

523
2g.



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

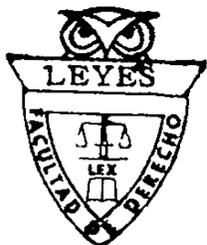
FACULTAD DE DERECHO

LA EMANCIPACION CON EL CONCUBINATO.
NECESIDAD DE REGLAMENTARLA CON TODAS
SUS CONSECUENCIAS.

T E S I S

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

MARTHA GABRIELA MORENO HERNANDEZ



MEXICO, D. F.

257505

1998

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.

A esta Máxima Casa de Estudios, quien como una madre bondadosa me acogió en su regazo y me brindó la oportunidad de culminar esta etapa de instrucción profesional.

Al Dr. Ivan Lagunes Pérez, quien desempeña una noble labor en esta Facultad y me dio un gran ejemplo de rectitud y disciplina.

Al Lic. Angel Guerrero Linares, con profunda gratitud y cariño por el invaluable apoyo que me ha brindado en el campo académico y personal.

Al Lic. Max Pérez Salinas, quien me inspira sincera admiración y respeto por su sencillez, dedicación y carácter emprendedor.

Al Lic. Víctor Hugo Pérez, porque con su trato gentil me apoyó cada vez que lo necesité durante mi etapa como estudiante.

A la memoria de mi querido padre, quien con su ejemplo supo cimentar mi formación sobre la base firme de los valores que me inculcó.

A mi madre, porque al seguir su ejemplo de valor, fortaleza y lucha constante, he podido hacer frente a las vicisitudes de la vida.

A mi compañero de siempre, Lic. Mario Guerrero, quien ha caminado junto a mi contagiándome con su energía y espíritu de superación, impulsándome a emprender importantes tareas en todos los ámbitos.

A mis hermanos: David, José Luis, Emilio, Ismael, Alicia y Leticia, Arturo, Ana María y Verónica. Con afecto y agradecimiento por su cariño y apoyo incondicional.

A las señoras Angelina y María de Jesús Guerrero, por ofrecerme su ayuda, gracias a la cual fue posible la conclusión del presente trabajo.

LA EMANCIPACION CON EL CONCUBINATO. NECESIDAD DE REGLAMENTARLA CON TODAS SUS CONSECUENCIAS.

INTRODUCCION

Pág.

CAPITULO I. EL MATRIMONIO. GENERALIDADES

1. Concepto de matrimonio.....	1
2. Orígenes y evolución del matrimonio.....	6
3. El matrimonio en nuestra legislación.....	11
a) Requisitos para contraer matrimonio.....	12
b) Impedimentos para contraer matrimonio.....	15
c) Efectos que produce el matrimonio:	
I Entre los cónyuges.....	17
II. Hacia los hijos.....	22

CAPITULO II EL CONCUBINATO. SU ANALISIS

1. Concepto de concubinato.....	30
2 Efectos que produce el concubinato:.....	34
a) Hacia los concubinos.....	39
b) Para los hijos.....	46
3. Fines del concubinato.....	48
4 Diferencias entre matrimonio y concubinato.....	50

CAPITULO III. LA EMANCIPACION COMO UN ADELANTO DE LA MAYORIA DE EDAD.

1 Concepto de emancipación.....	53
2 Teorías sobre la emancipación.....	57
3. Diferentes mayorías de edad reconocidas por las legislaciones.....	63
4. Efectos que produce la emancipación.....	68

CAPITULO IV. NECESIDAD DE REGLAMENTAR LA EMANCIPACION CON MOTIVO DEL CONCUBINATO.

1. El concubinato como un matrimonio de hecho.....	74
2. El concubinato como originador de una familia.....	85
3 Necesidad de reglamentar la emancipación con motivo del concubinato:	
a) En cuanto a la persona y bienes del concubino.....	88
b) En relación al ejercicio de la patria potestad sobre los hijos de los concubinos.....	90
CRITERIOS JURISPRUDENCIALES.....	92
CONCLUSIONES.....	100
BIBLIOGRAFIA	103

INTRODUCCION

El presente trabajo tiene la finalidad de hacer un análisis de la emancipación enfocándola al concubinato, toda vez que a través de esta unión se da origen a la familia configurando todos los derechos y obligaciones que dicha institución crea, siendo uno de ellos el *ejercicio de la patria potestad sobre la prole*.

Respecto a la emancipación se estudiarán los elementos que integran su definición, destacando el análisis sobre la única causa que nuestro ordenamiento jurídico contempla para determinar su verificación, así como los efectos que trae consigo la adquisición de este derecho, señalando también las restricciones que la ley le impone al menor emancipado. Otro de los puntos que se tratará sobre la emancipación es el relativo a las teorías que existen en relación a esta figura jurídica y que en las legislaciones de otros países tienen una eficaz aplicación

Así mismo en el cuerpo de esta tesis se contempla la necesidad de reglamentar la emancipación con motivo del concubinato, a fin de otorgarle al menor concubino una capacidad que le permita sustraerse de la patria potestad o de la tutela para tener el gobierno de su persona y poder atender sus asuntos de orden patrimonial.

Al respecto se proponen algunas adiciones o mejoras a la ley encaminadas al reconocimiento de una segunda causa para que tenga verificativo la emancipación y que con ello otorgue efectos más amplios al concubinato, lo cual redundará en beneficios para los miembros del grupo familiar que tiene como origen esta forma de unión y que a la par del matrimonio también constituye un elemento básico de la sociedad.

CAPITULO I

MATRIMONIO. GENERALIDADES.

1.- Concepto de matrimonio.

Sin duda alguna la institución del matrimonio es considerada por el derecho como una de las más importantes en el ámbito del derecho familiar, lo que obedece a que esta figura jurídica constituye la base fundamental de la familia y por lo tanto de la sociedad.

Iniciaremos nuestro estudio sobre la institución del matrimonio, transcribiendo por considerarlo necesario las definiciones que nos proporcionan los estudiosos de la materia:

Antonio de Ibarrola expresa que: "El matrimonio, atendiendo a una significación etimológica, es la carga, gravamen o cuidado de la madre; viene pues, de *matris* y *munum*, carga o cuidado de la madre más que del padre. Notemos cómo "matrimonio" quiere decir tanto en romance como oficio de madre " (1)

Por su parte, Manuel Chávez Ascencio, aludiendo a las Partidas, transcribe la definición que sobre el matrimonio se contempla en ese cuerpo legal: "*Matris et munium*, son palabras de latín, de que tomó nome matrimonio, que quier dezir tanto en romance, como officio de madre. E la razón porque llaman matrimonio al casamiento, e non patrimonio, es esta. Porque la madre sufre mayores trabajo con los fijos, que el padre. Ca como quier que el padre los engendra, la madre sufre gran embargo con ellos, de mientras

(1) De Ibarrola, Antonio. *Derecho de Familia* 3a ed , México: Edit Porrúa, S A , 1984, pp. 149-150

que los trae, e sufre muy grandes dolores quando han de nacer, e después que son nascidos, ha muy grande trabajo en criar a ellos mismos por si. E demás desto, porque los hijos mientras son pequeños, mayor menester han de la ayuda de la madre, que del padre. E por todas estas razones sobredichas que caben a la madre de fazer, e non al padre, por ende es llamado matrimonio, e non patrimonio". (2)

Comentando esta definición de las Partidas, Manuel Chávez Asencio nos dice que de lo anterior se desprende que desde su significado etimológico el concepto de matrimonio encierra la presencia de la mujer como elemento primordial o base de la estructura familiar, tan es así que el término *matrimonio* significa en romance oficio de madre. lo cual dista mucho de la concepción que debe tenerse del matrimonio en el campo del derecho, toda vez que es indispensable la existencia tanto del hombre como de la mujer, como cónyuges, para lograr su desarrollo en un ámbito de vida permanente y compartida regulada por el derecho.

Ignacio Galindo Garfias considera al matrimonio: "...desde dos puntos de vista: como acto jurídico y como estado permanente de vida de los cónyuges. efecto del acto jurídico de la celebración del matrimonio.

La celebración del matrimonio, produce un efecto primordial: da nacimiento a un conjunto de relaciones jurídicas entre los cónyuges". (3)

Este concepto ofrece dos consideraciones sobre el matrimonio que Ignacio Galindo Garfias separa para su estudio, la primera, nos dice este autor, como acto jurídico y

(2) Chavez Asencio, Manuel F. *La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Conyugales* 2a. ed., México. Edit Porrúa, S A, 1990, p 42

(3) Galindo Garfias, Ignacio. *Derecho Civil Parte General, Personas, Familia.* 6a ed., México: Edit. Porrúa, S.A, 1983. p 471.

la segunda como el efecto que este acto jurídico trae consigo, pero que en realidad son indisociables, ya que el acto jurídico sólo implica la manifestación de la voluntad con la intención de producir consecuencias reconocidas por el derecho, las cuales no se producen en el acto de la celebración del matrimonio, sino que se van perfeccionando a través de la convivencia cotidiana entre los cónyuges.

Sosteniendo esta misma postura Edgar Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Báez concluyen diciendo que: "... para atender al problema de la definición del matrimonio, es necesario tener presente que este término implica fundamentalmente dos acepciones:

1. Como acto jurídico, el matrimonio es un acto voluntario efectuado en un lugar y tiempo determinado, ante el funcionario que el Estado designa para realizarlo.
2. Como estado matrimonial, el matrimonio es una situación general y permanente que se deriva del acto jurídico, originando derechos y obligaciones que se traducen en un especial género de vida

Si consideramos que del acto jurídico emana el estado matrimonial, lo que los hace indisolubles e integrantes de una sola institución que es el matrimonio, en términos generales éste puede definirse como el acto jurídico complejo, estatal, que tiene por objeto la creación del estado matrimonial entre un hombre y una mujer". (4)

Puede apreciarse que estos autores coinciden en el sentido de estudiar el concepto de matrimonio a partir de dos acepciones o puntos de vista, que son precisamente como acto jurídico y como estado permanente de vida de los cónyuges o estado matrimonial; sin

(4) Baqueiro Rojas, Edgar y Buenrostro Báez, Rosalía *Derecho de Familia y Sucesiones* México, Harla, S.A. de C.V., 1990, p. 39

embargo presentan un estudio más preciso, ya que hacen mención de los elementos que deben preverse para que esta institución sea considerada como un acto jurídico, es decir, sostienen que el matrimonio se trata de un acto voluntario que debe llevarse a cabo en un lugar y tiempo determinado y en la presencia de la autoridad que el propio Estado haya designado para realizarlo.

Estos puntos de vista coinciden en que ese estado permanente de vida entre los cónyuges deriva del acto jurídico, originando derechos y obligaciones que se manifiestan en una forma de vida muy especial, lo cual conlleva a presentar una perspectiva más amplia de esa institución que guarda un lugar preponderante en nuestra estructura jurídica.

No obstante que Edgar Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Báez son más explícitos en sus consideraciones acerca de la institución jurídica del matrimonio, quizá sobre decir que este acto jurídico tiene por objeto la creación del estado matrimonial entre un hombre y una mujer.

Para Ignacio Galindo Garfias ese complejo conjunto de relaciones jurídicas que se producen entre los cónyuges se traduce en deberes y facultades, derechos y obligaciones que precisamente tienen su punto convergente en los fines superiores de la familia, tales como la protección de los hijos y la mutua colaboración y ayuda de los cónyuges

Como ya se mencionó, la institución del matrimonio es considerada por el derecho como la base fundamental de la familia y gran parte de las instituciones que integran el derecho familiar tienen su razón de ser gracias a la existencia de éste, constituyendo así la base de la sociedad y representando la comunidad de vida entre un hombre y una mujer, reconocida, protegida y regulada por el derecho.

Solidificando esta postura, Ignacio Galindo Garfias nos dice que: "Tan altas finalidades exigen que la colaboración conyugal sea permanente, prolongada mientras exista el lazo conyugal. Tal colaboración y coordinación de intereses, encuentra en el derecho los medios para reforzar a través de diversas disposiciones jurídicas la solidez y permanencia de la unión entre los consortes. Esa comunidad de vida entre el varón y la mujer, es un hecho natural que se impone al derecho y que éste eleva a la categoría jurídica, para organizarlo y sancionarlo por medio del complejo de relaciones jurídicas que constituye ese estado". (5)

Podría pensarse que sólo a través de la unión matrimonial un hombre y una mujer pueden compartir su común destino, prestarse ayuda mutua y llevar a cabo la perpetuación de la especie, pero la verdad es que el matrimonio no necesariamente constituye la única manera de cumplir estas finalidades, pues las mismas se pueden lograr con resultados satisfactorios también fuera del matrimonio.

Sin embargo, el objeto de esta figura jurídica es precisamente el fortalecer al grupo familiar y ofrecer seguridad a los consortes en relación con sus bienes y asimismo proteger a los hijos producto de ese matrimonio, lo cual indudablemente redundará en beneficio de la sociedad.

El contraer matrimonio con la finalidad de lograr una comunidad de vida o destino entre los cónyuges para perpetuar la especie y la mutua colaboración y ayuda entre ellos, entraña esencialmente la idea de conceptualizar un hecho natural que debido a las características tan diversas y complejas que presenta nuestra sociedad contemporánea, se torna indispensable que este hecho natural se encuentre regulado por el derecho, a fin de lograr que exista seguridad jurídica para la familia.

(5) Galindo Garfias, Ignacio. *Op. cit.*, p. 471

En base a lo anterior me permito exponer mi personal concepto de matrimonio, mismo que considero reúne todas las características y naturaleza jurídica de dicha institución: El matrimonio es el acto jurídico celebrado entre el varón y la mujer ante el funcionario que el Estado designa al efecto y que tiene por objeto la colaboración y ayuda mutua entre los consortes, así como la preservación de la especie y el desarrollo integral de la familia como núcleo de la sociedad.

2.- Orígenes y evolución histórica del matrimonio.

"El origen del matrimonio se vincula con el origen de la familia, y a su respecto existe igual disidencia que con relación a ésta. En los pueblos cuyo conocimiento nos llega a través de la historia, se presenta como institución regulada por la ley o por la religión" (6).

Así tenemos que los historiadores nos comentan que en el inicio de las relaciones humanas predominaba la promiscuidad absoluta como la forma usual de unión entre hombres y mujeres, esto es que las familias se conformaban con la interacción de uno o varios hombres con una o varias mujeres, y no formaban parejas ya que no se tenía ese sentido de exclusividad o propiedad sobre la pareja, lo cual surgió posteriormente. Esta promiscuidad absoluta se fue transformando y surge la poligamia, que ya era una forma matrimonial en la cual uno u otro cónyuge se casaba con varios consortes; lo que dio origen a la existencia de formas peculiares de matrimonio, como lo son la poliandria y la poligamia.

La poliandria se presentó como una forma de unión en la que una mujer se casaba con varios hombres y esto sería el origen de la forma social de matriarcado, cuya

(6) Belluscio, Augusto César *Del echo de Familia*. Buenos Aires Ediciones de Palma, 1979. p. 629.

nota característica fue que la familia giraba alrededor de la madre, por lo que ella era la cabeza de la estructura familiar.

La poligamia se refiere a cuando un hombre se casaba con varias mujeres, situación ésta que da como resultado el patriarcado, en el que el padre era el centro de la familia y la vida giraba alrededor de éste, teniendo inclusive un derecho sobre la vida de la mujer y de sus hijos, al considerarse a éstos como de su propiedad.

Raúl Ortiz Urquidí hace referencia al matrimonio por grupos que según este autor "...tuvo su origen en la creencia mítica derivada del totemismo, según la cual los miembros de una tribu se consideraban hermanos entre sí por descender de un solo tronco común, que era el totem, y en tal virtud estimaban que no podían contraer matrimonio con mujeres del propio clan, surgiendo así la necesidad de buscar la unión sexual con las mujeres de otra tribu". (7)

Siguiendo el estudio realizado al efecto por el autor antes citado, esta forma matrimonial colectiva traía como natural consecuencia el desconocimiento de la paternidad, ya que se trataba de una promiscuidad relativa, dando lugar esta situación a que la organización social de la familia tuviera como eje central a la mujer de igual forma como ocurría en la promiscuidad primitiva absoluta.

Posteriormente surge el matrimonio monogámico, que es la unión de un hombre con una mujer, a lo que los enciclopedistas de la obra jurídica OMEBA nos dicen que "...el matrimonio comenzó a ser la unión permanente entre un hombre y una mujer

(7) Ortiz Urquidí, Raúl *Matrimonio por Comportamiento* México: Impreso en los Talleres de la Editorial Stylo, 1955, p. 95.

dispuestos a llevar una vida común". (8)

Claro está que pudieron ser *muchos los motivos* por los que surgió esta nueva forma de matrimonio, haciéndose obsoleta la poligamia (salvo en algunos países en que aún subsisten este tipo de unión que presentan algunas características de esta forma de vida), siendo algunos de estos motivos el deber de respetar a la mujer ajena para que los demás respeten la propia, o el formar un equipo sólido para hacer frente a la vida.

Sin embargo, el matrimonio monogámico también tuvo diversas facetas de evolución, teniéndose conocimiento de la existencia del matrimonio por rapto, por compra y por consentimiento de los contrayentes.

