

321309

UNIVERSIDAD DEL TEPEYAC

26

ESCUELA DE DERECHO
CON ESTUDIOS RECONOCIDOS OFICIALMENTE POR
ACUERDO No. 3213-09 CON FECHA 16 - X - 1979
DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

288096



REGIMEN LEGAL DEL CONCUBINATO

TESIS
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA
MARIA DOLORES MARTINEZ PEREZ
ASESOR DE LA TESIS:
LIC. HECTOR SANTIAGO ROMERO FRIAS
CED. PROFESIONAL No. 1307989



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

DEDICATORIAS.

A Dios: Por dejarme existir, por siempre guiarme y ponerme en el camino a buenas personas que me han ayudado a realizar mis sueños y por hacerme ver cuando me he equivocado.

A mi Universidad: Por que gracias a ella conocí a muy buenos amigos y pude realizarme como una persona en todos los aspectos, por que su formación sin duda me servirá para realizarme en toda mi vida.

A mis Padres: Por que gracias a ustedes he podido realizar muchos sueños, por brindarme su apoyo incondicional y tenerme confianza en mis decisiones. Dedico esta tesis muy en especial a ustedes, por que no solo es un triunfo para mi sino suyo también.

Gracias por estar conmigo. Sr. Santos y Sra. Margarita.

A mis Hermanos: Siempre han formado una parte muy importante en mi vida, aunque hemos tenido algunos tropiezos, siempre vamos a salir juntos de los problemas. Muchas veces el camino es difícil, pero con la familia, los buenos amigos, esfuerzo y dedicación podemos llegar a lograr nuestros más grandes sueños.

Siempre van conmigo en mi mente y en mi corazón. Santos, Jessica y Sonia.

A mis Amigas: Por todos los momentos inolvidables que pasamos en la carrera. Por sueños, alegrías, malos ratos y tantas cosas que compartimos. Por ayudarme ha ser mejor ser humano y reconocer mis errores. Pero hay alguien en especial a la que siempre voy a recordar por ser mi mejor amiga por el gran cariño y amor que siempre nos hemos tenido gracias por ser mi amiga Larissa,

Las quiero y siempre las voy a recordar. Larissa, Karen, Mayra e Isadora.

A todas aquellas personas que ayudaron a la colaboración de esta tesis, pero muy en especial al Lic. Héctor Santiago Romero Fías por su asesoría y por compartir sus conocimientos.

INDICE.

INTRODUCCIÓN	I
CAPÍTULO I ANTECEDENTES	
1.1.1 En Roma	2
1.1.2 En España	5
1.1.3 En México	14
1.2.1 Matrimonio en Roma	30
1.2.2 Matrimonio según el Derecho Canónico	42
1.2.3 Matrimonio en México	46
CAPÍTULO II EL CONCUBINATO	
2.1 Concepto de Concubinato	50
2.2 Elementos del Concubinato	53
2.3 Clasificación del Concubinato	57
2.4 Naturaleza Jurídica	59
2.4.1 Institución	60
2.4.2 Contrato ordinario	61
2.4.3 Acto Jurídico	62
2.4.4 Hecho Jurídico	64
CAPÍTULO III ESTABLECIMIENTO DEL CONCUBINATO EN MÉXICO	
3.1 Causas del Concubinato	67
3.2 Diferencias entre el Concubinato y el Matrimonio	73
3.3 Características del Concubinato	81

3.4 Deberes del Concubinato	84
3.5 Pruebas del Concubinato	89
CAPÍTULO IV EFECTOS DEL CONCUBINATO	
4.1 Efectos del Concubinato en Nuestra Legislación Civil	92
4.2 Efectos en relación a los Concubinarios	94
4.3 Efectos en Relación a los Hijos	101
4.4 Efectos en Relación a Terceros	104
4.5 efectos del Concubinato en otras Leyes	106
CAPÍTULO V EL CONCUBINATO EN LA ACTUALIDAD	
5.1 El Concubinato como creadora de la Familia	112
5.2 Relaciones Jurídicas del concubinato	119
5.3 Terminación del Concubinato	122
CONCLUSIONES	125
BIBLIOGRAFÍA	127

INTRODUCCIÓN.

Para el mejor entendimiento del presente trabajo es conveniente ubicarlos en tiempo y en espacio para conocer los orígenes del concubinato, así como, las transformaciones que en el correr del tiempo la figura ha sufrido hasta llegar a nuestros días.

La historia nos recuerda que uno de las culturas de mayor importancia de la antigüedad, fue la cultura Romana, en la cual existía una organización cultural, económica, social, religiosa y política casi perfecta; por lo tanto el pueblo romano conoció la figura que hoy llamamos concubinato.

El concubinato fue contemplado en la antigua Roma, pero no fue considerado como una institución, pero era practicado por los ciudadanos romanos para que adquiriera experiencia en su calidad de varones y así se prepararan para el matrimonio, esta practica solo la podian realizar los señores acaudalados.

De Roma pasa a España y a Francia donde tampoco fue considerada como una institución.

En México la sociedad de aquella época la veia con repudio pero como resultaba inevitable socialmente la figura del concubinato fue considerada en el Código Civil de 1928 en vigor a partir de 1932 como una institución otorgando protección a la concubina cuando muera el concubinario, para que así ella y los hijos producto del concubinato no quedaran en el desamparo.

Existen algunos tratadistas que al concubinato la categoría de hecho jurídico, otros dentro de los cuales se encuentran los italianos lo consideran como un negocio jurídico.

En el desarrollo del presente trabajo queda establecido en forma clara la diferencia entre el concubinato y el matrimonio, estableciendo que el matrimonio de conformidad con la ley es una unión legal, en tanto que en el concubinato es solo la voluntad de vivir juntos un hombre y una mujer construyendo un matrimonio de hecho.

En el capítulo I se establecen los antecedentes de la figura en Roma, España, México, etc., ya que el concubinato ha existido desde la remota antigüedad y en algunos pueblos era permitido tener varias mujeres en lugar de la esposa, en tanto que para el cristianismo el concubinato era y es actualmente considerado como un pecado.

En el capítulo II se trata de manera general el concubinato y sus semejanzas y diferencias con el matrimonio, sus efectos en relación con los hijos, la concubina, los alimentos y el derecho sucesorio señalando las disposiciones que la ley establece.

En el capítulo III se trata el concubinato en México enfocado desde el punto de vista jurídico, social, económico y psicológico que relacionado con el capítulo IV se establecen los efectos del mismo y la forma en que diversos ordenamientos jurídicos tratan el concubinato.

En el capítulo V se analiza el concubinato a la luz de la sociedad moderna y ante la crisis que enfrenta la humanidad y en forma específica el pueblo de México.

CAPÍTULO I ANTECEDENTES

1.1.1 En Roma.

El fundamento legal de la familia durante todas las épocas del derecho romano, fue el matrimonio. Sin embargo se reconoció otra forma de unión entre el hombre y la mujer libre; el concubinato; que si bien con efectos jurídicos más reducidos que la *iustae nuptae*, era igualmente monogámico, duradero y respetado socialmente. La diferencia principal entre ambas instituciones la constituye el hecho de que del concubinato no emanaba la patria potestad. El advenimiento del cristianismo influyó en la organización familiar romana y para lograr los fines que el mismo perseguía, elevó y sacralizó el matrimonio a su vez que situó en una posición indigna a los que se unían en concubinato.¹

Concubinato es la unión estable de hombre y mujer sin *affectio maritalis*. Este aspecto negativo hace que no se confunda con el matrimonio, cuya existencia, por lo demás, patentiza el *honor matrimonii*. La nota de estabilidad lo distingue, a su vez, de la simple relación sexual. El concubinato no fue castigado por la ley, como tampoco llegó a ser reprobado por la conciencia social. A su difusión contribuyeron, en gran medida, de Augusto: la *Lex Julia et Papia* prohibió el matrimonio con determinadas mujeres; la *Lex Julia de Adulteriis* declaró ilícita la unión extraconyugal con mujeres de baja condición, esto es, con personas *in quas stuprum non committitur* (con las cuales no se comete estupro).

Durante la época clásica el concubinato no es objeto de una disciplina jurídica. Lo es, en cambio, bajo los emperadores cristianos, aunque con la mira de tutelar los intereses de la familia legítima: las donaciones y los legados a la concubina y a los hijos habidos con ella, premiándolo con la

¹ Sara Bialotosky. Panorama del Derecho Romano. p67.

legitimación de los hijos naturales -legitimación *per subsequens matrimonium*.

Justiniano otorga trato favorable al concubinato, elevándolo a la categoría de *inaequale coniugium*. Abolidas las prohibiciones Augusteas, el concubinato es ahora la unión estable con mujer de cualquier condición, sin *affectio maritalis*. La unión con mujer *ingenua et honesta vitae* (ingenua y de vida honesta) puede tener lugar tanto en concepto de matrimonio, como de concubinato, salvo que para lo último es necesaria una expresa declaración -*testatio*- , y, si tal falta, se comete adulterio. Se extienden al concubinato los requisitos del matrimonio -monogamia, edad de doce años en la mujer- y los impedimentos de parentesco y afinidad. De otra parte, se admite que puede darse a la concubina media onza (1/24) patrimonio en presencia de padre e hijos legítimos. Y puede darse la mitad del mismo, cuando faltan éstos, a la concubina y a los hijos naturales.²

El concubinato, de consecuencias jurídicas reducidas, las cuales si es verdad que aumentan poco a poco, nunca llegan al nivel del matrimonio justo.

El concubinato y el matrimonio tienen los siguientes elementos comunes:

a) Se trata de uniones duraderas y monogámicas de un hombre con una mujer.

b) Los sujetos tienen la intención de procrear hijos y apoyarse mutuamente en los lances y peripecias de la vida. La famosa frase de que el *consensus* y no el *concubitus* hace el matrimonio significa, quizá, que

² Juan Iglesias. Derecho Romano, p 496.

el hecho de continuar armonizado (co-sentir) y no el hecho de compartir el mismo lecho, es la base del matrimonio.

c) Ambas formas son socialmente respetadas, y para ninguna de ellas se exigían formalidades jurídicas o intervención estatal alguna. Estas antiguas uniones fueron “vivas”, no celebradas en forma jurídica, y no tenían pocas consecuencias jurídicas.

¿Qué distingue las *iustae nuptiae* del concubinato? En primer lugar, si falta alguno de los requisitos para las *iustae nuptiae*, la convivencia sexual debe de calificarse de concubinato en sentido romano, no en el moderno. Pero si se reúnen estos requisitos, existe la “presunción” de que se trate de *iustae nuptiae*. Sin embargo, los cónyuges pueden declarar expresamente que su matrimonio debe de considerarse como una unión sin consecuencias jurídicas, aunque sí con pretensión de permanencia; es decir, como un concubinato. El consensualismo en esta materia retrocede lentamente en la época cristiana, hasta que el Concilio Tridentino (1563) concede el triunfo definitivo a un severo formalismo.³

Los requisitos para contraer *iustae nuptiae* son:

a) Tener la aptitud legal (*connubium*). Solo la tienen los ciudadanos romanos. El matrimonio con un extranjero es considerado no jurídico (*iniustum*), el matrimonio de esclavos llamado *contubernium*.

b) Ser púberos, o sea tener capacidad biológica para engendrar y concebir; los sabinianos la determinaban por la *inspectio corporis*; los proculyanos (opinión que prevaleció) establecieron la pubertad de las mujeres a los doce años y la de los varones a los catorce años de edad.

c) El consentimiento sin vicios de los contrayentes y de los padres.

³ Guillermo F. Margadant S. Derecho Romano, p 207.

Si bien en el derecho romano no existe propiamente un sistema de impedimentos para contraer *iustae nuptiae*, si podemos señalar algunos:

- a) La existencia de otros lazos matrimoniales.
- b) El parentesco. El límite de lo permisible varía generalmente entre tres y cuatro grados.
- c) La afinidad. Se prohíbe el matrimonio entre afines en línea recta y según la época (los grados variaron entre tres y cuatro).
- d) La diferencia en el rango social.
- e) La existencia de relaciones de tutela o curatela entre los cónyuges.
- f) *Extempus luctus*.
- g) El hecho de haber sido adúlteros.

Si existía algunos de los impedimentos señalados y la pareja se unía a pesar de ellos, la convivencia se reconoce como concubinato (*concubinatus*).⁴

Desde el siglo II, los requisitos para el matrimonio justo se extienden en gran parte al concubinato. Pero en compensación, éste también recibe algunas ventajas jurídicas que antes solo acompañaban a la *iustae nuptiae* (sucesión legítima, alimentación) de manera que las dos instituciones se acercan cada vez más. Sin embargo, en materia de ventajas jurídicas, el concubinato quedaba siempre por debajo de las *iustae nuptiae*.⁵

1.1.2 En España.

En la Edad Media existieron tres clases de enlaces matrimoniales de varón y mujer, que fueron las siguientes:

⁴ Sara Bialotosky. Panorama del Derecho Romano. p. 68

⁵ Op.cit. pp 209.

1. El matrimonio celebrado con todas las solemnidades de derecho y consagrado por la religión.
2. El matrimonio que fue llamado "ayuras" o sea el casamiento legitimo pero oculto, clandestino.
3. La unión o enlace de soltero, fuese lego o clérigo, con soltera que llamaban barragana sin solemnidad alguna.

En España el concubinato tomó el nombre de "Barragania", término que después fue sustituido por el amancebamiento, estos no eran reconocidos por las leyes pero tampoco castigadas por ellas.⁶

Durante la época medieval española la barragania encontró gran enemistad entre los legisladores por contradecir los principios morales, de tal manera que se tuvo que tolerar su existencia como un estado fáctico anterior al estado jurídico, más bien siendo lo ideal el encauzarlo. Asimismo se considera como una unión sexual, con caracteres de permanencia, acompañados de deberes semejantes a los que caracterizan al matrimonio. Este a diferencia de aquel, tiene carácter sacramental, así tenemos que en el matrimonio civil el particular acude al estado a imperar su intervención y adaptarse a sus preceptos, mientras que en la barragania es el legislador el que corre tras los individuos ampliando un sistema moral y jurídico.⁷

Antonio de J. Lozano dice que: "en España, el concubinato recibió el nombre de barragania". En un principio se le permitió a los eclesiásticos tener barraganas o concubinas pero no mujeres legítimas, tal vez por que se creía que estas los distrajeran de sus funciones, además con ellas no

⁶ Enciclopedia Universal Ilustrada Euroamericana tomo XIV. p 1006

⁷ Alfonso Isabel Coyotl Velazquez. Reglamentación del concubinato... p 43.

estaban ligados de un modo indisoluble y las podían dejar en cualquier momento si así lo exigiese la iglesia.

La barraganía fue equivalente en cierta manera al concubinato romano y era incompatible con el matrimonio, aunque con caracteres semejantes en cuanto a la convivencia y deberes de la misma.

No obstante el Derecho Español, autorizó la barraganía por el hecho de haberse generalizado este tipo de unión y con el objeto de evitar la prostitución y libertinaje, así como de querer dar a los descendientes una filiación cierta, y una tutela, por lo cual, como apunta el Lic. Rafael de Pina, la barraganía (concubinato) tuvo una regulación encaminada principalmente a la tutela de los hijos.

El Lic. Gutiérrez Fernández dice que: "De la institución de la barraganía se ocuparon los Fueros y las Partidas considerándola como un contrato de amistad y compañía", especie de sociedad conyugal, con caracteres similares a los del matrimonio tales como la unidad, la permanencia y la fidelidad. Por lo que considera que esta unión era en el fondo un convenio de afecto y compañía de la vida de los contrayentes, y bajo la ficción de ser como casados. Así, se ha dicho que: " la ley consideró barraganas y concedió ciertos derechos a aquellas mujeres que vivieran con varón fuera de matrimonio pero guardando fidelidad a quienes estaban unidas, más no a las que se entregaban por breve tiempo y vivían en un lugar diferente de aquel a quien se diese".

Por lo cual la legislación formal establecía que solo los solteros pudiesen estar en barraganía, considerándolo por ello a las barraganas de los legos o solteros como mujeres de segundo orden y se les otorgaba algunos derechos semejantes a los concedidos a las mujeres legítimas.

Los fueros permitían sin distinción a todos los solteros legos o clérigos que tuviesen barragana, la cual había de reunir las condiciones negativas de no ser casada, ni religiosa, ni robada, esto es lo mismo que si fuera a tomarse mujer ayuras.⁸

En relación al nombre de barragana, el Código Alfonsino dedicó el título XIV de la partida 4^o a tratar de la barraganía y dice que *"tomo ese nombre de barra que en árábigo ; tanto quiere decir como fuera, e gana, que es de latino, que es por ganancia; estas dos palabras ayuntadas, quieren tanto decir como ganancia que es fecha fuera de mandamientos de Iglesia... e los que nacen de tales mujeres son llamados hijos de ganancia. Otrsi puede ser rescedida por tal mujer, también la que fuese forra como la sierva"*.

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 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 como tolerancia bajo el nombre de barraganía.

La 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 omes que no son de bendiciones*.

La legislación aceptaba ciertos efectos, y se llegó hasta señalar a la barragana una parte de las ganancias. Las partidas explican esa

⁸ Raul Barrera Areas. Consecuencias Patrimoniales del concubinato. p 56.

tolerancia diciendo: *"barragana defiende Santa Iglesia que non tengan ningún cristiano, por que viven con ella en pecado mortal. Pero los antiguos que hicieron las leyes consistieron que algunos las pudieran haber sin pena temporal, por que tuvieron que eran menos mal de haber una que muchas, e porque los fijos que naciesen fueren más ciertos."*

Parece que la barragania 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.

"Si la mujer fuere honesta el que la toma por barragana debe de hacerlo saber así ante hombres buenos, pues de otra manera su unión sería considerada legítima por los jueces. Tal precaución es necesaria cuando la mujer no fuere honesta. La barragania está prohibida dentro de los mismos grados de parentesco que lo esta en el matrimonio; y los personajes ilustres no pueden tomar por barragana a una mujer vil por nacimiento u ocupación; si tal hicieren los hijos serán espurios y sin derechos a la herencia ni a alimentos. Los adelantados en una provincia podían tomar allí barragana, pero no mujer legítima por prohibirlo las leyes."⁹

Las Siete Partidas tratan con amplitud de la institución de la barragana, indicando claramente que va contra el mandamiento de la Iglesia y que los que la tienen viven en pecado mortal.

Tolera sin embargo la barragania para evitar la prostitución: *"era menos mal de haber una que muchas et por que los fijos que nascrieren dellas fuesen más ciertos."*

⁹ Manuel F. Chávez Ascencio. La Familia en el Derecho, p 270.

Las Siete Partidas introducen un elemento de gran interés para dar efectos a la unión con la barragana: que pueden casarse con ella, o sea que entre los que viven en este estado, no existan impedimentos matrimoniales añadiendo en consecuencia que solo se puede tener una barragana "*...otrosi ningún ome pueda aver muchas barraganas*". Además, no puede tomarse como tal a mujer virgen, o menor de doce años, o viuda honesta. Los nobles no deben tomar barragana que sea sierva, o hija de sierva, tabernera, juglaresa o de cualquier otra profesión vil.

La barraganía tiene por tanto en ocasiones aspecto externo de matrimonio al que le falta sólo la voluntad de unirse como marido y mujer, pero que no habiendo entre ellos ningún impedimento puede desembocar en unión legítima, o también la de unión con mujeres de clase inferior con las cuales no se prohíbe el matrimonio, pero en aquella sociedad feudal de estamentos, estaba socialmente reprobada la unión legítima con mujeres de inferior calidad. A los nobles, se prohibía aún tomar como barraganas a estas mujeres, las cuales por tanto, debían casarse sólo con sus iguales. La barragana y sus hijos tienen derecho a heredar al amo y estos pueden ser legitimados por subsecuente matrimonio de sus padres.¹⁰

En el antiguo derecho español, la unión conocida como concubinato se denomina barraganía y fue reglamentada por Alfonso X "El Sabio" en las Siete Partidas. Debido a la frecuencia con que se presentaban estas uniones irregulares, aún de personas casadas, o cuando las partes eran de condición social diferente, en las siete partidas se fijaron los requisitos,

¹⁰ Alberto Pacheco Escobedo. La Familia en el Derecho Civil Mexicano. p 193.

que hasta ahora se aceptan, para que tales uniones se califiquen de concubinato y produzcan efectos jurídicos. Tales requisitos son:

a) Sólo debe haber una concubina y desde luego un solo concubino.

b) Ninguno de los dos debe estar casado, ni existir impedimento entre ellos para casarse.

c) La unión debe ser permanente.

d) Debe tener el status de casados; esto es, tratarse como tales y ser reconocidos en su comunidad como si fueran esposos.¹¹

El Código Alfonsino en la partida 4a. capítulo XIV:

Ley primera: *"e esta a tal puede ser recibida por barragana otro si puede ser recibida por tal mujer también la que fuere forra como la sierva"*, con respecto a las mujeres ingenuas o libres de servidumbre.

Ley segunda: establecía las personas que podían tener barraganas, y menciona que todo hombre no ordenado ni casado estaba autorizado para tenerla, con tal que no fuera virgen, menor de doce años, viuda honesta o parienta suya.

Ley tercera: declaró que las personas ilustres podían tener barragana, siempre que esta no fuera sierva, ni hija de sierva, libertina, hija de juglaresca, tabernera, recadera o cosa parecida. Aunque en el preambulo de esta partida se expresa que la iglesia prohíbe a los cristianos tener barragana por que con ellas se vive en pecado mortal.¹²

El Código de Alfonso X el sabio, reglamenta minusiosamente la barraganía y con respecto a los hijos considera posible la legitimación por subsiguiente matrimonio con la barragana. Don Alfonso el sabio creyó

¹¹ Edgar Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Baez. Derecho de Familia y Sucesiones. p. 123

¹² Enciclopedia Universal Ilustrada, Euroamericana Tomo XIV p. 1006

que debería de tolerar la barragana en beneficio común de los pueblos y para poner a cubierto de todo ataque al honor de las doncellas.

Fuero de Plascencia.

“La barragana si probada fuere fiel a su sennor e buena, herede la meatad amos en uno ganaren en muebles e en raíz”. Algunos fueros como el de Plascencia, la considera heredera de los bienes de los amos si se prueba fueron fieles y buenas.

Fuero de Juzgo.

En su séptima partida del título V del libro III prohíbe yacer con la barragana del padre o del hermano.

Fuero de Cuenca.

En su ley XXX capítulo X, autoriza a la barragana embarazada a pedir alimentos a la mujer de su señor. Prohíbe a los casados legítimamente tener en público barraganas, so pena de ser ambos ligados y ostigados, y la ley 10 del mismo fuero autoriza a las barraganas encinta, para solicitar la prestación de alimentos a la muerte de su señor, considerándosela al mismo tiempo una viuda en cinta.

Fuero de Baeza.

Equiparaba a la barragana con la mujer legítima en orden a la responsabilidad por deudas del señor ausente o enfermo. Condena al casado que tuviera barragana, en el caso de las partidas si autoriza a tener barragana, sin que haya pena temporal, a los solteros diciendo, subsecuentemente puede convertirse en un matrimonio. La misma ley contiene la prohibición de tener más de una barragana, toda vez que se encuentra también en los Fueros de Cuenca y de Brihuega.

Fuero de Burgos.

El de Ayala y el de Logroño; autorizaban a los hijos de las barraganas a heredar conjuntamente con los legítimos, por cabezas, salvo que en el caso de que el padre les hubiere adjudicado algunos bienes en vida.

Fuero de Caceres, Alcalá, Fuentes, Burgos y Soria.

