

CONCUBINATO

BERNARDO PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO*

Esta figura se puede definir como “la unión libre y duradera entre un hombre y una mujer solteros que cohabitan como si fueran cónyuges en un domicilio común”. Se distingue de otras figuras como el amasiato y la unión libre no permanente, las cuales no son duraderas y en ocasiones se trata de personas casadas.

El derecho es una ciencia finalista que persigue resultados donde se realicen los valores fundamentales, como la justicia, la seguridad jurídica y el bien común. Ahora bien, si nos referimos al concubinato, éste va en contra de estos valores, pues se trata de una situación de hecho e injusta, en el que las partes no quieren una vinculación jurídica. El derecho, siguiendo un principio de justicia, lo regula únicamente con la finalidad de evitar perjuicios a los concubinarios o a sus hijos.

Va en contra de la *justicia* conmutativa de dar a cada quien lo que es suyo, pues por lo que se refiere a los hijos en lugar de ser legítimos se tienen que reconocer. La mayoría de las veces esta situación les crea problemas traumáticos, pues consideran que no pertenecen a una familia bien conformada. En cuanto a los concubinarios, en caso de sucesión, tienen que demostrar que vivieron “juntos como si fueran cónyuges durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte ó cuando hayan tenido hijos en común, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato” (1635).

Respecto a la *seguridad jurídica*, tanto la concubina como el concubinario viven en una completa incertidumbre, pues con el abandono el concubinato puede terminar en cualquier momento. No existe un documento fidedigno como el acta de matrimonio, con el que puedan acreditar su estado y sus derechos. Siempre estarán en la necesidad de demostrar judicialmente su relación. Asimismo, se

* Conferencia impartida en el Polyforum Siqueiros el viernes 6 de noviembre de 1998, en ocasión del Primer Simposium Interuniversitario de Derecho.

puede decir que va en contra del bien común, toda vez que afecta a la sociedad en general y a los individuos en lo particular.

Para analizar de una manera más profunda esta situación, es necesario referirme a algunos aspectos históricos, pues como bien decía don Manuel Borja Martínez,* “La historia de las instituciones revela muchas veces la causa de las leyes vigentes, que sin ese antecedente pueden aparecer como el solo producto de la mente del legislador, incontrolada por la realidad, como un mundo de abstracciones y de meras creaciones mentales, independientemente de toda objetividad.”

En Roma esta institución aparece al lado de la *juste nuptiae* es decir, el matrimonio. Éste sólo podía celebrarse entre ciudadanos romanos. Las personas que no lo fueran o eran de clase social inferior como las esclavas, se unían en concubinato. La desventaja frente al matrimonio, es que el concubinato se reconocía socialmente pero no producía efectos jurídicos.

Fue con Justiniano cuanto se permitió el matrimonio entre personas de diversas clases o condiciones sociales, razón por la que se perdió la práctica del concubinato.

En España, en Las Siete Partidas se prohibía expresamente el concubinato, el cual era conocido como barraganía.

En Francia, Napoleón Bonaparte, quien fuera un extraordinario legislador, cuando se refiere al concubinato en el Consejo de Estado expresa: “Los concubinos se salen de la ley; la ley se desinteresa de ellos”, y en relación con los hijos de esas uniones el mismo Emperador afirmó en aquella ocasión: “La sociedad no tiene interés en que sean reconocidos los bastardos.”

Por lo que toca a México Independiente, ni la Ley del Matrimonio Civil ni la Ley del Registro Civil promulgada por Benito Juárez en 1859 se refieren al concubinato. Tampoco lo regula el Código de 1870, sin embargo trata a los hijos naturales nacidos como fruto de uniones fuera de matrimonio (Arts. 370, 371). Por su parte, el de 1884, sólo menciona la palabra “concubinato” en el artículo 222 dándole un sentido diferente al actual, pues lo confunde con el adulterio.

