

285
103



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

“ACATLAN”

DIVISION DE CIENCIAS JURIDICAS

EFFECTOS JURIDICOS ECONOMICOS DE
LA DISOLUCION DEL CONCUBINATO,
EN RELACION CON LOS BIENES

T E S I S
PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
ANTONIO TAFOYA CARDOZO



EDO. MEXICO

1993

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



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 está 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.

I N D I C E

INTRODUCCION

CAPITULO I EL CONCUBINATO.

- | | | |
|-----|--------------------------------------|----|
| 1.1 | CONCEPTOS. | 9 |
| 1.2 | DESARROLLO HISTORICO. | 11 |
| 1.3 | ELEMENTOS. | 22 |
| 1.4 | DEFINICION PERSONAL DEL CONCUBINATO. | 26 |

CAPITULO II EL MATRIMONIO.

- | | | |
|-----|---|----|
| 2.1 | DEFINICION. | 28 |
| 2.2 | EVOLUCION HISTORICA. | 31 |
| 2.3 | DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS CON EL
CONCUBINATO. | 37 |

CAPITULO III REGIMENES PATRIMONIALES DENTRO DEL MATRIMONIO.

- | | | |
|-----|--|----|
| 3.1 | SOCIEDAD CONYUGAL. | 42 |
| 3.2 | SEPARACION DE BIENES. | 49 |
| 3.3 | REGIMEN PROPUESTO PARA EL CONCUBINATO. | 54 |

CAPITULO IV LA DISOLUCION DEL CONCUBINATO Y SUS EFECTOS JURIDICOS ECONOMICOS PARA LOS CONCUBINOS EN RELACION CON LOS BIENES.

- | | | |
|-----|---------------------|----|
| 4.1 | CONCEPTO DE PRUEBA. | 56 |
|-----|---------------------|----|

4.2.1.	FORMAS DE DEMOSTRAR LA DISOLUCION DEL CONCUBINATO.	92
4.2.2.	EFFECTOS JURIDICOS Y ECONOMICOS DEL CONCUBINATO, EN RELACION CON LOS BIENES DE LOS CONCUBI- NOS.	93
4.3	PROPUESTA LEGISLATIVA.	103
	CONCLUSIONES.	105
	BIBLIOGRAFIA.	107

I N T R O D U C C I O N

EL CONCUBINATO ES UNA SITUACION DE HECHO, QUE
SIN DUDA GENERA EFECTOS JURIDICOS.

El concubinato proviene del latín concubinatus, -
comunicación o trato de un hombre con su concubina, que se
refiere a la cohabitación más o menos prolongada y permanente
entre un hombre y una mujer solteros, hecho lícito que -
produce efectos jurídicos. Se le considera como uno de los
problemas morales más importantes del derecho de familia.

En la legislación mexicana, en el Código Civil pa
ra el Distrito Federal en vigor, no se le reglamenta como -
una situación de hecho, pero por primera vez en México se -
reconocen los efectos jurídicos que de esta unión se deri--
van, como son: el derecho de los concubenarios a los alimento
s en los términos del artículo 302 de dicho ordenamiento;
a participar en la sucesión hereditaria según lo estipulado
en el artículo 1635 del Código Civil; la posibilidad de in-
vestigar la paternidad de los hijos habidos entre los con-
cubinos en los términos de los artículos 382 y 383 del citado
Código Civil y, una vez establecida la filiación de los
hijos habidos durante el concubinato, estos tendrán derecho

a los alimentos y a ser llamados a la sucesión del padre, - no obstante lo anterior, no fue previsto por el legislador lo que ocurriría con los bienes adquiridos durante el concubinato, para cuando suceda la disolución del concubinato y esta situación fue la que nos motivó a elaborar este trabajo recepcional, bajo la Dirección del Lic. Mario Rosales -- Betancourt a quien agradezco el tiempo invertido para asesorarme y otorgarme auxilio, para convertir una idea incipiente, en la tesis que sometemos la consideración del H. Jurado. que había de calificarla.

Además de los efectos considerados en la legislación civil, está el derecho de la concubina a recibir la indemnización por la muerte del trabajador por riesgos profesionales en los términos del artículo 501 de la Ley Federal del Trabajo; el derecho de la concubina a recibir la pensión establecida por los artículos 73 y 152 de la Ley del Seguro Social, en los casos de muerte del asegurado por riesgo profesional, accidente o enfermedad no profesional, y a las pensiones de viudez cuando el concubinario ha fallecido y disfrutado de pensión de invalidez, vejez o cesantía.

Son requisitos para que la unión de hecho de un hombre y una mujer produzca los efectos del concubinato: --

a) que los concubinos hayan permanecido libres de matrimonio durante el tiempo que duró el concubinato; b) que la relación haya existido durante los cinco años inmediatos anteriores a la muerte de uno de ellos, y c) que haya habido hijos entre los concubinos, en cuyo caso no será necesario considerar el requisito anterior.

Actualmente existen algunas legislaciones como -- son las de Rusia, Estados Unidos, Escocia, Cuba, Bolivia, - Guatemala y el Código Civil del Estado de Tamaulipas, que - legislan, dándole los mismos efectos que al matrimonio solemne, la unión entre un hombre y una mujer sin las solemnidades requeridas en otras legislaciones, en la que se atiende únicamente al consentimiento de las partes y a la prueba de la voluntad. A esta unión que desde el punto de vista - del ordenamiento civil del Distrito Federal, es un concubinato, se le denomina matrimonio contractual no solemne, matrimonio por comportamiento, matrimonio de hecho, matrimonio - consensual o gretna green en el caso de Escocia, presentándose pequeñas variaciones entre unos y otros. (1)

(1) Diccionario Jurídico Mexicano. UNAM. Tomo A-CH. Editorial Porrúa. México, 1992. 5ª Edición. p. 573 y 574.

Entre los estudiosos del Derecho Familiar o Derecho de Familia, como algunos lo denominan, hay posturas diversas respecto al concubinato, destacando los maestros universitarios Don Antonio de Ibarrola, Sara Montero Duhalt, Manuel F. Chávez Ascencio y Julián Guitrón Fuentevilla.

Antonio de Ibarrola, manifiesta que reglamentar no significa aprobar como de prácticas viciosas se siguen consecuencias, importantes para el estado de las personas, mucho hay que reglamentar por parte del Estado en provecho del orden público.

En China se llama a las concubinas mujeres pequeñas, siendo la esposa la gran mujer; a veces, esposas de segunda categoría. En toda sociedad monógama, es decir que considera la monogamia como el régimen legal y deseable, la brutalidad de las pasiones impide que gran número de hombres se contenten con su mujer. Los que tienen medios para ello se procuran otras, y esta práctica, al penetrar en las costumbres, cesa de escandalizar. El concepto de matrimonio estrictamente monógamo es el chino. Su legislación, en relación con el concubinato fluctúa; pero, como nos hace notar De Smedt, en le mariage en Chine, a pesar de las fluctuaciones, la concubina es y permanece siempre claramente dis-

tinta de la mujer legítima. (2)

Como podemos deducir de la simple lectura de la postura asumida por el Maestro Antonio De Ibarrola es eminentemente moralista y de alguna forma nos adherimos plenamente a ella y más aún, el concepto de concubinato que ofrecemos en el capítulo primero de esta tesis proponemos que dicha unión sea de un hombre y una mujer LIBRES DE MATRIMONIO Y LIBRES DE CONCUBINATO.

Sara Montero Duhalt establece que las formas de vida sexual fuera de matrimonio, normalmente no están reguladas por el derecho. Son tomadas en consideración más bien por la moral o por las costumbres y convenciones sociales. Pueden dar lugar, sin embargo, a ciertas consecuencias jurídicas, tales como la filiación habida fuera de matrimonio con sus consecuentes reconocimientos de hijos o investigación de la paternidad; ser causa de divorcio, o configurar delitos como el adulterio o la bigamia. (3)

(2) Cfr. Ibarrola, Antonio De. Derecho de Familia. Editorial Porrúa. México, 1985. p. 148.

(3) Cfr. Montero Duhalt, Sara. Derecho de Familia. Editorial Porrúa. México, 1990. 4ª Edición. p. 164.

Consideramos en tanto confusa la posición ideológica de la maestra Sara Montero, toda vez que no se establece con claridad a qué se refiere con la expresión "fuera de matrimonio", además pensamos que la citada maestra también le da un matiz de inmoralidad a la unión de concubinato, concebiéndola como algo "complementario" del hombre casado, afirmando que es una forma de poligamia ilegal, pero tolerada socialmente, la llamada "casa chica" del hombre casado a veces más grande que la de la esposa, afirmación --- (aclaramos) de la aludida autora. (4)

Lógicamente nuestra postura es diferente a la de la maestra en mención, porque consideramos que el concubinato es una relación hombre-mujer, diferente a la matrimonial con sus propias características pero por supuesto pensamos que no tiene por que considerarse necesariamente inmoral.

(4) Cfr. Montero Duhalt, Sara. op. cit. p. 164.

Manuel F. Chávez Asencio afirma "... estimo que - al concubinato debe seguir considerándosele como una situación de facto, como un hecho jurídico contrario a las buenas costumbres, pero debe ampararse a las personas que se - vean involucradas en esta unión, de tal forma que los efectos puedan ser exigibles como obligaciones civiles, al aceptarse y reglamentarse en nuestra legislación los derechos - familiares de las personas y sociales de la familia".

"... al comparar el matrimonio con el concubinato señalé que no solo el aspecto de formalidad y solemnidad -- los distinguen. La diferencia es más profunda. Está en el compromiso y la fidelidad que se deben los conyuges entre - sí, ambos en relación a los hijos y con la sociedad para -- constituir una comunidad de vida conyugal, permanente e indisoluble en el caso del matrimonio religioso, que haga posible el cumplimiento de los fines de la unión o vínculo matrimonial y que son: el amor conyugal, la promoción integral de la pareja y la procreación responsable. La unión pasajera, aún cuando tenga la duración exigida por nuestras leyes para que se considere como concubinato, no da la seguridad y las posibilidades de realización de los fines del - matrimonio". (5)

(5) Chávez, Asencio, Manuel F. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Conyugales. Editorial Porrúa. México, 1985. p. 316 y 317.

No compartimos lo expresado por el autor en cita, en virtud de que consideramos que tanto en el matrimonio, - como en el concubinato el hombre y la mujer pueden lograr - su cabal realización como individuos que forman parte de -- una sociedad, tomando en cuenta que la unión hombre-mujer - sea en matrimonio o concubinato dan lugar a una familia que es la base de la sociedad.

Por su parte el Doctor Julián Guitrón Fuentevilla en su obra ¿Qué es el Derecho Familiar? dedica diversos artículos al concubinato y a la necesidad de que se regulen - en general los efectos jurídicos que el mismo genera. (6)

El trabajo recepcional consta de cuatro capítulos en el primero hablamos del concubinato, ofreciendo concep-- tos del mismo reseñando su desarrollo histórico y analiza-- mos los elementos que lo constituyen, en el segundo trata-- mos lo referente al matrimonio, su definición y diferencias con el concubinato, en el tercer capítulo hablamos de los - regímenes patrimoniales del matrimonio, para concluir con - la tesis, en el capítulo cuarto hablamos de la disolución - del concubinato y sus efectos jurídicos económicos hacia -- los concubinos, en relación con los bienes, capítulo en el (6) Cfr. Guitrón Fuentevilla, Julián. ¿Qué es el Derecho familiar? Promociones Jurídicas y Culturales. México, 1987. 4ª Edición. p. 373 y siguientes.

cual llevamos a efecto la respectiva propuesta legislativa de nuestra parte.

ANTONIO TAFOYA CARDOZO.

C A P I T U L O I

EL CONCUBINATO

1.1. CONCEPTOS.

1.2. DESARROLLO HISTORICO.

1.3. ELEMENTOS.

**1.4. DEFINICION PERSONAL DEL
CONCUBINATO.**

C A P I T U L O I

EL CONCUBINATO

1.1. CONCEPTOS

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

Es decir se trata de la vida que el hombre y la mujer hacen como si fueran cónyuges sin estar casados; de la cohabitación o acto carnal realizado por un hombre y una mujer, cuya significación propia y concreta no se limita sólo a la unión carnal no legislada, sino también a la relación continua y de larga duración existente entre un hombre y una mujer sin estar legalizada por el matrimonio. Es una comunidad de hecho que sugiere una modalidad de las relaciones sexuales mantenidas fuera del matrimonio como una expresión de la costumbre.

Es evidente que lo concerniente a las relaciones sexuales fuera del matrimonio puede producir algunos efectos jurídicos, aun cuando no sea posible tratarlos como una institución permanente en el Derecho. Debemos tomar en cuenta que el concubinato comprende la relación sexual fuera del matrimonio, que va desde las relaciones de poca duración, a las duraderas y estables, pero que tienen de común el considerarse como relaciones maritales. Esto excluye, desde luego, las relaciones pasajeras entre un hombre y una mujer, si no también se usa este término para indicar a otras mujeres con las cuales un hombre tiene relación sexual permanente -- aparte de su cónyuge, a las que se les llama también concubinas, de lo cual tenemos ejemplos múltiples en la historia, - donde se toca también el problema de la poligamia. (1)

Ahora bien, ¿Cómo puede considerarse el concubinato?. Para responder debemos estudiar su naturaleza jurídica y decidir si es una institución, un contrato, un acto jurídico, o si pudiera ser un hecho jurídico. Sin embargo, independientemente de determinar la naturaleza jurídica, debemos aceptar que el concubinato produce consecuencias jurídicas, que afectan a los concubinarios y sus hijos, y que pueden - afectar también, directa o indirectamente, a terceras personas.

(1) Chávez Asencio, Manuel F. La Familia en el Derecho. Editorial Porrúa. México 1985. 1ª Edición. p. 265 y 266.