En sus leyes menciona que en ausencia de descendientes legítimos hasta el cuarto grado sucedían los hijos de las barraganas como si fueran legítimos con la condición de que el padre los hubiese reconocido.

Fuero Real.

Establecía, en su ley primera capítulo IV del libro III que los hijos de las barraganas no podían heredar más del quinto en concurrencia con los hijos de la mujer legítima, pero al no existir estos podían ser instituidos en el total.

Fuero de Castilla.

En su libro V título VI establece que el hijo de un hidalgo con una barragana podrá ser heredero, y será de lo que este señale, menos monasterio o castillo.

Fuero de Zamora.

Permitía dejar por herederos a los hijos tenidos por barragana siempre que fuesen solemnemente instituidos. "Del mismo modo la barragana que estuviese un año con su señor conservaba sus vestiduras al separarse; en caso contrario, debía devolverlas."¹³

En relación al vestido, es curioso observar lo que decía en aquella época. "Vestían por aquel tiempo las mujeres de manera que se conociese por su atavío su estado. Las doncellas usaban galas honestas, sin adorno ninguno en la cabeza y con el pelo tendido, signo de su donceller, por lo cual en todos los cuerpos legales se designa a las no

¹³ Idem.

casadas con el nombre de mancebas de cabello. Las casadas llevaban el cabello recogido bajo una toca y las barraganas para que se les tuviere como mujeres casadas usaron también las tocas, lo cual dio motivo para que en el ordenamiento de Sevilla del año de 1337 se dispusiese que: " las mujeres públicas que andan en el mundo que traigan las tocas azafranadas para que sean conocidas", y en las Cortes de Soria del año de 1380, que las barraganas de los clérigos llevasen por señal un prendedero de paño bermejo de tres dedos de ancho sobre las tocas.¹⁴

1.1.3 En México.

Los antiguos aztecas fueron guerreros y por ende se comprende que sus matrimonios fueron polígamos, toda vez que la continua pérdida de varones hacía que no hubiera un equilibrio cuantitativo entre los sexos, tal situación estaba reservada a los que se distinguían en los campos de batalla.

La familia era la célula de organización básica gobernada y dirigida en forma parcial o sea, "el esposo era dentro de ella la autoridad superior y gozaba la potestad sobre la mujer y los hijos. Podía vender o reducir a la condición de esclavos a estos últimos, y en algunos lugares tenía derecho a disponer de aquella (su esposa) para dejarla como herencia."

Y si bien lo frecuente y normal era la familia monogámica también existía la poligamia, la cual se llevaba a efecto por los grandes señores y reyes que podían sufragar los gastos que ocasionaba.

¹⁴ Manuel F. Chávez Ascencio. La Familia en el Derecho, p 272.

Entre las esposas existieron diferentes rangos que son los siguientes:

- a) La primera se llamaba cihuatlantli.
- b) A las posteriores se les denominaba cihuapilli o sea las distinguidas.
- c) Las que fueron dadas por sus padres cihuanemastli.
- d) Las robadas tlacihuasantín.

En estas condiciones y de acuerdo con estos ritos es como el hombre desposaba a su mujer principal, y solo podía celebrarlo con una sola mujer; pero además podía tener tantas esposas secundarias como le convinieran. El matrimonio de los mexicas era una especie de transición entre la monogamia y la poligamia; solo existían una esposa legítima, aquella con la cual el hombre se había casado observando todas las ceremonias, pero también había un número indefinido de concubinas oficiales que tenían un sitio en el hogar y cuyo estatus social no era de ninguna manera objeto de burla o desprecio.

De esta manera tenemos que de una unión irregular podía convertirse en legítima después de varios años de duración efectiva, cuando los vecinos los consideraban como matrimonio.

Los hijos nacidos dentro de un concubinato guardaban una condición de inferioridad respecto de los hijos nacidos dentro del matrimonio, de manera que no se les consideraba legítimos ni con derecho de heredar, esta fue la condición existente al principio, y con la evolución se dio una condición análoga a todos los hijos hasta llegar a alcanzar los más altos puestos de la jerarquía azteca.¹⁵

¹⁵ Raúl Barrera Areas. Consecuencias Patrimoniales del concubinato, p 35.

El Doctor Lucio Mendieta y Nuñez dice: "Existía en cada uno de los reinos que formaban la triple alianza, tribunales que se encargaban de administrar justicia; mismos que en cuanto a su organización eran diferentes en los reinos de México y Texcoco, por lo que respecta a la familia el matrimonio era exclusivamente religioso y el mismo carecía de validez cuando no era celebrado conforme a las ceremonias rituales".

Por otra parte expresa Fray Bartolome de las Casas: Que cuando no cumplía con las ceremonias rituales, para efectos de que se les considerara como marido y mujer, o como un matrimonio legítimo, también eran considerados como matrimonio legítimo, cuando se tenía tiempo suficiente viviendo juntos, es decir que el matrimonio se entendía también a la unión de una pareja por el simple transcurso del tiempo.

Obregón Esquivel dice: " que los aztecas practicaban la poligamia, pero solo entre varones de clases sociales superiores, estos podían tener cuantas esposas pudieran mantener, sin embargo, entre las esposas había una principal y los hijos de esta, gozaban de los derechos privilegiados al morir el padre. Entre los aztecas también se celebraba matrimonios por determinado tiempo y podían disolverlos cuando ellos quisiesen, tanto las esposas temporales como las mancebas o concubinas, podían exigir a los esposos la legitimación de un matrimonio permanente cuando hubiere pasado un tiempo largo sin que fueran devueltas a sus padres".

Ahora bien el Doctor Guillermo Florís Margadant nos expresa que: "El matrimonio también podía celebrarse estableciendo condiciones resolutorias, por lo regular las condiciones duraban hasta el nacimiento del primer hijo, cabe mencionar que en esta situación existía la unión libre o el concubinato condicionado, aunque no lo tuvieran bien definido ellos,

por lo que la mujer prefería a la transformación al matrimonio, conocían perfectamente la figura del divorcio para terminar dicha relación”.

Otro grupo que habitaba en México durante la época precolonial eran los Nahoas y así nos dice Obregón Esquivel que: “el matrimonio entre los nahoas no requería de ninguna formalidad ni ceremonia especial, consistiendo en una serie de actos por medio de los cuales los padres de los contrayentes disponían un baile y en esa fiesta entregan a su hija al marido, y con el solo hecho de tomarse de las manos en ese momento quedaban automáticamente casados. La intervención en el matrimonio de los sacerdotes se reducía a fijar el día cuyo signo fuera favorable para la celebración del enlace”.

En cuanto a la practica de la poligamia, esta era permitida pero sujeta a la condición de que el hombre estaba obligada a cultivar un nuevo campo para cada mujer que tuviese, hecho por el cual solo la practicaban los grandes señores, quedando obligados por esta disposición la generalidad de los hombres a no tener más de una mujer.

Entre los mexicas estaba revestido de ciertas formalidades religiosas consistentes fundamentalmente en ritos, cánticos, ofrendas, etc. Generalmente la edad para contraer matrimonio era en la mujer a los 15 y 18 años y en el varón a los 20 o a los 22 años.

La poligamia se deduce que los hijos de todas las mujeres fueren considerados legítimos, sin embargo los que ejercían ciertas dignidades tenían que escoger y designar una esposa para tener en ella los sucesores de su puesto, estos hijos eran los que para el objeto se consideraban legítimos y solo bajo este aspecto se denominaban ilegítimos a los otros.

Por lo que era el matrimonio entre ascendientes y descendientes lo mismo entre hermanos, suegros y yernos, padrastros eran castigados con la muerte.

Existía una especie de concubinato en el que el mancebo pedía a una doncella, dirigiéndose principalmente a la madre no para casarse con ella, sino para tener hijos viviendo con ella en la vida marital y la llamaban "Tlacallalcahuilli" (persona dejada). Tan luego como en esa unión nacía un hijo y no había pedido permiso correspondiente, la mujer tomaba el nombre de "Temecauh" (manceba), y sus hijos eran considerados naturales.¹⁶

Así mismo tenemos que la posición Mexica o Nahoá dentro del matrimonio no fue de pronunciada inferioridad frente al varón, aunque el fungía como jefe de familia, ella podía poseer bienes, celebrar contratos y podía también en un momento determinado acudir a los tribunales a efecto de solicitar el amparo de la justicia sin necesidad de autorización de su cónyuge. En la comunidad Nahoá, la unión se iniciaba con el concubinato y una vez que se han compartido su vida, se celebra el matrimonio civil como el religioso.

Entre los Tlapanecos, no existe el matrimonio a prueba, pero sí el de la compra, toda vez que se entrega una gratificación al padre de la novia. Solamente se unen en concubinato cuando por los gastos no le es posible contraer matrimonio, pero viven entonces con la esperanza de reunir fondos para que en un futuro no muy lejano puedan legalizar dicha unión. De tal forma como puede apreciarse actualmente se reflejan

¹⁶ Idem. pp 60-63.

muchas costumbres de nuestros antepasados en las comunidades indígenas actuales.

En lo referente a los Mayas, el matrimonio maya era monogámico, de fuerte tradición exogámica; al mismo tiempo se repudiaba la mujer con mucha facilidad, semejándose a la poligamia sucesiva, era considerado de espíritu mezquino al hombre que buscaba compañera ya fuera para él o para sus hijos, en lugar de acudir de un casamiento conocido como "ah atazah", y que solo entre los viudos el matrimonio se efectuaba pero sin ceremonia, tampoco había fiesta de ninguna índole.¹⁷

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 León y en especial los de Yucatán: aunque dejaban con facilidad a las mujeres nunca los yucatecos tomaban más de una como se ha hallado en otras partes. Entre los toltecas la poligamia se castigaba severamente.

Había ceremonias especiales para desposar a la mujer principal, pero además, se podían tener tantas esposas secundarias como conviniesen. El sistema matrimonial de los mexicanos era una especie de transacción entre la monogamia y la poligamia. "Solo existía una esposa legítima o sea aquella con la cual el hombre se había casado observando todas las ceremonias, pero también había un número indefinido de concubinas oficiales que tenían su sitio en el hogar, y cuyo estatuto social no era de ninguna manera sujeto de burla o de desprecio".

¹⁷ Alfonso Isabel Coyotl Velazquez. Reglamentación del concubinato... p. 65.

“El hombre casado o soltero, no sacerdote podía tomar cuantas mancebas quisiera con tal de que fueran libres de matrimonio de religión. Los padres daban manceba a sus hijos mientras llegaba la edad de casarlos. Para tal fin pedían las muchachas a sus padres sin que estos consideraran deshonoroso darlas, y sin que, ni en este caso ni en el matrimonio se exigiere igualdad de rango social, confirmándose que no había nobleza de sangre en aquellos pueblos”. Los hijos de las esposas secundarias siempre se consideraron “pilli” y podían llegar, si era digno de ello, a las funciones más altas.

El año de 1519 trae la invasión de los españoles con una civilización totalmente distinta. La conquista de México principia, y con la caída de México-Tenochtitlán, se consolida el imperio español que trunca la evolución de los mexica y se impone por la fuerza una nueva cultura con todos los efectos conocidos.¹⁸

Con la conquista los españoles trajeron al país sus costumbres y leyes. En los primeros tiempos de la Colonia se reconoció como legal y se tuvo como válido el matrimonio celebrado consensualmente por los indios.

En el siglo XVI se realizó la conquista de México, la cristianización del pueblo de México duro aproximadamente un siglo: del año 1521 a 1632 o 1640. El Concilio de Trento funciono a mediados del siglo XVI, de 1545 a 1563 . Cuando llegaron los españoles a México, se encontraron con la poligamia entre los indios, quienes al ser cristianizados, tenían que abandonar la poligamia y ser monógamos; y les enseñaron los misioneros a los indios la forma de serlo.

¹⁸ Manuel F. Chávez Ascencio. La Familia en el Derecho, p 272.

Pero al mismo tiempo les enseñaron esa manera de casarse, anterior al Concilio de Trento, entre fieles, consistentes de convivir, tener trato sexual continuado con deber de fidelidad y un tratamiento de igualdad en el matrimonio; no se necesitaba ceremonia de ninguna naturaleza. En toda la vastedad del territorio nacional, en la raza indígena, ese matrimonio se celebra sin formalidad de ninguna naturaleza, por el puro consentimiento manifestado por la convivencia, por el trato reciproco sexual bastaba con que se uniera hombre y mujer para que la unión se convirtiera en matrimonio y el matrimonio eclesiástico, en matrimonio canónico, cristiano valido. Pero las costumbres del matrimonio, que es perfecto cuando se ha consumado, es decir cuando ha habido yacimiento carnal entre hombre y mujer, esas costumbres enseñadas por los misioneros, son todavía las que nuestro pueblo practica: Hay un porcentaje muy grande de los llamados concubinatos y amasiatos, en el pueblo de México.

Pero no es por malas costumbres o malos hábitos, es por que a eso fueron enseñados. El misionero no enseñó a casarse al indio con las formalidades del Concilio de Trento que todavía no existía, decían; si quieres a tal mujer, llevatela; por que recordaran los señores ministros que en el Derecho Canónico, no se necesitaba el consentimiento de los padres para la validez del matrimonio.¹⁹

La unión del concubinato tomo un matiz especial con el mestizaje, raros fueron los matrimonios españoles con indígenas que siguieron los preceptos establecidos por la iglesia y si tal se dio alguna vez fue como pacto de paz entre los hijos de padre de alta jerarquía social y los jefes militares, además la iglesia en un principio aceptaba el matrimonio

¹⁹ Raúl Barreara Areas. Consecuencias Patrimoniales del Concubinato, p 65

consensual, y no fue sino hasta el Concilio de Trento, cuando se establecieron los matrimonios con ceremonias y ciertos requisitos, tratando de evitar la poligamia y trayendo como consecuencia que los matrimonios de los indígenas que no se celebraron con todos los requisitos, eran considerados como uniones concubinarias, lo cual fue una subfuente de la creación de la familia en América. El matrimonio religioso se convirtió a partir de entonces en la única forma que daba legitimidad a dichas uniones.²⁰

La religión, legislación y costumbres españolas se imponen en México. Las costumbres y leyes familiares y sobre el matrimonio se interrumpen para la aplicación de nueva legislación, la que es de muy difícil aceptación debido a las costumbres y usos inveterados de los indígenas en cuanto al matrimonio y vida familiar. La poligamia es difícil de desarraigar, lo mismo el concubinato. Sin embargo, se trata de arrancar esas costumbres y la legislación vigente es la española transplantada a una tierra de costumbres diversas. Así durante la época colonial se aplica la legislación española y con ella lo relativo al concubinato que ya se encontraba prohibido, buscando la legalidad y sacramentalidad de todos los matrimonios.

Llega la independencia sin haber resuelto todos los problemas humanos y familiares. La legislación no comprende al concubinato, ni se habla de los efectos jurídicos que se pueden producir entre sus concubinos y sus hijos.

La ley del matrimonio civil del 23 de Julio de 1859 hacía referencia al concubinato dentro de las causas de divorcio (art. 21 fracc. I). Procedía

²⁰ Alfonso Isabel Coyotl Velazquez. Reglamentación del Concubinato... p 69

el divorcio, entre otros por el concubinato público del marido, lo cual calificaba al concubinato como la relación sexual ilícita habida fuera del matrimonio.

Los códigos civiles de 1870 y 1884 no hacen referencia a esta situación, como si no existiera en el país. Debido a la influencia del matrimonio religioso, se desconoció el concubinato como una posible unión sexual.

La Ley Sobre Relaciones Familiares, aun cuando no hace referencia al concubinato, toca algunos de los efectos en relación a los hijos. Ya en la exposición de motivos, en relación a la paternidad y filiación se señala: "que ha parecido conveniente suprimir la clasificación de los hijos espurios pues no es justo que la sociedad los estigmatice a consecuencia de las faltas que no le son imputables y menos ahora que consideran al matrimonio como contrato, la infracción a los preceptos que lo rige solo deben perjudicar a los infractores y no a los hijos". No obstante, sigue haciéndose referencia a los hijos naturales, como todo hijo nacido fuera del matrimonio, en relación a los cuales, "queda absolutamente prohibida la investigación de la paternidad y maternidad de los hijos nacidos fuera del matrimonio. La prohibición es absoluta, tanto en favor como en contra de los hijos, salvo las excepciones establecidas a los artículos 197 y 211(art. 187). El artículo 197 trata el caso del hijo que está en posesión de estado de hijo natural de un hombre o de una mujer, y que podrá obtener reconocimiento de aquél, o de esta o de ambos siempre que la persona cuya paternidad o maternidad se reclamen no esté ligada con vínculo conyugal al tiempo en que se pida el reconocimiento". Eso puede indicar que se trata del padre y de la madre unidos sexualmente, pero no

ligados al matrimonio, situación que se asemeja al concubinato, sin hacer referencia a él.²¹

El legislador de 1928 con un amplio criterio permitió del gran arraigo que principalmente entre las clases económicamente más débiles tiene el concubinato, y tomando en cuenta el desamparo en el que se encontraban tanto la concubina como los hijos producto de concubinato, incluyó dentro de la legislación civil normas que tendían a remediar esta situación, que no por encontrarse al margen del Derecho carecían de importancia.

El código civil de 1928 no contiene una definición expresa del concubinato, pero en sus diferentes reglamentaciones lo reconoce: El art. 354 dice: "el matrimonio subsecuente de los padres hace que se tenga como nacidos de matrimonio a los hijos habidos antes de su celebración". Como se puede apreciar el presupuesto lógico-jurídico de esta disposición hace suponer que antes de que los padres contraigan matrimonio, estuvieron viviendo en una situación de hecho es decir, en un concubinato.

En el art. 383 del código civil el legislador incluye con toda precisión el concubinato al estipular lo siguiente:

Se presumen hijos del concubinario y de la concubina:

I. Los nacidos después de ciento ochenta días, contados a partir que empezó el concubinato.

II. Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes al que cesó la vida común entre concubinario y concubina.

²¹ Manuel F. Chávez Asencio. La Familia en el Derecho. p 274.

Se puede afirmar que para que el concubinato tenga relevancia jurídica debe satisfacer determinados requisitos obtenidos a través de las diversas disposiciones del Código Civil, tenemos las siguientes:

a) La unión entre hombre y mujer debe tener una duración continuada y permanente, los art.1638 fracc.V y 1635 determinaban una duración de cinco años como mínimo, sin embargo dicho tiempo se reduce cuando los concubinos tienen hijos.

b) La unión entre el hombre y la mujer debe de tener la apariencia de matrimonio, es decir, los concubinos deben vivir como si realmente estuviesen casados o sea haciendo una vida marital.

c) Que ambos concubinos se encuentren libres, es decir, que ninguno de los dos se encuentren sujetos a vínculo matrimonial. En caso de que alguno de sus participantes se encuentre casado, la figura de concubinato desaparece para dar lugar al amasiato o adulterio tipificado en el código penal.

d) Que ambos concubinos se encuentren en aptitud legal para contraer matrimonio, es decir, que no tengan ningún impedimento que se oponga a la conversión del concubinato en matrimonio.

Respecto de este último requisito la ley no lo establece en forma expresa sino que se infiere de todo el contexto legal, de lo contrario se daría pauta a que la propia ley civil reconociera determinados efectos a hechos sancionados por dicha ley o por otro ordenamiento legal.

Estas disposiciones proporcionan protección solamente a la concubina, mientras el concubinario, el cual en determinados casos también requiere de la tutela legal quedan en indefensión. Por lo que toca a los hijos, el legislador con gran grado humano plasmó en la ley derechos que anteriormente le eran negados, y es así que en la exposición de motivos expresa su sentir al escribir "por lo que toca a los

hijos, se comenzó por borrar la odiosa diferencia entre hijos legítimos y los nacidos fuera de matrimonio; se procuró que unos y otros gozaran de los mismos derechos, pues es una irritante injusticia que los hijos sufran las consecuencias de las faltas de los padres, y que se vean privados de los más sagrados derechos únicamente por que no nacieron de matrimonio, de lo cual ninguna culpa tienen; se ampliaron las causas de la investigación de la paternidad, por que los hijos tienen derecho de saber quienes lo trajeron a la vida, 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 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 quien es su madre, y se estableció en favor de los hijos nacidos en el concubinato la presunción de ser hijos naturales del concubinario y de la concubina.

Respecto del reconocimiento de los hijos nacidos fuera del matrimonio el art. 360 del Código Civil establece que la filiación de los hijos nacidos fuera del matrimonio resulta con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento. Respecto del padre, solo se establece el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad.

La madre no tiene derecho de dejar de reconocer a su hijo tiene obligación de que su nombre figure en el acta de nacimiento de su hijo. Si al hacer la presentación no se da el nombre de la madre, se pondrá en el acta que el presentado es hijo de madre desconocida, pero la investigación de la maternidad podrá hacerse ante los tribunales de acuerdo con las disposiciones de este código.

Respecto de la investigación de la maternidad, esta permitido al hijo nacido fuera del matrimonio y a sus descendientes investigar la maternidad, la cual puede probarse por cualquiera de los medios ordinarios, pero la indagación no será permitida cuando tenga por objeto atribuir al hijo a una mujer casada.

Las reformas ha este código obedecen al trato obligatorio que el hombre y la mujer deben tener ante la ley. Esto es un derecho constitucional consagrado en el artículo cuatro de la constitución. Con las reformas se busco equiparar el concubinato en todos sus derechos a la concubina.

Es con las reformas del 27 de Diciembre de 1983 que el concubinato alcanza un paso más hacia su reglamentación total. Con esto se va borrando el olvido legal en que se tenía al concubinato, Héctor Benito Morales Mendoza nos dice: "la voluntad del legislador plasmada en la ley, ha olvidado o no ha querido reconocer, el cúmulo de relaciones de reglamentación necesaria para el concubinato, situación que lo coloca en un plano de desequilibrio jurídico a pesar del gran número de uniones concubinarias existentes, que deben tener otro tratamiento normativo, permitiendo a la familia que así se origina y se funda, un mejor desarrollo económico, político y social, acorde con sus necesidades y las del mundo actual."²²

La apertura habida en relación al concubinato, es recogida en algunos estados de la República. El Código Civil del Estado de Morelos de 1945, en el capítulo de los alimentos, señala en el art. 403 que la obligación de dar alimentos corresponde, en primer término a los cónyuges, y el

²² Guillermo Pedro Marquez Salmeran. Consideraciones Socio-jurídicas del Concubinato en México. p. 67.

segundo párrafo señala que “la concubina tiene derecho a exigir alimentos al concubinario, siempre que reúna los requisitos exigidos por los art.1375 frac. V. Este último en ningún caso podrá exigir alimentos a aquella”. El artículo de referencia, es reproducción de la fracción V del artículo 1635 del Código Civil para el D.F., antes de su modificación. Con esto se protege a la concubina reconociéndose una realidad social, sin menosprecio de la dignidad femenina, puesto que es un derecho innato de la mujer que tiene un hijo.

En el Código Civil de Tlaxcala (1976) el art. 147 dice:”los cónyuges deben darse alimentos en los casos señalados por este código. El concubinario y la concubina se deben mutuamente alimentos en los mismos casos y proporciones que los señalados para los cónyuges. El concubinario y la concubina tienen derecho preferencial que a los cónyuges concede el último párrafo del art. 54 para el pago de alimentos. El artículo citado establece la preferencia al pago de alimentos con bienes de los cónyuges y sus productos, así como de su salario.

