

## EL CONCUBINATO ACTUAL EN MEXICO

Por el licenciado Flavio GALVAN RIVERA

Profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM

### PRIMERA PARTE

#### *Generalidades. Antecedentes y legislación mexicana*

##### I. *¿Porqué el concubinato?*

La primera interrogante que puede surgir al escuchar el tema enunciado es ¿Porqué ocuparse del concubinato?

La respuesta no es sencilla, pues está sujeta a principios morales individuales, así como a los de la moral social, amén de la tendencia jurídica que adopte quien se decida a contestar.

En conferencia dictada en el Aula Magna "Jacinto Pallares" de nuestra Facultad de Derecho, el jurista Francois Chabas, citando a su ilustre compatriota Jean Carbonnier, afirmó que "el concubinato es un hecho tan despreciable que el Derecho no se debe ocupar de él; es un hecho ajurídico, del que el Derecho Francés sólo se ha ocupado recientemente en materia de Seguridad Social, con la finalidad de proteger a la concubina y a los hijos habidos del concubinato".<sup>1</sup>

Contrariamente a la postura doctrinaria en cita, desde 1928, el legislador civil del Distrito Federal, en la Exposición de Motivos del Código de la materia actualmente en vigor, expresó:

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

<sup>1</sup> "El Concubinato en el Derecho Francés". Conferencia dictada durante el Segundo Curso Internacional de Derecho Familiar, realizado del 26 al 30 de septiembre de 1988, en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

forma legal y moral de constituir la familia, y si se trata del concubinato, es, como se dijo antes, porque se encuentra muy generalizado, hecho que el legislador no debe ignorar.

No obstante la buena disposición del legislador, los efectos civiles y familiares concedidos al concubinato en el Código de 1928 fueron extremadamente reducidos; sin embargo, representó un gran avance para su época, en la que la mojigatería o la moral social rechazaban esta práctica tan arraigada en nuestro medio.

Actualmente el concubinato es practicado no sólo por los integrantes de las clases desvalidas económicamente o de las culturalmente bajas, sino por personas de todos los estratos sociales, culturales y económicos; es una realidad social que está presente en nuestra vida diaria y que no podemos ocultar o negar, porque pretenderlo sería tanto como "querer tapar el sol con un dedo".

¿Porqué nos ocupamos del concubinato? La respuesta es obvia, ¡Porque existe! ¡Porque es una realidad palpitante en nuestro existir cotidiano!

No podemos, ni debemos, cerrar los ojos y el entendimiento para no percibirlo; no podemos, ni debemos, ignorarlo, porque es evidente su presencia en el diario acontecer, aquí está y debemos ocuparnos de él.

## II. *Lo que no es el concubinato*

Antes de explicar qué es el concubinato, resulta prudente aclarar que no es una relación adulterina, incestuosa o de amasiato.

Por todos es sabido que incurre en adulterio el hombre o la mujer que, estando unido en matrimonio, realiza cópula sexual voluntaria con persona distinta a su cónyuge, incumpliendo con ello su deber de fidelidad.

En cuanto al incesto, es la cópula sexual realizada entre parientes consanguíneos que tienen impedimento dirimente, no dispensable, para contraer matrimonio entre sí; tal es el caso de los ascendientes y descendientes sin límites de grado y el de los parientes colaterales dentro del segundo grado (hermanos germanos, uterinos o consanguíneos); algunos autores consideran que también hay incesto "entre parientes en línea colateral de tercer grado: tío y sobrina, o sobrino y tía, aún cuando éste es un parentesco susceptible de dispensa".<sup>2</sup>

<sup>2</sup> ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Derecho Civil Mexicano*. Tomo II. Sexta Edición. Editorial Porrúa, S. A. México, D. F., 1985, p. 595.

Conforme al Código Penal vigente en el Distrito Federal sólo se tipifica y sanciona el incesto entre ascendientes y descendientes y el realizado entre hermanos (artículo 272).

Cuando la relación adulterina o incestuosa no es aislada, sino repetida o incluso prolongada en el tiempo, se configura el amasiato, que también se puede dar entre personas libres de matrimonio. El amasiato se caracteriza porque los amantes no tienen la intención de constituir una familia; no obstante la duración de su relación, no existe entre ellos la cohabitación, no existe trato alguno que los identifique como esposo y esposa, es una relación en la que no existe unidad familiar, aun cuando eventualmente pudieran procrear hijos en común.

En este tipo de relación la mujer es la que resulta perdedora, siendo calificada con diversos vocablos, entre los que podemos citar: "Abarraganada, adúltera, ajobada, ajuntada, amancebada, amasia, amiga, apaño, aparcerera, arrimoavío, barragana, coima, combleza, compañera, concubina, daifa, dama, 'domina', enredada, entendida, entretenida, favorita, hetera, izada, juntada, liada, lapa, manfla, manceba, mantenida, moza, odalisca, 'pallaca', 'pellex', persona torpe, protegida, querendona, querida, querindanga, quillotra, rebusque, tronga, "subnuba", tirada y 'zelivira'".<sup>3</sup>

El ingenio mexicano ha agregado una expresión más de sobra conocida "la otra" o el "segundo frente" y también, para referirse al domicilio de esta dama, "la casa chica", pero también se usan las voces: amasia y usurpadora.

Ahora bien, no se debe confundir la relación de amasiato con la esporádica relación sexual que se pueda tener con quien ejerza la prostitución; en este sentido el jurista Guillermo Cabanellas afirma que "a un lado los impulsos pasionales que conducen a las relaciones extraconyugales, entre la amante y la ramera o prostituta (v.) existe la importante diferencia de que la primera mantiene — por afecto, erotismo o interés — cierta fidelidad, al menos temporal, y a veces superior, en la exclusividad varonil, a la de algunas casadas. Pero no cabe olvidar que tal condición constituye el prólogo frecuente, al frustrarse los amoríos, de la indistinta entrega comercializada, ya perdido el rubor, avivado el sentido práctico y hasta con cierto impulso vindicativo ante ajeno hastío o abandono".<sup>4</sup>

<sup>3</sup> CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomo I. Décimo octava edición, revisada, actualizada y ampliada por Luis ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO. Editorial Heliasta, S. R. L. Buenos Aires, Argentina, 1984, p. 268.

<sup>4</sup> *Ob. Cit.*, p. 268.

Para evitar toda confusión se debe insistir en que el concubinato no es adulterio, incesto, amasiato o prostitución, es sólo que en líneas posteriores se expone.

### III. *Antecedentes del concubinato*<sup>5</sup>

Si recurrimos a la Historia del Derecho y fundamentalmente al Romano, encontraremos que el concubinato fue una forma matrimonial que coexistió con otras.

El *justum matrimonium* sólo podía ser celebrado por los romanos que poseían el *jus connubii*, que inicialmente fue privilegio exclusivo de los patricios, pero que a partir del año 445 a.C. se extendió a todos los ciudadanos romanos, por disposición de la *Lex Canuleja*, para finalmente hacerse extensivo a todos los habitantes libres del Imperio Romano, que se convirtieron en ciudadanos conforme a la Constitución Antoniniana del año 212 de nuestra era, expedida por Caracalla.

La *justae nuptiae* se podía celebrar mediante *cöemptio*, *confarreatio* y *usus*.

La *cöemptio* era la forma primitiva de matrimonio a través de una compra imaginaria de la novia; era celebrado primero únicamente por el paterfamilias y posteriormente por la propia mujer. Este medio usado en la época clásica permitió a los plebeyos, que no podían hacer uso de la *confarreatio*, establecer la *manus* al momento mismo de la celebración del matrimonio.