1.2. DESARROLLO HISTORICO

Del concubinato se habla en la historia de todos - los pueblos, de tal forma que esta convivencia sexual fuera de matrimonio ha estado presente en todas las épocas de la - humanidad, por lo cual la referencia histórica sería muy pro - lija, razón por la que nos limitaremos sólo a determinados - países y su legislación. (2)

ROMA.

"Los romanos dan el nombre de concubinatus a una - unión de orden inferior más duradera, y que se distinguía -- así de las relaciones pasajeras consideradas como ilícitas".

El concubinato parece haber nacido en Roma debido a la desigualdad de las condiciones, toda vez que un ciudadana no tomaba por concubina a una mujer poco honrada, e indígena por lo tanto de hacerla su esposa. "Hasta el fin de la Repú blica, el Derecho no se ocupó de estas simples uniones de he cho, pues fue bajo Augusto cuando el concubinato recibió su nombre. La ley "julia de adulteriis" calificaba de "stuprum"

(2) Chávez Asencio. op. cit. p. 268.

y castigaba todo comercio con toda joven o viuda fuera de las "stuprum nuptiae", haciendo una excepción en favor de la unión duradera llamada cocubinato, que recibió de esta manera una especie de sanción legal. Desde entonces le fueron impuestas ciertas condiciones para precisar los límites por los cuales ya únicamente existía un comercio ilícito. Por eso el concubinato sólo estaba permitido entre personas púberes, y no parientes en el grado prohibido para el matrimonio. (3)

En cuanto el régimen en sí, tenía notorias semejanzas con el matrimonio legítimo o unión concertada conforme a las reglas del Derecho Civil. Así, el concubinato presupone la habilidad sexual, es decir, la pubertad y excluye la posibilidad de mantener relaciones con más de una concubina, como igualmente que un hombre casado pueda, además vivir en -- concubinato.

CRISTIANISMO.

Los emperadores cristianos buscaron la manera de -- hacer desaparecer el concubinato y procuraron convencer a -- los concubinarios de que contrajesen matrimonio. "Constantino creyó acertar ofreciendo a las personas viviendo entonces en concubinato, y teniendo hijos naturales legitimarlos siempre que transformasen su unión en justae nuptiae siendo

(3) Petit, Eugène. Tratado Elemental de Derecho Romano. Editora Nacional México, 1967. p. 110.

también acordado por Cenón este mismo favor sin ningún reparo. Anastacio fue todavía más lejos, pues decidió, que tanto en lo presente como en lo futuro, todos los que tuvieren hijos nacidos de concubinato podían legitimarlos contrayendo las *justae nuptiae*".

En el actual Derecho Canónico, el canon 277, 1 dice: "Están obligados a guardar continencia perfecta y perpetua por el Reino de los cielos; éste es el sentido del celibato, don especial de Dios, que los une con corazón indiviso más fácilmente a Cristo, y los hace dedicarse más libremente al servicio de Dios y de los hombres".

La continencia, aceptada como virtud propia, exige prudencia en todo lo que pueda ponerlo en peligro, en trato con personas, así como evitar escándalo de los fieles. El obispo diocesano es quien podrá dar las normas concretas así como enjuiciar los casos particulares.

En capítulo VI, se trata de las sanciones en la Iglesia. El canon 1934, 1 sanciona al clérigo que atenta matrimonio, aunque sea sólo civilmente, incurre en suspensión automática, y si amonestado no se corrige puede ser privado

de algunos derechos o se le dimita de su estado clerical. -
Semejantes sanciones hay para el religioso de votos perpe-
tuos. El canon 1395, 1 trata de los casos de clérigos concu-
binarios o los que den escándalo externo contra el sexto man-
damiento, cuyas sanciones gradualmente pueden llegar hasta -
la dimisión del estado clerical. (4)

ESPAÑA.

En relación al nombre de barragana, el Código Alfo-
nso dedicó el título XVI de la partida a tratar de la ba-
rragana, y dice que "tomó este nombre de barra que en arábi-
go, tanto quiere decir como fuera, e gana, que es de latino,
que es por ganancia; éstas dos palabras ayuntadas, quieren -
tanto decir como ganancia que es fecha fuera de mandamientos
de Iglesia... e los que nacen de tales mujeres son llamados
hijos de ganancia. Otrosi puede ser rescebida por tal mujer
también la que fuese forra como la sierva".

Esquivel Obregón nos dice que en parte debido a --
las tradiciones romanas, en parte también a la presencia de
dos razones entre las cuales no podían celebrarse el matrimo-
nio, y también debido a la influencia del islamismo, "el con-

(4) Chávez Asencio. op. cit. p. 272.

cubinato era tan frecuente que, si la religión lo condenaba, las costumbres y la ley lo ven con tolerancia bajo el nombre de barraganía. (5)

La barraganía se consideró como la unión sexual de un hombre soltero, clérigo o no, con mujer soltera bajo las condiciones de permanencia y fidelidad. Las partidas refiriéndose a las barraganas decía que eran "otras mujeres que tienen los omes que no son de bendiciones".

En relación al vestido, es curioso observar lo -- que se decía en aquella época. "Vestían por aquel tiempo -- las mujeres de manera que se conociese por su atavío su estado. Las doncellas usaban galas honestas, sin adorno ninguno en la cabeza y con el pelo tendido, signo de su donceller, -- por lo cual en todas los cuerpos legales se designa a las no casadas con el nombre de mancebas de cabello. Las casadas -- llevan el pelo recogido bajo una toca y las barraganas para que se les tuviere por mujeres casadas usaron también las tocas, lo cual dio motivo para que en el ordenamiento de Sevilla del año de 1337 se dispusiese que: "Las mujeres públicas que andan en el mundo que traigan las tocas azafranadas para que sean conocidas", y en las Cortes de Soria del año -- de 1380, que las barraganas de los clérigos llevasen por señal un prendedero de paño bermejo de tres dedos de ancho sobre las tocas.

(5) Esquivel Obregón, Toribio. Apuntes para la historia del Derecho en México. tomo I. Editorial Porrúa. México 1979

La ley segunda establecía qué personas pueden tener barraganas y decía que todo hombre no ordenado ni casado puede tenerla con tal de que no fuere virgen, ni menor de doce años, ni viuda honesta, ni parienta.

Don Alfonso de Sabio creyó que debería tolerar la barraganía en beneficio común de los pueblos y para poner a cubierto de todo ataque al honor de las doncellas". (6)

MEXICO

En general, en todo el centro del país había poligamia, lo mismo que en Jalisco, Michoacán y la Mixteca y en algunas tribus de Tampico y Sinaloa. "En cambio otras tribus eran monógamas como los Opatas, los Chichimecas, los de Nuevo México y en especial los de Yucatán; Landa expresamente nos dice que, aunque dejaban con facilidad a sus mujeres nunca los yucatecos tomaban más de una como se ha hallado en otras partes. Entre los Toltecas la poligamia se castigaba severamente".

Había ceremonias especiales para desposar a la mujer principal pero, además se podían tener tantas esposas secundarias como conviniese. El sistema matrimonial de los --

(6) Montero Duhalt, Sara. derecho de familia. editorial Porrúa. México, 1988. 1ª edición. p. 179.

mexicanos era una especie de transacción entre la monogamia y la poligamia. "Sólo existía una esposa legítima o sea --- aquella con la cual el hombre se había casado observando todas las ceremonias, pero también había un número indefinido de concubinas oficiales que tenían su sitio en el hogar, y - cuyo estatuto social no era de ninguna manera sujeto de burlas o de desprecio".

"El hombre casado, o soltero, no sacerdote podía - tomar cuantas mancebas quisiera con tal de que fueren libres de matrimonio de religión. Los padres daban manceba a sus - hijos mientras llegaba la edad éstos de casarlos. Para tal fin pedían las muchachas a sus padres sin que éstos consideraran deshonoroso darlas, y sin que, ni en este caso ni en el de matrimonio se exigiere igualdad de rango social, confir-- mándose lo que hemos dicho, que no había nobleza de sangre - en aquellos pueblos".

"Las expresiones de legitimidad o ilegitimidad que no se emplearon después de la conquista española bajo la influencia de las ideas europeas no debe engañarnos; sobre la situación social de las esposas secundarias y de sus hijos - no pesaba ningún estigma. No hay duda de que en principio - sólo los hijos de la mujer principal sucedían a su padre: pe ro en los libros que tratan el tema abundan ejemplos de lo - contrario, y tal es el caso del emperador Iztcóatl, ilustre como el que más, que fue hijo de una concubina de origen hu-

milde. En todo caso los hijos de las esposas secundarias -- siempre se consideraron "pilli" y podían llegar, si eran digno de ello, hijos naturales bastardos con lo que nuestro mundo atribuye o atribuía a esta denominación".

Parece que todas estas mujeres, ya fueren principales o secundarias, tenían muchos hijos, y las familias poligámicas llegaban a ser extremadamente numerosas. "Netzahualpilli tenía ciento cuarenta y cuatro hijos e hijas de los -- cuales once eran de su mujer principal. La crónica Mexicoyotl cuenta veintidos hijos de Axayácatl, veinte de Ahuitzatl, y diecinueve de Moctezuma. El cihuacoatl Tlacaoel -- Tain gran dignatario imperial de la época de Moctezuma I, se casó primero con una doncella nombre de Amecameca, con la -- cual tuvo cinco hijos, después tuvo once mujeres secundarias de las cuales cada una le dio un hijo o una hija, pero agrega el texto, otros mexicanos dicen que Tlacaoelzin el Huehue Cihuacoatl, procreó ochenta y tres hijos.

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

Después de la conquista se presentó un relajamiento de costumbres y hábitos entre los indígenas que crearon - profunda preocupación entre los misioneros y autoridades civiles. Preguntando un indio principal de México qué era la causa, porque "ahora se habían dado tanto los indios a pleitos si andaban tan viciosos", dijo "porque ni vosotros nos - entendéis, ni nosotros los entendemos no sabemos qué queráis. Habeís impuesto no la entendemos, en así anda todo confuso y sin un orden y concierto."

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

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

La ley del matrimonio civil del 23 de julio de --- 1859 hacía referencia al concubinato dentro de las causas de divorcio, artículo 21 fracción I. Procedía el divorcio, entre otros por el "concubinato público del marido", lo cual calificaba al concubinato como la relación sexual ilícita habida fuera del matrimonio.

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

La Ley Sobre Relaciones Familiares, aun cuando no se hace referencia al concubinato, toca ya algunos de los efectos en relación a los hijos. Ya en la exposición de motivos, en relación a la paternidad y filiación se señala --- "que ha parecido conveniente suprimir la clasificación de hijos espurios pues no es justo que la sociedad los estigmatice a consecuencia de faltas que no le son imputables y menos ahora que consideran al matrimonio como contrato, la infrac-

ción a los preceptos que lo rige sólo debe perjudicar a los infractores y no a los hijos". No obstante, sigue haciéndose referencia a los hijos naturales, como todo hijo nacido fuera de matrimonio, en relación a los cuales "queda absolutamente prohibida la investigación de la paternidad y maternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio." La prohibición es absoluta, tanto en favor como en contra de los hijos salvo las excepciones establecidas en los artículos 197 y - 211 , artículo 187. El artículo 197 trata el caso del hijo que está en posesión de estado de hijo natural de un hombre o de una mujer, y que podrá obtener reconocimiento de aquél, o de ambos "siempre que la persona cuya paternidad o maternidad se reclamen no esté ligada con vínculo conyugal al tiempo en que se pida el reconocimiento". Esto puede indicar -- que se trata del padre y la madre unidos sexualmente, pero - no ligados a matrimonio, situación que se asemeja al concubinato, sin hacer referencia a él.

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

ven en concubinato es casado, pues se quiso rendir homenaje al matrimonio, que la comisión considera como la forma moral y legal 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 debía ignorar". (7)

1.3. ELEMENTOS

TEMPORALIDAD

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

PUBLICIDAD

Esto quiere decir que el concubinato debe ostentarse públicamente, pues el oculto no producirá efectos jurídicos. La apariencia de matrimonio exige esta publicidad, --

(7) Cfr. Chávez Asencio. op. cit. p. 274 a 279.

pues dentro de los elementos que nos señala el artículo 1635 del Código Civil, dice que deben vivir como si fueren cónyuges. Es decir, ostentarse como consortes.

SINGULARIDAD

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

LIBRES DE MATRIMONIO

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

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

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

UNION.

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

CAPACIDAD

Este elemento consiste en que los concubenarios deben ser capaces para lograr esa unión sexual semejante al matrimonio, para lo cual deben tener la edad núbil necesaria. También se exige que la unión no sea incestuosa es decir, --

que no exista entre los grados de parentesco consanguíneo -- prohibidos.

FIDELIDAD

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

Se dice que tratándose de una unión estable y singular "la fidelidad queda también implicada; y así como en el matrimonio puede darse la infidelidad sin que por ello -- pierda su carácter de tal, del mismo modo en el concubinato puede darse la infidelidad de uno de los concubinos". Entendamos que la infidelidad a que se refieren es la relacionada con el trato carnal con persona diversa a los concubinarios. Sin embargo, la fidelidad que consiste en el cumplimiento de un compromiso habido entre ambos no se da, porque en el concubinato no existe compromiso de permanencia e indisolubilidad; es una unión libre, de hecho, que puede terminarse voluntariamente, o arbitrariamente inclusive, por cualquiera de ellos. La fidelidad a que se refieren los autores, es -- aquella que se castiga con el adulterio en el matrimonio, y

que se supone implícita en el concubinato, pero en nuestro Derecho la infidelidad no está sancionada como adulterio en el concubinato. (8)

1.4. DEFINICION PERSONAL DEL CONCUBINATO

Según nuestro punto de vista, el dar una definición de concubinato en la cual se diga que es la unión de un hombre y una mujer libres de matrimonio, es inadecuada ya que se da lugar a que el hombre o la mujer puedan tener una o varias relaciones de concubinato al mismo tiempo, la definición que nos parece más lógica en relación con el concubinato es la que señala los siguientes elementos: la unión de un hombre y una mujer libres de matrimonio o de concubinato; la anterior definición lógicamente tiene una importante, dosis de inmoralidad, toda vez que una unión con las características señaladas en primer término, dará lugar a relaciones impregnadas de inmoralidad, ya que en las mismas no observa la idea de que en la relación se pretenda lo mismo que en el matrimonio, es decir auxiliarse mutuamente.

