno del Órgano Político Administrativo del domicilio donde se establezca el hogar común, instancia que actuará como autoridad registradora, por lo que se aprecia que no se casan y no hay un acta del Registro Civil, por lo que las personas unidas bajo este régimen no cuentan con estado civil, no son ni casados, ni solteros, son uniones de carácter especial reconocidas por la ley, con el objeto de establecer un hogar común, con voluntad de permanencia y ayuda mutua. Para poder constituirse se requiere un escrito, el cual debe contener: I. El nombre de cada conviviente, su edad, domicilio y estado civil, así como, los nombres y domicilios de los testigos mayores de edad; II. El domicilio donde se establecerá el hogar común; III. La manifestación expresa de las o los convivientes de vivir juntos en el hogar común, con voluntad de permanencia y ayuda mutua; y IV. La forma en que las o los convivientes regularán la Sociedad de Convivencia y sus relaciones patrimoniales. V. La firma de los interesados y testigos.⁵⁰

Por lo que respecta a la fracción IV, la decisión de las dos personas convivientes es indispensable para la constitución del acuerdo, razón por la cual los integrantes, al elaborar el documento mediante el que constituyen una Sociedad de Convivencia, deben

⁵⁰ Artículo 7 de la Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal.

incluir, entre otras cosas, la manera en que habrán de regirse los bienes patrimoniales. Así, más que crear una nueva institución, se podrá apelar a figuras ya existentes en nuestra legislación. Tal es el caso de la copropiedad, la donación o el usufructo, en cuyo caso su regulación se dará conforme a las disposiciones legales existentes para la figura elegida.

Los propósitos que inspiran a la Sociedad de Convivencia son la protección de la dignidad de las personas, la certeza, la seguridad jurídica, la igualdad ante la ley y la libertad. En ese contexto, se deja a las partes regular su convivencia, los derechos y deberes respectivos y sus relaciones patrimoniales. No obstante, se establece la presunción de que, en defecto del pacto, cada integrante mantiene el dominio y disfrute de sus propios bienes.

Como consecuencia de esta libertad, es necesario prever que se tendrá por no puesta toda disposición pactada en la que se perjudiquen derechos de terceros. En el caso de que uno de los integrantes de la Sociedad actúe de mala fe, el otro tendrá derecho a ser resarcido de los daños y perjuicios que se le ocasionen.

6.4 DIFERENCIAS CON EL CONCUBINATO

Esta Ley fue cuidadosa al no equiparar la Sociedad de Convivencia con el concubinato, puesto que a la luz del derecho y de la propia naturaleza no lo es, toda vez, que a diferencia del concubinato, la Sociedad de Convivencia se puede constituir por dos personas físicas de diferente o del mismo sexo, además de que no se trata necesariamente de una unión sexual. Siendo además de mencionarse que, si los integrantes de la Sociedad de Convivencia, por su forma de unión sexual, y de diferente sexo, alcanzan el concubinato, se extingue la Sociedad de Convivencia.

En la Sociedad de Convivencia, los convivientes se vinculan en los términos que establezcan en su acta de constitución, y conforme a la Ley de Sociedad de Convivencia y demás disposiciones jurídicas que les sean aplicables, siempre y cuando no perjudiquen a terceros o a la igualdad de ellos mismos, mientras que en el concubinato no existe un acta que avale dicha unión.

Toda vez que diversas leyes reconocen derechos a los concubinarios, no así a los convivientes, cabe mencionar que en Diciembre del año 2000, México firmó un *Acuerdo de Cooperación Técnica* con la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en el que se elaboró el *Diagnóstico sobre la situación de derechos humanos en México*, que sirvió de base para conocer los desafíos urgentes que enfrenta el país. En este diagnóstico, se recomendó elaborar reformas a la Ley General de Salud, del ISSSTE, IMSS y del Trabajo, para que las parejas del mismo sexo puedan gozar de las mismas prestaciones y servicios que aquellas formadas por personas de sexo diferente, es decir de las unidas en matrimonio o concubinato.