En la exposición de motivos en referencia al concubinato se dice:”En el proyecto hay varias disposiciones aplicables al concubinato, realidad social que el Estado no puede ignorar. A veces se trata de una unión firmemente establecida, cuyo inicio es una ceremonia religiosa y cuyos integrantes no celebran el matrimonio civil por desidia o ignorancia.”

“El matrimonio es la forma legal según el legislador de la unión de los sexos; pero ello no significa que el legislador cierre los ojos y sus oídos ante esas uniones; por ello la primera regla en esta materia proponemos es una declaración de principios: “el estado procurará por todos los medios que estén a su alcance, que las personas que vivan en concubinato contraigan matrimonio”.

El art. 42, trata de los requisitos necesarios para contraer matrimonio, define al concubinato diciendo: "Hay concubinato cuando un solo hombre y una sola mujer solteros se unen, sin estar casados, para vivir bajo un mismo techo, como si lo estuvieran, salvo disposición de la ley en otro sentido, cuando este código hable de la concubina o concubino, se entenderá que se refiere a las personas que viven en las condiciones supuestas en esta párrafo". Es de observarse que no se habla de un tiempo mínimo en el que debe permanecer unidos el concubinario y la concubina a diferencia de lo que se señala del Código Civil para el D.F. Sin embargo, de los artículos 2910 y 2911 se desprende que para tener, por lo menos el derecho a heredar, se requieren que hubieren hecho vida común por lo menos durante un año o si tuvieron hijos. Es decir, se reduce de cinco años a un año el tiempo en el que los concubinarios deben de vivir juntos para que produzca efectos esta unión de hecho.

El interés del Estado para transformar el concubinato en matrimonio, se destaca especialmente en el art.871 que trata de la constitución del patrimonio familiar, de donde se previene que el juez citará a los concubinarios y procurará convencerlos para que "contraigan matrimonio y si no existe impedimento no dispensable y para que reconozcan los hijos que hayan procreado. El hecho de que los concubinarios, no contraigan matrimonio no impide la constitución del patrimonio de familia y los hijos de ambos, o de uno de ellos si los hubiere, quedarán reconocidos".

Las reformas del Código Civil para el D.F. siguen los pasos previamente dados en los códigos de algunos estados de la federación. El art.302 se adiciona con un párrafo que establece la obligación de los concubinos de darse alimentos en igual forma que los cónyuges. Define al concubinato en los términos del art.1635 , al cual nos referimos.

Adiciona al derecho del concubinario a heredar de la concubina, la que ya disfrutaba de ese derecho (art. 1635 C.C.).

Esta posibilidad también se proyecta en las leyes federales. Así observamos que la Ley Federal del Trabajo en el art.501 hace referencia al concubinato; la Ley del Instituto Mexicano del Seguro Social, en sus art.72, 92 frac. I y 152, la Ley de Reforma Agraria en su art.82; la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado en el art.23 frac. I, aparecen menciones de la concubina como beneficiaria en las situaciones que cada ley regula.²³

1.2.1 El Matrimonio en Roma.

En la sociedad romana, debido al interés religioso y político que entrañaba la familia, resultaba de suma importancia la conservación de esta a través de la institución del matrimonio, cuyo fin primordial era la procreación de los hijos.

En Roma el matrimonio fue un hecho reconocido por el derecho para darle efectos; de tal concepción se derivó la naturaleza del matrimonio como la de un estado de vida de la pareja, al que el estado otorgaba determinados efectos. En un principio no se requería de ninguna ceremonia para la constitución del matrimonio: sólo era necesario el hecho mismo de la convivencia de la pareja.

Si bien es cierto que la celebración a propósito del acto era frecuente, esta revestía carácter religioso, no jurídico. Con ello encabezaba el nuevo

²³ Manuel F. Chávez Ascencio. La Familia en el Derecho. p 276.

estado, aunque tal ceremonia tampoco fuera indispensable; de aquí que hubieran varias formas de iniciar el matrimonio: desde la ceremonia de la *conferratio* y la *competio*, hasta la simple entrega de la mujer en casa del marido, o la ausencia total de formalidades en el matrimonio por *usus*.²⁴

El matrimonio del Antiguo Derecho Romano, implica, como factor esencial, poderes maritales absolutos sobre la persona de la mujer - *manus mariti*- por virtud de los cuales esta pasa a formar parte de la casa del marido, a cuyo imperio queda sometida. Así se explica la institución tradicional de la compra de la novia -*competio*- como forma primitiva del matrimonio; el *paterfamilias* da a sus hijas en casamiento. La *confarreatio*, consiste en un sacrificio ofrendado a Júpiter con determinadas ceremonias y palabras solemnes -*certa verba*- por cuyo medio se consagra formalmente la comunidad de ritos y de vida entre los cónyuges haciendo entrar a la mujer al mismo tiempo - por ser exigencia inexcusable- bajo la *manus mariti*. Para facilitar las solemnidades acabó por admitirse que el marido pudiera adquirir la *manus* marital, sin necesidad de que mediase forma alguna de celebración, por el simple transcurso de un año ininterrumpido de vida matrimonial -*usus*-. La misma idea que inspiró la usucapción como modo de adquirir la propiedad determina esta nueva modalidad de matrimonio. Contribuye a ello la añeja opinión que ve en la hija un objeto patrimonial perteneciente al padre. Era natural que no hubiese inconveniente alguno en sancionar la usucapción de la novia, considerada ya objeto de venta. Y también se interrumpía la usucapción si la mujer permanecía alejada de la casa conyugal tres noches consecutivas -*usurpatio trinoctium*-.²⁵

²⁴ Edgar Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Baez. Derecho de Familia y Sucesiones, p 37.

²⁵ Antonio de Ibarrola. Derecho de Familia, p 109.

Matrimonio es la unión de dos personas de sexo distinto con la intención de ser marido y mujer. El matrimonio, como tal lo entienden los romanos, es una situación jurídica fundada en la convivencia conyugal y en la *affectio maritalis*. No es necesaria, por lo demás, una convivencia afectiva: el matrimonio existe aunque los cónyuges no habiten en la misma casa, y siempre y cuando uno y otro se guarden la consideración y el respeto debidos -*honor matrimonii*- . Otra prueba de que el matrimonio no se interpreta en sentido marital, sino ético, nos la da el hecho de que el matrimonio puede contraerse en ausencia del marido, entrando la mujer en casa de este -*deductio in domum mariti*- y dando así comienzo a la vida en común. No hay matrimonio, en modo alguno, si la ausente es la mujer.²⁶

El matrimonio esta constituido por dos elementos: uno objetivo, que consiste en la convivencia del hombre y de la mujer, y otro de carácter subjetivo, que consiste en la intención de los contrayentes de considerarse recíprocamente como marido y mujer, elemento que se llama *affectio maritalis*.

La *affectio maritalis* se exterioriza por el *honor matrimonii*; esto es, el trato que los esposos se dispensan en público, muy especialmente el que el marido da a la mujer, quien debe compartir el rango social de aquél y gozar de la dignidad de esposa.²⁷

El matrimonio romano fue siempre monogámico y dentro del propio ambiente pagano se reconoció cumplidamente su alto valor social. Dado que el matrimonio se endereza a la constitución de una comunidad

²⁶ Juan Iglesias. Derecho Romano. p 483.

²⁷ Martha Marineau Iduarte y Román Iglesias Gonzalez. Derecho Romano. p 63.

perpetua, de un común vivir y duradero, no cabe sujetarlo a modalidades de condiciones o términos.

Las fuentes nos suministran dos definiciones de matrimonio. La primera es de Modestino, según el cual *nuptiae sunt coiunctio maris et femanae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio* (el matrimonio es la unión de hombre y mujer en consorcio de toda la vida y comunicación de derecho divino y humano). Guarda relación con ella la que se lee en las Instituciones de Justiniano, y que es de tenor: *Matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuum consuetudinem vitae continens* (Matrimonio es la unión de una mujer con la intención de formar una comunidad de vida indisoluble).²⁸

En los tiempos antiguos era frecuente que el matrimonio estuviese acompañado por el sometimiento de la mujer a la *manus -conventio in manum-*, en términos de formar parte de la familia del marido.

El matrimonio en el derecho antiguo solía realizarse *cum manu*. Acto por el cual, salía de la patria potestad de su padre (si era *alieni iuris*) y caía bajo la *manus* de su marido o perdía su calidad de *sui iuris* (si la tenía) y devenía *alieni iuris* dependiendo de su marido, como una hija (*loco filiae*) y en relación a sus hijos se le consideraba *lo sororis*. Mientras que el matrimonio, por si mismo, no es más que una situación de hecho (que produce consecuencias jurídicas) la *manus* es un derecho.

La *manus* podía realizarse conforme a las siguientes formas:

a) Por *confarreatio*. Ceremonia religiosa que lleva a cabo en presencia de diez testigos y del *flamen Dialis*.

²⁸ Op.cit. p 484.

b) Por *coemptio*. Acto jurídico que consiste en una venta ficticia, utilizando la *mancipatio*.

c) Por *usus*. Por la simple convivencia ininterrumpida de una año entre el hombre y la mujer. Para evitar entrar a la *manus* por el *usus* la mujer podía ausentarse de la *domus* durante tres días.

Durante el Derecho Clásico el matrimonio *cun manu* quedó abolido y fue desplazado por el matrimonio *sine manu*, en el cual, no se rompen los lazos de agnación de la mujer con su familia original. El matrimonio romano (ya desde antes del cristianismo) dio relevancia al consentimiento de los contrayentes aunque fueran *alieni iuris* y se perfecciona por el simple consentimiento y la *affectio maritalis*.²⁹

Hay matrimonio válido *-iustae o legitimae nuptiae iustum o legitimum matrimonium-* cuando se dan los siguientes requisitos:

1. Capacidad natural. No puede contraer matrimonio los impúberos, es decir los varones y las mujeres cuya edad, respectivamente, es inferior a los catorce y doce años. Tampoco los eunucos, según el Derecho Justiniano.

2. Capacidad jurídica *-conubium*. Precísase ser libre y ciudadano, es decir, tener el *status libertatis* y el *status civitatis*. No es matrimonio, sino *contubernium*, la unión de esclavos. De modo análogo, está excluido el matrimonio entre libres y esclavos.

Singular importancia tiene la ciudadanía. Por Derecho Romano, no es matrimonio la unión de persona romana con persona extranjera, salvo que medie una especial concesión. Nada evita, sin embargo, que tal unión sea considerada como matrimonio por la ley del Estado al que

²⁹ Sara Bialotosky. Panorama del Derecho Romano. p 67.

pertenece la persona extranjera. La propia ley romana hubo de tener en cuenta las uniones entre ciudadanos y peregrinos, al objeto de regular la situación de los hijos nacidos de ellas. Según una *Lex Minicia*, del siglo I a. de C., el que nace de estos matrimonios tiene la condición jurídica del progenitor no ciudadano. Semejantes uniones son llamadas por los romanos *matrimonia injusta*.

Hasta la *Lex Canuleia*, del 445 a. de C., no fue reconocido el matrimonio entre patricios y plebeyos. El viejo principio que negaba la condición de *iustae nuptae* a las uniones entre ingenuos y libertos, parece que cayó en desuso hacia la segunda mitad de la República, y solo fue restablecido por Augusto en orden a los matrimonios entre libertos y personas de rango senatorial. La incapacidad de los peregrinos para gozar del *conubium* desapareció con la *constitutio Antoniniana*, del 212 de Cristo.

3. Consentimiento de los esposos manifestado de modo continuo y sin forma alguna, a tenor de lo que ya hemos dicho antes. No puede contraer matrimonio el loco *-furiosus-*, ni se tiene por válido el contraído con violencia.

4. Consentimiento del *paterfamilias*, cuando los contrayentes no son *sui iuris*. La jurisprudencia llegó a decir que el *pater* da siempre su consentimiento, sino muestra efectivamente su disenso. Basta, por tanto, el silencio, es decir, la no oposición, para que el matrimonio pueda contraerse.

En el caso de que el *paterfamilias* fuera prisionero de guerra o estuviera ausente, podía contraerse matrimonio, a pesar de que faltara el consentimiento. El Derecho Justiniano exigió, no obstante, que hubiese transcurrido tres años.

Si el *paterfamilias* no estaba sano de mente, podía la *filafamilias* contraer matrimonio sin la intervención del mismo. Tratándose de un *filius*, la cuestión era discutida: una constitución de Marco Aurelio decidió que el hijo del *mente captus* pudiese contraer matrimonio, pero este mismo término suscitó dudas acerca de si se refería a toda suerte de enfermedades mentales. Justiniano zanjó definitivamente el asunto, al disponer que interviniese al magistrado en el lugar del *pater* tras haber oído al *curador* de este y a los parientes principales.

En el supuesto de que el *filius* y su padre se encuentren bajo la *potestas* de una misma persona, se requiere también el consentimiento de ésta, a más del que otorgue el *paterfamilias*. La razón estriba, en que, muriendo el abuelo, el padre se convierte en *sui iuris* y no parece natural que los hijos nacidos del nuevo matrimonio entren en condición de *fili*, contra la voluntad del que, por dicha muerte, se ha hecho *paterfamilias*.

La *Lex Iulia de maritandis ordinibus*, del 18 a. de C., dispuso que en el caso de que el *paterfamilias* se negase, sin motivo justificado, a otorgar el consentimiento, pudiendo recurrir al magistrado los futuros contrayentes. Semejante facultad es reconocida también por el Derecho Justiniano.

En orden a las mujeres *sui iuris*, el Derecho Clásico señala como necesario el consentimiento del tutor. Desaparecida la *tutela mulierum*, el Derecho nuevo exige para las mujeres menores de veinticinco años, incluso si son viudas, el consentimiento del padre y, a falta de este, de la madre y de sus parientes, o bien de la autoridad judicial, si mediaran disensiones.

Los impedimentos se distinguen en absolutos y relativos, según que produzcan incapacidad para contraer matrimonio en cualquier caso o bien solo con referencias a determinadas personas.

Son impedimentos absolutos:

- a) El matrimonio precedente todavía no disuelto, en cuanto que la ley no autoriza la coexistencia de un doble vínculo.
- b) La esclavitud de uno de los cónyuges.
- c) El voto de castidad y de las ordenes mayores, en el Derecho nuevo.

Son impedimentos relativos:

a) El parentesco de sangre o cognación. En la línea recta está prohibido el matrimonio entre ascendientes y descendientes hasta el infinito, en la línea colateral, hasta que el tercer grado inclusive -hermanos, tío y sobrina, tía y sobrino. Un senadoconsulto del año 49 de Cristo, con el fin de permitir el matrimonio del emperador Claudio con su sobrina Agripina -hija del propio hermano Germánico-, autorizó la unión entre el tío y la sobrina. Se mantuvo todavía la prohibición del matrimonio entre el tío y la hija de la hermana, así como entre la hija paterna o materna y el sobrino. Una disposición de Constantino restableció la antigua prohibición de tomar por esposa a la hija del hermano. Las uniones entre primos fueron prohibidas en la segunda mitad del siglo IV, pero a comienzos del V fueron de nuevo permitidas. El parentesco de adopción -*adoptiva cognatio*- constituye también impedimento, si bien cesa, tratándose de línea colateral, cuando se ha disuelto por emancipación.

b) El parentesco espiritual. Según norma justiniana, está prohibido el matrimonio entre el padrino y el ahijado.

c) La afinidad. En la época clásica no se permite el matrimonio entre padrastro e hijastra, madrastra e hijastro, suegro y nuera, suegro y yerno.

A esa prohibición de matrimonio entre los parientes de la línea recta, se suma la establecida por Derecho cristiano en orden a los cuñados.

d) El adulterio y el rapto. Por una disposición de la *Lex Iulia de Adulteriis*, que confirma la *lex Iulia et Poppia*, esta prohibido el matrimonio entre la adúltera y cómplice. El Derecho de la última época prohíbe también el matrimonio entre el raptor y la raptada.

e) Razones especiales:

1. En virtud de un senadoconsulto de la época de Marco Aurelio y Cómodo, se prohíbe, bajo la pena de nulidad, el matrimonio entre el tutor, su *paterfamilias*, sus descendientes y la pupila, hasta tanto se hayan rendido cuentas.

2. Mandatos imperiales prohíben al magistrado provincial que contraiga matrimonio con mujer oriunda del territorio en que ejerce su cargo, o bien domiciliada en él. El matrimonio solo está permitido *post depositum officium*.

3. Con el fin de favorecer el mantenimiento de la disciplina en el ejército, el Derecho de la época imperial prohibió a los militares que contrajesen nupcias. A fines del siglo II fue revocada la prohibición.

4. Motivos de índole social justifican la prohibición de contraer matrimonio entre los senadores y descendientes suyos y libertas, así como entre senadores y mujeres de abyecta condición. Este régimen prohibitivo desapareció por completo en la legislación justiniana.

5. En el Derecho clásico la mujer no puede contraer nupcias antes de los diez meses de la disolución del precedente matrimonio por la muerte del marido. En la época posclásica tal periodo se extiende a un año, teniéndose también en cuenta la disolución por divorcio. Tal norma tiene por fin evitar dudas acerca de la paternidad del concebido en el primer matrimonio. La prohibición cesa, en todo caso, si la mujer da a luz antes de los diez meses o del año.

6. Motivos religiosos dan lugar a la prohibición establecida por el Derecho nuevo de contraer matrimonio entre cristianos y judíos.

De la unión matrimonial surgen derechos y deberes que afectan a ambos contrayentes. De algunos de ellos hemos tratado en otros lugares. Bajo ciertos aspectos, marido y mujer no están en pie de igualdad, sino que esta se subordina a aquél. La mujer -y no el marido- es castigada por el adulterio. Al marido compete la defensa de la esposa, confiriéndole la ley la acción de injurias por razón de las ofensas inferidas a la misma. El marido tiene a su favor los *interdicta de axpre exhibenda et ducenda*, para reclamar la mujer a todo tercero que la retenga indebidamente.

Entre cónyuges no es dable ejercitar las acciones penales e infamantes. En el Derecho justiniano, cuando menos, marido y mujer gozan recíprocamente del *beneficium competentiae*. Ambos, en fin, tienen derecho a los alimentos y a la sucesión hereditaria.³⁰

Los efectos jurídicos que producen la *iustae nuptiae* son los siguientes:

- a) La Fidelidad. Al respecto el derecho romano es más severo con la mujer adúltera que con el adúltero.
- b) El deber recíproco de hacer vida en común.
- c) La obligación mutua de dar alimentos, según sus posibilidades y necesidades.
- d) La patria potestad, en relación a los hijos.
- e) La prohibición de ejercer acciones contra el cónyuge, sobre todo aquellas que acarrearán la infamia. Sin embargo el pretor creó la *actio*

³⁰ Op.cit. pp 485-489.

rerum an otarum, para que uno de los cónyuges lograra la restitución de las cosas robadas.³¹

Con el fin de acrecentar la población y poner fin a la corrupción de costumbres que se adueña de la sociedad romana en los comienzos de la época imperial, dicta Augusto la *Lex Julia de maritandis ordinibus*, del año 18 a. de C., y la *Lex Julia Papia Poppaea*, del 9 de C. Aparte de las prohibiciones o impedimentos matrimoniales prescritos al objeto de evitar la mezcla de la alta clase social con personas indeseables o de baja condición -vgr. de los senadores y sus descendientes con libertas, artistas e hijas de artistas, o de los ingenuos con infantes-, se establece que los hombres mayores de veinticinco años y menores de sesenta y las mujeres comprendidas entre los veinte y los cincuenta tienen la obligación de contraer matrimonio, sin que el divorcio o la viudedad sean razones bastantes para eludir la ley. Disuelto el matrimonio por divorcio, toca al hombre casarse inmediatamente; a la mujer, según sea divorciada o viuda, se le conceden, respectivamente, plazos de dieciocho meses y de dos años -*Lex Papia Poppaea*. La *Lex Poppaea* tiende además, a que el matrimonio sea efectuado dentro de las edades antes señaladas.

En favor de quienes cumplen con tales prescripciones se otorgan beneficios de varia índole: queda libre de la tutela la mujer que goza de la *ius liberorum*, es decir, la ingenua con tres hijos y la liberta con cuatro; se eximen de los *manera* a quien tiene tres hijos en Roma, o cuatro en Italia, o cinco en las provincias; se puede ocupar un cargo público antes de la edad prescrita para el desempeño del mismo, descontándose un número de años igual al de los hijos. En cambio los que permanecen solteros -*caelibes*- y los casados sin hijos -*orbi*- son sancionados con la

³¹ Sara Bialotosky. Panorama del Derecho Romano. p. 69

incapacitas sucesoria- los primeros , en lo absoluto; los segundos, en media parte -respecto de personas a quienes no están unidos por parentesco dentro del sexto grado. Los bienes que no pueden adquirirse a causa de *incapacitas* se llama *caduca*, y pasan a los herederos y legatarios que sean *patres* o, en defectos de éstos, al *aerorium* - al Fisco, desde Caracalla.

Según se ha dicho antes, la legislación Augustea culmina con la incapacidad sucesoria a quienes no contraen segundas nupcias. La legislación cristiana, por el contrario, considera desfavorablemente el paso a un nuevo matrimonio. A partir de Constantino se dictan normas que implican, de una parte, una sanción para el *parens binubus*, y de otra, una defensa en pro de los hijos del primer matrimonio.

La Novela 22 prescribe los siguientes *poenae secundarum nuptiarum*:

a) Los *lucra nuptialia* -todo lo adquirido lucrativamente del cónyuge premuerto, y tanto la dote y la donación nupcial, cuanto los bienes provenientes de donaciones o de cualesquiera disposiciones de última voluntad- pasan en posterioridad a los hijos del primer matrimonio, reservándose al cónyuge binudo el simple usufructo.

b) El cónyuge binudo no puede dejar a la madrastra o al padrastro una cuota superior a la recibida por el menos favorecido, entre los hijos del primer matrimonio.

Las enajenaciones de los *lucra nuptialia* por parte del cónyuge binudo son nulas, mómo nulas se hacen las verificadas con anterioridad al segundo matrimonio.³²

³² Juan Iglesias. Derecho Romano, p. 490.

1.2.2 El Matrimonio según el Derecho Canónico.

En cuanto al Derecho matrimonial cristiano, eclesiástico o católico, formula Knecht brevemente su concepto en estos términos: el derecho establecido por la Iglesia Católica en orden al matrimonio. este queda definido por el mismo autor como "la unión elevada por Cristo a Sacramento de un hombre y una mujer para la comunidad de vida recíproca y perpetua, espiritual y corporal. Esto es por consiguiente, un Sacramento cuyo ministros son los mismos contrayentes y en el cual el sacerdote es sólo un testigo autorizado por la Iglesia. Su materia es la voluntad de los futuros cónyuges de contraer el vínculo conyugal, y su forma, la manifestación de esa misma voluntad con las formalidades legales.

La palabra matrimonio tiene dos acepciones; el acto que lo constituye y el estado de convivencia matrimonial que se funda en dicho acto. En la mayoría de las lenguas latinas la misma palabra sirve para significar el casamiento y el estado matrimonial. Estos dos sentidos de la palabra matrimonio tiene en muchos idiomas corresponden a la clásica distinción de los teólogos y canonistas católicos, entre el matrimonio *in fieri* y el matrimonio *in facto esse*, expresiones de difícil traducción que podríamos verter por las fórmulas acto constitutivo del matrimonio y estado de matrimonio.