(8) Cfr. Pacheco, Albertó. La Familia en el Derecho Civil - Mexicano. Editorial Panorama. México, 1987. p. 149 a 160

C A P I T U L O I I

EL MATRIMONIO

2.1. DEFINICION.

2.2. EVOLUCION HISTORICA.

**2.3. DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS CON
EL CONCUBINATO.**

C A P I T U L O I I

EL MATRIMONIO.

2.1. EL MATRIMONIO

Son tres las acepciones jurídicas de este vocablo. La primera se refiere a la celebración de un acto jurídico -solemne entre un hombre y una mujer con el fin de crear una unidad de vida entre ellos; la segunda, al conjunto de normas jurídicas que regulan dicha unión, y la tercera, a un estado general de vida que se deriva de las dos anteriores.

De ahí que se pueda afirmar que el matrimonio es - una institución o conjunto de normas que reglamentan las relaciones de los cónyuges creando un estado de vida permanente derivado de un acto jurídico solemne. Ello a pesar de -- que el artículo 130 de la Constitución lo define simplemente como un contrato civil.

En la doctrina se han elaborado varias teorías en torno a la naturaleza jurídica del matrimonio. Tres de --- ellas se derivan de las acepciones señaladas -acto jurídico institución y estado general de vida-, además se habla de: matrimonio contrato, matrimonio-acto jurídico condición y - matrimonio- acto de poder estatal. (1)

(1) Diccionario Jurídico Mexicano. Editorial Porrúa. México, 1992. Tomo III. 6ª edición. p. 2085.

La primera, matrimonio-contrato, encuentra, en México, su fundamento en el artículo 130 de la Constitución citado a pesar de que dicho artículo es el resultado de circunstancias históricas de un momento dado, como fue el interés por evitar que la Iglesia siguiera teniendo el control sobre dicha institución, interés que refleja claramente la ideología de la Revolución Francesa. Por otro lado, el contrato tendrá siempre un carácter eminentemente patrimonial, no así el matrimonio; el contrato puede ser revocado o rescindido por la sola voluntad de las partes sin intervención del poder judicial, el matrimonio no. Estas observaciones desvirtúan por completo la teoría de la naturaleza contractual del matrimonio.

Los autores que postulan la teoría del matrimonio contrato de adhesión, explican que es el estado quien impone el régimen legal del matrimonio y los consortes simplemente se adhieren a él. A esta teoría se le oponen las mismas observaciones esgrimidas en el anterior, ya que conserva el -- concepto contractual. (2)

(2) Diccionario Jurídico Mexicano. op. cit. p. 2085.

La teoría del matrimonio-acto jurídico condición, se debe a León Duguit quien define a este tipo de acto como el que "tiene por objeto determinar la aplicación permanente de todo un estatuto de derecho a un individuo o conjunto de individuos, para crear situaciones jurídicas concretas, que constituyen un verdadero estado por cuanto no se agotan con la realización de las mismas, sino que permiten una renovación continua". (3)

La teoría del matrimonio-acto de poder estatal, pertenece a Cicu, quien explica que la voluntad de los contrayentes no es más que un requisito para el pronunciamiento -- que hace la autoridad competente en nombre del Estado, y en un todo caso es este pronunciamiento y no otra cosa, el que constituye el matrimonio. Esta teoría es válida para países como México, en los que la solemnidad es un elemento esencial del matrimonio. (4)

(3) Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil. Editorial Porrúa. México, 1976. 2ª edición. p. 477.

(4) Galindo Garfias, Ignacio. op. cit. p. 477.

2.2. EVOLUCION HISTORICA.

En épocas muy remotas, se conoció el matrimonio -- por grupos, en que los hombres de un clan o de una tribu tomaba como esposas a las mujeres de otra tribu (exogamia). -- Más tarde aparece el matrimonio por raptó y por compra, en -- organizaciones tribales más evolucionadas, apuntando ya ha-- cia la base patriarcal. Una huella de estos sistemas, apare-- ce en forma legendaria en el Raptó de la Sabinas y más tar-- de, también en Roma quedó un trasunto del matrimonio por com-- pra a través de la coemptio venta simbólica de la mujer al -- futuro marido, quien por ella pagaba un precio. Es posible que la ceremonia de la entrega de las arras en el matrimonio católico encuentre su antecedente remoto, en el matrimonio -- por compra.

En el Derecho romano, el matrimonio era simplemen-- te una relación social que producía consecuencias jurídicas; entre los romanos la celebración del matrimonio en sus diver-- sas formas, ya por medio de la confarreatio ya por medio de la coemptio, no tenía por efecto sino constatar la voluntad de convivencia, en la calidad de esposos, entre un hombre y una mujer. El matrimonio era un estado de convivencia de -- los consortes con la intención de considerarse entre sí como cónyuges. Las relaciones maritales quedaban establecidas -- por medio de una situación, mejor que por un acto de declara

ción de voluntad, como acaece actualmente.

Aunque el matrimonio en sus orígenes fue un mero - hecho extraño al derecho; después se hallaba organizado sobre una base exclusivamente religiosa, finalmente llegó un momento en que adquirió carácter jurídico en el jus civile.- Este reguló las incapacidades para contraer matrimonio y los efectos producidos por las nupcias, tanto con relación a los consortes, como respecto de los hijos; para dar firmeza y -- fortalecer las justae nuptiae, base fundamental de la organización social romana, particulamente durante la República. - El poder público debió intervenir en la celebración del matrimonio, cuando desapareció el matrimonio religioso regulado las ceremonias de su celebración, más que para sancionarlo, para asociar a la esposa al culto doméstico de la familia de su marido. Y así ocurrió hasta la caída del Imperio Romano en que el poder civil no abandonó su intervención en estas ceremonias del culto, sino hasta el siglo X. (5)

(5) Galindo Garfias, Ignacio. op. cit. p. 478.

En esta época en que el poder secular se debilitó grandemente, la iglesia asumió para sí, toda intervención en la celebración del matrimonio y atribuyó competencia a los tribunales eclesiásticos para decidir las cuestiones relacionadas con él. Primero reclamó la autoridad para sancionar la celebración del acto; después, el poder disciplinario -- por el incumplimiento de los deberes matrimoniales; más tarde fue fácil ejercer jurisdicción sobre todas las cuestiones de estado civil y sobre todo, las que concernían al matrimonio. La iglesia fundó su autoridad en esta materia, autoridad que duró seis siglos. (6)

En el siglo XVI, el Estado recobró paulatinamente jurisdicción sobre las causas matrimoniales; primero sobre cuestiones económicas derivadas del matrimonio; más tarde -- intervino en los conflictos relativos a la separación de -- cuerpos de los consortes y posteriormente, también intervino en cuestiones de nulidad de matrimonio.

(6) Galindo Garfias. op. cit. p. 478.

A partir del siglo XVI, el Estado poco a poco privó de efectos civiles a determinados matrimonios, contraídos ante la iglesia, cuando carecían de determinados requisitos que estableció el gobierno civil. Así se entabló una lucha entre el poder civil y el gobierno eclesiástico que en materia de matrimonio duró más de dos siglos. La constitución francesa de 1791 declaró que el matrimonio es un contrato civil y a -- partir de entonces, se operó en Francia y en otros países, - la secularización total de la legislación sobre matrimonio.

La historia de esta lucha es paralela a la histo-- ria de la secularización del Registro Civil.

La Constitución Francesa de 1791, establece que - "la ley no considera al matrimonio más que como un contrato civil". (7)

En nuestro País y a partir de la dominación española, la celebración del matrimonio y las relaciones jurídicas entre los cónyuges, se regularon de acuerdo con el Derecho Canónico. La iglesia católica a través de sus ministros y de los tribunales eclesiásticos, intervino para dar vali--

(7) Pina, Rafael De. Derecho Civil Mexicano. tomo I. Editorial Porrúa. México, 1979. p. 129.

dez al matrimonio y para resolver las cuestiones que surgían con ese motivo.

Esta situación prevaleció en México hasta mediados del siglo XIX. En efecto, el 23 de julio de 1859 el presidente don Benito Juárez promulgó una ley relativa a los actos del estado civil y su Registro, en la que quedaron secularizados todos los actos relativos al estado civil de las personas, entre ellos, el matrimonio, al que se atribuyó la naturaleza de contrato civil y se reglamentó por el Estado - en lo relativo a los requisitos para su celebración, elementos de existencia y de validez, etc.

En dicha ley, continúa reconociéndose el carácter indisoluble del vínculo matrimonial como lo había sido y lo es en el Derecho Canónico.

Los códigos civiles de 1870 y 1884, que rigieron - el Distrito y Territorios Federales, así como los códigos de los diferentes Estados de la federación, confirmaron en sus textos la naturaleza civil del matrimonio y su carácter indisoluble.

En el año de 1914 el Primer Jefe del Ejército Constitucional don Venustiano Carranza, promulga en Veracruz una ley de divorcio que declara disoluble el vínculo matrimonial y deja a los esposos divorciados en plena libertad de contraer nuevas nupcias.

Las disposiciones de esta ley en lo que concierne a la disolubilidad del matrimonio, quedaron confirmadas por la Ley de Relaciones Familiares de 12 de abril de 1917.

La Ley de Relaciones Familiares, que además introdujo algunos cambios respecto a la situación jurídica de los bienes de los cónyuges, tuvo vigencia hasta el momento en que entró en vigor el Código civil de 1928, que actualmente rige en el Distrito Federal, a partir del primero de octubre de 1932. (8)

(8) Chávez Asencio. op. cit. p. 273.

2.3. DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS CON EL CONCUBINATO

En relación al matrimonio, diversos autores han -- hecho comparaciones con el concubinato. Jean Carbonnier, di ce que "el concubinato es con relación al matrimonio, lo que el hecho respecto del derecho. Hoy es frecuente oír que esta figura --al igual que otras tantas relaciones de hecho -- (por ejemplo separación del lecho)- adquieren cada vez una entidad mayor en la vida jurídica." Es justo, sin embargo, -- observar, que no todas las prestaciones de quienes viven en esta situación gozan del favor de la jurisprudenciañ que muchas de las consecuencias jurídicas del concubinato se conci ben en perjuicio de los interesados, y, por último, que las soluciones aportadas no han pasado de ser meras aportaciones del derecho común, especialmente de las normas concernientes a la responsabilidad civil por lo que los derechos y obligaciones que sean reconocidos a quienes viven en concubinato no se les otorgan por razón de esa calidad, sino en atención a que se encontraron en situación abstracta y éticamente dife rentes.

Comparando ambas uniones, es interesante conocer -- la diferenciación que se hace en la Enciclopedia Jurídica -- Omeba, aun cuando no corresponda en todo con lo que previene nuestro Derecho positivo. "Por el hecho del matrimonio contraen los cónyuges un régimen patrimonial, de sociedad conyu gal, dotal de comunidad, de participación, de gananciales, etc mientras los amancebados, no afectan en nada sus bienes".

ALIMENTOS . "La obligación de asistencia implica la deuda alimenticia entre los casados, mientras los que viven en barraganía están libres de esa obligación".

PORCION CONYUGAL. "El cónyuge sobreviviente está favorecido por la asignación forzosa de la porción conyugal, mientras que la herencia de los concubinos está libre de esta cuarta marital".

SANCION PENAL. "En el estado civil el cónyuge de la víctima agrava la pena del victimario, mientras la condición de compañera, querida o moza no empeora la situación de la infractora".

DOMICILIO. "El domicilio de la mujer es el del marido, respecto de las situaciones que emanan del matrimonio, mientras la concubina no tiene esta dependencia domicial, -- pues su domicilio es propio y no el de su compañero".

DERECHO AL NOMBRE. "La concubina no tiene derecho a usar el apellido de su compañero y por regla general -- ni siquiera el hijo natural tiene ese derecho, por lo que es frecuente que tales hijos figuren con el apellido de su madre, por regla general la patria potestad de la prole ilegítima corresponde a la madre, lo que no sucede en la prole --

legítima en que corresponde al padre.

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

Como diferencia fundamental, encontramos la ausencia de solemnidad y formalidades en el concubinato, lo que origina una falta de compromiso. La unión libre que constituye el concubinato, puede deshacerse en cualquier momento. por cualquiera de los concubenarios, lo que impide u obstaculiza por lo menos, la consecución de los fines que los concubenarios deberían tener al asemejar su unión al matrimonio. Difícil es el incremento del amor, que debe asemejarse al conyugal, si no hay un compromiso de permanencia o indisolubilidad en el caso del religiosos. Es decir, no es sólo la falta de formalidad, o como comúnmente se dice "del papel", sino todo lo que representa de compromiso entre cónyuges, en relación a los hijos, así como con la comunidad y la iglesia. (9)

(9) Cháves Asencio. op. cit. p. 298.

La fidelidad es más plèna y completa en el matrimonio. Como hemos observado la fidelidad en el concubinato se refiere a no tener relaciones carnales con persona distinta a los concubinarios, y en el matrimonio la fidelidad comprende lo anterior, más el cumplimiento del compromiso, el no destruir la fe que se tiene entre sí los cónyuges, y la responsabilidad frente a los hijos y terceros. (10)

(10) Chávez Asencio. op. cit. p. 298.