Lo que se expresa, como un pendiente jurídico de nuestra legislación social.

CAPÍTULO 7

PROBLEMÁTICA JURÍDICA QUE PRESENTA LA FIGURA DEL CONCUBINATO AL DEMANDAR AL EXCOMPAÑERO EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES, ALIMENTARIAS, CUANDO SE HA DADO UNA CONVIVENCIA QUE ES APTA PARA PRODUCIR TAL CIRCUNSTANCIA, SIN LLEGARSE A CUMPLIR EL PLAZO DE DOS AÑOS.

7.1 SU INICIO

La legislación mexicana ha determinado, en un supuesto, que para que el concubinato exista se requiere:

- a) Que la unión tenga una permanencia de por lo menos dos años.

En este caso se presenta el problema de determinar cuando inició realmente el concubinato. No es una cuestión fácil, porque sólo quienes así se encuentran unidos pueden saber con exactitud cuando realmente se inició esta relación.

El concubinato empieza de una manera espontánea, sin que sus integrantes sepan verdaderamente si van a permanecer unidos por el lapso de tiempo necesarios para que se configure el concubinato. El hombre y la mujer conviven en establecerse en su hogar común, vivir como esposos, pero sin formalizar su relación bajo la constitución del matrimonio.

En mi opinión no es suficiente la declaración de la pareja de que han cohabitado bajo el mismo techo por dos años para que se les reconozcan efectos jurídicos de concubinato, sino que se requiere de más pruebas para que exista la certeza de que sí se trata de esta unión,⁵¹ como sería la exposición pública de su unión.

⁵¹ La Sala Civil de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la página 39, volumen 6, parte cuarta, séptima época, ha sentado la siguiente jurisprudencia: CONCUBINATO, PRUEBA DEL. El concubinato es una unión libre de mayor o menor duración, pero del que no puede obtenerse un conocimiento cierto y verídico en un instante y menos cuando no se penetra

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, establece y expresa, que los medios de prueba reconocidos por la ley son la confesión, los documentos públicos y privados, los dictámenes periciales, el reconocimiento o inspección judicial, los testimonios y, en general, todos los elementos aportados por los descubrimientos de la ciencia, así como las presunciones.

La prueba del concubinato se puede llevar a cabo con todos los elementos que sean susceptibles de generar la convicción del juzgador, en el caso concreto sometido a su conocimiento y decisión, con una sola limitante, que los medios de prueba ofrecidos no sean contrarios a la moral y al Derecho.

Cabe citar el artículo 278 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que establece lo siguiente: Para conocer la verdad sobre los puntos controvertidos puede el juzgador valerse de cualquier persona, sea parte o tercero, y de cualquier cosa o documento, ya sea que pertenezca a las partes o a un tercero; sin más limitación que la de que las pruebas no estén prohibidas por la ley ni sean contrarias a la moral.

La prueba testimonial podría ser eficaz en estos casos, pero resulta difícil que los testigos sepan el día exacto en que inició la cohabitación, es más probable que tengan noción de una época aproximada, pero no de fecha exacta, y más difícil resultaría la confirmación de la propia convivencia sexual.

Al respecto el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito al resolver, en sesión de 15 de noviembre de 1999, por unanimidad de votos, el juicio de amparo en revisión 2116/99, admitió que es conforme a derecho demostrar fehacientemente el

al interior de la morada de los concubenarios, para cerciorarse de la presencia de objetos que denoten la convivencia común.

concubinato mediante la prueba testimonial. En consecuencia, el Colegiado estableció una tesis aislada, al tenor siguiente:

