



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

**“EL NOTARIO EN SU ACTIVIDAD COMO AUXILIAR DE LA
ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA PARA ACREDITAR LA
EXISTENCIA DEL CONCUBINATO.”**

T E S I S

QUE PARA OPTAR POR EL TITULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA

MIGUEL ÁNGEL GONZÁLEZ DIMAS

ASESOR :

LIC.ÁRTURO TALAVERA AUTRIQUE.



CIUDAD UNIVERSITARIA.

MÉXICO,2011.



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

OFICIO INTERNO: SEMCIV 44/2011
ASUNTO: Aprobación de Tesis

DR. ISIDRO ÁVILA MARTÍNEZ,
DIRECTOR GENERAL DE LA
ADMINISTRACIÓN ESCOLAR DE LA U.N.A.M.,
P R E S E N T E .

El alumno, **GONZÁLEZ DIMAS MIGUEL ÁNGEL**, con número de cuenta **09713475-4**, elaboró en este Seminario bajo la asesoría y responsabilidad del **Lic. Arturo Talavera Autrique**, la tesis denominada "**EL NOTARIO EN SU ACTIVIDAD COMO AUXILIAR DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA PARA ACREDITAR LA EXISTENCIA DEL CONCUBINATO**", y que consta de **205** fojas útiles.

La tesis de referencia, en mi opinión, satisface los requisitos reglamentarios respectivos, por lo que con apoyo en la fracción VIII del artículo 10 del Reglamento para el funcionamiento de los Seminarios de esta Facultad de Derecho, se otorga la aprobación correspondiente y se autoriza su presentación al jurado recepcional en los términos del Reglamento de Exámenes Profesionales de esta Universidad.

El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional. Dicha autorización no podrá otorgarse nuevamente, sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen, haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de esta Facultad.

Reciba un cordial saludo.

"POR MIRAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D. F. 20 de septiembre del 2011.

X Castañeda R

DRA. MA. LEOBA CASTAÑEDA RIVAS
Directora del Seminario

MLCR'aks



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL
DERECHO CIVIL

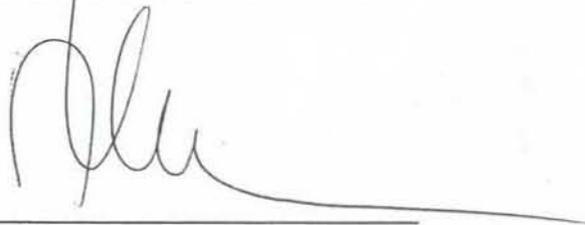
DRA. MARIA LEOBA CASTAÑEDA RIVAS.
DIRECTORA DEL SEMINARIO DE DERECHO CIVIL
DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO.
P R E S E N T E.

Por medio de la presente hago de su conocimiento que el alumno **MIGUEL ANGEL GONZALEZ DIMAS**, con número de cuenta **09713475-4**, ha concluido satisfactoriamente bajo la supervisión y asesoría del suscrito, la tesis denominada **“EL NOTARIO EN SU ACTIVIDAD COMO AUXILIAR DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA PARA ACREDITAR LA EXISTENCIA DEL CONCUBINATO”**, la cual a mi consideración, cumple con los requisitos reglamentarios establecidos al efecto, por lo que le otorgo mi aprobación

En virtud de lo anterior, ruego a Usted que de no existir inconveniente alguno para ello, se sirva ordenar lo conducente para que dicho alumno pueda continuar con los trámites necesarios, relacionados con la revisión y, en su caso, aprobación de la mencionada tesis por parte del seminario que Usted dignamente dirige.

Sin más por el momento y esperando contar con su apoyo, aprovecho para enviarle un cordial saludo.

“POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU”
Ciudad Universitaria, a 05 de Julio de 2011.



LIC. ARTURO TALAVERA AUTRIQUE

Profesor titular de la asignatura de “Acto Jurídico y Personas”,
de la Facultad de Derecho de la
Universidad Nacional Autónoma de México.

AGRADECIMIENTOS

La constancia, dedicación, esfuerzo y amor por el estudio han sido las virtudes de aquellos quienes han dirigido el curso de mi vida. Para todos ellos con cariño y admiración, en testimonio de mi eterna gratitud.