En relación a estas formas de matrimonio, Augusto César Belluscio nos indica que: "... el matrimonio por rapto se fundaba únicamente en la superioridad física masculina; su existencia parece indudable por los vestigios que ha dejado en las formas de celebración de las nupcias en algunos países en que se simula la apropiación violenta de la mujer, tal como en alguna de las formas de matrimonio reconocidas en la India, y asimismo en los países de cultura occidental en que es costumbre que el flamante esposo entre con la esposa en brazos al nuevo hogar". (9)

En cuanto a lo anterior cabe mencionar que este tipo de situaciones no se encuentran tan alejadas de nosotros, pues en algunos puntos de la República Mexicana y entre algunos pueblos, específicamente tratándose de los tarahumaras, todavía se practica esta forma de matrimonio por rapto, en que el hombre toma a la mujer haciendo alarde de su

(8) *Enciclopedia Jurídica OMEBA* Buenos Aires Edit DRISKILL, S A , 1991, Tomo XIX, p 147.

(9) Belluscio, Augusto César *Op cit* . p. 306.

fuerza, pero es la costumbre que rige en su cultura.

Lamentablemente nuestros legisladores no han tenido en consideración el respetar estas costumbres, entenderlas o al menos instruir a estos pueblos para que las modifiquen, sino que simplemente se aplica el rigor de la ley sobre ellos, ya que este acto se tipifica como violación y por consiguiente estas personas resultan ser las afectadas, debido a que ni siquiera tienen conocimiento del por qué se encuentran privadas de su libertad.

Raúl Ortiz Urquidí concibe al matrimonio por raptó desde una perspectiva diferente a la de Augusto César Belluscio, ya que para este último autor esta forma matrimonial se generaba por la guerra y las ideas de dominación que adoptaban las comunidades en pugna. Es así como la mujer era considerada como parte del botín de guerra y pasaba a ser propiedad de los vencedores. Para Raúl Ortiz Urquidí el matrimonio por raptó caracteriza una etapa " ..donde la paternidad se define por la unión monogámica, pues el marido es entonces el jefe de la familia y como tal somete a su autoridad tanto a la esposa como a los hijos. Surge así el patriarcado,...". (10)

También existió el matrimonio por compra, en el cual el hombre pagaba un precio por la mujer y éste adquiría un derecho de propiedad sobre ella. Los romanos practicaron esta forma de matrimonio por compra y la llamaron *coemptio*, la cual consistía en la venta de la mujer por parte de quien tenía la potestad sobre ella, al varón o a quien tenía a éste bajo su potestad; aunque en realidad esta forma de matrimonio implicaba una venta simbólica. En esta forma de matrimonio ya la mujer adquiere cierta importancia, ya que era considerada como algo valioso, aunque se le continuaba tomando como un objeto.

(10) Ortiz Urquidí, Raúl *Op. cit.*, p. 95

Tratándose del matrimonio por consentimiento de los contrayentes que es denominado por Rafael Rojina Villegas como matrimonio consensual, este autor nos dice que: "...el matrimonio se presenta como manifestación libre de voluntades entre hombre y mujer que se unen para constituir un estado permanente de vida y perpetuar la especie". (11)

Fueron los romanos los que le conceden especial importancia a la voluntad de los contrayentes para casarse, lo cual se manifiesta claramente en la figura jurídica denominada *affectio maritalis*, que se refería a la intención de ser marido y mujer.

Cabe destacar que los romanos siempre tuvieron tendencia hacia el matrimonio monogámico, ya que también practicaron la *confarreatio* ". .que consistía en la división por parte de los esposos de una torta de farro como símbolo de la iniciación de la vida en común, ceremonia que se cumplía ante la presencia de diez testigos". (12)

Igualmente practicaron el *usus* " ..que equivalía al matrimonio cuando la mujer había sido poseída por el marido por el término de un año sin interrupción, pudiendo ella evitarlo dejando la casa conyugal por 3 noches consecutivas" (13)

Este matrimonio por consentimiento de los cónyuges o consensual, ha sido influenciado de diversas formas, ya por el derecho romano, como lo hemos apreciado, como por el derecho canónico, en el cual la Iglesia exige que la unión de los cónyuges sea bendecida por un sacerdote, exigiendo varios requisitos y estableciendo impedimentos. Cabe destacar que no obstante que la Iglesia Católica exige que la unión de los esposos sea

(11) Rojina Villegas, Rafael *Derecho Civil Mexicano*. 5a ed , México Edit Porrúa, S A , 1980 Vol. II, p. 200

(12) Enciclopedia Jurídica OMEBA. Tomo XIX, p 149

(13) *Idem*

bendecida por un sacerdote, no considera que este requisito sea esencial para su existencia; es decir la Iglesia Católica reconoce al matrimonio consensual como el verdadero tipo de unión conyugal.

3.- El matrimonio en nuestra legislación.

Afortunadamente en nuestro sistema contemporáneo no operan aquellas formas de matrimonio que tuvieron validez en el derecho primario.

Lo que sí es operante en los sistemas jurídicos occidentales, como el nuestro, es el carácter indispensable que tiene la manifestación de la voluntad de los contrayentes ante el funcionario que el Estado designa al efecto, lo cual constituye el elemento que garantiza el carácter voluntario y libre de la unión matrimonial.

La celebración del matrimonio exige que la manifestación de la voluntad de los contrayentes sea expresada en completa libertad, tal liberalidad lleva a la conclusión de que el matrimonio es un acuerdo de voluntades y por ende, constituye un cuasicontrato de naturaleza civil.

Atendiendo a la necesidad que siempre ha tenido la sociedad de salvaguardar sus intereses familiares, nuestro legislador tuvo a bien promulgar la ley del 27 de enero de 1857, que establecía el registro del estado civil para toda la República Mexicana, así como la ley del 27 de julio de 1859, que establecía regulaciones sobre el matrimonio; gracias a las cuales la institución del matrimonio recibió por primera vez un tratamiento con carácter de acto laico, denominándosele contrato, término éste con el que pasó al texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.

a) Requisitos para contraer matrimonio.

Así como en el derecho canónico se exigía como requisito esencial para la celebración de las nupcias el que un sacerdote bendijera la unión de los esposos, lo que implicaba en primer término la aceptación de ese lazo ante Dios y ante la sociedad de que forman parte los contrayentes y en segundo el saberse poseedores de los mejores deseos para que esa unión sea exitosa; también el legislador establece *determinados requisitos* que deben acatarse a fin de poder celebrar las nupcias, mismos que se encuentran contenidos en el Código Civil para el Distrito Federal en vigor.

Respecto a los requisitos que exige la ley para contraer matrimonio, el artículo 146 de nuestro Código Civil dispone que:

"El matrimonio debe celebrarse ante los funcionarios que establece la ley y con las formalidades que ella exige".

El acto de celebración de matrimonio requiere el acuerdo de voluntades o consentimiento de los contrayentes, sin embargo no basta con la manifestación de este consentimiento para que se lleve a cabo su celebración, sino que resulta indispensable que esta declaración del consentimiento sea solemne, o sea, ante el Juez del Registro Civil que preside el acto de celebración del matrimonio.

El legislador al señalar que el matrimonio deberá celebrarse con las formalidades que la ley exige, se refiere precisamente a las solemnidades que debe revestir el propio acto, en ausencia de las cuales el acto de celebración del *matrimonio* es inexistente.

Por su parte el artículo 147 del Código Civil establece que:

"Cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges, se tendrá por no puesta", lo cual más que requisitos para contraer matrimonio, pueden ser esencialmente los motivos para su celebración, ya que como se dijo antes estas características que debe presentar esta unión pueden llevarse a cabo satisfactoriamente fuera del matrimonio; más aún existe la posibilidad que dentro del mismo matrimonio y debido a diversas disfunciones que pueden tener las más variadas causas, tan altas finalidades no alcanzan su culminación.

En cuanto a la edad para contraer nupcias el artículo 148 del Código Civil establece un requisito importante para la celebración del matrimonio, mismo que se refiere al cumplimiento de determinada edad, tratándose de los hombres se exige haber cumplido dieciséis años y de la mujer catorce.

Ahora bien, si alguno de los contrayentes no ha cumplido 18 años, no podrá contraer matrimonio sin el consentimiento de quien ejerza sobre él la patria potestad, ya sea que dicho consentimiento lo otorguen sus padres y a falta o por imposibilidad de éstos serán sus abuelos en línea paterna y en último caso los abuelos maternos. Lo anterior lo establece el artículo 149 del Código Civil

En el supuesto de que no haya quien ejerza la patria potestad, el artículo 150 del multicitado Código, establece que se necesitará del consentimiento de los tutores para que su pupilo contraiga matrimonio, y en el caso de que éstos faltaren, podrá otorgar dicho consentimiento el Juez de lo Familiar de la residencia del menor.

En el caso de que los padres o tutores se nieguen a dar su consentimiento para que el menor de edad contraiga nupcias, o se retracten del que hubieren dado, el artículo 151 del Código Civil concede la opción a los interesados de recurrir al Jefe del Departamento del Distrito Federal o a los Delegados, para que éstos después de recabar la información necesaria sobre el particular, decidan si suplirán el consentimiento o no lo harán, según el caso, pudiendo conceder una dispensa si es que existen causas graves y justificadas. El caso en que generalmente se concede esta dispensa de edad, es en el que la mujer que pretende celebrar el matrimonio se encuentra embarazada.

El artículo 150 del Código Civil establece que el Juez de lo Familiar de la residencia del menor suplirá el consentimiento para contraer matrimonio cuando los tutores falten, siendo ellos quienes otorgan el consentimiento cuando faltan los padres y abuelos. El artículo 152 del Código Civil dispone que en el caso del artículo 150, si el juez se niega a suplir dicho consentimiento el interesado podrá acudir al Tribunal Superior respectivo, en los términos que disponga el Código de Procedimientos Civiles.

Si el ascendiente o tutor que ha prestado su consentimiento firmó la solicitud y además la ratifica ante el Juez del Registro Civil, ya no podrá revocarlo salvo que exista un buen motivo; esto según el artículo 153 del Código Civil.

En el caso de que el ascendiente o tutor haya firmado o ratificado la solicitud y muere antes de la celebración del matrimonio, su consentimiento no podrá ser revocado por quien en su lugar tuviere el derecho de otorgarlo (artículo 154 C.C.), pero lo anterior únicamente si el matrimonio se lleva a cabo dentro del término que señala el artículo 101 del Código Civil, que es dentro de los ocho días siguientes en el lugar, día y hora que indique el Juez del Registro Civil.

Igualmente el artículo 155 del Código Civil indica que si el Juez otorgó el consentimiento para que un menor contraiga matrimonio tampoco podrá revocarlo, salvo por justa causa superveniente.

b) Impedimentos para contraer matrimonio.

Es el artículo 156 del Código Civil para el Distrito Federal el que establece los impedimentos para celebrar el matrimonio, el cual señala que:

"Son impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio:

I.- La falta de edad requerida por la ley, cuando no haya sido dispensada.

II.- La falta de consentimiento del que, o los que, ejerzan la patria potestad, el tutor, o el juez en sus respectivos casos.

III.- El parentesco de consanguinidad legítima o natural, sin limitación de grado en línea recta, ascendente o descendente. En la línea colateral igual, el impedimento se extiende a los hermanos y medios hermanos. En la colateral desigual, el impedimento se extiende solamente a los tíos y sobrinos, siempre que estén en el tercer grado y no hayan obtenido dispensa.

IV.- El parentesco de afinidad en línea recta, sin limitación alguna...".

Estas 2 fracciones tienen su origen en la necesidad de evitar la promiscuidad, ya que en la antigüedad era una situación bastante común, como ha quedado aclarado con antelación.

"...V.- El adulterio habido entre las personas que pretendan contraer matrimonio, cuando ese adulterio haya sido judicialmente comprobado.

VI.- El atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre.

VII.- La fuerza o miedo graves. En caso de rapto, subsiste el impedimento entre el raptor y la raptada, mientras ésta no sea restituida a lugar seguro, donde libremente pueda manifestar su voluntad...”.

Lo anterior ya que toda vez que el matrimonio es un acto solemne, se requiere de la libre voluntad de los contratantes, es decir no debe haber vicios en la voluntad.

“...VIII.- La impotencia incurable para la cópula; y las enfermedades crónicas e incurables que sean, además, contagiosas o hereditarias...”

El fundamento de esta fracción es que por la impotencia incurable los contrayentes no procrearán hijos y una de las finalidades del matrimonio es la perpetuación de la especie; además de que quien la padece no satisficará el aspecto sexual de su pareja, lo que también es muy importante por ser uno de los fines del matrimonio.

“...IX.- Padeecer alguno de los estados de incapacidad a que se refiere la fracción II del artículo 450...”.

El artículo 450 del Código Civil se refiere a los que son incapaces, y a la letra dice:

“Tienen incapacidad natural y legal:

I.- Los menores de edad;

II.- Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia aunque tengan intervalos lúcidos; y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la

adicción a sustancias tóxicas, como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes, siempre que debido a la limitación, o a la alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio".

El legislador determinó estas incapacidades y por supuesto aplicadas al matrimonio, tomando en consideración que unirse con una persona mayor de edad que se encuentre en el supuesto de la fracción II del artículo 450 del Código Civil, sería realmente imposible convivir en armonía y lograr los fines del matrimonio, ya que dicho sujeto no posee un control sobre sí mismo; es decir teniendo dicho sujeto la obligación de velar por los intereses de la familia que va a crear, hay que cuidarlo a él, por lo que no puede contribuir en ninguna forma al sostenimiento de la familia ni ayudar a su pareja cuando ésta lo necesite, e inclusive si tiene algún tipo de adicción, los hijos que procrea pueden nacer con males congénitos producidos por las sustancias a las que es adicto.

“..X.- El matrimonio subsistente con persona distinta de aquella con quien se pretenda contraer”

De los impedimentos enumerados sólo son dispensables la falta de edad y el parentesco de consanguinidad en línea colateral desigual. Esto es debido a que la edad y el tipo de parentesco señalado no son causas tan graves como las demás que podrían traer como consecuencia la desintegración del matrimonio.

c) Efectos que produce el matrimonio.

I. Entre los cónyuges.

Del matrimonio surgen diversos derechos y obligaciones, los cuales son la

base y fin de esta institución y de cuyo cumplimiento dependerá la subsistencia de dicho vínculo, por lo que ambos cónyuges deberán cooperar y contribuir a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente. Lo anterior, según el artículo 162 del Código Civil. Dicho artículo también establece que los cónyuges tendrán derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos, lo que tiene su fundamento en el artículo 4° constitucional.

El artículo 163 del Código Civil establece el deber impuesto a los cónyuges de vivir juntos en el domicilio conyugal, considerándose como tal, el lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges, en el cual ambos disfrutan de autoridad propia y consideración iguales.

Esta situación que implica el que el marido y la mujer vivan juntos en el domicilio conyugal, es el denominado deber de cohabitación, es decir que los cónyuges deben vivir juntos bajo el mismo techo, lo que conlleva que el cumplimiento de este deber es de carácter recíproco, ya que incumbe a ambos cónyuges y puede ser considerado la esencia de la institución del matrimonio, pues implica un género de vida en común que no podría desarrollarse satisfactoriamente si cada uno de los cónyuges viviera por separado, por lo que tienen el deber no sólo de habitar en la misma casa, sino también de compartir mesa y lecho, manifestándose así la convivencia conyugal.

Al respecto Ignacio Galindo Garfias señala que: "El vínculo jurídico por el cual los cónyuges están obligados a vivir juntos, se impone a los consortes, porque como elemento esencial del estado de matrimonio, hace posible en forma natural, el cumplimiento de los deberes de fidelidad y de ayuda recíproca". (14)

(14) Galindo Garfias, Ignacio *Op cit*, p. 546.

El segundo párrafo del citado artículo 163 del Código Civil dispone que los consortes únicamente podrán ser eximidos por la autoridad judicial del cumplimiento del deber de vivir juntos en el domicilio conyugal, cuando el otro cónyuge traslade su domicilio a país extranjero y esto lo haga por cumplir con un servicio público o social; o bien que ese domicilio sea establecido en lugar insalubre o indecoroso.

Existen circunstancias que justifican la autorización por parte de la autoridad judicial a fin de eximir a los consortes del cumplimiento transitorio del deber de vivir juntos en el domicilio conyugal, lo que encuentra su justificación en que ciertas situaciones constituyen una cuestión de hecho que debe ser tratada con prudencia en cada caso; por ejemplo en el supuesto de que un cónyuge padezca una enfermedad contagiosa que ponga en riesgo la salud del otro cónyuge o de los hijos, el cónyuge enfermo debe ser retirado temporalmente del domicilio conyugal; o bien, en el supuesto de que alguno de los cónyuges se encuentre en la necesidad de ausentarse del hogar transitoriamente por razones de trabajo.

Sin embargo el largo brazo de la ley nunca lo será tanto como para obligar al cónyuge a convivir contra su voluntad al lado del otro, sin que se viole la dignidad humana, ya que por virtud del matrimonio no se debe restringir la voluntad de cualquiera de los cónyuges para decidir sobre su cuerpo y sentimientos.