“CONCUBINATO. PUEDE DEMOSTRARSE SU EXISTENCIA MEDIANTE INFORMACION TESTIMONIAL O CON CUALQUIER ELEMENTO QUE PERMITA ACREDITARLO.- La información testimonial a que alude el artículo 801 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, es eficaz para demostrar la relación de concubinato que pueda existir entre dos personas, toda vez que si bien es cierto que en tratándose del nexo de parentesco, éste se puede probar de manera idónea con las actas del Registro Civil, por lo que los testigos sólo son aptos generalmente para patentizar que no existen más herederos, distintos de los que pretenden ser declarados en esos términos, no menos verdad es que la relación de concubinato, precisamente por tratarse de una cuestión de hecho de la que no se levanta ninguna inscripción o acta ante el registro Civil que la acredite, puede y debe ser comprobada con cualquier elemento que permita dejarla en claro conforme al artículo 801 del ordenamiento legal referido.”⁵²

Así mismo cabe mencionar también la siguiente Tesis Aislada:

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

Amparo directo 825/68. Francisco García Koyok. 20 de Junio de 1969. 5 votos.
Ponente: Enrique Martínez Ulloa.

⁵² *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época. Tomo XII. Julio de 2000. P. 754. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito.

Instancia: Tercera Sala. **Fuente:** Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época. Volumen 6 Cuarta Parte. Pág. 39. **Tesis Aislada.**

Otras pruebas que podrían ofrecerse, serían las documentales privadas, tales como recibos de luz, teléfono, agua, etcétera, en las que aparecieran el nombre y apellidos de los dos, por ejemplo, el recibo de teléfono a nombre del concubinario, el del agua a nombre de la concubina, y que estos documentos correspondieran al mismo domicilio. La presuncional tiene especial significación.

b) Que se procreen uno o más hijos

Tratándose de este caso, la prueba del concubinato es mucho más sencilla, porque basta con que el hijo o los hijos nazcan dentro del plazo legal señalado en el artículo 383 del Código Civil para el Distrito Federal, para que se considere que son producto de una relación de concubinato. Además, también tienen la acción de investigar de paternidad y maternidad de las cuales, una vez que el juez dicte sentencia favorable al hijo, derivará la prueba de que hubo concubinato (es necesario que el padre y la madre cohabiten bajo el mismo techo comportándose como marido y mujer.)

7.2 SU TERMINACIÓN O PERMANENCIA

La terminación del concubinato es otro aspecto problemático con relación a esta unión, ¿cómo se determina que la unión ha terminado, si los concubinos son una pareja inestable que continuamente se separa sin llegar a la interrupción de la relación y tiene reconciliaciones frecuentes? ¿o cómo se sabe que ha terminado si se da el caso de que alguno de los dos deja el hogar en el que vivían juntos pero no se lleva sus pertenencias consigo? ¿cómo saber a ciencia cierta cuando se dio la separación? ¿a quién se le da aviso?.

Para poder hablar de una “terminación”, se requiere de la actualización de alguna de las siguientes hipótesis:

a) Por voluntad de cualquiera de las partes o bien por la voluntad unilateral de alguno de ellos.

Para esto es necesario que el rompimiento sea definitivo, es decir que haya una separación de cuerpos, y que se de el abandono total de la vivienda. Esto implica que al dejar el domicilio se lleve consigo sus pertenencias, ya que de lo contrario daría lugar a dudar de esa definitividad, pues podría pensarse que va a regresar al hogar.

Además de estos factores que constituyen requisitos de carácter externo, se requiere también de un elemento interno, que es la intención de terminar esa relación sin que exista la voluntad de volver a unirse.

No existen en nuestras leyes disposiciones que regulen el lapso de tiempo que se requiere para que una separación se considere como la terminación del concubinato. De acuerdo con mi opinión, para que el concubinato no se considere terminado, el tiempo que dure la separación no deberá exceder de seis meses. *A contrario sensu*, se considera terminada la relación concubinaria, cuando cualquiera de los integrantes de la pareja abandone el hogar común por un tiempo mayor a seis meses.