Se deben hacer algunas consideraciones:

a) Conforme al derecho romano, lo que constituye el matrimonio es el consentimiento de los esposos; *nuptias consensus non concubitus*. La Iglesia a aceptado este principio. Pero en el siglo IX surge una controversia; Hincmar de Reims, el primero hace notar en el matrimonio queda incompleto mientras no sea consumado: el consentimiento

principia el matrimonio, pero la consumación lo completa. Hoy en día el matrimonio válido pero no consumado por la unión física (*ratum et non consummatum*) se considera disoluble por la Iglesia; en cambio, esta no puede disolver el matrimonio válido y consumado.

b) Después de una larga controversia de siglos, reconoce la Iglesia que el sacramento del matrimonio no es más que la institución natural elevada por Cristo a la dignidad de sacramento consiste en el intercambio de consentimientos. Muchos opinaron antes que era la bendición del sacerdote lo que hacía del intercambio de consentimientos un sacramento.

c) Cuando a partir del Renacimiento las monarquías acentúan sus esfuerzos de centralización estatal, los juristas al servicio de los príncipes razonan: el matrimonio, como enseña la Iglesia, es a la vez contrato y sacramento. Ahora bien un contrato es esencialmente un acto de derecho civil. Hay pues en la unidad del matrimonio cristiano, contrato-sacramento, dos actos jurídicos distintos; el contrato acto civil, que debe ser regulado por el Estado, y el sacramento acto religioso, que es de la competencia de la Iglesia. Agrega Pothier como quiera que el contrato civil es la materia del sacramento del matrimonio, no puede haber sacramento de matrimonio cuando el contrato civil es nulo, y el Estado llega así indirectamente a regular el sacramento. En contra de ello la Iglesia afirma que el sacramento del matrimonio, es decir, el acto constitutivo del mismo es precisamente el intercambio de consentimientos, el contrato. Esta doctrina, que es de fe, hace del contrato y el sacramento una sola realidad. Esmein hace notar que el derecho Canónico asigna a las relaciones sexuales, a la *cupula carnalis* una importancia particular: ninguna legislación ha ido tan lejos en este aspecto.

De acuerdo con el art.1012 del Código del Derecho Canónico, los canonistas y los representantes de la Iglesia sostienen con fundadas razones que el matrimonio no fue instituido por obra de los hombres, sino por obra divina; que no fue protegido, confirmado ni elevado con leyes humanas, sino con leyes del mismo Dios, autor de la Naturaleza, y de Jesucristo; y que por lo tanto, sus leyes no pueden estar sujetas al arbitrio de ningún hombre, ni siquiera al acuerdo contrario de los mismos cónyuges. Esta es la doctrina de la Segunda Escritura; ésta la constante tradición de la Iglesia universal, esta la definición solemne del Santo Concilio de Trento, el cual, con las mismas palabras del texto sagrado expone y confirma que el perpetuo o indisoluble vínculo del matrimonio, su unidad y su estabilidad, tienen por autor a Dios.³³

Los autores Miguelez, Alfonso y Cabrerros, en sus comentarios a la traducción española del Código del Derecho Canónico, publicada por la biblioteca de autores cristianos en Madrid, en el año de 1945, escribe en relación con el Canon 1012 lo que sigue: "El contrato matrimonial lo instituyó Dios al crear a nuestros primeros padres y permaneció en estado de contrato natural hasta el advenimiento de Cristo. Aunque de institución divina, puede la potestad humana competente legislar acerca de él, respetado aquellas características que le son peculiares por Derecho natural y divino como tales inmutables. Pues bien, este contrato natural es el que elevo Cristo a la dignidad de sacramento sin inmutar lo más mínimo de su carácter de contrato. De donde se sigue:

a) Que el mismo contrato matrimonial entre cristianos es sacramento, y el sacramento en su integridad, es contrato.

b) Que siendo una misma cosa el contrato y el sacramento no hay posibilidad de separar uno de otro, tratándose del matrimonio entre

³³ Antonio de Ibarrola. Derecho de Familia. p114

cristianos. Sino hay contrato válido, no hay sacramento, y si no hay sacramento no hay contrato.

Para la Iglesia Católica, sin embargo, el carácter sacramental del matrimonio esta por encima del contractual.³⁴

Con el Cristianismo se establece la manifestación del consentimiento de los contrayentes ante la Iglesia y el registro de la ceremonia en actos parroquiales, con lo que el matrimonio adquiere una forma determinada de celebración, que permitió distinguir claramente la unión matrimonial de otras uniones como el concubinato. Pero no obstante que la celebración se hizo indispensable para que hubiera matrimonio -como lo estableció el Concilio de Trento- la Iglesia siguió distinguiendo el simple matrimonio celebrado (rato) del matrimonio consumado por la unión real de los cónyuges. Así dábese el caso de que no obstante haber celebrado el matrimonio, no hubiera tal por no existir la relación sexual, circunstancia que lo coloca como matrimonio ratum vel no consumatum.

Para algunos países que lo adoptaron, esta distinción entre dos tipos de matrimonio hizo prevalecer el matrimonio celebrado desde el Concilio de Trento, un sistema de legislación civil. Tal fue el caso de España -y consecuentemente de sus colonias- en virtud de un decreto de Felipe II y, para otras naciones, el reconocimiento de efectos al matrimonio religioso, como en el caso de Italia, al mismo tiempo de la celebración laica. Con la Revolución Francesa, por primera vez se efectúa la laicización del matrimonio, de modo que el único matrimonio válido es el celebrado ante la Iglesia o bien ante los funcionarios del Estado Civil.³⁵

³⁴ Rafael Rojina Villegas. Compendio de Derecho Civil. p321

³⁵ Edgar Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro. Derecho de Familia y Sucesiones. p37.

1.2.3 El Matrimonio en México.

El matrimonio es una institución jurídica; la primera y más importante de todas ellas. En México es el matrimonio la base fundamental de la familia, el centro de la misma, y las demás instituciones que integran el Derecho de Familia, no son más que consecuencias o complementos de aquel. El matrimonio es un instituto jurídico, por que forma o constituye el fundamento de la sociedad civil y representa la completa comunidad de vida de un hombre y una mujer, reconocida, amparada y regulada por el derecho.

Matrimonio atendiendo a su significación etimológica, significa carga, gravamen o cuidado de la madre; de *matris* y *manium*, cargo o cuidado de la madre más que del padre; matrimonio quiere decir tanto en romance como oficio de madre.³⁶

En México la promulgación y publicación de leyes como la del 27 de enero de 1857, que establecía para toda la República el registro del estado civil, y el 27 de julio de 1859 sobre el matrimonio, le dieron por primera vez el carácter de acto laico, totalmente ajeno a la autoridad eclesiástica y lo denominaron contrato, concepción con la que paso a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917. De igual manera que el Código Civil para el D.F. de 1870 se reglamenta el matrimonio y se le constituye con carácter eminentemente contractual, laico y civil.

³⁶ Antonio de Ibarrola. Derecho de Familia, p105

Para atender al problema de la definición de matrimonio, es necesario tener presente que este término implica fundamentalmente dos acepciones:

1. Como acto jurídico, el matrimonio es un acto voluntario efectuado en un lugar y tiempo determinado, ante el funcionario que el Estado designa para realizarlo.

2. Como estado matrimonial, el matrimonio es una situación general y permanente que se deriva del acto jurídico, originando derechos y obligaciones que se traducen en un especial género de vida.

Si consideramos que del acto jurídico emana el estado matrimonial, lo que los hace indisociables e integrantes de una sola institución que es el matrimonio, en términos generales este puede definirse como el acto jurídico complejo, estatal, que tiene por objeto la creación del estado matrimonial entre un hombre y una mujer.

Diversos autores distinguen en el matrimonio estas características:

a) Es un acto solemne.

b) Es un acto complejo por la intervención del Estado. Requiere de la concurrencia de la voluntad de las partes y de la voluntad del Estado.

c) Es un acto que para su constitución requiere de la declaración del juez del registro civil.

d) En el, la voluntad de las partes no puede modificar los efectos previamente establecidos por el derecho, ya que no solo se limita a aceptar el estado de casado con todas las implicaciones, queridas o no.

e) Sus efectos se extienden más allá de los padres y afectan a sus respectivas familias y a sus futuros descendientes.

f) Su disolución requiere de sentencia judicial o administrativa; no basta con la sola voluntad de los interesados.

En el matrimonio deben de distinguirse tres etapas:

a) La etapa prematrimonial, conocida como noviazgo. En ese periodo no existen obligaciones entre los novios, por lo que libremente pueden ponerle fin.

b) La celebración propia del acto, que deben considerarse como el momento del nacimiento del acto jurídico. Para su existencia y Validez se requieren de diferentes manifestaciones de voluntad: la de los contrayentes, la del juez del Registro Civil, la de los testigos y, en el caso de matrimonio de menores, la de sus padres o tutores. Los hermanos Mazeaud denominan a este periodo como matrimonio fuente, pues de el se deriva el estado matrimonial o matrimonio-estado. Como todo acto jurídico, puede estar afectado por diversas causas de nulidad.

c) La etapa del estado matrimonial es el periodo que resulta de la celebración del acto y constituye toda una forma de vida que se encuentra regulada no solo por el derecho sino por la moral, la religión y la costumbre. Es a esta situación jurídica, general y permanente, que puede darse la denominación de institución, creadora constante de derechos y deberes y que es aplicada a los cónyuges, parientes y descendientes, independientemente de su aceptación y reconocimiento como tales, e incluso de su conocimiento. A esta etapa del matrimonio se pone fin con el divorcio, con la nulidad o con la muerte.³⁷

³⁷ Op.cit. pp39-42.

CAPÍTULO II
EL CONCUBINATO

2.1 Concepto de Concubinato.

La palabra concubinato se deriva del latín "concubinatus" que significa vida marital del hombre con la mujer sin embargo, afirma Lorenzo Arrasala en la Enciclopedia Española de Derecho y Administración, que el sentido etimológico del concubinato no puede ser determinante en la formación de su concepto jurídico, ya que habría concubiato siempre y cuando hubiere cohabitación ya fuese entre casados, entre adúlteros o entre concubenarios y que más han sido las costumbres y las leyes de los países que a través del tiempo, han dado la significación que actualmente lleva.

La Enciclopedia Jurídica Omeba define al concubinato así: "la palabra concubinato alude, etimológicamente, a la comunidad de lecho. Es así una voz la cual sugiere una modalidad de relaciones sexuales mantenidas fuera del matrimonio como expresión de la costumbre".³⁸

Eduardo A. Zannoni, nos manifiesta que el concubinato: "recurriendo a la raíz etimológica del vocablo, del latín concubinatus, de cum (con) y cubare (acostarse) o sea acostarse con, en el sentido de comunidad de lecho. El concubinato como hecho jurídico constituye toda unión de un hombre y una mujer, sin atribución de legitimidad, será pues toda aquella no reputada como matrimonio por la ley"³⁹

Para Escriche, el concubinato es: "la comunicación o trato de un hombre con su concubina; se llama concubina cualquier mujer que hace vida marital con un hombre, que no es su marido cualquiera que sea el

³⁸ Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo III, p.616

³⁹ Eduardo A. Zannoni. El Concubinato en el Derecho Argentino ... p.125

estado de ambos y el concubinario es el que hace vida marital con alguna mujer sin estar casado con ella."⁴⁰

Julián Bonecase, expresa: "la noción de concubinato en general, se reduce únicamente, a la continuidad unida a una mancomunidad de habitaciones más o menos íntima pero cierta."⁴¹

Rafael de Pina, nos define al concubinato como: "la unión de un hombre y una mujer sin formalización legal, para cumplir fines atribuidos al matrimonio."⁴²

Augusto Cesar Belluscio sostiene que: "el concubinato es la situación de hecho en que se encuentran dos personas de distinto sexo que hacen vida marital sin estar unidos en matrimonio. Se trata pues, de una unión de hecho con caracteres de estabilidad y permanencia; quedan indudablemente excluidas de su concepto tanto la unión transitoria de corta duración cuanto las relaciones sexuales estables pero no acompañadas de cohabitación."⁴³

Raúl Barrera Arias en su tesis sostiene que: "el concubinato es la unión marital de hecho, entre un hombre y una mujer, sin que medie vínculo matrimonial, tiene la denominación de concubinato, cuyo origen etimológico proviene de las voces latinas "cum cubare" cuya traducción sería la de "comunidad de lecho".

⁴⁰ Joaquín Escriche. Diccionario de Legislación y Jurisprudencia. p.478

⁴¹ Julián Bonecase. Elementos del Derecho Civil. Tomo I p.516

⁴² Rafael de Pina. Elementos de Derecho Mexicano. p.337

⁴³ Augusto Cesar Belluscio. Manual de Derecho de Familia. p.381

Nos hemos inclinado por aquella definición que lo enuncia de la siguiente manera: "es la unión de un hombre y una mujer que mantienen relaciones sexuales y que comparten una vida en común."⁴⁴

Edgar Baqueiro y Rosalía Buenrostro nos dicen: "Al lado de la unión matrimonial, que es el acto y el estado jurídico reconocido por el derecho como generador de efectos no solo respecto de la pareja y de los hijos, sino también en relación con otros parientes, se han dado y existen actualmente otras uniones permanentes que se asemejan al matrimonio, pero a las cuales el derecho no les ha concedido efectos o bien se los ha otorgado en términos muy limitados. Una unión con estas características es el concubinato, por el cual podemos entender a la unión libre y duradera entre un hombre y una mujer, que viven y cohabitan como si estuvieran casados, y que pueden o no producir efectos legales."⁴⁵

Manuel Chavez Asencio nos expresa lo siguiente: "Para definir al concubinato 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 este fuera su marido". Concubinario, por lo tanto, 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".

Es decir, 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

⁴⁴ Raúl Barrera Arias. Consecuencias Patrimoniales del Concubinato. p.17

⁴⁵ Edgar Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Baez. Derecho de Familia y Sucesiones. p.121

no se limita solo a la unión carnal no legalizada, sino también a la relación continua y de larga duración existente entre un hombre y una mujer sin estar legalizada por el matrimonio. Es una comunidad de lecho que sugiere una modalidad de las relaciones sexuales mantenidas fuera del matrimonio."⁴⁶

2.2 Elementos del Concubinato.

Para Marcel Planiol y George Ripert, dicen que la noción del concubinato, es como un sinónimo de vivir en matrimonio falso, que su definición estricta esta descartada, pero reconocen la unión de ciertos elementos legales: "Continuidad de las relaciones, pues las relaciones pasajeras no constituyen concubinato, tampoco lo son las relaciones espaciadas. Un cierto género de vida, o al menos cierta actitud por parte de la mujer que haga verosímil la fidelidad; dicha apariencia, resultara principalmente de la vida en común. Pero también puede resultar de otras circunstancias, tales como la prueba de cariño y adhesión. Y por último notoriedad en las relaciones, que estas no hayan quedado en secreto".⁴⁷

Eduardo A. Zannoni, en su tesis nos da una noción restringida del concubinato, concedida como un matrimonio de hecho, del cual dice que se compone de tres elementos:

a) La unión de un hombre y una mujer sin atribución de legitimidad que constituye el rasgo genérico del cual habrá de desprenderse los dos rasgos específicos.

b) Estabilidad.

⁴⁶ Manuel F. Chávez Asencio. La Familia en el Derecho. p.263.

⁴⁷ Marcel Planiol y George Ripert. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. p.708

c) Vocación o aptitud potencial de legitimidad.

De todo lo cual deduce la definición de concubinato en sentido propio: una unión estable entre de un hombre y una mujer en estado conyugal aparente o de hecho ello sin atribuciones de legitimidad, pero con aptitud potencial a ella. Al hacer alusión a la estabilidad de la unión entre un hombre y una mujer fuera del matrimonio va inscrito un complejo conceptualizado que es posible descomponer en una lista de elementos, que serían fundamentales:

a) Comunidad de vida (habitación, lecho y techo).

b) Fidelidad.

A los tres caracteres anteriores la doctrina agrega algunos otros, como son: la aptitud nupcial de los concubinos, la ausencia de las formalidades del matrimonio, etc.⁴⁸

El profesor cubano Eduardo Le Riverend Brusone, en su obra Matrimonio Anómalo, aduce las siguientes condiciones para que el concubinato sea tomado en cuenta por el derecho:

a) La posición de estado como elemento de hecho para tener el nomen, el tractus y la fama de casados.

b) Una condición de temporalidad que puede ser entendida implicando regularidad y duración en las relaciones sexuales; o bien frecuencia, permanencia o hábito en las mismas.

c) Publicidad, concubinato notorio y no clandestino.

d) Fidelidad y respecto recíproco de lo contrario se opondría la *exceptio plurium contuberatium*.

e) Singularidad.

f) Capacidad legal para contraer matrimonio.

⁴⁸ Idem. pp.130-131

g) Moralidad de las relaciones.⁴⁹

El abogado Angel Osorio destaca lo siguiente: El concubinato es la vida marital de un varón y una mujer sin estar casados, tendrá carácter de institución jurídica y dará origen a obligaciones naturales siempre que reúna las condiciones siguientes:

- a) Que la vida en común sea notoria y publica.
- b) Que se haya mantenido con carácter de permanencia, es decir, durante una etapa de tiempo considerable de relación a la edad de los concubinos.
- c) Que la mujer sea honesta.
- d) Que si hay hijos se encuentren en la posesión de tal estado aunque no se hallen reconocidos.⁵⁰

En la definición que da Raúl Arias acerca del concubinato se desprenden los siguientes elementos que caracterizan a este:

1. La unión entre un hombre y una mujer. Lo que deja fuera todas las relaciones anormales entre sujetos del mismo sexo.
2. Las relaciones sexuales. Lo que nos aclara el objeto concreto específico que lo distingue de cualquier asociación con un objeto diverso.
3. La vida en común. Que es característica del concubinato y muy diferente a cualquier relación pasajera, ya que esta última, se da por el simple placer, capricho, pasión, etc., pero jamás llega a tener una continuidad y permanencia en la vida sexual.

Se cree que únicamente al existir una estabilidad emocional tanto como social y examinando los efectos jurídicos que esta situación produce, se puede hablar de concubinato.

⁴⁹ Eduardo Le Riverend Brusone. Matrimonio Anómalo, p.98

⁵⁰ Angel Osorio. Matrimonio, Divorcio y Concubinato, p.68

4. En México se exige que ambos concubinos se encuentren libres de matrimonio de no ser así sería un simple amasiato.⁵¹

Alberto Pacheco Escobedo en su obra *La Familia en el Derecho Civil Mexicano*, nos señala que son cuatro los elementos del concubinato:

- a) Situación de hecho extramatrimonial.
- b) Relaciones sexuales.
- c) Comunidad de habitación.
- d) Cierta duración de esa unión.

Nuestra ley agrega además otros elementos necesarios para que esa unión de hecho pueda producir efectos como concubinato, el cual es la unión que reúne los siguientes elementos:

1. Unión de un hombre y una mujer para hacer vida semejante a la de los cónyuges. No hay por tanto concubinos entre personas del mismo sexo. La ley habla, siempre que es el caso, de una concubina y un concubinario.

2. Unión de hecho entre personas no casadas, ni entre sí ni con otra persona ninguna de ellas. Si estuvieran casados entre sí sería matrimonio, y si cualquiera de ellos lo fuera con otro, sería adulterio. El concubinato no es una unión adulterina.

3. Unión estable que haya durado al menos dos años o que hubiera provocado el nacimiento de algún hijo, este debe ser producto del concubinato.

4. Unión permanente, o sea cohabitando a la manera de cónyuges, no a ratos o por temporadas, de tal forma que pueda decirse, por ejemplo que ha existido un domicilio común de los concubinos.

⁵¹ Raúl Barrera Arias. Consecuencias Patrimoniales del Concubinato. p.17.

5. Unión de personas que no tengan entre si un impedimento matrimonial natural. Aunque la ley no indique nada al respecto, nos parece que este requisito esta de acuerdo a la finalidad que el legislador busca al dar efectos legales a estas uniones de hecho. Puede darse el caso que hagan vida marital dos personas que tengan entre si un impedimento indispensable. En este caso aunque los impedimentos matrimoniales son de interés público, y no un capricho del legislador, puede ser más importante la protección de los hijos o aún del otro concubino que en ocasiones por ignorancia o por miseria no han reparado en este tipo de impedimentos y han vivido su unión de hecho sin saberlo o sin darle la importancia que la ley quiso darles. No sería por el contrario disculpable, el concubinato vivido entre parientes que por ley natural no pueden contraer matrimonio como son ascendientes y descendientes, o consanguíneos colaterales en segundo grado. En estos casos no es admisible ninguna disculpa y tal unión incestuosa no merece el nombre de concubinato, ni la ley puede dar efectos civiles a tales uniones.

Los otros dos impedimentos naturales, la impotencia coeundi o copulandi, y el vínculo previo, no puede darse el concubinato, pues en el primer caso no habría cohabitación como marido y mujer y en el segundo se trataría de una unión adulterina, que no puede ser concubinato.

6. La unión de un solo concubinario con una sola concubina, pues si existieran varios no hay concubinato.⁵²

2.3 Clasificación del Concubinato.

De acuerdo con la el maestro Somarriva, podemos clasificarlo de la siguiente manera:

⁵² Alberto Pacheco Escobedo. La Familia en el Derecho Civil Mexicano. p.200.

1. Concubinato Directo.- Que es la unión lisa y llana de un hombre y una mujer que tienen relaciones sexuales y llevan una vida en común.

2. Concubinato Indirecto.- Es aquella relación que se deriva de un matrimonio que no ha sido reconocido por la ley.

Ejemplo: cuando un hombre y una mujer solo celebran su matrimonio por medio de una asamblea religiosa (se casan por la Iglesia) y no llevan a cabo un matrimonio civil, es decir, no lo celebran en el Registro Civil como lo contempla la ley para que sea un matrimonio válido.⁵³

El Maestro Fueyo hace una gran clasificación acerca de las uniones maritales de hecho (concubinato), de la cual se elegirá una de esas dos modalidades como la posible valiente ante el Derecho. Dicha clasificación es la siguiente:

1. Concubinato "more uxorio".- Se caracteriza por la vida en común, asidua y permanente, con toda la complejidad que le caracteriza y su semejanza tan grande con el matrimonio civil, exteriormente, que a vistas de los demás no hay una distinción de importancia.

Es el que concuerda perfectamente con el llamado "concubinato indirecto", al que nos hemos referido con anterioridad. Y por estas características, resulta la definición que se le suele dar: "Es la unión duradera y respetable de dos personas de sexo opuesto, que hacen vida marital con todas las apariencias de un matrimonio legítimo".

Se trata entonces de un matrimonio al que le faltaron las normas de constitución formal, según la ley respectiva.

2. Concubinato "amplio".- Al que se le puede llamar minoría -criterio que sostienen principalmente los franceses-, que consiste en estimar que el concubinato es entendido como, "la unión que mantienen un hombre y una mujer, fuera del matrimonio sin que se requiera la cohabitación o

⁵³ Op.cit. p.19

comunidad de mesa y hogar, y sin tomar en cuenta si esa unión es semejante o no a la que viven como marido y mujer."⁵⁴

2.4 Naturaleza Jurídica.

Conviene al tratar sobre naturaleza jurídica del concubinato, estudiar brevemente las distintas teorías que existen sobre este aspecto, para concluir cuál es la naturaleza jurídica, según nuestro Derecho.

Si se trata de una unión semejante al matrimonio, se podía hacer una revisión semejante a la que se hizo con motivo al matrimonio, presentando una síntesis que nos permita destacar si se trata de una institución, de un contrato ordinario, de un acto jurídico o de un hecho jurídico.

Para encontrar la naturaleza jurídica del concubinato, se debe de conocer que es lo que nuestra legislación dice al respecto, lo que entiende por concubinato. Para ello nos referimos a las disposiciones que existen en relación al concubinario, que lo definen como el hombre y la mujer que hayan vivido juntos como si fueran cónyuges durante los últimos dos años que precedieron inmediatamente a su muerte o cuando hayan tenido hijos en común, siempre que ambos hayan estado libres de matrimonio durante el concubinato.

