

321909



CENTRO DE ESTUDIOS UNIVERSITARIOS

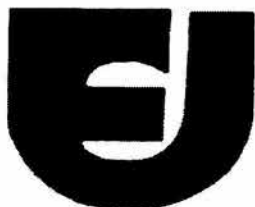
ESCUELA DE DERECHO
INCORPORADA A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
CLAVE 3219

EL REGIMEN JURIDICO DEL CONCUBINATO EN MEXICO

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
GABRIELA ESPINOSA ALONSO

DIRECTOR DE TESIS:
LIC. PAOLA MARTINEZ VERGARA



MEXICO

2005

0349868



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas

Tesis Digitales

Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©

PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

**ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA**

AGRADECIMIENTOS

A DIOS

Por darme, sabiduría,
fortaleza, para continuar
adelante y por abrirme los
caminos cuando más
necesite.

Autorizo a la Dirección General de Bibliotecas de la
UNAM a difundir en formato electrónico e impreso el
contenido de mi trabajo recepional.

NOMBRE: Gabriel Espinosa

FECHA: 16-10-25

FIRMA: [Firma]

A MIS PADRES

Los amo con todo mi corazón
y gracias por absolutamente
todo lo que han hecho por mí,
por sacarme adelante y
sobretudo por estar conmigo
en todas las etapas de mi vida
y le doy gracias a Dios por
haberme elegido los mejores
padres del universo.

A MI HERMANO CRISTIAN

Te quiero mucho, y
sabes que eres el mejor
hermano que Dios me dio,
continúa siempre adelante y
sobretudo sigue triunfando.

FAMILIA ESPINOSA

Por todos sus consejos y
apoyo, por darme aliento y
exigirme este proyecto, los
quiero mucho.

FAMILIA ALONSO

Yo sé que siempre he contado con todos ustedes incondicionalmente, los quiero mucho, se también que nunca me dejarán sola y sobretodo por su preocupación y sus bendiciones que me dan día con día.

A MI SOBRINO ADRIAN MORA ALONSO

Te quiero mucho mi cielo y sé que serán un hombre de bien, sigue adelante, para que el día de mañana seas un triunfador.

A MI PADRINO

Te quiero mucho y bien sabes que eres como mi segundo papá, no podría decirte con palabras lo agradecida que estoy contigo por todo el apoyo y cariño que me has dado a lo largo de toda mi vida, eres el mejor padrino del mundo.

A EDGAR MIRANDA FERIA

Gracias te doy mi cielo, por todos los momentos que hemos compartido juntos, por todo lo que representas y por ser una de mis principales inspiraciones a cada instante de mi vida. Te amo.

FAMILIA SANCHEZ VARGAS

Gracias por todo su apoyo y amor y porque siempre me alentaron para que haya sido posible este logro, los quiero mucho.

A JESSICA CARMONA MORENO

Gracias amiga, por ser la mejor, por estar conmigo siempre y en todo momento sin fallarme, por esto y mucho más gracias nuevamente, te quiero mucho.

A MA. ELENA HUERTA ORTIZ

Gracias por tantos años de amistad, por tantos momentos compartidos, por todo tu apoyo incondicional para seguir adelante te quiero mucho.

A MONI Y LULU

El apoyo incondicional que nos hemos brindado, ha sido un aliento para seguir adelante con este proyecto, gracias por brindarme su amistad sincera.

LIC. PAOLA MARTINEZ VERGARA

No cabe duda que Dios te puso en mi camino, porque sin tu ayuda no hubiera podido lograrlo.

A MIS PROFESORES

Por todo su apoyo,
comprensión, enseñanza,
sabiduría, paciencia y a veces
tolerancia para darnos su
enseñanza, a todos y cada
uno de ustedes gracias.

EN MEMORIA

Ma. del Carmen Ocampo Huicochea
Aurora Gordillo Raya
Ma. de la Luz Alonso Ocampo
Elba Eugenia Suárez
Mayra Díaz Figueroa

Porque sé que desde el cielo, rezaron por mi y me abrieron el camino para lograrlo.

INTRODUCCION

En la presente tesis analizaremos la figura jurídica del concubinato, ya que en México y en muchas partes del mundo cada día aumenta el número de parejas que eligen esta forma de convivencia afectiva; la cual, en infinidad de ocasiones, genera la conformación de una familia.

En este contexto, el nombre, el trato, la fama y la respetabilidad social de los concubinos, actualmente reflejan la aceptación que en la sociedad ha tenido esta figura alternativa al matrimonio.

Ante esta realidad, el sistema jurídico mexicano ha considerado la necesidad de regular el concubinato, estableciendo derechos y obligaciones entre sus integrantes y reconociéndole efectos jurídicos similares a los que produce la unión matrimonial. No obstante, en el pasado existió cierta reticencia por parte de los legisladores para conceder un espacio a dicha figura en el marco jurídico del momento histórico correspondiente. Por el contrario, en la antigua Roma, el concubinato fue socialmente aceptado y regulado en forma paralela al matrimonio o *justae nuptiae*, aunque no producía efectos jurídicos y era considerado una unión de rango inferior a aquél.

No fue sino hasta la época imperial cuando se le reconoce y sanciona al concubinato, llamando *inaequale conjugum*, otorgándole efectos jurídicos. Los emperadores cristianos tomaron medidas para mejorar la condición de la mujer y sus hijos; otorgándoles derechos alimenticios, derecho a la sucesión del padre, y promoviendo su legitimación mediante la conversión del concubinato en *iustis nuptiis*.

En otras latitudes, se equiparó al concubinato con cierto tipo de relaciones ilícitas. Tal fue el caso de España, en que durante el Medioevo se le conoció con el nombre de “barragania”, siendo Alfonso X “El Sabio”, en sus Siete Partidas, quién calificó con dicho nombre a las uniones fuera del matrimonio, constituidas entre personas aún casadas o bien entre hombres y mujeres de condiciones sociales distintas. Las barraganas adquirirían algunos derechos privilegiados al separarse, y se les otorgaron derechos sucesorios.

En el México prehispánico, el concubinato surgió de la unión de la pareja, sin ningún tipo de formalidad, a la mujer se le conocía con el nombre de *temecauh* y al hombre como *tepuchtlí*. El concubinato se equiparaba al matrimonio sólo cuando tenían tiempo de vivir juntos y con fama pública de casados y, a la concubina que duraba un tiempo largo como tal, se convertía en esposa, recibiendo el nombre de *tlacarcavilli*. En cuanto a la época colonial, los misioneros se encontraron con el fenómeno de la poligamia, que era practicada en las familias indígenas, pero a través de la cristianización, se impuso el matrimonio católico para contrarrestar aquellas costumbres.

Más adelante, conforme a la preceptiva de los Códigos Civiles de 1870 y 1884, no se reguló todavía al concubinato, al igual que en la Ley del Matrimonio Civil del 23 de julio de 1859, (no obstante que se le menciona en el artículo 21 de esta última); en la Ley de Relaciones Familiares de 1917, el legislador confundió la figura del concubinato con la del adulterio.

Con el Código Civil de 1928, los legisladores reconocen una forma peculiar de vivir: el concubinato, al cual se le reconoce que produce algunos efectos jurídicos, ya sea en la concubina, en los hijos, esta es una forma de rendirle

homenaje al matrimonio, que se puede considerar una forma legal y moral de constituir una familia.

Esta investigación consta de tres capítulos. En el primero de ellos se realiza una exposición general sobre los antecedentes del concubinato en México desde la época precortesiana hasta el México independiente, no sin antes hacer referencia a su origen primario en el Derecho Romano y España. El segundo, por su parte, pretende desarrollar un análisis, principalmente doctrinal, acerca de las diferencias y semejanzas entre el concubinato y el matrimonio, con el objeto de precisar la naturaleza jurídica de aquél. Por último, en el tercer capítulo estudiaremos las diferentes disposiciones que conforman el marco jurídico vigente del concubinato, contenidas en: la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Código Civil para el Distrito Federal, la Ley Federal del Trabajo, la Ley del Instituto del Seguro Social y la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado; además de algunos criterios judiciales. En este sentido, nuestro objetivo primordial es ofrecer algunas propuestas a dichas normas jurídicas en donde intentaremos aportar medidas legislativas que sean benéficas a la familia.

CAPITULO I

CRITERIOS HISTORICOS

1. ROMA

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

Es así, como el concubinato fue visto por una unión monogámica socialmente aceptada que no constituía ninguna deshonra. El concubinato fue admitido a la par que el matrimonio o *justae nuptiae*, llegando inclusive a el *usus* de más de un año una de las formas del casamiento. La gran desventaja que tuvo el concubinato frente a la *justae nuptiae* era que aquél no producía efectos jurídicos.

La ciudadanía romana era una condición indispensable para la existencia del *connubium*; sin embargo, existían otros tipos de impedimentos para la celebración del matrimonio entre dos personas determinadas. En esa virtud, se consideran dos tipos de incapacidades en el Derecho Romano: 1. Las incapacidades absolutas.- Eran aquellas que impedían el matrimonio de una persona con cualquiera otra, estaban privados del *ius connubii*: los esclavos, los peregrinos, los latino junianos y los *dedicticios*, quienes no tenían los derechos de ciudad: excepcionalmente se les otorgaban individualmente el *connubium*, 2. las incapacidades relativas.- Eran aquellas que constituían impedimentos para

celebrar el matrimonio entre dos personas determinadas, por circunstancias personales¹

Fueron la concepción y las prácticas sociales, así como las uniones con personas de clase social inferior, las que distinguen al matrimonio del concubinato. Las *justae nuptiae* eran contraídas por los ciudadanos romanos que eran quienes gozaban del *jus connubium* o derecho para contraer las *justae nuptiae*.

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

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

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

¹ LEMUS GARCIA, Raúl, *Derecho Romano*, Ed. Limusa, México, 1964, p.88

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

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

La ley antes mencionada toleró el concubinato, ya que además de lo anterior, estableció que los padres que tuvieran tres o más hijos ilegítimos eran preferidos sobre los demás para desempeñar cargos públicos.

El concubinato, muy extendido, surge así como una forma de convivencia basado en el consentimiento de los interesados como una consecuencia más del libre juego de voluntad privada en Roma²

²OLTRA MOLTO, Enrique, *El hijo ilegítimo no natural*, Ed. Montecorvo, España, 1974, p. 53

1.2 Diferencias entre concubinato, y las iustas nuptias.

El concubinato constituía una unión de orden inferior más duradera que las simples relaciones pasajeras. Generalmente, se establecían entre personas de condición desigual, y no elevaba a la mujer al rango del varón ni establecía la patria potestad puesto que los hijos llamados *liberi naturales*, nacían *sui iuris*.

El matrimonio difiere del concubinato por la *affectio maritalis* o intención del marido. Antes de *Justiniano* se presumía que existía matrimonio cuando los esposos eran de la misma condición social y concubinato cuando eran de condición diversa. A partir del emperador Justiniano siempre se presumía el matrimonio.

1.3 Efectos del concubinato

Durante los primeros siglos de Roma, esta unión constituyó un simple hecho natural, no reglamentando ni reconocido por el derecho civil; la primera disposición legal que se ocupa del concubinato es la ley de *Julia Adulteriis* dado bajo *Augusto*, que lo exceptúa de las penas que impone en los casos del adulterio (*stuprum*)³

³ LEMUS GARCIA., Raúl, *op. cit.* p. 98

Siguiendo la postura de Raúl Lemus, no fue sino hasta la época imperial cuando se reconoció y se sancionó expresamente, el concubinato, llamado *inaequale conjugium*, otorgándole efectos jurídicos. Respecto de la mujer, el concubinato no la elevaba al rango social del marido y su condición era de concubina y no de *uxur*.

Los hijos eran *liberi naturales* y no *iusti* o *legitimi* nacían *sui iuris* y, consecuentemente, seguían la condición de la madre. No existía entre el padre y los hijos parentesco desde el punto de vista de la *agnación*.

Los emperadores cristianos dictaron medidas tendientes a mejorar su condición: otorgándoles derechos a alimentos, a participar en la sucesión de su padre y promoviendo y fomentando su legitimación mediante la conversión del concubinato en *iustis nuptiis*.

1.4 Matrimonio *sine connubio*, su concepto

El matrimonio *sine connubio*, también llamado de derecho de gentes, es aquel que se efectuaba entre dos personas que no tenían o por lo menos una de ellas el *ius connubi*. Por ejemplo: mano y peregrino, esta unión era perfectamente válida y estaba regida por el derecho de gentes o por el derecho propio de la ciudad a la que pertenecían los contrayentes, sin embargo no producía los efectos de las *iustae nuptie*.

Este tipo de matrimonio entre ciudadano y peregrino o latino que careciera de *ius connubii*, hacía que los hijos, desde el punto de vista de derecho civil, nacieran *sui iuris* ligados por los lazos de cognación con la madre.

1.5 Distinción entre el matrimonio *sine connubio* y las *iustas nuptias*.

Las diferencias entre el matrimonio *sine connubio* y las *iustas nuptias*, estriba en que en estas últimas existe una unión legítima establecida, regulada y sancionada por el *ius civile*, mientras que aquél aunque lícito y válido, era calificado de injusto y no estaba reconocido por el *ius civile*. Los hijos nacidos del matrimonio *sine connubio* seguían la condición jurídica del cónyuge no ciudadano por efectos de la *Ley Minicia*⁴

1.6 Procedimiento para convertir el matrimonio *sine connubio* en *ius nuptiis*.

Según el Derecho Romano, existían dos procedimientos que son considerados como antecedentes de la legitimación, para convertir el matrimonio *sine connubio* en *iustis nuptiis*; éstos eran:

⁴ *Ibidem*, p. 99

1.- Por la *causae probatio*; que consistía en probar ante el magistrado que se había celebrado el matrimonio en presencia de siete testigos, ciudadanos romanos y púberes, con el objeto de tener hijos y que se tenía por lo menos, un hijo mayor de un año.

2.- Por la *erroris probatio*; en virtud de la cual se prueba ante el magistrado que se contrajo matrimonio con buena fe, en la creencia equivocada que las dos personas desposadas tenían el *connubium*, además debería demostrarse ante dicho funcionario que de la unión había nacido un hijo con la cual ésta se convertía en *iustus nuptiis*.

1.7 El contubernio

Se llama *contubernio* a la unión entre dos esclavos o entre persona libre y esclavo⁵.

Constituye un simple hecho desprovisto de toda consecuencia jurídica. El Derecho no reconocía parentesco entre esclavos; sin embargo, durante el Imperio, se estableció la *cognatio serveriis* con objeto de impedir matrimonios o uniones entre las personas que podían llegar a ser libres mediante la manumisión. Los hijos quedaban en la condición de la madre, en principio, con las atenuaciones que el derecho estableció con posterioridad.

⁵ *Ibidem*, p. 100

2. ESPAÑA

En España, durante el Medievo, el concubinato adoptó el nombre de "barraganía" y fue Alfonso X "El Sabio", en sus Siete Partidas, quien calificó con este nombre a las uniones fuera del matrimonio, constituidas entre personas aún casadas o bien entre hombres y mujeres de condiciones sociales distintas⁶

Fue ya desde esta época que se impusieron límites a la barraganía:

1. Sólo debe haber una barragana y un hombre,
2. Ambos deben de estar libres de matrimonio y no tener impedimento alguno para contraerlo,
3. Deben tratarse como marido y mujer, y
4. Deben ser considerados en su comunidad como si fueran esposos.

Dependiendo del tiempo que hubiera durado la unión, las barraganas adquirirán algunos derechos privilegiados como el de conservar sus vestiduras al separarse. Asimismo, se les otorgaron algunos derechos sucesorios.

⁶ HERRERIAS SORDO, María del Mar, *El Concubinato, Análisis Histórico Jurídico y su problemática en la Práctica*, 2ª ed. Ed. Porrúa, Argentina, 1990, p. 6

Las Siete Partidas regularon detalladamente la barraganía debido a que era un tipo de relación muy común en España, que surgió debido a diversos factores, tales como la cuestión de que no era un vínculo indisoluble (en contraposición con la indisolubilidad de la unión matrimonial), además de que también les permitía relacionarse como mujeres de condición social inferior.

La barraganía surgió como la influencia ejercida por los musulmanes durante su dominación de siete siglos en la Península Ibérica. En lo relativo a la descendencia, las Siete Partidas distinguían entre hijos legítimos e ilegítimos. Los legítimos eran aquellos nacidos de matrimonio; los ilegítimos eran aquellos nacidos fuera del matrimonio.

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

- a) Hijos naturales; aquéllos cuyos padres podían haber contraído nupcias en el momento de la concepción, viviendo éstos en concubinato o barraganía.
- b) Hijos de Daño Ayuntamiento: pertenecían a esta clasificación aquéllos de adúlteras, incestuosas, del segundo ayuntamiento de mujer, de cristiana con moro o judío, de la barragana, nodriza o esclava con los

siervos o esclavos de su señor, y los nacidos de mujer ilustre prostituida⁷.

Respecto a la patria potestad de los hijos ilegítimos, ésta únicamente recaía sobre la madre. La legislación foral también contenía disposiciones relativas a la barragana.

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

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

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

⁷ *Ibidem*, p. 7

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

Hacia los siglos X y XI en Cataluña, se celebraron contratos de mancebía, y en el año de 1361 la Carta de Avila regula bajo el título de "Carta de Mancebía o Compañería", la constitución de un convenio celebrado entre el señor y la barragana, en el cual se concede a estas mujeres los derechos de percibir rentas de su señor y de compartir con él la mesa, el cuchillo y el pan.⁸

Este tipo de cartas, aunque aparecían otorgadas unilateralmente, eran el resultado de una estipulación conjunta en la que los sujetos que intervienen en ella, convienen en convertir su relación en una unión duradera.

Dentro de este género, también existían los contratos de barraganía sujetos a términos, y una vez transcurrido el tiempo pactado, la relación finalizaba si es que no era prorrogado.

A partir del siglo XII, hubo ciertas restricciones a los derechos de los hijos ilegítimos debido a la influencia de las modas escolásticas, época durante la cual

⁸ *Ibidem*, p. 8

se exaltó la importancia del matrimonio, así como la de la familia constituida sobre las bases del mismo.

Durante la Edad Media, se reconocieron dos medios para determinar la filiación natural:

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

En el primer texto del Código Civil español, únicamente aparece como medio para determinar la filiación natural el reconocimiento. Sin embargo, no regula el concubinato o barraganía como una forma de unión se requerirá formalismo requerido para lograr publicidad del Registro Civil.

La atribución de la filiación natural basada únicamente en la voluntad del padre es el resultado de la influencia que tuvo en España el Código Napoleónico. Posteriormente, con la Constitución española de 1931, se otorgó la igualdad jurídica para los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, dejando de hacer distinción entre hijos legítimos e ilegítimos en las inscripciones de nacimiento.