C A P I T U L O I I I

REGIMENES PATRIMONIALES DENTRO DEL MATRIMONIO

3.1. SOCIEDAD CONYUGAL.

3.2. SEPARACION DE BIENES.

**3.3. REGIMEN PROPUESTO PARA EL
CONCUBINATO.**

C A P I T U L O III

REGIMENES PATRIMONIALES DENTRO DEL MATRIMONIO.

3.1. SOCIEDAD CONYUGAL.

El Código Civil para el Distrito Federal, concede a los cónyuges la más amplia libertad para determinar el régimen patrimonial que a su interés convenga, a fin de regular su vida económica durante el estado matrimonial y después de éste a su disolución; por lo tanto, los esposos pueden optar por convenir en: el régimen de sociedad conyugal, el régimen de separación de bienes, o bien en un régimen mixto.

Para constituir cualquiera de estos regímenes: sociedad conyugal, de sociedad parcial o mixto, o de separación absoluta de bienes, es indispensable la celebración de las capitulaciones matrimoniales correspondientes. Aun cuando en el momento de la celebración los contrayentes y futuros cónyuges no posean bienes, el pacto es válido para los bienes futuros, bastará que así se diga.

En cuanto al régimen de sociedad conyugal total, - por la forma como la regula el Código Civil, ésta pertenecería al grupo de los regímenes de comunidad absoluta, en la - que los patrimonios de los esposos se funden para constituir uno solo, del cual ambos son titulares (de no ser así se estaría frente a un régimen mixto en el que habría bienes comunes y bienes propios de cada uno de los esposos). En este - régimen de sociedad conyugal nuestra legislación da a los -- cónyuges un amplio espectro de posibilidades para que sean - ellos mismos quienes en las capitulaciones la organicen como mejor les convenga, tanto en la administración como en los - destinos de los productos y ganancias. (11)

En lo que concierne a la naturaleza de la sociedad conyugal, algunos autores han pretendido ver en ella una -- verdadera sociedad creadora de personalidad jurídica, distinta de los cónyuges con patrimonio y representación propios.

Sin embargo, la casi totalidad de la doctrina nacional y extranjera no está de acuerdo con ello. La familia no es una persona moral; considerar a la sociedad conyugal - con personalidad jurídica propia, permitiría el absurdo de - que cuando los esposos pactaran el régimen de sociedad conyugal, la familia tendría personalidad jurídica, y cuando op-

(11) Baqueiro Rojas, Edgard et al. Derecho de Familia y sucesiones. Editorial Harla. México 1990. 1ª edición. p. 93

taran por el régimen de separación de bienes, carecería de ella. (12)

El Código Civil para el Distrito Federal, considera que los bienes comunes pertenecen a ambos cónyuges, deduciendo que no hay una tercera persona titular de los mismos, de donde se infiere que la naturaleza de la sociedad conyugal no es la de una sociedad, sino la de una comunidad de bienes que sólo puede existir entre cónyuges: que su finalidad es la protección del patrimonio familiar y en la que los esposos se conceden, mediante el acuerdo establecido, la intervención de uno en la administración y disposición de los bienes del patrimonio del otro. Así como la transmisión en propiedad del 50% de los mismos, de aquí que la administración y división de los beneficios se guíe por las reglas del contrato de la sociedad sin alterar la naturaleza del pacto y que, a demás, tenga características propias que la distingan tanto de la copropiedad como de la sociedad propiamente dicha.

(12) Baqueiro Rojas, Edgard. op. cit. p. 95.

La sociedad conyugal debe reunir los siguientes - requisitos para su constitución.

1.- Otorgarse en escrito privado, pero cuando a ella se aporten bienes inmuebles que requieran de escritura pública para su transmisión, las capitulaciones deberán hacerse en escritura pública, además de inscribirse en el Registro Público de la Propiedad para que tenga efectos respecto de terceros.

2.- Puede constituirse antes de la celebración ~~de~~ del matrimonio o durante éste modificando el contrato mediante el cual se hubiere constituido otro régimen: de separación de bienes o mixto. Para ello deben llenarse las mismas formalidades que para celebrar el contrato antes del matrimonio, además de la autorización judicial para que los esposos puedan contratar.

3.- El contrato de sociedad conyugal debe contener:

- a) Lista de avalúo de los bienes muebles e inmuebles;
- b) Lista de las deudas de que deba responder la sociedad;

c) Indicación expresa de que se trata de una comunidad absoluta; es decir; que todos los bienes presentes y - futuros de ambos pasarán a constituir el patrimonio común; - asimismo, de si la sociedad se contrae por la propiedad o só lo por los productos de los bienes;

d) Indicación expresa del destino de los productos del trabajo de cada esposo;

e) Indicación expresa de cómo se dividirán las uti lidades, ya sea que uno reciba una cuota fija, o bien que -- las ganancias se repartan en proporción a sus aportaciones.

Se prohíbe el pacto leonimo por el que uno sólo - haya de recibir todas las ganancias, o se haga cargo de las pérdidas de forma desproporcional a sus ganancias o capital - aportado. (13)

La sociedad conyugal puede suspenderse, existiendo el matrimonio, en los casos de ausencia de algún cónyuge o - abandono del domicilio conyugal por más de seis meses.

(13) Baqueiro Rójas. op. cit. p. 96.

A) Si se declara la ausencia de alguno de los cónyuges, la sociedad conyugal queda suspendida, excepto cuando en las capitulaciones matrimoniales se haya estipulado que - continúe.

B) Cuando el abandono del domicilio conyugal ha -- durado por más de seis meses, sin haberse justificado, los - efectos favorables de la sociedad conyugal cesan para el que abandona desde el día del abandono, y el abandonado puede -- aprovecharse de la sociedad en lo que le beneficie. El abandono perjudica al que abandonó, y no puede invocar la sociedad cuando el otro la ha enriquecido, se requiere de acuerdo para reanudar la sociedad.(14)

La sociedad conyugal puede terminar: cuando termina el matrimonio y durante el matrimonio.

1. La sociedad conyugal termina con el matrimonio en los casos de muerte de los cónyuges, nulidad del mismo o divorcio, y

2. La sociedad conyugal finaliza durante el matrimonio, en los casos de acuerdo entre los esposos que deseen cambiar su régimen de sociedad por el de separación de bie--

(14) Baqueiro Rojas. op. cit. p. 97.

nes o algún sistema mixto; declaración de presunción de muerte de alguno de los cónyuges, ya que la declaración de muerte no pone fin al matrimonio; y mala administración del que administra la sociedad y que pueda arruinarla, como cuando el administrador hace cesión de bienes de la sociedad sin autorización del otro cónyuge, o es declarado en quiebra o concurso de acreedor; en fin durante el matrimonio, siempre que lo pida el cónyuge que no administra, fundado en una causa que el juez de lo familiar juzgue suficiente.

Por otra parte, la terminación de la sociedad conyugal obliga a la liquidación del patrimonio común. Para tal liquidación puede procederse de dos maneras: de común acuerdo entre los cónyuges y nombrando un liquidador.

1. Cuando la liquidación se hace de común acuerdo entre los cónyuges, dependerá de su convenio de liquidación; esto es el pago de créditos y repartición de las utilidades.

2. Cuando la liquidación requiere de que se nombre un liquidador porque no ha sido posible que los cónyuges procedan de común acuerdo en cuanto a la liquidación del patrimonio. El liquidador deberá:

- a) Formar el inventario de los bienes y deudas;
- b) Hacer el avalúo de los bienes y deudas;
- c) Pagar a los acreedores del fondo común;
- d) Devolver a cada cónyuge lo que llevó al matrimonio;
- e) Dividir entre los esposos el remate, si lo hubiere de la forma convenida.

En el caso de existir pérdidas, éstas se dividirán igual que las utilidades, pero en los casos en que sólo uno de los esposos aportó capital, de éste será deducido el total de las pérdidas. (14)

3.2. SEPARACION DE BIENES.

Por lo que respecta al régimen de separación de bienes, éste pertenece al grupo de los sistemas de separación absoluta, ya que en este régimen cada cónyuge conserva la propiedad, usufructo y administración de su patrimonio, sin intervención del otro. La separación de los bienes normalmente es total, como también lo son los productos de los

(14) Rojina Villegas. op. cit. p. 128.

mismos y los bienes que se adquirieran durante el estado matrimonial; de aquí que cada cónyuge pueda disponer de ellos sin necesidad de licencia o autorización del otro. En este régimen, la situación matrimonial de los cónyuges respecto a su patrimonio es la misma que tenía antes del matrimonio, exceptuando las obligaciones derivadas de éste para el sostenimiento económico del hogar y para darse alimentos en caso necesario. (15)

CARACTERIZACION

La separación de los bienes puede establecerse antes del matrimonio y durante el matrimonio.

1. ANTES DEL MATRIMONIO, el pacto de separación de bienes se establece en las capitulaciones como requisito formal para la celebración del mismo.

2. DURANTE EL MATRIMONIO, la separación de bienes puede pactarse de común acuerdo cuando los cónyuges deciden cambiar su régimen de sociedad conyugal por el de separación de bienes o bien modificado en su alcance, de separación absoluta a separación parcial o viceversa, para constituir un sistema mixto.

(15) De Pina. op. cit. p. 219.

En caso de terminación de la sociedad por culpa -- del administrador, el matrimonio continuará con régimen de -- separación. (16)

La separación de bienes, en las capitulaciones que la establezcan, debe otorgarse por escrito y bastará para -- ello la forma de documento privado. En cuanto a la capaci-- dad de los contrayentes para celebrar el convenio, ésta res-- ponderá a los mismos requisistos que la ley señala para cele-- brar el acto matrimonial.

BIENES QUE LA CONSTITUYEN

En las capitulaciones en las que se asiente el ré-- gimen de separación de bienes debe haber un inventario en el que se consigne tanto la lista de los bienes como la de las deudas que cada cónyuge tenga contraídos en el momento del - matrimonio. (17)

(16) De Pina. op. cit. p. 221.

(17) De Pina. op. cit. p. 222.

En este régimen de separación de bienes los cónyuges no podrán cobrarse retribuciones u honorario alguno por los servicios personales de asistencia o consejos que se --- presten. Sin embargo, cuando uno de los cónyuges se hace -- cargo de la administración de los negocios del otro, el que administra sí tiene derecho a retribución.

Ahora bien, cuando los esposos, casados bajo el régimen de separación de bienes, reciben conjuntamente alguna donación o herencia, se consideran respecto de esos bienes -- como si fuera copropietarios, sin que ello altere su régimen de separación, ya que cuando los bienes comunes se dividan (no están obligados a permanecer en la indivisión), cada -- uno adquirirá su parte. (18)

EL SISTEMA MIXTO

Quando el régimen de separación de bienes no es -- absoluto sino parcial; ésto es cuando sólo parte de los bienes y derechos de los cónyuges se ha convenido se rijan por separación, y la otra parte sea materia de la sociedad conyu gal, da origen a un régimen patrimonial mixto para regir la vida económica del matrimonio.

(18) Baqueiro. op. cit. p. 99.

De aquí que el sistema mixto sea aquel en el que -- ni la sociedad ni la separación involucra la totalidad de -- los bienes de los esposos, ya que una parte corresponde a la sociedad y la otra se mantiene en separación.

El sistema mixto puede ser tan amplio como la imaginación o conveniencia de los cónyuges lo consideren: en él caen todas las graduaciones de la sociedad conyugal. Por -- ejemplo la sociedad puede comprender los bienes futuros, pero no los presentes; puede comprender los productos del trabajo pero no las donaciones y herencias, etc., en fin puede comprender cualquier forma en que coexistan sociedad parcial y separación parcial.

En este régimen la voluntad de las partes es soberana, con las solas limitaciones de todos los contratos -- interés público y derechos de terceros-- así como las señaladas por la ley para la sociedad conyugal en particular. (19)

(19) Baqueiro. op. cit. p. 100.

3.3. REGIMEN PROPUESTO PARA EL CONCUBINATO

De acuerdo a lo expuesto cuando analizamos a los regímenes patrimoniales dentro del matrimonio consideramos que el ideal sera la sociedad conyugal, en virtud que quienes se unen en el concubinato, lo hacen con la finalidad de ayudarse en todo lo que la relación genere, por ello pensamos que el régimen ideal es la sociedad antes mencionada.

C A P I T U L O I V

LA DISOLUCION DEL CONCUBINATO Y SUS EFECTOS JURIDICOS ECONOMICOS PARA LOS CONCUBINOS EN RELACION CON LOS BIENES.

4.1. CONCEPTO DE PRUEBA.

4.2. DISOLUCION DEL CONCUBINATO.

4.2.1. FORMAS DE DEMOSTRAR LA DI
SOLUCION DEL CONCUBINATO.

4.2.2. EFECTOS JURIDICOS Y ECONO
MICOS DEL CONCUBINATO, EN -
RELACION CON LOS BIENES DE
LOS CONCUBINOS.

4.3 PROPUESTA LEGISLATIVA.

C A P I T U L O I V

LA DISOLUCION DEL CONCUBINATO Y SUS EFECTOS JURIDICOS ECONOMICOS PARA LOS CONCUBINOS EN RELACION CON LOS BIENES.

Antes de desarrollar el presente capítulo que es - la base toral de la tesis consideramos oportuno dar un panorama general de la prueba, toda vez que en principio consideramos que la existencia del concubinato debe probarse, así - como su disolución, en el entendido de que el tema de este - trabajo recepcional se refiere a estos aspectos.

4.1. CONCEPTO DE PRUEBA

La prueba es un elemento esencial para el proceso. Si, como se ha visto, la demanda es la petición de sentencia y ésta es la resolución sobre aquélla, la condición fundamental para que la sentencia estime fundada la demanda, es, precisamente, la prueba. Jeremías Bentham, quien revolucionó - el estudio de la prueba en el derecho inglés, escribía: --- "... el arte del proceso no es esencialmente otra cosa que el arte de administrar las pruebas".