Este criterio parte de la aplicación por analogía del artículo 29 del Código Civil para el Distrito Federal⁵³ y del artículo 267 fracción VIII del mismo ordenamiento.

b) Otra forma de dar por terminado el concubinato, es iniciando esta misma relación con persona distinta de la concubina o del concubinario, ya que hay que recordar que una

⁵³El domicilio de una persona, en primer lugar es aquél donde reside habitualmente, y se presume que una persona reside habitualmente en un lugar cuando permanece en él por más de seis meses.

de las características del concubinato es la monogamia, derivado de ella el deber de fidelidad. No pueden existir varias concubinas o concubenarios a la vez.

c) También contrayendo matrimonio con otra persona o con la misma concubina (en este caso, termina el concubinato y los integrantes de la pareja adquieren la calidad de esposos).

d) Por muerte de cualquier de los concubinos, también se extingue la relación concubinaria.

Cabe mencionar que una infidelidad pasajera de cualquiera de los concubinos, no necesariamente implica la terminación de la relación, puesto que, aunque como características de esta figura están la monogamia, la ley no sanciona las relaciones sexuales ocasionales fuera del concubinato.

Además lo único que mantiene unidos a los concubinos es su voluntad de permanecer así, y si aun cuando hay una infidelidad de cualquiera de ellos el otro otorga el perdón y continúan viviendo juntos comportándose como cónyuges, la relación concubinaria no se habrá roto.

7.3 MUERTE DEL CONCUBINARIO DURANTE EL EMBARAZO DE LA CONCUBINA

Cuando se procrea un hijo después de dos años de vivir juntos en concubinato y el concubinario fallece durante el embarazo, a mi juicio no hay problema, porque esta situación estará reconocida por la ley y ese hijo una vez nacido, se considerará hijo de los concubinos, debido a que fue concebido en el tiempo que la pareja vivía unida como si se tratara de marido y mujer, y existe una presunción en su favor. Además por el simple

hecho de que la pareja llevaba dos años o más viviendo como cónyuges bajo el mismo techo, la mujer ya estará considerada como concubina.

Es por ello, que en caso de que el hijo falleciere antes del alumbramiento o durante el parto y no llegare a cumplir los requisitos del artículo 337 del Código Civil para el Distrito Federal,⁵⁴ la mujer no se ve afectada para ser reconocida como concubina, ya que si bien no cumplió con el requisito de procreación, sí lo hizo con el de temporalidad.

El problema se presenta cuando el hijo ha sido concebido antes de que transcurran los dos años que exige la ley, por ejemplo, dentro de los tres primeros meses de la unión e inmediatamente después de concebido fallece el padre y además se da la situación mencionada anteriormente: “el hijo falleciere antes del alumbramiento o durante el parto y no llegare a cumplir los requisitos del artículo 337 del Código Civil para el Distrito Federal.” En este caso surge la cuestión de si este embarazo le da a la mujer la calidad de concubina o simplemente se le considera como una compañera pasajera del fallecido.

Primeramente, hay que analizar cuál es la postura adoptada por nuestra legislación civil en relación a la concepción: El artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal señala: “La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código.”⁵⁵

⁵⁴ Para los efectos legales, sólo se tendrá por nacido al que, desprendido enteramente del seno materno, vive 24 horas o es presentado vivo ante el Juez del registro Civil. Faltando alguna de estas circunstancias, no se podrá interponer demanda sobre la paternidad o maternidad.

⁵⁵ El termino *concepción* significa “la acción que hace que el niño o el animal exista”. El termino *concebir* significa “quedar en cinta la hembra”. Desde el momento en que el óvulo es fecundado por el espermatozoide comienza a formar el feto, y por lo tanto, desde la unión de estas dos células comienza el embarazo.

Cuando este artículo habla de los efectos declarados en el Código, se refiere a los artículos 1314, 1391, 2357 y 2359 del Código Civil para el Distrito Federal que se refieren a la posibilidad de que el concebido no nacido pueda ser heredero, legatario y donatario.

Atendiendo al artículo 337, sólo se considera nacido, al producto que una vez desprendido enteramente del seno materno sobrevive 24 horas o bien es presentado vivo en el Registro Civil.

Solo cumpliendo con estas características, podrá considerarse que el niño nació “vivo y viable”.