Otro de los derechos que incorporó esta Constitución a favor de los hijos ilegítimos fue el de la investigación de la paternidad (disposición que se

contraponía en el Código Civil mencionado, ya que ésta no contemplaba este derecho de los hijos naturales).

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

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

3. FRANCIA

La Revolución francesa de 1789, no enalteció a la familia, puesto que no la consideró como una unidad orgánica, en virtud de que este movimiento se ocupó del individuo.

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

Reflejo del movimiento, fue la Constitución francesa de 1791 que consideró al matrimonio un mero contrato civil, dejando atrás el concepto de sacramento implantado por la Iglesia Católica, y desapareció por tanto el carácter de unión indisoluble.

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

Es así, como la filosofía del código aparece inserta en la frase pronunciada por Napoleón Bonaparte en el Consejo del Estado “Los concubinos se pasan sin la ley; la ley se desentiende de ellos” (*les concubines se passent de la loi; la loi se désintéresse d'eux*)...la sociedad no tiene interés en que sean reconocidos los bastardos.⁹

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

Es importante destacar, que el concepto del concubinato del ordenamiento francés no corresponde al que actualmente se sostiene, en Francia, como en

⁹ DIEZ DEL CORRAL, Luis, *El Liberalismo Doctrinario*, 2ª ed. Ed. Montecorvo, España, 1956, p. 243

muchas otras legislaciones, se identificaba el concubinato con el adulterio, el mismo código establecía en su artículo 230 que la única causal de adulterio de su marido, era cuando éste hubiera “sostenido a su concubina en la casa común”, es decir; cuando el adulterio se hubiere cometido en el hogar conyugal. Con esta disposición se equiparó el concubinato al amasiato.

4. MEXICO

4.1 Pueblos Indígenas

En la postura de María del Mar Herrerías, De acuerdo con historiadores y cronistas españoles de los siglos XV y XVI, entre los indígenas se acostumbraba la poligamia, aunque ésta no se practicó por la totalidad de los pueblos. Los indígenas practicaron la monogamia.

Entre los aztecas; fue difícil precisar una separación entre uniones legítimas e ilegítimas. Debido a que la poligamia era lícita y muy frecuente, el hombre, casado o soltero, podía tomar cuantas mancebas quisiera, con tal de que estuvieran libres de matrimonio.

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

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

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

En la mayoría de los pueblos indígenas, la poligamia, practicada sobre todo por los reyes, los caciques y los señores principales, constituyó tanto una forma de vida como de estructura familiar. Esta variaba, dependiendo del grupo étnico de que se tratara, así como del rango social al que pertenecieran el hombre y la mujer.

Los caciques, quienes pertenecían a un rango superior respecto del resto de la población detentaba la organización y la explotación de las tierras, y las distribuía para satisfacer las necesidades de la comunidad dentro de la cual se incluía su propia familia. Los mencionados personajes, tenían dos a cinco mujeres aproximadamente.

Las familias de los caciques tenían una composición interna sumamente complicada, ya que dentro del núcleo familiar se encontraban las diferentes esposas, los hijos procreados de todas esas relaciones, así como a los parientes de las múltiples esposas y a los esclavos (tanto les pertenecía al cacique como a los que pertenecían los distintos parientes).

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

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

Entre los toltecas, sólo se consentía tener una mujer, ni el mismo rey podía tener más de una esposa. Inclusive se impulso que la regla de que al morir la esposa de éste, no podía volver a contraer matrimonio.

A grandes rasgos, antes de la llegada de los españoles, los indígenas tenían una absoluta libertad premarital, existiendo una especie de "matrimonio a prueba" así como el divorcio. A las mujeres y a los hijos producto de todas esas uniones fracasadas, no se les marginó, sino que seguían formando parte de la

comunidad teniendo la misma situación en que se encontraban cuando aún eran solteros. Asimismo, los hijos permanecían en la casa de la familia de la mujer.

4.2 Epoca Colonial

Con la conquista, los españoles se encontraban con varios inconvenientes al tratar de aplicar el derecho peninsular.

En las nuevas tierras, el tipo de vida era muy distinto a aquel que se llevaba en España, los indígenas no sólo tenían costumbres completamente diferentes a las del pueblo conquistador, sino que además presentaron situaciones totalmente nuevas que no estaban previstas por las leyes ibéricas.

En un principio, los conquistadores pretendieron aplicar su Derecho en la Nueva España con absoluta rigidez, pero poco a poco tomaron conciencia de la dificultad que implicaba aplicar su derecho a un pueblo radicalmente distinto.

En cuanto al matrimonio, los misioneros españoles se encontraron con el fenómeno de la poligamia, práctica muy frecuente en las familias indígenas. El problema básico en relación al matrimonio era la poligamia, practicada ampliamente por los reyes, caciques y los señores principales y en una menor escala por el pueblo.

Con la "cristianización" de los indígenas, los misioneros comenzaron con la labor de convencer a los indios de dejar sus múltiples esposas para obtener sólo una: la "esposa legítima". Esta tarea apareció en un principio sencilla, sin embargo, no lo fue: los misioneros se encontraron con una maraña de lazos familiares en los que intervenían las múltiples esposas, los hijos que cada una de ellas había engendrado de un varón, así como los parientes de éstas.¹⁰

Esto no fue reglamentado por el nuevo Derecho que se fue conformando. Para ello fue necesario tomar decisiones sumamente drásticas y en ocasiones injustas; dentro de la nueva reglamentación se tuvo que decidir cuál de las esposas debía de conservar el hombre, y para ellos debían establecer ciertas reglas. La Justa Apostólica, en 1524, decidió que cuando se presentaran estos matrimonios plurales, el indio era libre para escoger entre sus "esposas", aquélla que iba serlo bajo el rito cristiano.

Siguiendo con la postura de Herrerías Sordo, Esta decisión no fue definitiva debido a que hubo opiniones encontradas, por lo que cada caso se resolvía distinto, sin existir uniformidad en la reglamentación.

No fue sino hasta 1537, con la Bula *Altitude Divini Consilii*, que el Papa Paulo III resolvió definitivamente lo que habría de hacerse en estos casos: el matrimonio celebrado ante la Iglesia Católica debía de llevarse a cabo con la

¹⁰ *Ibidem*, p. 14

primera esposa con la que hubiere contraído matrimonio el indio. En caso de no poder resolver este punto, o dada la situación de que el indio no se acordara quién había sido su primera esposa, éste podía elegir a la que quisiera.

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

Todas las demás mujeres que habían tomado al hombre, dejaron de ser tratadas por igual y pasaron a ser únicamente ex-concubinas, quedando tanto ellas como sus hijos, desprotegidos y despojados de los derechos que gozaban anteriormente. Fueron marginados de la comunidad, de la familia y de los medios de producción. De estas familias "ilegítimas" surgieron las primeras concubinas abandonadas y desprotegidas, considerándose a los hijos que hubieren engendrado como los "hijos fornezinos"

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

Los mismos obispos de Oaxaca y México, manifestaron en sus cartas al rey de España que los indígenas más parecía que tomaban una sola mujer “para encubrir adulterios y nefarias costumbres que para tener legítimo matrimonio, y no bastan las amonestaciones o predicaciones públicas para poderlas quitar y era necesario algún castigo.”¹¹

4.3 Reglamentación en los Códigos Civiles de 1870 y 1884

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

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

¹¹ ESQUIVEL OBREGÓN, Tonbio, *Apuntes para la Historia del Derecho en México*, Ed. Polis, México, 1938, p. 584.

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

- I. Que haya sido cometido en la casa común.
- II. Que haya sido concubinato entre los adúlteros, dentro o fuera de la casa conyugal,
- III. Que haya escándalo o insulto público hecho por el marido de la mujer legítima,
- IV. Que la adúltera haya maltratado de palabra o de obra, o que por su causa se haya maltratado de alguno de estos modos a la mujer legítima.¹²

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

En la actualidad, tanto el hombre como la mujer deben estar libres de todo impedimento para contraer nupcias, y es imposible que el concubinato coexista con el delito de adulterio, ya que para que éste se origine alguna de las dos personas debe de estar casada.

¹² GONZALEZ, María del Refugio, *La Regulación Jurídica de la Familia en su Perspectiva Histórica*, Anuario Jurídico, volumen XIII, UNAM, México, 1986

Este código equiparó el concubinato a la figura del amasiato, de naturaleza totalmente distinta a la figura de que se ocupa la presente tesis.

4.4 Ley de Matrimonio Civil del 23 de julio de 1859

En esta ley no fue regulado el concubinato, sin embargo, se le menciona en el artículo 21 de la misma. Esta disposición establece las causas legítimas para del divorcio, entre las cuales se incluye la mencionada figura, conforme a la fracción I:

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

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

4.5 Ley sobre Relaciones Familiares de 14 de abril de 1917.

Nuevamente podemos observar que el legislador confundió la figura del concubinato con el adulterio, concibiendo al primero como una causal de divorcio en el artículo 77, fracción II: "Que haya habido concubinato entre los adúlteros dentro o fuera de la casa conyugal".

Conforme a lo que se redactó en esta fracción, se puede establecer que al referirse al concubinato, el legislador quiso dar a entender que se trataba de relaciones sexuales extramaritales, entre persona o personas casadas.

En cuanto a los hijos naturales, sí se encuentra una regulación más extensa, pues el artículo 186 define a los hijos naturales como todos aquéllos nacidos fuera del matrimonio, por lo que dentro de esta clasificación se ubicaron los hijos fruto del concubinato.

4.6 El concubinato en la actualidad

La propagación de esta forma de vida en la sociedad actual ha ido aumentando más con el paso del tiempo. Sin duda alguna, el concubinato, no obstante que no es una forma absoluta o ideal en cuestión de la moral para formar una sociedad, sí constituye un acceso para constituir lo que es el núcleo de la sociedad o sea, la familia.

Aunque se han dado diversos cambios en las diferentes legislaciones de nuestro país, es irrefutable que el concubinato es una figura mal reglamentada. El Código Civil de 1928, ya abunda más sobre los efectos que pueden ocasionarse por esta unión. Con los Códigos Civiles de 1870 y 1884, así como la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917 se da una evolución enorme en cuanto a la protección de los hijos nacidos de este tipo de uniones, y sobretodo de la mujer, que la mayoría de las veces es la que resulta más perjudicada.

En la exposición de motivos del Código Civil de 1928, se ilustra: Hay entre nosotros, sobre todo en las clases populares, una manera peculiar de formar una familia: el concubinato. Hasta ahora se habían quedado al margen de la ley los que en tal estado vivían; pero el legislador no debe cerrar los ojos para no darse cuenta de que modo de ser muy generalizado en algunas clases sociales, y es por eso que el proyecto se reconoce que produce algunos efectos jurídicos el concubinato, ya bien en los hijos, ya a favor de la concubina, que al mismo tiempo es madre, y que ha vivido mucho tiempo con el jefe de familia. Estos efectos se producen cuando ninguno de los que viven en concubinato es casado, pues se quiso rendir homenaje al matrimonio, que la Comisión considera como la forma legal y moral de constituir la familia, y se trata del concubinato, es, como se dijo antes, porque se encuentra generalizado, hecho que el legislador no debe ignorar.¹³

¹³ GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Derecho Civil – Primer Curso*, Ed. Porrúa, México, 1980, p. 481.

Se debe de reflexionar que si el concubinato era "muy generalizado en algunas clases sociales" en ese lapso, hoy en día lo es todavía más y por tanto nuestro punto de vista es de que debe ser importante regularlo más detalladamente, en el entendido de que se pretende equipararlo a la institución del matrimonio.

CAPITULO II

DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS ENTRE

MATRIMONIO Y CONCUBINATO

1. D finición de Matrimonio y Concubinato según diversos autores

1.1 Definición de Matrimonio

En este capítulo se analizarán las diferencias y semejanzas entre el matrimonio y el concubinato, ya que hay gran diversidad de formas de conceptuarlo en los diferentes autores de nuestro sistema jurídico mexicano.

Para Gutiérrez Aragón y Ramos Verástegui; el matrimonio es un acto jurídico solemne, que se celebra ante el Juez del Registro Civil y mediante el consentimiento de los celebrantes, debiéndose cumplir los requisitos establecidos por la ley para su validez.¹⁴

Para Rojina Villegas, el matrimonio es la idea de obra que persiguen los consortes para construir una familia y realizar un estado de vida permanente entre los mismos, para el logro de las finalidades comunes que impone la institución, se organiza un poder que tiene por objeto mantener la unidad y establecer la dirección dentro del grupo, pues toda la comunidad exige necesariamente tanto un poder de mando como un principio de disciplina social.

¹⁴ GUTIERREZ ARAGON, Raquel y Rosa Ma. Ramos Verástegui, *Esquema Fundamental del Derecho Mexicano*, 13ª ed., Ed. Porrúa, Mexico, 1999, p. 214.

En el matrimonio, ambos cónyuges pueden convertirse en órganos del poder, asumiendo igual autoridad como ocurre en el sistema mexicano, o bien, puede descansar toda la autoridad exclusivamente en el marido como se ha venido reconociendo a través de la historia de la institución, desde el matrimonio por raptor.¹⁵

Este autor nos refleja que el matrimonio debe de tener una función específica, que su fin es la unión de las dos partes; en este caso, los cónyuges, para formar una familia, en donde se debe implantar un cierto mando o disciplina ante la sociedad. Es una lucha de poderes entre ambos, para construir diversos entornos jurídicos que crean un verdadero estado matrimonial, cuya validez radica en que debe de celebrarse ante un órgano del Estado.

Para Chávez Asencio, el matrimonio crea un estado civil originado por un acto jurídico en que el intervienen los cónyuges, y al generar el parentesco por afinidad constituye un estado familiar con escasas relaciones jurídicas.¹⁶

Para Bonnacase, existen distintos sentidos del término técnico: matrimonio. Este vocablo designa dos cosas distintas: 1. La institución del matrimonio, es

¹⁵ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil I Introducción, Personas y Familia*, 19ª ed. Ed. Porrúa, México, 1983, pp. 281-282

¹⁶ CHAVEZ ASENCIO, Manuel F., *La familia en el Derecho, Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares*, 5ª ed. Ed. Porrúa, México, 1999, p. 287

decir; el conjunto de reglas que presiden, en el derecho positivo francés, la organización social de la unión de dos sexos; 2. El acto jurídico de una naturaleza especial, que expresa la adhesión a la institución del matrimonio, por parte de los futuros cónyuges y designa el contrato solmene por el cual los contrayentes determinan con anterioridad la condición jurídica de sus bienes, mientras dure el matrimonio y hasta su disolución.¹⁷

Este autor expone dos conceptos de matrimonio. En el primero señala que es la unión de dos personas de diferente sexo conforme al Derecho Francés que celebran nupcias con el reconocimiento de la sociedad; y en el segundo coincide con el punto de vista de Rojina Villegas, al afirmar que es un “contrato de adhesión” por el cual los cónyuges deben constreñirse al cumplimiento de los deberes y al ejercicio de los derechos previamente establecidos en la ley.

Como se pudo observar los diferentes autores llegan a la conclusión de que el matrimonio es la unión de dos personas de diferentes sexo que tienen como finalidad crear una familia, que se constituye ante el Juez del Registro Civil, donde se establecen los derechos y obligaciones de ambas partes mientras que perdure esta relación, o sea, hasta la terminación de la misma.

¹⁷ BONNECASE, Julien, *Tratado Elemental de Derecho Civil, Tomo I*, Ed. Harla, México, 1997, p. 229

Asimismo, dichos autores afirman que el matrimonio es un contrato de adhesión y que hacen énfasis en que realmente las partes se “adhieren” a la institución del matrimonio tal y como se regula en el Derecho vigente, por lo que también es importante que ambos pretendientes tengan presente cuál es el rol que va a desempeñar cada uno de ellos, tanto como pareja, al igual que en forma individual, sin que haya una lucha de poderes como lo manifestaba Rojina Villegas, en donde plasma que es ejercicio de alguna manera el poder de llevar la batuta, desestimando el matrimonio es una comunión de vida en que los dos esposos deben opinar y asumir decisiones.

1.2 Definición de Concubinato

Habiendo analizado el concepto de matrimonio conforme a distintos pensamientos doctrinarios, nos toca saber cuál es la concepción que tienen algunos autores con respecto al concubinato.

Para el Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano, el concubinato es, (Del latín *concubinatus*, comunicación o trato de un hombre con su concubina). Se refiere a la cohabitación más o menos prolongada y permanente entre el hombre y una mujer solteros, hecho lícito que produce efectos jurídicos.¹⁸

¹⁸ *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano A-C*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Ed. Porrúa, México, 1998, pp. 693-694.

De acuerdo con Güitrón Fuentevilla, el concubinato es una relación sexual entre solteros, que produzca un hijo, y, en un momento dado, que pueda permitir a la concubina exigir una porción hereditaria; si por el contrario, la relación entre solteros, que vivieron como marido y mujer se prolongó cinco o más años, también dará hipótesis del concubinato, permitiendo, sólo a la mujer, aspirar a una parte de la herencia u obtener una pensión de alimentos a la muerte del concubino.¹⁹

En la concepción que tiene el Dr. Güitrón Fuentevilla, no es una unión de pareja a la que se llegó a un acuerdo, sino que se limita a la relación sexual para procrear un hijo y que pueden ambos, al término de un tiempo, exigir una herencia o poder exigir una pensión alimenticia.

De antemano, nos parece que el citado autor no está de acuerdo con dicha figura y que solamente la considera como un provecho que las partes obtienen de dicha relación.

Desde nuestra perspectiva, no estamos de acuerdo con esta postura ya que cada individuo tiene la libertad de elegir cualquier forma de relación afectiva, siempre y cuando no afecte el interés social o derechos de terceros.

¹⁹ GÜITRON FUENTEVILLA, Julián, *¿Qué es el Derecho Familiar?*, 3ª ed., Ed. Promociones Jurídicas y Culturales, México, 1987, p. 273.

Para Planiol y Ripert, el concubinato es un mero hecho; no un contrato; carece de formas determinadas, y no produce efectos jurídicos; se halla totalmente fuera del derecho; todo lo que se pueda decirse de él, es que representa carácter lícito, salvo que constituya un adulterio o raptó de un menor, en donde está penado el incesto, quien vive en estado de concubinato, puede ponerle fin según su voluntad, sin que la otra persona con quien viva en ese estado, pueda invocar esa ruptura como fuente de daños y perjuicios.²⁰

Para Bonnecase, el concubinato es únicamente la continuidad de las relaciones, unida a una comunidad de habitación, más o menos íntima, pero cierta.²¹

De las definiciones anteriores, podemos destacar que ambos autores llegan a un punto en donde están de acuerdo en que el concubinato es sólo la unión o relación de dos personas sin que produzca efectos jurídicos, y que es en cierta forma lícita, además de que al terminar ésta, no es posible promover algún juicio por reparación de daños o perjuicios.