La *confarreatio* estaba reservado a los patricios; era una ceremonia religiosa celebrada ante el gran pontífice, el Flamen Dialis y diez testigos; se pronunciaban palabras solemnes, ofreciendo un pastel de harina (*farreum*) a Júpiter Farreus. La finalidad de esta ceremonia era consagrar formalmente la comunidad de ritos y de vida entre los cónyuges.

Las dos formas antes mencionadas se caracterizaban por hacer entrar a la *uxor* a la potestad del marido (*manus mariti*), con lo que se convertía en *uxor in manu* o *materfamilias*, razón por la cual salía de la familia agnaticia de su padre para ingresar a la de su esposo, en la que adquiría, como agnada, la calidad jurídica de hermana de sus hijos.

Para atenuar el rigor formalista de la *cöemptio* y de la *confarreatio* se aceptó el *usus* como medio complementario de celebración del *jus-*

<sup>5</sup> Cfr. PETIT, Eugene. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Editora Nacional. Edinal, S. de R. L. México, D. F., 1963. pp. 103, 104, 110, 111, 112, 122, 123. SOHN, Rodolfo. *Instituciones de Derecho Privado Romano*. Historia y Sistema. Editora Nacional, México, D. F., 1975. pp. 281 a 286.

*tum matrimonium*, que se daba mediante la real vida matrimonial, entre el hombre y la mujer, con duración mínima de un año ininterrumpido.

También por *usus* el esposo adquiría la *manus mariti*, con lo cual nacía el legítimo matrimonio, válido para el Derecho Civil; sin embargo, con la idea del *usus se originó con la usucapion*, también se aceptó la *usurpatio* como causa de interrupción del plazo ya mencionado.

Si antes de cumplirse el año de vida marital la mujer se alejaba de la casa conyugal, durante tres noches consecutivas, interrumpía dicho plazo y, por ello, no quedaba sometida a la potestad del marido; si este *trinoctium* se reiteraba anualmente nunca se consolidaba la *manus mariti*, según lo dispuesto en la Ley de las XII Tablas.

Conforme al antiguo Derecho Romano la interrupción implicaba la ausencia de voluntad para casarse; sin embargo, a partir de la Ley de las XII Tablas no impedía la validez del matrimonio, que se caracterizaba, en este supuesto, por ser *sine manu*, debido al alejamiento, más simbólico que real, de la comunidad conyugal.

En el matrimonio *sine manu* la esposa continuaba formando parte de su familia agnaticia de origen y no ingresaba a la del esposo.

Como consecuencia de la *justae nuptiae* la *uxor* participaba del rango social del marido, de los honores de que estaba investido y de su culto privado.

Coexistiendo con el matrimonio encontramos, en el Derecho Romano, al *concubinatus*<sup>6</sup> que era una unión duradera de un hombre y una mujer, libres de matrimonio, que vivían en común como si estuvieran casados entre sí. Esta unión era de orden jurídico inferior al matrimonio, pero que por su duración se diferenciaba de las ilícitas relaciones pasajeras.

A la mujer no se le concedía el grado de *uxor*, sino de concubina, razón por la cual no compartía el rango y posición social del hombre.

Los hijos habidos de concubinato eran denominados *liberi naturalis*, nacían *sui juris*, no estaban sometidos a la potestad paterna y eran cognados de la madre y de los parientes maternos.

Esta unión debe su denominación a la *Lex Julia de Adulteriis*, dictada por Augusto en el año 9 d.C. y su regulación tanto a este ordenamiento, como a la *Lex Poppeae* y a la compilación de Justiniano, que bajo el título "de concubinis" reguló minuciosamente dicha unión.

<sup>6</sup> *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Tomo III. Editorial Bibliográfica Argentina, S.R.L. Buenos Aires, 1955. pp. 616 a 632.

La *Lex Julia Adulteriis* tipificaba y sancionaba el *stuprum*, que era el comercio carnal con toda joven o viuda fuera de la *justae nuptiae*, excepción hecha del caso de concubinato, que recibió en esta forma una aceptación legal.

Al *concubinatus* se le denominó también *inaequaleconjugium* porque, debido a la desigualdad de clases, en su origen fue la unión de un ciudadano romano con una mujer poco honrada, indigna de ser su esposa, tal como una manumitida o una ingenua de baja extracción, que no podía tener la categoría de *uxor*; con el transcurso del tiempo se permitió el *concubinatus* con mujer honesta, requiriéndose en este supuesto una declaración expresa de concubinato por parte de la mujer.

En cuanto a su régimen jurídico cabe destacar que tenía notorias semejanzas con el *justum matrimonium*, pues sólo era permitido el concubinato entre púberes, siempre que no fueran parientes dentro de los grados que impedían la celebración del matrimonio. Sólo se podía tener una concubina o un concubinario y se exigía además que ambos estuvieran libres de matrimonio.

Obvio es decir que en el concubinato no existía la dote, por tanto, la concubina era considerada *uxor gratuita*, cuando no siendo evidente la relación concubinaria se aplicaba la presunción de matrimonio en favor de los concubinos. Tampoco había, por supuesto, donación por causa de nupcias, ni era aplicable a los concubinos la prohibición existente para los esposos en materia de donaciones y la disolución del concubinato se hacía libremente, sin que existiera divorcio. El concubinato se realizaba con ánimo de perpetuidad. A partir de la Legislación Justiniana se concedió a la concubina vocación en las sucesiones *ab intestato*; el mismo derecho concedió Justiniano a los hijos naturales, además de atribuirles el derecho de exigir alimentos y la posibilidad de ser legitimados por el posterior matrimonio de los concubinos.

La existencia de *affectio maritalis* era la que marcaba el distingo entre el matrimonio legítimo y el concubinato. Pero era preciso inferirlo de motivos concurrentes y diversos como los *instrumentum dotale*, la existencia o no de diferencia de clase, la formalidad de los esponsales, etcétera, o también del trato con la dignidad de esposa, reservado por el marido en reciprocidad del *animus uxoris* de la mujer.<sup>7</sup>

Con el advenimiento del Cristianismo se combatió al concubinato por considerarlo inmoral; los emperadores cristianos trataron de que

<sup>7</sup> *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Tomo III, p. 617.

los concubinos celebraran entre sí la *justae nuptiae*. Tal medida tomaron Constantino y Zenón. El emperador Anastasio concedió la posibilidad de legitimación en la forma ya mencionada en líneas anteriores: esta disposición fue conservada por Justiniano. No obstante esta tendencia y la prohibición hecha en Oriente por León el Filósofo, el concubinato subsistió como institución legal hasta que fue admitido por la Iglesia, que en el Concilio de Toledo, celebrado en el año 400 de nuestra Era, prohibió en su Canon IV la posesión simultánea de esposa y concubina, pero permitió la unión monogámica entre concubinos y San Isidoro de Sevilla expresó su opinión favorable a la existencia del concubinato.

Esta forma inferior de matrimonio pasó al Derecho Español bajo la denominación de barraganía, designando barragana a la mujer, "su etimología es discutible. Según las Partidas (Part. 4a., tít. XIV, Lib. I) procede de barra, vocablo árabe que significa fuera, y de gana, término latino que expresa ganancia, diciendo en conjunto 'fuera de ganancia', aludiendo a la no participación de los hijos habidos con barragana en los bienes del padre".<sup>8</sup>

La barraganía era una relación singular, como el concubinato romano, era incompatible, por ende, con otra relación igual y con el matrimonio. Fue objeto de regulación en Las Partidas, en los Fueros de Cuenca y de Brihuega, también en los de Plasencia, en el de Baeza y en otros más, así como en el Código de Alfonso X El Sabio y en muchos otros textos legales.