⁵⁴ Idem. pp.42-43

2.4.1 Institución.

En nuestro Derecho no existe una reglamentación del concubinato, y solo se tocan algunos de los efectos que produce, en relación a los hijos y en relación a los concubinarios. Por lo tanto, no podemos aceptar que exista un conjunto de normas que rijan al concubinato en los términos de una institución, a semejanza como existe en el matrimonio, donde tenemos un conjunto de reglas orgánicas, ordenadas a la constitución del matrimonio, que señalan los fines, así como los derechos y obligaciones de los consortes.

Podría suponerse que el conjunto de normas que se refieren al concubinato no fueran esencialmente jurídicas, sino morales, pero en este supuesto no estaríamos buscando la naturaleza jurídica del concubinato.

Si no se puede encontrar ese conjunto de normas, que es como acepto la existencia de una institución en el Derecho Familiar, menos que podían aceptarla en los términos que señala Hauriou, como una idea de obra, que se realiza y dura jurídicamente en un medio social, y en virtud de la organización de esta idea se organiza un poder que requiere órganos y, por otra parte, entre los miembros del grupo social interesado en la realización de esta idea, se producen manifestaciones comunes, dirigidas por los órganos del poder y regidas por procedimientos de donde se desprenden las instituciones de personas e instituciones de cosas.

2.4.2 Contrato Ordinario.

Para que exista contrato se requiere acuerdo de voluntades. Si de contrato ordinario se trata, es necesario señalar que el acto jurídico tendría un contenido patrimonial-económico.

En relación al matrimonio muchos autores consideran que se trata de un contrato, pero otros muchos critican esta concepción señalando que es diferente, o algo más que un contrato, no obstante que exista acuerdo de voluntades, puesto que el contrato se refiere a las relaciones jurídicas económicas, y esta unión sexual de hombre y mujer, se refiere, principalmente a los aspectos personales y a los deberes jurídicos entre ellos que no tienen contenido económico.

Con mayor razón se puede aplicar la misma argumentación al concubinato, abundando que esta unión no está reglamentada en nuestro Derecho. Le falta el supuesto legal necesario para la existencia como contrato.

El matrimonio está considerado en nuestra legislación como un contrato civil, pero no podemos equiparar a esa misma concepción al concubinato. El hecho que exista voluntad de convivir entre los concubenarios no significa, necesariamente, un acuerdo de voluntades orientado a generar ciertos efectos jurídicos. No todo acto voluntario es contrato, aun cuando es cierto que para que exista contrato se requiere acuerdo de voluntades.

2.4.3 Acto Jurídico.

Por las mismas razones que estimo que el concubinato no es contrato, también rechazo que sea un acto jurídico.

Cierto es que para que exista un acto jurídico se requiere un acuerdo de voluntades, y podría interpretarse que la concubina y el concubinario conscientemente acuerdan unirse en concubinato, es decir, en unión libre, de donde se puede suponer el acuerdo de voluntades, para de ahí derivar la existencia de un acto jurídico.

Se debe tomar en cuenta que no se dan los mismos requisitos de existencia y de validez que en el matrimonio; no tiene la misma naturaleza jurídica. Falta la solemnidad como requisito de existencia. El objeto no es igual; el matrimonio es el vínculo jurídico conyugal con sus deberes, obligaciones y derechos; el concubinato es una situación de hecho, una unión no conyugal. los concubenarios no se comprometen, no desean hacerlo. Si desearan comprometerse la unión sería conyugal por ser esta la única unión sexual entre varón y mujer considerada como lícita y moral por la legislación.

Ahora bien para que el acto jurídico sea válido, se requiere que su objeto, su fin o motivo, sean lícitos (art.1795 frac.III C.C.). Por lícito se entiende el acto que es concorde con las leyes de orden público y las buenas costumbres, lo que se deriva del art.1830 del Código Civil interpretado a contrario sensu. Por lo tanto habría una nulidad permanente si aceptare que fuere un acto jurídico, toda vez que el objeto, motivo o fin sería lícito, lo cual impediría una vida normal y sana de un supuesto acto jurídico.

Todo lo relativo a la familia y al matrimonio es de orden público. Por lo tanto aquello que valla en contra del matrimonio y que se establezca como solo la unión no legalizada, sino también a la relación continua y de larga duración existente entre un hombre y una mujer sin estar legalizada por el matrimonio. Es una comunidad de hecho que sugiere una modalidad de las relaciones sexuales mantenidas fuera del matrimonio. Es evidente que lo concerniente a las relaciones sexuales fuera del matrimonio pueden producir algunos efectos jurídicos, aun cuando no sea posible tratarlos como una institución permanente en el Derecho.

Debemos tomar en cuenta que el concubinato comprende la relación sexual fuera del matrimonio, que va desde las relaciones de poca duración hasta las duraderas y estables, pero que tienen de común en considerarse como relaciones maritales. Esto excluye, desde luego, las relaciones pasajeras entre un hombre y una mujer, sin la intención de convivir maritalmente.

Desde otro punto de vista se entiende como concubinato, solo la relación entre un hombre y una mujer, sino también se usa este término para indicar a otras mujeres con las cuales un hombre tiene relación sexual permanente aparte de su cónyuge, a las que se les llama también indebidamente concubinas.

Sin embargo independientemente de determinar la naturaleza jurídica, debemos de aceptar que el concubinato produce consecuencias jurídicas, que afectan a los concubinarios y a sus hijos, y que pueden afectar también directa o indirectamente a terceras personas.

2.4.4 Situación de Hecho.

Las dos fuentes principales de efectos jurídicos son el acto jurídico y el hecho jurídico. Analizamos el acto jurídico y el concubinato no encuadra dentro de él, queda, por lo tanto, el hecho jurídico como posible para determinar la naturaleza del concubinato.

En la doctrina de los autores que han definido el concubinato como un hecho jurídico sui generis, y se han admitido sus efectos, por si mismo, como generando derechos o, con el mismo sentido, en diversas formas de la relación entre concubenarios. Se ha dicho, asimismo, que si el concubinato no existe como institución jurídica expresa dentro de nuestra ley civil, la labor constructiva de la jurisprudencia le han dado ese rango, siendo las fallos en que se han regulado los efectos de la unión concubinaria.

Para Galindo Garfias, la cohabitación entre hombre y mujer (si ambos son solteros) la vida en común más o menos prolongada y permanente, es un hecho lícito, que produce efectos jurídicos, pero requiere, para que el concubinato sea reconocido como tal, que tanto del hombre como de la mujer que llevan vida en común sin estar casados entre si, sean célibes. La unión sexual que exista entre un hombre y una mujer, cuando alguno de ellos o ambos son casados, constituye el delito de adulterio.

Por su parte, Planiol y Ripert señala que su forma y su carácter obligatorio distinguen actualmente el matrimonio del concubinato. Este es un mero hecho, no un contrato; carece de formas determinadas y no producen efectos jurídicos; se halla totalmente fuera de derecho. La unión libre produce algunos efectos, porque la jurisprudencia y el legislador

mismo, ha tenido que tomar en consideración la situación voluntariamente creada por quienes viven en estado de concubinato.

Estimo que efectivamente se trata de una situación de hecho que produce efectos jurídicos, a diferencia del matrimonio que es una institución jurídica por que existe un estatuto que regula la celebración del mismo, los deberes, obligaciones y derechos conyugales que surgen por voluntad de los contrayentes, y lo relativo al régimen de bienes patrimoniales.

El concubinato no es una institución jurídica. No es un matrimonio. La pareja no desea casarse, ni comprometerse conyugalmente. No puede entender como un matrimonio inexistente pues aún en este hay alguna apariencia de matrimonio, que una grave carencia lo hace inexistente. Tampoco se puede interpretar como un matrimonio putativo, pues nunca se quiso, ni de buena ni de mala fe, la unión conyugal.

La unión de hecho que no puede interpretarse como matrimonio aparente. Produce algunos efectos en relación a los concubinarios sin ser una institución jurídica por que no se reglamenta la forma y la manera de constitución del concubinato, ni sus derechos y obligaciones. No es el acto jurídico según la apreciamos anteriormente. Es un hecho humano que produce algunos efectos jurídicos en la legislación positiva mexicana.⁵⁵

⁵⁵ Manuel F. Chávez Ascencio. La Familia en el Derecho, p.285

CAPÍTULO III
ESTABLECIMIENTO DEL CONCUBINATO
EN MÉXICO

3.1 Causas del Concubinato.

Es de importancia fundamental determinar las causas que generan el concubinato. No es posible calificarlo de moral o inmoral sin conocer la realidad de un país en un momento determinado. Tampoco es conveniente hacer referencias a legislaciones extranjeras, por que estas no regulan situaciones humanas semejantes a las de nuestro país. Es frecuente calificar al concubinato de inmoral sin mayor investigación sociológica; sin conocer la realidad existencial de las parejas que viven en concubinato, ni la realidad social que quizás las lleve a esa unión.

Las necesidades sociales desde el nutrirse y alimentarse, como necesidades vitales sin las cuales no habría supervivencia, hasta la de defensa para mantener al grupo social y la de reproducción, esta alude al instinto sexual del hombre, el cual nos ha sido heredado biológica y genéticamente para dar pauta a la formación de la familia como base y célula de nuestra sociedad, todo esto no solo dentro del cuadro matrimonial trazando por el estado, sino incluyendo a la unión libre.

Como causa se señalan, en primer término, las económicas que se dice influyen determinantemente en la constitución de estas uniones de facto, debido a la pobreza extrema en que viven muchas personas menos favorecidas de nuestra sociedad, que están imposibilitadas para costear los gastos propios de una boda, que no son solo relativos a los honorarios del matrimonio civil (que debe de ser gratuito en las oficinas del Registro Civil) o estipendios del religioso, que en la mayor parte de las veces no son tan gravosos, como los de la fiesta y demás gastos que la comunidad en que se vive exige como necesarios para la celebración de la boda.⁵⁶

⁵⁶ Idem, pp.264-265.

Actualmente, la unión libre encuentra una causa más en el factor económico, argumentándose que contraer nupcias resulta muy gravoso en estos momentos, dada la austeridad que afecta a la población desde hace algunos años; pensemos en el matrimonio civil y posteriormente el religioso, los gastos que implican, los cuales han dejado de ser comunes en la clase más desfavorecida, que en mayor número integra a la población.

Después de todo si la pareja desea formar una familia, se dan cuenta que tanto el matrimonio, como la unión libre son los dos caminos para constituirla: ayudándose mutuamente a soportar las cargas de la vida y procreando la especie humana: "la unión del hombre y la mujer es un hecho natural mediante el cual se logra la reproducción de la especie humana. Ese hecho natural se inicia en la atracción recíproca que nace en el trato mutuo de personas de distinto sexo, y culmina en el conocimiento íntimo de ellas mediante la unión sexual".

Actualmente hay una tendencia al reconocimiento legal del concubinato, ya que parece que el mismo se ha extendido a todos los estamentos sociales, sin que el prescindir de solemnidades afecte la convivencia plena de afecto y respeto.

La unión libre se da tanto en la clase alta, media y baja de ahí que no debemos negarle importancia como institución en nuestro medio social; aclarando que, dicha unión tiene una muy marcada tendencia ha acentuarse en la clase baja.⁵⁷

⁵⁷ Ignacio Vazquez Gutierrez. Los efectos jurídicos y sociales del concubinato en México, p155.

Otra causa que menciona es la cultural, la que se deriva de la ignorancia en cuanto a la reglamentación que es el Estado hace del matrimonio y los derechos que se adquieren con ello; y también tomando como referencia la tradición cultural que a través del tiempo se ha formado, desde la época indígena hasta nuestros días.

Los medios creadores de las uniones de hecho: es la ignorancia de la población, la escases de bienes económicos, de fuentes de trabajo y una precaria protección del Estado; por ello corresponde a este último poner el remedio elevando el nivel económico, moral y cultural de la población.

Se sabe que en México gran número de nuestros habitantes, sobre todo en el medio rural la población autóctona, recurren a la unión libre para hacer vida en común con el objeto de la propagación de la especie humana, auxilio mutuo y por ende dicha relación carece de sanción social y estatal para tal fin; en efecto, al lado del matrimonio surgen uniones irregulares, denominados concubinatos, que prescinden de la solemnidad que la ley civil exige, y en el pensar de mucha gente, son peligrosas ya que falsean la institución del matrimonio. No obstante también se gesta la familia de dicha unión de hecho y, por ello, no podemos negarle su importancia como fuente creadora de la misma.⁵⁸

Este aspecto cultural es de suma importancia. Es necesario investigar en las comunidades de nuestra República como se acepta el concubinato. Observamos que además de la celebración del matrimonio civil y religioso, frecuente es la unión concubinaria que tiene evidentemente alguna aceptación social. Dentro de las costumbres se acepta a la pareja que vive en concubinato, y en alguna región es bien

⁵⁸ Idem. p.152.

visto que vivan juntos, de tal forma que la mujer se recoja con el hombre con quien convivió, y es mal visto que la mujer no conviva con el hombre.

El factor cultural en la unión libre, para dicha relación de hecho se caracteriza por la cohabitación fuera de matrimonio, lo cual implica que los concubinarios en la mayoría de las veces desconozcan las responsabilidades y deberes a que se enfrentan, en tanto que en otras a sabiendas de ellos actualizan la vida en común; por ello, estimamos que el derecho al reconocerle parcialmente consecuencias jurídicas al concubinato lo esta facilitando.

Se comprende que en la unión irregular la intención primordial de los concubinarios estriba en mantenerse libres de matrimonio, lo cual implica que no asuman sus responsabilidades, como si se hubieren actualizado el matrimonio, evadiendo por ende las mismas, aunado al modo de vida de la clase baja influyen indeterminadamente para que los concubinarios permanezcan libres de matrimonio.

Esta influencia del factor cultural en el concubinato y que opera tanto en la clase alta, media y baja; razón por la que se propone que la única vía para reglamentar las uniones de hecho, sea a través del matrimonio subsecuente de los concubinos, consolidándose así sus responsabilidades, por virtud de las nupcias posteriores, y en donde jugara un papel vital la legitimación beneficiando de entrada a los hijos que hubo en la relación irregular, considerándolos como nacidos de matrimonio con efectos retroactivos al momento de su nacimiento.⁵⁹

⁵⁹ Idem. pp.158-159.

Desde el punto de vista religioso es necesario destacar la sacramentalidad del matrimonio, y la exigencia para el bautizado de contraer el matrimonio según la legislación eclesiástica. En las grandes ciudades observamos, no pocas veces, que muchas bodas se celebran en la Iglesia, no por el aspecto sacramental, sino por dar gusto a los padres de los contrayentes, o bien por convencionalismo social; y que hay otras parejas en las que no obstante la fe en que fueron educadas no aceptan el matrimonio religioso, con lo cual se colocan en una situación irregular dentro de la comunidad eclesial. En este aspecto religioso es necesario que exista pleno conocimiento y aceptación del sacramento que adquiere con el matrimonio y, para ello, la debida preparación de los contrayentes.

En lo político, existe la tendencia de legalizar todas las uniones libres que en el país existen, y así el gobierno periódicamente promueve casamientos colectivos para que las parejas se legalicen y sus hijos se legitimen. En el Código Civil de 1928 ya se regulan algunos efectos del concubinato, sin embargo a juicio de algunos autores no lo suficiente, por que existen todavía prejuicios que impiden considerar a esta unión dentro de la legislación.⁶⁰

Así como la sociedad halla una explicación en cuanto a sus causas, entre otras: geográficas, económicas y políticas, la unión libre también tiene sus causas sociales, ya que estas a través de la historia han influido en el fomento que se ha dado al concubinato.

⁶⁰ Op.cit. p.265.

El concubinato como institución y debido a su naturaleza jurídica, es considerada como una forma de desorganización social, por los efectos perniciosos que produce la inestabilidad social.

A su vez el cambio social, alude a la transformación de la sociedad a través del tiempo; es decir, se analiza y estudia a una misma sociedad en dos momentos distintos para determinar si ha experimentado progreso.

Así las instituciones sociales nacen debido a la evolución o progreso evolutivo de la sociedad y con el fin de una mejor organización social; pero es el caso, que la familia derivada de la relación, de hecho ha surgido en el medio social, tratando de transformarlo positivamente, pero lo único que ha ocasionado, desde su origen hasta el momento actual, ha sido; inseguridad para la concubina e hijos, carencia de protección a estos, quedando a la voluntad del padre, engendrando irresponsabilidad del mismo, que al no sentir la presión legal incumple con sus obligaciones, llegando incluso hasta el abandono de su familia con las consiguientes consecuencias, entre otras la desintegración familiar que pone en peligro a la sociedad.

El derecho concede a estas uniones efectos jurídicos limitados a alimentos y herencia, lo que origina una relativa estabilidad, una situación incierta ya que se vive en una constante zozobra e intranquilidad, pues los concubinarios saben que en cualquier momento puede romperse la relación.

El concubinato no está reconocido por la ley civil, solo ciertas consecuencias de derecho, de tal suerte que al terminar dicha unión sus miembros quedan en el desamparo, sobre todo cuando los hijos no fueron inscritos en el Registro Civil, para poder derivar algún derecho que constriña a sus progenitores a proporcionar los medios indispensables para subsistir y educarse.⁶¹

Así mismo el hombre de hoy en día para contraer matrimonio piensa antes de actuar y se le hace más fácil la unión libre para no crear derechos y obligaciones ni con los hijos ni con la concubina y separarse más fácilmente de la misma, sin que con ello pueda entablar un juicio de divorcio y reclamar pensión alimenticia para sus progenitores, por parte de la concubina.

Cualquiera que sea el régimen legal del matrimonio que ligue al hombre o a la mujer, en nuestro país y siempre que la ley admita, el concubinato no origina, como el matrimonio, legalmente constituido, una sociedad que la ley se anticipa a reconocer y reglamentar.⁶²

3.2 Diferencias entre el Matrimonio y el Concubinato.

El matrimonio se distingue del concubinato por su forma y por su carácter obligatorio. El concubinato es un mero hecho; no es un contrato; carece de formas determinadas y produce algunos efectos jurídicos; se halla totalmente fuera de derecho. Todo lo que puede decirse de él, es que presenta carácter lícito, salvo que constituya un adulterio o el rapto de un menor o incesto. Quien viven en estado de concubinato, puede

⁶¹ Op.cit. pp.140-142.

⁶² Alfonso Isabel Coyotl Velazquez. Reglamentación del concubinato... p.83

ponerle fin según su voluntad, sin que la otra persona con quien viva en ese estado, puede invocar esa ruptura como fuente de daños y perjuicios.

Ante la conciencia, los concubinos pueden tener los deberes como las esposas; toda unión de un hombre y de una mujer engendra obligaciones, por que puede dar nacimiento a un hijo y fundar, de hecho, una familia. La diferencia estriba en que los esposos reconocen estas obligaciones y se comprometen a cumplirlas, mientras que los concubinos no se comprometen a ello, reservándose la posibilidad de sustraerse a las mismas. Lo que hace que el concubinato sea ilícito, no es una simple omisión: la ausencia de las formas iniciales, sino el hecho de que gracias a esta irregularidad, los concubinos conservan su libertad, privando al poder social de todo medio de obligarlos. La sociedad tiene un supremo interés en la duración de las uniones que crean familias.⁶³

Comparando ambas uniones, parto de la definición del matrimonio como compromiso jurídico público y permanente de vida conyugal, que me servirá para referirme al concubinato en cada uno de los elementos de la definición.

El compromiso en relación al concubinato es diferente. El matrimonio es un compromiso sancionado por el derecho, por el cual un hombre y una mujer se unen en los términos y con la solemnidad prescritas por la ley. En el concubinato no hay compromiso, solo voluntad de unirse de hecho. El momento de iniciar el concubinato es impreciso y surge la duda en cuando empieza la cohabitación para el computo de los dos años. No hay voluntad de unirse conyugalmente y no desean que la unión surjan

⁶³ Marcel Planiol y George Ripert. Clásicos del Derecho. Derecho Civil. p.116

derechos y obligaciones. Por ley se producen algunos efectos, que no constituyen el objeto del concubinato por no ser este un acto jurídico.

Es un compromiso jurídico el matrimonio por que esta previsto y reglamentado en la ley su constitución, así como los deberes, derechos y obligaciones que como objeto surgen y los fines objetivos de la institución.

Anteriormente el concubinato no generaba deberes, derechos y obligaciones, como tampoco no generaba el parentesco de afinidad, pero con las nuevas reformas el art.291 Ter señala: "regirán al concubinato todos los derechos y obligaciones inherentes a la familia en lo que fueren aplicables". Del mismo modo el art.294 hace referencia de que se puede adquirir el parentesco de afinidad por el concubinato. La igualdad de la pareja no se desprende del concubinato, sino del principio general, pero el matrimonio precisa la igualdad de los cónyuges. No genera ninguna relación patrimonial (puede haber entre ellos una sociedad anónima o una sociedad civil). No hay donaciones especiales. No hay vínculo jurídico. No se genera un estado jurídico y por lo tanto tampoco se genera un estado civil. Sin embargo el art.138 Sextus señala: "es deber de los miembros de la familia observar entre ellos consideración, solidaridad y respeto recíprocos en el desarrollo de las relaciones familiares".

El matrimonio es permanente por naturaleza. Es indisoluble intrínsecamente, esto significa que los cónyuges por sí no pueden terminar o disolver el vínculo, pues requieren siempre la decisión de alguna autoridad, administrativa en el caso de divorcio ante el Juez del Registro Civil, o decisión judicial bien sea en el divorcio voluntario o contencioso.

En el concubinato no hay una permanencia , hay cierta temporalidad para que la unión produzca efectos. Termina a voluntad de cualquiera de los concubinarios, sin reparar en los daños y perjuicios. El matrimonio es público en relación a la solemnidad que exige que se celebre frente al juez del Registro Civil y dos testigos y cumpliendo los requisitos legales.

El concubinato puede empezar bien sea por una aventura ocasional que se vuelve temporal, por seducción con promesa de matrimonio, aprovechando la inferior condición del otro, o por carencia de dinero para casarse. No hay una expresión del consentimiento público frente al juez del Registro Civil, sacerdote, los testigos y la comunidad. La voluntad de unirse solo se conoce entre los concubinos. El compromiso queda oculto y sin prueba alguna.

Es un compromiso que se califica de conyugal porque de el surgen deberes, obligaciones y derechos conyugales que son de naturaleza diferente a la relación patrimonial económica. Un hombre y una mujer por el compromiso jurídico se transforman en cónyuges y su vida tiene una dimensión diversa.

De la relación concubinaria no surgen esos deberes , obligaciones y derechos. Los concubinos no desean que surjan responsabilidades semejantes al matrimonio. No desean casarse. El concubinato no esta previsto en la ley como institución jurídica. Solo esta mencionada la relación sexual de la pareja que, con ciertas características, se le califica de concubinato, y al que la ley, no la voluntad de los concubinarios otorga algunos efectos.

Por su parte, Galindo Garfias, señala que "se distingue el matrimonio del concubinato, en que el matrimonio produce plenitud de efectos jurídicos, derechos y obligaciones, facultades y deberes, tanto entre cónyuges y con relación a los hijos; da lugar al parentesco por afinidad y se proyecta sobre los bienes de ambos consortes; en tanto que los efectos del concubinato reconocido por la ley, son limitados. El matrimonio es un acto y un estado que el Derecho sanciona y protege plenamente.