²⁰ PLANIOL, Marcel y Georges Ripert, *Derecho Civil*, Tomo 8, Ed. Harla, México, 1997, p. 116

²¹ BONNECASE, Julien, *Op. Cit.* pp. 235-236

2. Elementos esenciales y de validez del Matrimonio.

2.1 Elementos esenciales

Con base a la opinión doctrinal predominante, los elementos de esencia de la unión del matrimonio son:

- a) El consentimiento
- b) El objeto
- c) La solemnidad

En este punto se abordará a grandes rasgos en lo qué consiste cada uno de ellos, ya que el matrimonio es una de las figuras jurídicas fundamentales de nuestro sistema jurídico mexicano, en el cual intervienen muchos factores importantes que a continuación analizaremos.

a) El consentimiento

Las personas que van a contraer matrimonio, lo deben de hacer por su libre voluntad; es menester que los dos estén de acuerdo para la celebración del mismo, ya que el matrimonio que se contraiga por miedo o violencia graves, puede ser anulado.

Artículo 146.- Matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se

procuren, igualdad y ayuda mutua con la responsabilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que esta ley exige.

Artículo 147.- Serán nulos los pactos que hagan los contrayentes, en contravención a lo señalado en el artículo anterior.

En el caso de que las personas sean menores de edad, o sea, las que no hayan cumplido los dieciocho años aún, es preciso que otorguen su consentimiento quienes ejerzan la patria potestad o en dado caso, la tutela sobre ellos, y en su defecto, el consentimiento judicial, cuando la negativa de las personas nombradas aparezca injustificada.

Artículo 148.- Para contraer matrimonio es necesario que ambos contrayentes sean mayores de edad.

Los menores de edad podrán contraer matrimonio, siempre que ambos hayan cumplido dieciséis años. Para tal efecto, se requerirá del consentimiento del padre o la madre o en su defecto el tutor; y a falta o por negativa o imposibilidad de éstos, el Juez de lo Familiar suplirá dicho consentimiento, el cual deberá ser otorgado atendiendo a las circunstancias especiales del caso.

En caso de que la contrayente se encuentre en estado de gravidez, y así lo acredite a través del certificado médico respectivo el Juez del Registro Civil, a petición del padre o la madre podrá dispensar el requisito a que se refiere el párrafo anterior, pero en ningún caso podrá ser otorgado dicha dispensa a menores de 14 años.

Artículo 153.- Quien ejerza la patria potestad, o el tutor que ha prestado su consentimiento firmando la solicitud respectiva y ratificándola ante el Juez del Registro Civil, no puede revocarlo después, a menos que haya causa justa para ello.

Artículo 154.- Si el que ejerce la patria potestad, o tutor que ha firmado o ratificado la solicitud de matrimonio falleciere antes de que se celebre, su consentimiento no puede ser revocado por la persona que, en su defecto tendría el derecho de otorgarlo, pero siempre que el matrimonio se verifique dentro del término fijado en el artículo 101.

Artículo 155.- El Juez de lo Familiar que hubiere autorizado a un menor para contraer matrimonio, no podrá revocar el consentimiento, sino por causa superveniente.

b) El Objeto

Como consecuencia del matrimonio surgen para los cónyuges derechos y obligaciones recíprocos que se convierten en la ayuda mutua y responsabilidades conjuntas, tales como los derechos y obligaciones que a continuación mencionaremos:

1. Débito conyugal
2. Deber de cohabitación
3. Deber de fidelidad
4. Deber de asistencia o ayuda mutua
5. Obligación Alimentaria
6. Igualdad entre ambos

1. Débito conyugal.

Este deber está comprendido dentro del amor conyugal. Actualmente, se entiende este débito en una forma más personalizante, más unitiva y de mutua

entrega. Es un deber permanente y, por lo tanto, complementario, que se exija por reciprocidad, desde luego intransmisible, irrenunciable e intransigible.²²

En este sentido, es necesaria, en cierto sentido, la existencia de la relación sexual de los cónyuges, con la finalidad de exteriorizar su amor y su cariño, siempre y cuando se de en forma correcta, es decir, sin que alguno de ellos, obligue al otro a efectuarlo. De esta relación íntima que ambos desean, puede originarse la procreación de común acuerdo y responsablemente, para que estén en posibilidades de proporcionarle a su descendencia la satisfacción de sus necesidades materiales y afectivas en la forma que les sea posible.

Independientemente de la relación sexual entre ambos, consideramos que debe de existir una conexión espiritual, siempre que se haga con respeto, con comunicación, ya que este tipo de valores que van obteniendo los esposos en el transcurso de su nueva vida marital, los ayuda a que su relación sea cada día más estable y estrecha, ya que si falta alguno de estos elementos, su vínculo afectivo se va debilitando. Asimismo, el matrimonio no debe limitarse a la interacción sexual, sino que incluye otros deberes y derechos recíprocos.

2. D ber de cohabitación

²² ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Op. Cit.*, pp. 384-385.

Este deber consiste en que los cónyuges vivan en el mismo domicilio, el cual será establecido de común acuerdo, teniendo ambos la misma autoridad.

Esta obligación es uno de los elementos esenciales o básicos para que exista una convivencia e intimidad como cónyuges, para hacer posibles los deberes de ayuda mutua y fidelidad.

La cohabitación es tanto un derecho como una obligación, uno lleva a la otra de la mano, y significa un compromiso personal que se hacen ambos, siempre y cuando no haya ninguna imposición particular de alguno de ellos, de la cual se haga imposible la vida cotidiana. Por otro lado, cabe señalar que el incumplimiento de esta obligación puede dar lugar a un divorcio, ya que se configuran dos causales reguladas por el Código Civil para el Distrito Federal:

Artículo 267.- Son causales de divorcio:

...VIII. La separación injustificada de la casa conyugal por más de seis meses, y;

IX. La separación de los cónyuges por más de un año, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualquiera de ellos.²³

²³ *Código Civil Del Distrito Federal*, Ed. Pac, México, 2005, pp. 87-88.

Artículo 163.-Los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal. Se considera domicilio conyugal, el lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges, en el cual ambos disfrutan de autoridad propia y consideraciones iguales.

Los tribunales, con conocimiento de causa, podrán de aquella obligación a alguno de los cónyuges, cuando el otro traslade su domicilio a país extranjero, a no ser que lo haga en servicio público o social; o se establezca en lugar que ponga en riesgo su salud e integridad.

3. Deber de Fidelidad

La fidelidad nace y comprende, no sólo actos de no hacer relativos a abstenerse de relaciones genito-sexuales con persona distinta del cónyuge, sino también del cumplimiento de la promesa dada y el compromiso diario y permanente entre los cónyuges, comprende la permanencia del matrimonio como forma y camino de la vida. La fidelidad es un deber que se da en igualdad, es complementario y se exige como recíproco; es intransmisible, intransigible e irrenunciable.²⁴

²⁴ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Op. Cit.*, p. 386

Dicho deber protege en dicha forma a la dignidad, el honor de los cónyuges e inclusive la certeza de la paternidad de los hijos procreados. Los contrayentes, al momento de comprometerse en matrimonio manifiestan infinidad de promesas de amor y fidelidad; y lo hacen porque están enamorados. Ahora bien, es muy importante que al momento en que se unan en matrimonio, estén conscientes, tanto mental como sentimentalmente; de la intención de vivir juntos para toda la vida, porque ese es uno de los fines del matrimonio: La permanencia; y no traicionarse el uno al otro, ya que esto conlleva muchos problemas en una relación afectiva, afectando generalmente a los hijos cuando los hay.

No obstante, consideramos que si mediante el perdón se supera dicha infidelidad, es positivo, siempre y cuando exista una seria promesa de no volver a fallar.

El incumplimiento de este deber es regulado por la ley, como adulterio y constituye una causal de divorcio conforme el artículo 266, fracción I del Código Civil del Distrito Federal.

No cabe duda que la infidelidad lastima los sentimientos de la otra parte y en muchas ocasiones daña o lesiona gravemente a la familia si ya se ha formado. Además, la comprobación de esta causal en el juicio de divorcio es muy complicada, pudiendo considerarse como una injuria grave en perjuicio del cónyuge inocente.

4. Deber de asistencia o Ayuda mutua

Una de las principales obligaciones que tienen los cónyuges es el de contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio; y al auxiliarse mutuamente, esta ayuda recíproca es un elemento esencial en el matrimonio. Difiere de cualquier obligación, ya sea en cuestión de los alimentos, de la habitación, pues va más allá de eso, al significar un sentimiento de afecto al otro cónyuge; es un deber de estar juntos como pareja en todo momento, tanto en las buenas como en las malas, y durante toda la vida del matrimonio.

La integración de ambos esposos, nace del matrimonio, cuando es preciso para la realización de cada uno de los miembros de la familia, tener la obligación moral y jurídica de contribuir a las cargas del hogar conyugal.

Es posible que estos deberes no siempre se cumplan en igualdad de condiciones, como en el caso de que el marido contribuya al sostenimiento económico del hogar y por su parte, la esposa también aporte su trabajo efectuado dentro o fuera del domicilio conyugal; no obstante, el esfuerzo debe de valorarse por igual al ser un compromiso armónico de los cónyuges en su hogar.

5. Obligación alimentaria

Los cónyuges tienen la obligación de darse alimentos, además, como ya lo mencionamos, de contribuir económicamente al sostenimiento del hogar conyugal, ya sea que el hombre aporte un gasto para su esposa, o que lo hagan ambos y procuren la satisfacción de las necesidades de sus hijos si los hubiera.

Artículo 164 Bis.- El desempeño del trabajo en el hogar o el cuidado de los hijos se estimará como contribución económica al sostenimiento del hogar.

Los alimentos no sólo comprenden la comida, el vestido, la habitación, sino también la asistencia en casos de enfermedad y “respecto a los menores los alimentos comprenden además, los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista y proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos adecuados a su sexo y circunstancias personales.”²⁵

Artículo 164.- Los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de éstos en los términos que la ley establece, sin perjuicio de distribuirse la carga en la forma y

²⁵ *Ibidem*, p. 392

proporción que acuerden para este efecto, según sus posibilidades. A lo anterior no está obligado el que encuentre imposibilitado para trabajar o careciere de bienes propios, en cuyo caso el otro atenderá íntegramente a esos gastos.

Los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio serán siempre iguales para los cónyuges e independientes de su aportación económica al sostenimiento del hogar.

La ley determinará cuando queda subsistente esta obligación en los casos de separación, divorcio, nulidad de matrimonio y otros que la misma ley señale, el desempeño del trabajo en el hogar o el cuidado de los hijos se estimará como contribución económica al sostenimiento del hogar.

c) Solemnidad

En la celebración de las nupcias, una vez que los contrayentes hayan manifestado su voluntad de unirse en matrimonio, sin que haya impedimento alguno; el Oficial del Registro Civil expresará la voluntad de ambos ante el Estado y la sociedad para declararlos jurídicamente cónyuges.

La falta de la declaración del Oficial del Registro Civil produce la inexistencia del acto jurídico, las solemnidades son esenciales para el

matrimonio. Podemos considerar que son esenciales para la existencia misma del acto jurídico, las siguientes solemnidades:

- a) Que se otorgue el acta matrimonial;
- b) Que se haga constar en ella tanto la voluntad de los consortes para unirse en matrimonio, como la declaración del Oficial del Registro Civil considerándolos unidos en el nombre de la ley y de la sociedad;
- c) Que se determinen los nombres y apellidos de los contrayentes.²⁶

Habiendo hecho referencia a las solemnidades, ahora explicaremos las formalidades. Como anteriormente lo mencionamos, las solemnidades son esenciales para la existencia del matrimonio, en tanto las formalidades sólo se requieren para su validez.

Las personas que deseen contraer matrimonio deberán presentar una solicitud por escrito ante el Oficial del Registro Civil, del domicilio de cualquiera de ellos. En dicha solicitud expresarán su voluntad de unirse en matrimonio, sus nombres, la de sus padres, su edad, ocupación y domicilio y que no tienen impedimento legal para casarse.²⁷

²⁶ *Ibidem*, p. 295

²⁷ SOTO PEREZ, Ricardo, *Nociones de Derecho Positivo Mexicano*, 22ª ed., Ed. Esfinge, México, p. 146

Las formalidades serán todas las demás que se mencionan en los artículos 101, 102 y 103 del Código Civil del Distrito Federal, consistentes en:

Artículo 101.- El matrimonio se celebrará dentro de los ocho días siguientes a la presentación de la solicitud de matrimonio, en el lugar, día y hora que se señale para tal efecto.

Artículo 102.- En el lugar, día y hora designados para la celebración del matrimonio deberán estar presentes, ante el Juez del Registro Civil, los pretendientes o su apoderado especial constituido en la forma prevenida en el artículo 44.

Acto continuo, el Juez del Registro Civil leerá en voz alta la solicitud de matrimonio, los documentos que con ella se hayan presentado y las diligencias practicadas, les hará saber los derechos y obligaciones legales que contraen con el matrimonio, para posteriormente preguntar a cada uno de los pretendientes si es su voluntad unirse en matrimonio, y si están conformes, los declararán unidos en nombre de la ley y de la sociedad.

Artículo 103.- Se levantará luego el acta de matrimonio en la cual se hará constar:

- I. Los nombres, apellidos, edad, ocupación, domicilio y lugar de nacimiento de los contrayentes;
- II. Si son mayores o menores de edad;

- III. Los nombres, apellidos, ocupación y domicilio de los padres;
- IV. En su caso, el consentimiento de quien ejerza la patria potestad, la tutela o las autoridades que deban suplirlo;
- V. Que no hubo impedimento para el matrimonio o que éste se dispensó;
- VI. La declaración de los pretendientes de ser su voluntad unirse en matrimonio, y la de haber quedado unidos, que hará el juez en nombre de la ley y de la sociedad;
- VII. La manifestación de los cónyuges de que contraen matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal o de separación de bienes;
- VIII. DEROGADA (*Gaceta Oficial del Distrito Federal* del 13 de enero del 2004)
- IX. Que se cumplieron las formalidades exigidas en el artículo anterior

El acta se firmará por el Juez del Registro Civil, los contrayentes y las demás personas que hubieren intervenido si supieren y pudieren hacerlo.

En el acta se imprimirán las huellas digitales de los contrayentes.²⁸

²⁸ *Código Civil para el Distrito Federal*, pp. 36-38

2.2 Elementos de validez

Como podemos observar, los elementos de validez son:

- a) La capacidad
- b) Licitud en el objeto, motivo o fin y condición
- c) Ausencia de vicios en el consentimiento
- d) La forma

Estos elementos, son necesarios en el matrimonio, como en todo acto jurídico, ya que están contemplados o regulados por el Código Civil.

a) La capacidad

Para poder abordar este tema, primeramente daremos una definición de capacidad:

De acuerdo con Bonnecase, la capacidad es la aptitud de una persona para ser titular de cualquier derecho, de familia o patrimonial, y para hacer valer por sí misma los derechos de que éste investida.²⁹

Sabemos que hay dos tipos de capacidad: la de goce y la de ejercicio. A continuación se expondrán ambos.

La capacidad de goce.- es la aptitud de una persona para participar en la vida jurídica por sí misma o por medio de un representante, figurando en una

²⁹ BONNECASE, Julien, *Op. Cit.*, p. 164

situación jurídica o en una relación de derecho, para beneficiarse con las ventajas o soportar las cargas inherentes a dicha situación.³⁰

La postura de Julien Bonnecase, explica que la capacidad de goce es la aptitud de ser titular de un derecho, por lo tanto, una persona nunca puede ser suprimida, pero si se le puede hacer sufrir algunas restricciones, en todo caso, no existen incapacidades de goce generales, pero, por el contrario, hay incapacidades de goce especiales, forzosamente muy limitadas en número, pues parece que atentan contra la esencia de la misma personalidad.

Siguiendo el contenido de las disposiciones aplicables del Código en comento, podemos citar los siguientes preceptos:

Artículo 450.- Tienen incapacidad natural y legal;

- I. Los menores de edad;
- II. Los mayores de edad por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que le supla.

³⁰ BONNECASE, Julien, *Op. Cit.* p. 164

- II. Los sordomudos que no saben leer ni escribir;
- III. Los ebrios consuetudinarios y los que habitualmente hacen uso inmoderado de drogas enervantes.

Artículo 451.- Los menores de edad emancipados por razón del matrimonio, tienen incapacidad legal para los actos que se mencionan en el artículo relativo al Capítulo I del Título décimo de este Libro.³¹

En cuanto a la capacidad de ejercicio.- Está se opone a la capacidad de goce, ya que es la aptitud plena de una persona para poder participar por sí misma en la vida, tanto en una situación jurídica, como en una relación de derecho, para poder ser apto a los derechos y obligaciones que afronte por sí misma, es decir, que los contrayentes tienen la mayoría de edad para poder celebrar el matrimonio, con todo y sus responsabilidades y derechos que el Estado y así tener una vida en común.

Artículo 148.- Para contraer matrimonio es necesario que ambos contrayentes sean mayores de edad.

Los menores de edad podrán contraer matrimonio, siempre y cuando ambos hayan cumplido dieciséis años. Para tal efecto, se requerirá del consentimiento del padre o de la madre o en su defecto el tutor; y a falta o negativa o imposibilidad de éstos, el

³¹ Código Civil para el Distrito Federal, p. 158

Juez de lo Familiar suplirá dicho consentimiento, el cual deberá ser otorgado atendiendo a las circunstancias especiales del caso.

En caso de que la contrayente se encuentre en estado de gravidez, y así lo acredite a través del certificado médico respectivo el Juez del Registro Civil, a petición del padre o de la madre podrá dispensar el requisito a que se refiere el párrafo anterior, pero en ningún caso podrá ser otorgada dicha dispensa a menores de 14 años.

Artículo 162.- Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente.

Los cónyuges tiene derecho a decidir de manera libre, informada y responsable el número y esparcimiento de sus hijos, así como emplear, en los términos que señala la ley, cualquier método de reproducción asistida, para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges.³²

Y los demás artículos que establece el Capítulo III "De los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio"

³² *Ibidem*, p. 52 y 56

b) Licitud en el objeto, motivo, fin, y condición.