Por su parte el artículo 164 del Código Civil establece que: "Los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de éstos en los términos que la ley establece, sin perjuicio de distribuirse la carga en la forma y proporción que acuerden para este efecto, según sus posibilidades. A lo anterior no está obligado el que se encuentre imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios, en cuyo caso el otro atenderá íntegramente a esos gastos. Los

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

Este precepto legal establece atinadamente el deber que tienen los cónyuges de ministrar los elementos económicos necesarios que permitan satisfacer las necesidades materiales, ya no sólo de ellos mismos, sino también las de sus hijos, tales como alimentación y educación y dependiendo del éxito que obtengan en llevarlo a cabo, será posible que la familia que decidieron formar cuente con una vida digna.

En la actualidad es de gran importancia que la mujer se introduzca en el campo productivo, lo que permite que contribuya económicamente al sostenimiento del hogar para obtener un mejor nivel de vida para toda la familia. Este comentario obedece a que durante mucho tiempo el papel que ha jugado la mujer en la familia se ha visto limitado al cuidado del hogar, sin hacer mucho caso a que el contribuir con los elementos económicos para el sostenimiento del hogar no sólo es deber del marido, sino que se trata de un deber que deben compartir.

No obstante lo anterior, aún existe gran número de mujeres que se encuentran sujetas únicamente al hogar y no aportan económicamente para su sostenimiento aunque se encuentren capacitadas para desempeñar un empleo con gran eficiencia. Afortunadamente la ley establece que independientemente de la aportación económica de ambos cónyuges para el sostenimiento del hogar, éstos tendrán igualdad en cuanto a los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio.

Así mismo, el artículo 165 del Código Civil dispone que:

"Los cónyuges y los hijos en materia de alimentos, tendrán derecho

preferente sobre los ingresos y bienes de quien tenga a su cargo el sostenimiento económico de la familia y podrán demandar el aseguramiento de los bienes para hacer efectivos estos derechos”.

También el artículo 168 del Código Civil hace mención a que el marido y la mujer tendrán la misma autoridad en su hogar, por lo que todo lo resolverán de común acuerdo. En caso de que no lleguen a un acuerdo, el Juez de lo Familiar resolverá la controversia.

Respecto de las actividades que los cónyuges realicen, el artículo 169 del Código Civil determina que podrán dedicarse a cualquier trabajo o labor, salvo que dañen la moral de la familia o su estructura y en esta última hipótesis el otro cónyuge podrá oponerse a esa actividad y el juez resolverá lo procedente.

Tratándose de bienes, si ambos cónyuges son mayores de edad, podrán administrar libremente sus bienes propios, pero tratándose de bienes comunes o de la sociedad conyugal, ambos llevarán a cabo la administración y se requerirá del consentimiento o autorización del otro (artículo 172 del Código Civil). Sin embargo, si son menores de edad, aún que tienen la administración de sus bienes necesitarán autorización judicial para enajenar, gravar o hipotecar y un tutor para negocios judiciales (artículo 173 del Código Civil).

El artículo 176 del Código Civil establece que el contrato de compraventa sólo puede celebrarse entre los cónyuges cuando el matrimonio esté sujeto a régimen de separación de bienes. Así mismo el marido y la mujer, durante el matrimonio podrán ejercitar los derechos y acciones que tengan el uno en contra del otro, pero la prescripción entre ellos no corre mientras dure el matrimonio (artículo 177 del Código Civil).

II. Hacia los hijos.

El hecho del nacimiento de un hijo genera un vínculo biológico y jurídico entre éste y aquella pareja que lo procreó. Partiendo de esta idea, desde una perspectiva jurídica, dicho vínculo recibe el nombre de paternidad cuando es visto del lado de los padres -claro está que la maternidad queda comprendida en este concepto- y se denomina filiación cuando el punto de partida es el hijo.

La figura de filiación supone la relación jurídica que se genera entre los progenitores y el hijo, de cuya relación se desprende un complejo de deberes y obligaciones, derechos y facultades recíprocas entre las dos partes de dicha relación, es decir el padre y la madre por un lado y el hijo por el otro.

La filiación jurídica encuentra su fundamento en la filiación biológica, puesto que de esta última se recogen las presunciones para establecer dicho vínculo jurídico. No obstante que la relación entre estos dos tipos de filiación parece indisoluble en ocasiones no coinciden, toda vez que desde el punto de vista biológico no hay hijos sin padre y madre, pero jurídicamente sí puede ocurrir, existiendo casos en que los padres se desconocen o bien los requisitos y formalidades legales no fueron cubiertos satisfactoriamente provocando que la relación de derecho no se establezca; es decir, debido a que la filiación es la expresión del hecho biológico de la procreación en el ámbito jurídico, toda persona es poseedora de una determinada filiación pese a que en ocasiones no sea posible conocer ésta, ya sea porque no se cuente con pruebas o éstas sean insuficientes.

Los efectos que produce el estado de matrimonio hacia los hijos quedarán señalados a continuación:

a) Facilitar la prueba de la filiación del hijo cuyo nacimiento ocurre dentro del matrimonio, lo cual se conoce como filiación matrimonial o legítima.

Al respecto, el artículo 340 del Código Civil dispone que la filiación de los hijos nacidos de matrimonio se acredita con la partida de su nacimiento y el acta de matrimonio de sus padres.

La filiación constituye un estado jurídico, el cual atribuye consecuencias traducidas en derechos, obligaciones o sanciones recíprocas sin que dicha situación desaparezca, como llega a ocurrir con ciertos estados que se extinguen o se transforman dentro de la misma persona.

La filiación viene a establecer el punto de referencia para determinar los derechos y deberes que corresponden a cada uno de los sujetos de la relación jurídica -el padre y la madre en un extremo y el hijo en el otro extremo- y de esta manera permitir que se produzcan efectos que revisten gran importancia, ya que una vez que se ha determinado la filiación de una persona, según el artículo 389 del Código Civil, ésta tiene derecho de llevar el apellido paterno de sus progenitores o ambos apellidos del que lo reconozca; así mismo está en posibilidad de exigir alimentos a quien lo reconozca, así como ser llamado a la sucesión hereditaria de sus progenitores.

b) El estado de matrimonio establece una presunción de hijo de matrimonio en favor de aquel nacido después de 180 días contados a partir de la fecha en que fue celebrado el matrimonio y del nacido dentro de los 300 días siguientes a la fecha de disolución del vínculo matrimonial o de la separación de los cónyuges por orden judicial. Esto se encuentra dispuesto en el artículo 324 del Código Civil.

Para comprender mejor el contenido del artículo antes mencionado es necesario considerar en primer término que se supone hijo nacido de matrimonio, aquel cuyo padre y madre estaban unidos en matrimonio y que fue concebido mientras existió el estado matrimonial.

Se presumen hijos del esposo aquellos que ha dado a luz su mujer durante su matrimonio, salvo prueba en contrario. Es precisamente la disposición contenida en el citado artículo 340 del Código Civil la que posibilita establecer una prueba en contrario a la presunción de hijo nacido de matrimonio o del marido, porque el hecho de que una mujer casada dé a luz durante el matrimonio no necesariamente asegura que su marido sea el padre del nacido, puesto que este nacimiento puede acaecer en un término menor a 180 días contados a partir de la fecha de celebración del matrimonio y en esta hipótesis no opera la presunción de hijo de matrimonio.

Según las fracciones I y II del artículo 328 del Código Civil, el marido no podrá desconocer la paternidad respecto del hijo nacido dentro del plazo de 180 días siguientes a la celebración del matrimonio, cuando supiera acerca del embarazo de su futura esposa con anterioridad a la celebración del matrimonio y hubiera asentado dicho conocimiento por escrito. Así mismo el marido no podrá desconocer al nacido cuando se ha presentado al levantamiento del acta de nacimiento del hijo y ésta fue firmada por él o contiene su declaración de no saber firmar.

Otras causales que impiden el desconocimiento de la paternidad se encuentran señaladas en las fracciones III y IV del artículo 328 ya citado, mismas que se refieren a cuando el marido ha reconocido al hijo como suyo en forma expresa; y por último, si el hijo no nació capaz de vivir, lo que significa que desprendido del seno materno sólo vivió 24 horas contadas a partir de su nacimiento.

Para determinar la época de la concepción del hijo a que se refiere el citado artículo 324 del Código Civil, se tuvo en consideración el margen mínimo y máximo de la gestación de acuerdo a los conocimientos científicos, según los cuales el plazo mínimo de la gestación para que el producto sea viable no es menor de 180 días; claro está que se parte del supuesto de que las relaciones sexuales entre los cónyuges sean iniciadas al mismo tiempo que su matrimonio y la concepción el mismo día en que se celebre éste, por lo que necesariamente el nacimiento del hijo deberá acontecer en un término mínimo de 180 días contados a partir del acto de celebración de las nupcias.

Tomando en consideración que el plazo máximo de gestación es de 300 días contados a partir de la disolución del vínculo matrimonial o la separación material de los cónyuges, inexorablemente el nacimiento deberá ocurrir dentro dicho plazo, siempre que la concepción se llevara a cabo en el último día del matrimonio como fecha límite.

El artículo 345 del Código Civil dispone que. " No basta el dicho de la mujer para excluir de la paternidad al marido. Mientras que éste viva, únicamente él podrá reclamar contra la filiación del hijo concebido durante el matrimonio ".

Así como no es suficiente que la mujer niegue la paternidad del marido, tampoco lo es que ésta lo afirme para que sea reconocida; tan es así que el padre está en posibilidad de contradecir la presunción de paternidad, siempre y cuando pruebe que durante los ciento veinte primeros días de los trescientos que precedieron al parto, le ha sido físicamente imposible tener acceso carnal con la madre del nacido. Esto último lo establece el artículo 325 del Código Civil. La prueba de imposibilidad física podrá rendirse siempre y cuando exista impotencia para la cópula; o bien, cuando el marido esté alejado físicamente de la esposa.

c) El artículo 327 del Código Civil contempla que tratándose del hijo nacido después de los 300 días contados a partir de que los cónyuges dejaron de vivir juntos por divorcio o nulidad de matrimonio, la esposa, el hijo o el tutor de éste podrán sostener la paternidad del marido aún cuando éste la niegue.

Cuando se presenta esta situación, la carga de la prueba recae en quien sostiene dicha paternidad, en virtud de que este caso no se apega a la presunción de paternidad establecida en el artículo 324 del Código Civil.

d) Por su parte, los artículos 354 y 355 del Código Civil disponen que el matrimonio subsecuente de los padres trae consigo que se consideren como nacidos de matrimonio a los hijos habidos antes de su celebración, siempre y cuando el reconocimiento de éstos se haya efectuado expresamente antes o durante el acto de celebración del matrimonio, haciendo en todo caso el reconocimiento ambos padres, junta o separadamente.

CAPITULO II

EL CONCUBINATO. SU ANALISIS

La denominación concubinato tiene su origen en el derecho romano que utilizaba esta institución para designar a la unión entre un hombre y una mujer que llevaban una vida en común pero que debido a consideraciones políticas no podían o no querían celebrar *iustae nuptiae*. Durante los tiempos de Augusto esta forma de unión obtuvo su sanción legal, llegando a considerársele como un matrimonio de rango inferior, pero que no constituía algo deshonoroso y al no requerirse de formalidad alguna para constituir el matrimonio, lo único que lo distinguió de éste fue la intención de las partes, además de que existía un afecto menos digno y respetuoso que se manifestaba principalmente hacia la mujer, ya que no tenía el rango de esposa.

"De que el concubinato sea un verdadero matrimonio, aunque de orden inferior, se sigue: 1º.- que se contrae sin las formalidades de las *iustae nuptiae*; 2º.- es necesaria la pubertad de las partes; 3º.- no se requiere el consentimiento del *paterfamilias*; 4º - no podrá contraerse entre personas cuyo parentesco o afinidad los volverían incapaces para contraer *iustae nuptiae*". (15)

Así como en el derecho romano existían motivos que justificaron el nacimiento del concubinato, tales como la inconveniencia de que familias senatoriales mantuvieran lazos estrechos con los libertos y estos últimos tuvieran los beneficios que traía consigo el matrimonio justo; o bien a pesar de las ventajas legales que ofrecía esta última forma de unión, muchas veces las parejas preferían una convivencia marital sin consecuencias jurídicas por así convenir a sus propios intereses o a los de los hijos que

(15) Bravo González, Agustín *Lecciones de Derecho Romano Privado* México Edit. Bay Gráfica y Ediciones, S. de R L., 1963, p 143

tuvieran durante su unión; así también en la actualidad existen circunstancias que muy probablemente influyan determinadamente en la constitución de estas uniones de facto.

A fin de estar en posibilidad de exponer las probables causas que generan esta forma de unión, es necesario partir del análisis de la realidad que vive nuestro país, apartándonos de consideraciones de orden moral. "Es frecuente calificar al concubinato de inmoral sin mayor investigación sociológica; sin conocer la realidad existencial de las parejas que viven en concubinato, ni la realidad social que quizás las lleve a esa unión". (16)

Posiblemente una de las causas que dé lugar a que las parejas vivan en concubinato sea precisamente la de carácter económico, toda vez que existen personas que viven de manera precaria y no pueden hacer frente a los gastos que implica una boda.

Por lo que se refiere a los trámites relativos a los honorarios del matrimonio civil, los cuales en realidad deben ser gratuitos en las oficinas del Registro Civil, no deben ser tan costosos, sin embargo no sería aventurado afirmar que una pareja que desea unirse y que se encuentra en extrema pobreza, estaría imposibilitada para costear la boda; esto aunado a que se encontraría ante la exigencia de la comunidad de cumplir con el compromiso de ofrecer una fiesta por la celebración de las nupcias. Sin embargo lo anterior no constituye una regla general que deba ser aplicada invariablemente a los estratos económicamente inferiores de la sociedad.

Quizá la principal causa de que una pareja decida vivir al amparo de esta forma de unión marital de hecho, sea aquella que se refiere al aspecto cultural, ya sea porque se prefiera la unión en libertad, o bien porque exista ignorancia tratándose de la

(16) Chávez Asencio, Manuel F. *Op. cit.*, p. 264

reglamentación del matrimonio y el conjunto de derechos y obligaciones que se adquieren con el mismo.

Al hacer referencia a las cuestiones de orden cultural que dan lugar al concubinato, es menester mencionar que existen comunidades indígenas en nuestro país, cuyas tradiciones culturales se ven manifestadas en la forma de unión que la propia comunidad concibe, presentando las características propias del concubinato.

"Además, ¿por qué ir al matrimonio cuando se prevé como probable el divorcio? ¿Por qué no procurar evitar las dilaciones, trámites y costas que tendría el eventual divorcio?. Se ve también algunas veces a la unión de hecho como situación de prueba (a confirmar o no, después, con el matrimonio, quizá muy deseado por una de las partes). Otras veces la unión de hecho es el único recurso, de momento, posible por existir un impedimento para el matrimonio o para evitar las consecuencias de las segundas nupcias".(17)

Si bien es cierto que resulta difícil concebir la idea de que una pareja que pretenda unirse para llevar a cabo una vida en común asuma una postura tan negativa hacia la celebración del matrimonio, formulándose este tipo de interrogantes que nos señala Manuel Peña Bernaldo de Quirós, también lo es que esas inquietudes lleguen a ser tan serias que provoquen un rechazo total hacia la celebración del matrimonio con todos los efectos que éste produce, por lo que al final llegan a decidir iniciar una vida en común basada en una unión libre como situación de hecho.

(17) Peña Bernaldo de Quirós, Manuel *Derecho de Familia*. Madrid Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, 1989 p. 395

I. Concepto de concubinato.

A la par de la institución del matrimonio que es la unión entre un hombre y una mujer que implica un acto y un estado jurídico, a la cual el derecho le reconoce amplios efectos tanto sobre los cónyuges, como hacia los hijos y otros parientes, se encuentra el concubinato que es "...la unión libre y duradera entre un hombre y una mujer, que viven y cohabitan como si estuvieran casados, y que puede o no producir efectos legales". (18)

Así tenemos que el concubinato se asemeja a la institución del matrimonio, ya que se trata de una unión entre un hombre y una mujer con la intención de permanecer juntos indefinidamente. Como ya se mencionó, la ley no reconoce ampliamente los efectos que produce el concubinato o los ha otorgado de manera muy limitada; tan es así que son pocos los artículos de nuestro Código Civil que reglamentan de alguna manera esta forma de unión, lo cual estudiaremos después ampliamente.

Lo anterior obedece a que el derecho al asumir una actitud frente al concubinato se encuentra con el problema más importante del derecho de familia, ya que se trata no solamente de un problema de carácter político, jurídico o de regulación técnica, sino de una problemática de carácter social que ha dejado a esta figura jurídica al margen, sin prohibirla pero sin fomentarla.

Por su parte, los autores del Diccionario Jurídico Mexicano conceptúan el término concubinato, expresando que: "(Del latín *concubinatus*, comunicación o trato de un hombre con su concubina). Se refiere a la cohabitación más o menos prolongada y

(18) Baqueiro Rojas, Edgar y Buenrostro Báez, Rosalía *Op cit.*, p. 121

permanente entre un hombre y una mujer solteros, hecho lícito que produce efectos jurídicos". (19)

De este último concepto se desprende que el concubinato invariablemente produce efectos jurídicos, lo cual es contrario a lo que señalan Edgar Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Báez en el sentido de que esta forma de unión puede o no producir efectos legales, ya que el derecho le ha otorgado efectos en términos muy limitados. Al considerarse el concubinato como un acto lícito, esta característica ya implica que debe producir consecuencias jurídicas.