Como diferencia fundamental encontramos la ausencia de solemnidad y formalidades en el concubinato, lo que origina una falta de compromiso. La unión libre que constituye el concubinato, puede deshacerse en cualquier momento, por cualquiera de los concubinarios, lo que impiden obstaculiza por lo menos, la consecución de los fines que los concubinarios deberían tener al asemejar su unión al matrimonio. Dificil es el incremento del amor, que debe asemejarse al conyugal, si no hay un compromiso de permanencia. La procreación responsable y la procreación humana integral, se dificultarán si no existe un compromiso de permanencia o indisolubilidad en el caso del religioso. Es decir, no es solo la falta de formalidad, o como comúnmente se dice del papel, sino todo lo que representa de compromiso entre cónyuges, en relación a los hijos, así como la comunidad y la Iglesia.

La fidelidad es más plena y completa en el matrimonio. Como hemos observado la fidelidad en el concubinato se refiere a no tener relaciones carnales con persona distinta a los concubinarios, y en el matrimonio la fidelidad comprende lo anterior, más el cumplimiento del compromiso, el no destruir la fe que se tienen entre si los cónyuges, y la responsabilidad frente a los hijos y terceros.⁶⁴

⁶⁴ Manuel F. Chávez Asencio. La Familia en el Derecho. p.300

El concubinato no se parece en nada al matrimonio, ya que este solo lo puede formar la voluntad de los contrayentes y falta totalmente en aquel. No es tampoco un matrimonio al que le falta un requisito o esta afecto de alguna invalidez: no es un matrimonio inexistente pues aún en estos hubo alguna apariencia de matrimonio y un grave defecto en la forma. un vicio invalidante en la voluntad, un impedimento, hicieron que la voluntad de los cónyuges no fuera eficaz. Aún esa apariencia falta por completo en el concubinato; no es un matrimonio putativo, pues nunca se quiso ni de buena ni de mala fe por parte de ninguno. Es solamente una unión de hecho que no debe producir más efectos jurídicos que los necesarios para reparar la injusticia intrínseca que esta en todo concubinato. Los concubinos viven como marido y mujer pero no lo son.

El reconocimiento y regulación del concubinato no es un atentado contra el matrimonio, sino el cumplimiento de una obligación por parte del derecho positivo, que deben obligar a reparar las injusticias que se cometen, y en el concubinato siempre, cada concubino, esta faltando a la justicia en relación al otro, a los hijos y a la sociedad.

La diferencia entre el matrimonio y concubinato, se derivan de que aquel es siempre una unión de derecho y este es una unión de hecho:

a) Se esta casado aunque los cónyuges no vivan juntos. La cohabitación es una obligación de los esposos pero no es constitutiva del matrimonio. Ante el abandono de un cónyuge , o el mutuo acuerdo para no convivir durante una temporada, el matrimonio subsiste. Por el contrario, la cohabitación es un elemento constitutivo del concubinato, de tal forma que interrumpida esta, termina el concubinato. En este sentido lo ha afirmado la Suprema Corte en el criterio que se transcribe: CONCUBINA, ACCION DE PETICION DE HERENCIA EJERCIDA POR

ESTA TESIS NO SALE DE LA BIBLIOTECA

79

LA. Si de las pruebas rendidas se ve que desde meses antes de la muerte del concubinario terminaron las relaciones, que aunque singulares y permanentes, habían teniendo en otra época , al no perdurar hasta la muerte del autor de la sucesión, no pudo cumplirse el requisito que la ley exige, de la vida de la concubina, con el concubinario, como si fuera su marido, durante los cinco años inmediatos a su muerte.

Amparo directo 5730/58. Victoria Granados Ortiz. 3 de julio de 1959. 5 votos. Semanario judicial de la Federación. Sexta época. Cuarta parte. Vol. XXV. pp.96.

b) La cohabitación supone en los concubinos un aceptar o al menos un no oponerse a una situación creada y que con el tiempo va volviéndose permanente. En otras palabras, el concubinato no requiere, como el matrimonio, de un consentimiento expreso, libre y otorgado en un momento determinado, con ánimo de crear una situación matrimonial entre los esposos. Aunque algunos autores han hablado de un verdadero acuerdo de concubinato, no parece que sea correcto, pues casi nunca lo hay. El concubinato puede comenzar por una aventura ocasional que se va volviendo permanente poco a poco; o puede también iniciarse como seducción con o sin promesa de matrimonio, o aprovechándose de la inferior condición o necesidad de la mujer. En todos estos casos, muchos más semejantes, no se puede decir que haya un acuerdo para ser concubinos , sino más bien una situación de hecho tolerada, en la cual, las voluntades de los concubinos no han coincidido más que el tráfico carnal en el mejor de los casos. Esto esta muy lejos del consentimiento matrimonial.

c) En el concubinato es necesario que exista relación carnal, pues así como puede haber matrimonios blancos, no parece que pueda haber concubinatos blancos, y la expresión "que hayan vivido juntos como si fueran cónyuges" de la ley, debe entenderse como un eufemismo que está indicando la relación sexual como necesaria, pues es en lo único en que se parecen los esposos y los concubinos, ya que en el caso de los concubinos no hay obligación de cohabitar, ni deber de fidelidad, ni débito conyugal, ni deber de asistencia, ni ayuda mutua. No hay concubinato sin relación sexual presente o pretérita, por lo cual no puede iniciarse un concubinato entre ancianos, los cuales sí pueden contraer matrimonio.

d) El matrimonio se forma en un día y momento preciso, y como vínculo jurídico que es, produce efectos completos de matrimonio desde el primer momento. No está más casado el que celebra sus bodas de oro que el que contrajo matrimonio hace una hora. El concubinato en cambio, no nace sin que haya transcurrido un lapso desde que se inició la cohabitación, con lo cual su inicio es siempre impreciso. Es importante fijar hasta donde sea posible el momento en que se inicia el concubinato, lo cual, conforme a nuestra ley puede hacerse por dos procedimientos distintos:

1. Por el nacimiento de un hijo en común.
2. Por la cohabitación por más de dos años, con los requisitos que se enumeraron.⁶⁵

Nótese que solo hay diferencia una diferencia formal entonces entre concubinato y matrimonio: el matrimonio solamente difiere de esta unión en que la voluntad se ha manifestado ante al Juez del Registro Civil y se ha firmado un acta, es decir, es una cuestión simplemente de formalidad.

⁶⁵ Alberto Pacheco Escobedo. La Familia en el Derecho Civil Mexicano, p.196

En la unión de hecho, la voluntad se ha manifestado día a día, con esta ventaja sobre el matrimonio: que siendo al principio unión que es cualquier momento puede destruirse disolverse, ha logrado permanencia, ha logrado estabilidad, es decir, hay sinceridad, hay espontaneidad en la unión. Y si esa unión tiene socialmente la importancia de ser base de una familia, si ha habido hijos, si la concubina se mantiene en una conducta igual a la de la esposa, no vemos la razón por la cual no venga la ley en auxilio de ella, a reconocer determinados derechos. Por ejemplo, el derecho a alimentos, para que no pueda ser abandonada en cualquier momento y cuando quiera el concubinario. Existe ya una familia formada y el legislador no puede permanecer indiferente ante este hecho.⁶⁶

3.3 Características del Concubinato.

Para profundizar sobre el concubinato, conviene destacar las características y analizarlas para poder comprender lo específico de esta unión, así como sus semejanzas y diferencias con el matrimonio. Como principales características tenemos las siguientes:

a) Temporalidad. No es el concubinato la unión sexual circunstancial o momentánea de un hombre y de una mujer; la vida intermitente marital, aún en lapsos de larga duración, no configura el concubinato. Se requiere una comunidad de vida a la que nuestra legislación señala como mínimo de dos años, a menos que antes hubiere un hijo. Es un matrimonio aparente. La comunidad de lecho debe ser constante y la continuidad del acto sexual mantenida con la regularidad de un matrimonio legítimo.

⁶⁶ Rafael Rojina Villegas. Derecho Civil Mexicano. p.381

b) Publicidad. Esto quiere decir que el concubinato debe ostentarse públicamente, pues el oculto no produciría efectos jurídicos. La apariencia de matrimonio exige esta publicidad, pues dentro de los elementos que señala la ley, dice que deben vivir como si fueren cónyuges. Es decir, ostentarse como consortes.

c) Singularidad. Esto significa que son un hombre y una mujer a semejanza del matrimonio. El concubinato se integra por la concubina y el concubinario, y si fueran varias las personas con quien vive alguno de ellos, ninguna de ellas tendrá derecho a los beneficios que establece la legislación mexicana. Desde la época de Constantino, se comenzó a regular este requisito, y bajo el Imperio era condición que para que el concubinato surtiera efectos solo hubiere una concubina.

d) Libres de Matrimonio. Otra característica es que los concubinarios estén libres de matrimonio. Dentro del concepto de concubinato que se tiene en nuestra legislación, esto se deduce, y textualmente se señala que se consideran concubinarios "siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato". Esto no es así en otras legislaciones donde no existe el divorcio, y por concubinato se entiende la unión de un hombre y una mujer como si fueran esposos, independientemente del estado familiar de ellos.

Un matrimonio anterior, válido y subsistente durante la unión del hombre y la mujer, conformaría la figura de adulterio, y excluiría el concubinato automáticamente. Adulterio y concubinato se excluyen. Donde existe el adulterio no es posible el concubinato.

Cualquier forma de matrimonio, sin que necesariamente se trate del matrimonio religioso, independientemente de la formalidad o solemnidad que se tenga, excluye necesariamente la posibilidad de concubinato. Tanto el matrimonio religioso, como el matrimonio civil lo excluyen.

e) Semejante al Matrimonio. Esto significa que la unión de los concubenarios debe ser "como si fueran cónyuges". Este es un elemento de hecho consistente en la posesión del estado de concubinato. Es decir, viven como marido y mujer, imitando a la unión matrimonial. Les falta la solemnidad y las formalidades del matrimonio, pero exteriormente viven como casados y no se distinguen de otros matrimonios.

f) Unión. La unión es consecuencia de la comunidad de lecho y domicilio. Si viven como si fueran casados, debe haber la necesaria unión entre el hombre y la mujer; una comunidad de lecho, en un mismo domicilio.

g) Capacidad. Este elemento consiste en que los concubenarios deben ser capaces para lograr una unión sexual semejante al matrimonio, para lo cual deben tener la edad núbil necesaria. También se exige que la unión no sea incestuosa, es decir, que no exista entre ellos grados de parentesco consanguíneo prohibidos.

h) Fidelidad. En lo relativo a la fidelidad recíproca, la doctrina suele calificarla de aparente. Se trata de una condición moral: las relaciones de los concubinos deberá de caracterizarse a menudo por una cierta conducta en la mujer que manifieste el afecto hacia su amante o una aparente fidelidad.

Se dice que tratándose de una relación estable y singular “la fidelidad queda también implicada: y así como en el matrimonio puede darse la infidelidad sin que por ello pierda el carácter de tal, del mismo modo en el concubinato puede darse la infidelidad de uno de los concubinos”.

Entendemos que la infidelidad a que se refieren es la relacionada con el trato carnal con persona diversa a los concubinarios. Sin embargo la fidelidad que consiste en el cumplimiento de un compromiso habido entre ambos no se da, por que en el concubinato no existe compromiso de permanencia e indisolubilidad; es una unión libre, de hecho que puede terminarse voluntariamente, o arbitrariamente inclusive, por cualquiera de ellos. La fidelidad a que se refieren los autores, es aquella que se castiga con el adulterio en el matrimonio, y que se supone implícita en el concubinato, pero en nuestro Derecho la infidelidad no esta sancionado como adulterio en el concubinato.⁶⁷

3.4 Deberes de los Concubinos.

A pesar de que la ley guarda silencio también sobre este campo no por eso dejaremos de considerarlo, dada su importancia. Es claro que en un principio los concubinos no están ligados por los deberes previstos para los cónyuges. Pero tratando de colocar en su justo lugar al concubinato, no tenemos más que establecer una serie de deberes y derechos que si bien no reglamentados en forma armónica y completa, existen y hacen obligatoria su aceptación en el campo del puro derecho y de la justicia.

⁶⁷ Manuel F. Chávez Asencio. La Familia en el Derecho. p.295

Las consecuencias del concubinato como fuente principalísima de la familia natural y los intereses que se encuentran en juego, no admiten ninguna diferencia en el trato entre hijos, con una mayor razón partiendo de nuestra premisa de que entre ellos debe existir una absoluta igualdad en cuanto a deberes y derechos que se refieren.

La Fidelidad. Como sabemos, esta obligación no esta establecida legalmente entre concubinos, aunque si existe algunos tratadistas que nos hablan de ella tímidamente en la unión libre. Pero el interés de orden público que existe para todas las personas tengan su estado civil definido, es decir, aquellos datos que la sitúen o clasifiquen dentro del cual se derivan determinados derechos y obligaciones, hace que la fidelidad sea tan necesaria en las uniones irregulares como en las legítimas.

El derecho que tienen los hijos a la investigación de la paternidad, que señala el concubinato, o por lo menos las relaciones sexuales estables , como dato especial, para declarar judicialmente; y ese criterio de justicia que favorece a los hijos para evitarles su desamparo y abandono, impone en esta clarísima obligación. Obligación que hace más precisa entre amancebados ya que entre estos no existen las presunciones que favorecen a los nacidos durante el matrimonio, en otras palabras, el nacido de las relaciones concubinales no esta amparado con la presunción *pater is est quem justae nuptiae demostrant*.

Además y comparando el concubinato con el matrimonio debemos llegar a la siguiente conclusión: si en el matrimonio la ley autoriza al marido para prevalerse de adulterio para impugnar la legitimidad del hijo nacido durante él admitiéndole la prueba que cualesquiera otros hechos conducentes a justificar que él no es el padre, con tal de que pruebe el adulterio de la mujer en la época en que pudo efectuarse la concepción

con mayor razón podrá alegar el concubinario al haber tenido la concubina relaciones con otro hombre para rechazar la paternidad, paternidad que por otro lado no esta amparada por presunciones legales de ninguna naturaleza.

Como se desprende de lo escrito, existen razones del orden jurídico y de orden público de importancia para el establecimiento de esa fidelidad entre amancebados. El estar ella perfectamente sancionada evitara múltiples litigios. Por otro lado, esa fidelidad es uno de los requisitos del concubinato, cuya sombra tarde o temprano, la ley admitirá una especie de sociedad conyugal de hecho.

La Ayuda y el Socorro Mutuo. Aquí observamos el mismo silencio legislativo que en el anterior. Ante ese silencio la jurisprudencia y la doctrina a tratado de remediar la situación pero es poco lo que se ha logrado, sobre todo en un país como el nuestro que vive una evolución jurídica lenta y poco original.

Pero nada más equitativo y humanitario que esa ayuda y ese socorro mutuos. Es apenas natural que si dos personas resolvieron unir sus vidas como marido y mujer sin matrimonio, sus relaciones impongan deberes correlativos a esas ventajas que ellos derivan de ese estado.

Por analogía y para reforzar el por que de este deber podemos aplicar en este punto lo que nos dice la ley en el capitulo de alimentos que por mandato legal se deben en ciertas personas y en especial en lo referente a los padres e hijos naturales y al que ha hecho una donación cuantiosa.

Si esas personas, en ciertas y especiales circunstancias, tienen derechos de alimentos de otras, con mayor razón la ayuda y el socorro mutuos se imponen entre dos personas que, entre otras cosas, son el origen de una familia y están unidas por vínculos superiores a un simple deber de gratitud que es el que sanciona principalmente en el caso del que ha hecho una donación cuantiosa.

Y si los padres e hijos naturales se deben alimentos entre si Ayuda y socorro en otros términos, por que los concubinos van a excluirse, así sin razón que por estar fuera de la ley aunque no fuera de una justicia elemental y de una gratitud más noble aún que debe existir entre donante y donatario.

Sería con esta medida corregidas varias injusticias, que se traducen en el fondo, al ser abandonada la concubina, en abandono de sus hijos ya que ella generalmente corre con todas o casi todas las cargas familiares debido a que el desamparo legal en que se encuentra la mujer, a pesar de las reformas que se han intentado, es aun demasiado grande.

El hombre sigue siendo para desgracia de muchas familias, la unica voluntad, en especial en la natural donde son muy pocas o casi ninguna las obligaciones que se le han impuesto respecto a los hijos y ninguna absolutamente ninguna respecto de su compañera. No es de elemental justicia preguntarnos nosotros que ley obliga al concubino a pasarle lo necesario a su compañera sin mediar culpa alguna de ella cuando queda en condiciones económicas o físicas que hacen imposible o muy difícil su supervivencia.

Aquí también se ve un interés público que deben tenerse en cuenta, interés de protección a la familia sin distinciones de ninguna clase y menos nacidas de un perjuicio, interés que fuera de ese bienestar que la ley debe procurar a los asociados debe mirar a la salvaguardia de los hijos que puedan nacer en esa desfavorable situación.

Ayuda y socorro mutuo que son a modo de contraprestación de ese bienestar que han podido procurar viviendo en ese remedo de matrimonio. Obligación que por ningún motivo como sostienen algunos es natural. Ella es esencialmente civil y en nada se parece a un simple deber moral.

La Potestad Concubinal. Como se ve al adquirir la mujer plena capacidad de ejercicio esa potestad perdió prácticamente su razón de ser ya que lo que dice en relación a los derechos del marido sobre la mujer ellos no son más que la consecuencia de un hecho social natural, mejor, de su organización. Así nada repugna con aquella que exista entre concubinos, pero su aceptación no hace mayor importancia; al aceptarla se esta reconociendo una realidad, ambiente común, cual es la supremacía de la mujer, que cada vez esta desapareciendo más dado el auge del feminismo y de las nuevas corrientes del pensamiento humano.

Dicha potestad en el fondo no es más que un requisito o factor de organización, que es un rezago de una antigua institución en donde la mujer representaba un papel muy secundario. En cuanto el derecho que tiene el marido, en este caso el concubino, para que la mujer viva con él y para que lo siga en todas partes no es más que letra muerta.

No existe en el código una disposición que haga cumplir tal cosa , cuando más son cuestiones que solo incumben a la policía. Además muchas de estas obligaciones no son sino el resultado de una común vivienda que se ve claramente en el concubinato y por tal razón predicables también esos deberes en la vida de él.⁶⁸

3.5 Pruebas del Concubinato.

A diferencia del matrimonio, el concubinato no puede probarse con documentos públicos, como podría ser actas del Registro Civil, pues no es un estado de derecho reconocido por la ley. Como se trata de una unión no reglamentada por la ley, pues solo se reglamentan algunos de sus efectos, no existe posible prueba por no haber actuación de funcionarios oficiales. Se tiene que recurrir, por lo tanto a diversas pruebas.

No puede tener una prueba definitiva y cierta, debido a la peculiar situación de pareja, y así lo reconoce la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al decir en una sentencia:

“ El concubinato es una unión libre de mayor o menor duración pero del que no puede obtenerse un conocimiento cierto y verídico de 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 825/1868. Francisco García Koyoc. Junio 28 de 1969. 5 votos. Ponente: Mtro, Enrique Martínez Ulloa. 3ra Sala. Séptima época. Vol. 6 Cuarta parte. pp.39

⁶⁸ Carlos Betancourt Jaramillo. El Régimen Legal de los Concubinos... p.53-58

Podemos encontrar en esta materia la posesión del estado de los concubinos como un elemento de prueba que requiere según la doctrina el nombre el trato y la fama. Esto se exige que se pruebe mediante documentos y testimoniales los tres elementos de la posesión del estado ya mencionados, es decir, que exista la pareja, que vivan como casados durante un tiempo mínimo de dos años o hubiera un hijo de ellos, que se den el trato de cónyuges y que ante la sociedad se ostenten como tales.⁶⁹

⁶⁹ Op.cit. p.299

CAPÍTULO IV
EFFECTOS DEL CONCUBINATO

4.1 Efectos del Concubinato en Nuestra Legislación Civil.

En el concubinato la vida marital de los concubinos, se realiza sin que se haya declarado formalmente, con las solemnidades que la ley exige, la voluntad de los contrayentes de contraer el vínculo jurídico del matrimonio. Por tal motivo se dice que el concubinato es una situación de hecho a diferencia del acto jurídico del matrimonio.

Sabemos que en nuestro derecho no existe reglamentación establecida del concubinato, y solamente se mencionan algunos puntos o efectos que producen en relación a los hijos de los concubinos. Esta forma de vida es tomada únicamente en consideración, más bien por la moral o por las costumbres de los convencionalismos sociales. Sin embargo, el legislador concede determinados efectos jurídicos al concubinato.

Se debe tomar en cuenta que no todos los efectos jurídicos se encuentran reglamentados y comprendidos dentro del marco jurídico de nuestra legislación, como consecuencia inmediata o directa del concubinato, en cambio otros derivan de la doctrina y de la jurisprudencia.

Las obligaciones de los concubinos son semejantes a los que existen entre los cónyuges en virtud de un matrimonio, toda vez que deben ayudarse y socorrerse mutuamente durante la existencia del concubinato, la mujer debe fidelidad al concubino, ya que el concubinato supone un estado de hecho en virtud del cual un solo hombre vive con una sola mujer y hacen vida marital.⁷⁰

⁷⁰ Alfonso Isabel Coyotl Velazquez. Reglamentación del concubinato... p.89

Por otro lado puede parecer inmoral y escandaloso proponer que el concubinato con determinadas condiciones, surta efectos semejantes al matrimonio, pero que si de acuerdo con el conjunto que exige el legislador para la existencia del concubinato, tales como el estado de hecho que debe de caracterizar a todo estado civil, el trato que deben darse los concubinos en familia y frente a la sociedad como marido y mujer; una estabilidad, una permanencia, una cierta publicidad, para que no sea un hecho clandestino; una condición de fidelidad de las concubinas; el requisito de singularidad de que solo exista una concubina; el requisito de capacidad, para que no medien los impedimentos que originen la nulidad del matrimonio o que impidan la celebración del mismo en determinado momento, y finalmente una condición de moralidad.

Si se toman en cuenta estos requisitos, no nos parece que desconozcan ni la santidad del matrimonio para quienes tienen la idea del matrimonio como un sacramento, ni tampoco el rango mismo que en el Derecho Civil debe tener la unión matrimonial sobre las uniones no matrimoniales.⁷¹

En nuestro país, el Código Civil para el D.F., comenzó por reconocer la necesidad de conceder al concubinato algunos efectos, pero siempre menores al matrimonio y solamente respecto de la mujer y en relación con los hijos. Posteriormente, nuevas reformas conceden al varón los mismos derechos que a la mujer, y recientemente el concubinato se ha equiparado con el matrimonio.⁷²

⁷¹ Sergio Gonzalez Torres. El Concubinato, sus efectos jurídicos. p.73.

⁷² Edgar Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro. Derecho de Familia y sucesiones. p123

Los efectos civiles del concubinato tienden a dar entre las partes, tanto para los hijos nacidos de estos; como la paternidad y la filiación, así como en el derecho a heredar en la sucesión legítima previo cumplimiento que la ley señala en cuanto a ciertos requisitos, como lo es la pensión alimenticia del juicio testamentario dentro de las limitaciones del marco hereditario, más sin embargo, subsiste la supremacía del matrimonio en relación a los efectos, no obstante, los legisladores pretenden igualarlos cada vez más.

4.2 Efectos en Relación a los Concubinarios.

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

Parentesco.