Por no ser objeto de este opúsculo el análisis minucioso de los antecedentes del concubinato, queden los anteriores como los más importantes para el efecto que nos interesa, procediendo en consecuencia al estudio de la situación que actualmente prevalece.

#### IV. *La vigente legislación mexicana*

En las líneas siguientes analizaremos brevemente la regulación que del concubinato hace la vigente Legislación Mexicana.

##### 1. Derecho Civil y Familiar

En este apartado únicamente mencionaremos algunos de los vigentes Códigos Civiles en las Entidades de la Federación Mexicana y el Có-

<sup>8</sup> *Diccionario de Derecho Privado*. Varios autores bajo la dirección de don Ignacio DE CASSO Y ROMERO. Tomo I. Editorial Labor, S. A. Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Río de Janeiro-México-Montevideo. Reimpresión de la Primera Edición, 1954. p. 603.

digo Familiar del Estado de Hidalgo. En esta exposición dividiremos por materias las diversas disposiciones aplicables.

#### a) Alimentos

Desde su expedición el Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal concedió determinados derechos a la concubina y a los hijos de concubinato, pues se estableció que los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos (artículo 303) y como en este Código se trató de borrar cuantas diferencias había entre los hijos, por razón de su origen, cabe concluir que el derecho de alimentos es para todos, independientemente de que sean de matrimonio o de concubinato.

Sin embargo, respecto de los concubinos este derecho se estableció a partir de 1984, según reformas de 13 de diciembre de 1983, publicadas en el Diario Oficial de la Federación de fecha 27 del mismo mes y año, que entraron en vigor 90 días después de esta publicación. Conforme al Decreto en cita se adicionó el artículo 302 con el texto siguiente: "los concubinos están obligados en igual forma — que los cónyuges — a darse alimentos si se satisfacen los requisitos señalados en el artículo 1635".

De acuerdo al Código Civil vigente en el Estado de Morelos el derecho de alimentos se establece únicamente en favor de la concubina, excluyendo expresamente al concubinario (artículos 403 y 1375 fracción V).

El Código Civil de Jalisco en cambio, concede este derecho únicamente para el caso de fallecimiento de alguno de los dos, con la limitante de que el superviviente esté imposibilitado para trabajar y no tenga bienes propios suficientes; este derecho subsiste en tanto el beneficiario no contraiga nupcias, siempre que observe buena conducta (artículo 1302 fracción VI).

En los mismos términos se legisló en el Estado de Puebla, omitiendo el requisito negativo de que el superviviente no tenga bienes propios suficientes para pagar sus alimentos (artículos 3107 fracción VI y 297 del Código Civil).

Similar a la Legislación del Distrito Federal es la del Estado de Tlaxcala (artículo 147 párrafo segundo).

#### b) Sucesión legítima

En su origen el Código Civil para el Distrito Federal sólo concedió el derecho de sucesión en la herencia intestada a la concubina; sin em-

bargo, en virtud de las reformas de 1983, antes mencionadas, se hizo extensivo este beneficio al concubinario (artículo 1602 fracción I), exigiéndose la vida en común de los concubinos durante los cinco años anteriores a la muerte del autor de la sucesión o bien que hubieren procreado hijos en común y que “ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato”. “Si al morir el autor de la herencia le sobreviven varias concubinas o concubinarios en las condiciones mencionadas al principio de este artículo, ninguno de ellos heredará” (artículo 1635).

El Código Civil de Tlaxcala establece la misma vocación hereditaria pero reduce el plazo de cinco años a sólo uno (artículo 2910). En similar situación está la legislación de Puebla que exige un plazo de “más de dos años” (artículo 3355).

En el Estado de Morelos se concede este derecho únicamente a la concubina y no al concubinario y el Código Civil de Jalisco es omiso al respecto.

#### c) Filiación concubinaria

Tanto en el Código Civil vigente en el Distrito Federal como en los demás de la República y en los Códigos Familiares se establece la presunción de paternidad en favor de los hijos habidos en concubinato, legislando en términos similares a la presunción de paternidad de los hijos de matrimonio, señalando que se presumen hijos del concubinario y de la concubina los nacidos después de 180 días de iniciado el concubinato o dentro de los 300 días siguientes a la fecha en que cesó la vida en común (artículo 383 del Código del Distrito Federal). Con mayor precisión el Código Civil del Estado de Puebla dispone que el plazo de 180 días debe contarse a partir de aquél en que “empezó la vida en común” (artículo 542), disposición que extingue el problema de determinar cuándo empezó el concubinato.

#### d) Afinidad natural

En los Códigos Civiles y Familiares de México se reconocen tres especies de parentesco, el consanguíneo, el civil y el de afinidad. La mayoría de los ordenamientos jurídicos establece que el parentesco de afinidad deriva del matrimonio y existe entre la esposa y los parientes consanguíneos del esposo y entre éste y los parientes consanguíneos de la cónyuge.

Por tanto, por regla, del concubinato no puede surgir parentesco alguno entre el concubinario o la concubina y los parientes del otro;

sin embargo, la excepción la encontramos en el Código Civil del Estado de Tlaxcala, que prevé textualmente “La ley asimila al parentesco por afinidad la relación que resulta por virtud del concubinato, entre el concubinario y los parientes de la concubina y entre los parientes de éste y aquél. Esta asimilación sólo comprende a los parientes consanguíneos en línea recta, ascendente o descendente, sin limitación de grado; y su único efecto es constituir un impedimento para el matrimonio en términos de la fracción V del artículo 43”.

La misma tendencia se advierte en el Código Civil de Puebla, con la variante de que la asimilación es tal, es decir, que no establece las limitaciones de línea de parentesco que contiene la Legislación Tlaxcalteca.

#### e) Nombre de la concubina

Sabido es que, por regla, el nombre es un tributo de la personalidad y, con ello, permanente e inmueble; también es del conocimiento común que la mujer casada, en nuestra legislación, conserva su nombre de soltera, lo que es lógico y jurídico, porque este atributo tiene, entre otras, la función de determinar la filiación de las personas, filiación que, por supuesto, no cambia con el matrimonio.

Sin embargo, la práctica social es determinante también y ha hecho que la mujer se ostente, al casarse, como “señora. . . de. . .”, agregando el apellido paterno de su esposo e incluso, en ocasiones, suprime la preposición “de” —que significa pertenencia— y simplemente se dice “señora. . .”, mencionando el apellido paterno de su cónyuge.

Pues bien, en el Código Familiar del Estado de Hidalgo se establece que “al celebrarse el matrimonio, la mujer elegirá el nombre patronímico que usará como casada” y “. . . puede optar por los siguientes. . . I. Conservar su apellido de soltera; o II. Agregar al suyo, el de su marido”; “En caso de no haber declaración expresa, . . . conservará su nombre y apellidos de soltera” (artículos 97, 98 y 99).

Tratándose del concubinato la regulación cambia, se dispone expresa y tajantemente que “La concubina no tiene derecho a usar el apellido del concubino, aun cuando los hijos lleven el de ambos” (artículo 166).

#### f) Personalidad

A la persona se le concibe como el ente capaz de ser titular de derechos y obligaciones, como el centro de imputación normativa o en diversas formas que en esencia tienen el mismo significado. Al ser

humano se le otorga la naturaleza de persona por excelencia, atribuyendo la misma categoría a determinados grupos humanos y a patrimonios destinados a fines específicos.

En el Código Civil de Tlaxcala se establece que "Son personas jurídicas: . . . V. Los grupos, reconocidos por la ley, de personas físicas unidas temporal o permanentemente por un mismo interés jurídico" (artículo 643).

El artículo 721 del mismo Ordenamiento prevé que "Limitativamente este Código reconoce capacidad jurídica a los siguientes grupos: familia, sociedad conyugal, concubinato, copropietarios sujetos al régimen de propiedad en condominio y acreedores sujetos al concurso de su deudor".