Por esta razón, tiene una gran importancia el estudio de la prueba, al grado que actualmente se habla de un de recho probatorio, al cual se entiende como la disciplina que estudia las normas que regulan la actividad demostrativa en el proceso. El análisis sistemático de la prueba, de acuerdo con Couture, comprende los siguientes aspectos:

1. Concepto de prueba (qué es la prueba);
2. Objeto de la prueba (qué se prueba);
3. Carga de la prueba (quién prueba);
4. Procedimiento probatorio (cómo se prueba);
5. Valoración de la prueba (qué valor tiene la prueba producida);
6. Medios de prueba (con qué se prueba).

La palabra prueba tiene una gran variedad de significados, ya que se emplea no sólo en el derecho, sino también en otras disciplinas, se prueban los acontecimientos históricos, la hipótesis, los métodos de producción, etcétera. Pero, limitándonos señalar al campo jurídico, y específicamente al procesal, podemos señalar los siguientes significados, que son los más frecuentes:

1. La palabra prueba se emplea para designar los medios de prueba, es decir, los instrumentos con los que se pretende lograr el cercioramiento del juzgador acerca de los hechos discutidos en el proceso. Así, se habla de "OFRECER las pruebas", de la prueba confesional", de la "prueba testimonial," etcétera.

2. También se utiliza la palabra prueba para referirse a la actividad tendiente a lograr ese cercioramiento, independientemente de que éste se logre o no. Aquí, con la palabra prueba se designa la actividad probatoria, como cuando, por ejemplo, se dice que al "actor incumbe probar los hechos constitutivos de su acción", para indicar que a él le -corresponde suministrar los medios de prueba sobre los hechos en los que afirma basar su pretensión.

3. Por último, con la palabra prueba se hace referencia al resultado positivo obtenido con la actividad probatoria. De esta manera se afirma que alguien ha probado, -- cuando ha logrado efectivamente el cercioramiento del juzgador. Aquí prueba es demostración, verificación. Este significado se puede ejemplificar en la acuñada frase de las sentencias tradicionales que reza: "el actor probó su acción" - (es decir, probó los hechos del supuesto de la norma en que fundó su prestación).

Es posible sostener que, en sentido estricto, y si guiendo las ideas y la terminología de Alcalá-Zamora, la --- prueba es la obtención del cercioramiento del juzgador acerca de los hechos discutidos y discutibles, cuyo esclareci--- miento resulte necesario para la resolución del conflicto so metido a proceso. En sentido amplio, sin embargo, la prueba comprende todas las actividades procesales que se realizan - a fin de obtener dicho cercioramiento, independientemente de que éste se obtenga o no. (1)

A continuación se enuncian algunos de los más im--- portantes principios que rigen la actividad probatoria, los cuales no sólo son aplicables al proceso civil, sino en gene ral a cualquier tipo de proceso.

NECESIDAD DE PRUEBA

Los hechos sobre los cuales debe fundarse la deci--- sión judicial, necesitan ser demostrados por las pruebas --- aportadas por cualquiera de las partes o por el juez. Esta necesidad de la prueba tiene no sólo un fundamento jurídico, sino lógico, pues el juzgador no puede decidir sobre cuestiou nes cuya prueba no se haya verificado.

(1) Ovalle Favela, José. Derecho Procesal Civil. Editorial - Harla. México 1991. 4ª Edición. p. 147.

PROHIBICION DE APLICAR EL CONOCIMIENTO PRIVADO DEL JUEZ SOBRE LOS HECHOS.

El juzgador no puede suplir las pruebas con el conocimiento personal o privado que tenga de los hechos, porque sustraería de la discusión de las partes ese conocimiento privado y porque no se puede ser testigo y juez en un mismo proceso.

ADQUISICION DE LA PRUEBA

Según este principio, la actividad probatoria no pertenece a quien la realiza, si no, por el contrario, se considera propia del proceso, por lo que debe tenerse en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, independientemente de que beneficie o perjudique los intereses de la parte que suministró los medios de prueba o aun de la parte contraria. La prueba pertenece al proceso y no a la parte que la propuso y proporcionó.

CONTRADICCION DE LA PRUEBA

La parte contra quien se propone una prueba "debe gozar de oportunidad de procesal para conocerla y discutirla incluyendo en esto el ejercicio de su derecho de contraprobar". Este principio no es sino una manifestación especifi-

ca del principio de contradicción que debe regir en general toda la actividad procesal.

PUBLICIDAD DE LA PRUEBA

El proceso debe desarrollarse de tal manera, que - sea posible a las partes, y a terceras personas conocer directamente las motivaciones que determinaron la decisión judicial, particularmente en lo que se refiere a la valoración de la prueba.

INMEDIACION Y DIRECCION DEL JUEZ EN LA PRODUCCION DE LA PRUEBA

El juez debe ser quien dirija, de manera personal, sin nadie, la producción de la prueba. Si la prueba está en caminata a lograr el cercioramiento del juzgador, nada más - lógico que sea éste quien dirija su producción (artículos 60 387, 389, 397 y 398, fracciones II y II).

Este principio, sin embargo, no tiene una aplicación real en la práctica del proceso civil mexicano, ya que, por regla, las audiencias de pruebas son dirigidas por los - secretarios de acuerdos, sin que las presencie y conduzca -- personalmente el juez. (2)

(2) Pallares, Eduardo. Derecho Procesal Civil. editorial Porrúa. 12ª Edición. México, 1986. p. 197.

CARGA DE LA PRUEBA

La carga de la prueba no es sino una aplicación a la materia probatoria del concepto general de carga procesal. De acuerdo con Couture, la carga procesal es "una situación jurídica, instituida en la ley, consistente en el requirimiento de una conducta de realización facultativa normalmente establecida en interés del propio sujeto, y cuya omisión trae aparejada una consecuencia grave para él".

A través de la carga de la prueba se determina a cuál de las partes se dirige el requerimiento de proponer, preparar y suministrar las pruebas en el proceso; en otros términos, la carga de la prueba precisa a quién corresponde probar.

En el CPCDF encontramos dos reglas generales sobre la distribución de la carga de la prueba. La primera la establece el artículo 281: "Las partes asumirán la carga de los hechos constitutivos de sus pretensiones".

Ya anteriormente se indicó que Carnelutti distingue entre hechos constitutivos, extintivos, impeditivos y modificativos. Los dos primeros son hechos jurídicos principales a través de los cuales se constituye o se extingue una relación jurídica, respectivamente. Los dos últimos son hechos jurídicos secundarios o condiciones jurídicas que obran sobre un hecho jurídico principal, paralizando o modificando su eficacia.

En realidad, como ha puntualizado Alcalá-Zamora, - si el acto tiene la carga de probar los hechos constitutivos de su pretensión, corresponde al demandado probar los hechos extintivos, impeditivos o modificativos que a ella oponga, - pero no los "constitutivos de su pretensión", expresión que resulta inadecuada.

La segunda regla sobre la distribución de la carga de la prueba se halla contenida en el artículo 282, conforme al cual, contrario sensu, sólo el que afirma tiene la carga de probar y no así el que niega. Sin embargo, esta regla -- general tiene las siguientes excepciones, en las que el que niega la carga de probar.

1. Cuando la negación envuelva la afirmación expresa de un hecho. Pallares considera que no es posible -- que haya afirmación y negación expresa al mismo tiempo, por lo cual piensa que probablemente esta hipótesis se refiera a la negación que envuelve la afirmación implícita de un hecho. Sin embargo, es posible que al negar un hecho se afirme expresamente que éste ocurrió de otra forma.

2. Cuando se desconozca la presunción legal que - tenga en su favor la contraparte. Esta hipótesis se refiere a las presunciones legales relativas que admiten prueba en - contrario y tienen como consecuencia invertir la carga de la prueba: no corresponde probar a quien afirma un hecho que la ley presume, sino al que lo niega.

3. Cuando se desconozca la capacidad de la contra parte. En realidad, esta hipótesis queda comprendida en la primera, pues quien niega la capacidad de una persona está afirmando implícitamente que ésta es incapaz.

4. Cuando la negativa sea elemento constitutivo de la acción, habrá que atender en cada caso al tipo de -- pretensión: por ejemplo, quien haga valer una pretensión rei vindicatoria deberá probar la posesión del bien reclamado.

Por último, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que las proposiciones negativas son susceptibles de prueba, siempre que estén determinadas por circunstancias de tiempo y de lugar, pues entonces no pueden considerarse como absolutamente negativas.

OBJETO DE LA PRUEBA

Si se ha definido la prueba como la obtención del cercioramiento del juzgador acerca de los hechos necesarios para que pueda resolver el conflicto sometido a proceso, resulta lógico considerar que el objeto de la prueba es decir, lo que se prueba, son, precisamente, esos hechos. "Objeto de la prueba - ha escrito Carnelutti- es el hecho que debe verificarse y sobre el cual vierte el juicio..."

De acuerdo con el artículo 284, sólo los hechos están sujetos a prueba; el derecho lo estará únicamente cuando se funde en usos o costumbres. Aun estos últimos pueden quedar ubicados como hechos en sentido general. Con razón ha afirmado Alcalá-Zamora que "la prueba de las normas jurídicas se traduce, en definitiva, en la prueba de un hecho, la de su existencia y realidad, ya que una vez dilucidado este extremo, el juez se encuentra frente al contenido del precepto incierto, y que ya ha dejado de serlo, en la misma situación que respecto al derecho nacional, vigente y legislado".

Los hechos son, pues, en general, el objeto de la prueba. Sin embargo, por su cualidad específica, la prueba que por excepción debe establecerse sobre hechos relativos a la existencia de determinados preceptos jurídicos recibe un tratamiento especial. Por esta razón, se hará referencia -- primero a la prueba de los hechos en general y posteriormente a la prueba de hechos relativos a la vigencia de normas jurídicas.

PROCEDIMIENTO PROBATORIO.

El procedimiento está constituido por los actos -- procesales a través de los cuales se desarrolla la etapa probatoria. Estos actos son, básicamente, los siguientes:

1. El ofrecimiento o proposición de las pruebas - por las partes;

2. La admisión o el rechazo, por parte del juzgador, de los medios de pruebas ofrecidos;

3. La preparación de las pruebas admitidas, y

4. La ejecución, práctica, desahogo, o recepción de los medios de prueba que hayan sido ofrecidos, admitidos y preparados. Al pronunciar la sentencia definitiva, el juzgador realiza la operación con la cual culmina el procedi---miento probatorio:

5. La apreciación, valoración o valuación de las pruebas practicadas, que debe ser expresada y motivada en la parte de la sentencia denominada "considerandos".

Todos estos actos se encuentran vinculados por su finalidad probatoria. En este apartado se examinarán los -- primeros cuatro actos mencionados y al quinto se aludirá tanto al estudiar cada uno de los medios de prueba, como al analizar la estructura formal de la sentencia.

Con el plazo que se concede a las partes para ofrecer o proponer los medios de prueba que consideren adecuados a fin de probar los hechos discutidos y discutibles, se inicia la etapa probatoria.

De acuerdo con las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 14 de enero de 1987, el periodo de ofrecimiento de pruebas es de diez días, que empezarán a contarse desde el día siguiente al de la notificación del auto que mande abrir el juicio a prueba (artículo 290).- El juez mandará recibir el juicio a prueba en el caso de que los litigantes lo hayan solicitado, o de que él la estime necesaria (artículo 277). Seguramente el momento procesal más oportuno para que el juez dicte este auto, será al término de la audiencia previa y de conciliación, en caso que no se hubiese logrado la conciliación ni aquél hubiere considerado fundada alguna excepción procesal o dilatoria.

Cada parte debe ofrecer sus pruebas en un escrito en el cual se especifique cada uno de los medios de prueba propuestos y se relacionen en forma precisa con cada uno de los hechos controvertidos (artículo 291).

Por regla, todos los medios de prueba deben ser -- ofrecidos durante este periodo , con la salvedad de los docu-
mentos que se hayan acompañado a la demanda o a su contesta-
ción -que no necesitan ser ofrecidos nuevamente (artículo -
296)- y de de la prueba confesional, que puede ofrecerse des-
de que se abra el plazo de ofrecimiento de pruebas hasta an-
tes de la audiencia, siempre que la prueba se ofrezca con la
debida oportunidad, de manera que permita su preparación.

Existen reglas específicas sobre el ofrecimiento -
de las pruebas confesional, pericial, documental y de inspec-
ción judicial, las cuales se expondrán en el siguiente apar-
tado, al examinar los respectivos medios de prueba.

ADMISION

De acuerdo con el artículo 298, al día siguiente -
en que termine el periodo de ofrecimiento de pruebas, el ---
juez debe dictar una resolución en la cual determine las ---
pruebas que se admiten sobre cada hecho, pudiendo limitar pru-
dencialmente el número de los testigos. Según el mismo ar-
tículo, "no se admitirán diligencias de prueba contra dere--
cho, contra la moral o sobre hechos que no hayan sido contro-
vertidos por las partes, sobre hechos imposible o notoria--
mente inverosímiles...".

En la práctica procesal, el juez no dicta el auto de admisión de pruebas en el tiempo señalado por el artículo citado. Primero, como respuesta a los escritos de ofrecimiento de las pruebas de cada parte, el juez dicta resoluciones en las que sólo "tienen por ofrecidas" las pruebas. Posteriormente, a petición de una de las partes o de ambas, el juez resuelve sobre la admisión de las pruebas ofrecidas y señala el día y la hora para la celebración de la audiencia de pruebas y alegatos, la cual debe llevarse a cabo, por reglas, dentro de los treinta días siguientes a la admisión.