Igualmente, en la Ley sobre Relaciones Familiares publicada el 14 de abril de 1917, en tiempos de Venustiano Carranza no se regula el concubinato. No obstante, avanza en el sentido de permitir que los hijos nacidos fuera de matrimonio, tenían el derecho a investigar la paternidad, siempre y cuando hubieran gozado del estado de hijos.

El Código Civil de 1928 que se declara un “Código Socializante”, por primera vez legisla sobre el concubinato y en su Exposición de Motivos expresa la *ratio legis* de su apelación al decir: “Hay entre nosotros, sobre todo en las clases populares, una manera peculiar de formar la familia: el concubinato. Hasta ahora se habían quedado al margen de la ley los que en tal estado vi-

* MANUEL BORJA MARTÍNEZ, en Prefacio de *Historia de la Escribanía en la Nueva España y del Notariado en México*, Pérez Fernández del Castillo, Edit. Porrúa, S. A., 3ª ed., México, 1994, p. IX.

vían: 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 base 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 ningun 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 si se trata del concubinato, es, como se dijo antes, porque se encuentra muy generalizado, hecho que el legislador no debe ignorar.”

Desde mi punto de vista, esta posición es correcta, pues quizá por ignorancia o por las costumbres, el matrimonio religioso se consideraba como válido, y por lo tanto no era necesario convalidarlo jurídicamente.

Ahora bien, como lo expresé al comienzo de esta plática, el concubinato se podría describir como “la unión libre y duradera entre un hombre y una mujer solteros que cohabitan como si fueran cónyuges en un domicilio común”. Definición entresacada del artículo 1635. De ella podemos hacer las siguientes deducciones.

El concubinato:

1. Es una situación de hecho que produce consecuencias jurídicas. A diferencia del concubinato, el matrimonio es un acto jurídico solemne en el que los contrayentes expresan su voluntad ante el Juez del Registro Civil; convienen sobre la situación de los bienes que adquieran durante el matrimonio; sobre la forma de convivencia; etcétera. Como resultado del matrimonio se constituye un estado civil y nace el parentesco por afinidad entre el cónyuge y los parientes del otro. En cambio en el concubinato, a pesar de que los concubinarios no desean las consecuencias jurídicas, éstas se producen pero únicamente en relación a la filiación, la herencia y los alimentos, no así respecto del parentesco por afinidad. Si los concubinarios quisieran obtener los beneficios jurídicos del matrimonio lo podrían contraer, pues no existe impedimento alguno.

En el abrogado Código Civil del estado de Tamaulipas se reguló el “matrimonio por comportamiento”. No era necesario el consentimiento formal ante el Juez del Registro Civil, bastaba el consentimiento tácito, es decir, una persona que vivía en concubinato se consideraba formalmente casada, inclusive se podría levantar el acta de matrimonio correspondiente. Situación que resulta equívoca, toda vez que como lo expresé con anterioridad, las partes no desean las consecuencias jurídicas. ¿Cómo la ley puede presumir que existe un consentimiento tácito de algo que no se quiere?

2. Es la unión de un hombre y una mujer. Como se desprende, están excluidos los vínculos homosexuales, lesbiánicos o comunales.

En mi opinión es importante subrayar esta circunstancia, ya que como este tipo de uniones antinaturales no corresponden a la definición del matrimonio, las han querido encuadrar en el concubinato.

3. En la unión de un hombre y una mujer no casados entre sí ni con otra persona. En este sentido el legislador de 1928 consideró importante destacar esta particularidad, al decir: "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..."

Afirmación que juzgo muy lógica, pues al permitir que un cónyuge viviera en concubinato con otra persona, se estaría aprobando y apoyando el adulterio.

4. Es la unión estable de tracto sucesivo, constante y sin interrupciones de un hombre y una mujer, quienes han "vivido juntos como si fueran cónyuges durante los cinco años... o cuando hayan tenido hijos en común" (1635).

En este aspecto, el legislador no aclara por un lado ¿en qué momento se inicia el concubinato? y por otro ¿cuánto tiempo tiene que transcurrir si se ha procreado un hijo? En este último cuestionamiento, nos podríamos preguntar ¿existe concubinato cuando dos personas que no viven ni desean vivir juntas conciben un hijo?