Encontramos en materia matrimonial, una modalidad de importancia, en cuanto a que para el caso de ilicitud en el fin o en la condición, no se establece la nulidad del acto jurídico, sino que subsiste el matrimonio, pero son nulos los pactos que vayan en contra de sus fines, o bien, se tienen por no puestas las condiciones que pretendan contrariar los mismos

La nulidad del matrimonio es la disolución del vínculo en la vida de los cónyuges por causas anteriores a la celebración del mismo o por falta de la formalidad en el acto de la celebración.³³

Para Rojina Villegas, la nulidad del matrimonio cuando en sí mismo el acto es ilícito, se presenta en los siguientes casos:

- Adulterio habido entre las personas que pretendan contraer matrimonio;
- Atentando contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre;
- Rapto, cuando la mujer no sea restituida a lugar seguro, donde libremente puedan manifestar su voluntad;
- Bigamia, e
- Incesto.

³³ MONTERO DUHUALT, Sara, *Derecho de Familia*, Ed. Porrúa, México, 1984, p. 174.

En los cinco supuestos anteriores se nulifica el matrimonio por ilicitud en el mismo acto.

c) Ausencia de vicios en el consentimiento

La ausencia de vicios en el consentimiento, constituye un elemento de validez en el tema que estamos tratando, el matrimonio; aquí solamente dichos vicios son lo que inciden sobre algunos de los elementos del acto voluntario, y son: el error, el dolo o la violencia.

Estas figuras pueden ser aplicadas, al matrimonio y hacen prolongables las reglas sobre los contratos a todos los demás actos jurídicos, siempre y cuando no se opongan a la naturaleza de éstos, y a las disposiciones especiales de la ley sobre los mismos. A continuación, expondremos un breve bosquejo sobre cada uno de estos elementos.

El error.- Este tiene relevancia propia; se presenta con relación a la persona con quien se contrae el matrimonio, y que éste se haya celebrado concurriendo alguno de los impedimentos legales, siempre que no haya sido dispensado en los casos en que así proceda o que se haya celebrado en contravención de las disposiciones legales que describen las formalidades del dicho acto jurídico.

El dolo.- Como vicio del consentimiento matrimonial, el dolo presenta íntima vinculación con el error, porque viene a calificar las conductas de quien mediante las maniobras, artificios o maquinaciones ha inducido al otro contrayente a contraer nupcias.³⁴

Si tales maniobras han provocado caer en el error sobre las cualidades personales, por lógica debe ser aprobada la acción dolosa que ha sido grave y determinante. Para poder hacer una interpretación de la gravedad del dolo y de su carácter determinante en la celebración del matrimonio, debe ser apreciada la naturaleza específica de tal acto.

La violencia.- Este vicio del consentimiento matrimonial incide sobre la libertad en el consentimiento y puede importar tanto violencia física, como violencia moral o intimidación.³⁵

La violencia física, consiste en que uno de los contrayentes utilizara la fuerza, para así poder obtener su fin que es el consentimiento. Consideramos que, debido a que el matrimonio es un acto público y además se celebra ante un oficial público no es muy común que se usara tal violencia durante el mismo.

³⁴ BOSSERT, Gustavo A. y Eduardo A., Zannoni, *Manual de Derecho de Familia*, 3ª ed., Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo de Depalma, Argentina, 1993, p. 142.

³⁵ *Ibidem*, p. 145

Con respecto a la violencia moral o intimidación, el matrimonio puede celebrarse bajo amenazas, es decir, que uno de los contrayentes presiones al otro para poder obtener su fin, que es el matrimonio. Esto trae como consecuencia que el matrimonio quede viciado, ya que no hay consentimiento pleno de la otra parte, en cambio, si el contrayente diera su consentimiento en forma simulada. Esto conlleva al supuesto de la reserva mental.

En este último supuesto, sería necesario, hacer una valoración sobre la conducta del contrayente que otorga su consentimiento de buena fe frente al otro, ya que sabemos que no es lo que desea, y se puede recurrir a la nulidad del matrimonio.

d) La forma

En general, los actos jurídicos para realizarse no necesitan de las formalidades que determina la ley, ya que expresan su voluntad como lo deseen, verbalmente o por escrito, y emplean las formulas que quieran. Por excepción, ciertos actos o contratos deben realizarse en una forma determinada, como ejemplo: la figura del matrimonio se constituye en una acta en los libros del Registro Civil.

Los actos no sujetos a determinadas formalidades se llaman consensuales, porque no tienen otro elemento necesario para su formación, fuera de la voluntad

o consentimiento; los otros se llaman formales. Con relación al carácter territorial de las leyes relativas a la forma en los actos jurídicos, hay una regla *Locus regit actum* se aplica a las solemnidades que exigen ciertos actos jurídicos.

3. Características del concubinato

Habiendo estudiado la institución del matrimonio, en donde observamos que tiene ciertos elementos esenciales y de validez, como todo acto jurídico; ahora analizaremos las características del concubinato, el cual, no obstante que no es un acto jurídico, sí produce efectos jurídicos, y cabe aclarar, que es un hecho lícito, en virtud de que aunque no está regulado como institución por el orden jurídico, tampoco se opone a éste. Conforme al Código Civil para el Distrito Federal, cuyo artículo 291 Bis establece lo siguiente.

Capítulo XI

Del concubinato

Artículo 291 Bis.- La concubina y el concubinario tienen derechos y obligaciones recíprocos, siempre que sin impedimentos legales para contraer matrimonio, han vivido en común en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años que preceden inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones a los que alude este Capítulo.

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

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

Para que el concubinato produzca consecuencias de Derecho, se desprenden las siguientes características:

- a) Temporalidad
- b) Continuidad
- c) Heterosexualidad
- d) Fidelidad
- e) Cohabitación
- f) Procreación
- g) Ayuda mutua
- h) Autoridad
- i) Publicidad

a) Temporalidad

Para que esta figura surta los efectos correspondientes, es necesario que los concubinos vivan juntos, por lo menos dos años, como si fueran un matrimonio. Este requisito es indispensable, a menos de que ya hubieran procreado hijos, pues en tal caso, no se solicitará un determinado tiempo en la duración del concubinato.

Una de las diferencias entre esta figura y el matrimonio radica en que, en este último, mediante la intervención del Oficial del Registro Civil al declararlos marido y mujer, se constituye un acto jurídico solemne; y en el concubinato no sucede lo mismo, pues es necesario que haya transcurrido tiempo determinado para que los miembros de la pareja que vive en un unión libre, sean considerados concubinos.

b) Continuidad

Esta característica da un enfoque más profundo al concubinato, ya que se necesita una estabilidad y continuidad en la relación, sin que haya ningún tipo de interrupciones en la cohabitación.

De acuerdo con la autora Herrerías Sordo, la continuidad del concubinato debe demostrarse, no tanto por la convivencia material, sino por la voluntad real de estar juntos.³⁶

³⁶ HERRERIAS SORDO, María del Mar, *op. cit.*, p. 34

La relación concubinaria debe ser constante en su vida juntos, pero en ocasiones se dan las separaciones en una forma excepcional. Queremos decir que, en ocasiones, uno de los dos tiene que salir por causa de fuerza mayor, o por motivos de trabajo fuera de su lugar de residencia; en tal caso, si ambos están de acuerdo en que esa separación temporal no significa dar por terminada la relación o suspender está, sino que es voluntad de ambos permanecer unidos en cualquier circunstancia, entonces el concubinato subsiste.

En caso contrario, si en la relación hay constante separación, estaríamos en presencia de relaciones sexuales eventuales, no existiendo en tal supuesto, la figura del concubinato.

c) Heterosexualidad

El concubinato es una unión libre entre un hombre y una mujer, pero si hablamos de que es la relación entre dos personas del mismo sexo no existe tal figura, ya que la ley no reconoce las uniones homosexuales en ningún aspecto.

Debido a que la ley exige a los concubinos la cohabitación permanente entre un hombre y una mujer; y no entre personas del mismo sexo, se entiende que la relación concubinaria, al igual que el matrimonio, debe estar integrada por la relación heterosexual.

d) Fidelidad

Al igual que en el matrimonio, en el concubinato también debe de existir esta característica especial que es la fidelidad, entre la concubina y el concubinario, lo cual significa asumir en forma recíproca un respeto mutuo en todos los aspectos, en su vida íntima, en su relación social y familiar.

Al respecto, el Doctor Flavio Galván Rivera manifiesta que esta situación se ve jurídicamente reflejada en la existencia *sine qua non* de que el concubinato sea una unión heterosexual seria, ininterrumpida, estable, permanente y singular, esto es, entre un solo hombre y una sola mujer. De no ser satisfecho este deber-derecho de fidelidad, de no darse esta relación en forma singular, única y exclusiva, esto es, sólo entre los miembros de la pareja, el concubinato será jurídicamente inexistente.³⁷

Por las razones señaladas, se afirma que la fidelidad tiene una trascendencia de suma importancia, ya que constituye uno de los elementos principales de toda relación de pareja. Por lo tanto, debe prevalecer una constante comunicación, entre ambos para evitar problemas posteriores y convivir en armonía, responsabilizándose de la decisión de vivir juntos como una pareja estable. Si bien es cierto que la fidelidad no está expresamente establecida en el Código Civil como una obligación que nace del matrimonio o del concubinato,

³⁷ GALVÁN RIVERA, Flavio, *El concubinato en el vigente derecho mexicano*; 1ª ed., Ed. Porrúa, México, 2003, p. 142

interpretando el artículo 267, fracción I, que incluye al adulterio como causal de divorcio, podemos desprender que en el matrimonio, existe este deber, y por analogía, también en el concubinato.

e) Cohabitación

Esta característica es un elemento primordial para que surja la existencia del concubinato; es una necesidad, un deber y un derecho recíproco entre ambos. Esta convivencia, al igual que en el matrimonio, debe realizarse de una forma estable, seria, constante y permanente.

La cohabitación implica, por tanto, la comunidad de vida, es decir, posibilita que la pareja concubinaria, en mayor o menor medida, comparta la vida en todos los aspectos que determinan situaciones que exigen consideraciones y soluciones por parte del Derecho.

Si no se llevara a cabo tal convivencia, simplemente no se daría la figura del concubinato, en virtud de que implicaría situaciones distintas, que frente a concretos problemas jurídicos, pueden determinar distintas soluciones. La notoriedad que tiene esta unión del hombre y la mujer, consiste en que la cohabitación, debe ser del conocimiento público, es decir, no ser ocultada por ninguno de ellos.

f) Procreación

La generación de la prole es una de las consecuencias normales y naturales del concubinato, también se observa en el matrimonio, al existir cohabitación y vida sexual entre una mujer y un hombre.

La procreación tiene su motivación en conseguir la perpetuación de la especie, por así llamarla, la llegada de los hijos. En condiciones naturales, toda familia surge de la constante relación sexual entre dos personas de distinto sexo, siempre y cuando vivan bajo el mismo techo, y significa uno de los fines que persiguen los concubinos cuando desean dar origen a nuevas generaciones, además de ser reconocido como un derecho fundamental de todo individuo. Debe ser una manifestación de la voluntad de la pareja, que cuando llegue el momento de tener una nueva familia, lo hagan de una manera responsable, madura, y sobre todo puedan ambos atender todas las necesidades que esto conlleva.

g) Ayuda mutua

Al igual que sucede con los cónyuges; la concubina y el concubinario tienen el deber de prestarse ayuda y apoyo mutuo en todas y cada una de las situaciones que se presentan.

Esta ayuda puede apreciarse fundamentalmente en el aspecto económico, consistente en la aportación de los recursos indispensables para hacer frente a las múltiples necesidades derivadas de la convivencia en familia, como son los alimentos, el vestido, los estudios, y cada uno de los elementos esenciales que se van produciendo a lo largo del tiempo.

Este deber puede subsistir, en caso de fallecimiento de alguno de los concubinos, siempre y cuando se cumplan con todos y cada uno de los requisitos que establezca la ley. Al respecto, cabe citar el artículo 1368 del Código Civil para el Distrito Federal.

Artículo 1368.- El testador debe dejar alimentos a las personas que se mencionan en las fracciones siguientes:

...V. A la persona con quien el testador vivió como si fuera su cónyuge durante los cinco años que procedieron inmediatamente a su muerte o con quien tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libre del matrimonio durante el concubinato y que el superviviente esté impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes. Este derecho sólo subsistirá mientras la persona de que se trate no contraiga nupcias y observe buena conducta. Si

fueren varias las personas con quien el testador vivió como si fuera su cónyuge, ninguna de ellas tendrá derecho a alimentos.³⁸

Debido a que el concubino supérstite tiene derecho a heredar por vía legítima o testamentaria, en esta última hipótesis, aunque no sea designado heredero, el testador tiene el deber de dejarle alimentos por el mismo lapso de duración del concubinato.

h) Autoridad

En el concubinato, al igual que en el matrimonio, la pareja tiene igualdad en cuestión a la autoridad en el hogar, deben tenerse respeto y decidir de común acuerdo todo lo concerniente a la organización familiar, la educación de los hijos y administración de los bienes.

TITULO CUARTO BIS

De la familia

CAPITULO UNICO

Artículo 138 Ter.-Las disposiciones que se refiere a la familia son de orden público e interés social y tienen por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros, basados en el respeto a su dignidad.

³⁸ Código Civil para el Distrito Federal, Op. Cit. p. 386.

Artículo 138 Quáter.-Las relaciones jurídicas familiares constituyen el conjunto de deberes derechos y obligaciones de las personas integrantes de la familia.

Artículo 138 Quintus.-Las relaciones jurídicas familiares generadoras de deberes, derechos y obligaciones surgen entre las personas vinculadas por lazos de matrimonio, parentesco o concubinato.

Artículo 138 Sextus.-Es deber de los miembros de la familia observar entre ellos consideración y respeto recíprocos en el desarrollo de las relaciones familiares.³⁹

La relevancia de esta preceptiva, radica en el reconocimiento de la igualdad jurídica entre el hombre y la mujer, ya que ambos tienen los mismos derechos y obligaciones al realizar su vida en pareja, con respeto mutuo, así como una adecuada y congruente dignidad humana.

³⁹ CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, p. 49

i) Publicidad

Este requisito consiste en que las personas que viven en concubinato, deben exhibir públicamente su relación. En cambio, en el matrimonio, para que se produzcan los efectos jurídicos establecidos en la ley, basta con que los contrayentes acudan ante el Oficial o Juez del Registro Civil, con la finalidad de que éste a su vez, conforme al poder que le otorga el Estado, los declare marido y mujer, cumpliendo con todos los requisitos que la ley dispone.

En el concubinato, a diferencia del matrimonio, se requiere que la unión tenga una duración mínima de dos años, o haber procreado un hijo, que estén libres de matrimonio, que los concubinos se traten como si fueran marido y mujer, que se presenten como pareja ante terceros. Consideramos que la pareja no necesita manifestar verbalmente a terceros o a la sociedad, que están unidos en concubinato, para que la relación exista.

En este contexto, la posesión de estado de concubinos está integrada por el nombre, el trato y la fama que se dan ambos, aunque estos no son elementos indispensables. No obstante, estos requisitos son muy importantes para poder aprobar o reconocer los efectos jurídicos previstos por la ley. Sobre todo, el que consiste en el trato que hay entre la concubina y el concubinario, el cual se exterioriza ante terceros o la sociedad.

j) Ausencia de la formalidad y solemnidad

Una de las principales diferencias entre la unión concubinaria y el matrimonio, es justamente que este último es un acto jurídico solemne, en él, como ya lo estudiamos anteriormente, el incumplimiento de las formalidades establecidas por la ley originan la nulidad del mismo, mientras que la primera carece de toda formalidad, se inicia con la simple manifestación de la voluntad de los concubinos, en atención a que la ley no regula ninguna formalidad en el concubinato, sino que basta con que cumplan con determinados requisitos, que ya han sido mencionados, para que produzca los efectos jurídicos correspondientes.

4. Naturaleza jurídica del concubinato

Con la finalidad de precisar la naturaleza jurídica del concubinato, es necesario comprender y distinguir las definiciones de acto y hecho jurídico.

A continuación, expondremos un bosquejo general de los actos y hechos jurídicos en el Derecho Familiar. Conforme a nuestro a Derecho Privado, los efectos jurídicos pueden consistir en la creación, transmisión, modificación y extinción de obligaciones y derechos.

Dentro de esta clasificación, encontramos dos categorías que son: Los actos jurídicos y los hechos jurídicos.

4.1 Definición de acto jurídico

Con base en el Derecho Privado, se define al acto jurídico como una manifestación exterior de voluntad que se hace con el fin de crear, transmitir, modificar o extinguir una obligación o un derecho que produce el efecto destacado por su autor, porque el Derecho sanciona esta voluntad.⁴⁰

Para Rojina Villegas, los actos jurídicos en el Derecho de Familia, son aquellas manifestaciones de voluntad unilateral o plurilateral que tienen por objeto crear, modificar o extinguir y obligaciones de carácter familiar o crear situaciones jurídicas permanentes en relación con el estado civil de las personas.

En el derecho de Familia no sólo existen derechos y obligaciones patrimoniales y económicas, sino también deberes familiares; el tipo deber del acto jurídico familiar es crear el vínculo que constituya un estado jurídico y de parentesco.

En la orientación del acto jurídico general se crean, transmiten, modifican y extinguen derechos y obligaciones de carácter familiar. Asimismo, unos

⁴⁰ CHAVEZ ASENCIO, Manuel, *op. cit.* p. 310

constituyen una relación conyugal o familiar con los deberes jurídicos familiares que no tienen contenido económico, y otros conforman una relación jurídica de contenido económico con las obligaciones y derechos familiares.

Como lo puntualizamos, para Rojina Villegas el acto jurídico es la relación jurídica que contiene deberes, derechos y obligaciones, que deben ser permanentes mientras dure el estado jurídico, ya que éste puede concluir por otro acto jurídico como: el divorcio, la renovación de la adopción, separación del tutor, desconocimiento de la paternidad, que atraen como consecuencia la terminación del estado familiar correspondiente.

Los actos jurídicos en la relación familiar y conyugal, presentan diferencias, pero en términos generales, requieren de la existencia de un estado familiar, duración, asegurando más semejanzas con la permanencia de las relaciones jurídicas de carácter personal.

Como rasgo característico, la familia tiene la necesidad de la presencia de un representante del Estado en los actos que crean el estado familiar y el parentesco, al igual los actos jurídicos que lo extinguen, el matrimonio, la adopción, el reconocimiento de hijos, y demás situaciones jurídicas requieren la presencia y declaración del Juez del Registro Civil o del Familiar para su existencia.

También el acto jurídico tiene el efecto de regular o de reglamentar deberes, obligaciones y derechos previamente surgidos por diverso acto jurídico. En el matrimonio surgen obligaciones y derechos que van a vivirse o a ejercerse durante la vida conyugal y para este efecto es posible que entre consortes se celebren convenios, que establezcan la manera y forma de cómo revivirá la relación jurídica.