Otro concepto que se ofrece de concubinato señala que es la "Unión de un hombre y una mujer, no ligados por vínculo matrimonial a ninguna otra persona, realizada voluntariamente, sin formalización legal para cumplir con los fines atribuidos al matrimonio en la sociedad. Matrimonio de hecho". (20)

El estudio del concubinato se presenta tan complejo que para poder ofrecer un concepto que nos describa sus características, es necesario acudir a los elementos que integran la institución del matrimonio, los cuales ya son plenamente conocidos y aceptados.

Los enciclopedistas de la obra jurídica OMEBA nos indican que: "La palabra concubinato alude, etimológicamente, a la comunidad de lecho. Es, así, una voz que sugiere una modalidad de las relaciones sexuales mantenidas fuera del matrimonio, como una expresión de la costumbre". (21)

(19) Instituto de Investigaciones Jurídicas. *Diccionario Jurídico Mexicano* 3a ed; México Edit. Porrúa, S A., 1989, p. 573.

(20) De Pina, Rafael y De Pina Vara, Rafael. *Diccionario de Derecho*. 18a ed, México Edit. Porrúa, S.A, 1992, p. 178.

(21) Enciclopedia Jurídica OMEBA. Buenos Aires. Edit. Bibliográfica Argentina, S R L, Tomo III, p. 616.

Es menester señalar que esta descripción del término concubinato se presenta muy ambigua, ya que su tratamiento debe ser tan serio que no es posible hablar de que el concubinato se limita a ser una modalidad de las relaciones sexuales mantenidas fuera del matrimonio y más aún cuando de lo anterior pueda llegarse a considerar que siempre que existan relaciones sexuales fuera del matrimonio necesariamente implicará la existencia del concubinato.

Manuel F. Chávez Asencio, al contemplar el concepto del concubinato señala que: “...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 legalizada, sino también a la relación continua y de larga duración existente entre un hombre y una mujer sin estar legalizada por el matrimonio. Es una comunidad de lecho que sugiere una modalidad de las relaciones sexuales mantenidas fuera del matrimonio”. (22)

Este concepto ofrecido por Manuel F. Chávez Asencio señala que el concubinato es el acto de la cohabitación que se lleva a cabo entre un hombre y una mujer, lo que tiene una significación que no sólo se limita a la unión carnal no legalizada, sino también a la relación continua y de larga duración existente entre los concubinos. Sin embargo, esta afirmación crea la idea de que prevalece el aspecto relacionado con las relaciones sexuales mantenidas fuera del matrimonio sobre aquel aspecto referido a la relación continua y de larga duración que debe existir entre los concubinos y que constituye el verdadero soporte de esta forma de unión.

Debe tenerse cuidado de no poner etiqueta de concubinato cada vez que nos

(22) Chávez Asencio, Manuel F. *Op cit.*, pp 263-264

encontremos frente a una forma de unión en la que el primer aspecto que se pueda apreciar sea aquel referido a las relaciones sexuales mantenidas fuera del matrimonio.

Sara Montero Duhalt conceptúa el concubinato como: "...la unión sexual de un solo hombre y una sola mujer que no tienen impedimento legal para casarse y que viven como si fueran marido y mujer en forma constante y permanente por un periodo mínimo de cinco años. Este plazo puede ser menor, si han procreado". (23)

Es de apreciarse que Sara Montero Duhalt desarrolla un concepto muy completo de esa forma de unión denominada concubinato, en cuanto a que toma elementos o condiciones que exige la legislación civil mexicana para reconocer cuándo estamos frente a la unión que deba ser considerada concubinato.

Raúl Ortiz Urquidí en su obra "Matrimonio por Comportamiento" nos proporciona su propia conceptualización sobre el concubinato, que él lo denomina como el título de su obra "Matrimonio por Comportamiento" y al respecto nos dice: "... no es bastante ese solo consentimiento, sino, además, que ese hombre y esa mujer se comporten realmente como casados mediante tal 'unión, convivencia y trato sexual continuado'". (24)

Cabe señalar que en el punto 1 del Capítulo IV de este trabajo se abordarán aspectos importantes acerca de lo que Raúl Ortiz Urquidí considera como matrimonio por comportamiento y que para la generalidad de los tratadistas es comúnmente denominado concubinato.

(23) Montero Duhalt, Sara *Derecho de Familia*, 3a ed.; México: Edit Porrúa, S A, 1987, p 165.

(24) Ortiz Urquidí, Raúl *Op. cit*, p 119.

2. Efectos que produce el concubinato.

Como ya se mencionó, el concubinato constituye una fórmula de unión que no se encuentra ampliamente regulada por el derecho, ya que al tratar de darle soluciones, puede haber un criterio de carácter moral que puede llegar a influir e inclusive a ser determinante en la postura que adopta el derecho frente a esta situación. Claro está que la moral tomará diferentes matices de acuerdo con cada época o con cada país, o más aún con cada cultura.

Sin embargo, por virtud de esta forma de unión entre un hombre y una mujer se crean consecuencias serias que afectan la estructura familiar, motivo por el cual el Estado debe otorgar un reconocimiento jurídico más amplio al concubinato.

Antonio de Ibarrola nos dice al respecto que: "La reglamentación -del concubinato tiene muchas veces por objeto proteger a la esposa, cuyos derechos es preciso salvaguardar. Se salva lo que se puede, y la esposa también lo hace". (25)

Desafortunadamente en esta cita textual se confunden los términos, ya que en la unión que se califica como concubinato no existe la figura de la esposa, porque ésta es inherente exclusivamente a la institución del matrimonio, además de que en la actualidad la ley no sólo se ocupa de salvaguardar los derechos de la mujer que vive en concubinato, sino al incorporar al varón a los beneficios que la misma ley confiere, también se están salvaguardando sus derechos.

Rafael Rojina Villegas indica que: ".el derecho puede asumir diferentes

(25) De Ibarrola, Antonio. *Op. cit.*, p.207

actitudes en relación con el concubinato, las principales serían las siguientes:

a) Ignorar en lo absoluto las relaciones que nacen del concubinato, de tal manera que éste permanezca al margen de la ley, tanto para no estatuir consecuencias jurídicas por virtud del mismo, cuanto para no sancionar ni en forma civil ni penalmente dicha unión, si no existe adulterio.

b) Regular exclusivamente las consecuencias del concubinato, pero sólo en relación con los hijos, sin preocuparse de consagrar derechos y obligaciones entre los concubinos.

c) Prohibir el concubinato y sancionarlo bien sea desde el punto de vista civil o penal, permitiendo incluso la separación por la fuerza de los concubinos.

d) Reconocer el concubinato y regularlo jurídicamente, para crear una unión de grado inferior a la matrimonial, concediendo derechos y obligaciones a las partes, principalmente la facultad otorgada a la concubina para exigir alimentos o heredar en la sucesión legítima.

e) Equiparar al concubinato que reúna ciertas condiciones, con el matrimonio, para crear por virtud de la ley o de una decisión judicial, en cada caso, un tipo de unión que consagre entre los concubinos los mismos derechos y obligaciones que se conceden a los cónyuges". (26)

Nuestros Códigos Civiles de 1870 y 1884 siguieron los lineamientos de la

(26) Rojas Villegas, Rafael *Compendio de Derecho Civil. Introducción, Personas y Familia. 2da ed* ; México. Edit Porrúa. S.A , 1991, Vol I, pp. 347-348.

primera posición que nos señala Rafael Rojina Villegas, ya que el legislador adoptó la postura de ignorar la existencia de esta forma de unión, a partir de una valoración de índole moral, puesto que ni se le consideró un hecho ilícito que deba ser sancionado ni tampoco un hecho lícito que deba producir efectos jurídicos amplios. El que se haya adoptado la actitud de ignorar la forma de unión que constituye el concubinato se debe en mucho a la influencia tan marcada que tuvo en esa época el matrimonio religioso.

Por su parte la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917 también ignoró esta forma de convivencia y continuó manejándose el concepto de hijo natural como aquel nacido fuera del matrimonio, respecto del cual se prohibía la investigación de la paternidad y maternidad. Sin embargo tratándose de los hijos nacidos dentro del matrimonio esta ley contempló algunos efectos, principalmente tratándose de la paternidad y la filiación en el sentido de suprimir la clasificación de hijos espurios, considerándose injusto que la sociedad los estigmatice por faltas que no les son imputables y más aún cuando ya el matrimonio toma la forma de contrato, por virtud del cual ya es posible sancionar a los infractores, sin que los hijos deban sufrir estas consecuencias

No es extraño que el legislador adopte la postura de ignorar esta fórmula de unión, ya que en la doctrina se nota la tendencia a apoyar férreamente a las uniones que tienen como base el matrimonio y a combatir con severidad aquellas que constituyen un concubinato, prueba de ello se aprecia en lo que Mazeaud tajantemente señala:

"Causa sorpresa no encontrar en el Código Civil una prohibición formal del concubinato... Si las medidas legislativas que castigan la unión libre son raras, se encuentran disposiciones favorables a quienes viven en concubinato. Han sido tomadas por el legislador moderno Merecen ser censuradas; porque, al extender a quienes viven en concubinato las

ventajas concedidas a los cónyuges, incitan al mantenimiento del concubinato, que no implica las obligaciones del matrimonio". (27)

La actitud que asume el autor citado anteriormente no siempre es compartida por otros autores, tan es así que Enrique Díaz de Guijarro expresa que: "Como particularísima forma de consumir la protección de la familia y del matrimonio, que consignan expresamente las constituciones cubana..., guatemalteca., panameña... y boliviana, las mismas promueven la equiparación de la unión de hecho con las nupcias de derecho. No se trata de amparar directamente el concubinato, sino de elevarlo a la categoría matrimonial cuando asume similares condiciones exteriores, esto es, cuando puede hablarse de un estado aparente de matrimonio, por su estabilidad y singularidad". (28)

No obstante que Enrique Díaz de Guijarro manifiesta una postura más flexible en cuanto a los efectos que produce la unión constituida en concubinato, nuestra legislación no ha cruzado la rígida barrera que impide que este tipo de uniones puedan equipararse al matrimonio civil y en consecuencia produzcan los efectos legales tan amplios como los que se le otorgan al matrimonio y esto quizá se deba a la dificultad que implicaría determinar cuándo deba equipararse el concubinato al matrimonio.

Por otra parte, al llegar el Código Civil de 1928 el legislador ya reconoce la existencia del concubinato, ya que "...desde su exposición de motivos, hace referencia al concubinato como 'una manera peculiar de formar la familia'; agregando que hasta entonces, aún cuando era un modo de ser muy generalizado, había quedado al margen de la ley; pero

(27) Henri, Mazeaud León y Mazeaud Jean *Lecciones de Derecho Civil*. Tr.: Luis Alcalá Zamora y Castillo, Buenos Aires Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959 Vol III, p. 54

(28) Díaz de Guijarro, Enrique *Tratado de Derecho de Familia*. Buenos Aires Tipográfica Editora Argentina, 1953, p. 337

que el legislador no debía cerrar los ojos para no darse cuenta de su existencia;...". (29)

De la actitud que adoptó el legislador en el sentido de ignorar las relaciones que nacen del concubinato, misma que se vio manifestada en los dos Códigos del siglo pasado, se pasó a aquella que considera al concubinato como unión de grado inferior al matrimonio, según el cuarto planteamiento que formuló Rafael Rojina Villegas expuesto con antelación, en virtud de lo cual nuestro sistema jurídico positivo sufrió cambios de gran trascendencia, reflejándose en las disposiciones que contiene nuestro Código Civil vigente y que tienden a dar efectos al concubinato, con la finalidad de favorecer no sólo a la mujer y a los hijos sino también al concubinario, siempre y cuando la convivencia se prolongue cuando menos cinco años o que antes hayan procreado un hijo.

De acuerdo con la última reforma que sufrió nuestro Código Civil, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 27 de diciembre de 1983, se incorporó al varón, a quien se le denominó concubinario y que actualmente goza de aquellos derechos que la ley originalmente otorgaba exclusivamente a la concubina.

La denominación de concubinario, por virtud de la cual se incorpora al varón a los beneficios que otorga nuestro Código Civil respecto del concubinato, que iguala la condición jurídica de ambos miembros de la pareja, nos lleva a pensar que si a la mujer se le denomina concubina, al varón debe llamársele concubino, así como cuando nos referimos al hombre y a la mujer que viven en concubinato, lo correcto es tratarlos como concubinos, término éste que sí recoge el legislador al referirse a ambos.

(29) Magallón Ibarra, Jorge Mario. *Instituciones de Derecho Civil Derecho de Familia* México: Edit. Porrúa, S A., 1988. Vol III. p 351.

Así resulta que el ordenamiento jurídico que existe sobre el concubinato se limita a sancionar algunas de las consecuencias que se generan de este tipo de unión irregular, a fin de proteger algunos intereses de carácter económico respecto de los concubinos y hacia los hijos habidos durante esta unión, como son los siguientes:

El derecho de la concubina o del concubinario a participar en la sucesión hereditaria del otro y el deber a darse alimentos recíprocamente, la posibilidad de investigar la paternidad de los hijos habidos entre los concubinos y el derecho de los hijos habidos durante el concubinato a recibir alimentos.

a) Hacia los concubinos.

Con la finalidad de que la ley reconozca a la unión concubinaria y sea posible otorgarle ciertos efectos, es indispensable que se reúnan determinados requisitos que podemos encontrar en diversas disposiciones de nuestro Código Civil que regulan el concubinato, mismos que se señalan a continuación:

1) La comunidad de vida debe ser permanente, es decir debe implicar continuidad, regularidad o hábito en las relaciones sexuales, indicándose como temporalidad la de por lo menos cinco años, durante los cuales la pareja debe vivir bajo el mismo techo, lo que se refiere precisamente a la existencia de la cohabitación. Aunque no se cumplan los cinco años a que se hace referencia, se considerará concubinato cuando haya nacido un hijo durante esta unión.

Es importante hacer hincapié en que no todas aquellas uniones transitorias entre un hombre y una mujer sin la intención de llevar una vida marital pueden calificarse de concubinato.

2) Es condición necesaria para calificar la unión de concubinato, que exista una sola concubina y desde luego solo un concubinario.

3) Durante todo el tiempo que dure el concubinato ambos concubinos deben permanecer libres de matrimonio.

La ley al reconocer ciertos efectos al concubinato, es entendible que exija que ambos concubinos permanezcan libres de matrimonio durante todo el tiempo que dure el concubinato, ya que de lo contrario esa relación podría dar lugar a que se cometiera el delito de adulterio y en esta circunstancia sería absurdo que un hecho ilícito produjera efectos jurídicos que beneficiara a los infractores. Por otra parte, cabe hacer notar que durante el concubinato el estado civil de la pareja que lo integra persiste.

4) Los concubinos deben tener el status de casados, es decir llevar una vida como si fueran marido y mujer y tener la fama de esposos dentro de la comunidad a la que pertenecen.

Al respecto Rafael Rojina Villegas hace alusión al trabajo desarrollado por Eduardo Le Riverend Brusone, quien estudia las condiciones que deben satisfacerse a efecto de que el derecho reconozca la existencia del concubinato, algunas de las cuales ya se encuentran contenidas en los puntos estudiados con anterioridad. Dicho estudio contempla, además, las siguientes condiciones:

"...c) - Una condición de publicidad. La ley francesa de 1912 requiere para la investigación de la paternidad que se trate de un concubinato notorio, por lo tanto, la clandestinidad en el mismo impide que se le tome en cuenta para ese efecto jurídico.

d) Una condición de fidelidad....

g) Elemento moral. Este último requisito es el que tiene desde luego mayor valor para que el derecho pueda tomar en cuenta al concubinato". (30)

La característica de publicidad a que se refiere el inciso c) considera la suscrita que es la de mayor trascendencia para determinar la existencia o no del concubinato, toda vez que dicha publicidad la constituye precisamente el trato que se den los concubinos de cónyuges y por ende trasciende a la sociedad en que se desarrollan, creándose la "fama pública" de que su unión se asimila a un matrimonio, e inclusive ambos concubinos se presentan como cónyuges.

La condición de fidelidad a que se refiere el inciso d), amerita hacer una reflexión en el sentido de que no obstante que la ley exija que sólo debe haber en esta forma de unión una sola concubina y un solo concubinario, esto implica que necesariamente se encuentra presente la condición de fidelidad, pues este término trae consigo un compromiso íntimo entre los concubinos y el cumplimiento de esta condición dependerá de la integridad moral de la pareja concubinaria.

Esta condición de fidelidad que parece ser exclusiva del matrimonio debe extenderse al concubinato y la facilidad o dificultad que implique obtener resultados satisfactorios atenderá a la integridad moral de la pareja.

Los efectos que la ley concede hacia los concubinos son muy restringidos y entre ellos tenemos que el artículo 302 del Código Civil establece que: "Los cónyuges deben darse alimentos; la Ley determinará cuándo queda subsistente esta obligación en los

(30) Rojina Villegas. Rafael *Compendio de Derecho Civil*, p 350

casos de divorcio y otros que la misma Ley señale. Los concubinos están obligados, en igual forma, a darse alimentos si se satisfacen los requisitos señalados por el artículo 1635".