Tomando en cuenta este artículo, sólo podríamos otorgarle a la mujer la calidad de concubina cuando el hijo nazca cumpliendo estos requisitos, de lo contrario sólo será una mujer soltera sin ningún derecho ni protección, a menos que figure en el testamento de su compañero. Si no es así, la ley no la considerará como concubina para efectos de alimentos en la sucesión testamentaria ni tampoco como posible heredera en la sucesión legítima.

En este caso, los derechos que le confiere la ley a la concubina, estarían supeditados a la condición suspensiva que es el nacimiento del niño, y además a que éste nazca vivo y viable.

Lo anterior no parece una solución justa para la mujer, porque de alguna manera vivió con el padre como si fuera su marido y esa convivencia no puede negarse. No puede negársele la protección de la ley, por el simple hecho de que el niño haya muerto.

El único caso en que a la mujer debe reconocérsele conforme con nuestra legislación actual como concubina aun cuando no haya reunido el requisito de temporalidad y el niño

haya muerto, es el caso contemplado en el artículo 1641, porque el padre de ese niño habrá reconocido mediante instrumento público o privado la certeza de la preñez de la mujer, por lo que ésta sólo tendrá la carga de la prueba respecto de la convivencia “marital” bajo el mismo techo con el hombre que procreó esa criatura. Una vez probado que el *de cujus* y la mujer cohabitaron como marido y mujer para que pueda ser protegida por las escasas disposiciones legales que para tal efecto existen.

7.4 OBLIGACIÓN ALIMENTARIA ENTRE CONCUBINOS

El legislador mexicano reconoce que la vida en común que tienen los concubinos, genera una responsabilidad económica. Por ello incluye dentro de la lista de obligados a prestar los alimentos a los concubinos en el mismo artículo en que sanciona la obligación alimentaria entre los cónyuges.⁵⁶

Entre los concubinos se establece una comunidad de vida igual a la de los cónyuges; en su relación se encuentran las mismas respuestas afectivas y solidarias, los mismos conflictos y las mismas contradicciones que se pueden encontrar en un matrimonio, por tanto el legislador mexicano sancionó la responsabilidad moral que existe en estas parejas para darles fuerza jurídica. Una vez más, se adecuan las normas de derecho a una realidad social.

Y al hablar de estas obligaciones y derechos cabe mencionar la siguiente tesis aislada:

“CONCUBINATO. LOS DERECHOS QUE PRODUCE ENTRE LOS CONCUBINOS SÓLO DURAN MIENTRAS LA RELACIÓN SUBSISTA. A diferencia de lo que ocurre con el matrimonio, relación civil en que los cónyuges se unen con el propósito de constituir

⁵⁶ Artículo 302 del Código Civil para el Distrito Federal.

una familia, de forma permanente, tanto así que para crearlo o disolverlo se requiere seguir ciertas formas establecidas por el derecho, y sólo puede conseguirse si lo sanciona una autoridad competente, el concubinato es la relación que se crea entre un hombre y una mujer, por el hecho de vivir como marido y esposa durante un término preestablecido por la ley, la que no puede dejar de reconocer que también de esta forma se constituyen lazos familiares de afecto y ayuda mutua, sobre todo sí se procrean hijos; pero esta clase de vínculo sólo es reconocida por el derecho, mientras perdure la situación de hecho así creada. En este sentido, Marcel Planiol y Georges Ripert sostienen en el libro Derecho Civil, Editorial Harla, tercera edición, Librería General del Derecho Jurisdiccional, París 1946, página 8, que: "Quien vive en estado de concubinato, puede ponerle fin según su voluntad, sin que la otra persona con quien viva en este estado pueda invocar esa ruptura como fuente de daños y perjuicios.". Por tanto, los efectos que emanan del concubinato, tales como el derecho a heredar o a recibir alimentos, sólo se producen si esa relación subsiste al momento del deceso de uno de ellos, o al en que se solicitan los alimentos".

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.
I.4º. C.20 C. Amparo directo 9374/97. Pedro Antonio López Ríos. 12 de febrero de 1998.
Unanimidad de votos. Ponente: Gilda Rincón Orta. Secretaria: Gerogina Vega de Jesús.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo VII, Junio de 1998. Página 626. Tesis Aislada.