Cuando las pruebas ofrecidas deban practicarse fuera del Distrito Federal, se recibirá en un plazo de 60 días, o, fuera del país, en un plazo de 90 días; en ambos casos, la solicitud de ampliación de plazo debe reunirse los requisitos que señala el artículo 300.

Al admitir las pruebas, el juez debe considerar su pertinencia, es decir, su relación con el objeto de la prueba -los hechos discutidos y discutibles-; y su idoneidad, o sea, su aptitud para probar esos hechos. Por ejemplo, no resultaría idóneo un testimonio para probar la celebración de un matrimonio civil; o una inspección judicial para probar los efectos técnicos de una construcción. En el primer caso, el medio de prueba adecuado sería la copia certificada del acta de matrimonio (documento público) y, en el segundo, un dictamen pericial.

PREPARACION

Algunas de las pruebas que se van a desahogar en la audiencia respectiva deben ser preparadas previamente. De acuerdo con el artículo 385, antes de la celebración de la audiencia, las pruebas deberán prepararse con toda oportunidad para que en ella puedan recibirse y para este objeto deben tomarse, entre otras, las siguientes medidas:

1. Citar a las partes a absolver posiciones bajo el apercibimiento de ser delcarados confesos en caso de que no asistan;
2. Citar a los testigos y peritos, bajo el apercibimiento de multa o de ser conducidos por la policía, a no ser que la parte que los ofreció se hubiera comprometido a presentarlos en la audiencia;
3. Conceder todas las facilidades necesarias a los peritos para el examen de los objetos, documentos, lugares o personas para que rindan su dictamen a la hora de la audiencia;
4. Enviar los exhortos correspondientes para la práctica de las pruebas, como la inspección judicial y la testimonial, que, en su caso, tengan que realizarse fuera del Distrito Federal, y

5. Ordenar traer copias, documentos, libros y demás instrumentos ofrecidos por las partes, disponiendo las compulsas que fueren necesarias.

El artículo 385 fue modificado con las reformas publicadas el 14 de enero de 1987; ahora se limita a señalar que "las pruebas deberán prepararse con toda oportunidad para que en la (la audiencia) puedan recibirse".

EJECUCION

De acuerdo con el artículo 299, la recepción y desahogo de las pruebas sólo puede llevarse a cabo en forma -- oral, a través de una audiencia, a la que debe citarse a las partes en el auto de admisión de pruebas, y la cual debe verificarse dentro de los treinta días siguientes, salvo los -- casos de ampliación de plazo previstos en el artículo 300, -- para cuando haya pruebas que practicar fuera del Distrito Federal (sesenta días) o del país (noventa días).

La audiencia debe celebrarse con las pruebas que -- estén preparadas, dejándose a salvo el derecho de que se designe nuevo día y hora para recibir las pendientes, para lo cual se debe señalar la fecha de continuación de la audien-- cia, la que debe realizarse dentro de los quince días si---- guientes.

Constituido el tribunal en audiencia pública el --- día y la hora señalados al efecto, serán llamadas por el secretario las partes, los peritos, testigos y demás personas que deban intervenir y se determinará quiénes deben permanecer en el salón, quiénes en lugar separado para ser introducidos en su oportunidad. La audiencia se celebrará concu---rran o no las partes y estén o no presentes los testigos y pe---ritos y los abogados (artículo 387). Las pruebas ya prepara---das se recibirán, dejando pendientes para la continuación de la audiencia las que no lo hubieren sido (artículo 388).

De esta audiencia, en la que también se formulan los alegatos (artículo 393), el secretario debe levantar acta circunstanciada (artículo 397).

El juzgador se encuentra facultado para dirigir -- los debates previniendo a las partes se concreten exclusivamente a los puntos controvertidos evitando disgresiones. De---be procurar la continuación del procedimiento, evitando que - la audiencia sea interrumpida o suspendida, y respetar la igual---dad entre las partes. La audiencia debe ser pública, salvo los casos de divorcio, nulidad de matrimonio y "los demás -- que a juicio del tribunal convengan que sean secretas" (ar---tículos 395 y 398, en relación con el 59).

CONCEPTO Y CLASES DE MEDIOS DE PRUEBA

Los medios de prueba son los instrumentos con los cuales se pretende lograr el cercioramiento del juzgador sobre los hechos objeto de prueba. Estos instrumentos pueden consistir en objetos materiales -documentos, fotografías, etcétera- o en conductas humanas realizadas bajo ciertas -- condiciones -declaraciones de testigos, dictámenes periciales, inspecciones judiciales, etc.

Cuando el medio de prueba consiste en una conducta humana es preciso no confundir a ésta con el sujeto que la realiza. conviene distinguir con claridad ente la persona -sujeto de prueba- y su conducta -medio de prueba-. Así, por ejemplo, los testigos y los peritos son sujetos de prueba en tanto que son personas que realizan determinadas conductas -tales como formular declaraciones o dictámenes- tendientes a lograr el cercioramiento del juzgador sobre los hechos discutidos en el proceso pero los medios de prueba no son tales personas, sino sus declaraciones o sus dictámenes, el artículo 289 enumera los medios de prueba admitidos por el CPCDF.

1. La confesión.
2. Los documentos públicos y privados.
3. Los dictámenes periciales.
4. El reconocimiento o inspección judicial.
5. El testimonio de terceros.
6. Las fotografías, copias fotostáticas, registros dactiloscópicos y, en general, todos aquellos elementos aportados por los descubrimientos de la ciencia.
7. La fama pública.
8. Las presunciones.
9. Los demás medios que produzcan convicción en el juzgador.

Con las reformas publicadas el 10 de enero de 1986 se modificó el artículo 289, para establecer en forma genérica, que "son admisibles como medios de prueba aquellos elementos que puedan producir convicciones en el ánimo del juzgador acerca de los hechos controvertidos o dudosos".

A estos medios de prueba se les suele clasificar de diversas formas, entre las cuales podemos destacar las siguientes:

PRUEBAS DIRECTAS E INDIRECTAS

Las primeras muestran al juzgador el hecho a probar directamente y las segundas lo hacen por medio de otro hecho u objeto -declaración, dictamen, etcétera-. La regla general es que las pruebas sean indirectas: la confesión, el testimonio, los documentos, etcétera. La prueba directa, -- por excelencia, es la inspección judicial, la cual pone el juez en contacto directo con el hecho que se va a probar.

PRUEBAS PRECONSTITUIDAS Y POR CONSTITUIR

Las primeras existen previamente al proceso como en el caso típico de los documentos. Las pruebas por constituir son aquéllas que se realizan sólo durante y con motivo del proceso, como la declaración testimonial, la inspección judicial, los dictámenes periciales, etcétera.

PRUEBAS HISTORICAS Y CRITICAS

Las primeras reproducen o representan objetivamente los hechos por probar tal es el caso de las fotografías, las cintas magnetofónicas, los documentos, etc. Las segundas no representan el hecho por probar, sino que demuestran la existencia de un hecho, del cual el juzgador infiere la -

existencia o inexistencia del hecho por probar, de esta segunda clase son las presunciones.

PRUEBAS REALES Y PERSONALES

Las pruebas reales son las que consisten en cosas: documentos, fotografías, etc. Las pruebas personales, como su nombre lo indica, consisten en conductas de personas: la confesión, el testimonio, el dictamen pericial, etc.

A continuación se estudian cada uno de los medios de prueba.

CONFESION

La prueba confesional es la declaración vinculativa de parte, la cual contiene la admisión de que determinados hechos propios son ciertos.

La confesión es una declaración vinculativa, pues generalmente contiene un reconocimiento de hechos de consecuencias jurídicas desfavorables para el confesante. Es, -- además una declaración de una de las partes del juicio, lo cual lo distingue del testimonio, que es una declaración de

un tercero ajeno a la controversia, declaración que, por -- otro lado, no tiene el carácter vinculado de la confesión.- Por último, la confesión debe de referirse a hechos propios, es decir, a hechos en cuya ejecución haya participado el confesante.

CONFESION Y TESTIMONIO O DECLARACION DE PARTE

La confesión, que durante mucho tiempo fue considerada como la "reina de las pruebas", ha ido perdiendo cada vez más su importancia y, en algunos países, como Inglaterra, Austria y Alemania, ha sido sustituida por la simple declaración o testimonio de parte. Este paso de la confesión a la declaración de parte ha implicado, entre otras cosas, la liberación del interrogatorio -que ya no queda limitado por la fórmula cerrada de las posiciones- y la supresión de la fuerza vinculativa de la prueba- al dejar de ser valorada - en forma tasada y quedar a la libre apreciación del juzgador.

En México, la declaración de parte ha sido adoptada expresamente, al lado de la confesión, por los códigos -- que tomaron como modelo el anteproyecto de 1948. así, por ejemplo, el artículo 279 del CPC del Estado de Sonora prevé que las partes podrán "pedir por una sola vez, que la contraparte se presente a declarar sobre los interrogatorios que - por anticipado, o en el acto de la diligencia, se le formulen".

A diferencia de la confesión practicada a través de la articulación y la absolución de posiciones, en la declaración de parte los interrogatorios se formulan libremente, "sin más limitación que las preguntas se refieran a los hechos objeto del debate", además, las preguntas pueden ser inquisitivas y aun no referirse a hechos propios del confesante, bastando que sean de su conocimiento (artículo 280).- La valoración de la declaración libre de parte no es tasada previamente en la ley como ocurría anteriormente con la de la confesión, sino que se deja, al igual que la de la testimonial, a la libre apreciación del juzgador. En fin en el caso de incomparencia de la parte citada a declarar, el juez no la podrá "tener por confesa", como ocurriría si se tratara de confesión, sino que sólo le podrá aplicar las medidas de apremio par algrar su comparencia, en los mismos términos en los cuales podrían hacerlo con un testigo. En otras palabras, así como en la confesión la parte citada tiene la carga de comparecer a absolver posiciones, pues de no hacerlo se le tendrá por confesa de las posiciones que el juez califica de legales, en la declaración libre la parte citada tiene el deber de comparecer a responder a las preguntas que la contraparte le formule, y, si no cumple con este deber, el juez le podrá imponer una medida de apremio.

En opinión de Alcalá-Zamora, también en el - CPCDF es posible encontrar algunos preceptos aislados que se refieren, sin epígrafe ni regulación autónoma, a la declaración de parte. Cita, en apoyo de su afirmación, los tres si guientes artículos: el 318, donde se prevé que "el tribunal puede, libremente, interrogar a las partes sobre los hechos y circunstancias que sean conducentes a la averiguación de - la verdad"; el 354, donde, a propósito de la inspección judi cial, se autoriza a las partes y a sus abogados a hacer, du- rante la diligencia, "las observaciones que estimen oportu- nas"; y el 366, donde se faculta al tribunal para "hacer a - los testigos y a las partes las preguntas que estime condu- centes a la investigación de la verdad respecto a los puntos controvertidos". Sin embargo, ninguno de los preceptos cita dos alude específicamente al derecho de las partes para pe- dir la citación de la contraparte con el objeto de interro- garla libremente; se refieren a las facultades del tribunal para interrogar a las partes.

En apoyo legal para declaración libre de parte po- dría buscarse, a nuestro juicio, en dos preceptos diferentes. Por una parte, en el artículo 289, el cual reconoce genérica- mente como medios de prueba todos aquellos "elementos que -- puedan producir convicción en el ánimo del juzgador"; y, por otra parte, en el artículo 389, donde se establece específi-

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

camente que "las partes pueden hacerse recíprocamente preguntas y formularse posiciones, y el juez tiene la facultad de asentar, o el resultado de este careo, o bien las contestaciones conteniendo las preguntas", es claro que este último precepto distingue con precisión entre el derecho de articular posiciones -en el caso de la confesión- y el derecho de interrogar libremente a la contraparte por medio de preguntas -declaración de parte-.

DOCUMENTOS

Este medio de prueba es el que mayor desarrollo ha tenido en el proceso civil; por eso. Alsina ha expresado - que el antiguo adagio forense "testigos vencen escritos", ha sido sustituido por el de "escritos vencen testigos". La propia concepción del documento también ha sufrido una evolución que va de la concepción estructural, que consideraba -- que documento era únicamente lo escrito, a la concepción funcional, la cual estima como documento todo aquello que tenga como función representar una idea o un hecho. En este sentido, Alsina escribe que "por documento se entiende toda representación objetiva de un pensamiento, la que puede ser material o literal". Igualmente, Alcalá-Zamora distingue entre monumental e instrumenta.

Para que un objeto pueda ser considerado como documento, se suele estimar que, además de tener esta aptitud de representación, debe poseer la cualidad de ser un bien mueble, de modo que pueda ser llevado al local del juzgado. De acuerdo con estas ideas, se puede definir al documento como todo objeto mueble apto para representar un hecho.

Con base en esta definición, se puede distinguir, pues entre documentos materiales, cuando la representación no se hace a través de la escritura, como sucede con las fotografías, los registros dactiloscópicos, etc., y documentos literales, que cumplen su función representativa a través de la escritura.

PRUEBA DOCUMENTAL TECNICA

El CPCDF regula por separado las fotografías, cintas cinematográficas, registros dactiloscópicos y fonográficos, las copias fotostáticas y las notas taquigráficas, que en realidad son documentos materiales y los cuales quedan -- agrupados en la especie de los "documentos técnicos". Esta prueba requiere, en términos generales, que quien la presente suministre al tribunal los aparatos o elementos necesarios para que pueda apreciarse el valor de los registros y reproducirse los sonidos y figuras. Las notas taquigráficas

deben presentarse acompañadas de la respectiva traducción, - especificándose el sistema taquigráfico empleado (artículos 373, 374 y 375).

PRUEBA DOCUMENTAL LITERAL

Bajo el epígrafe "De la prueba instrumental", el - CPCDF regula la especie de los documentos literales o instrumentales; es decir, los documentos escritos. A esta especie de documentos los clasifica en públicos y privados. Los primeros son los expedidos por funcionarios públicos en el desempeño de sus atribuciones o por profesionales dotados de - fe pública (notarios o corredores públicos). Los documentos privados, por exclusión, son los expedidos por personas que no tienen ese carácter.