El legislador mexicano ha reconocido que el concubinato de igual forma que el matrimonio también genera determinadas necesidades que se reflejan en el orden económico y atendiendo a esta consideración tuvo a bien incluir como obligados a prestar alimentos a los concubinos, lo cual se encuentra sancionado en el mismo precepto legal que establece la obligación alimentaria entre los cónyuges. En este mismo sentido Alicia Elena Pérez Duarte y Noroña señala: "Entre los concubinos se establece en forma natural una comunidad de vida igual a la de los cónyuges; encontramos en su relación las mismas respuestas afectivas y solidarias que pudiéramos encontrar en un matrimonio, por tanto el legislador mexicano sancionó la responsabilidad moral que existe en estas parejas para darles fuerza jurídica. Una vez mas se adecúan las normas de Derecho a una realidad social". (31)

La obligación impuesta a los concubinos de darse alimentos, sólo opera si se satisfacen los requisitos señalados en el artículo 1635 de nuestro Código Civil, el cual se transcribe a continuación:

"La concubina y el concubinario tienen derecho a heredarse recíprocamente, aplicándose las disposiciones relativas a la sucesión del cónyuge, siempre que hayan vivido juntos como si fueran cónyuges durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o cuando hayan tenido hijos en común, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato.

Si al morir el autor de la herencia le sobrevienen varias concubinas o

(31) Pérez Duarte y Noroña, Alicia Elena. *La Obligación Alimentaria*. México Edit Porrúa, S.A , 1989, p 74

concubinario en las condiciones mencionadas al principio de este artículo, ninguno de ellos heredará".

Este artículo 1635 del Código Civil establece algunos requisitos que deben satisfacerse a efecto de que el concubinato produzca ciertos efectos, tales como la obligación a cargo de los concubinos de proporcionarse alimentos en caso de que alguno de ellos los necesite, o de heredarse recíprocamente. Claro está que estos requisitos tienen por objeto el demostrar la intención de tener una relación duradera, ya sea que transcurran los cinco años de vida en común exigidos por la ley o la procreación de hijos para formar una familia, situaciones éstas que demuestran que la unión no es transitoria.

Ya se mencionó que una de las condiciones que tienen mayor importancia para estar en posibilidad de determinar cuándo estamos frente a una unión calificada de concubinato, es que durante todo el tiempo que dure éste los concubinos deben permanecer fuera de matrimonio, lo cual precisamente se encuentra dispuesto por el artículo 1635 del Código Civil.

La ley no establece impedimentos para que un hombre y una mujer puedan vivir en concubinato, como lo hace con toda precisión cuando la pareja va a contraer matrimonio, de tal suerte que el parentesco o el adulterio son impedimentos para contraer matrimonio pero no para unirse en concubinato, en virtud de lo cual se corre el riesgo de que los concubinos se ubiquen en estos supuestos, permaneciendo indefinidamente en el anonimato y dificultando e incluso impidiendo a los órganos de justicia la imposición de sanciones a este tipo de conductas ilícitas.

Tratándose de sucesión testamentaria, además de lo dispuesto por el artículo 1635 ya citado, se establece el deber a cargo del testador consistente en dejar alimentos a la

persona que vivió con éste como si fuera su cónyuge, siempre y cuando dicha persona cumpla fielmente con los requisitos señalados en el ya transcrito artículo 1635. Dice al efecto el artículo 1368 del Código Civil:

" El testador debe dejar alimentos a las personas que se mencionan en las fracciones siguientes:

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

Por virtud de la reforma que sufrió nuestro Código Civil en el mes de diciembre de 1983, se consignaron cambios importantes traducidos en beneficios para el varón, toda vez que antes de la reforma sólo la concubina tenía derecho a exigir una pensión de alimentos atendiendo a las limitaciones mismas de la masa hereditaria, siempre y cuando la concubina cumpliera con los requisitos dispuestos por el multicitado artículo 1635 del Código Civil. En la actualidad este beneficio es extensivo al varón en los mismos términos que a la mujer.

Debe advertirse que esta disposición, además de establecer que el testador debe dejar alimentos a quien vivió con él como si fuera su cónyuge durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o con quien tuvo hijos, siempre que los dos hayan permanecido libres de matrimonio, exige también que el superviviente esté impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes para subsistir.

De lo anterior se desprende que aún que el superviviente haya cumplido fielmente con los requisitos exigidos por la fracción V del artículo 1368 del Código Civil, pero no se encuentra impedido de trabajar y tiene bienes suficientes, el superviviente estará imposibilitado para exigir la pensión alimenticia.

Asimismo, se contempla que el derecho a los alimentos que se confiere al superviviente sólo podrá subsistir siempre que no contraiga nupcias y observe buena conducta, lo cual es comprensible respecto a la condición de que éste no contraiga nupcias, pues se presume que si se ubica en este supuesto corresponde la obligación de otorgar los alimentos a su cónyuge; sin embargo la condición impuesta por la ley en el sentido de que el superviviente observe buena conducta es subjetiva, toda vez que no existe una disposición que señale claramente en qué consiste el observar buena conducta.

Adviértase que el artículo 302 del Código Civil, relativo a la obligación impuesta tanto a los cónyuges como a los concubinos a darse alimentos, nos remite al artículo 1635 del mismo ordenamiento legal para establecer los requisitos que deben satisfacerse, a efecto de establecer dicha obligación para los concubinos; y sin embargo, esta última disposición sólo se limita a señalar el derecho de los concubinos a heredarse recíprocamente, sin incluir el texto que aluda a la obligación impuesta a los concubinos a darse alimentos.

A pesar de que dichos preceptos no son claros, los estudiosos del Derecho coinciden en que atendiendo literalmente al artículo 302 del Código Civil en su parte conducente que dice: "Los concubinos están obligados en igual forma...", se desprende que éstos se encuentran obligados a darse alimentos en vida, a semejanza del derecho de los cónyuges entre sí.

Otro importante efecto producido por el concubinato en relación a los concubinos es el derecho de éstos a heredar por vía legítima. Adviértase que este derecho ya no sólo es inherente a la concubina, sino que se hizo extensivo a su compañero, fruto de la reforma que experimentó el Código Civil en esta materia el 27 de diciembre de 1983 y entrada en vigor el 27 de marzo de 1984.

Con anterioridad a dicha reforma, sólo la concubina tenía derecho a heredar, pero en condiciones de inferioridad en comparación con la herencia de la esposa. Actualmente los concubinos tienen derecho a heredarse recíprocamente en igual forma que los cónyuges, así lo determina el multicitado artículo 1635 del Código Civil transcrito con anterioridad.

Precisamente es esta disposición legal la que establece los requisitos que deberán satisfacerse, a efecto de que una unión extramatrimonial pueda ser considerada concubinato. Los derechos otorgados por virtud de dicha disposición son tan semejantes a los dados a los cónyuges, que sobra decir que es completamente justificable la imposibilidad de heredar en el caso de que al autor de la herencia le sobrevivan varias concubinas o concubinarios, pues pensar en permitir que se herede en estas condiciones es tanto como pensar en que el autor de la sucesión pudiera heredar a varios cónyuges.

b) Para los hijos

La consecuencia jurídica que produce el concubinato con respecto a los hijos es la presunción de la paternidad, según lo establece el artículo 383 del Código Civil para esta entidad, al siguiente tenor:

" Se presumen hijos del concubinario y de la concubina:

- I - Los nacidos después de ciento ochenta días contados desde que comenzó el concubinato.
- II.- Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes al en que cesó la vida en común entre el concubinario y la concubina".

Si se compara el contenido de este precepto legal con el del artículo 324 del Código Civil, puede advertirse que el legislador hace una equiparación respecto al establecimiento de los plazos para determinar la filiación de los hijos nacidos del concubinato con aquellos nacidos de matrimonio, lo cual es justo pero no puede operar de la misma manera, toda vez que las fechas de inicio y extinción de la relación conyugal o la separación material de los cónyuges son jurídicamente ciertas, ya sea por la comprobación a través del acta de matrimonio, de la partida de nacimiento del hijo o de la sentencia ejecutoria que declare la nulidad de matrimonio o de divorcio de los progenitores, según se trate

Es así como tomando en consideración estas fechas ciertas, es posible determinar la paternidad Sin embargo con respecto al concubinato se carece de este tipo de documentos que indiquen las fechas de inicio y extinción del mismo y por ende se dificulta la comprobación de la paternidad en caso de que el concubinario la negara.

Una vez que el concubinario ha reconocido espontáneamente a los hijos habidos durante el concubinato, o bien se ha efectuado la investigación, y en su caso, la comprobación y reconocimiento de la paternidad, se crea el derecho en favor de los hijos de percibir alimentos que fije la ley y el de llevar el apellido del padre y la madre, así como de ser llamados a la herencia del padre, según se encuentra establecido en los artículos 389, 1607 y siguientes del Código Civil en vigor.

3.- Fines del concubinato.

Como ya se mencionó en múltiples ocasiones el concubinato no se encuentra plenamente regulado por el derecho y sin embargo nuestro ordenamiento jurídico regula algunas consecuencias generadas por ese tipo de unión irregular, a efecto de proteger , en un inicio, determinados intereses particulares sólo en relación con la concubina y recientemente las normas legales se han ocupado de salvaguardar también los intereses del concubinario y por supuesto de los hijos habidos durante esta unión.

Tal situación obedece a que el legislador no puede ignorar la realidad que se le presenta en forma tan evidente, teniendo que adecuarse las normas jurídicas a las necesidades de la sociedad. Tan es así que la exposición de motivos del Código Civil de 1928 respecto al concubinato fue redactado al tenor siguiente:

“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 no darse cuenta de un modo de ser muy generalizado en algunas clases sociales, y por eso en el Proyecto se reconoce que produce algunos efectos jurídicos el concubinato, ya en bien de los hijos, ya en favor de la concubina, que al mismo tiempo es madre, y que ha vivido por mucho tiempo con el jefe de la familia. Estos efectos se producen cuando ninguno de los que viven en concubinato es casado, pues se quiso rendir homenaje al matrimonio, que la Comisión considera como la forma legal y moral de constituir la familia, y si se trata del concubinato, es, como se dijo antes, porque se encuentra muy generalizado, hecho que el legislador no debe ignorar”. (32)

(32) Galindo Garfias, Ignacio *Op cit* , p 481

En esta exposición de motivos puede apreciarse que no obstante el legislador sólo reconoce al matrimonio como la forma legal y moral de constituir la familia, considera que el concubinato es una manera peculiar de formarla. De tal suerte que tanto la sagrada institución del matrimonio como la unión de hecho que conocemos como concubinato coinciden en que ambas tienen como alto fin el de formar la familia; toda vez que ésta, como grupo social primario, tiene su origen en la unión de un hombre y una mujer, que antes que para perpetuar la especie, se encuentran unidos para compartir una vida en común y brindarse ayuda recíprocamente.

El concubinato como ya se dijo, excluye toda idea de trato sexual meramente circunstancial; es más, para la integración del concubinato es necesario la existencia de un factor esencial y éste lo constituye la permanencia de las relaciones entre la pareja que lo integra, que no necesariamente agota el elemento sexual, sino que trasciende al campo afectivo.

Entre el concubinario y la concubina para ser considerados como tales, existe el estado de hecho que caracteriza a todo estado civil y que implica, entre otros, comunidad de lecho y de domicilio; el trato que se den los concubinos ante la sociedad para reputarse marido y mujer, reflejando que no se trata de una relación marital clandestina; permanencia en las relaciones y mantenimiento de la vida en común; una condición de fidelidad a cargo de la concubina, cuya importancia radica en que si se cumple con esta condición es posible presumir que los hijos nacidos de ella lo son también de su compañero; el requisito de singularidad consistente en la exigencia de haber sólo una concubina y un solo concubinario; y por último, la facultad de contar con capacidad referida a la aptitud que deben tener los concubinos para contraer matrimonio.

Si la unión de una pareja presenta las características que demuestran su apego a los requisitos y factores señalados en el párrafo anterior, nadie podría negar que esa pareja está formando dignamente una familia.

4. Diferencias entre matrimonio y concubinato.

Si bien es cierto que la función esencial del matrimonio es la perpetuación de la especie también lo es que este factor, así como la ayuda mutua que se deben los cónyuges para compartir su común destino no agotan el concepto esencial del matrimonio, ya que éstos pueden ser los motivos para su celebración, pero todos ellos pueden llevarse a cabo satisfactoriamente en uniones extramatrimoniales, de las cuales un magnífico ejemplo lo constituye el concubinato.

No son los factores señalados con anterioridad los que establecen las diferencias esenciales entre el matrimonio y el concubinato, pues este último también presenta tales características. Desde un punto de vista general, la diferencia esencial entre estas dos formas de constituir una familia radica en que a través del matrimonio la familia se encuentra debidamente organizada y cuenta con la posibilidad de recurrir a la seguridad y certeza que le imparte el derecho en un campo muy amplio.

Bajo esta óptica, puede apreciarse que las relaciones entre los cónyuges y el estado de los hijos, sus bienes y derechos familiares, así como las relaciones con otros parientes se encuentran reguladas por un conjunto de disposiciones legales, permitiendo que el grupo familiar cuente con bases sólidas y pueda cumplir con las altas finalidades que la comunidad exige; en tanto que el concubinato si bien es cierto con las últimas reformas a la ley ha ganado importante terreno en el campo de las relaciones entre los concubinos,

también lo es que se encuentra sin amparo de la ley muchas consecuencias generadas de esta forma de unión.

A manera de contar con elementos que permitan analizar las diferencias particulares que existen entre el matrimonio y el concubinato, a continuación se transcribe el comentario al respecto que hizo Rafael Rojina Villegas.

“Nótese que sólo hay una diferencia formal entonces entre concubinato y matrimonio: el matrimonio simplemente difiere de esta unión en que la voluntad se ha manifestado ante el Juez del Registro Civil y se ha firmado un acta, es decir, es una cuestión simplemente de formalidad. En la unión de hecho, la voluntad se ha manifestado día a día...”.

(11)

Ciertamente la diferencia formal entre el matrimonio y el concubinato radica en la solemnidad del acto jurídico que reviste la celebración de las nupcias ante el Oficial del Registro Civil, quien es el funcionario designado por el Estado para efectuar dicho acto y por ende la constante presencia del derecho en todos los ámbitos en que se requiera salvaguardar los intereses tanto de los cónyuges y sus bienes, como de los hijos habidos durante esa unión.

Aunque tanto el matrimonio como el concubinato no garantizan la perpetuidad e indisolubilidad de la unión, es menester señalar que se antoja más factible la disolución de la unión de hecho, que la del vínculo matrimonial, pues esta última implica el procedimiento complejo y penoso a través del divorcio, en tanto que el concubinato ni siquiera cuenta con un procedimiento para su disolución, pues sólo se necesita de la voluntad de los concubinos para separarse en el momento en que uno u otro así lo decida.

(33) Rojina Villegas, Rafael *Compendio de Derecho Civil*, p. 381.

Antonio Cicu, al referirse a la indisolubilidad del vínculo matrimonial señala que: “Vista no bajo la luz del contrato sino bajo la de una sujeción a fines superiores, la indisolubilidad encuentra una profunda razón de ser que escapa o no es valorada plenamente por los partidarios del divorcio. La misma vale principalmente como medio de coacción psicológica en una materia en la que cualquiera otra forma de coacción no es eficaz o idónea, y en la que lo que tiene valor es la prevención y no la represión”. (34)

Anteriormente tanto la Iglesia como los órganos de impartición de justicia se encontraban menos preocupados por el tema de la indisolubilidad del vínculo matrimonial que en la actualidad y quizá la razón sea que los cónyuges siguiendo las tradiciones familiares y por temor a la desaprobación social se abstendían de disolver sus lazos matrimoniales o por lo menos lo reflexionaban con más seriedad.

(34) Cicu, Antonio *El Derecho de Familia*. Tr. Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires: Ediar Soc. Anón. Editores, 1947, p. 310.

es considerada como un adelanto de la mayoría de edad;...”. (44) Marcel Planiol y George Ripert expresan su propia opinión al respecto, según la cual el ordenamiento legal alemán no consagra la emancipación y su fundamento es en el sentido de que no existe un estado intermedio entre la ausencia de capacidad que afecta al menor y la capacidad plena. Cuando el menor demuestra ser prudente y hábil para administrar por sí mismo sus negocios, se le beneficia con la llamada declaración de mayoría que lo asimilará absolutamente con el mayor de edad (45)

Por su parte los enciclopedistas de la obra jurídica OMEBA señalan que una vez obtenida la declaración de mayoría, el menor tiene una postura jurídica similar a la del mayor de edad, pero subsisten limitantes antes de llegar a los veintiún años que es la edad fijada por el Código alemán para alcanzar la mayoría, tales como para contraer matrimonio y la adopción que requieren del consentimiento del padre o la madre. (46)

Como puede apreciarse a través de lo expuesto, no obstante que el sistema jurídico alemán contempla que a través de la declaración de la mayoría de edad el menor tiene una calidad jurídica similar a la del mayor, el tratamiento que se le da a esta situación se acerca a la llamada emancipación, debido a que el menor declarado mayor de edad cuenta con una capacidad que le permite actuar en el tráfico jurídico pero con las restricciones ya mencionadas.