Los parentescos reconocidos por la ley son los de consanguinidad, afinidad y civil (art.292 C.C.). El concubinato genera el parentesco por afinidad, pues el art.294 C.C. previene que: "El parentesco de afinidad, es el que se adquiere por matrimonio o concubinato entre el hombre y la mujer y sus respectivos parientes consanguíneos.

El parentesco por consanguinidad, en relación a los hijos, de la filiación habida fuera del matrimonio, sobre la cual existe la presunción prevista en el art.383 C.C. que establece: "Se presumen hijos del concubinario y la concubina: 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. En la línea recta ascendente el parentesco

se establece independientemente del concubinato, por el hecho de proceder unos de otros.

Igualdad.

La igualdad entre los concubenarios no se origina de esta situación de facto. Esta igualdad se establece como garantía constitucional. El artículo que expresa: "El varón y la mujer son iguales ante la ley". Esta igualdad se concreta en el art.2 C.C., que determina que la capacidad jurídica "es igual para el hombre y la mujer; en consecuencia la mujer no queda sometida por razón a su sexo, a restricción alguna en la adquisición y ejercicio de sus derechos civiles".

Alimentos.

El Código Civil del D.F. establece la obligación alimenticia recíproca entre concubinos. El art.302 del citado código establece: "Los cónyuges están obligados a proporcionarse alimentos. La ley determinara cuando queda subsistente esta obligación en los casos de separación, divorcio, nulidad de matrimonio y otros que la ley señale. Los concubinos están obligados en términos del artículo anterior". El art.301 señala al respecto: "La obligación de dar alimentos es recíprocas. El que los da tiene a su vez el derecho de pedirlos".

El generar la obligación de alimentos recíprocos entre concubenarios , responde solo a una situación especial, más no resuelve el problema de las relaciones sexuales distintas al concubinato o al matrimonio que en nuestro país se presentan. Al proteger a los concubenarios, especialmente a la concubina, estableciendo la obligación civil de los alimentos recíprocos, parece una solución incompleta con el peligro de ir asemejando el concubinato al matrimonio, buscando un lugar dentro de nuestra legislación positiva para ese tipo de relaciones sexuales.

Relación Patrimonial.

En relación al patrimonio de familia el art.723 C.C. establece: "el patrimonio familiar es una institución de derecho público, que tiene como objeto afectar uno o más bienes para proteger económicamente a la familia y sostener el hogar. El patrimonio familiar puede incluir la casa habitación y el mobiliario de uso doméstico y cotidiano: una parcela cultivable o los giros industriales y comerciales cuya explotación se haga entre los miembros de la familia: así como los utensilios propios de su actividad siempre y cuando no exceda su valor de la cantidad máxima fijada por este ordenamiento". Por ser un patrimonio de familia, puede constituirlo cualquier miembro de la misma en los términos del art.371 del Código Civil.

Sin embargo, el concubinato también genera una familia y, por lo tanto, en términos generales esta familia también tiene derecho a constituir un patrimonio y se comprobará la existencia de ella a través de las actas de nacimiento de los hijos, que son miembros también de la familia. El patrimonio de familia puede constituirse para la familia originada de concubinato, quienes viven en esta unión van a cohabitar en la casa toda vez que es una de las características que los concubinos tengan un domicilio común para que vivan como si fueran cónyuges, de donde se desprenden, indirectamente, ese derecho de la concubina o del concubinario en su caso.

En nuestro Derecho, se tiene que hacer referencia a los regímenes patrimoniales posibles entre cónyuges. Como existen dos regímenes, y si los concubinos viven como si fueran casados, surge el problema para determinar cuál de los dos viven los concubinos en sus relaciones patrimoniales. El régimen patrimonial de bienes, de los concubinos

será normalmente el de separación de bienes, lo que se confirma al seguir la evolución de nuestro Derecho en esta materia.

Entre concubinarios no existe contrato alguno en relación a sus bienes, lo que hace remitirnos al contrato de sociedad. Nuestra legislación en esta materia hace referencia al contrato de sociedad, lo que excluye a las asociaciones. Los concubinarios, mayores de edad, tiene la capacidad para contratar y constituir una sociedad y, por lo tanto, a obligarse "mutuamente a combinar sus recursos y sus esfuerzos para la realización de un fin común, de carácter preponderantemente económico, pero que no constituya un especulación comercial" (art.2688).

Los concubinarios que hubieren establecido algún negocio, que los dos administran o que tuvieren una casa que ambos habitaran, o tuvieren algunos otros bienes que estuvieren afectados a un fin económico, y que no estuvieren constituido una sociedad por escrito, tendrían una sociedad de hecho, atento a lo que dispone el art.2691 C.C., que surte efectos jurídicos entre ellos, y que en relación a los bienes que se aportaren estos no podrían implicar una transmisión de dominio a la sociedad, toda vez que esta no tiene personalidad jurídica, y no puede, por lo tanto ser titular de ellos. Se debe tomar en cuenta aun existiendo personalidad, los socios pueden pactar que no se transfieran los bienes a la sociedad, según lo dispone el art.2689 C.C. que establece una presunción de que todas las aportaciones que hagan los socios se entienden translativas de dominio, "salvo que expresamente se pacte otra cosa".⁷³

Por otra parte el maestro Manuel Rosales Silva, en su teoría, sostiene al afirmar que la ley debe regular la situación patrimonial de los

⁷³ Manuel F. Chávez Asencio. La Familia en el Derecho, p.302.

concubinos, toda vez que en la actualidad social en que vivimos y el Derecho Familiar actual nos ubica entre otros aspectos en el patrimonial, señala que la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, esgrime la actualidad jurídica y el derecho de todo individuo a ser protegido de cualquier discriminación, tal como, la aseveración de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad que tiene derecho a la protección del estado, así como la persona tiene derecho a la propiedad individual y colectivamente. Los derechos patrimoniales de los concubenarios deben ser proporcionales a sus aportaciones cumpliendo con los siguientes requisitos:

I. Cuando hayan vivido por el término fijado por la ley, y libres de matrimonio, o en su caso, hayan procreado algún hijo.

II. Que los bienes hayan sido adquiridos con el peculio de ambos concubenarios, y solo uno de ellos aparezca como propietario en el Registro Público de la Propiedad.

III. Que los bienes hayan sido adquiridos dentro del término en que se inicia el concubinato, con aprobación de pruebas que procedan conforme a derecho.⁷⁴

Domicilio.

Los concubenarios deben vivir como si fueran cónyuges. Se requiere para que produzca efectos legales que tenga cierta duración, lo cual exige una convivencia y domicilio común en los términos del art.163 C.C., pero no existe obligación de ninguno de los concubenarios, a diferencia de la que existe entre los cónyuges, en relación a los cuales los tribunales con conocimiento de causa pueden eximir la obligación de alguno de ellos. Como el concubinato es una unión libre que puede concluir en

⁷⁴ Alfonso Isabel Coyotl Velazquez. Reglamentación del Concubinato... p.99.

cualquier momento, no existe obligación de ellos a permanecer en el domicilio.

Sucesión.

En nuestro Derecho en la sucesión legítima ambos concubinos tienen derecho a heredar. Manteniendo el código la libertad de testar, puede el testador disponer de sus bienes como guste, sin más limitaciones que las pensiones alimenticias a que se refiere el art.1638. Por tanto, solo cuando haya lugar a la sucesión legítima, podrían heredar los concubinos. El art.1635 en su redacción original daba solo a la concubina el derecho a ser llamada a la herencia; la actual redacción da iguales derechos a ambos concubinos, y los iguala, para efectos sucesorios, a los cónyuges. Según esto, el concubinato modifica sustancialmente la herencia legítima, restando a toda la parentela consanguínea diversos porcentajes de la masa hereditaria y excluyendo a tíos, sobrinos y primos (art.1624 a 1629). Al respecto el art.1635 señala: "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 al Capítulo XI del Título Quinto del Libro Primero de este Código".

La Pensión alimenticia post-mortem que se pagará con cargo a la masa hereditaria en las sucesiones testamentarias, si el concubino sobreviviente no tiene bienes propios "o si bien teniéndolos, su producto no iguala a la pensión que debería corresponderle" (art.1370) la cual nunca excederá de los productos de la porción que comprendería al concubino en la sucesión intestada, ni bajará de la mitad (art.1372).

Una interpretación literal del art.1371 dejaría siempre el concubino sin derecho a esta pensión, pues con la muerte del autor de la sucesión, el concubino deja de serlo, y por tanto “deja de estar en las condiciones” a que se refiere el art.1638; no así todos los demás nombrados en esta última disposición, pues los parientes lo siguen siendo del muerto, y aún el “cónyuge supérstite” no pierde esa calidad por la muerte de su cónyuge.

Parece por tanto que es de considerar que para efectos legales, la condición de concubino se pierde, pues no pueden haber situaciones de hecho respecto a un fallecido, pero el concubinato ya inexistente, sigue produciendo efectos después de la muerte.

Esta pensión alimenticia sólo se debe al concubino sobreviviente, si este no tiene ascendientes, ni descendientes, ni parientes colaterales hasta el cuarto grado, o si teniéndolos no pueden acudir a darle una pensión alimenticia (art.1369), pues existiendo esos parientes, ellos están obligados a mantener al concubino sobreviviente antes que el testador-concubino fallecido, no era pariente del sobreviviente.⁷⁵

Donaciones.

Nada se opone, en principio, a las donaciones entre concubinarios, siempre que se reúnan las condiciones exigibles para cualquier otro contrato. Sin embargo, nos hallamos ante una contradicción. En relación a la donación entre consortes, esta puede ser revocada en todo tiempo por los donantes por causa justificada a juicio del juez; en cambio la donación entre concubinarios, sigue las reglas generales del contrato, y esta solo puede ser inoficiosa cuando perjudique las obligaciones del

⁷⁵ Alberto Pacheco Escobedo. La Familia en el Derecho Civil Mexicano, p204.

donante de ministrar alimentos a aquellas personas a quienes los deben conforme a la ley o hubiere ingratitud del donatario.

La donación será nula cuando su causa, o su motivo fueren ilícitos, por ser contrarios a las buenas costumbres, o una ley prohibitiva, como lo sería que la donación encubriera la retribución por las relaciones ilícitas que se mantienen; en cambio si la donación es producto de esa convivencia que existe semejante al matrimonio, la donación sería legítima.

4.3 Efectos en Relación a los Hijos.

En relación a la filiación y el parentesco, del concubinato se deriva la filiación natural de hijos habidos fuera de matrimonio. Los hijos de los concubenarios deben ser reconocidos expresamente por el padre de modo voluntario, en la partida de nacimiento ante el juez del Registro Civil, por acta especial ante el mismo juez, por escritura pública, por testamento o por confesión judicial directa y expresa (art.369 C.C.). En relación a la madre, la filiación se establece por el solo hecho del nacimiento. el art.360 nos señala algo al respecto: "La filiación también se establece por el reconocimiento del padre, madre o ambos o por una sentencia ejecutoriada que la así lo declare".

El parentesco es producto de la filiación. Al establecerse este, bien 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. No existe limitación alguna derivada de la situación de los padres.⁷⁶

El concubinato tiene por efecto generar el parentesco consanguíneo, con respecto a los hijos, derivados de la filiación habida fuera del matrimonio, sobre la cual existe la presunción prevista en el art.383 del Código Civil, que señala lo siguiente:

“Se presumen hijos del concubinario y de la concubina:

- I. Los nacidos dentro del concubinato.
- II. los nacidos dentro de los trescientos días siguientes en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina.”

Entonces tenemos que la filiación es el segundo elemento de la familia, y es la relación jurídica (conjunto de derechos y deberes) que nace del hecho natural de la procreación.

El principal efecto del reconocimiento es el derecho que a partir de este instante tiene el hijo de llevar el apellido de quien lo reconoce, no lo olvidemos también las necesidades materiales y que incluyen por supuesto el derecho de alimentos y de sucesión legítima.⁷⁷

En nuestra actual legislación se borró la odiosa diferencia entre hijos de matrimonio y los nacidos fuera de matrimonio.

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

⁷⁶ Manuel F. Chávez Asencio. La Familia en el Derecho, p.311.

⁷⁷ Alfonso Isabel Coyotl Velazquez. Reglamento del concubinato... p.93.

que estuvieran más próximos en grados" (art.303 C.C.). En reciprocidad, también los hijos están obligados a dar alimentos a los padres, según lo previene el art.304 C.C.

Puede constituirse un patrimonio de familia, pues lo que debe comprobarse para ello es la existencia de la familia con las actas del registro civil, del nacimiento de los hijos. Por lo tanto, la concubina o el concubinario pueden constituir un patrimonio de familia para todos los efectos legales.

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 art.389 C.C. El nombre es un atributo de 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.

Existe en la sucesión legítima un capítulo relativo a la sucesión de los descendientes que comprende a los hijos, y establece las reglas cuando participan solo hijos, en cuyo caso la herencia se dividirá, entre todos, por partes iguales, o bien cuando concurren con la concubina.

El ejercicio de la patria potestad puede ser por ambos concubinarios, o por uno de ellos. El art.415 C.C., establece reglas sobre el particular,, al expresar que cuando los progenitores han reconocido al hijo nacido fuera del matrimonio y viven juntos, ejercerán ambos la patria potestad.

Para el caso de separación de los concubinarios, el art.417 C.C. señala la regla, al decir "cuando los padres del hijo nacido fuera del matrimonio , vivan juntos, y se separen, continuará ejerciendo la patria potestad, en caso de que no se pongan de acuerdo sobre este punto, el progenitor que designe el juez, teniendo siempre en cuenta el interés del hijo."⁷⁸

4.4 Efectos en Relación a Terceros.

Independientemente del derecho que asiste a la concubina o al concubinario, en muchos casos, para ser beneficiaria en relación a la seguridad social, y que comprende la indemnización por muerte, conviene precisar si en los términos de la legislación civil, algunos concubinos tiene derecho a la indemnización por lesiones o muerte del otro.

En nuestro Derecho positivo se encuentra legitimada la concubina para obtener la indemnización en caso de muerte del concubinario. Tanto en el Código Civil como en las diversas leyes tales como: la Ley Federal del Trabajo, la Ley del IMSS, Ley del INFONAVIT, etc.

Lo relativo a la prueba para lograr la indemnización, debe comprender no solo la comprobación del concubinato, sino también la dependencia económica para que exista la causalidad.⁷⁹

La terminación de pensiones alimenticias a favor de divorciados. Este es un efecto negativo para los divorciados, los cuales, al unirse en concubinato, pierden las pensiones que a su favor se hubieran decretado

⁷⁸ Op.cit. pp313-315.

⁷⁹ Ibidem. p.316.

en los divorcios por mutuo consentimiento. El art.288 señala, que iría contra la justicia que un ex-cónyuge siguiera obligado a pagar pensión de alimentos a un ex-cónyuge que se ha unido en concubinato con otro.⁸⁰

En los alimentos adeudados, el art.1908 C.C. trata de la gestión de negocios y previene que cuando sin consentimiento del obligado a prestar alimentos, los diese un extraño, este tendrá derecho a reclamar de aquél su importe, a no constar que los dio con ánimo de hacer un acto de beneficencia. En este caso debemos tomar en cuenta que los concubenarios viven como esposos, se ostentan públicamente como tales, y el tercero que diese los alimentos, lo hace en ese entendido, por lo cual tendrá derecho para exigir el importe erogado, con base en el principio de la apariencia. Sería incongruente que por un lado se exija que el concubinato, para que produzca efectos, los concubenarios deben vivir como cónyuges, y por el otro, que se pueda causar daños a tercero que ignora la relación habida, y presume la existencia del matrimonio. Por lo tanto, los alimentos dados en esta situación a la concubina, puede ser reclamados por quien los dio al concubinario.

En el mismo sentido, estimo, pueden interpretarse los artículos 322 y 323 C.C., toda vez que se trata de una simulación del matrimonio, y para resarcirse de la deuda contraída, no quiere que se le exhiba del acta de matrimonio para poder vender alimentos que necesitan la concubina y sus descendientes. Además el art.302 C.C. equiparó a los concubenarios con los cónyuges en lo relativo a los alimentos.

Los autores se han preguntado si el arrendamiento concluye con la muerte del concubinario. En nuestro derecho el art.2408 C.C., establece

⁸⁰ Alberto Pacheco Escobedo. La Familia en el Derecho Civil Mexicano, p.206

que "el contrato de arrendamiento no se rescinde por la muerte del arrendador y del arrendatario, salvo convenio en otro sentido". Por lo tanto si en la casa arrendada viven el concubinario, salvo pacto en contrario, no se rescinde el contrato y la familia del arrendatario tiene derecho a seguir habitando la casa, y dentro de la familia se comprende a la concubina, como hemos expresado.⁸¹

4.5 Efectos del Concubinato en otras Leyes.

El concubinato produce otros efectos legales como el que señala la Ley Federal del Trabajo, la cual establece que a falta de cónyuge supérstite, la indemnización de un trabajador por causa de riesgo profesional corresponderá a quienes en el aspecto económico dependan total o parcialmente de él. Entre esas personas la ley cuenta a la concubina o al concubinario, ya que se presume es la persona con quien el trabajador que ha muerto hacia vida en común.⁸²

El art.501 de la Ley Federal de Trabajo señala: Tendrán derecho a recibir la indemnización en los casos de muerte:

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

IV. A falta del cónyuge supérstite, hijos y ascendientes, las personas que dependan económicamente del trabajador concurrirán con la persona

⁸¹ Op.cit. p.317

⁸² Edgar Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro. Derecho de Familia y Sucesiones. p125

que reúna los requisitos señalados en la fracción anterior, en la proporción en que cada una dependía de él.

El art.40 inciso D de la Ley del Instituto del Fondo de Vivienda para Trabajadores, previene que en los casos de jubilación o de discapacidad total permanente, se entregara el trabajador el total de los depósitos que tenga a su favor en el Instituto. En casos de muerte del trabajador, dicha entrega se hará a sus beneficiarios, en el orden de prelación siguiente: "a falta de viuda o viudo, concurrirán con las personas señaladas en las dos fracciones anteriores el supérstite con quien el derechohabiente vivió como si fuera su cónyuge, durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte, o con el que tuvo hijos, siempre que ambos hubieran permanecido libres de matrimonio durante el concubinato, pero si al morir el trabajador tenía varias relaciones de esta clase, ninguna de las personas con quienes las tuvo tendrá derecho".⁸³

La Ley del Seguro Social señala que: a falta de esposa da derecho a la concubina a recibir la pensión que la misma ley establece en los casos de muerte del asegurado, por riesgo profesional, si vivió con el trabajador fallecido durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte, y si ambos permanecieron libres de matrimonio durante el concubinato.

Los mismos derechos tendrá la concubina, si la muerte es debida a accidente o a enfermedad no profesional. También tendrá derecho a la pensión de viudez, la concubina del asegurado que ha fallecido y que

⁸³ Manuel F. Chávez Asencio. La Familia en el Derecho. p.309.

disfrutaba de una pensión de invalidez, de vejez o de cesantía (art.152 Ley del Seguro Social).⁸⁴

Dentro de la Ley del Instituto Mexicano de Seguridad Social, se encuentran protegidos el trabajador y los beneficiarios. Dentro de los beneficiarios el art.72 previene que "a falta de esposa tendrá derecho a recibir la pensión señalada en la fracción II, la mujer con quien el asegurado 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 hubieran permanecido libres de matrimonio durante el concubinato. Si al morir el asegurado, tenía varias concubinas ninguna de ellas gozará de pensión". Aquí se hace referencia nuevamente solo a la concubina, con la cual se desprende la necesidad de uniformar nuestra legislación para comprender a ambos, toda vez que pueden ser ambos los beneficiarios o herederos.⁸⁵

La Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales para los Trabajadores del Estado al referirse al derecho que tiene de hacer uso de los servicios de atención médica, a falta de la esposa, la mujer con quien ha vivido como si lo fuera el trabajador o pensionista , durante los cinco años anteriores a la enfermedad, o con la que tuviese hijos, siempre que ambos hubieren permanecido libres de matrimonio y sea una sola concubina. Asimismo, otorga a la concubina el derecho de percibir y disfrutar de una pensión por muerte o riesgo del trabajador o pensionado.⁸⁶

⁸⁴ Ignacio Galindo Garfias. Derecho Civil, p.484.

⁸⁵ Op.cit. p.310

⁸⁶ Op.cit. p.125.

Al respecto el art.24 de la Ley del ISSSTE señala: También tendrán derecho a los servicios que señala la fracción I del artículo anterior en caso de enfermedad, los familiares derechohabientes del trabajador o pensionista que enseguida se enumeran:

I. La esposa, o a falta de esta, la mujer con quien ha vivido como si lo fuera durante los cinco años anteriores a la enfermedad o con la que tuviere hijos, siempre que ambos permanezcan libres de matrimonio. si el trabajador o pensionista tiene varias concubinas, ninguna de ellas tendra derecho a recibir la prestación.

V. El esposo o concubinario de la trabajadora o pensionista, siempre que fuese mayor de 55 años de edad, o este incapacitado física o psíquicamente y dependa económicamente de ella.

De igual forma el art.51 de la misma ley señala: Las pensiones ha que se refiere este capitulo son compatibles con el disfrute de otra pensiones, o con el desempeño de trabajos remunerados, de acuerdo a lo siguiente:

I. La percepción de una pensión por jubilación, de retiro por edad y tiempo de servicios o por cesantía en edad avanzada, con:

a) El disfrute de una pensión de viudez o de concubinato derivada de los derechos del trabajador o pensionista...

II. La percepción de una pensión de viudez o concubinato con:

a) El disfrute de una pensión por jubilación, de retiro por edad y tiempo de servicios, por cesantía en edad avanzada o por invalidez, derivada por derechos propios como trabajador.

b) El disfrute de una pensión por riesgo de trabajo ya sea por trabajo, ya sea por derechos propios o derivados de los derechos como cónyuge o concubinario del trabajador o pensionista.

c) El desempeño de un trabajo remunerado que no implique la incorporación al régimen de esta ley.

La Ley Agraria también toma en cuenta al concubinato, así tenemos que su art.17 señala: "El ejidatario tiene la facultad de designar quien deba sucederle en sus derechos sobre la parcela y en los demás inherentes a su calidad de ejidatario, para lo cual bastará que el ejidatario formule una lista de sucesión en la que conste el nombre de las personas y el orden de preferencia conforme el cual deba hacerse la adjudicación de derechos a su fallecimiento. Para poder designar al cónyuge, a la concubina o concubinario en su caso, o uno de los hijos o uno de los descendientes o a cualquier otra persona".

Del mismo modo el art.18 de la Ley Agraria señala: "Cuando el ejidatario no haya hecho designación de sucesores o cuando ninguno de los señalados en la lista de herederos pueda heredar por imposibilidad material o legal, los derechos agrarios se transmitirán de acuerdo con el siguiente orden de preferencia:

- I. Al cónyuge.
- II. A la concubina o concubinario.
- III. A uno de los hijos del ejidatario.
- IV. A uno de sus ascendientes.
- V. A cualquiera otra persona de las que dependan económicamente de él.

CAPÍTULO V
EL CONCUBINATO EN LA ACTUALIDAD

5.1 El Concubinato como creadora de la Familia.

El objeto principal del Derecho de Familia es la familia de derecho y las diferentes relaciones jurídicas que la estructuran. Solo por excepción se consideran algunos efectos de la filiación de la familia de hecho.

La familia en general es una agrupación que se integra con la pareja humana y en su caso con los hijos menores de ella. Puede distinguirse dos especies de familia:

1. La Familia Natural, que se funda en 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 solo con respecto a los hijos provenientes de esa unión.