Al respecto de este tema en el siguiente apartado abundaremos más detalladamente, y en particular al artículo 291 Quintus del Código Civil para el Distrito Federal, que habla acerca del derecho que se tiene para ser acreedor a una pensión alimenticia.

7.5 PROPUESTA DE ADICIÓN AL ARTÍCULO 291 QUINTUS DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, DE LA FIGURA DE LA CONVIVENCIA

Como ya se ha comentado en este trabajo, el concubinato en México comienza a ser regulado a partir del Código Civil de 1928, toda vez que como en la propia exposición de motivos se menciona: “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 a favor de la concubina, que al mismo tiempo es madre, y que ha vivido 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 la forma legal y moral de constituir la familia, y si se trata del concubinato, es, como se dijo antes, porque se encuentra generalizado, hecho que el legislador no debe ignorar.”⁵⁷

Y si bien es cierto en el Código de 1928 la figura del concubinato no fue ignorada también lo es que en dicho Código no había un capítulo especial que lo reglamentara, sino que únicamente se le otorgaban derechos sucesorios a la concubina conforme a lo establecido en el artículo 1635, y en este mismo numeral se enlistaban los requisitos que debían reunir para ser considerada como tal. Toda vez de que como la misma exposición de motivos lo indica: “Se creyó justo que la concubina que hacía vida marital con el autor de la herencia al morir éste, y que o tiene hijos de él o vivió en su compañía los últimos cinco años que precedieron a su muerte, tuviera alguna participación en la herencia legítima, pues en la mayoría de los casos, cuando se reúnen las expresadas

⁵⁷ Código Civil para el Distrito Federal, Editorial Porrúa, México 1997.

circunstancias, la mujer es la verdadera compañera de vida y ha contribuido a la formación de los bienes. El derecho de la concubina tiene lugar siempre que no haya cónyuge supérstite, pues la comisión repite que rinde homenaje al matrimonio.⁵⁸

De lo anterior se observa que originalmente se le reconocían derechos inspirados en favorecer a la mujer, pero con la reforma publicada en el Diario Oficial del 27 de Diciembre de 1983, se hicieron extensivos esos derechos al varón, esto es, al llamado concubinario. Y así como la reforma anteriormente citada lo demuestra, la ley se tiene que ir adecuando a los cambios sociales, por lo que el 25 de mayo del año 2000, se publica en la Gaceta Oficial del Distrito Federal que se adiciona un Capítulo XI del Concubinato, del Título Quinto, del Libro Primero.

No obstante todo lo anterior, es necesario reglamentar esta institución más detalladamente, para lo cual, desde mi punto de vista, para armonizar esta institución con otras que actúan en nuestro campo jurídico, verbigracia, las sociedades de convivencia, es necesario que el texto del artículo 291 Bis señale que el concubinato existe a partir del momento en que el hombre y la mujer deciden hacer vida en común, concretan su acuerdo de voluntades e inician su cohabitación, hecho que hará presumir el acuerdo de mérito, sólo para el efecto del derecho de percibir alimentos. Bajo esta consideración, propongo que el texto de dicho numeral se modifique para quedar como sigue:

“La concubina y el concubinario tienen derechos y obligaciones recíprocos, siempre que sin impedimentos legales para contraer matrimonio, han vivido en común en forma constante y permanente como si fueran marido y mujer, lo que genera en su favor, derecho a percibir alimentos por el tiempo en que permanecieron viviendo en común, conforme con las disposiciones de este Código”.

⁵⁸Código Civil para el Distrito Federal, Editorial Porrúa, México 1997. .

Ello implica modificar, a su vez, el artículo 291 Quintus, toda vez que, por la modificación propuesta al artículo 291 Bis, desde que inicia la convivencia entre la pareja es cuando surge la obligación alimentaria entre ellos; pues, se insiste, que de no ser así estamos dejando fuera del marco jurídico y desprotegido el lapso de tiempo que transcurre desde el momento en que deciden vivir juntos hasta que se cumplen los dos años que señala la ley, amén de que ante otra figura jurídica asimilable, como las sociedades en convivencia, el concubinato quedaría en clara desventaja, por su alcance jurídico.