3. Diferentes mayorías de edad reconocidas por las legislaciones.

Rafael Rojina Villegas hace notar que la mayoría de edad no sólo interesa al

(44) De Pina, Rafael *Op cit* , p 400

(45) *Cfr*: Planiol, Marcel y Ripert, George. *Op cit* , p. 408

(46) *Cfr*. Enciclopedia Jurídica OMEBA Tomo IX, p. 892

derecho de las personas, sino que tiene injerencia en todo el derecho en general, por cuanto determina una plena capacidad de ejercicio en el sujeto que antes se encontraba incapacitado por su minoría de edad; además de que le permite disponer libremente de su persona y de sus bienes, posibilidades éstas que determinan consecuencias importantes en el derecho de familia y en el derecho patrimonial en general, tanto civil, mercantil, obrero y agrario. (47)

En forma general la mayoría de edad se alcanza cuando una persona física cumple el número de años que al efecto señala la ley.

A manera de definir el concepto mayor de edad, se puede decir que se denomina mayor de edad a la persona física que adquiere plena capacidad de ejercicio y por ende está en posibilidad de hacer valer sus derechos y cumplir sus obligaciones, siempre que circunstancias especiales no impidan su ejercicio.

Acerca de la capacidad de la persona es menester recordar que dicha capacidad se divide en dos facetas a mencionar: la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio, teniendo cada una de ellas sus propias particularidades que brevemente se estudiarán para lograr una mejor comprensión de lo que la mayoría de edad encierra.

Para tal efecto se transcribirán los conceptos que se consideran más completos sobre la capacidad de goce y de ejercicio, mismos que proporciona Jorge Alfredo Domínguez Martínez:

Capacidad de goce: "Es la aptitud del sujeto para ser titular de derechos y obligaciones. Esta la tiene el ser humano desde su concepción por el mero hecho de serlo, es

(47) *Cfr.* Rojas Villegas, Rafael *Derecho Civil Mexicano*, p. 130

decir, es consubstancial del hombre; no puede concebirse la personalidad jurídica sin la capacidad de goce". (48)

Capacidad de ejercicio: "Es la aptitud del sujeto para ejercitar derechos y contraer y cumplir obligaciones personalmente y para comparecer en juicio por derecho propio". (49)

Por otra parte, la capacidad de ejercicio es adquirida por el individuo que alcanza la mayoría de edad en tanto no le afecte alguna de las circunstancias que le impidan gozar de ella, mismas que se enuncian en la fracción II del artículo 450 de nuestro Código Civil transcrito anteriormente.

Del análisis del artículo 450 podemos deducir que una persona puede tener capacidad de goce sin contar con la capacidad de ejercicio, pero no puede tenerse capacidad de ejercicio sin tener capacidad de goce. Es decir que tanto la capacidad de ejercicio como los demás atributos de la persona física (nombre, patrimonio, etc.) únicamente pueden explicarse en función de la existencia de la capacidad de goce, sin la cual no podrían existir las demás.

De lo anterior se desprende que no obstante todo individuo posea la capacidad de goce, para hacer uso de los derechos que confiere la misma, es menester contar con la capacidad de ejercicio para ejercitar esos derechos en forma personal, tan es así que si un sujeto no cuenta o no ha adquirido esa capacidad de ejercicio, se dice que el sujeto es un incapaz. Este es precisamente el caso de una persona mayor de edad que se

(48) Domínguez Martínez, Jorge Alfredo *Derecho Civil* México Edit Porrúa, S.A. ,1990, p 167

(49) *Ibidem*, pp 167-168.

encuentra impedida para actuar en el ámbito jurídico por sí misma en virtud de ubicarse en alguno de los supuestos señalados en la fracción II del artículo 450 del Código Civil transcrito con anterioridad.

Claro está que esta incapacidad de que se habla debe ser probada, una vez hecho lo cual la persona mayor de edad se declara en estado de interdicción.

Rafael de Pina dice que: “Para señalar el límite que separa la minoría de la mayoría de edad, se han tomado en cuenta tradicionalmente dos criterios distintos: el que se determina por la aptitud intelectual y el que lo hace por el desarrollo físico del individuo” (50)

Los pueblos antiguos acudieron generalmente a la aplicación del segundo criterio señalado, es decir el que atiende al desarrollo físico del individuo, en tanto que los pueblos modernos han optado por tomar en cuenta el desenvolvimiento intelectual del individuo.

En este sentido, el legislador no determina de manera arbitraria el número de años que un individuo debe alcanzar a efecto de determinar la mayoría de edad, sino que basado en los resultados que arrojan los estudios científicos, según los cuales el ser humano dependiendo de las circunstancias de tiempo y lugar, al llegar a una cierta edad adquiere el estado de madurez mental y física que le posibilita gobernarse por sí mismo y disponer libremente de sus bienes.

Con este marco que nos permite ampliar la visión acerca del significado que encierra el concepto de mayoría de edad, pasemos ahora al análisis del artículo 646 del

(50) De Pina, Rafael *Op cit.*, p 402

Código Civil para el Distrito Federal, el cual preceptúa que la mayoría de edad comienza a los dieciocho años cumplidos y el artículo 647 del referido Código Civil declara que el mayor de edad dispone libremente de su persona y sus bienes.

Estos dos preceptos legales confieren a la persona física que alcanza la mayoría de edad en el ámbito geográfico correspondiente a esta entidad, la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, adquiriendo en virtud de esa mayoría de edad la plena capacidad de ejercicio y por ende la posibilidad de hacer valer sus derechos por sí mismo. Sin embargo es importante considerar que desde el momento en que un individuo penetra en la esfera jurídica por virtud de alcanzar su mayoría de edad, no sólo adquiere un mayor número de facultades conferidas por la ley, sino que también deberá enfrentarse a una serie de nuevas obligaciones que tendrá que cumplir.

Si la mayoría de edad establece la presunción de que un mayor de edad ha alcanzado la madurez intelectual suficiente que lo habilita para participar plenamente en la esfera jurídica, traducida en la facultad para disponer libremente de su persona y de sus bienes, según lo establece el artículo 647 de nuestro Código Civil, debe recordarse que dicho mayor de edad cuenta con la capacidad de ejercicio mientras no se vea afectado por alguna de las circunstancias especiales que enumera la multicitada fracción II del artículo 450 de nuestro Código Civil, en cuyos casos el mayor de edad se encontrará impedido para gozar de ella.

En relación con esto, el artículo 24 de nuestro Código Civil estatuye que: “El mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la ley”, las cuales, como ha quedado dicho, se encuentran enunciadas en la fracción II del artículo 450 del citado ordenamiento legal. Concluyendo

podemos afirmar que el mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes en tanto no se encuentre en estado de interdicción.

Como ya quedó plasmado, el ser humano al llegar a una determinada edad, según las circunstancias que imperen en el tiempo y lugar, adquiere un estado de madurez mental que lo posibilita para gobernarse a sí mismo y disponer libremente de sus bienes. Este fundamento sirve a los legisladores de las naciones modernas para fijar el número de años que deben transcurrir a fin de determinar la mayoría de edad a la que habrán de sujetarse las personas para adquirir su plena capacidad de ejercicio.

Así tenemos que el Código Civil español experimentó una reforma con fecha 13 de mayo de 1981 mediante la cual se redactó la totalidad del título que contiene las disposiciones sobre la mayor edad y la emancipación, quedando establecido en su artículo 315 que la mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos.

Rafael de Pina nos ilustra en el sentido de que mientras “En Rusia la mayoría de edad se alcanza a los dieciocho años, en Suiza, a los veinte; en Francia, Italia, Portugal, Alemania, Inglaterra, Suecia, Estados Unidos, Guatemala, Colombia...entre otras naciones, a los veintiuno”.⁽⁵¹⁾

4. Efectos que produce la emancipación.

Nuestros Códigos Civiles de 1870 y 1884 y todavía el de 1928 reconocían tanto el sistema de emancipación tácita o legal, como la expresa o dativa y no es sino por el decreto del 31 de diciembre de 1969 en que se derogaron los preceptos legales que

(51) De Pina, Rafael *Op. cit.*, p. 403.

regulaban la emancipación expresa o dativa.

Actualmente nuestro sistema jurídico en el Distrito Federal únicamente reconoce la emancipación en forma tácita que tiene lugar como consecuencia del matrimonio del menor, a fin de que el menor de edad emancipado disponga libremente de su persona y administre sus bienes, con las restricciones que expresamente señala la ley al efecto.

En este sentido el artículo 641 del Código Civil en vigor establece que:

“El matrimonio del menor de dieciocho años produce de derecho la emancipación. Aunque el matrimonio se disuelva, el cónyuge emancipado, que sea menor, no recaerá en la patria potestad”.

La emancipación que es una consecuencia que se produce inexorablemente cuando acaece el matrimonio del menor, encuentra su justificación en la necesidad que tienen los contrayentes de cumplir libremente las obligaciones impuestas por el estado matrimonial y si la celebración de las nupcias no produjese la emancipación del menor, el cumplimiento de dichas obligaciones se dificultaría en gran medida.

La generalidad de los tratadistas coinciden en que el fundamento de la emancipación por matrimonio consiste en que éste es incompatible con la calidad de subordinado que tiene un menor de edad que se encuentre bajo la patria potestad.

Enseguida realizaremos el estudio de los efectos que produce la emancipación

a) La extinción de la patria potestad o la modificación de la tutela -según sea el caso- a que se encontraba sujeto el menor emancipado.

Este efecto que produce la emancipación se encuentra expresamente dispuesto en la fracción II del artículo 443 de nuestro Código Civil, que estatuye: “La patria potestad se acaba:

...II. Con la emancipación derivada del matrimonio;...”.

Recuérdese que el matrimonio del menor produce como efecto inmediato y necesario la emancipación que trae consigo la extinción de la patria potestad a que se hallaba sujeto el menor emancipado.

No obstante que el artículo 641 del Código Civil ya transcrito resulta ser muy claro, conviene recordar que aunque el vínculo matrimonial se disuelva, el cónyuge emancipado que sea menor, no recaerá en la patria potestad. Aunque la generalidad de los tratadistas coinciden en que por virtud de la emancipación no sólo queda extinta la patria potestad, sino también la tutela, en el caso de que el menor emancipado se hallara sujeto a ésta, se considera, desde un particular punto de vista, que en relación con la tutela no se puede hablar de una tajante extinción de la misma por virtud de la emancipación del menor, sino de un carácter modificativo de esta institución.

Lo anterior obedece a que si bien es cierto que la última parte de la fracción I del artículo 606 de nuestro Código Civil estatuye que la tutela se extingue porque desaparezca la incapacidad del pupilo, lo cual efectivamente demuestra el carácter extintivo de la tutela, pues por virtud de la emancipación desaparece el estado de incapacidad del menor para administrar libremente sus bienes, pero también es cierto que el menor emancipado conserva una incapacidad legal (artículo 451 del Código Civil) para atender negocios judiciales, en cuyo caso deberá ser representado en el juicio por un tutor. Esta restricción de que se habla, se encuentra establecida en la fracción II del artículo 643 del Código Civil.

b) La emancipación confiere al menor emancipado la capacidad para administrar libremente sus bienes y una capacidad restringida (semicapacidad) para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces.

De acuerdo con la disposición contenida en el artículo 643 del Código Civil, el emancipado durante su menor edad, está en posibilidad de llevar a cabo libremente todos *aquellos actos tendientes a la administración de sus bienes, ya sean muebles o inmuebles, sin que para ello requiera autorización, asistencia o representante para que dichos actos de administración tengan validez en la esfera jurídica.*

Sin embargo, tratándose de los actos del menor emancipado que tengan por *objeto la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces, la capacidad del menor emancipado se encuentra restringida, pues sólo podrá efectuar dichos actos previa autorización judicial para tales efectos; o sea que el menor emancipado no podrá vender, donar, permutar y en general realizar aquellos actos traslativos de dominio de bienes raíces y para constituir sobre ellos toda clase de gravámenes, o bien hipotecarlos, salvo que cuente con la autorización judicial para llevarlo a cabo.*

La emancipación del menor en lo que concierne a la administración de sus bienes, no se adquiere únicamente por virtud del matrimonio, ya que se considera emancipado al menor respecto de la administración de los bienes que ha adquirido por su trabajo y por ende tiene derecho a administrarlos con plena libertad, pero requiriendo también de la autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces (artículos 428, 429 y 435 del Código Civil).

Ignacio Galindo Garfias comenta que: “...al haber quedado en nuestro sistema legislativo actual, reconocida como única causa de emancipación la que deriva del

matrimonio (emancipación tácita), parece incongruente hoy en día, que el criterio para restringir la capacidad de ejercicio del menor emancipado, sea la naturaleza mueble o inmueble de los bienes que enajene y no el valor económico de las cosas de que dispone, ya sean éstas bienes raíces o bienes muebles”. (52)

Resulta muy interesante el punto de vista que presenta este jurista en relación con las restricciones a la capacidad del menor emancipado, toda vez que en la actualidad el fin protector que encierra la exigencia de la autorización judicial para los actos de dominio exclusivamente sobre los bienes inmuebles, resulta en algunos casos ineficaz por existir bienes que aún no siendo inmuebles alcanzan un importante valor económico que debería interesar una mayor protección.

c) El menor de edad emancipado dispone libremente de su persona.

Aunque la generalidad de los autores en materia jurídica coinciden en señalar que uno de los principales objetos que tiene la emancipación es precisamente conferir al menor emancipado el gobierno de su persona, el legislador de 1928 olvidó mencionar expresamente este importante efecto en el texto del artículo 643 del Código Civil.

Si la patria potestad que tiene como noble fin preparar al hijo que se encuentra sujeto a ella para enfrentarse a la vida, por necesitar éste de la protección de los padres debido a la imposibilidad de bastarse a sí mismo y proveer a sus necesidades; entonces el menor emancipado que con motivo de su matrimonio se sustrae de la patria potestad se considera ya no necesitar del auxilio y protección de sus padres para emprender junto con su cónyuge una vida en común y cumplir eficazmente las altas finalidades del

(52) Galindo Garfias, Ignacio *Op. cit.*, p. 698.

matrimonio y en general de las nuevas situaciones que le depare la vida, para lo cual es indispensable que el menor emancipado tenga la libre disposición de su persona.

Así, el matrimonio de un menor viene a producir como efecto necesario e inmediato su emancipación y a su vez ésta trae como consecuencia natural que dicho menor disponga libremente de su persona en primer término y después esté en posibilidad de ocuparse de todas aquellas cuestiones de carácter patrimonial.

En relación con este importante efecto que produce la emancipación respecto a la persona del menor, Marcel Planiol y George Ripert dicen: “Si el marido es el menor, necesita su independencia, puesto que llega a ser jefe de familia; si es la mujer, siendo éste el caso más frecuente, encuentra en su marido un guía y un protector, no debiendo ser ningún otro”.⁽⁵³⁾

(53) Planiol, Marcel y Ripert, George. *Op cit* , p. 412

expresarse libre de vicios y que la persona que la manifiesta debe contar con capacidad, la cual es indispensable para celebrar el matrimonio y por último el reconocimiento legal que debía ser otorgado por la ley civil en función del cumplimiento de toda la serie de derechos y obligaciones que nacen entre los cónyuges y se encontraban al amparo del ordenamiento legal en comento.

Si el citado Código del Estado de Tamaulipas se hubiera limitado a regular el matrimonio en función del contenido de su artículo 70, hubiera dado como resultado que cada vez que un solo hombre y una sola mujer se encontraran unidos, conviviendo y tuvieran un trato sexual continuado estaríamos frente a un matrimonio produciendo todos sus efectos que la ley le reconoce, aún en la unión entre hermanos o descendientes y descendientes o entre aquellas personas que se ubicaran en alguno de los supuestos considerados como impedimentos para celebrar lo que en términos de nuestra legislación llamamos matrimonio.

Afortunadamente el artículo 72 del Código del Estado de Tamaulipas establecía los casos en que la ley considera ilícita la relación sexual efectuada en determinadas condiciones. Antes de señalar estos supuestos, cabe advertir que para los casos que enumera este artículo ya no se llama matrimonio, sino que pasa a ser solo una relación sexual, ni siquiera se habla del trato sexual continuado entre la pareja.

Si bien es cierto el artículo 72 del derogado Código del Estado de Tamaulipas realmente no establecía los impedimentos para contraer matrimonio que sí se encuentran contemplados en nuestra legislación, cuya inobservancia trae consigo ya sea la imposibilidad de celebrarlo o la nulidad, en su caso, también es cierto que la ilicitud es causa de nulidad, ya sea absoluta o relativa, según lo establezca la ley.

En este orden de ideas el multicitado artículo 72 del ordenamiento civil tamaulipeco disponía, a contrario sensu, que la edad mínima para contraer matrimonio sin importar el sexo era de 15 años y si alguno de los unidos no tenía esa edad, el matrimonio estaba afectado de nulidad. Así mismo el precepto en comento disponía la ilicitud de la relación sexual mantenida con enajenados mentales y si esta incapacidad sobrevenía cuando ya estaba realizado el matrimonio, era causa de divorcio (art. 88 del Código del Estado de Tamaulipas). No se abundará más en este punto debido a que los términos que se utilizaban en aquella época para tratar a las personas disminuidas o perturbadas en su inteligencia son completamente inaplicables en la actualidad.