2. La Familia Legítima, que se funda en la unión natural y legal de un hombre y una mujer, de carácter estable y conforme a las buenas costumbres y que crea siempre relaciones jurídicas con respecto a los hijos provenientes de dicha unión.

En la familia natural, en virtud de que se deriva solo 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 estos 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.

En la familia legítima, por fundarse en una relación de derecho, no pueden separarse por voluntad unilateral el hombre o la mujer, en virtud de que une a ambos un vínculo jurídico que consagra la permanencia y la exclusividad del grupo para consagrarse a la vida y a la felicidad de este y a la educación de los hijos, con los cuales quedan siempre jurídicamente vinculados los dos consortes, sin necesidad de ningún reconocimiento ni del ejercicio de ninguna acción judicial.⁸⁷

Por lo que hace a nuestro derecho, constituyen familia los cónyuges, los concubinos, los parientes en línea recta ascendiente y descendiente sin limitación de grado, ya sean surgidos dentro o fuera del matrimonio, los colaterales hasta el cuarto grado, los afines, y el adoptante y el adoptado entre sí.

La familia a cumplido un importante papel en el desarrollo, no solo de los miembros que lo integran, sino de la comunidad misma. Las funciones mismas de la familia pueden cumplirse: función reguladora de las relaciones sexuales, de reproducción de la especie, económica de producción y consumo de bienes y servicios, función socializadora y educativa, función afectiva.

Las funciones más importantes por su universalidad y su trascendencia social, es el papel socializador y educativo que cumple la familia con respecto a los miembros que surgen y crecen dentro de ella: los niños y los adolescentes. Dentro de la familia es donde se moldea su carácter, donde su sensibilidad se afina y donde adquiere las normas éticas básicas. La responsabilidad de los padres y de los demás miembros

⁸⁷ Ramón Sanchez Medal. Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia de México, p.93.

adultos de la familia, con respecto a los seres en formación, es enorme, pues su conducta representa el modelo a seguir por estos últimos.⁸⁸

El concubinato se encuentra aún arraigado como una realidad de nuestra vida social, que se práctica tanto en la clase alta, media y baja con el fin de formar una familia, comportándose los sujetos de la relación maritalmente, aunque algunos, muy pocos, saben a la clase de responsabilidades y deberes a que se enfrentan.

A través de la historia, y socialmente, se ha considerado a la unión libre como una relación perjudicial para el Estado, la familia, los hijos e incluso como pecado por la Iglesia Católica.

Lo anterior tiene razón de ser, ya que desde la aparición del concubinato, normal y constante, se le ha confundido con instituciones clandestinas y por lo mismo sancionadas por el Código Penal, obviamente se alude al incesto, adulterio y a la bigamia; es por ello, que socialmente encuentre rechazo esta institución, no obstante que en ella también tiene su origen la familia, es decir, es fuente creadora de la organización primaria no solamente el matrimonio, sino también el concubinato.

La consecuencia social principal, alude a que a través de la unión libre se origina, también, la familia como base de nuestra sociedad y del propio estado; es decir la fuente creadora de la familia no solo se limita al cuadro matrimonial creado por el estado, sino que la unión solemne al lado de la no solemne la constituye, originándose el conglomerado social que, tiene importancia tanto para el individuo, como para el propio estado.

⁸⁸ Sara Montero Duhalt. Derecho de Familia, p.9.

No se puede decir que la familia sea precisamente una consecuencia del matrimonio y que, por lo tanto, en ello estriba la razón de esa aparente identidad. Lamentable confusión cometen aquellos que ven en el matrimonio, el elemento jurídico único o primordial, o el fundamento exclusivo de la familia.

Así la familia excede el marco matrimonial, donde este es uno de los institutos jurídicos; de tal suerte, que es discutible sostener lo siguiente: "pero es verdad, también, que de un modo regular hablar de matrimonio es hablar del medio más socialmente aceptado de organizar un orden familiar".

Es por ello que la familia siempre ha cumplido una función preponderante, que se une a la sociabilidad, ya que en este grupo social primario se advierte la verdadera base de la convivencia humana, a través de las relaciones paterno filiales, que en el futuro se proyectarán en la sociedad.

Es evidente que la unión sexual del hombre y la mujer como un hecho natural por el que se ha logrado la reproducción de la especie humana, frecuentemente, no se lleva a cabo dentro del cuadro matrimonial organizado por el estado; es decir que, prescindiendo de esta, surgen uniones carnales no matrimoniales que van desde: el ayuntamiento carnal o fugaz o pasajero, la relación periódica clandestina, hasta la unión con apariencia del patrimonio, esta última la unión libre.

En efecto, la familia como grupo social primario tiene su origen en los datos biológicos de la unión sexual y procreación, los cuales son tomados en cuenta por el legislador para configurar el Derecho de Familia.

La familia se origina tanto por el matrimonio, como por la unión libre; en ambas instituciones, el individuo, como ser gregario, encuentra las primeras relaciones de intimidad entre sus integrantes y tal influencia se deja sentir en la primera etapa de su vida: niñez, adolescencia y juventud.

En este sentido, el grupo familiar ha tenido y tiene la función consistente en la verdadera convivencia humana que se une a la sociabilidad, incumbiendo a la sociedad a través de la familia y bajo la responsabilidad de los padres el buen éxito de esas relaciones. En una palabra, dichas instituciones son socialmente sancionadas para el reconocido propósito de la procreación de la especie, formándose organizaciones sociales primarias, que también son la base de la sociedad.

En este sentido, en la familia derivada del concubinato se da también las primeras relaciones sociales para el individuo, el cual al ingresar a la población económicamente productiva, se convierte en un miembro de un grupo humano más amplio, sin prescindir que es , así mismo, ciudadano del estado mexicano. Así la familia derivada de la unión libre, realiza dos funciones: la biológica, consiste en la procreación de la especie humana; y la social que ha quedado precisada y se actualiza en mejores términos en la institución social llamada matrimonio.

La relación entre padre-madre es un factor determinante que repercute en la relación paterno-filial; en efecto, es de vital importancia que los padres tengan una unión armoniosa y provista de una adecuada expresión sexual, así las actitudes y sentimientos hacia los hijos serán favorables y constructivas. En este sentido, una afección fuerte y firme de los progenitores dará seguridad a los hijos.

En cuanto a las relaciones paterno-filiales, corresponde a los progenitores que dicho vínculo sea estrecho e íntimo, debido a que el hijo tiene una constante necesidad: alimentación, procreación, afecto y amor de sus padres; lo anterior, hace que el niño se desarrolle equilibradamente y sea sociable, sin olvidar que el odio provoca agresión e inestabilidad que lleva al hijo a asumir una conducta antisocial.

Refiramonos ahora a la autoridad y el control que deben ejercer los padres sobre los hijos, no se debe otorgar total libertad, ni ejercer una autoridad restrictiva, se debe tener una alternación de libertad y autoridad, lo cual da independencia a los hijos sin que se deje de reprimir cuando la situación lo amerite; por otra parte la sobreprotección al hijo dificulta su maduración y lo induce a una conducta antisocial. El papel del hijo en la familia a que debe realizar ciertas tareas domésticas, teniendo así oportunidad de conocer y adquirir experiencia en el trabajo dentro del hogar, convirtiéndose en un activo contribuyente al bienestar familiar.

Los lineamientos y directrices de la estructura familiar precitados, no obstante que debieran regir en un alto porcentaje para las familias derivadas del matrimonios y concubinatos, vemos con gran tristeza que la realidad social demuestra lo contrario, y más aún tratándose de las uniones libres, ya que dada su naturaleza y su relativa estabilidad, se facilita su terminación o rompiendo en cualquier momento por la decisión

unilateral o muerte de alguno de los mancebos, lo cual motivara que los hijos abandonados o huérfanos, la supérstite o bien la abandonada no asuman el papel que les corresponda en el seno familiar.

Nadie duda que la organización social primaria, la familia, es la célula vital de nuestra sociedad, y la institución social más importante para la producción y reproducción de la especie humana. En este sentido, el orden social y el familiar se entrelazan y no pueden analizarse por separado, ya que: "La familia es ámbito social que resume un conjunto de relaciones que se organizan de manera interactiva, y en base a estas relaciones se fijan los límites y posibilidades de comportamiento de sus miembros".

El matrimonio se haya tan estrechamente unido a la idea de la familia que origina en muchas ocasiones que se suponga que ambos conceptos constituyen una sola unidad; en tal virtud, es erróneo considerar que la organización social primaria derive y sea consecuencia única del matrimonio, y por tal motivo se les identifique: "Lamentable confusión cometen aquellos que ven en el matrimonio, el elemento jurídico único o primordial, o el fundamento exclusivo de la familia".

La unión libre, como realidad social, también es fuente creadora de la organización social primaria, aunque en menor grado de importancia por escapar a las fórmulas o solemnidad del matrimonio civil; pero recuerdese que la familia no solo es un rito o fórmulas solemnes.

Podemos concluir sosteniendo, que la familia se constituye tanto por el matrimonio y el concubinato, y que dicha organización primaria excede el marco matrimonial trazado por el estado; es decir, las justas nupcias son uno de los institutos jurídicos no obstante ser el medio socialmente más

aceptado de organizar el orden familiar. Por ello, la relación entre familia y sociedad es natural, ya que la primera es fundamento de la segunda y la consolida o la destruye.

En síntesis, por un lado no se puede negar la influencia que la unión libre tiene como fuente creadora de la familia, no obstante presentarse como un mal social, y por el otro, no debemos menoscabar la importancia del matrimonio, y tener a esta institución como la principal fuente de la familia.⁸⁹

5.2 Relaciones Jurídicas del Concubinato.

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

En particular para el Derecho Familiar, las relaciones jurídicas son aquellas vinculaciones de conducta que se establecen debido al parentesco, el matrimonio, el concubinato, el divorcio, la patria potestad o la tutela. Generalmente se señalan como fuente de las relaciones familiares, exclusivamente el parentesco y el matrimonio.

El análisis de la vida social nos muestra el elemento material del concubinato y de las relaciones jurídicas que deben derivarse del mismo,

⁸⁹ Ignacio Vazquez Gutierrez. Los Efectos Jurídicos y sociales del Concubinato En México. p67.

pero en su turno el ordenamiento jurídico no proporciona el elemento formal que da calificación a las relaciones sociales o de hecho. Para lograr su trascendencia al mundo de lo normativo, el legislador se ha valido de otros supuestos para así encauzar legalmente, solo algunas relaciones de la unión concubinaría con una dosis respectiva de consecuencias jurídicas.

Conforme a la definición de García Máynez el supuesto jurídico es una hipótesis normativa de cuyo cumplimiento dependerá la producción de consecuencias jurídicas. El supuesto jurídico del concubinato ha sido deducido interpretando algunas disposiciones de la legislación civil, en las cuales se emplea los términos concubinato o concubina, o bien se alude a los hijos de los concubenarios.

En el Derecho Familiar los sujetos de derecho se identifican básicamente normalmente con los parientes, los cónyuges y las personas que ejercen la patria potestad o la tutela. También deben mencionarse a los concubenarios, dado que algunos sistemas y especialmente nuestro Código Civil, reconoce consecuencias jurídicas al concubinato, tanto entre las partes, como en relación a los hijos habidos en el mismo.

Quienes viven en concubinato aparentemente tienen ciertos derechos y obligaciones para ejercitar y cumplir entre ellos y con respecto de sus hijos, pero es menester precisar que los mismos no se derivan stricto sensu de la unión concubinaría en sí, es decir, considerada supuesto principal como lo es el matrimonio en el caso de los cónyuges, sino de otros supuestos como la filiación natural, la concepción del ser, el nacimiento o el reconocimiento de hijos, supuestos que son autónomos y ajenos a la hipótesis normativa que debía existir para regular a la unión concubinaría.

Al referirnos a los sujetos de derecho en relación con los concubinarios, quedo precisado que estos pueden ser titulares de ciertos derechos subjetivos jurídicos conferido en el Derecho Familiar con supuestos ajenos a la hipótesis normativa que debía existir para el concubinato. La escasez de disposiciones jurídicas relacionadas con el concubinato limita a una reducida cantidad los derechos subjetivos, o poder jurídico de la voluntad, conferido por ese mínimo número de normas a quienes la legislación civil designa como concubinarios, haciendo nula la interferencia entre su conducta muy restringida en relación a los hijos y parientes dejando al descubierto un sin número de aspectos de gran importancia.

El concubinato no es un acto jurídico por carecer de los caracteres necesarios para instaurarse como tal, ya que la voluntad de los concubinarios no esta reconocida jurídicamente en la celebración del acto desde el primer momento, ni en la reproducción de sus consecuencias.

La manifestación de la voluntad en el concubinato expresada por persona capaz, en forma conciente y libre de vicios, no tiene relevancia jurídica, pues la legislación civil no se ocupa de regularla y por ello tan solo es presumible.

Puede quizá argumentarse que es manifestación tácita, pero sin duda alguna que en el Derecho de Familia no surte efectos esta forma, en atención a los intereses por él tutelados y a la seguridad jurídica, razón por la cual, aunque se aceptara esta forma tácita, debería tener. de todos modos, disposición legal que así lo prescribiera.

Por todo esto, no obstante los concubenarios se manifiestan libre y conscientemente para lograr consecuencias de derecho, aunque fuera parcialmente, ni las conseguirán, ni estarán cumpliendo con el primer elemento de un acto que debiera ser jurídico y sin embargo, no lo es.

Aparentemente en el concubinato se cumple con el objeto, segundo elemento esencial de todo acto jurídico, pues de la unión concubinaria parece se derivan consecuencias de derecho, o sea se crean, transmiten, modifican o extinguen derechos y obligaciones.

Más esta configuración aparente del objeto queda sin efecto, puesto que, como se ha precisado, las consecuencias jurídicas no derivan del concubinato en sí, sino de otros hechos o actos jurídicos, o bien resulta del cumplimiento de sus supuestos jurídicos, o bien resulta del cumplimiento de supuestos jurídicos al mismo.⁹⁰

5.3 Terminación del Concubinato.

Es el momento de precisar la razón por la que la unión libre termina: la unión de hecho culmina normalmente y con facilidad por la decisión unilateral de alguno de los concubenarios, lo cual implica que desde antes del rompimiento haya una indefinición de los roles o papeles por parte de sus miembros, motivando todo ello, por que al organizar un concubinato se hace en función de carencias e insatisfacciones de la familia original de los concubenarios, y que la relación de hecho no logra satisfacer, o

⁹⁰ Agustina Sartres Luna. La Nueva Regulación Civil del Concubinato, p.76.

bien por que en el seno familiar anterior hubo satisfacciones que no puedan hacerse presentes en el concubinato.⁹¹

Aun en legislaciones como la nuestra, que reconoce la disolución del vínculo matrimonial por medio del divorcio, esta ha de ser pronunciada por un órgano del poder público, después de que ha quedado probada plenamente la existencia de causas graves y que hacen imposible o no deseable socialmente la vida conyugal; mientras que el concubinato puede ser disuelto, en cualquier momento por voluntad de cualquiera de los concubinarios, sin que el derecho intervenga o deba intervenir para procurar el mantenimiento de esa situación de hecho, cuya solidez y permanencia es jurídicamente indiferente y queda abandonada a la sola voluntad de los concubinarios.

El concubinato o unión libre como situación de hecho, no esta reglamentado por el derecho. El ordenamiento jurídico solo se ocupa de algunas de las consecuencias que derivan de ese tipo de uniones irregulares, en protección de los intereses particulares de la concubina (y solo algunos de carácter económico) y de los hijos habidos durante tal situación.⁹²

El concubinato anteriormente no generaba el parentesco por afinidad, pero con la reforma al art.294 en el que se señala que “el parentesco por afinidad es el que se adquiere por matrimonio o concubinato, entre el hombre y la mujer y sus respectivos parientes consanguíneos”. Pero como es una unión que puede romperse libremente por cualquiera de los concubinarios, sin que este afecte. En los términos generales la terminación no pueden originar indemnización a titulo de daños y

⁹¹ Op.cit. p.149.

⁹² Iganacio Galindo Garfias. Derecho Civil. p.482.

perjuicios, pero en la reciente reforma que sufrió el Código Civil adiciono un capitulo referente al concubinato en el cual en su art.291 Bis en su párrafo tercero hace la excepción al señalar: "Si con una misma persona se establecen varias uniones del tipo antes prescrito en ninguna se reputara concubinato. Quien haya actuado de buena fe podrá demandar del otro, una indemnización por daños y perjuicios". Solamente en este caso se puede dar una indemnización a alguno de los concubenarios, que en este caso sería el inocente.⁹³

⁹³ Manuel F. Chávez Ascencio. La Familia en el Derecho, p.311

CONCLUSIONES.

Como hemos visto a través de este trabajo, nos hemos dado cuenta que la figura del concubinato ha existido desde la antigüedad, pero a través de este tiempo se han reconocido ciertos efectos a esta figura.

Debemos de tomar en cuenta que por medio del concubinato también se forma y se crea una familia en la cual dentro de sus miembros se tienen derechos, deberes y obligaciones, y que no por el hecho de ser creada por una situación de hecho se niegue su existencia o sea mal vista

Rafael Rojina Villegas señala al respecto: "Que al exigir el legislador un conjunto de requisitos, tales como el estado de hecho que debe caracterizar a todo estado civil, el nombre y el trato que se deben los concubinos en la familia y en la sociedad para reputarse marido y mujer; una estabilidad una permanencia, una cierta publicidad para que no sea un hecho clandestino, oculto, manteniendo esa relación marital en la sombra; una condición de fidelidad de la concubina, esencial para poder presumir que los hijos de ella son hijos del concubinario; requisito de la singularidad para que solo exista una concubina, y el fundamento de la capacidad, para que no medien los impedimentos que originan la nulidad del matrimonio o bien que impidan la celebración del mismo; y finalmente una condición de moralidad. Podemos lograr una solución que nos parece justa, para poder garantizar a la mujer que ha formado una familia, que ha sido fiel, que le ha dado hijos al concubinario, que tiene el requisito de capacidad para unirse en matrimonio, la misma condición jurídica de la esposa en cuantos a los derechos que pueden exigirse frente al marido y con relación a los hijos etc."

Como forma de vida y como fuente de familia el concubinato es tan importante como el matrimonio en sus aspectos éticos, sociales y económicos, por lo que se requiere hacer una regulación jurídica del concubinato, por ser una forma de unión que, al igual que el matrimonio es fundamento en la familia y esta es la célula primaria de la sociedad.

No podemos desconocer la existencia del concubinato, no solo en las clases menos favorecidas, sino también en las de mejor posición económica, quienes muchas veces, por moda, pretenden encontrar en esa unión una mayor libertad y realización.

No pueden desconocerse los efectos que de esa unión se generan, efectos que se refieren a los concubenarios, a los hijos y a los terceros, se puede lograr no obstante la ausencia de su reglamentación en nuestra legislación, no puede haber una reglamentación de la relación habida entre concubenarios pues no es una institución; los derechos y obligaciones hacen referencia a las personas.

Deben ampararse a las personas que viven en esta unión, de tal forma que los efectos puedan ser exigibles como obligaciones civiles, al aceptarse y reglamentarse en nuestra legislación los derechos familiares que son innatos de toda persona y que comprenden los derechos familiares de las personas y sociales de la familia.

BIBLIOGRAFÍA.

Legislación.

Código Civil para el Distrito Federal, en materia común y para toda la República en materia Federal. Ediciones Fiscales Isef. Sexta edición. 2ª. Reimpresión. Julio de 1999. p.107

Ley Agraria. Ediciones Delma. México. Julio de 1999 p.95

Ley Federal del Trabajo. Ediciones Delma. Tercera edición. México 1999. p.145

Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales para los Trabajadores del Estado. Editorial Pac. Sexta Edición. México 1998. p.143

Libros.

BAQUEIRO ROJAS, Edgar y BUENROSTRO BAEZ, Rosalía. Derecho de Familia y Sucesiones. Editorial Harla. México 1999. p.493

BELLUSCIO, Augusto Cesar. Manuel de Derecho de Familia. Tomo II. Editorial Depatma. Buenos Aires, Argentina. 1975 p.394

BETANCOURT JARAMILLO, Dr. Carlos. El Régimen Legal de las Concubinos en Colombia. Editorial Universidad de Antioquia. Medellín, Colombia. 1962 p.103

BIALOTOSKY, Sara. Panorama del Derecho Romano. Editorial UNAM. Tercera Edición. p.280

BONECASE, Julián. Elementos del Derecho Civil. Tomo I. Puebla, México.1946 p.384

CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. La Familia en el Derecho. "Relaciones Jurídico Conyugales". Editorial Porrúa., p.384

ESCRICHE, Joaquín. Diccionario de la Legislación y Jurisprudencia. Editorial Porrúa. Ensenada, Baja California., p.180

GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. Primer Curso. Editorial Porrúa. México 1990.,p.560

DE IBARROLA, Antonio. Derecho de Familia. Editorial Porrúa. México 1990, p.481

IGLESIAS, Juan. Derecho Romano. Editorial Harla. Tercera Edición. México 1993, p.409

LE RIVEREND BRUSONE, Eduardo. Matrimonio Anómalo. Editorial Lex. La Habana, Cuba. 1972 p.102

MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. Editorial Porrúa. México 1990 p.418

MORINEAU IDUARTE, Martha e IGLESIAS GONZALEZ, Ramón. Derecho Romano. Editorial Harla. Tercera Edición. México 1993 p.349

OSORIO, Angel. Matrimonio, Divorcio y Concubinato. Editorial Lex. La Habana, Cuba. 1944 p.200

PACHECO ESCOBEDO, Alberto. La Familia en el Derecho Civil Mexicano. Editorial Porrúa. México p.207

DE PINA VARA, Rafael. Elementos del Derecho Mexicano. Vol. I. Editorial Porrúa, p.406

PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Clásicos del Derecho. Derecho Civil. Volumen 8. Editorial Harla. Oxford University. México 1997 p.1563.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Editorial Porrúa. 17ª. Edición. México 1997 p.480

ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo segundo. Derecho de Familia. Editorial Porrúa. Sexta Edición. México 1995 p.381

SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia de México. Editorial Porrúa. México 1979 p.126

SOTO ALVAREZ, Clemente. Derecho y Nociones del Derecho Civil. Editorial Ilmusa. Tercera Edición. México p.150

ZANNONI, Eduardo. El Concubinato en el Derecho Argentino y Comparado Latinoamericano. Ediciones de Palma. Buenos Aires, Argentina. 1970 p.230

Otras Fuentes de Información.

BARRERA ARIAS, Raúl. Consecuencias Patrimoniales del Concubinato. UNAM. México 1984, p.115

COYOTL VELÁSQUEZ, Alfonso Isabel. Reglamentación del Concubinato en Nuestra Legislación Civil Mexicana en un término de dos años. UNAM. México 1996 p.149

GONZALEZ TORRES, Sergio. El Concubinato, sus Efectos Jurídicos. UNAM. México 1985 p.105

MARQUEZ SALMERAN, Guillermo Pedro. Consideraciones Socio-Jurídicas del Concubinato en México. UNAM. México 1984 p.150

MEJIA ALVARADO, Héctor Ignacio. Análisis del Concubinato en el Código Civil Vigente. UNAM. México 1984 p.97

OROZCO MARTÍNEZ, Pedro. El Concubinato y su Reconocimiento Socio-Jurídico. UNAM. México 1984 p.160

SARTRES LUNA, Agustina María Elena del Socorro. La Nueva Regulación Civil del Concubinato. UNAM. México 1985 p.107

VAZQUEZ GUTIERREZ, Ignacio. Los Efectos Jurídicos y Sociales del Concubinato en México. UNAM. México 1985 p.180