Para la existencia de los actos jurídicos familiares, hay unos que se refieren a derechos subjetivos y obligaciones que no tienen contenido pecuniario, y éstos son los que se encuentran en las relaciones familiares y matrimoniales que generan más deberes jurídicos conyugales y familiares que los que tienen contenido pecuniario, y por lo tanto los actos jurídicos se deben de clasificar en: Actos jurídicos que generan deberes conyugales y familiares por un lado, y actos jurídicos que generan derechos y obligaciones de carácter pecuniario por el otro.

La diferencia entre uno y otro es que los actos jurídicos familiares, que no tienen contenido pecuniario, en donde se generan deberes jurídicos conyugales y familiares, son distintos a los derechos y obligaciones que se generan por los actos jurídicos de contenido pecuniario. Por lo tanto, no es la misma relación jurídica, ni los mismos derechos subjetivos que se generan entre los cónyuges relativo al cumplimiento de los fines del matrimonio (como ya lo estudiamos en los elementos del matrimonio, son la procreación y la ayuda mutua), ya que se satisfacen mediante una serie de actos conyugales cuya naturaleza no es

económica, mientras que de aquélla otra relación jurídica tiene por objeto la creación, modificación, transferencia, extinción de derechos y obligaciones económicas que se refieren a los alimentos, al patrimonio de los menores, a la herencia y a las demás situaciones concernientes a estos actos jurídicos.

Según Chávez Asencio, los elementos del acto jurídico familiar son: 1. El sujeto, 2. El objeto y 3. La forma. Estos nos permiten aceptar que existe una categoría de actos jurídicos familiares, y que sobre todo constituyen una especie dentro del género de los actos jurídicos en general.⁴¹

Estos elementos ya fueron estudiados en los conceptos anteriores, los cuales se refieren a los elementos esenciales y de validez en el matrimonio. Como ya lo observamos, el matrimonio es un acto jurídico, porque tiene consecuencias de Derecho que son muy importantes para la constitución de la familia y que generan deberes, derechos y obligaciones especiales entre los cónyuges. A diferencia del concubinato, el matrimonio crea un estado civil originado por un acto jurídico solemne en el que intervienen los cónyuges y el Juez del Registro Civil.

4.2 Definición de Hecho Jurídico

La norma jurídica es la fuente original de los derechos subjetivos; para que éstos nazcan, se transformen o se extingan de acuerdo con aquélla, es necesario

⁴¹ CHAVEZ ASENCIO, Manuel, *op. cit.* p. 331

que se origine una situación determinada. Los hechos jurídicos son los acontecimientos a los que el Derecho atribuye consecuencias consistentes en el nacimiento, la modificación o la pérdida de derechos, o situaciones jurídicas de la persona.⁴²

La consecuencia principal del hecho jurídico es que produce efectos en el ámbito del Derecho, tales como: el nacimiento, la muerte, la concepción del ser, el embarazo, entre otros. En todas estas situaciones encontramos un hecho natural que se relaciona con el hombre y que la norma jurídica toma en cuenta para que produzca consecuencias de Derecho.

Los hechos generados por el hombre, se subdividen en: Hechos voluntarios e involuntarios. a su vez los primeros se dividen en lícitos e ilícitos.

Algunos de los hechos voluntarios lícitos son: El enriquecimiento sin causa cuando no exista dolo o mala fe; la responsabilidad objetiva que consiste en la obligación de indemnizar por el uso de cosas peligrosas que causen daño, aún cuando se proceda lícitamente. Los ilícitos son: Los delitos, la recepción dolosa de lo indebido, el abuso de los derechos, la posesión de la mala fe, etc.⁴³

⁴² *Ibidem*, p. 358

⁴³ *Ibidem*, p.361

El concubinato es un hecho jurídico voluntario y lícito donde interviene la persona, ya que los concubinarios, aun cuando hay consecuencias de Derecho, no generan un estado de familia, sólo existe la relación con los hijos. Con respecto a los concubinos está el derecho de heredar y el de exigir alimentos en los casos y condiciones que el Derecho establezca.

Con la finalidad de puntualizar nuestro estudio comparativo entre el matrimonio y el concubinato es necesario destacar la discusión doctrinal que, a partir del Código Civil de 1928, fue generándose en torno a la regulación de ambas figuras.

De acuerdo a la interesante investigación de Jorge Adame Goddard, el régimen matrimonial de la etapa postmoderna se caracteriza por considerar al matrimonio como una mera comunidad ente un varón y una mujer, sin más obligación que la de proporcionarse alimentos y vivir en un mismo domicilio. El matrimonio prácticamente es considerado como una situación de hecho que termina en cuanto la convivencia se interrumpe por más de un año. Asimismo, la discusión doctrinaria sobre la naturaleza jurídica del matrimonio (contrato, estado civil, etcétera) terminaba en este periodo, dando por aceptado que el matrimonio participa de esos tres caracteres que no son contradictorios entre sí, sino complementarios. Pero nuevamente la intervención legislativa trastocará el concepto de matrimonio para llevarlo a la sola comunidad de vida.

La reforma de 1974, al proponer el derecho de cada persona a decidir sobre la procreación vino a poner en crisis el concepto del matrimonio civil. La doctrina

asume dos posiciones bien diferentes. Por una parte, Sánchez Medal ^{1ª} que hace una relación a un proyecto de un Código Civil para sustituir al de 1928, en su libro "Los Grandes Cambios en el Derecho de la Familia en México", y que a la postre escribe. "Nadie conoce a qué motivos obedece que en estos momentos se pretenda sustituir el Código Civil de la Revolución, en el de 1928, que a pesar de cincuenta años de vida no han perdido actualidad y en cuya elaboración definitiva colaboraron por espacio de cuatro años los grandes jurisconsultos de la época, por un nuevo Código Civil proyectando clandestinamente y a la ligera, que venga a echar por tierra la obra diaria del medio siglo de jurisprudencia de nuestros tribunales, así como las investigaciones y los estudios de escritores y profesores de Derecho Civil de la última centuria".⁴⁴ Por la otra Montero Duhalt y Pérez Duarte, cuya postura analizaremos más adelante.

En este orden de ideas, Sánchez Medal, al abordar el contenido del proyecto de 1978, expone las siguientes reflexiones:

1º. El nuevo proyecto institucionaliza en la ley el concubinato libre que hasta ahora tanto el Código Civil de 1928 como aún la misma Reforma de 1975, habían concedido efectos jurídicos al concubinato, solamente cuando este ya no exista, es decir, cuando había ya muerto el concubinario y para el solo efecto de conceder a la concubina sobreviviente derechos post-mortem sobre el patrimonio

⁴⁴ SANCHEZ MEDAL, Ramón, *Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia*, Ed. Porrúa, México, 1979, p. 25

de aquel, bien sea en sucesión testamentaria como acreedora a alimentos, y siempre que el uno y otro caso no hubiera dejado esposa el concubinario difunto.

Además, el código y la reforma en cuestión definieron expresamente a que clase de concubinato podían atribuirse los mencionados efectos jurídicos precisando que debía ser concubinato de un solo hombre y una sola mujer, que ninguno de los dos estuviera casado y que la relación concubinaria hubiera tenido una duración no menor de cinco años o que de ella hubiera habido descendencia de varios hijos.

En cambio, el nuevo proyecto que se comenta concede al concubinato, durante la existencia de este y no para cuando él había dejado de existir, efectos jurídicos paralelos a los de un matrimonio, imponiendo para ello en el artículo 338, "A cada uno de los concubinos la carga de contribuir al mantenimiento de la familia en un 50%, entendiéndose que la dirección y cuidado del hogar se considera como trabajo económicamente productivo y por lo tanto la aportación de quien lo realiza", que ahora en la actualidad el artículo es el 164 Bis., y además ni este precepto ni en ningún otro de los del título denominado concubinato en el citado proyecto, se define o se delimita el concepto de concubinato, de tal suerte que se reconoce plena eficacia jurídica al concubinato libre, sin importar, por tanto, que el mismo individuo sea concubino de varias personas y sin importar tampoco que se trate de un concubinato adulterino o incestuoso, porque ningún concepto ni límite

fija el proyecto al respecto, en el Código Civil vigente sí se precisan los requisitos para que exista el concubinato.

2º.- Equipara legalmente el concubinato y el matrimonio.- De acuerdo con su expresión de motivos del Código Civil de 1928 "Quiso rendir homenaje al matrimonio que la comisión considera como la forma legal y moral de constituir la familia", y si bien es cierto que concedió dicho código, según se hizo notar antes, algunos efectos restringidos al concubinato, después de definirlo perfectamente y de delimitarlo, y solo cuando el mismo ya no existía por haber fallecido antes el concubinario, reconoció que solo obedecía a que en esa época se había generalizado la existencia, sobre todo en las clases sociales populares de ciertas uniones irregulares, queriendo referirse sin duda a las de carácter religioso sin acudir a la sanción del Registro Civil, circunstancia esta que ha venido efectivamente a lado del matrimonio religioso.

En cambio, en el proyecto de que se trata, liberadamente se superpone e identifica el matrimonio con el concubinato, como una, mera relación entre hombre y mujer que crea o implica simplemente una comunidad de vida, e indistintamente coloca en el mismo nivel al matrimonio y al concubinato como fundamento de la familia, según aparece en los textos vigentes:

Artículo 193.- La familia es una agrupación natural que tiene su fundamento en una relación estable entre hombre y mujer.

Artículo 197.- El matrimonio es un acto jurídico en virtud del cual un hombre y una mujer se unen con la finalidad de crear una comunidad de vida armónica, firme y estable.

Artículo 328.- La familia que es fundada en una relación de concubinato solo tendrá eficacia para efectos legales, cuando la relación entre hombre y mujer consiste en actos sucesivos que implican una comunidad plena de vida.

Como se advierte, todas estas expresiones y definiciones del proyecto, intencionalmente difusas y vagas nada aclaran en lo absoluto acerca de "los fines del matrimonio", ni con respecto a "la perpetuación de la especie", y tampoco con relación a "la ayuda mutua de los cónyuges", no obstante que estas finalidades naturales del matrimonio se mencionen en forma dispersa en los artículos 225 y 198 del proyecto y cuyo texto copia ciegamente en este punto el contenido en el artículo 162 del vigente Código Civil.

3º.- Hace en la ley tan inestable al matrimonio como a cualquier unión libre.- Al efecto, el proyecto de referencia pretende imprimir al matrimonio el máximo de inestabilidad, ampliando y haciendo más difusas, elásticas y gaseosas las causales del divorcio, pues sí conforme al código vigente la puerta más ancha para el divorcio ha venido a ser hasta ahora la causa genérica consistente en las injurias y las sevicias, en el artículo 308 del citado proyecto se crean varias causas genéricas y de un contenido sumamente vago, tales como, "La conducta

deshonrosa o indigna de uno de los cónyuges que afecte la consideración que se debe", en la Fracción IV, "La infracción grave de cualquier otro de los deberes que surjan del matrimonio", en la Fracción V, "La comisión, por parte de uno de los cónyuges de cualquier acto grave que dañe a la persona o a los bienes del otro", en la Fracción VI. y por si fueran suficientes los hechos anteriores, "La incompatibilidad de caracteres que haga imposible la vida común", en la Fracción VIII.

Ante toda esta serie de facilidades y de apertura al divorcio, caerán por tierra las trascendentales tesis de jurisprudencia que en defensa del matrimonio y de la familia y, a favor de las buenas costumbres de la moral sexual, ha venido elaborando y manteniendo a lo largo de tantos años la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia.

4º.- El proyecto es incongruente consigo mismo.- No obstante amoral que adopta el proyecto al dar un tratamiento jurídico similar al matrimonio y al concubinato, no tiene empacho a pesar de ello en recurrir a criterios de ética para tratar de aconsejar a las parejas como deben de actuar en orden a la filiación.

Por nuestra parte, disentimos de Sánchez Medal en calificar de inmoral el tratamiento jurídico similar entre dichas figuras, ya que, tanto el matrimonio como el concubinato, tienen hoy en día deberes, derechos y obligaciones, semejantes; siendo la diferencia más significativa la solemnidad que existe en el primero que

es un acto jurídico y el segundo, un hecho jurídico voluntario y lícito, en el que evidentemente no existe la solemnidad.

Retomando el pensamiento de Sánchez Medal, se cuestiona la expresión en boga de "paternidad responsable" y sus derivados "filiación responsable" y "procreación responsable" a los que aluden los artículos 193 y 164 del proyecto, pues plantean solo un problema estrictamente moral, ajeno de todo al derecho civil, y no un aspecto de carácter jurídico.

En efecto, de acuerdo con nuestro derecho civil, desde la Ley sobre Relaciones Familiares hasta nuestros días, toda paternidad, sea legítimo natural, incluyendo dentro de esta última aún la adulterina y la incestuosa, es siempre bajo el punto de vista estrictamente jurídico una paternidad responsable, porque en las relaciones de padres a hijos siempre origina responsabilidades, es decir, engendran en todo caso los mismo derechos y obligaciones, ya que los hijos tienen con respecto a sus padres, sean legítimos o naturales, el derecho al apellido, el derecho a alimentos y el derecho a heredar, y por lo que se refiere a las relaciones de hijos a padres tienen aquellos los mismos deberes por cierto de carácter moral pero que repiten los códigos civiles incluyendo el proyecto a estudio en el artículo 448 que establece que "los hijos, cualquiera que sea su estado, edad y condición deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes".

Y así mismo con respecto a los hijos, los padres tienen los mismos derechos, toda vez que en el artículo 458 del proyecto en cuestión reconoce que "los que ejerzan la patria potestad o que tengan hijos bajo su custodia tienen la finalidad de corregirlos y la obligación de observar buena conducta que sirva a estos de buen ejemplo", acogiendo así de nuevo la mutilación de la reforma de 1975 que arrebató a los padres el derecho de castigar a los hijos aunque sea mesuradamente.

Las expresión de "Filiación responsable aceptada y dirigida por la pareja", contenida en el artículo 193 adherida al artículo 4º de la Constitución en el sentido de que "toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y esparcimiento en la procreación de sus hijos", son frases declaratorias que no tienen sentido jurídico alguno, sino a la luz de la moral, es decir, analizando desde el punto de vista ético si está o no facultada la pareja para tener relaciones maritales, si para lograr una mejor educación de los hijos es de observar o no determinado esparcimiento en la procreación y nacimiento de los hijos, y si sobre todo los medios empleados para este propósito son o no conformes a la naturaleza y finalidad del acto conyugal.

De nuestra perspectiva, analizando el párrafo anterior, sí tiene sentido jurídico consagrar en la ley principios como la paternidad responsable, ya que nuestra Carta Magna esta protegiendo y apoyando a las parejas que desean tener una familia, y por lo tanto sí esta facultada la pareja para tener dichas relaciones

sexuales, ya que la Constitución protege a la familia, y también a los hijos para que tengan una mejor educación y esparcimiento todo esto de la manera más honesta y responsable posible.

Por otra parte, las dos autoras citadas al referirse a la 2ª posición doctrinal, que se puede observar en la página 71 de esta tesis (Montero Duhalt y Pérez Duarte) sostienen, a partir de una perspectiva sociologista, que el matrimonio legal es sólo una estructura social impuesta en orden a regular la sexualidad de las personas. La procreación les parece que puede ser o no un fin de la pareja, de modo que no es un elementos esencial sino accesorio. Se pronuncia por entender el matrimonio simplemente como una comunidad afectiva.

Las reformas que se producen posteriormente, la introducción a la causal del divorcio por separación (1983) y la tipificación de la violación conyugal (1997) van en este último sentido.

Vale la pena notar que la doctrina mexicana nunca se expresó en contra de la emancipación de la mujer de la potestad marital, ni de su equiparación de derechos con el marido, pero sí se muestra en contra de la eliminación de los roles diferenciados que se dio en las reformas de 1974. Sánchez Medal, De Ibarrola y Pacheco la criticaron, considerando que se perjudica la educación de los hijos. Montero Duahlit y Pérez Duarte, en cambio, la aceptan y la primera propone, con el fin de proseguir en la equiparación de los sexos, que el trabajo doméstico, que por

lo general lo desempeña la mujer, se considere como aportación económica al hogar, como finalmente sucederá en el Código Civil del Distrito Federal de 2000

Según Adama Goddard, la diferencia del matrimonio con el concubinato se va difuminando gracias a un doble movimiento: uno aligera progresivamente el contenido de las obligaciones y derechos derivados del matrimonio y el otro incrementa los del concubinato. Si bien los autores reconocían una diferencia entre el matrimonio como "acto jurídico" y el concubinato como "hecho", ahora, en el nuevo Código Civil para el Distrito Federal, el concubinato ya no puede verse como una mera "situación de hecho", pues ya supone un estado civil, que genera parentesco, derechos y obligaciones alimentarias y derechos sucesorios. Hay incluso ventajas prácticas (informalidad, seguridad patrimonial, etcétera) del concubinato respecto del matrimonio civil.⁴⁵

El pensamiento de este autor, con relación al matrimonio y concubinato, es muy importante y sobresaliente, encuentran más condiciones debido a que destaca el interés de los legisladores por regular con mayor amplitud el concubinato. Como ejemplo de esto, tenemos la temporalidad; si se ha procreado un hijo antes del tiempo establecido ya se considera como concubinato; además tienen derechos y obligaciones similares al matrimonio; entre los concubinos se genera el derecho alimenticio y sucesorio; y si en el caso de que el concubinato se diera por terminado, cualquiera de las partes puede pedir pensión alimenticia por

⁴⁵ *Ibidem*, p. 114

un tiempo igual al que ha durado éste, como ya lo analizamos en el capítulo anterior, cada uno de estos requisitos o características hacen que el concubinato genere ya un estado familiar, y que sea muy semejante al matrimonio.

CAPITULO III

REGIMEN JURIDICO DEL CONCUBINATO EN

MEXICO

En este tercer capítulo analizaremos las diferentes disposiciones que conforman el marco jurídico del concubinato. Recapitulando la parte inicial de esta investigación, podemos percatarnos de que hemos estudiado los antecedentes históricos de esta figura, realizamos un bosquejo sobre las diferencias y semejanzas entre el matrimonio y el concubinato; y fue posible observar que tanto ambas figuras son parecidas entre sí, en virtud de que generan deberes, derechos y obligaciones similares.

Con respecto a las diferencias entre dichas figuras jurídicas, podemos destacar dos de ellas: mientras que el matrimonio es un acto jurídico solemne, y una institución; el concubinato sólo se requiere la voluntad de las partes para unirse como pareja, y no existe la solemnidad, ya que no se requiere de la intervención del Juez del Registro Civil. Además, el matrimonio es un acto jurídico, a diferencia del concubinato, cuya naturaleza jurídica es la de un hecho jurídico, voluntario y lícito, que genera consecuencias de Derecho entre los concubinos.