Todo esto, ya que podría darse el caso de una pareja que lleva viviendo como marido y mujer durante un periodo de veintitrés meses, por alguna circunstancia, uno de ellos queda incapacitado y requiere alimentos toda vez que no tiene medios para subsistir; ¿Quedaría desprotegido por la ley con el sólo hecho de que su concubino se separe de él o ella, según el caso, ya que no se han cumplido los dos años para que pueda exigir sus derechos como concubino, ni el concubino de que se trate decide no alimentarlo?

Por la razón expuesta, es necesario que el texto del artículo 291 Quintus señale:

Al cesar la convivencia, la concubina o el concubinario que carezca de ingresos o bienes suficientes para su sostenimiento, tiene derecho a una pensión alimenticia por un tiempo igual al que haya durado DICHA CONVIVENCIA...

Con ello se armonizará el sentido de la reforma propuesta.

Esto para que el tiempo transcurrido no quede al margen de la ley por lo que respecta a la obligación alimentaria para llegar a formar el concubinato; porque aún cuando ellos quieren prescindir del sistema normativo, ya que la situación de hecho que genera es de evidente impacto social, de tal forma que el Derecho tiene que protegerlos, el Derecho no se debe desentender de ellos.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El concubinato ha sido definido por infinidad de autores, tanto nacionales como extranjeros, variando sus características en cada país, sin embargo, de acuerdo con las consideraciones que hace nuestra ley y algunas aportaciones de diferentes autores, para los efectos del presente trabajo, podemos concluir que el *concubinato se define como: “La unión de un hombre y una mujer libres de matrimonio, que no tienen impedimento legal para contraerlo entre sí, que deciden formar un hogar en común como marido y mujer, y a partir de ese momento se crea entre ellos derechos y obligaciones recíprocas de carácter alimentario.”*

SEGUNDA.- Las pruebas que permiten esclarecer en qué fecha comenzó la convivencia, son las documentales privadas, testimoniales y todas aquellas que produzcan convicción en el juzgador.

TERCERA.- En el Derecho Mexicano es un acierto que se tuvo que reconocer, como en el mundo entero, que existe y se practica el concubinato y que esta conducta de los seres humanos genera consecuencias sociales que no es posible ignorar. Es evidente concluir que el legislador no puede ni debe cerrar los ojos ante la realidad social, para no ver lo que no quiera ver; porque ahí donde hay sociedad hay Derecho.

CUARTA.- Nuestro Derecho ha iniciado la regulación de los efectos que genera el concubinato, aun cuando no de manera integral, como resulta evidente, no obstante podemos observar una evolución jurídica y social del concubinato, la cual autoriza a sostener un nuevo concepto sobre la materia. Ya que el concubinato actual en México es diferente al que existía antes del Código Civil de 1928.

QUINTA.- Debemos tener presente que el concubinato es una figura distinta a la regulada por la Ley de Sociedad de Convivencia, toda vez que esta última se puede constituir por dos personas físicas de diferente o del mismo sexo, y sus convivientes se vinculan en los términos que establezcan en su acta de constitución, y demás disposiciones jurídicas que les sean aplicables, mientras que en el concubinato no existe un acta que avale dicha unión, pero en la realidad social tales figuras no operan como complementarias, sino que compiten en el mundo jurídico, pero los beneficios de las sociedades de convivencias superan de forma importante al concubinato.

SEXTA.- Para actualizar esta institución jurídica a la realidad actual y armonizarla con otras instituciones jurídicas, como el matrimonio y sociedades de convivencia, es necesario generar derechos alimentarios inmediatos entre los concubinos, así el artículo 291 quintus en vez de señalar que se tiene derecho a una pensión alimenticia por un tiempo igual al que haya durado "*el concubinato*", deba mencionar que sea a un tiempo igual al que haya durado "*dicha convivencia*" que genera el concubinato, ya que las obligaciones inician desde el momento en que el hombre y la mujer deciden hacer vida en común, pues su intención al llevar a cabo una unión asimilable al matrimonio, es la que debe predominar, ya que es esa unión precisamente la que genera el pago de alimentos, pues significa la modificación material de las circunstancias de vida de los concubinos.