En esta lista de supuestos ilícitos también se encuentran las uniones entre personas que guardan un parentesco consanguíneo o de afinidad, así como la relación sexual efectuada por quien se encuentra unido en matrimonio con persona distinta a su cónyuge.

2. El concubinato como originador de una familia.

El término familia presenta diversas acepciones, cuyo significado varía de acuerdo al ángulo en que se coloque el estudioso, es decir su integración y concepción dependerá de considerar a la familia como un hecho estrictamente biológico que involucra a la primitiva pareja y sus descendientes sin existir un grado que limite esta cadena; o bien podemos considerar a ésta desde una concepción sociológica, cuya estructura puede enmarcar a la denominada familia nuclear que se integra por la pareja y sus descendientes inmediatos o también puede componerse además por los miembros vinculados por intereses religiosos, económicos o de cualquier otra índole.

Por último se puede tratar a la familia a partir de un enfoque jurídico que la considera conformada por la pareja, sus descendientes y ascendientes, así como otras

personas unidas por vínculos jurídicos de consanguinidad o de afinidad, siendo esta concepción la que más nos interesa para nuestro estudio.

Para comprender la esencia de la regulación jurídica de la familia es necesario reconocer en primer término que se trata de un organismo jurídico, es decir el conjunto de preceptos legales que organizan a la familia se caracterizan por su esencia imperativa e irrenunciable.

En el derecho familiar no cabe la posibilidad de que a voluntad de los particulares se establezcan normas que regulen las relaciones familiares; en otras palabras las disposiciones legales aplicables en esta materia no tienen como finalidad proteger intereses del individuo en forma independiente, sino como miembro del grupo familiar.

Respecto al tratamiento de la familia como organismo jurídico Antonio Cicu comenta que: “En esto está la esencia de todo organismo: subordinación de las partes a un fin con asignación de funciones. Si en el caso nuestro tenemos organismo jurídico, si el individuo que es miembro de él es al mismo tiempo persona, sujeto de derechos, esto es precisamente porque la persona no entra en el organismo como cuerpo, sino como ente capaz de querer jurídicamente;...” (67)

Esta subordinación de que habla Antonio Cicu no debe entenderse como la sujeción de un individuo al querer o arbitrio de otro, sino que el derecho reconoce la personalidad del individuo y al mismo tiempo la sujeta a un poder organizado en vista de los altos intereses de la familia y a quien se le atribuye dicho poder es para ejercitar una verdadera función con un fin superior y sólo a dicho fin está subordinado.

(67) Cicu, Antonio *Op. cit.*, p 120

La familia, considerada como célula social tiene su origen en dos datos biológicos de la realidad humana que son la unión sexual y la procreación, mismos que recoge el derecho para su regulación. Ambos datos biológicos presentes no sólo en la figura del matrimonio sino también en la del concubinato.

Sin importar que una pareja se encuentre al amparo del matrimonio o del concubinato, en ambos casos la procreación trae consigo una serie de relaciones familiares que se norman a través de la institución jurídica del parentesco, misma que se refiere a las relaciones que se entablan entre los individuos que descienden unos de otros o de un tronco común más lejano.

El concubinato como originador de una familia se desarrolla en vista de los “fines superiores” de ésta y dichos fines no se agotan en la unión sexual y la procreación para conservar la especie, así como la protección y educación de los hijos. Este concepto va más allá y atiende a la necesidad que tiene el individuo integrante del grupo familiar de encontrar en el seno de éste una integral formación que sólo es posible en un ambiente de solidaridad y afecto familiar. Como puede observarse intervienen factores internos, psíquicos que sin duda no es necesario comprobar científicamente, pues cualquier ser humano puede apreciar la existencia de ellos en su vida cotidiana.

El legislador de 1928 al considerar la figura del concubinato en el Código Civil expuso que se trataba de una manera peculiar de formar la familia, aunque aclara que la Comisión considera al matrimonio como “la forma legal y moral de constituir la familia...”⁽⁶⁸⁾ Ya sea que el concubinato revista o no una forma legal y moral de constituir la familia ante los ojos del legislador de 1928, queda claro que le da origen y es capaz de

(68) Montero Duhalt, Sara *Op. cit.*, p 166.

cumplir satisfactoriamente con los fines encomendados al grupo familiar.

No parece injusto pretender que la unión de hecho que cumpla con todas y cada una de las condiciones exigidas por la ley para recibir el reconocimiento de concubinato y así otorgarle de forma limitada algunos efectos, sea también considerada como una forma legal y moral de constituir la familia, pues resultaría una tarea difícil lograr que los individuos que pertenecen a un grupo familiar puedan desarrollarse integralmente cuando la unión que da origen a esa familia no cuenta con un pleno reconocimiento jurídico y social.

Como una consideración muy personal debo decir que formar una familia a través del concubinato implica tanta dignidad como hacerlo por medio de la sagrada institución del matrimonio. Se antoja que el fundamento de la unión entre un hombre y una mujer tendiente a formar una familia sea la persistencia del amor que se profesen aunada a un verdadero compromiso de comunidad de vida que día a día sea renovado conforme a las necesidades cambiantes del grupo familiar y no al carácter obligatorio que las normas de cualquier especie imponen como fundamento para constituir una familia dentro un marco de legalidad y moralidad.

3. Necesidad de reglamentar la emancipación con motivo del concubinato.

a) En cuanto a la persona y bienes del concubino.

De igual forma que el legislador de 1928 tuvo que abrir los ojos para darse cuenta de la necesidad de contemplar en nuestro ordenamiento jurídico la figura del concubinato, ahora debe adoptar una actitud más flexible tendiente a reconocer que la reglamentación sobre esta fórmula de unión no es suficiente para cubrir las necesidades de las parejas de concubinos que también forman parte de nuestra sociedad y que aclaman la intervención del cuerpo legislativo de manera pronta y efectiva.

Una realidad que no contempla nuestro Código Civil es el supuesto de la unión concubinaria en la que existe un menor pero que cuenta con la edad mínima requerida por la ley para contraer matrimonio. La situación jurídica de este menor concubino se torna difícil porque legalmente no cuenta con la capacidad que un mayor tiene para actuar en el campo del derecho ni tampoco puede beneficiarse a través de la figura de la emancipación, que como ya dijimos es un derecho que se adquiere sólo con la celebración del matrimonio.

Sin embargo este tipo de unión sobreviene inexorablemente como resultado de una necesidad natural a la que no le importa si existe o no una figura legal que la regule, pero que no puede sustraerse de las consecuencias jurídicas.

Una vez que al menor concubino se le reconozca su calidad de emancipado podrá tener el gobierno de su persona en primer término para luego dedicarse a aquellos asuntos de carácter patrimonial, como la libre administración y disposición de sus bienes, de conformidad con las limitaciones que establece el artículo 643 de nuestro Código Civil

Así mismo tratándose de la disposición de bienes inmuebles, el menor concubino que ya cuente con la calidad jurídica de emancipado deberá obtener la autorización judicial para tal efecto y tendrá derecho a la asignación de un tutor para atender los negocios judiciales.

Resulta alarmante que el menor concubino no se encuentre en la postura jurídica de acudir con la autoridad judicial para obtener una autorización que le permita realizar aquellos actos traslativos de dominio respecto de bienes raíces o constituir sobre ellos algún tipo de gravamen. Quizá sea el caso que el menor concubino se encuentre en alguna situación de emergencia y requiera vender un inmueble para atender cierta necesidad

prioritaria en interés del grupo familiar y en virtud de que la ley omitió contemplarlo como sujeto de emancipación, le esté negada la posibilidad de obtener la indispensable autorización judicial que le ayude a resolver tal eventualidad.

b) En relación al ejercicio de la patria potestad sobre los hijos de los concubinos.

Al parecer el legislador al considerar los limitados efectos que otorga al concubinato dio por hecho que este tipo de unión únicamente podría darse entre personas mayores de edad y no contempló que también el menor concubino se encuentra posibilitado para procrear.

Si el menor concubino no cuenta con los beneficios que concede la emancipación, cómo puede ejercer eficazmente la patria potestad sobre sus hijos si jurídicamente él mismo se encuentra sujeto a la autoridad de sus padres o de quienes ejerzan la potestad

Por una parte el menor concubino que jurídicamente no cuenta con la calidad de emancipado, se encuentra por lo tanto impedido para comparecer a juicio o contraer obligación alguna, sin el expreso consentimiento de quien ejerza la patria potestad sobre él (art. 424 del Código Civil.) y por otro lado ese mismo menor concubino que tiene hijos y debe ejercer sobre ellos la potestad es el legítimo representante de los que están bajo ella y tiene la administración legal de los bienes que les pertenecen, según el artículo 425 del Código Civil. En el caso del menor concubino la aplicación de estas disposiciones resulta contradictoria porque no es posible que éste en ejercicio de la patria potestad sea el legítimo representante de sus hijos y administrador legal de sus bienes cuando existe otra disposición que establece que en su carácter de menor de edad está sujeto a la patria potestad y no cuenta con la capacidad de ejercicio.

Debido a que todos los preceptos que regulan la patria potestad no distinguen si ésta es generada por la unión constituida en concubinato o la celebración del matrimonio, no es necesario modificar estos preceptos para adecuarlos al manejo del menor concubino, basta con que el Código Civil contemple la emancipación con motivo del concubinato, además de que se establezca que la patria potestad se acaba también con la emancipación derivada del concubinato.

Con esta solución que se propone el menor concubino que ha emprendido una vida en común con su pareja tendrá la garantía jurídica de su independencia para desenvolverse plenamente como cabeza de familia dentro de un marco de posibilidades legales, procurando una educación conveniente y desarrollo integral de sus hijos.

Hay que reconocer que en el manejo del concubinato existe un poco de dificultad para acreditar su legal existencia pero nuestro Código Civil afortunadamente establece las condiciones para su reconocimiento, de las que destacan la fijación de un periodo de cinco años de convivencia entre la pareja o bien que hayan tenido un hijo en común. Partiendo de que debemos acatar estos requisitos exigidos por la ley, la emancipación con motivo del concubinato sólo puede operar tácitamente en el caso de que la pareja concubinaria haya procreado un hijo durante esta unión. Este es el único supuesto que contemple la ley, debido a que tratándose del reconocimiento del concubinato por haber transcurrido el término de convivencia exigido, carece de aplicación práctica la emancipación con motivo del concubinato porque cuando se cumpla dicho periodo y la unión sea acreditada, el concubino será entonces mayor de edad y no necesitará los beneficios de la emancipación.

CRITERIOS JURISPRUDENCIALES

En seguida me permito transcribir criterios jurisprudenciales que ha sostenido nuestro más alto Tribunal Judicial Federal sobre el status jurídico de los sujetos que han conformado su vida y creado su familia dentro de la unión concubinaria, así como de menores que han contraído matrimonio

El Tribunal Colegiado del Décimo Primer Circuito dictó ejecutoria en el juicio de garantías 286/79 de fecha 8 de agosto de 1980, bajo el rubro:

“CONCUBINATO. REGIMEN LEGAL APLICABLE AL CONCUBINARIO (LEGISLACION DEL ESTADO DE GUANAJUATO).

Si bien el artículo 2873 del Código Civil para el Estado de Guanajuato determina que la concubina tendrá derecho a heredar cuando hubiere hecho vida marital con su concubinario durante los últimos cinco años de su vida o hubiere tenido hijos y que de acuerdo con la exposición de motivos del Código Civil para el Distrito Federal, en concordancia con las disposiciones legales correlativas de la legislación de Guanajuato, la causa motivadora que genera el derecho de la concubina es su protección ante la evidencia de que en nuestro sistema social, hasta hace relativamente poco tiempo, la participación de la mujer en la vida productiva era casi nula, de tal manera que al fallecer el concubinario aquélla al igual que los hijos que en su caso hubiera procreado quedaban económicamente desprotegidos, tal régimen legal no puede aplicarse en forma analógica al caso del concubinario, pues el texto de la ley civil es explícito y limita ese derecho de heredar sólo a la concubina, sin que sea permisible interpretar jurídicamente dicha aplicación en forma amplia o ilimitada que autorizara extenderse a cuestiones que no se contemplan en la ley, ya que esto significaría invasión a la esfera competencial de las autoridades legislativas; sin que se óbice para lo anterior, la circunstancia de que la Constitución General de la República, en su artículo 4º,

declare categóricamente la igualdad ante la ley, del hombre y de la mujer; razones por las cuales el concubinario no tiene derecho a heredar los bienes que hubieran sido de la propiedad de su concubina”. (69)

El citado artículo 2873 del Código Civil para el Estado de Guanajuato a que alude la jurisprudencia transcrita, el cual regula el derecho para la concubina a heredar ya no es concordante con las disposiciones legales del ordenamiento civil para el Distrito Federal en esta materia debido a que con la última reforma que experimentó el mismo, publicada en el Diario Oficial de 27 de diciembre de 1983, los derechos de la concubina a heredar se hicieron extensivos al concubinario, según lo dispone el artículo 1635 de nuestro Código Civil en vigor.

El Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Primer Circuito emitió su fallo en el Amparo Directo 238/93 de fecha 5 de noviembre de 1993, al siguiente tenor:

“MATRIMONIO DE MENORES. NULIDAD DEL (LEGISLACION DEL ESTADO DE GUERRERO).

Para que se integre debidamente la relación jurídico procesal, en los juicios sobre nulidad de matrimonio entre menores, nuestro más Alto Tribunal en el país, en la tesis de Jurisprudencia con el rubro “REGISTRO CIVIL. NULIDAD DE LAS CONSTANCIAS ASENTADAS EN LOS LIBROS DEL. LITIS CONSORCIO NECESARIO PASIVO”, ha sostenido que la nulidad de las constancias del Registro Civil, debe enderezarse en contra de quienes aparezcan relacionados fundamentalmente con el atestado de que se trate; por lo que, si la parte actora, ostentándose representante de su menor hijo, demanda a la cónyuge

(69) Tesis jurisprudencial publicada en la página 52 del Tomo 139-144, Sexta Parte del Semanario Judicial de la Federación

de éste, quien al igual que su descendiente es menor de edad y al Oficial del Registro Civil en donde éstos contrajeron matrimonio, es indiscutible que aquella relación no se integró debidamente, al no estar representado legalmente el menor contrayente, por medio de un tutor dativo para asuntos judiciales, y porque además, no se le llamó a juicio como reo, sin que pueda considerarse jurídico que en ejercicio de la patria potestad, sea la madre quien comparezca a juicio a litigar en nombre de su menor hijo casado, pues la patria potestad se acaba con la emancipación derivada del matrimonio, tan es así que el artículo 641 del Código Civil del Estado recientemente abrogado (36 del Código sustantivo civil en vigor), determinaba que aun cuando el matrimonio se disuelva, el cónyuge emancipado que sea menor de edad no recaerá bajo la patria potestad de sus padres". (70)

Nuestra legislación coincide con la del Estado de Guerrero respecto al tratamiento que da a la emancipación como una causa que acaba con la patria potestad (fracción II del artículo 443 de nuestro Código Civil), cuya justificación se encuentra en que la nueva forma de vida que emprende el menor emancipado es incongruente con la subordinación que se debe a la autoridad paterna o a quien ejerza la patria potestad; además de que en nuestro ordenamiento también se contempla que el emancipado durante su menor edad necesita de un tutor para atender los negocios judiciales, no debiendo ser ninguna otra persona quien lo represente.

A continuación se presenta la tesis jurisprudencial emanada del Pleno con fecha 7 de octubre de 1925, bajo el rubro:

“EMANCIPACION

La emancipación sólo surte efectos respecto de la persona del menor, pero no respecto de

(70) Tesis jurisprudencial publicada en la página 905 del Tomo XII-Diciembre del Semanario Judicial de la Federación.

sus bienes, que continúan en la administración del que o de los que ejercen la patria potestad o del tutor, en su caso; el menor emancipado será representado en juicio por el que ejerce la patria potestad o por el tutor, hasta que llegue a la mayor edad; esta representación en juicio sólo corresponde al que ejerce la patria potestad o la tutela, cuando el pleito verse sobre los bienes del menor; pero no cuando se afecten la garantía personal de su libertad o su integridad; y así en el amparo que el menor pida, por la violación de esa garantía, tendrá personalidad bastante, en su carácter de emancipado, pudiendo tener su representación legal las personas que la ley determina”. (71)

Esta tesis jurisprudencial se presenta anacrónica, ya que en la actualidad nuestro Código Civil por virtud de la emancipación sustrae al menor de la patria potestad y le otorga la libre administración de sus bienes, disponiéndose que para la atención de los negocios judiciales necesitará de un tutor que lo represente, pues su representación ya no corresponde a quien ejerce la patria potestad, toda vez que ésta se acaba por virtud de su emancipación.

El Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Sexto Circuito dictó ejecutoria en el Amparo Directo 462/93 de fecha 30 de noviembre de 1993, bajo el rubro:

“PATRIA POTESTAD. PERDIDA DE LA. (LEGISLACION PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO).