Como se puede advertir, el concubinato goza de personalidad jurídica y es "representado conjuntamente por el concubinario y la concubina" (artículo 722, párrafo segundo del Código en cita).

El Código Familiar de Hidalgo concede la misma naturaleza jurídica (persona) a la familia (artículos 336 a 338), siendo indiscutible que el concubinato es una de las fuentes de dicha institución: La familia.

## 2. Derecho social

Expuestos los aspectos más relevantes del concubinato en la legislación Civil y Familiar Mexicana, estudiaremos ahora la Legislación Social.

### a) Ley Federal del Trabajo

Al reglamentar el Apartado "A" del artículo 123 de la Constitución Federal, el legislador estableció en el artículo 501 de la Ley Federal del Trabajo que, en caso de muerte del trabajador, tienen derecho a recibir la indemnización correspondiente el cónyuge supérstite, los descendientes y los ascendientes, siempre que hubieren sido sus dependientes económicos, previendo literalmente dicho precepto que:

III. A falta de cónyuge supérstite, concurrirá con las personas señaladas en las dos fracciones anteriores, la persona con quien 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.

A pesar de que el precepto no alude expresamente a la trabajadora, debemos entender que está incluida, si tenemos presente la definición que del trabajador establece la propia Ley (artículo 80.), amén del

principio de igualdad jurídica del hombre y de la mujer (artículo 4o. párrafo 1o.), previsto en la Constitución de la República, que es la ley suprema de la Federación Mexicana (artículo 133 constitucional).

Esta fracción III del numeral 501 constituiría un reconocimiento legal más del concubinato, si no existiera la fracción IV del propio artículo, que lo desvirtúa, para tomar como punto de referencia únicamente al hecho de la dependencia económica; la citada fracción es al tenor siguiente:

IV. A falta de cónyuge supérstite, hijos y ascendientes, las personas que dependen económicamente del trabajador concurrirán con la persona que reúne los requisitos señalados en la fracción anterior, en la proporción en que cada una dependía de él.

Es lamentable que por un pretendido principio de justicia social se haya abandonado el concepto jurídico del concubinato, para recurrir al de la simple dependencia económica, que da cierta legalidad a la poligamia y a la poliandria, porque concede al beneficio de la indemnización por causa de muerte a las dos o más mujeres que demuestren haber dependido económicamente del trabajador fallecido o a los dos o más hombres que dependían de la mujer trabajadora; sin embargo, este texto es motivo del elogioso comentario que citamos a continuación.

Las fracciones III y IV constituyen una reforma acertada, de acuerdo con la tesis que sostuvimos en el sentido de que la antigua fracción III desvirtuaba la teoría de la dependencia económica en relación con las concubinas, reproduciendo en parte el artículo 1635 del Código Civil. También manifestamos nuestro repudio a la fracción III, que ahora se reforma, toda vez que como aparece en nuestro comentario anterior consideramos lamentable la penetración del derecho privado en el derecho laboral, originando una burda injusticia para las concubinas, ya que si el trabajador tiene más de dos concubinas (sic) ninguna tenía derecho a la indemnización, aunque las dos (sic) dependieran económicamente de él. Por fortuna desapareció ya este 'puritanismo jurídico' y se tomó en cuenta nuestra crítica: la indemnización debe de repartirse entre quienes dependen económicamente del trabajador. . .<sup>9</sup>

#### b) Ley del Seguro Social

Con mejor técnica-jurídica, calificada por el maestro Alberto Trueba Urbina de "puritanismo jurídico", en la Ley del Seguro Social se regulan algunos efectos del concubinato, como son:

<sup>9</sup> TRUEBA URBINA, Alberto y TRUEBA BARRERA, Jorge. *Ley Federal del Trabajo. Comentarios, Prontuario, Jurisprudencia y Bibliografía*. 59a. Edición, actualizada por ALVAREZ DEL CASTILLO VARGAS, Guillermo. Editorial Porrúa, S. A., México, D. F., 1989. p. 215.

La pensión equivalente al 45 % de la que hubiera correspondido al trabajador asegurado si del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, que causó su muerte, sólo hubiera resultado con incapacidad permanente total (artículos 48, 49, 50, 62, 71 fracción II y 72).

El seguro de enfermedades y maternidad en favor de la concubina del asegurado y del pensionado (artículos 92 fracciones III y IV, 102 fracciones I, II, 103 y 108).

Las asignaciones familiares, que son una ayuda económica por concepto de carga familiar, se conceden a la concubina en los casos de invalidez, vejez y cesantía en edad avanzada (artículos 121, 129 fracción III, 137 fracción III, 144 fracción III y 164 fracción I).

La pensión de viudez, para el caso de fallecimiento del asegurado o del pensionado por invalidez, vejez o cesantía en edad avanzada (artículos 149 fracción I y 154).

El acierto del legislador, al regular los efectos del concubinato, son evidentes al no recurrir al concepto de "dependencia económica", sino al de concubinato, aunque lamentablemente lo haga por vía de exclusión, al señalar que de existir "varias concubinas, ninguna de ellas" podrá gozar de la prestación social legalmente establecida (artículos 72 in fine, 92 fracción III in fine y fracción IV, 103, 108 y 152 párrafo segundo in fine).

Asimismo, es criticable la postura del legislador, porque no establece los mismos derechos para la concubina y el concubinario.

En el caso de la aludida pensión equivalente al 45 %, sólo se otorga "al viudo que estando totalmente incapacitado hubiera dependido económicamente de la asegurada" (artículo 71 fracción II). Tratándose de la concubina no se exige ninguno de estos requisitos. Además, el precepto no alude expresamente al concubinario, sino en forma genérica al "viudo", lo que pudiera crear confusión y litigio, si por tal entendemos únicamente al cónyuge supérstite.

Respecto al seguro por enfermedad sí se comprende al "concubino", en igualdad de circunstancias que la concubina (artículos 92 fracciones III y IV párrafo segundo en ambas y 108).

Para el pago de las asignaciones familiares sólo se menciona a la concubina, siendo omiso el legislador respecto del concubinario (artículo 164) y por lo que hace a la pensión de viudez, se legisla en términos iguales para la pensión del 45 % (artículo 152 párrafo último), por lo que nos remitimos a los comentarios expresados en su oportunidad.

c) Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado

Diversas disposiciones de esta Ley se refieren a los concubinos, sin embargo, todas se adecúan a las definiciones y requisitos contenidos en el artículo 5o. fracción V, que en su parte conducente es al tenor siguiente:

Art. 5o. "Para los efectos de esta ley, se entiende:

V. Por familiares derechohabientes a:

- La esposa, o a falta de ésta, la mujer con quien el trabajador o pensionista ha vivido como si lo fuera durante los cinco años anteriores o con la que tuviese hijos, siempre que ambos permanezcan libres de matrimonio. Si el trabajador o pensionista tiene varias concubinas, ninguna de ellas tendrá derecho a recibir prestación.
- El esposo o concubinario de la trabajadora o pensionista siempre que fuese mayor de cincuenta y cinco años de edad; o esté incapacitado físicamente o psicológicamente y dependa económicamente de ella.

Como hemos señalado con antelación, es plausible el criterio del legislador al incluir, como beneficiario de las prestaciones sociales, no sólo a la concubina, sino también al concubinario, pero criticable el hecho de exigir la dependencia económica y la incapacidad o una edad determinada (más de 55 años) al concubinario, dándole con ello un desigual trato inconstitucional respecto de la concubina.

d) Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas

Para el pago de pensiones, compensaciones y pagas de defunción, esta Ley considera como familiar del militar a la concubina, siempre que ambos hubieren hecho vida marital durante los cinco años consecutivos anteriores a la muerte del militar y hubiesen permanecido libres de matrimonio (artículo 37 fracción II).