A MIS PADRES: Por su admirable y ejemplar labor, por todos los esfuerzos y sacrificios que con tanto amor realizaron buscando siempre lo mejor para mí. Dedicado con profundo amor e infinita gratitud a esos dos seres maravillosos, sabiendo que no habrá nunca manera de pagar todo lo que hacen por mí. Su mano firme, amor y apoyo incondicional me han hecho lo que soy ahora. Quiera Dios permitirme dedicarles muchas más satisfacciones.

A MIS HERMANOS: A los dos con mucho cariño, por ser para mí, ejemplo de constancia y entrega a su vida personal y profesional. Su amor, cariño y apoyo han sido los mejores regalos que he recibido. Gracias por estar en cada momento de mi vida.

A MI PAREJA: Por tu incondicional apoyo, demostrándome a cada momento de nuestra vida el amor que sientes por mí. Tu amor es lo que me permite seguir siempre adelante. Eres sin duda un ejemplo de lucha y superación. Como un testimonio del sentimiento tan grande que me une a ti.

A MIS QUERIDOS AMIGOS: Por haberme obsequiado una de las mejores cosas que puede tener un hombre en esta vida: Su amistad sincera.

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO: Porque el orgullo de ser Universitario y el privilegio de formar parte de tan grande Institución, traen como consecuencia uno de los más grandes retos de todos los que formamos parte de ella: Demostrar en todo momento el porqué de su grandeza.

A LA FACULTAD DE DERECHO: En cuyas aulas tuve el honor de recibir clase de grandes maestros y compartir también con extraordinarios compañeros. Esperando algún día poder devolverle un poco de todo lo que obtuve de ella.

AL LICENCIADO ARTURO PEREZ NEGRETE: Notario 119 del D.F., por haberme permitido conocer por primera vez la noble función del Notario. Conocerlo y aprender de Usted han sido siempre el honor que más me enorgullece.

AL LICENCIADO FERNANDO PEREZ ARREDONDO: Notario 12 del D.F., por la confianza depositada en mí y por permitirme conocerlo mostrándome que la fórmula del éxito siempre será esfuerzo y la constancia. Es y siempre será un ejemplo de perseverancia.

AL LICENCIADO ARTURO TALAVERA AUTRIQUE: Notario 122 del D.F., por la oportunidad que me dio de trabajar en su Notaría, y por el apoyo recibido durante todo el tiempo que colaboré con Usted. Agradezco sinceramente el valioso tiempo que ocupó al revisar y comentar este trabajo. Como muestra de admiración y respeto, esperando haber respondido a su confianza.

AL LICENCIADO JOAQUIN TALAVERA SANCHEZ: Notario 50 del D.F., por todo el apoyo brindado en el tiempo que me ha permitido conocerlo y colaborar con Usted. Agradezco las amables y atinadas observaciones que realizó al presente trabajo.

AL LICENCIADO JOSE LUIS HERNÁNDEZ ARMENTA: Con sincera gratitud por tomarse la molestia de leer y comentar este trabajo, y porque sus atinadas observaciones dieron en gran medida, claridad a mis ideas. Su dedicación y esfuerzo han sido el estímulo de un servidor para buscar ser mejor cada día.

En memoria de **ANTONIO MARTÍNEZ SANTILLÁN:** Porque no tengo duda mi entrañable hermano, de que de no haberte ido, habrías sido un extraordinario abogado, tal como lo fuiste como amigo. Quiera Dios que estés disfrutando de la gloria eterna.

En memoria de Doña **SANDRA LUZ URBINA CABRERA:** Como un testimonio del enorme cariño y admiración que le tuve, por su fortaleza de salir siempre adelante a pesar de las adversidades y por haber sido en mi vida un ejemplo de lucha constante. Con especial cariño para todos los miembros de la familia que tanto la amó.

En memoria de Doña **MARIA GUADALUPE CABRERA CAMPOS:** Cuyas virtudes serían imposibles de mencionar, en testimonio del cariño que siempre le tuve y de la extraordinaria calidad y calidez humana que siempre me mostró, todo ello me hizo sentirla siempre como parte de mi familia.