5. Es la unión permanente de dos personas que cohabitan no a ratos o por temporadas. Es decir, implica que tienen establecido un domicilio común. A este respecto la carga de la prueba del inicio y de la continuidad corresponde a los concubinarios.

Si se dieran intervalos de una separación temporal, la continuidad se pierde y por lo tanto, no se dan los efectos jurídicos del concubinato. En este sentido existe una ejecutoria de la Suprema Corte que en lo conducente transcribo:

es improcedente la acción de petición de herencia, basada en concubinato, y menos cuando pretende acreditarse éste con unas cartas que si bien comprueban la existencia de relaciones íntimas entre los signatarios, también acreditan que los mismos residían en poblaciones diversas".*

Es decir, no convivían en un mismo domicilio.

Otro ejemplo, es el caso de una enfermedad larga que provoque la separación y por lo tanto, la continuidad. Situación que demuestra la incertidumbre de esta institución.

6. Es una unión en la que no existen impedimentos matrimoniales. Por ejemplo, entre ascendientes y descendientes; consanguíneos colaterales en segundo grado o bien, la mujer menor de 14 años y el hombre de 16.

7. La unión de un solo concubinario con una sola concubina. En este sentido la ley, con el fin de darle efectos jurídicos, establece la obligación de fidelidad. De otra forma nos encontraríamos frente al amasiato o la prostitu-

* Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Época: 5A. Tomo: XLIV. página: 1237. Rubro: CONCUBINATO, EN EL ESTADO DE VERACRUZ, PETICIÓN DE HERENCIA POR RAZÓN DEL. Nota: esta tesis se refiere al artículo 1568 del Código Civil del Estado de Veracruz vigente en el año en que se promovió el amparo respectivo.

ción. No pueden existir dos concubinatos al mismo tiempo sin embargo, se puede terminar uno e iniciar otro.

8. Autores como Puig Peña en España o Chávez Ascencio en nuestro país, sostienen que para comprobar el concubinato se requiere del nombre, el tracto y la fama. Es decir, que la concubina ostente el nombre de casada; que ambos se comporten como marido y mujer; que ante terceros se presenten como esposos. En realidad el legislador deja al criterio del juez la comprobación del concubinato.

EFFECTOS DEL CONCUBINATO EN EL CÓDIGO CIVIL

1. *Derecho en la sucesión legítima*

En cuanto a los derechos a heredar, la legislación se ha modificado. Con anterioridad, el derecho a heredar de la concubina era menoscabado en relación al cónyuge, pues por ejemplo, si el autor de la sucesión no tenía parientes dentro del cuarto grado, el 50% lo heredaba la concubina y el otro 50% la beneficencia pública. En cambio, en la actualidad la ley asimila la posición de la concubina a la del cónyuge supérstite o sea, en el ejemplo planteado hereda el 100% de los bienes.

2. *Pensión alimenticia*

Los concubinarios están obligados en igual forma a darse alimentos, siempre y cuando satisfagan los requisitos a que se refiere el artículo 1635.

Un testamento puede ser declarado inoficioso si no se establece la obligación de dar alimentos:

ART. 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 precedieron inmediatamente a su muerte o con quien tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de 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 fueran varias las personas con quien el testador vivió como si fueran su cónyuge, ninguna de ella tendrá derecho a alimentos.

3. *Presunción de filiación*

De acuerdo con el artículo 383:

Se presumen hijos del concubinario y de la concubina:

I. Los nacidos después de ciento ochenta días, contados desde que comenzó el concubinato;

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

Como se desprende de este artículo, la existencia del concubinato se tendrá que demostrar judicialmente.

4. *En materia de arrendamiento*

En caso de que el concubinario o la concubina falleciere, el contrato de arrendamiento no se termina por la muerte del arrendatario y cualquiera de ellos se subroga a los derechos del otro "siempre y cuando hubieran habitado real y permanentemente el inmueble en vida del arrendatario" (2448 H).