El seguro de vida será pagado, si el militar no designó beneficiarios, a la concubina o al concubinario, en su caso, si se reúnen los requisitos del citado numeral 37 fracción II (artículos 84 punto 1 y 85).

Si el militar se retira del servicio activo o solicita licencia ilimitada tendrá derecho a que se le devuelva el total de los depósitos que tenga a su favor en el Fondo de la Vivienda; en caso de muerte del militar, esta devolución se hará en favor de la concubina o del concubinario, cumpliéndose los requisitos del numeral 37 fracción II, agregándose una alternativa al señalar "el supérstite con quien el derechohabiente vivió como si fuera su cónyuge durante los cinco años que precedieron

inmediatamente a su muerte o con el que tuvo hijos" (artículo 111 fracción IV). Se exige además que el militar hubiese hecho la designación del beneficiario ante la Secretaría de la Defensa Nacional o de Marina, según el caso.

La atención médica quirúrgica también es en beneficio de la concubina —no se hace alusión expresa al concubinario, siempre que el militar la haya designado como tal en la Secretaría correspondiente, facultándolo para hacer nueva designación cada tres años, salvo en caso de muerte de la concubina, en el cual no es necesario el transcurso de dicho plazo (artículos 152 y 153). Si el militar fallece, la concubina que reúna estos requisitos recibirá servicio médico gratuito, durante los seis meses siguientes a dicho fallecimiento (artículo 163).

Al servicio materno infantil, que comprende la consulta y tratamiento ginecológico, obstétrico y prenatal, atención del parto, del infante y la ayuda en la lactancia, tiene derecho la concubina, quien recibirá además la canastilla correspondiente al nacimiento del hijo del militar (artículos 159 y 161).

De suma importancia es el artículo 170 de la Ley en consulta, que se transcribe literalmente:

Art. 170. La relación de concubinato será acreditada necesariamente, y en todo caso, con la designación que el militar haya hecho de la persona interesada, como esposa, o concubina, ante el Instituto o la Secretaría de la Defensa Nacional o de Marina, sin que sea admisible otro medio de prueba. La designación posterior anula la anterior. Las circunstancias de concubinato, indicadas en los incisos a) y b) de la fracción II del artículo 37 de esta ley, se acreditarán con los medios de prueba establecidos por el Código Federal de Procedimientos Civiles".

#### e) Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores

Entre los fines fundamentales del Instituto está el financiamiento a los trabajadores, para que puedan adquirir en propiedad habitaciones cómodas e higiénicas o para que puedan construirlas, repararlas, ampliarlas o mejorarlas, así como para pagar deudas contraídas por alguna de las causas mencionadas (artículo 3o. fracción II).

Para este efecto los patrones deberán pagar las aportaciones señaladas en la fracción XII del Apartado "A" del Artículo 123 Constitucional y en el numeral 136 de la Ley Federal del Trabajo.

Conforme a lo previsto en el artículo 40 de la Ley en consulta.

En los casos de jubilación, de incapacidad total permanente, de incapacidad parcial permanente, cuando ésta sea del 50% o más; o de invalidez definitiva, en

los términos de la Ley del Seguro Social, se entregará al trabajador el total de los depósitos que tenga en su favor en el Instituto. En caso de muerte del trabajador, dicha entrega se hará a sus beneficiarios, en el orden de prelación siguiente: . . .

d) A falta de —cónyuge— viuda o viudo, concurrirán con las personas señaladas en las dos fracciones anteriores, el supérstite con quien el derechohabiente vivió como si fuera su cónyuge durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte, o con el que tuvo hijos, siempre que ambos hubieran permanecido libres de matrimonio durante el concubinato, pero si al morir el trabajador tenía varias relaciones de esta clase, ninguna de las personas con quienes las tuvo, tendrá derecho.

Es el precedente panorama legislativo, en síntesis, el que prevalece actualmente en México; con sus aciertos, avances, confusiones y errores, nuestro derecho vigente ha regulado los efectos del concubinato, aun cuando no ha logrado la sistemática regulación de este fenómeno social, cuya existencia es indiscutible.

En nuestro país, la moral social y la grandeza del legislador mexicano ha propiciado lo que bien puede denominarse “la evolución del concubinato” y que autoriza a sostener un nuevo concepto sobre la materia.

El concubinato actual en México es diferente al que existía antes del Código Civil de 1928 y al que emergió al mundo jurídico a partir de este ordenamiento, considerado el “Primer Código Social de Derecho Privado”, como lo reconoció expresamente el ilustre jurista español don José Castán Tobeñas.

Sostenemos que la grandeza del legislador ha propiciado el reconocimiento legal del concubinato, porque valor y grandeza de espíritu se requiere para enfrentar la mojigatería, la hipocresía, la falsa moral social, para aceptar que “hay entre nosotros. . . una manera peculiar de formar la familia: el concubinato”.

## SEGUNDA PARTE

### *Definición. Naturaleza y consecuencias*

#### *I. Definición*

Antes de exponer nuestro personal concepto recurriremos a los propuestos en la Doctrina y en la Legislación Mexicana.

En el Diccionario de Derecho Privado ya consultado encontramos la siguiente definición:

Del latín *concubinatus*, trato, vida marital del hombre con mujer. Cohabitación o acto carnal realizado por un hombre y una mujer. Esta idea general ha de concretarse para dar a la palabra concubinato su significación propia y concreta, ya que el concubinato no sólo supone una unión carnal no legalizada, sino que es una unión duradera, continua y de larga duración realizada entre un hombre y una mujer sin estar santificada por el vínculo matrimonial.<sup>10</sup>

Guillermo Cabanellas lo define como el “estado en que se encuentran el hombre y la mujer cuando comparten casa y vida como si fueran esposos, pero sin haber contraído ninguna especie de matrimonio (v.), ni canónico ni civil”.<sup>11</sup>

Para Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara es la “unión de un hombre y una mujer, no ligados por vínculo matrimonial a ninguna otra persona, realizada voluntariamente, sin formalización legal, para cumplir los fines atribuidos al matrimonio en la sociedad. — Es un — matrimonio de hecho”.<sup>12</sup>

El maestro Ignacio Galindo Garfias opina al respecto que

la cohabitación entre hombre y mujer (si ambos son solteros) la vida en común más o menos prolongada y permanente, es un hecho lícito, que produce efectos jurídicos, pero requiere, para que el concubinato sea reconocido como tal, que tanto el hombre como la mujer que llevan vida en común sin estar casados entre sí, sean célibes. La unión sexual que exista entre un hombre y una mujer, cuando alguno de ellos o ambos, son casados, constituye el delito de adulterio.<sup>13</sup>

Manuel Chávez Ascencio dice que,

el concubinato, es la unión sexual de un hombre y una mujer que viven en lo privado y públicamente como si fueran cónyuges (sin serlo), libres de matrimonio y sin impedimento para poderlo contraer, que tiene una temporalidad mínima de cinco años o tienen un hijo.

Por lo tanto, se puede entender como una comunidad de vida, que realizan un hombre y una mujer como si fueran cónyuges, lo que implica un comportamiento, en lo humano y en lo jurídico, como lo hacen los consortes.<sup>14</sup>

El Código Familiar del Estado de Hidalgo establece que “el concubinato es la unión de un hombre y una mujer libres de matrimonio, que durante más de cinco años, de manera pacífica, pública, continua y permanente, hacen vida en común como si estuvieran casados, y con obligación de prestarse alimentos mutuamente”

<sup>10</sup> Tomo I, p. 1057.

<sup>11</sup> *Ob. Cit.* Tomo II, p. 261.