Asimismo, se estudiarán los ordenamientos vigentes que regulan el concubinato, como lo son: la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM); el Código Civil para el Distrito Federal (CCDF); la Ley Federal de Trabajo (LFT); la Ley del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) y la Ley del Instituto del Seguro Social al Servicio de los Trabajadores del Estado (ISSSTE).

Nuestro objetivo es analizar el concubinato y contribuir en la generación de propuestas a disposiciones o normas jurídicas, que lo regulan. Asimismo, consideramos que a través de las sugerencias que desarrollemos, intentaremos aportar medidas legislativas, que se traduzcan en beneficios para la familia.

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

(Artículo 4º)

1.1 Texto original

El artículo 4º de nuestra Carta Magna actualmente consagra la protección de el Estado debe a la familia con cédula de la sociedad. En este contexto, esta tutela también incluye al concubinato, en virtud de que constituye una de las formas en que puede fundarse dicha cédula.

No obstante lo anterior, en un principio este precepto no establecía ningún derecho relativo a la familia, conforme al texto original del 5 de febrero de 1917:

"A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos a tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad.

Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial.

La ley determinará en cada estado cuáles son las profesiones que necesitan título para su ejercicio, las condiciones que deban llenarse para obtenerlos y las autoridades que han de expedirlo"⁴⁶

1.2 Reformas constitucionales

A continuación, expondremos la trayectoria legislativa que en este precepto se ha desarrollado desde su génesis, apoyándonos en la interesante publicación de la Cámara de Diputados acerca de nuestra Constitución.

Luis Echeverría Álvarez,

Presidente de México, 1-XII-70/30-XI-76

Contenido de la primera reforma publicada en el *Diario Oficial* del 31-XII-1974.

Se establece la igualdad jurídica del varón y la mujer; la protección legal de la organización y desarrollo de la familia; y la paternidad responsable.

⁴⁶ TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes Fundamentales de México, 1808-1995*, 19ª ed., Ed. Porrúa, México, 1995, p. 819

José López Portillo,

Presidente de México, 1-XII76/30-XI-82

Contenido de la segunda reforma publicada en el *Diario Oficial* del 18-III-1980.

Obligación de los padres para satisfacer las necesidades y preservar la salud física y mental de los menores. La ley determinará la participación de las instituciones públicas en apoyo a los menores.

Miguel de la Madrid Hurtado,

Presidente de México, 1-XII-82/30-XI-88

Contenido de la tercera reforma publicada en el *Diario Oficial* del 3-II-1983.

Institucionalización de la garantía social del derecho a la salud.

Miguel de la Madrid Hurtado,

Presidente de México, 1-XII-82/30-XI-88

Contenido de la cuarta reforma publicada en el *Diario Oficial* del 7-II-1983

Institucionalización del derecho de toda la familia a disfrutar de una vivienda digna y decorosa.

Carlos Salinas de Gortari,

Presidente de México, 1-XII-88/30-XI-94

Contenido de la quinta reforma publicada en el *Diario Oficial* del 28-I-1992.

Institucionalización del derecho de los pueblos indígenas a la protección y promoción de su desarrollo.

Ernesto Zedillo Ponce de León,

Presidente de México, 1-XII-94/30-XI-00

Contenido de la sexta reforma publicada en el Diario Oficial del 28-VI-1999

Se adiciona a este artículo el reconocimiento al derecho que toda persona tiene a un medio ambiente adecuado tanto para su desarrollo como para su bienestar.

Ernesto Zedillo Ponce de León,

Presidente de México, 1-XII-94/30-XI-00

Contenido de la séptima reforma publicada en el Diario Oficial del 7-IV-2000

Fe de erratas publicada en el Diario Oficial del 12-IV-2000

Se adiciona y reforman los párrafos séptimo, octavo y noveno. Esta reforma es un paso más para que México cumpla con sus obligaciones derivadas de la Convención sobre los Derechos del niño; mediante la armonización del derecho interno y dicha Convención ratificada por México. Establece la protección, garantía y respeto a los derechos de la niñez, mediante la obligación de los padres o tutores de preservar estos derechos y el Estado proveerá lo necesario.

Vicente Fox Quesada,

Presidente de México, 1-XII-2000

Contenido de la octava reforma publicada en el Diario Oficial del 14-VIII-2001.

Se deroga el párrafo primero debido a que los derechos indígenas se encuentran ahora consagrados en el artículo segundo de la Ley Suprema.⁴⁷

1.3 Texto vigente

El varón y la mujer son iguales ante la Ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.

Toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar.

Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo.

⁴⁷ CAMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNION LVIII LEGISLATURA, *La Constitución del pueblo mexicano*, Ed. Miguel Angel Porrúa, 2001, pp. 30-32

Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.

Los ascendientes, tutores o custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez, y el ejercicio pleno de sus derechos.

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven el cumplimiento de los derechos de la niñez.⁴⁸

Como se desprende del texto citado, el artículo 4º de nuestra Carta Magna reconoce la igualdad jurídica entre el hombre y la mujer; establece la protección a la organización y al desarrollo para la integración de la familia, y concibe el principio de la paternidad responsable.

En cuestión de la salud, dicho precepto dispone que toda persona tiene derecho a la protección de ésta, ya que en la Ley deben contemplarse las bases y las modalidades para que todo individuo tenga acceso a las diferentes instituciones en donde se pueda brindar un mejor servicio médico, conforme al artículo 73 fracción XVI constitucional. Por otra parte, la familia tiene el derecho de a una vivienda digna y decorosa, y a que los niños de nuestro país gocen del derecho a satisfacer todas sus necesidades, principalmente los alimentos, la salud, y la educación, para poder obtener un mejor desarrollo integral.

⁴⁸ CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Ed. Sista, México, 2004, pp.3-4.

Con alusión a nuestro tema de estudio, como lo establece este artículo, el hombre y la mujer tienen igualdad ante la ley. Al respecto, podemos afirmar que si conjuntamente se les reconoce esa equidad y que son libres para tomar decisiones, el concubinato refleja es autonomía de la voluntad al tener su origen en el acuerdo de las dos partes para unir sus vidas. Asimismo, el Estado debe proteger esa unión, no como acto jurídico, pero sí como un hecho voluntario y sobre todo lícito para la integración y desarrollo de la familia, ya que los concubinos también son libres para decidir juntos sobre la procreación y espaciamiento de sus hijos.

En cuestión de la salud, como lo veremos más adelante, la ley establece que todo individuo tiene derecho a un servicio médico, y en el contexto del concubinato también debe reconocerse dicha garantía. En este orden de ideas, en las diferentes instituciones de salubridad, la figura del concubinato ya es tomada en cuenta, pues aunque su naturaleza jurídica es diversa a la del matrimonio, pero se equipara con respecto a los efectos jurídicos que produce son análogos.

Para poder pertenecer a alguna de estas instituciones de salubridad, se deben de cubrir ciertos requisitos que la misma solicita; por ejemplo: Que el concubino o la concubina sean trabajadores; que comprueben su convivencia en el mismo lugar, en el caso de los hijos, que demuestren con el acta de nacimiento

su filiación. En este aspecto estamos de acuerdo, ya que antes el concubinato no estaba regulado por ningún ordenamiento relativo a la seguridad social.

Actualmente, con las reformas que se han ido generando a través del tiempo, ya es posible que al concubinato se le puedan reconocer las mismas oportunidades y los mismos derechos que al matrimonio, en este ámbito.

2. Código Civil para el Distrito Federal

Con referencia al Código Civil es importante destacar que es la primera vez que se legisla la figura del concubinato, en un capítulo especial contenido en el Libro Primero "De las Personas".

Con alusión a dicha figura, consideramos que a través de las sugerencias o propuestas que desarrollemos en el presente capítulo, intentaremos aportar medidas legislativas en beneficio del concubinato, y por ende, de la familia.

A continuación, expondremos el texto de cada una de las disposiciones que regulan el concubinato en el citado código, para poder realizar un breve análisis sobre éstos.

CAPITULO X

Del Concubinato

Artículo 291 Bis.- La concubina y el concubinario tienen derechos y obligaciones recíprocos, siempre que sin impedimentos legales para contraer matrimonio, ha vivido en común en forma constante y permanente por un periodo mínimo de dos años que preceden inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones a los que alude este Capítulo.

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

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

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

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

Artículo 291 Quintus.- Al cesar, la convivencia, la concubina o el concubinario que carezcan de ingresos o bienes suficientes para su sostenimiento, tiene derecho a una pensión alimenticia por un tiempo igual al que haya durado el concubinato. No podrá

reclamar alimentos quien haya demostrado ingratitud, o viva en concubinato o contraiga matrimonio.

El derecho que le otorga este artículo podrá ejercitarse sólo durante el año siguiente a la cesación del concubinato.⁴⁹

Consideramos que es conveniente incluir en este capítulo la regulación de la figura denominada *posesión de estado de concubinato*, que como señalamos en páginas anteriores ha sido analizada por autores como Chávez Asencio.⁵⁰

Artículo 291 Sextus.-Si la concubina y el concubino se han reconocido constantemente como pareja, por la familia de ambos y en la sociedad, quedará probada la posesión de estado de concubinato, si además concurre alguna de las circunstancias siguientes:

- I. Que la concubina hayan usado constantemente el apellido de su concubinario.
- II. Que la concubina y el concubinario se hayan tratado como pareja, proveyéndose subsistencia y establecimiento

Podemos observar que esta figura es similar a la *posesión de estado de hijo*, concebido por el legislador como una forma de probar la filiación.

⁴⁹ Código Civil para el Distrito Federal, *Op. cit.*, pp. 104-106

⁵⁰ CHAVEZ ASENCIO, Manuel, *Op. cit.*, p. 280

Análogamente creemos que, es posible acreditar el concubinato en los términos señalados.

3. LEY FEDERAL DEL TRABAJO

Refiriéndonos al Derecho del Trabajo que, como ya sabemos, es una rama del Derecho Público interno cuyas normas regulan las relaciones entre trabajadores y patrones, crean autoridades que se encargan de la aplicación de las normas y señalan los procedimientos para hacer efectiva su aplicación.⁵¹

El Derecho del Trabajo protege fundamentalmente a la clase trabajadora para impedir su desamparo contemplando la creación de autoridades encargadas de vigilar la aplicación de las normas y estableciendo de los procedimientos especiales para obligar el cumplimiento de dichas normas.

El 28 de agosto de 1931 fue publicada en el *Diario Oficial* de la Federación, la Ley Federal del Trabajo, la cual es reglamentaria del artículo 123 de la Constitución y es obligatoria para toda la República.

El 1º de abril de 1970 se publicó en el *Diario Oficial* de la Federación la nueva Ley Federal de Trabajo que abrogó la anterior y que contiene mayor número de disposiciones benéficas y protectoras para los trabajadores, en donde

⁵¹ GUTIERREZ ARAGON, RAQUEL, Rosa Ma. Ramos Verástegui, *Op.cit.*, p. 161

encontramos que ya es tomado en cuenta el concubinato, relativo a los riesgos de trabajo.

En el contexto de los derechos laborales, debemos destacar, la previsión social, que es la actividad que trata de prever, evitar y reparar los riesgos o daños que lo porvenir pueda reparar al individuo como consecuencia de la edad, las enfermedades, los accidentes y otras circunstancias próximas.⁵² Dicha actividad puede realizarse a través del Estado, o bien, en manos de los particulares, siendo las formas más conocidas el seguro social y el ahorro. Que más adelante nos ocuparemos del estudio del seguro social con especial referencia al concubinato, en el marco de la presente investigación.

Por ahora, nos permitimos transcribir en los siguientes párrafos el contenido de diversas disposiciones de la Ley en comento, con la finalidad de ubicar regulación del concubinato en esta materia.

TITULO NOVENO

RIESGOS DE TRABAJO

Artículo 472.- Las disposiciones de este Título se aplican a todas las relaciones de trabajo, incluidos los trabajos especiales, con la limitación consignada en el artículo 352.

⁵² *Diccionario Enciclopédico UTHERA*, México, 1951, p. 69.

Artículo 473.- Riesgos de trabajo son los accidentes y enfermedades a que están expuestos los trabajadores en ejercicio o con motivo de su trabajo.

...Artículo 500.- Cuando el riesgo traiga como consecuencia la muerte del trabajador, la indemnización comprenderá:

- I. Dos meses de salario por concepto de gastos funerarios; y
- II. El pago de la cantidad que fija el artículo 502.

Artículo 501.- Tendrán derecho a recibir la indemnización en los casos de muerte:

...III. A falta de cónyuge supérstite, concurrirá la persona que con 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.

- III. A falta de cónyuge supérstite, hijos y ascendientes, las personas que dependían económicamente del trabajador concurrirán con la persona que reúna los requisitos señalados en la fracción anterior, en la proporción en que cada una dependía de él.⁵³ ...

La fracción III hace alusión a una reforma acertada, ya que reproducen en parte el texto del artículo 1635 del Código Civil, refiriéndose a que el concubino y

⁵³ *Ley Federal del Trabajo*, 86ª ed., Ed. Porrúa, 2005, pp. 201, 214-215.

la concubinaria tienen derecho a heredarse recíprocamente, pero sí al morir cualquiera de ellos, al autor de la herencia le sobrevivieran varias concubinas o concubinarios, ninguno de ellos heredaría.

En este sentido, existen dos aspectos en los que nos parece que hay que hacer hincapié:

Primero.- En la fracción III, se establece el término de cinco años. Al respecto, creemos que debe tomarse en cuenta que el Código Civil para el Distrito Federal, claramente precisa que en esta figura requiere en un término o plazo mínimo de dos años para que se produzcan efectos jurídicos.

Segundo.-Consideramos que debe analizarse la convivencia de unificar criterios doctrinarios y legislativos, con el objeto de establecer una misma temporalidad para reconocer los efectos jurídicos de la relación concubinaria, en los distintos ordenamientos que la regulan. Desde nuestra perspectiva, creemos que el término señalado por el Código Civil para el Distrito Federal es el más adecuado a nuestra realidad social.

4. LEY DEL SEGURO SOCIAL

En este punto analizaremos el Derecho a la Salud en el Sistema Federal Mexicano, pues desde nuestra visión es un concepto importante en torno al desarrollo del trabajo recepcional que nos ocupa.

La Enciclopedia Jurídica Mexicana señala:

Pensión por lo que hace al seguro de Los riesgos de trabajo, los accidentes y enfermedades a que están expuestos los trabajadores en ejercicio o con motivo del trabajo siendo los primeros lesión orgánica funcional, inmediata o posterior, o la muerte producida o repentinamente en ejercicio o con motivo del trabajo.⁵⁴

4.1 Pensión por viudez derivada de un riesgo de trabajo

Por otro lado, la pensión por viudez, es la prestación en dinero que se otorga al viudo(a) o *concubino(a)* por la muerte del asegurado, sea ocasionada por un riesgo de trabajo y que dependía económicamente de éste, o que contaba con una pensión por incapacidad permanente total o parcial para el trabajo.

Esta será equivalente al 40% de la que hubiese correspondido al asegurado tratándose de incapacidad permanente total (esto no podrá ser inferior a la cuantía mínima que corresponda a la pensión por viudez del seguro de invalidez y vida). La entidad pagadora podrá ser el Instituto Mexicano del Seguro Social (régimen 1973) o una Aseguradora (régimen 1997) mediante la firma de un contrato en el que esta última se obliga a pagar periódicamente la pensión, durante la vida del pensionado viudo(a) o *concubinario(a)*, a cambio de recibir los recursos acumulados en la cuenta individual.

⁵⁴ ENCICLOPEDIA JURIDICA MEXICANA, *op. cit.* p. 89

A continuación expondremos el contenido de las diversas disposiciones de la Ley del Seguro Social que regulan el concubinato en el contexto del seguro de riesgos de trabajo y el derecho de pensión.

Capítulo III

Del seguro de riesgos de trabajo

Artículo 64.- Si el riesgo de trabajo trae como consecuencia la muerte del asegurado, el Instituto calculará el monto constitutivo al que se le restará los recursos acumulados en la cuenta individual del trabajador fallecido, a efecto de determinar la suma asegurada que el Instituto deberá cubrir a la institución de seguros, necesaria para obtener una pensión, ayuda asistenciales y demás prestaciones económicas previstas en este capítulo a los beneficiarios.

Los beneficiarios elegirán la institución de seguros con la que deseen contratar la renta con los recursos a que se refiere el párrafo anterior, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 159 fracción IV de la presente Ley. En caso de que el trabajador fallecido haya acumulado en su cuenta individual un saldo mayor al necesario para integrar el monto constitutivo necesario para contratar una renta que sea superior al monto de las pensiones a que tengan derecho sus beneficiarios, en los términos de este capítulo, éstos podrán optar por:

- a) Retirar la suma excedente en una sola exhibición de la cuenta individual del trabajador fallecido, o
- b) Contratar rentas por una cuantía mayor.

Las pensiones y prestaciones a que se refiere la presente Ley serán:

...II. A la viuda del asegurado se le otorgará una pensión equivalente al cuarenta por ciento de la que hubiese correspondido a aquél, tratándose de incapacidad permanente total. La misma pensión corresponde al viudo o concubinario que hubiera dependido económicamente a la asegurada. El importe de esta prestación no podrá ser inferior a la cuantía mínima que corresponda a la pensión de viudez del seguro de invalidez y vida.

En lo que se refiere a este artículo estamos a favor que ya es tomada en cuenta la figura jurídica del concubinato en la mencionada Ley, y que por lo tanto no se están desprotegiendo los derechos de los concubinos en estudio.

Artículo 65.- Sólo a falta de esposa tendrá derecho a recibir la pensión señalada en la fracción II, del artículo anterior, 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 tenían varias concubinas, ninguna de ellas gozará de pensión.

Consideramos pertinente en relación al artículo anterior, observar que el tiempo mínimo de duración de la convivencia para que se configure el concubinato es de cinco años que precedan inmediatamente a la muerte del asegurado. Como se ha señalado en reiteradas ocasiones, el artículo 291 BIS del citado Código Civil nos establece claramente que el término para la figura del concubinato es de dos años y no es de cinco, como lo señala la referida Ley. Por lo tanto, consideramos que dicha Ley debería ser reformada, con la finalidad de unificar el término señalado, para limitarlo a dos años como mínimo en las leyes que regulan el concubinato en nuestro Sistema Jurídico Mexicano.

Artículo 66.- El total de las pensiones atribuidas a las personas señaladas en los artículos anteriores, en caso de fallecimiento del asegurado, no excederá de la que correspondería a éste si hubiese sufrido incapacidad permanente total. En caso de exceso, se reducirán proporcionalmente cada una de las pensiones.

Cuando se extingan el derecho de alguno de los pensionados se hará nueva distribución de las pensiones que queden vigentes,

entre los restantes, sin que se rebasen las cuotas parciales ni el monto total de dichas pensiones.