EFFECTOS DEL CONCUBINATO EN LA LEGISLACIÓN LABORAL Y AGRARIA

La Ley Federal del Trabajo en el artículo 501-III establece que en caso de muerte del trabajador, la concubina o el concubinario tienen derecho a la indemnización correspondiente.

Por su parte, el artículo 84, fracciones III y IV de la Ley del Seguro Social, equipara como amparadas del Seguro Social a la esposa y a la concubina. En el caso de esta última, siempre y cuando haya hecho vida marital durante los cinco años anteriores a la enfermedad, o con la que haya procreado hijos, "siempre que ambos permanezcan libres de matrimonio. Si el trabajador o pensionista tiene varias concubinas, ninguna de ellas tendrá derecho a recibir la prestación". Por lo tanto la concubina o el concubinario tienen derecho al seguro de enfermedades y maternidad, prestaciones en especie, pensión de viudez (93, 101, 130, 131 y además relativos).

La Ley del Instituto de Seguridad Social y Servicios Sociales de los Trabajadores al Servicio del Estado (ISSSTE) en su artículo 5º fracción V le da el mismo carácter a la esposa y a la concubina, siempre y cuando esta última haya 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 la prestación". Quienes tienen derecho: al seguro de enfermedad y maternidad, a los servicios médicos, a recibir pensión derivada del seguro de riesgo, pensión por causa de muerte (24, I y V, 30, 43, 75 II y IV y demás relativos). Igualmente, el artículo 8º del Reglamento dispone que tienen derecho a las prestaciones económicas y de vivienda y dependencia económica a que se refiere la ley mediante información testimonial.

Por lo que se refiere a la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas (ISSFAM), el artículo 37 establece:

Se consideran familiares de los militares para los efectos de este capítulo:

...
II. La concubina sola o en concurrencia con los hijos o éstos solos que reúnan las condiciones a que se refiere la fracción anterior, siempre que por lo que hace a aquélla existan las siguientes circunstancias:

a) Que tanto el militar con ella haya permanecido libres de matrimonio durante su unión;

b) Que haya habido vida marital durante los cinco años consecutivos anteriores a la muerte.

Este artículo cuando describe a la concubina no menciona, como en los anteriores, la procreación de hijos para acreditar el concubinato.

Por último, en la legislación agraria el artículo 18, establece las personas que tienen derecho sobre la parcela y calidad de ejidatario en caso de fallecimiento:

I. Al cónyuge;

II. A la concubina o concubinario;

III. A unos de los hijos del ejidatario;

IV. A uno de los ascendientes; y

V. A cualquier otra persona de las que dependan económicamente de él.

PROPUESTAS DE MODIFICACIONES AL CÓDIGO CIVIL EN RELACIÓN AL CONCUBINATO

I. Establecer un capítulo sobre el concubinato en el que exista una definición clara y completa.

II. Establecer cuándo se inicia el concubinato y la forma de probarlo.

III. Establecer, en el caso de la procreación de hijos, cuál es el plazo que se requiere para que se considere concubinato.

IV. Establecer las formas de acreditarlo (nombre, trato, fama).

V. Enumerar los impedimentos para que se dé esta figura.

CONCLUSIONES

La práctica del concubinato produce injusticia e inseguridad jurídica:

1. En virtud de que los concubinos no desean contraer matrimonio ni sus efectos jurídicos, no obstante que no existe impedimento legal.

2. Al no existir el estado civil de casados, los concubinarios y los hijos procreados, se ven obligados a probar que hubo concubinato para exigir los derechos a la filiación, la herencia, los alimentos, etcétera.

3. La ley no establece cuándo se inicia el concubinato y la forma de probarlo.

4. Para que se considere concubinato cuando ha nacido un hijo, la ley no establece el plazo de vida marital que se requiere.

5. La ley no establece las formas de acreditar el concubinato. Por ejemplo, el nombre, la fama, el trato, etcétera.