<sup>12</sup> *Diccionario de Derecho*. Décima Quinta Edición. Editorial Porrúa, S. A., México, D. F., 1988. P. 171.

<sup>13</sup> *Derecho Civil*. Quinta Edición. Editorial Porrúa, S. A., México, D. F., 1982. Pp. 481 y 482.

<sup>14</sup> *La Familia en el Derecho*. Relaciones Jurídicas Conyugales. Editorial Porrúa, S. A., México, 1985, P. 295.

Hay concubinato — dispone el párrafo tercero del artículo 42 del Código Civil de Tlaxcala— cuando un solo hombre y una sola mujer solteros se unen, sin estar casados, para vivir bajo el mismo techo, como si lo estuvieren. Salvo disposición de la ley en otro sentido, cuando este Código habla de concubina o concubinario, se entenderá que se refiere a las personas que viven en las condiciones supuestas en este párrafo.

Desde nuestro particular punto de vista, el concubinato es el hecho jurídico voluntario y lícito, por el que un solo hombre y una sola mujer, libres de matrimonio, sin impedimento dirimente no dispensable y con capacidad para celebrarlo entre sí, deciden hacer vida en común, de manera permanente y tratarse como cónyuges.

## II. *Análisis de la definición*

### 1. Hecho jurídico de las personas

En su más amplia acepción se ha sostenido que el hecho jurídico es el acontecimiento de la naturaleza o de las personas, al que el ordenamiento jurídico atribuye consecuencias de derecho.

También se define como la realización o concreción de la hipótesis o supuesto normativo.

De acuerdo con la Doctrina Francesa, denominada Tesis Clásica o Bipartita, este hecho jurídico (*lato sensu*) se divide en acto jurídico y hecho jurídico *stricto sensu*, clasificándose éste en hechos de la naturaleza y de las personas; a su vez, el hecho de las personas, que consiste en la conducta humana que crea consecuencias jurídicas, se subclasifica en hechos voluntarios, involuntarios y contrarios a la voluntad de quien los realiza, y se caracteriza por crear, transmitir, modificar o extinguir derechos u obligaciones, siendo intrascendente la voluntad del autor de la conducta.<sup>15</sup>

Siguiendo este orden de ideas, consideramos que el concubinato es un hecho jurídico en sentido estricto, porque es una conducta humana que, independientemente de la voluntad de los concubinos produce efectos jurídicos por disposición de la ley.

<sup>15</sup> Cfr. BORJA SORIANO, Manuel. *Teoría General de las Obligaciones*. Tomo I. Séptima Edición. Editorial Porrúa, S. A., México, D. F., 1971, Pp. 97 a 99. MAZEAUD, Henri, León y Jean. *Lecciones de Derecho Civil*. Primera Parte. Volumen I. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, Argentina, 1959. Pp. 398, 399, 421 y 422. ORTIZ URQUIDI, Raúl. *Derecho Civil*. Editorial Porrúa, S. A., México, D. F., 1977. Pp. 235 a 240.

## 2. Hecho voluntario

Para que exista el concubinato se requiere la presencia del elemento volitivo, interno o subjetivo, tanto en el hombre como en la mujer; es indispensable que el concubinario y la concubina tengan la intención consciente de hacer vida en común de manera permanente y tratarse, en el ámbito privado y en el público, como si fueran cónyuges. Si no hay esta conducta intencional, voluntaria, querida, no habrá concubinato, aun cuando pueda existir el hecho biosocial de la unión de dos personas de sexo distinto, que podrá ser calificado de diversas maneras, pero no de concubinato.

## 3. Hecho lícito

Como el concubinato no es contrario a las normas de orden público, a las normas prohibitivas o a las buenas costumbres, puede decirse que es un hecho lícito, un hecho no proscrito sino aceptado por la moral social, regulado favorablemente por el legislador, en cuanto a sus efectos.

Cabe recordar que, conforme a lo previsto por los artículos 80., 1830 y 1831 de nuestro Código Civil, es ilícita toda conducta contraria a las normas prohibitivas o de interés público o a las buenas costumbres, así como aquellas cuyo motivo o fin determinante contengan esta contravención.<sup>16</sup>

## 4. Unión singular

Independientemente de la denominación, de la naturaleza jurídica y de la naturaleza social que se atribuya al concubinato (unión libre, matrimonio de hecho, matrimonio anómalo, etc.), para su existencia y reconocimiento legal debe cumplir el requisito fundamental del matrimonio monógamo (artículos 147 y 148 del Código Civil), esto es, la indispensable unión singular de dos personas de sexo opuesto: un solo hombre y una sola mujer; si hay dos o más mujeres y un solo hombre o viceversa, el concubinato no existirá y, por ende, tampoco se

<sup>16</sup> Cfr. BORJA SORIANO, Manuel. *Ob. Cit.* Pp. 169 a 179. ORTIZ URQUIDI, Raúl. *Ob. Cit.* Pp. 330 a 332. PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Tratado Elemental de Derecho Civil*. Tomo I. Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 1983. P. 308. ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Ob. Cit.* Tomo I. Pp. 354 y 355.

actualizarán las consecuencias previstas en la ley en favor de quienes sí viven al amparo de este hecho jurídico.

Así como nuestra legislación proscribiera del ámbito de la licitud a la poligamia y a la poliandria, tampoco acepta la existencia del concubinato ahí donde no existe unión singular de concubina y concubinario.

#### 5. Hombre y mujer libres de matrimonio

El concubinato sólo puede existir entre un hombre y una mujer libres de matrimonio, pues, de no ser así, la vida en común sería ilícita, según hemos mencionado en el inicio de la primera parte de este opúsculo.

#### 6. Ausencia de impedimentos dirimentes no dispensables

Además de estar solteros, el hombre y la mujer que quieran vivir en concubinato, deben tener la aptitud jurídica de contraer matrimonio entre sí, es decir, no debe existir entre ellos impedimento alguno que, además de ser susceptible de anular el matrimonio, no sea objeto de dispensa. En este orden de ideas, no podrán vivir en concubinato, por ejemplo, los parientes consanguíneos en línea recta, ascendente o descendente, sin límite de grado, ni los parientes consanguíneos en línea colateral dentro del segundo grado.<sup>17</sup>

#### 7. Capacidad para contraer matrimonio

El hombre y la mujer que decidan vivir en concubinato deben reunir el requisito de capacidad necesaria para celebrar matrimonio entre sí, lo que resulta lógico si se tiene presente que el concubinato es un matrimonio de hecho, al que únicamente le falta la solemnidad consistente en la comparecencia del hombre y de la mujer ante el juez del registro civil para manifestar su intención de hacer vida en común.

#### 8. Vida en común<sup>18</sup>

Al igual que el matrimonio impone a los cónyuges el deber-derecho de cohabitación, los concubinos tienen el deber moral de vivir bajo el mismo techo, de hacer vida en común, pues sólo de esta manera darán

<sup>17</sup> Cfr. ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Ob. Cit.* Tomo II. Pp. 259 a 285.

<sup>18</sup> Cfr. MAZEAUD, Henri, León y Jean. *Ob. Cit.* Parte Primera. Volumen III. P. 52. PLANIOL, Marcel y RIPPERT, Georges. *Ob. Cit.* P. 309.

notoriedad y publicidad a su situación y, en consecuencia, crearán fundadamente la idea o imagen social de que constituyen un verdadero matrimonio, porque se dan el trato de cónyuges.

### 9. Unión permanente

Para que exista concubinato, el hombre y la mujer deben tener la intención no sólo de hacer vida en común, sino que ésta sea permanente, que goce de estabilidad y no sea transitoria, lo que significa que el hecho que nos ocupa no debe confundirse con la accidental, eventual o esporádica relación sexual extramatrimonial.