A falta de viuda o viudo, huérfanos, concubina o concubinario con derecho a pensión, a cada uno de los ascendientes que dependían económicamente del trabajador fallecido, se le pensionará con una cantidad igual al veinte por ciento de la pensión que hubiese correspondido al asegurado, en el caso de incapacidad permanente total.

Tratándose de la viuda o concubina o, en su caso, del viudo o concubinario, la pensión se pagará mientras no contraigan nupcias o entren en concubinato, al contraer matrimonio, cualquiera de los beneficiarios mencionados recibirá una suma global equivalente a tres anualidades de la pensión otorgada. En esta última situación, la aseguradora respectiva deberá devolver al instituto el fondo de reserva de las obligaciones futuras pendientes de cubrir, previo descuento de la suma global que se otorgue.

Con relación al párrafo cuarta que contempla el caso de viudez tanto de la esposa o concubina, o en su caso del esposo o concubinario, estamos en un total acuerdo, ya que tutela el derecho de los concubinos a recibir la pensión correspondiente, de con la restricción no poder contraer nupcias o en su defecto unirse en concubinato.

El Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), también otorga ayudas por concepto de carga familiar por invalidez, que a continuación estudiaremos.

Sección cuarta

De las asignaciones familiares y ayuda asistencial

Artículo 138.- Las asignaciones familiares consisten en una ayuda por concepto de carga familiar y se procederá a los beneficiarios del pensionado por invalidez, de acuerdo con las reglas siguientes.

- I. Para la esposa o concubina del pensionado, el quince por ciento de la cuantía de la pensión;
- II. Para cada uno de los hijos menores de dieciséis años del pensionado, el diez por ciento de la cuantía de la pensión.

En las retribuciones familiares que se asientan en la ayuda por el concepto de carga familiar se concederá a los derechohabientes del pensionado por concepto de invalidez, las siguientes reglas:

- I. Retomamos el acuerdo que ya la concubina no está desprotegida y que es considerada para poder otorgarle un porcentaje del trabajador pensionado, sea el porcentaje que fuese, en este caso es el de quince por ciento de la cuantía de la pensión.
- II. Además no es sólo para la concubina o el concubinario, sino también es para los hijos que procrearon, tienen el derecho de

recibir un porcentaje, en este caso es del diez por ciento de la cuantía de la pensión.

4.2 En el ramo de invalidez y vida

Es la prestación en dinero que se otorga al viudo(a) o *concubinario(a)* en dos supuestos: la muerte del asegurado, derivada de una enfermedad o accidente no profesional, con la condición de que el supérstite haya dependido económicamente de éste; o bien, que el asegurado hubiera contado con una pensión por incapacidad permanente total o parcial para el trabajo, (en caso de viudos, también deberá contar con dictamen de invalidez).

Dicha prestación será igual al noventa por ciento de la que hubiera correspondido al asegurado en el caso de invalidez o de la que venía disfrutando el pensionado por este supuesto. La entidad pagadora podrá ser el Instituto del Seguro Social (régimen 1973) o una Aseguradora (régimen 1997) mediante la firma de un contrato en el que esta última se obliga a pagar periódicamente la pensión, durante la vida del pensionado viudo(a) o *concubino(a)*, a cambio de recibir los recursos acumulados en la cuenta individual. Al respecto, cabe citar los siguientes preceptos de la Ley de referencia.

Sección quinta

De la cuantía de las pensiones de invalidez y vida

Artículo 141.- La cuantía de la pensión por invalidez será igual a una cuantía básica del treinta y cinco por ciento del promedio de los salarios correspondientes a las últimas quinientas semanas de cotización anteriores al otorgamiento de la misma, o las que tuviere siempre que sean suficientes para ejercer el derecho, en los términos del artículo 122 de esta Ley, actualizadas conforme al Índice Nacional de Precios al Consumidor, más las asignaciones familiares y ayudas asistenciales.

En el caso de que la cuantía de la pensión sea inferior a la pensión garantizada, el Estado aportará la diferencia a fin de que el trabajador pueda adquirir una pensión vitalicia.

En ningún caso la pensión de invalidez, incluyendo las asignaciones familiares y ayudas asistenciales, podrá ser inferior a la pensión garantizada establecida en el artículo 170 de esta Ley.

Artículo 142.- El monto determinado conforme al artículo anterior, servirá de base para calcular las pensiones que se deriven de la muerte tanto del pensionado, como el del asegurado, al igual que para fijar la cuantía del aguinaldo anual.

En todo caso, el monto del aguinaldo a que se refiere el párrafo anterior, no será inferior a treinta días.

Artículo 143.- La pensión que se otorgue por invalidez incluyendo el importe de las asignaciones familiares y ayudas asistenciales que se concedan, no excederá del cien por ciento del salario promedio que sirvió de base para fijar la cuantía de la pensión.

Artículo 144.- El total de las pensiones atribuidas a la viuda, o a la concubina y a los huérfanos de un asegurado fallecido no deberá exceder del monto de la pensión de invalidez que disfrutaba el asegurado o de la que le hubiera correspondido en el caso de invalidez. Si ese total excediera, se reducirán proporcionalmente cada una de las pensiones.

Cuando se extinga el derecho de algunos de los pensionados se hará una nueva distribución de las pensiones que queden vigentes, entre los restantes, sin que se rebasen las cuotas parciales ni el monto total de dichas pensiones.

En cuestión al artículo anterior, nos habla del total de la pensiones que se deben de atribuir a la concubina y a sus hijos, estamos de acuerdo que se les indemnice la cuantía de la pensión por invalidez que será igual a la cuantía básica del treinta y cinco por ciento del promedio de los salarios correspondientes a la últimas quinientas semanas de cotización anteriores al otorgamiento de la misma, y por lo tanto, en el momento de que su derecho extinga la ley hará una nueva distribución entre los pensionados restantes sin rebasar las cuotas parciales ni el monto de dichas pensiones.

Artículo 145.- Las pensiones por invalidez y vida otorgadas serán incrementadas anualmente en el mes de febrero conforme al Índice Nacional de Precios al Consumidor.⁵⁵

Aunque puede decirse que el Instituto del Seguro Social, es un servicio público, que tiene como finalidad la protección del trabajador, frente a las contingencias que lo amenazan, en realidad su misión es mucho más amplia, es decir, comprende la salvaguarda del trabajador contra la mayoría de los riesgos a que esta sujeto durante su vida, alcanzando dicha protección a su esposo, *concubina*, hijos y ascendientes, en las condiciones establecidas por dicha ley.

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

El Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE), es un organismo descentralizado que funciona con las cuotas aportadas por los trabajadores y el Estado. Dicho organismo se regula por sus respectivas leyes al igual que el Instituto del Seguro Social. Las prestaciones que el ISSSTE otorga a sus asegurados son similares a las que emanan el Seguro Social.

⁵⁵ Ley Del Seguro Social, Ed. PAC, México, 2005, pp. 49-48, 52-53, 91-92, 94-96

La Ley del ISSSTE, al igual que la del IMSS, reconoce los derechos de los concubinos en materia de pensiones derivadas de los distintos casos que prevén las siguientes disposiciones:

CAPITULO IV

Seguro de riesgos de trabajo

Artículo 33.- Se establece el seguro de riesgos del trabajo a favor de los trabajadores a que se refiere el artículo 1º de esta Ley y, como consecuencia de ello, el Instituto se subrogará en la medida y términos de esta Ley, en las obligaciones de las dependencias o entidades, derivadas de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado y de las Leyes del Trabajo, por cuanto a los mismos riesgos se refiere.

Artículo 34.- Para los efectos de esta Ley, serán reputados como riesgos de trabajo los accidentes y enfermedades a que están expuestos los trabajadores en el ejercicio o con motivo del trabajo.

Se considerarán accidentes del trabajo, toda lesión orgánica o perturbación funcional, inmediata o posterior, o la muerte producida repentinamente en el ejercicio o con motivo del trabajo, cualesquiera que sea el lugar y el tiempo en que se preste, así

mismo aquellos que ocurran al trabajador al trasladarse directamente de su domicilio al lugar en que desempeñe su trabajo o viceversa.

Asimismo, se consideran riesgos del trabajo las enfermedades señaladas por las leyes del trabajo.

Artículo 41.- Cuando el trabajador fallezca a consecuencia de un riesgo de trabajo, los familiares señalados en el artículo 75 de esta Ley en el orden que establece, gozarán de una pensión equivalente a cien por ciento del sueldo básico que hubiese percibido el trabajador en el momento de ocurrir el fallecimiento.

Artículo 42.- Cuando fallezca un pensionado por incapacidad permanente total o parcial, se aplicarán las siguientes reglas:

- I. Si el fallecimiento se produce como consecuencia directa de la causa que originó la incapacidad, a los familiares del trabajador señalados en esta Ley y en el orden que la misma establece, se les transmitirá la pensión con cuota íntegra; y
- II. Si la muerte es originada por causas ajenas a las que dieron origen a la incapacidad permanente, sea total o parcial, se entregará a los familiares señalados por esta Ley y en su orden el importante de seis meses de las asignada al pensionista, sin perjuicio del derecho de disfrutar la pensión que en su caso le otorgue esta Ley.

Artículo 43.- Para la pensión derivada de este capítulo, entre los familiares del trabajador, se estará a lo dispuesto por el artículo 75 de esta Ley.

En cuanto a la asignación de la pensión para la viuda, la concubina, viudo, concubinario, los hijos o la divorciada o ascendientes, en su caso, se estará a lo dispuesto en los artículos 77, 78 y 79 de esta Ley.

CAPITULO V

Seguro de jubilación, de retiro por edad y tiempo de servicios, invalidez, muerte y cesantía en edad avanzada e indemnización global.

SECCION PRIMERA

Generalidades

Artículo 48.- El derecho a las pensiones de cualquier naturaleza, nace cuando el trabajador o sus familiares derechohabientes se encuentren en los supuestos consignados en esta Ley y satisfagan los requisitos que la misma señala.

Artículo 51.- Las pensiones a que se refiere este capítulo son compatibles con el disfrute de otras 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 *concubinato* derivada de los derechos del trabajador o pensionista, y
 - b) El disfrute de una pensión por riesgos de trabajo;
- II. La percepción de una pensión por riesgos 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 riesgos de trabajo ya sea por derechos propios o derivados de los derechos como cónyuge o concubinario del trabajador o pensionista; y
 - c) El desempeño de un trabajo remunerado que no implique la incorporación al régimen de esta Ley; y
- III. La percepción de una pensión por orfandad, con el disfrute de otra pensión igual proveniente de los derechos derivados del otro progenitor.

En caso de las fracciones anteriores, la suma de las cuotas no podrá exceder de la cantidad fijada como cuota máxima, en los términos del artículo 57.

Cuando algún pensionista desempeñe un cargo, empleo o comisión remunerados en cualquier dependencia o entidad que impliquen la incorporación al régimen de la Ley, salvo los casos de excepción ya contemplados en este artículo, deberá dar aviso inmediato al Instituto, igual obligación tendrá cuando se le otorgue

otra pensión. El incumplimiento de lo anterior, dará causa fundada al Instituto para suspender la pensión.

Fuera de los supuestos legales enunciados, no se puede ser beneficiario de más de una pensión.

Si el Instituto advierte la incompatibilidad de la pensión o pensiones que esté recibiendo un trabajador o pensionista, éstas serán suspendidas de inmediato, pero se puede gozar nuevamente de las mismas cuando desaparezca la incompatibilidad y se reintegren las sumas recibidas, lo que deberá hacerse en el plazo y con los intereses que le fije el Instituto, que no será mayor del 9% anual y en un término que nunca será inferior al tiempo durante el cual las estuvo recibiendo. Si no se hiciese al reintegro en forma señalada, se perderá todo el derecho a la pensión.

En este artículo, observamos que el trabajador o pensionista tiene un gran apoyo económico, ya que las pensiones pueden ser compatibles con otras o con el desempeño del trabajo remunerado. Asimismo, el trabajador o pensionista, goza de varios beneficios ya que no deja desprotegidos a sus familiares. En este sentido, conforme a la fracción II, el *concubino* o *concubina* del asegurado tienen derecho a percibir una pensión en los casos de jubilación; retiro por edad y tiempo de servicios; cesantía en edad avanzada; invalidez, y por riesgos de trabajo. A diferencia del Instituto del Seguro Social, consideramos que el ISSSTE brinda una

mayor protección tanto al trabajador, como a sus familiares, en materia de pensiones.

SECCION QUINTA

Pensión por causa de muerte

Artículo 73.- La muerte del trabajador por causas ajenas al servicio, cualquiera que sea su edad, y siempre que hubiere cotizado al Instituto por más de quince años, o bien, acaecida cuando haya cumplido 60 o más años de edad y mínimo de diez años de cotización, así como la de un pensionado por jubilación, retiro por edad y tiempo de servicios, cesantía en edad avanzada o invalidez, dará origen a las pensiones de viudez, concubinato, orfandad o ascendencia en su caso, según lo prevenido por esta Ley.

Artículo 74.- El derecho al pago por causa de muerte, se iniciará a partir del día siguiente al de la muerte de la persona que haya originado la pensión.

Artículo 75.- El orden para gozar de las pensiones a que se refiere este artículo, será el siguiente:

- I. la esposa supérstite solo si no hay hijos o en concurrencia en éstos si los hay y son menores de 18 años o que no lo sean, pero estén incapacitados o imposibilitados parcial o totalmente para

trabajar; o bien, hasta 25 años previa comprobación de que están realizando estudios de nivel medio superior del cualquier rama de conocimiento en planteles oficiales o reconocidos y que no tengan trabajo remunerado;

- II. A falta de la esposa, la concubina sola o en concurrencia con los hijos o éstos solos cuando reúnan las condiciones señaladas en la fracción anterior, siempre que aquélla hubiere tenido hijos con el trabajador o pensionista, o vivido en su compañía durante cinco años que precedieron a su muerte y ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato. Si al morir el trabajador o pensionista tuviere varias concubinas, ninguna tendrá derecho a pensión;
- III. El esposo supérstite solo, o en concurrencia con los hijos o éstos solos cuando reúnan las condiciones a que se refiere la fracción I, siempre que aquél fuese mayor de 55 años o esté incapacitado para trabajar y hubiere dependido económicamente de la esposa trabajadora o pensionada;
- IV. El concubinario solo o en consecuencia con los hijos o éstos solos cuando reúnan las condiciones señaladas en la fracción I, siempre que aquél reúna los requisitos señalados en las fracciones II y III;...

Con relación a la fracción II de este precepto, cabe destacar el término de cinco años que establece como requisito para que la concubina o el concubinario,

que le sobrevive al trabajador o pensionista tenga derecho a dicha pensión al igual que lo establecido por la Ley del IMSS. Por otra parte, sostenemos que ambas leyes deberían ajustarse al término que establece el Código Civil para el Distrito Federal, es decir, dos años como mínimo, para hacer valer dicha pensión.

Por último, la Ley del ISSSTE precisa las causas de pérdida del derecho a percibir pensión para los familiares del trabajador, de acuerdo con el artículo que a continuación citamos:

Artículo 79.- Los derechos a percibir pensión se pierden para los familiares derechohabientes del trabajador o pensionado, por alguna de las siguientes causas:

...II. Porque la mujer o el varón pensionado contraigan nupcias o llegasen a vivir en concubinato. Al contraer matrimonio la viuda, viudo, concubina o concubinario, recibirán como única y última prestación, el importe de seis meses de la pensión que venían disfrutando.

La divorciada no tendrá derecho a la pensión de quien haya sido su cónyuge, a menos que la muerte de causante, éste estuviese pagándole pensión alimenticia por condena judicial y siempre que no exista viuda, hijos, concubina o ascendientes con el derecho a la misma. Cuando la divorciada disfrutase de la

pensión en los términos de este artículo, perderá dicho derecho si contrae nuevas nupcias, o si viviese en concubinato; y...⁵⁶

Al igual que la Ley del Seguro Social los derechos a percibir dicha pensión se pierden, si la concubina o concubinario contraen nupcias o vuelven a vivir en concubinato y sólo recibirán como única y última prestación el importe de seis meses de la prestación que venían disfrutando.

6. CRITERIOS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA FEDERACION

En este punto analizaremos algunos de los criterios emanados del Poder Judicial en torno a la regulación del concubinato en materia civil principalmente.

INDEMNIZACION POR MUERTE. CASO EN QUE NO SE REQUIERE EL REQUISITO DE CINCO AÑOS DE CONCUBINATO PREVIOS AL DECESO PARA TENER DERECHO AL PAGO DE LA.

El artículo 501, fracción III, de la Ley Federal del Trabajo, establece a favor de la persona con quien el trabajador vivió como si fuera su cónyuge durante los cinco años inmediatos que precedieron a su muerte, el derecho a solicitar la indemnización correspondiente. Ahora bien, la circunstancia de que la parte interesada no satisfaga el número de años señalado no menoscaba su derecho a recibir la prestación relativa, si se demuestra que tuvo hijos con el de cujus y ambos permanecieron libres de matrimonio.⁵⁷

⁵⁶ *Ley Del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado y su Estatuto*, Ed. PAC., México, 2005, pp. 31-32, 34, 51, 46-48, 79-51.

⁵⁷ Noveno Tribunal Colegiado en materia del Trabajo del Primer Circuito. Amparo directo 1349/96. Ferrocarriles Nacionales de México. 15 de febrero de 1996. Unanimidad de votos. Ponente. F. Javier Mijangos Navarro. Secretario: Héctor Landa Razo. No. Registro:199,782, Tesis aislada, materia (s):Civil,Novena Epoca, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: V, Enero de 1997, Tesis: V.1o.20 P, Página: 572.

Por nuestra parte, coincidimos con el criterio en esta tesis, al considerar que el término de cinco años no es necesario o indispensable, para que cualquiera de las partes pueda solicitar la indemnización correspondiente si alguno de los concubinos muere antes de cumplir dicho plazo, siempre y cuando hayan procreado hijos. Es necesario precisar, tanto en los criterios judiciales, como en la ley, que la expresión "procreando hijos", o "tener un hijo en común" (art. 291Bis CCDF) significa haber engendrado "uno o más hijos en común".