CONTENIDO

	Pág
CAPITULO 1. GENERALIDADES.	
1.1. El concubinato.	1
1.1.1. Definiciones.	2
1.2. Principales factores que dan origen a las uniones extraconyugales.	8
1.2.1. Factor Sociológico.	9
1.2.2. Factor Económico.	11
1.2.3. Factor Cultural.	12
1.2.4. Factor Religioso.	13
1.3. Diversas posturas con relación al concubinato.	16
1.3.1. El concubinato como mero hecho social o ajurídico.	17
1.3.2. El concubinato como estado jurídico con relación a los hijos.	19
1.3.3. El concubinato como hecho jurídico ilícito, prohibición del mismo.	19
1.3.4. El concubinato como unión de grado inferior al matrimonio.	20
1.3.5. Equiparación del concubinato con el matrimonio.	21
CAPITULO 2. ANTECEDENTES HISTORICOS Y LEGISLATIVOS DEL CONCUBINATO.	
2.1. Antecedentes Internacionales.	22
2.1.1. El concubinato en el Código de Hammurabi.	22
2.1.2. El concubinato en el Derecho Romano.	25
2.1.3. El concubinato en el Derecho Español.	28
2.1.4. El concubinato en el Derecho Francés.	30

2.1.5. El concubinato en Cuba.	31
2.2. Antecedentes en México.	33
2.2.1. Época Precolonial.	33
2.2.2. Época Colonial.	34
2.3. Evolución Legislativa en el Distrito Federal	36
2.3.1. Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California (1870).	36
2.3.2. Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California (1884).	36
2.3.3. Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales en materia común y para toda la República en materia Federal (1928).	37
2.3.4. Código Civil para el Distrito Federal antes de las reformas del 25 de mayo del año 2000.	41
2.3.5. Código Civil para el Distrito Federal a la luz de las reformas del 25 de mayo del año 2000.	42
2.4. La regulación del concubinato en algunas entidades federativas. Cuatro casos sobresalientes.	44
2.4.1. Ley para la familia del Estado de Hidalgo.	45
2.4.2. Código Civil para el Estado de Tlaxcala.	47
2.4.3. Código Civil para el Estado de Tamaulipas.	50
2.4.4. Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos.	53
 CAPITULO 3. EL NOTARIO Y SU ACTIVIDAD. EL INSTRUMENTO NOTARIAL.	
3.1. El Notariado. Nociones generales.	55
3.1.1. Sistemas de Notariado.	58
3.1.1.1. El Notariado Latino.	58
3.1.1.2. El Notariado Anglosajón.	60
3.1.1.3. El Notariado Totalitario.	60
3.2. El Notariado Mexicano.	61

3.3. La Fe Pública.	62
3.3.1. Concepto.	62
3.3.2. Requisitos.	63
3.3.3. Clases y Tipos de Fe Pública.	64
3.3.4. La Fe Pública Notarial.	65
3.4. Marco jurídico de la función notarial en el Distrito Federal.	66
3.4.1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.	66
3.4.2. Estatuto de Gobierno del Distrito Federal.	68
3.4.3. Ley Orgánica de la Administración Pública del Distrito Federal.	69
3.4.4. Ley Orgánica de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.	70
3.4.5. Ley del Notariado para el Distrito Federal.	70
3.5. El notario latino y su actividad en el Distrito Federal.	73
3.5.1. Concepto de Notario.	73
3.5.2. Naturaleza Jurídica del Derecho Notarial.	77
3.5.3. Aspectos característicos de la función notarial.	78
3.5.3.1. Como Delegado del Estado en la función notarial.	78
3.5.3.2. El Notario en la Administración Pública.	78
3.5.3.3. El Notario. Perito en Derecho.	79
3.5.3.4. Función creadora del Notario.	79
3.5.3.5. Auxiliar del Fisco.	80
3.5.3.6. Controlador de la legalidad de los actos.	81
3.5.3.7. Redactor del instrumento notarial.	81