El concubinato requiere para su existencia la firme intención de los concubinos de vivir bajo el mismo techo "para toda la vida"; por tanto, aun cuando no es necesario el transcurso de determinado tiempo de cohabitación (uno, dos, cinco y más años) para que el concubinato surja en el mundo jurídico, sí es elemento *sine qua non* la intención de permanencia, de estabilidad en la relación, para que se puedan dar las consecuencias jurídicas.

Esta firme intención de hacer vida en común permanentemente desmiente la afirmación de que "únicamente el matrimonio asegura la estabilidad necesaria para la vida de una familia".<sup>19</sup>

Por otra parte, la realidad social demuestra que la afirmación en cita carece de validez actualmente, sobre todo en nuestro medio, en el que un alto porcentaje de los matrimonios celebrados cada año son disueltos en virtud del divorcio.

### 10. Trato social

Siendo el concubinato un estado de hecho similar al matrimonio, tanto en su vida privada como en su vida social, los concubinos deben tratarse como si realmente fueran esposo y esposa, de tal manera que los demás miembros de la comunidad tengan el concepto fundado, razonable, de que efectivamente son "marido y mujer" y que constituyen una verdadera familia desde el punto de vista social y jurídico, independientemente de la naturaleza intrínseca y específica del vínculo de derecho que los une.

La concubina y concubinario, en forma pública y notoria, deben hacer patente su vida en común. Esta unión no debe existir oculta, no

<sup>19</sup> MAZEAUD, Henri, León y Jean. *Op. Cit.* Parte Primera. Volumen III. P. 51.

debe ser un secreto para los demás; así como, por regla, no se oculta a la esposa o al esposo del conocimiento de los familiares, amigos, vecinos y público en general, no se debe proteger en las sombras de la sospecha, la suspicacia y la clandestinidad, al hombre o a la mujer (según sea el caso), que se ha escogido para que sea el compañero o la compañera permanente y definitivo, en tanto dure la vida.

### II. Ausencia de formalidades y registros

Para la existencia del concubinato no debe exigirse el cumplimiento de determinadas formalidades y tampoco su inscripción en el Registro Civil, siendo suficiente el solo acuerdo de voluntades de los concubinos y el hecho esencial de la vida en común, con los requisitos expuestos con antelación.

Pretender, como lo hacen algunas legislaciones, que el concubinato se legitime a través de su inscripción en el Registro Civil, a petición directa de los interesados o en cumplimiento de una sentencia judicial, es volver a crear requisitos, trámites burocráticos, pagos de derechos fiscales al Estado y otras situaciones molestas de las que probablemente han querido escapar los concubinos. De no hacerse así los interesados abandonarán esta forma de unión singular y buscarán otra menos complicada y costosa desde el punto de vista económico y administrativo.

### III. Naturaleza jurídica

Al concubinato se le puede atribuir alguna o todas las naturalezas jurídicas que se exponen a continuación:

#### 1. Hecho jurídico de las personas, voluntario y lícito

Siguiendo los lineamientos de la Teoría Clásica del Acto Jurídico,<sup>20</sup> que es la adoptada por nuestro Código Civil de 1928, podemos decir que el concubinato es un hecho jurídico en sentido estricto, cuyo origen es la conducta humana voluntaria, lícita, a la que los ordenamientos jurídicos vigentes otorgan determinados efectos.

<sup>20</sup> Cfr. ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Ob. Cit.* Tomo I. Pp. 141 y siguientes. GALINDO GARFÍAS, Ignacio. *Ob. Cit.* Pp. 204 y siguientes.

A lo anterior cabe agregar que no existe norma jurídica alguna que prohíba vivir en concubinato y, menos aún, que tipifique como ilícito penal o civil esta conducta, razón por la cual un hombre y una mujer pueden constituir lícitamente una familia con base en este hecho biosocial de trascendencia jurídica, amparados en el principio vigente en nuestro sistema de que "lo que no está prohibido a los particulares está permitido".<sup>21</sup>

## 2. Estado jurídico de hecho

En la doctrina<sup>22</sup> se sostiene que los actos jurídicos dan origen a estados de derecho y que de los hechos jurídicos en sentido estricto sólo pueden derivar estados de hecho.

Por estado de derecho se entiende la situación jurídica permanente que permite la aplicación reiterada de un estatuto legal a situaciones concretas determinadas, dado que continúan renovándose de manera sucesiva, en tanto existen.

En cambio, el estado jurídico de hecho es la situación más o menos permanente que origina algunas consecuencias de derecho (deberes y derechos), pero que carece de un estatuto legal sistematizado que le sea aplicable.

Así, como el concubinato no está regulado de manera específica y sistematizada, en cuanto a los requisitos necesarios para que exista, ni se establecen, sino excepcionalmente, las facultades y obligaciones de los concubinos y tampoco se prevén las causas y formas de separación, entre otros aspectos, se llega a la conclusión de que se trata de un simple estado jurídico de hecho y no un verdadero estado de derecho, aun cuando lo plausible sería crear un estatuto jurídico que, en forma específica y sistemática, regulara ampliamente al hecho objeto de estudio, concediéndole en consecuencia la naturaleza jurídica de un "estado de derecho".

## 3. Institución jurídica

Día a día la legislación mexicana regula consecuencias más amplias y numerosas originadas del concubinato, ya no sólo en relación con los

<sup>21</sup> ORTIZ URQUIDI, Raúl. *Ob. Cit.* Pp. 275 y 276.

<sup>22</sup> Cfr. ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Ob. Cit.* Tomo I. P. 143 y Tomo II. Pp. 223 y 224.

hijos y con la concubina, sino también con respecto al concubinario, además de que las normas aplicables han trascendido el ámbito del Derecho Privado y las encontramos en el Derecho Social y en el Público, lo que permite afirmar que el concubinato actual en México tiende a convertirse en una institución jurídica, entendiéndose por ésta, como sostiene Ihering,<sup>23</sup> al conjunto de normas jurídicas que se agrupan, constituyendo series de preceptos normativos para formar verdaderos cuerpos que tienen autonomía, estructura y funcionamiento propios, que persiguen la misma finalidad.

La afirmación precedente también puede sostenerse si se define a la institución como lo hace Hauriou,<sup>24</sup> al decir que es "una idea de obra que se realiza y dura jurídicamente en un medio social" porque el concubinato es indiscutiblemente una idea de obra que tiene existencia social y jurídica en el tiempo y en el espacio.

#### IV. *Efectos*

Comparativamente con el matrimonio, el concubinato puede producir efectos: entre los concubinos; con relación a los bienes y en relación con los hijos.

##### 1. Entre concubinos

Los deberes y derechos entre los concubinos son fundamentalmente de naturaleza moral y no jurídica, en virtud de la inexistencia de un específico y sistematizado estatuto normativo de Derecho que les sea aplicable; estas consecuencias son:

##### a) Cohabitación

Aun cuando en estricto sentido jurídico no puede decirse que la cohabitación es un verdadero deber-derecho de los concubinos, su existencia resulta de la naturaleza misma del concubinato, pues de no haber cohabitación o vida en común no existirá este hecho jurídico, si se tiene presente que consiste precisamente en la comunidad de vida entre un solo hombre y una sola mujer, que deciden vivir bajo el mismo techo y tratarse notoria y públicamente como si fueran esposo y esposa.

<sup>23</sup> Citado por ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Ob. Cit.* Tomo II. P. 210.

<sup>24</sup> *Ibidem.* P. 211.