DOCUMENTOS PUBLICOS

El artículo 327 enuncia, en 9 fracciones los documentos que considera públicos, los cuales se pueden agrupar en cuatro subespecies.

ACTUACIONES JUDICIALES

Bajo esta expresión se comprenden todos los actos jurídicos realizados por el tribunal dentro de un procedimiento judicial, de los cuales queda constancia en el expediente respectivo. No se deben confundir las actuaciones judiciales, que sólo se integran por los actos jurídicos en los que interviene el tribunal, con todo el expediente del proceso, que incluye otros actos llevados a cabo por las partes y aun por terceros. Dentro de las actuaciones judiciales quedan comprendidos tanto los actos de decisión del tribunal (las resoluciones judiciales) como sus actos de comunicación y de ejecución (las diligencias judiciales).

De acuerdo con el artículo 296 del CPCDF, las actuaciones judiciales que aparezcan en el expediente del mismo juicio se tomarán como pruebas, aunque no se ofrezcan. Cuando se trate de actuaciones judiciales de otro juicio, se deberá ofrecer esta prueba y, en el supuesto de que el juicio se esté llevando o se haya llevado a cabo en otro juzgado, deberá, además, prepararse la prueba, solicitando la expedición de las constancias correspondientes o el envío del expediente.

DOCUMENTOS NOTARIALES

La Ley del Notariado del Distrito Federal, de 1979 clasifica los documentos notariales en escrituras y actas.-- Por escritura entiende al instrumento original que el notario asienta en el protocolo en forma íntegra o extractada, para hacer constar un acto jurídico, y que contiene las firmas de los comparecientes y la firma y el sello del notario (artículo 60). Por acta entiende "el instrumento original utilizado, en el que se relaciona un hecho o acto jurídico que el notario asienta en el protocolo, bajo su fe, a solicitud de parte interesada" (artículo 82). Aunque en esta última definición la Ley también alude a los actos, el artículo 84 enumera esencialmente hechos jurídicos como contenido de dichas actas, por lo que la diferencia fundamental entre las escrituras y las actas reside en que en las primeras se hacen constar actos jurídicos y en las segundas hechos jurídicos.

Tanto las escrituras como las actas se asientan en el protocolo, que es el libro o juego de libros autorizados en los que el notario hace constar los hechos y actos jurídicos de que da fe. El notario extiende testimonios a las partes interesadas, los cuales son copias en las que se transcribe íntegramente una escritura o acta notarial y docu

mentos anexos, firmados y sellados por el notario (artículos 93 y 94).

Lo que se presenta como prueba en el proceso, son los testimonios de las escrituras o de las actas, los cuales expide el notario indicando si se trata del primero, segundo tercero etc. También se pueden presentar copias certificadas de los testimonios, expedidas por los propios notarios o por funcionarios dotados de fe pública (como los secretarios de acuerdos).

DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS

Bajo esta subespecie quedan comprendidos los documentos expedidos por funcionarios públicos en ejercicio de sus atribuciones legales.

Conviene subrayar que, para que estos documentos - sean públicos, no basta con que los expidan funcionarios públicos: es necesario que los hagan precisamente en ejercicio de sus atribuciones legales. Por esta razón, la Tercera Sala de la Suprema Corte ha sostenido que las "certificaciones expedidas por las autoridades, sobre asuntos ajenos a sus -- funciones, no tienen ningún valor jurídico, y, para utilizar lo dicho por las autoridades, en lo que se refiere a sus funun

ciones, es preciso promover la prueba testimonial con arreglo a derecho."

CONSTANCIAS REGISTRALES

Estos documentos son los expedidos por aquellas dependencias encargadas de llevar el registro de determinados actos o hechos jurídicos, tales como el Registro Público de la Propiedad y del comercio del Distrito Federal el Registro Civil, el Registro Federal de Vehículos, el Registro de Transferencia de Tecnología, etc. estas dependencias expiden constancias o certificaciones acerca de los registros -- que realizan.

Por regla, todos los documentos públicos a que nos hemos referido hacen prueba plena, salvo que se demuestre su falsedad por otros medios legales (artículo 403 del CPCDF).

DOCUMENTOS PRIVADOS

Por exclusión, estos documentos se definen como -- aquéllos que no han sido expedidos por funcionarios públicos en ejercicio de sus atribuciones o por profesionales dotados de fe pública. El artículo 334 contiene una enunciación insuficiente de los documentos privados: "son documentos --

privados los vales, pagarés, libros de cuentas, cartas y demás escritos firmados o formados por las partes o de su --- orden y que no estén autorizadas por escribanos o funcionarios competentes".

Los documentos privados pueden ser reconocidos por su autor en forma expresa o tácita.

El reconocimiento expreso del documento privado lo hace su autor, a requerimiento del juez, y a petición de la parte interesada, debiendo mostrarle, para este objeto, todo el documento original, aquí el reconocimiento expreso se hace siguiendo las reglas de la prueba confesional (artículos - 335 y 338). Sólo puede reconocer un documento privado el -- que lo firma, el que lo manda extender o el legítimo repre-- sentante de ellos, con poder o cláusula especial (artículo - 339).

El reconocimiento tácito se produce cuando en el - juicio se presentan documentos privados por vía de prueba y no son objetados por la parte contraria (artículo 335). De acuerdo con el artículo 340, la objeción de documentos debe hacerse a los tres días siguientes a la apertura del plazo - de ofrecimiento de prueba, tratándose de los presentados hasta entonces. Los que se exhiban con posterioridad pueden --

objetarse en igual plazo, contado desde la notificación del auto que ordene su recepción.

DICTAMEN PERICIAL

El dictamen pericial es el juicio emitido por personas que cuentan con la preparación especializada en alguna ciencia, técnica o arte, con el objeto de esclarecer algún o algunos de los hechos materia de la controversia.

La preparación del juzgador, el cual sólo es o debe ser un perito en derecho, no puede alcanzar todos los ámbitos del conocimiento científico y de la técnica, y, sin embargo, en ocasiones aquél debe resolver conflictos que presentan aspectos complejos, los cuales requieren de esos conocimientos. En estos casos es cuando el juzgador debe ser auxiliado por los peritos.

De acuerdo con el artículo 293 del CPCDF, la prueba pericial "procede cuando sean necesarios conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o industria, o lo mande la Ley, y se ofrecerá expresando los puntos sobre los que versará, sin lo cual no será admitida, y si se quiere, las cuestiones que deban resolver los peritos". Esta prueba debe ofrecerse señalando también el nombre y domicilio del pe-

fito (artículo 291).

INSPECCION JUDICIAL

Becerra Bautista define este medio de prueba como "el examen sensorial directo realizado por el juez, en personas u objetos relacionados con la controversia". Con razón advierte el profesor citado que el examen, al ser sensorial en general, no se limita al sentido de la vista, por lo que no es correcto designar a esta prueba "inspección ocular"; - el examen puede hacerse a través de los otros sentidos, como el olfato, el oído, etcétera.

TESTIMONIO

Este medio de prueba tuvo una gran importancia histórica, al grado que Bentham llegó a decir: "Los testigos - son los ojos y oídos de la justicia". Sin embargo, la evolución histórica ha ido mostrando una paulatina reducción de la confiabilidad de esta prueba, tanto por los problemas propios de la percepción, que derivan de la misma falibilidad humana, como por las operaciones indebidas a que se presta dicho medio de prueba.

PRESUNCIONES

La presunción -expresa De Pina y Castillo Larra-- ñaga- es una operación lógica mediante la cual, partiendo - de un hecho conocido, se llega a la aceptación como existente de otro desconocido o incierto. .

De acuerdo con el artículo 379, presunción es la - consecuencia que la ley o el juez deducen de un hecho conocido para averiguar la verdad de otro desconocido: la que es tablece la ley se llama legal y la deducida por el juez, se denomina humana.

Las presunciones pueden ser, pues, legales o humanas según sean deducidas en la ley o las haga el propio juzgador.

En rigor, las presunciones no son medios de prueba tal como lo ha mostrado Alcalá-Zamora: "o se trata de las - denominadas legales, y entonces se conectan con la carga de la prueba (a título de exclusión - las iuris et de iure o ab solutas - o de inversión en cuanto a ella -las iuris tantum o relativas-), o bien de las llamadas humanas, y en tal caso se ligan con la fuerza probatoria y no son medios distintos de los examinados hasta ahora sino los mismos, sólo -

que sin intensidad demostrativa plena (meras conjeturas o --
indicios)". (3)

4.2. DISOLUCION DEL CONCUBINATO

El concubinato no genera el parentesco por afinidad y siendo una unión que puede romperse libremente por --
cualquiera de los concubenarios. En términos generales la --
terminación no puede originar indemnización a título de da--
ños y perjuicios.

La doctrina extranjera distingue la ruptura cuando existe una seducción dolosa "que consiste generalmente en --
una falsa promesa de matrimonio, haya o no embarazo de la --
concubina, puede accionar y obtener declaración de responsa--
bilidad civil del concubinario". Fuera de este caso, parece difícil encontrar otros en los que procediera la indemniza--
ción.

En el matrimonio, la indemnización es posible con cargo al cónyuge culpable en los términos del artículo 288 -

(3) Cfr. Ovalle Favela. op. cit. p. 155 a 173.

del Código Civil, que califica al divorcio como un hecho ilícito. (4)

4.2.1 FORMAS DE DEMOSTRAR LA DISOLUCION DEL CONCUBINATO

De acuerdo a lo expuesto de manera amplia, existen diversos medios de prueba y los existentes para demostrar la disolución del concubinato, pudieran ser testimoniales y documentales en su caso, mediante las testimoniales, el concubino que pretendiera demostrar la disolución del concubinato establecería en juicio a partir de qué momento la otra -- parte de la relación dejó de mantener la misma y mediante -- las documentales, sean privadas o públicas, se podría demostrar que uno de los concubinos ya vive en domicilio diferente del que tenía la pareja y también que uno de los concubinos tiene hijos con otra persona y ello daría lugar a demostrar que aquel que tuvo hijos fuera del concubinato, ya no deseaba mantener la relación.

(4) Chávèz Asencio. op. cit. p. 308.

4.2.2 EFECTOS JURIDICOS Y ECONOMICOS DEL
CONCUBINATO, EN RELACION CON LOS
BIENES DE LOS CONCUBINOS.

"¿Genera la convivencia alguna sociedad de hecho entre los concubinatos? Para responder a esta interrogante dividiremos este aspecto patrimonial en dos. Uno de ellos al patrimonio de familia, y el siguiente a los otros, muebles, que los concubinaris pueden tener.

En relación el patrimonio de familia, éste se compone de la casa habitación, o de la parcela cultivable (artículo 723 del Código Civil). Por ser patrimonio de familia, puede constituirlo cualquier miembro de la misma en los términos del artículo 731 del Código Civil, debiendo demostrar la existencia de la familia a cuyo favor se va a constituir el patrimonio. Sin embargo, la fracción III del artículo citado, dice que la comprobación de los vínculos familiares se hará con las copias certificadas de las actas del Registro Civil, lo que excluye a los concubinaris, pues no es posible comprobar esa unión con acta del Registro Civil". (5)

(5) Chávez Asencio. op. cit. p. 300.

Sin embargo, el concubinato también genera una familia, y, por lo tanto, en términos generales esta familia también tiene derecho a constituir un patrimonio y se comprobará la existencia de ella a través de las actas de nacimiento de los hijos, que son miembros también de la familia. Ciertamente es que el artículo 725 del Código Civil, dice que -- tienen derecho a habitar la casa afectada al patrimonio de familia "el cónyuge del que lo constituye y las personas a quienes tienen obligación de dar alimentos", y agrega, que ese derecho es intransmisible. Esto parece indicar que el patrimonio de familia puede constituirse para la familia -- originada de concubinato, pero que los concubenarios no tienen derecho a habitar la casa, al no ser cónyuges, sin embargo, quienes viven en esta unión, van a cohabitar en la casa toda vez que es una de las características que los concubenarios tengan un domicilio común para que vivan como si fueran cónyuges, de donde se desprende indirectamente, -- ese derecho de la concubina o del concubinario en su caso.

En relación al segundo de los problemas, hay que responder si la unión derivada del concubinato genera alguna sociedad de hecho producto caso siempre más de las circunstancias que de una actitud razonada y voluntaria .

"Inicialmente, ni la doctrina ni la jurisprudencia, la admitieron. Se suponía que aceptarla importaba tanto como acordar el concubinato efectos semejantes a los producidos por la unión legítima. Además, y para el supuesto de que se invocase la constitución de una sociedad de hecho entre concubenarios, perfectamente posible ante la ausencia de incapacidad para contratar, se consideraba la existencia de una dificultad insuperable: la ausencia de prueba -- por escrito exigida por el artículo 1834 del Código Civil. Así, la Corte de París, expresaba que el estado de concubinato no puede ser invocado ni como principio ni como prueba de una comunidad o sociedad de hecho, de manera que el concubinario que alegase la existencia de tal sociedad, cuyo -- objeto fuese superior a 150 francos, debe suministrar la -- prueba escrita que exige para este caso el artículo 1834 - del Código Civil. La Corte de Burdeos, repitió el razonamiento y mantuvo idéntica posición". (6)

(6) Enciclopedia Jurídica Omeba. Editorial Driskill. Buenos Aires, Argentina. 1984. Tomo III. p. 620.