CONCUBINATO, LOS DERECHOS QUE PRODUCE ENTRE LOS CONCUBINOS SOLO DURAN MIENTRAS LA RELACION SUBSISTA

A diferencia de lo que ocurre con el matrimonio, relación civil en que los cónyuges se unen con el propósito de constituir una familia, de forma permanente, tanto así que para crearlo o disolverlo se requiere seguir ciertas formas establecidas por el derecho, y sólo puede conseguirse si lo sanciona una autoridad competente, el concubinato es la relación que se crea entre un hombre y una mujer, por el hecho de vivir como marido y esposa durante un término preestablecido por la ley, la que no puede dejar de reconocer que también de esta forma se constituyen lazos familiares de afecto y ayuda mutua, sobre todo si se procrean hijos; pero esta clase de vínculo sólo es reconocida por el derecho, mientras perdure la situación de hecho así creada. En este sentido, Marcel Planiol y Georges Ripert sostienen en el libro de Derecho Civil, Editorial Harla, 3ª. edición, Librería General del Derecho Jurisprudencial, París, 1946, página 8, que: "Quien vive en estado de concubinato, puede ponerle fin según su voluntad, sin que la otra persona con quien viva en este estado pueda invocar esa ruptura como fuente de daños y perjuicios". Por tanto, los efectos que emanan del concubinato, tales como el derecho a heredar o a recibir alimentos, sólo se producen su esa relación subsiste al momento del deceso de uno de ellos, o al en que se solicitan los alimentos.⁵⁸

⁵⁸ Cuarto Tribunal Colegiado en materia Civil para el Primer Circuito, Amparo directo 937/97. Pedro López Ríos. 12 de febrero de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Gilda Rincón Orta. Secretaria: Georgina Vega de Jesús. Véase: Seminario Judicial de la Federación, Sexta Época, Volumen XXV, Cuarta Parte, página 96, tesis de rubro: "Concubina, acción de petición de Herencia ejercitada por la.", No. Registro: 198,008, Tesis aislada,

En esta tesis observamos la diferencia entre el matrimonio y el concubinato, ya que el primero es un acto jurídico solemne, mientras que el segundo es un hecho jurídico voluntario y lícito, en donde las partes, de común acuerdo, se unen para constituir una familia. Es así que, tanto en la declaración del matrimonio, como en su disolución, el Estado interviene; mientras que en el concubinato no existe tal ingerencia constituirlo o extinguirlo.

CONCUBINATO, PUEDE DEMOSTRARSE SE EXISTENCIA MEDIANTE INFORMACION TESTIMONIAL O CON CUALQUIER ELEMENTO QUE PERMITA ACREDITARLO.

La información testimonial a la que alude el artículo 801 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, es eficaz para demostrar la relación de concubinato que pueda existir entre dos personas, toda vez que si bien es cierto que en tratándose del nexo de parentesco, éste se puede probar de manera idónea con las actas del Registro Civil, por lo que los testigos sólo son aptos generalmente para patentizar que no existe más herederos, distintos de los que pretendan ser declarados en esos términos, no menos verdad es que la relación de concubinato, precisamente por tratarse de una cuestión de hecho de la que no se levanta ninguna inscripción o acta ante el Registro Civil que la acredite, puede al deber ser comprobada con cualquier elemento que permita dejarlo en claro conforme al artículo 801 del ordenamiento legal referido.⁵⁹

Novena Epoca, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: VI, Agosto de 1997, Tesis: XXII.1º.29 C, Página: 692

⁵⁹ Sexto Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito. Amparo en revisión 2116/99. La Beneficiencia Pública, administrada por la Secretaría de Salud. 15 de noviembre de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Gilberto Chávez Priego. Secretario: Jaime Aurelio Serret Alvarez. No. Registro: 195.243, Tesis Aislada, Materia (s): Civil, Novena Epoca, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: VIII, Noviembre de 1998, Tesis: 1.4º.C.23 C, Página: 513.

Siguiendo el texto de este criterio, es importante hacer énfasis en que la existencia del concubinato no es susceptible de comprobarse a través de una documental pública como lo son las actas del Registro Civil, debido a que es una situación de hecho. Este aspecto fue abordado en el capítulo II de este trabajo, al analizar las características del concubinato. En lo referente a la publicidad, dijimos que existe una posesión de estado de concubinos, la cual sólo se acredita con el nombre, el trato y la fama que la pareja se dispensa en sociedad, evidenciando su convivencia constante y permanente.

CONCUBINATO. DERECHO A HEREDAR POR RELACIÓN DE. SÓLO TIENE LUGAR CUANDO NO HAY CÓNYUGE SUPÉRSTITE.

El concubinato es un hecho social caracterizado por la unión, convivencia y trato sexual entre un varón y una mujer, con capacidad legal para contraer matrimonio. En los Códigos Civiles anteriores al vigente con anterioridad a la reforma del 25 de mayo del año dos mil, no se reconocía el derecho de la concubina o el concubinario para heredar al causante, y tampoco tenía derecho a pedir alimentos en los casos de transmisión de bienes por testamento. El Código Civil para el Distrito Federal anterior al vigente ya establece ese derecho, que se encuentra plasmado en el artículo 1635 y que regula el derecho a heredar de la concubina y el concubinario con arreglo a las disposiciones aplicables para el cónyuge, siempre y cuando la concubina y el concubinario hayan vivido juntos como si fueran marido y mujer durante los cinco años que precedieron inmediatamente a la muerte del causante o cuando hayan tenido hijos en común, y hayan permanecido libres de matrimonio. Conforme a ese precepto, se trata de dos hipótesis para que una persona pueda ser considerada concubina o concubinario y tenga derecho a heredar, la primera se da cuando los concubinarios han vivido juntos haciendo vida marital durante los cinco años que precedieron inmediatamente a la muerte de uno de ellos; la segunda se refiere al supuesto en que se hayan procreado uno o más hijos entre los

concubinarios. Esta última hipótesis no exime del primer elemento, o sea, la convivencia entre los padres, como si fueran cónyuges, ya que el simple nacimiento de un hijo no da lugar a presumir la existencia del concubinato, pues el hijo pudo ser producto de una relación transitoria, lo que no da lugar a que se produzcan las consecuencias jurídicas que establece el citado artículo 1635; y lo único que este precepto implica, al señalar la segunda hipótesis, cuando haya habido hijos, es que en ese caso no es exigible que se cumpla cabalmente el término de cinco años de convivencia marital, pues basta con un lapso menor, con la condición de que se demuestre objetivamente ese propósito de formar una unión más o menos estable, permanente, y su subsistencia inmediatamente anterior a la muerte del concubinario. Esa disposición legal responde a una realidad social, conforme a la cual se considera justo que la concubina o el concubinario que hacía vida marital con el autor de la herencia al morir éste, y que tiene hijos de él o vivió en su compañía los últimos cinco años que precedieron a su muerte, tenga una participación en la herencia legítima, pues en la mayoría de los casos, cuando se reúnen las expresadas circunstancias, la concubina o concubinario es el verdadero compañero de la vida y ha contribuido a la formación de los bienes. Sin embargo, el derecho de la concubina o concubinario tiene lugar siempre que no haya cónyuge supérstite. Luego, para que tenga derecho a heredar, la concubina y el concubinario deben haber permanecido libres de matrimonio porque el cónyuge los excluye.⁶⁰

Conforme a esta tesis, podemos notar que el término para que cualquiera de los concubinos tengan el recíproco derecho a heredar y a percibir alimentos por testamento es de cinco años de convivencia precedentes de manera inmediata a la muerte del causante. Al respecto, insistimos en nuestra propuesta de, el período mínimo requerido, para fijarlo en dos años de convivencia constante y permanente

⁶⁰ Tercer Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito. Amparo en revisión, 5323/2000. La Administración del Patrimonio de la Beneficiencia Pública. 6 de abril de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: María Soledad Hernández de Mosqueda. Secretaria: Lourdes García Nieto. Amparo directo 8663/2000. Leticia Robles Mendoza. 6 de abril de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Eamos. Secretario: Rómulo Amadeo Figueroa Salmorán. No. Registro: 191.550, Tesis aislada, Materia (s): Civil, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuentes: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XII, Julio de 2000, Tesis: 1.6º.C.201. C, Página: 754

entre los concubinos, de acuerdo a lo establecido por el artículo 291 Bis del CCDF.

CONCUBINATO, PARA SU INTEGRACIÓN NO BASTA QUE SE TENGA UN HIJO EN COMÚN, SINO QUE SEA NECESARIO. ADEMÁS, QUE LAS PARTES NO TENGAN IMPEDIMENTO LEGAL PARA CONTRAER MATRIMONIO Y QUE HAYAN VIVIDO EN COMÚN EN FORMA CONSTANTE Y PERMANENTE.

(LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL)

El artículo 291 Bis del Código Civil para el Distrito Federal establece que el concubinato genera derechos y obligaciones entre la concubina y el concubinario cuando se actualizan los siguientes elementos: a) que no tengan impedimentos legales para contraer matrimonio; y, b) que hayan vivido en común en forma constante y permanente por un periodo mínimo de dos años que precedan inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones.

Asimismo, establece en un segundo párrafo una variante de integración del concubinato, que se actualiza cuando las partes tienen un hijo en común, aclarando dicho numeral, que en ese supuesto es innecesario el transcurso de dos años. Sin embargo, ello no significa que la sola procreación de un hijo genere el concubinato sino que es necesario que, además, se den los elementos antes mencionados, con excepción del relativo a los dos años.⁶¹

De la lectura de esta tesis aislada, podemos observar que en la configuración del concubinato se requieren dos elementos indispensables: Que la pareja no tenga impedimentos legales para contraer matrimonio; / y que haya transcurrido un lapso mínimo de dos años de convivencia. Asimismo, refiere que si la pareja ha procreado un hijo, no es necesario el supuesto de los dos años, para

⁶¹ Décimo Primer Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito. Amparo directo 74/2004, 12 de febrero de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Indalfer Infante Gonzales. Secretario: Mario Alejandro Moreno Hernández. No. Registro: 183,846, Tesis Aislada, Materia(s): Penal, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XVIII, Julio de 2003, Tesis: I, 7º.P.37 P, Página: 1094

que surja el concubinato siempre y cuando se cumplan los demás requisitos. Sin embargo, nos parece que lo más relevante de esta interpretación radica en que el término de dos años de convivencia entre la pareja es determinante para el reconocimiento jurídico del concubinato, con independencia de la procreación.

Desde nuestro punto de vista, estamos de acuerdo en que no se considere necesario el de dos años, si la pareja ha decidido de común acuerdo procrear un hijo antes de este período, con la condición de que no tengan impedimento legal para contraer matrimonio, que vivan en común de forma constante y permanente; y sobre todo, que puedan proporcionarle a ese hijo una buena calidad de vida.

Hemos comentado brevemente los diferentes ordenamientos legales que regulan al concubinato, en materia civil y laboral así como algunos criterios judiciales, haciendo énfasis en los elementos que conforman dicha figura y en el reconocimiento de los efectos jurídicos que produce. No obstante los avances legislativos observados con relación al concubinato, consideramos que es conveniente unificar los distintos criterios para fijar en dos años el período mínimo de convivencia entre los concubinos independientemente de la materia que se trate (Derecho alimentario, sucesorio o de previsión social).

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La concubina y el concubinario, tienen ya los mismos derechos y obligaciones, siempre que hayan vivido en forma constante y permanente durante un período mínimo de dos años, aunque no es necesario este tiempo si han procreado un hijo.

SEGUNDO.- La posesión de *estado de concubinos* esta integrada por el nombre, el trato y la fama que se den la pareja. Aunque estos requisitos no son del todo indispensables, tienen importancia para poder probar y reconocer los efectos jurídicos que emanan de dicha figura, sobretodo el que consiste en el trato que hay ente concubinos, el cual debe ser exteriorizado ante la sociedad.

TERCERO.- La diferencia esencial entre el matrimonio y el concubinato es que el primero es un acto jurídico solemne, mientras que el segundo es un hecho jurídico voluntario y lícito, en cuanto a la consecuencia principal de éste, es que produce efectos en el ámbito del Derecho.

CUARTA.- Es importante recalcar que ya es tomada en cuenta la figura del concubinato, en los diferentes ordenamientos que analizamos, y que sobretodo ya tengan derecho a una pensión, indemnización o cualquier prestación que establece la ley, para lo cual es necesario establecer ciertos requisitos que los mismos establecen, por ejemplo: que cualquiera de los concubinos sea trabajador, que compruebe su convivencia en el mismo lugar; en el caso de tener hijos, que

demuestren en el acta de nacimiento su filiación. Conforme a la anterior, es posible reconocer en el concubinato efectos jurídicos equiparables a los que genera el matrimonio.

QUINTA.- Es necesario que la temporalidad mínima del concubinato que establece el Código Civil para el Distrito Federal, para que se produzcan efectos jurídicos, se unifique en todas las demás legislaciones del país que contemplan dicha figura; independientemente de la materia que se trate (Derecho alimentario, sucesorio o de previsión social).

BIBLIOGRAFIA

BONNECASE, Julien, *Tratado Elemental del Derecho Civil*, Tomo I, Ed. Harla, México; 1997.

BOSSERT, Gustavo A. y Eduardo A. Zannoni, *Manual de Derecho Familiar*, 3ª ed., Ed. Astres de Alfredo y Ricardo Depalma, Argentina, 1993.

CHAVEZ Asencio, Manuel F., *La Familia en el Derecho, Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares*, 5ª ed., Ed. Porrúa, México, 1999.

DIEZ del CORRAL, Luis, *El Liberalismo Doctrinario*, 2ª ed., Ed. Montecorvo, España, 1956.

ESQUIVEL OBREGON, Toribio, *Apuntes para la Historia del Derecho en México*, Ed. Porrúa, México, 1938.

GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Derecho Civil-Primer Curso*, Ed. Porrúa, México, 1980.

GALVAN RIVERA, Flavio, *El Concubinato en el Derecho vigente mexicano*, Ed. Porrúa, México, 2003.

GONZALEZ, Ma. del Refugio, *La Regulación Jurídica de la Familia en su Perspectiva Histórica*, Anuario Jurídico, XIII, UNAM, México, 1986.

GÜITRON FUENTEVILLA, Julián, *¿Qué es el Derecho de Familia?*, 3ª ed., ED. Promociones Jurídicas y Culturales, México, 1987.

GUTIERREZ ARAGON, Raquel y Rosa Ma. Ramos Verástegui, *Esquema Fundamental del Derecho Mexicano*, 13ª ed., México, Ed. Porrúa, México, 1999.

HERRERIAS SORDO, Ma. del Mar, *El Concubinato, Análisis Histórico Jurídico y su problemática en su Práctica*, 2ª ed., Ed. Porrúa, Argentina, 1990.

LEMUS GARCIA, Raúl, *Derecho Romano*, Ed. Limusa, México, 1964.

MONTERO DUHUALT, Sara, *Derecho de Familia*, Ed. Porrúa, México, 1964.

OLTRA MOLTO, Enrique, *El hijo legítimo no natural*, Ed. Montecorvo, España, 1974.

PLANIOL, Marcel y Georges Ripert, *Derecho Civil*, Tomo VIII, Ed., Harla, México, 1997.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil I Introducción, Personas y Familia*, 19ª ed., Ed. Porrúa, México, 1983.

SANCHEZ MEDAL, Ramón, *Los Grandes Cambios en el Derecho Familiar*, Ed. Porrúa, México, 1995.

SOTO PEREZ, Ricardo, *Nociones de Derecho Positivo Mexicano*, 22ª ed., Ed. Esfinge, México.

TENA RAMIREZ, Felipe, *Leyes Fundamentales de México, 1808-1995*, 19ª ed., Ed. Porrúa, México, 1995.

LEGISLACIONES

CODIGO CIVIL para el DISTRITO FEDERAL, Ed., Pac, México, 2005.

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Ed. Sista, México, 2005.

LEY DEL INSTITUTO DE SEGURIDAD Y SERVICIOS SOCIALES DE LOS TRABAJADORES DEL ESTADO, Ed. Pac., México, 2005.

LEY DEL INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL, Ed. Pac., México, 2005.

LEY FEDERAL DE TRABAJO, 86ª ed., Ed. Porrúa, 2005.

DICCIONARIOS

DICCIONARIO ENCICLOPEDICO UTHEA, México, 1951.

NUEVO DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO A-C, Instituto de Investigaciones Juridicas, Ed. Porrúa, México, 1998.

ANEXOS

CAMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNION LVIII LEGISLATURA, *La Constitución del Pueblo Mexicano*, Ed. Miguel Angel Porrúa, 2001.

INDICE

INTRODUCCION

CAPITULO I CRITERIOS HISTORICOS

1 ROMA	1
1.2 Diferencias entre concubinato y las iustas Nuptias	4
1.3 Efectos del concubinato	4
1.4 Matrimonio sine connubio, su concepto	5
1.5 Distinción entre el matrimonio sine connubio y las iustas nuptias	6
1.6 Procedimiento para convertir el matrimonio sine connubio en las iustas nuptias	6
1.7 El contubernio	7
2 ESPAÑA	8
3 FRANCIA	13
4 MEXICO	15
4.1 Pueblos Indígenas	15
4.2 Epoca Colonial	18
4.3 Reglamento en los Códigos Civiles de 1870 y 1884	21
4.4 Ley del Matrimonio Civil del 23 de julio de 1859	23
4.5 Ley sobre Relaciones Familiares de 14 de abril de 1917	24
4.6 El concubinato en la actualidad	24
CAPITULO II DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS ENTRE MATRIMONIO Y CONCUBINATO	
1 Definición de Matrimonio y Concubinato según diversos autores	27
1.1 Definición de Matrimonio	27
2.2 Definición de Concubinato	30
2 Elementos esenciales y de validez del Matrimonio	
2.1 Elementos esenciales	33
a) Consentimiento	33

b) Objeto	36
1. Débito conyugal	36
2. Deber de cohabitación	37
3. Deber de fidelidad	39
4. Deber de asistencia o ayuda mutua	41
5. Obligación alimentaria	42
c) Solemnidad	43
2.2 Elementos de validez	47
a) La capacidad	47
b) Licitud en el objeto, motivo, fin y condición	51
c) Ausencia de vicios en el consentimiento	52
d) La forma	54
3 Características del concubinato	55
a) Temporalidad	57
b) Continuidad	57
c) Heterosexualidad	58
d) Fidelidad	59
e) Cohabitación	60
f) Procreación	61
g) Ayuda mutua	61
h) Autoridad	63
i) Publicidad	65
j) Ausencia de la formalidad y la solemnidad	66
4 Naturaleza jurídica del concubinato	66
4.1 Definición de acto jurídico	67
4.2 Definición de hecho jurídico	70
CAPITULO III REGIMEN JURIDICO DEL CONCUBINATO EN MEXICO	
1.1 CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Art. 4º	84

1.1 Texto original	84
1.2 Reformas constitucionales	85
1.3 Texto vigente	88
2 CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL	91
3 LEY FEDERAL DEL TRABAJO	94
4 LEY DEL SEGURO SOCIAL	97
4.1 Pensión por viudez derivada de un riesgo de trabajo	97
4.2 En el ramo de invalidez y vida	104
5 LEY DEL INSTITUTO DE SEGURIDAD Y SERVICIOS SOCIALES DE LOS TRABAJADORES DEL ESTADO	107
6 CRITERIOS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA	116
CONCLUSIONES	
BIBLIOGRAFIA	