El artículo 497, fracción V, del Código Civil para el Estado de Guanajuato, establece que se pierde la patria potestad porque el que la ejerza viva en estado de concubinato, de suerte que si la parte demandada en el juicio civil no contestó el escrito inicial, en cuyos hechos el actor se refirió expresamente al concubinato; ni asistió al juzgado para absolver posiciones,

(71) Tesis jurisprudencial publicada en la página 871 del Tomo XVII del Semanario Judicial de la Federación.

por lo que se le tuvo por confesa, limitándose a presentar a una persona quien dijo estar casado con ella. Debe concluirse que en tales circunstancias quedó probada la acción intentada; máxime que no se presentó el acta del Registro Civil respectiva, que conforme a lo dispuesto en el artículo 47 del Código Civil para la entidad, es la única prueba útil para acreditar el estado civil de las personas”. (72)

La postura que adopta la legislación del Estado de Guanajuato es excesivamente severa en el tratamiento de la unión concubinaria porque es indiscutible que al igual que el matrimonio el concubinato también origina una familia en la que se puede encontrar la misma organización y respuestas afectivas que logren un desarrollo integral de sus miembros en el seno doméstico; lo cual se torna imposible si la pareja concubinaria que tiene la calidad de guía de la familia no cuenta con la garantía de ejercer la patria potestad sobre sus hijos en interés de ellos y como parte de una función superior que les está encomendada.

La siguiente tesis jurisprudencial se dictó en juicio de Amparo Directo 825/68 de fecha 20 de junio de 1969, bajo el rubro:

“CONCUBINATO, PRUEBA DEL.

El concubinato es una unión libre de mayor o menor duración, pero del que no puede obtenerse un conocimiento cierto y verídico en un instante y menos cuando no se penetra al interior de la morada de los concubinos, para cerciorarse de la presencia de objetos que denoten la convivencia común”. (73)

(72) Tesis jurisprudencial publicada en la página 618 del Tomo XIII-Junio del Semanario Judicial de la Federación

(73) Tesis jurisprudencial publicada en la página 39 del Tomo 6, Cuarta Parte del Semanario Judicial de la Federación

Una unión de mayor o menor duración no necesariamente constituye un concubinato, sino que es preciso que se reúnan determinados requisitos para producir consecuencias jurídicas, de tal suerte que en la actualidad nuestro Código Civil contempla disposiciones que exigen determinadas condiciones con el fin de acreditar las uniones concubinarias, sin necesidad de penetrar a la morada de los concubinos para garantizar que mantienen una convivencia común. Por otro lado la presencia de objetos en la morada de una pareja no necesariamente prueba que llevan una comunidad de vida.

La tesis de jurisprudencia de fecha 28 de marzo de 1947 nos habla de un matrimonio de hecho susceptible de proporcionarse alimentos entre las personas sujetas a esa unión.

"ALIMENTOS, DERECHO A PERCIBIRLOS. LEGISLACION DE TAMAULIPAS.

En forma legal alguna puede equipararse el matrimonio civil con la mera unión de dos personas de sexo contrario, y si bien, conforme al Artículo 70 del Código Civil del estado, para los efectos de la ley, se considerará matrimonio la unión, convivencia y trato sexual continuado entre personas de diferente sexo, también lo es que dichos efectos de la ley, a que se refiere el artículo invocado, no son otros que los relativos al registro del matrimonio propiamente dicho, sin el cual la unión, entre personas de diferente sexo, queda dentro de los límites del concubinato, y no los referentes al derecho de percibir alimentos. Si el estado civil de las personas se acredita únicamente con las constancias del registro civil; si el Artículo 63 del código invocado, limitativamente señala las personas que tienen obligación de proporcionar alimentos y consecuentemente las que tiene derecho a percibirlos y, la Fracción I, del mismo precepto, establece que el marido que hubiera abandonado a la esposa, por causas que no sean imputables a ésta (sic), está (sic) obligado a suministrarlos; y si por último, el concubinato de la hoy recurrente no se celebró con las formalidades legales en los términos de los Artículos 2138 y 2149 del mencionado código, resulta ostensible que,

aunque la Ley Civil del estado reconoce la existencia de uniones fuera de matrimonio, para los efectos de su legalización, es inexacto que admita matrimonios que no hayan sido inscritos, para derivar de ellos derechos a pensión alimenticia, si lo anterior no fuera bastante, cabría advertir que la Ley Civil citada en su Artículo 25, prevé (sic) el caso particular de la responsabilidad civil, tratándose de relaciones carnales fuera de matrimonio y otorga el derecho de percibir alimentos a la mujer, si hubiere más de un hijo". (74)

Ya quedó establecido que el matrimonio tamaulipeco no se equiparaba a la figura del concubinato y esto se debe a que existía una plena identificación de estos términos porque lo que para nosotros es concubinato para la legislación tamaulipeca era precisamente matrimonio, cuyo acreditamiento y efectos se encontraban completamente regulados por el *derogado Código Civil del Estado de Tamaulipas*.

Citaremos ahora la tesis de fecha 14 de noviembre de 1944, publicada bajo el rubro:

"MANDATO OTORGADO LA VENTA DE BIENES RAICES POR UN MENOR EMANCIPADO, CONVALIDACION DEL.

Si un menor emancipado otorgó en favor de una persona, poder general para administración de bienes y actos de dominio, con la amplitud que establece el artículo 2554 del Código Civil del Distrito Federal, y con posterioridad pidió licencia judicial para vender bienes raíces, aunque la sentencia que lo hubiere autorizado para esa venta, haya sido de fecha posterior al poder, debe estimarse que éste quedó convalidado por aquella, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 2233, en relación con el 2228 del Código citado".(75)

(74) Tesis jurisprudencial publicada en la página 2921, Tomo XCI del Semanario Judicial de la Federación.

(75) Tesis jurisprudencial publicada en la página 3178, Tomo LXXXII del Semanario Judicial de la Federación

La siguiente es una tesis jurisprudencial de fecha 14 de noviembre de 1944, publicada bajo el rubro:

"MENORES EMANCIPADOS, NULIDAD RELATIVA DE LA VENTA DE BIENES RAICES EFECTUADA POR LOS, SIN AUTORIZACION LEGAL.

Si la sentencia que autorizó a un menor emancipado para vender un bien raíz, fue posterior a la fecha de la minuta otorgada por aquél, podría decirse que dicho menor, en la fecha de la venta, estaba aún incapacitado para realizarla; pero tal incapacidad produce una nulidad relativa, conforme a lo dispuesto por el artículo 2228 del Código Civil del Distrito Federal, y por lo mismo, la venta pudo haber sido revalidada, al cesar el vicio que motivó su nulidad, según el artículo 2233 del mismo Código; de manera que debe entenderse que la minuta fue confirmada al dictarse la sentencia que autorizó al menor para vender bienes raíces y esa confirmación se retrotrae el día en que se firmó la minuta, conforme al artículo 2235 del repetido Código Civil". (76)

Como podemos observar, ese poder otorgado o esa venta efectuada por el menor a que se refieren las dos últimas tesis jurisprudenciales transcritas, estaban viciadas de nulidad ya que el menor no puede disponer de sus bienes y en este caso lo hace al realizar dichos actos; sin embargo estos actos estaban afectados de nulidad relativa ya que el acto puede convalidarse con la sentencia que lo autoriza a realizar la venta.

(76) Tesis jurisprudencial publicada en la página 3178, Tomo LXXXII del Semanario Judicial de la Federación.

CONCLUSIONES.

I. Se ha conceptualizado al matrimonio como el acto jurídico celebrado entre el varón y la mujer ante el funcionario que el Estado designa al efecto y que tiene por objeto la preservación de la especie, así como la colaboración y ayuda mutua entre los consortes y el desarrollo integral de los miembros de la familia a que da origen.

II. Del estado matrimonial emanan derechos y obligaciones a cargo de los cónyuges, tales como el deber de vivir juntos en el domicilio conyugal, lo que hace posible en forma natural el cumplimiento de los deberes de fidelidad y de ayuda recíproca. En cuanto a los efectos que produce el matrimonio en relación con los hijos se encuentra facilitar la prueba de filiación de los hijos habidos en matrimonio y la presunción de hijos de matrimonio en los términos establecidos por la ley, así como el de proporcionarles alimentos y educación.

III.- El concubinato se conceptúa como la unión de un hombre y una mujer que no tienen impedimento legal para casarse y que viven como si fueran marido y mujer en forma constante y permanente por un período mínimo de cinco años o este periodo puede ser menor si han procreado un hijo durante esa unión. Una vez que la unión de hecho es reconocida como concubinato, la ley sanciona algunas de las consecuencias generadas por esta unión a fin de proteger algunos intereses de carácter económico respecto de los concubinos y hacia los hijos habidos durante tal unión, como son el derecho de la concubina o del concubinario a participar en la sucesión hereditaria del otro y el deber a darse alimentos recíprocamente, la posibilidad de investigar la paternidad de los hijos habidos entre los concubinos y el derecho de los hijos a recibir alimentos.

IV.- Sólo hay una diferencia formal entre el concubinato y el matrimonio y ésta se refiere a que en el matrimonio la voluntad se manifiesta ante el Juez del Registro Civil, quien asienta la celebración en un acta que debe firmarse y en el concubinato no existe esta formalidad. Desde un punto de vista general la diferencia entre estas dos formas de constituir la familia radica en que a través del matrimonio la familia encuentra su debida organización, certeza y seguridad que le concede el derecho, lo cual no sucede plenamente en el concubinato.

V. Respecto a la emancipación, ésta debe entenderse como una institución civil que permite sustraer en forma definitiva de la patria potestad o de la tutela de manera limitativa al menor de edad que ha contraído matrimonio, otorgándole una capacidad que le faculta para gobernarse a sí mismo, administrar libremente sus bienes y disponer de ellos con las restricciones expresamente señaladas en la ley al efecto.

VI. Nuestro sistema jurídico sólo contempla la emancipación tácita que tiene lugar como consecuencia del matrimonio del menor, produciendo los siguientes efectos: la extinción de la patria potestad -o modificación de la tutela según sea el caso- a que se encontraba sujeto el menor emancipado (fracción II del artículo 443 del Código Civil para el Distrito Federal). Por virtud de esta figura jurídica se le confiere al menor la capacidad para administrar libremente sus bienes y una capacidad restringida para la disposición de bienes inmuebles, así como durante su minoría de edad necesita de un tutor para negocios judiciales. (artículo 643 del Código Civil para el Distrito Federal).

VII. El concubinato como una unión de hecho que carece de formalismos, celebraciones o solemnidades debería ser elevado al rango de matrimonio cuando asume similares condiciones que éste, atendiendo a la protección de los intereses de la familia que tiene su origen en esta forma de unión. No se trata de fomentar las uniones concubinarias o

destronar a la sagrada institución del matrimonio, sino de crear normas que logren una protección amplia del grupo familiar que tienen esta fórmula de unión como origen.

VIII. En virtud de la conclusión anterior sugiero que al Capítulo III del Título V (Del Matrimonio) del Código Civil para el Distrito Federal sea adicionada la siguiente disposición: El Juez de lo Familiar o el Tribunal Superior respectivo, en su caso, atendiendo a razones de equidad, reconocerá el matrimonio de hecho en las uniones concubinarias que por su estabilidad y singularidad puedan ser equiparadas al matrimonio civil, siempre que las partes que integran esta unión no tengan los impedimentos que la ley establece para contraer nupcias.

IX. Me permito proponer también que en el Capítulo I del Título X del Código Civil para el Distrito Federal se adicione el artículo 641 al siguiente tenor: El matrimonio y la unión concubinaria del menor de dieciocho años produce de derecho la emancipación. Aunque el matrimonio o el concubinato se disuelva, el cónyuge o el concubino, que se menor, no recaerá en la patria potestad.

X. Así mismo propongo que la fracción II del artículo 443 del Código Civil para el Distrito Federal sea adicionada en los siguientes términos:

Art. 443. La patria potestad se acaba:

I. ...;

II. Con la emancipación, derivada del matrimonio o del concubinato;...

BIBLIOGRAFIA

- 1) A. BORDA, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil. Familia I*. 7a. ed.; Buenos Aires (Argentina): Edit. Perrot, S.A.. 616 pp.
- 2) BAQUEIRO ROJAS, Edgar y BUENROSTRO BAEZ, Rosalía. *Derecho de Familia y Sucesiones*. México: Harla, S.A. de C.V., 1990. 493 pp.
- 3) BELLUSCIO, Augusto César. *Derecho de Familia*. Buenos Aires (Argentina): Ediciones de Palma, 1979. 629 pp.
- 4) BRAVO GONZALEZ, Agustín. *Lecciones de Derecho Romano Privado*. México: Edit. Bay Gráfica y Ediciones, S. de R.L., 1963. 347 pp.
- 5) CHAVEZ ASECIO, Manuel. *La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Conyugales*. 2a. ed.; México: Edit. Porrúa, S.A., 1990.
- 6) CICU, Antonio. *El Derecho de Familia*. Tr.: Santiago Sentís Melendo; Buenos Aires (Argentina): Ediar Soc. Anón. Editores, 1947. 532 pp.
- 7) DE IBARROLA, Antonio. *Derecho de Familia*. 3a. ed.; México: Edit. Porrúa, S.A., 1984. 606 pp.
- 8) DE PINA, Rafael. *Elementos de Derecho Civil Mexicano*. 17a. ed.; México: [s.e.], 1992. Vol. I, 404 pp.
- 9) DE PINA, Rafael y DE PINA VARA, Rafael. *Diccionario de Derecho*. 18a. ed.; México: Edit. Porrúa, S.A., 1992. 525 pp.
- 10) DE RUGGIERO, Roberto. *Instituciones de Derecho Civil*. Tr.: Ramón Serrano Suñer y José Santa Cruz Tejeiro; Madrid (España): Edit. Reús, 1979. Tomo I, 878 pp.

- 11) DIAZ DE GUIJARRO, Enrique. *Tratado de Derecho de Familia*. Buenos Aires (Argentina), 1953. 458 pp.
- 12) DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo. *Derecho Civil*. México: Edit. Porrúa, S.A., 1990
- 13) ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. Buenos Aires (Argentina): Edit. Bibliográfica Argentina, S.R.L., Tomo III, 1070 pp.
- 14) ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. Buenos Aires (Argentina): Edit. DRISKILL, S.A., Tomo IX, 1986. 1021 pp.
- 15) ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. Buenos Aires (Argentina): Edit. DRISKILL, S.A., Tomo XIX, 1991. 992 pp.
- 16) FASSI, Santiago C. *Estudios de Derecho de Familia*. Buenos Aires (Argentina). Edit. Platense, 1962. 440 pp.
- 17) FLORIS MARGADANT, S. Guillermo. *El Derecho Privado Romano* 19a. ed.; Edo. de México: Edit. Esfinge, S.A. de C.V., 1993. 530 pp.
- 18) GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Derecho Civil. Parte General. Personas. Familia*. 6a. ed.; México: Edit. Porrúa, S.A., 1983. 754 pp.
- 19) GONZALEZ, Juan Antonio. *Elementos de Derecho Civil* 7a. ed.; México: Edit. Trillas, S.A., 1990. 208 pp.
- 20) HENRI; MAZEAUD León y MAZEAUD Jean. *Lecciones de Derecho Civil*. Tr.; Luis Alcalá Zamora y Castillo; Buenos Aires (Argentina): Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959. Vol. III.
- 21) INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS. *Diccionario Jurídico Mexicano*. 3a. ed.; México: Edit. Porrúa, S.A., 1989. 810 pp.

- 22)MAGALLON IBARRA, Jorge Mario. *Instituciones de Derecho Civil, Derecho de Familia*. México: Edit. Porrúa, S.A., 1988. Vol. III. 586 pp.
- 23)MONTERO DUHALT, Sara. *Derecho de Familia*. 3a. ed.; México. Edit. Porrúa, S A., 1987. 429 pp.
- 24)PENICHE LOPEZ, Edgardo. *Introducción al Derecho y Lecciones de Derecho Civil*. 17a. ed.; México: Edit Porrúa, S.A , 1983. 322 pp.
- 25)PEÑA BERNALDO DE QUIROS, Manuel. *Derecho de Familia*. Madrid (España): Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, 1989. 612 pp
- 26)PEREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia Elena. *La Obligación Alimentaria*. México: Edit. Porrúa, S.A., 1989. 330 pp
- 27)PLANIOL, Marcel y RIPERT, George. *Tratado Elemental de Derecho Civil. Introducción, Familia, Matrimonio*. Tr.: José M. Cajica Jr.; México: Cárdenas Editor y Distribuidor, 1983. 520 pp
- 28)ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Derecho Civil Mexicano*. 8a. ed.; México: Edit. Porrúa, S.A , 1993, Vol. II 805 pp.
- 29)ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Compendio de Derecho Civil. Introducción, Personas y Familia*. 24 ed.; México Edit. Porrúa, S.A., 1991. Vol. I. 536 pp.
- 30)ORTIZ URQUIDI, Raúl. *Matrimonio por Comportamiento*. México: Impreso en los Talleres de la Editorial Stylo. 1955. 165 pp.
- 31)TESIS JURISPRUDENCIALES PUBLICADAS EN EL SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION.

LEGISLACION:

- 32) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 4a. ed.; México: McGraw-Hill, 1997. 196 pp.
- 33) Código Civil para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en materia Federal. México: Edit. Themis, S.A. de C.V., 1997.
- 34) Código Civil Español. 2a. ed.; España: BOSCH, Casa Editorial, S.A. 1989. 499 pp.