BIBLIOGRAFÍA

Asprón Pelayo Juan Manuel; "Sucesiones"; Mc. Graw-Hill, Editores, S.A. de C.V.; México D.F.; Décima Primera Edición, 2008, Páginas 18-19.

Baqueiro Rojas Edgard y Buenrostro Báez Rosalía; "Derecho de Familia y Sucesiones"; Editorial Harla; México 2005; 147 Páginas.

Chávez Asencio Manuel F.; "La familia en el Derecho"; Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares; Octava Edición, Editorial Porrúa, México 2007; 540 Páginas.

Chávez Asencio Manuel F.; "La familia en el Derecho", Séptima Edición, Editorial Porrúa, México 2007; 605 Páginas.

De Pina Rafael; "Elementos de Derecho Mexicano", Introducción, Personas y Familia; Trigésima Tercera Edición, Editorial Porrúa, México, 2000; Páginas. 333-336.

Galindo Garfias Ignacio; "Derecho Civil-Primer Curso", última Edición, Editorial Porrúa, México, Página 481.

Galvan Rivera Flavio; "El Concubinato en el vigente Derecho Mexicano", Editorial Porrúa, México 2003, 183 Páginas.

Herrerias Sordo Maria del Mar; "El Concubinato; Análisis Histórico, Jurídico y su Problemática en la Práctica"; Segunda Edición, Editorial Porrúa, México 2000; 159 Páginas.

Ibarrola de Antonio; "Derecho de Familia"; Quinta Edición; Editorial Porrúa, México 2006; 632 Páginas.

Lavrin Asunción; "Sexualidad y Matrimonio en la América Hispánica"; Editorial Grijalva; México D.F. 1991; Páginas 316-329.

Magallon Ibarra Jorge Mario; "Instituciones de Derecho Civil"; Tomo III Derecho de Familia, Segunda Edición; Editorial Porrúa, México 2001; 631 Páginas.

Michel Andree; "Sociología de la Familia y del Matrimonio"; Editorial Península; México, D.F.; 1991, 189 Páginas.

Pérez Duarte Alicia Elena; "Derecho de Familia"; Primera Edición; Editorial Fondo de Cultura Económica; México 2007; 588Páginas.

Pérez Duarte Alicia Elena; "Obligación Alimentaria, Deber Jurídico, Deber Moral"; Segunda Edición; Editorial Porrúa, S.A. de C.V.; México 1998; 345 Páginas.

Planiol Marcel y Ripert Georges; "Tratado Elemental de Derecho Civil; Divorcio, Filiación, Incapacidades"; Tomo I; Segunda Edición, Cárdenas Editor y Distribuidor; México, D.F., 1991; Páginas 308-310.

Rojina Villegas Rafael; "Compendio de Derecho Civil", Introducción, Personas y Familia; Trigésima Novena Edición, Editorial Porrúa.; México, D.F., 2008; 540 Páginas.

Ruiz Lugo Rogelio Alfredo; "Práctica Forense en materia de Alimentos"; Volumen 2, Editorial Gandhi; México, D.F, 2004; 713 Páginas.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

Soto Álvarez Clemente, "Derecho de las personas y de familia"; Limusa, 1989.

DICCIONARIO CONSULTADO

Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Editorial Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, Tomo I, 2006.

LEGISLACIÓN CONSULTADA

Código Civil para el Distrito Federal; Editorial Ediciones Fiscales ISEF, México, D.F., 2010.

Código Civil para el Distrito Federal, Editorial Porrúa, México 1997.

Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal; www.gaymexico.com.mx, 10-febrero-2010.

PAGINAS DE INTERNET CONSULTADAS

www.gaymexico.com.mx, 10-febrero-2010.