## b) Débito carnal

Teniendo presente la existencia del deber moral de cohabitación, es congruente concluir que entre los concubinos existe el deber-derecho moral de realizar el débito carnal, lo que resulta una consecuencia natural de la cohabitación y el medio idóneo y moral para lograr la perpetuación de la especie a través de la procreación que puede ser una de las finalidades por las que el hombre y la mujer deciden hacer vida marital.

## c) Fidelidad

Desde el punto de vista moral, los concubinos tienen el deber de observar una conducta moralmente intachable, de respeto recíproco, de fidelidad, lo que jurídicamente se ve reflejado en la exigencia de una unión singular y permanente.

Aunado a lo anterior, cabe señalar que la conducta indecorosa de uno de los concubinos, que sea de tal naturaleza que atente contra la integridad moral o los sentimientos del otro, puede ser invocada por el perjudicado para demandar, en su caso, la reparación del daño moral que le sea ocasionado, tomando en cuenta las disposiciones del vigente Código Civil sobre la materia (artículo 1916).

## d) Ayuda y socorro mutuo

Los concubinos tienen el deber moral de socorrerse mutuamente y el deber jurídico de proporcionarse alimentos, aun cuando el cumplimiento de este último esté supeditado actualmente en el Distrito Federal al hecho de que hayan procreado hijos o de que hayan vivido como esposo y esposa cuando menos durante cinco años, según lo dispuesto en los artículos 302 y 1635 del vigente Código Civil; esta obligación subsiste en el supuesto de muerte del concubinario o de la concubina.

Si mediante testamento alguno de los concubinos dispone de todos sus bienes y derechos para después de su muerte, debe manifestar expresamente, en ese testamento, con qué se pagarán los alimentos del concubino superviviente que esté impedido para trabajar y no tenga bienes suficientes para ministrárselos por sí mismo (artículo 1368 fracción V del Código Civil del Distrito Federal).

Si el testador no cumple con esta obligación, el testamento será inoficioso, según lo dispuesto en el artículo 1374 del Código Civil en cita.

### e) Libertad para contratar

A diferencia de la situación especial que guardan los cónyuges entre sí, en materia contractual, que no les permite celebrar contratos sino con autorización judicial, salvo que se trate del mandato para pleitos y cobranzas o para actos de administración, los concubinos no tienen legalmente este impedimento, gozan de la más amplia libertad para contratar, lo que hace más atractiva, en este sentido, la unión concubinaria (artículos 174, 175, 176 del Código Civil del Distrito Federal).

## 2. Con relación a los bienes

### a) Regímenes jurídicos

Por cuanto hace a los bienes de los concubinos no se puede hablar de regímenes patrimoniales; no obstante, necesariamente debe existir un estatuto jurídico que regule los bienes que adquieran antes y durante la existencia de este hecho jurídico, razón por la cual se puede hablar de sistemas análogos a la sociedad conyugal y a la separación de bienes. En el primer supuesto, debe hacerse alusión a la copropiedad, que existirá cuando ambos concubinos adquieran en común una cosa, que les pertenezca proindiviso (artículo 938 del Código Civil del Distrito Federal).

Ahora bien, así como el régimen de sociedad conyugal se puede liquidar durante la existencia del matrimonio, para adoptar el sistema de separación de bienes, también la copropiedad puede disolverse durante el concubinato o después de concluido éste, teniendo presente el principio jurídico de que ningún copropietario está obligado a permanecer en la indivisión (artículo 939 del Código citado).

Respecto al sistema semejante a la separación de bienes, existirá esta relación análoga cuando cada uno de los concubinos adquiera individualmente determinadas cosas o derechos, con recursos propios del adquirente y no comunes a ambos, siendo titular de los derechos y bienes adquiridos únicamente el concubino que los adquirió a título personal.

De esta problemática surgen las preguntas siguientes: ¿Si al adquirir un bien en común no se pactan proporciones, al hacer la división ¿qué porcentaje debe atribuirse a cada uno? Si el bien es adquirido sólo por el concubinario y la concubina está dedicada únicamente a las labores del hogar ¿pertenece dicho bien a ambos? ¿Si la concubina no tiene la obligación jurídica de realizar las labores del hogar, tiene derecho a cobrar un salario?

### b) Donaciones

En el caso de donaciones entre concubinos, ya sean anteriores al concubinato o durante la existencia de éste, se deben aplicar las reglas generales del contrato de donación, a diferencia de las donaciones antenuptiales y entre consortes.

Respecto a las donaciones hechas por terceros debe estarse a lo dispuesto como regla en la materia, sin que se pueda invocar la aplicación de un estatuto jurídico especial, como sí acontece en relación con las donaciones en favor de los prometidos o de los cónyuges.

### 3. Efectos con relación a los hijos

Se dan fundamentalmente para atribuir la calidad de hijo del concubinario al nacido de concubinato, además de originar la certeza en cuanto a los derechos y deberes que impone la Patria Potestad.

#### a) Hijos de concubinato

Dando un trato análogo a los hijos de matrimonio, se establece la presunción legal de que los hijos de la concubina son hijos del concubinario, cuando nacen después de 180 días de iniciado el concubinato o dentro de los 300 días siguientes a la fecha en que cesó la cohabitación de los concubinos.

No obstante lo anterior, queda un problema por resolver; si se toma en cuenta el criterio generalizado de que el concubinato existe después de transcurridos cinco años de cohabitación de hombre y mujer, la conclusión sería que únicamente se reputan hijos del concubinario los que nacen después de cinco años ciento ochenta días de iniciada la vida en común, lo que resulta ilógico y hace nugatoria la presunción en cita, creando inseguridad jurídica para aquellos hijos que nazcan antes del plazo mencionado.

El planteamiento precedente autoriza a sostener que el concubinato existe a partir del momento en que el hombre y la mujer, sin recurrir al Juez del Registro Civil, inician su vida en común, como si fueran esposo y esposa.

#### b) Certeza en cuanto a los derechos y obligaciones que impone la Patria Potestad

Al igual que en el caso del matrimonio, el concubinato establece la certeza sobre los derechos y deberes derivados de la Patria Potestad,

cuyo origen no es el matrimonio ni el concubinato, sino el hecho jurídico denominado procreación.

### c) Disolución

Actualmente la legislación civil y familiar vigente no regula la separación de los concubinos, dejándolos en la más amplia libertad para disolver su unión libre; sin embargo, consideramos que esta situación resulta injusta, fundamentalmente para los hijos, aun cuando también, por regla, para la concubina, lo que induce a pensar en la necesidad de retomar la directriz establecida por el derogado Código Civil Mexicano del Estado Libre y Soberano de Tamaulipas, que inspiró la Tesis Doctoral del Maestro don Raúl Ortiz Urquidí (Matrimonio por Comportamiento) y establecer legalmente la necesidad de recurrir a los órganos competentes del poder judicial, a fin de solicitar autorización para llevar a efecto la separación aludida, la que sólo podrá concederse cuando se acredite que existe causa justificada para ello.

En el supuesto de autorizar la disolución del concubinato, el juez debe tomar las previsiones necesarias en cuanto a los alimentos de los concubinos, a la situación de la concubina que pudiera estar embarazada, a los alimentos, custodia y patria potestad sobre los hijos y a la repartición de los bienes comunes que hubieren adquirido los concubinos. En resumen, en este caso deben tomarse decisiones y providencias similares a las previstas legalmente para el caso de divorcio.

### *Conclusión*

Consideramos que el concubinato en la actualidad es un hecho social cuya existencia es indiscutible y, por ende, se debe aceptar y regular sistemáticamente en nuestra legislación, a fin de garantizar la organización familiar y social, estableciendo los derechos y deberes de los concubinos y de sus hijos, así como las causas y formas de separación y las providencias que se deben tomar en este caso, para proteger fundamentalmente a los hijos y a la concubina.