Se señala que posteriormente los tribunales cambiaron paulatinamente y que el Tribunal Civil del Sena, señaló que no se puede evidentemente crear entre las partes una comunidad de bienes y producir así los efectos reservados a la unión legítima, pero "debe sin embargo, reconocerse una sociedad de hecho entre concubenarios, que tiene por objeto la creación y explotación de un fundo de comercio, cuando éste ha sido fundado y explotado por ellos en común. Así ocurre si a la concubina se ha dado la posesión de esta do de esposa, ocupa en la casa una situación preponderante que no es, de ningún modo, la de una empleada, sino más bien la de una verdadera asociada y cuando su trabajo ha contribuido en gran medida al éxito de la empresa. (7)

"Entre autores latinoamericanos, especialmente argentinos, que son afectos a basarse en la jurisprudencia francesa, también se acepta la posibilidad de regular las relaciones patrimoniales de concubenarios mediante una sociedad irregular las relaciones patrimoniales de concubenarios

(7) Enciclopedia Jurídica Omeba. op. cit. p. 621.

mediante una sociedad irregular o de hecho. Es más fácil - una solución en esta línea cuando el único régimen que se origina del matrimonio es la sociedad conyugal o legal, pero esto se dificulta cuando existen dos posibles regímenes del matrimonio como en nuestro Derecho. Sí debemos tomar - en cuenta que para la existencia del concubinato, la pareja tiene que vivir como casados, esta situación debe reflejarse en lo patrimonial.

En los países en los que existe un sólo régimen, y es la sociedad conyugal, el problema principal consiste - en la prueba de la sociedad de hecho entre concubenarios, - pues dan por hecho la existencia de este tipo de sociedad, que debe regular las relaciones patrimoniales entre ambos.

En nuestro Derecho, como expresé, esta situación no es tan clara. Se tiene que hacer referencia a los regímenes matrimoniales posibles entre cónyuges. Como existen dos regímenes, y si los concubinos viven como si fueran casados, surge el problema para determinar cuál de los dos viven los concubenarios en sus relaciones patrimoniales. La doctrina mexicana, no obstante la necesidad u obligatoriedad de decidir por alguno de los regímenes al casarse, en - caso de que o hubiere alguno, o en caso de duda, se estima

que las relaciones patrimoniales entre cónyuges se rigen -- por la separación de bienes, atento a lo dispuesto por el artículo 172 del Código Civil que dice que "el marido y la mujer mayores de edad, tienen capacidad para administrar, - contratar o disponer de sus bienes propios, y ejecutar las - acciones u oponer excepciones que a ellos corresponden, sin que para tal objeto necesite el esposo el consentimiento de la esposa, ni ésta de la autorización de aquél, salvo en lo relativo a los actos de administración y dominio de los bienes comunes". Esto significa, a mi entender, que el régimen patrimonial de bienes de los concubinarios será normalmente el de separación de bienes, lo que se confirma al seguir la evolución de nuestro Derecho en esta materia. Recordemos que en los Códigos de 1870 y 1884, estaba perfectamente reglamentada la sociedad legal, y que a ella se atañía los cónyuges que no hubieren pactado, ni la separación de bienes ni la sociedad conyugal. Recordemos también que la Ley Sobre Relaciones familiares terminó con la sociedad legal, la que quedó como una simple mancomunidad mientras se hacía la liquidación de la misma, y se estableció el régimen de separación de bienes. Es decir, la trayectoria -- histórica en nuestra legislación ha sido la de independencia y plena capacidad del hombre y la mujer en esta materia de bienes aplicados a lo conyugal, que pueda trasladarse --

también a los concubinarios. Sin embargo, cómo es posible la existencia de una sociedad entre concubinarios, no podemos descartar esta posibilidad, y preguntarnos si sería posible una sociedad de hecho entre concubinarios, independientemente del medio de prueba de su existencia". (8)

"Refiriéndome nuevamente al contrato de matrimonio en relación a los bienes entre los cónyuges, en la sociedad conyugal se dice que el contrato se regirá por las capitulaciones matrimoniales, y en lo no estipulado por las disposiciones relativas al contrato de sociedad. De existir lo que es muy remoto, un contrato de sociedad entre concubinarios, no habría problema alguno en este aspecto, pero lo usual o general es que entre concubinarios no exista escrito contrato alguno en relación a sus bienes, lo que me hace remitirme al contrato de sociedad".(9)

Nuestra legislación en esta materia hace referencia al contrato de sociedad, lo que excluye a las asociacio

(8) Chávez Asencio. op. cit. p. 301 y 302.

(9) Chávez Asencio. op. cit. p. 303.

nes. Los concubenarios, mayores de edad, tienen la capacidad para contratar y constituir una sociedad y, por lo tanto, a obligarse "mutuamente a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común, de carácter preponderantemente económico, pero que no constituya una especulación comercial".

Ahora bien, el contrato de sociedad debe constar por escrito; "pero se hará constar en escritura pública cuando algún socio transfiera a la sociedad bienes cuya enajenación deba hacerse en escritura pública". El contrato de sociedad inscrito en el Registro de Sociedades Civiles produce efectos contra terceros. Lógicamente, una sociedad que no conste por escrito, y que no esté inscrita en el Registro de Sociedades Civiles, no tiene personalidad jurídica ni suerte efectos contra terceros, atento a lo que dispone en el artículo 2691 del código Civil, que establece que, -- "la falta de forma escrita para el contrato social sólo -- produce efectos de que los socios puedan pedir, en cual--- quier tiempo, que se haga la liquidación de la sociedad -- conforme a lo convenido, y a falta de convenio, conforme al capítulo V de esta sección, pero mientras esa liquidación -- no se pida, el contrato produce todos sus efectos ente los socios, y éstos no pueden oponer a terceros que hayan con--

tratado con la sociedad, la falta de forma.

"Lo anterior significa que los concubinarios que hubieren establecido algún negocio, que los dos administran o que tuvieren una casa que ambos habitaran, o tuvieren algunos otros que estuvieren afectados a un fin económico, y que no hubieren constituido una sociedad por escrito, tendrían una sociedad de hecho, atento a lo que dispone el --- artículo 2691 del Código Civil, que surte efectos jurídicos entre ellos, y que en relación a los bienes que se aportaren éstos no podrían implicar una transmisión de dominio a la sociedad, toda vez que ésta no tiene personalidad jurídica, y no puede, por lo tanto, ser titular de ellos. Se debe tomar en cuenta que aún existiendo personalidad jurídica los socios pueden pactar que no se transfieran los bienes a la sociedad, según lo dispone el artículo 2689 del Código que establece una presunción de que todas las aportaciones que hagan los socios se entiende traslativas de dominio, -- "Salvo que expresamente se pacte otra cosa".

"Sobre este particular se debe tener en cuenta, - que el concubinato por prolongado que fuera, no significa, necesariamente, que se hubiere constituido, además una sociedad de hecho. Cualquiera que fuere la situación entre -

los concubinarios, siempre se requiere una prueba de la -- existencia de la sociedad de hecho; por sí mismo el concubi nato no crea una sociedad de hecho entre los concubinarios, ni hace presumir su existencia porque existe como posible -- el doble régimen patrimonial que en materia matrimonial -- existe. El problema de la prueba es diverso. Existiendo -- la sociedad de hecho, debe acudirse a todo medio de prueba para su comprobación. Pueden haber documentales consistentes en avisos oficiales, pagos de impuestos, reconocimientos de terceros de la existencia de esa sociedad, como por ejemplo en el envío de mercancía, facturación, etc, y también son aceptables las testimoniales, pero éstas, para su mejor prueba, deben confirmarse con documentales". (10)

(10) Chávez Asencio. op. cit. p. 303 y 304.

4.3 PROPUESTA LEGISLATIVA.

Como quedó establecido en el cuerpo de la presente tesis, el concubinato es una de las formas alternativas para formar una familia en México y debido a la apertura de criterio que existe al respecto, en la actualidad el concubinato ya ha dejado de ser considerado como una unión inmoral, más -- aún existen Códigos Familiares como el de Hidalgo que le dan plena validez, lo anterior viene a reforzar la idea de que -- si el concubinato es una de las formas comunes para estructurar una familia en nuestro país, es lógico suponer que se darán los mismos caminos para adquirir bienes por la pareja -- que vive en ese tipo de relación, por lo que consideramos -- pertinente que se regule lo que se deba hacer en relación -- con los bienes del concubinato una vez que el mismo haya concluido y nuestra propuesta es en el sentido de que la mecánica a seguir sea la misma que se utiliza para la disolución -- de la sociedad conyugal, ya que más que en cualquier tipo de relación, en el concubinato se observa una clara tendencia a unir esfuerzos al margen de documentos que se deban firmar, -- por eso pensamos que la necesidad de legislar en esta materia es urgente, ya que el legislador no puede soslayar la -- existencia del concubinato y los efectos jurídicos que este tipo de relación generan.

La propuesta legislativa de nuestra parte la haríamos tanto para el Código Civil, como para el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en virtud de que no existe Codificación Familiar para el Distrito Federal.

En materia del Código Civil, la redacción sería la siguiente:

" Para el caso de disolución del concubinato, en -- relación con los bienes de los concubenarios, serán seguidas -- las mismas reglas que se siguen para la liquidación de la sociedad conyugal "

En materia del Código de Procedimientos Civiles, propondríamos esta redacción:

" Una vez que por los medios probatorios idóneos, sea acreditada la disolución del concubinato el juez de lo Familiar ordenará se siga un juicio ordinario civil, a efecto de que se-- declaren repartidos los bienes de los concubenarios conforme a-- lo señalado por el Código Civil para el Distrito Federal en rela-- ción con la sociedad conyugal "

Todo lo anterior, sirve para confirmar nuestro sentir en cuanto a que el régimen patrimonial que propondríamos para el con-- cubinato, es la sociedad conyugal.

CONCLUSIONES

- Primera.- El concubinato es una de las formas usuales para constituir una familia, por lo que consideramos -- que el legislador no debe soslayar a esta situa--- ción de hecho y otorgarle una regulación jurídica acorde con su esencia.
- Segunda.- No debe señalarse despectivamente al concubinato, ubicándolo como una situación eminentemente inmo-- ral, ya que un acta de matrimonio no necesariamen-- te es signo de moralidad entre los contrayentes.
- Tercera.- Sostenemos que la relación de concubinato debe -- tratarse de la unión entre un hombre y una mujer ambos libres de matrimonio y/o de concubinato, -- pues de lo contrario estaríamos hablando de ama-- siato. Por esto consideramos que el concubinato -- también puede ser una unión plenamente moral.
- Cuarta.- El concubinato está reconocido por el Código Civil para el Distrito Federal en cuanto a algunos aspec-- tos como la sucesión entre cónyuges, pero no se pre-- vió en absoluto lo que sucedería con los bienes de los concubinarios una vez disuelto el concubinato.

Quinta.- El concubinato es una situación de heho con cierto arraigo en nuestro País, sin embargo en la legislación civil para el Distrito Fedral no está lo reglamentado que debiera.

Sexta.- Es definitivo que el concubinato genera efectos entre los concubinarios y más aun en cuanto a los bienes que aportan a la familia ambos o uno solo de ellos, por ello proponemos como régimen patrimonial del concubinato la sociedad conyugal, pues otro régimen patrimonial sería contrario a la esencia del concubinato.

Séptima.- El matrimonio está en crisis y mucha gente opta por el concubinato que no está sujeto a formalidad alguna y observando el aspecto económico resulta menos oneroso constituirlo y disolverlo que el matrimonio.

B I B L I O G R A F I A

BIALOSTOSKI, SARA. PANORAMICA DEL DERECHO ROMANO. EDITORIAL UNAM. MEXICO, 2985.

CHAVEZ ASENCIO, MANUEL. LA FAMILIA EN EL DERECHO. EDITORIAL PORRUA. MEXICO, 1985.

GALINDO GARFIAS, IGNACIO. DERECHO CIVIL. EDITORIAL PORRUA. - MEXICO. 1989.

GUITRON FUENTEVILLA, JULIAN. APUNTES DE DERECHO CIVIL IV. -- UNAM. MEXICO, 1992.

GUITRON FUENTEVILLA, JULIAN. DERECHO FAMILIAR. UNIVERSIDAD - AUTONOMA DE CHIAPAS. MEXICO, 1985.

GUITRON FUENTEVILLA, JULIAN. QUE ES EL DERECHO? PROMOCIONES JURIDICAS Y CULTURALES. MEXICO, 1992.

IBARROLA, ANTONIO DE. DERECHO DE FAMILIA. EDITORIAL PORRUA. MEXICO, 1985.

MONTERO DUHALT, SARA. DERECHO DE FAMILIA. EDITORIAL PORRUA. - MEXICO, 1988.

OVALLE FAVELA, JOSE. DERECHO PROCESAL CIVIL. EDITORIAL HARLA
4ª EDICION. MEXICO, 1991.

PACHECO, ALBERTO. LA FAMILIA EN EL DERECHO CIVIL MEXICANO. -
EDITORIAL PANORAMA. MEXICO, 1987.

PALLARES, EDUARDO. DERECHO PROCESAL CIVIL. EDITORIAL PORRUA.
12ª EDICION. MEXICO, 1986.

PINA, RAFAEL DE. DERECHO CIVIL. TOMO VI. EDITORIAL PORRUA. ME
XICO, 1980.

PINA, RAFAEL DE. Y CASTILLO LARRAÑAGA, JOSE. INSTITUCIONES -
DE DERECHO PROCESAL CIVIL. EDITORIAL PORRUA. 18ª EDICION. ME
XICO, 1988.

ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. COMPENDIO DE DERECHO CIVIL. TOMO II
EDITORIAL PORRUA. MEXICO, 1986.

ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. DERECHO CIVIL. EDITORIAL PORRUA. ME
XICO, 1988.

L E G I S L A C I O N

CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

CODIGO FAMILIAR PARA EL ESTADO DE HIDALGO.

D I V E R S O S

- I. ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. EDITORIAL DRISKILL. BUENOS AIRES, ARGENTINA. 1984. TOMO III.