3.5.4. El Instrumento y el Documento en general.	82
3.5.5. El Documento Público.	83
3.5.6. El Documento Notarial.	85
3.5.6.1. La Escritura.	87
3.5.6.2. El Acta Notarial. Tipos.	93
3.5.7. Ineficacia e Invalidez del Documento Notarial. Efectos y Valor.	96
3.5.7.1. Nulidad del Documento Notarial.	98
3.5.8. Reproducción del Documento Notarial.	100
3.5.8.1. Testimonio.	101
3.5.8.1.1. Naturaleza Jurídica del Testimonio.	103
3.5.8.2. Copia Certificada.	103
3.5.8.3. Certificación.	104
3.5.8.4. Nulidad de los Testimonios, Copias Certificadas y de las Certificaciones.	105
 CAPITULO 4. EL CONCUBINATO.	
4.1. Posturas con relación a la naturaleza jurídica del concubinato.	107
4.1.1. El concubinato como hecho jurídico lícito.	107
4.1.2. El concubinato como acto jurídico en general.	108
4.1.3. El concubinato como acto jurídico de derecho familiar.	111
4.1.4. El concubinato como estado civil.	115
4.1.5. El concubinato como institución jurídica.	115
4.1.6. La Apariencia y el concubinato.	116
4.2. Caracteres o Elementos del concubinato.	118

4.2.1. Elementos Personales o Subjetivos.	118
4.2.2. Elementos Objetivos.	119
4.3. Causas de terminación. Sus efectos.	120
4.4. Efectos Jurídicos del concubinato.	121
4.4.1. Efectos Jurídicos entre los concubinos.	122
4.4.1.1. Derecho a recibir alimentos.	122
4.4.1.2. Derechos Sucesorios.	123
4.4.1.3. Parentesco.	127
4.4.1.4. Patrimonio de familia.	128
4.4.1.5. Con relación a los contratos de arrendamiento.	129
4.4.1.6. Adopción.	129
4.4.2. Efectos jurídicos con relación a los hijos.	131
4.4.3. Otros efectos patrimoniales.	134
4.5. Algunas consideraciones con relación al concubinato frente a la nueva concepción del matrimonio y a la luz de la Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal.	137
4.5.1. El concubinato a la luz de la reformas al Código Civil para el Distrito Federal del 29 de Diciembre de 2009 en materia de matrimonio. Breve análisis comparativo.	137
4.5.2. Comentarios a las disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal relativas al concubinato.	144
4.5.3. El concubinato a la luz de la Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal. Breve análisis comparativo.	145
4.5.4. Comentarios a las disposiciones de la Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal, con relación al concubinato.	149
4.5.5. El problema de encuadrar al concubinato como supuesto de la Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal.	151

CAPITULO 5. EL NOTARIO Y SU ACTIVIDAD COMO AUXILIAR DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA PARA ACREDITAR MEDIANTE LA ELABORACION DE UN DOCUMENTO LA EXISTENCIA DEL CONCUBINATO.

5.1. El Notario como auxiliar de la Administración de Justicia en materia de concubinato.	153
5.1.1. El Notariado y su relación con el Poder Judicial.	153
5.1.2. Antecedentes del vínculo de la Administración de Justicia y la función notarial.	155
5.1.3. La actividad del Notario como auxiliar de la Administración de Justicia en materia familiar a la luz de la Ley del Notariado para el Distrito Federal.	157
5.1.4. Consideraciones con relación a las Normas Notariales de Tramitación Sucesoria. La actuación del Notario en Procedimientos Sucesorios.	159
5.1.5. Modificación de Capitulaciones Matrimoniales.	163
5.2. Jurisdicción Voluntaria.	164
5.2.1. La actuación del Notario en Procedimientos de Jurisdicción Voluntaria.	167
5.2.2. Competencia del Notario para actuar en asuntos de Jurisdicción Voluntaria.	167
5.3. Problemática ante la inexistencia de un instrumento que acredite de manera fehaciente la existencia del concubinato.	168
5.3.1. Imposibilidad práctica de acreditar la fecha cierta en que inicia el plazo para la constitución del concubinato.	171
5.3.2. Necesidad de un Registro de concubinatos.	173
5.4. Consideraciones acerca del Documento Notarial como medio para acreditar o reconocer al concubinato. Beneficios y Desventajas.	179
5.4.1. Argumentos que sustentan la propuesta de dotar de valor probatorio pleno al Documento Notarial, como medio de prueba de la existencia del concubinato.	182
5.4.2. La intervención del Notario en la regulación de las relaciones patrimoniales derivadas del concubinato.	185
5.5. Propuesta de reformas al Código Civil para el Distrito Federal.	186

5.6. Propuesta de reformas al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.	187
5.7. Propuesta de reformas a la Ley del Notariado para el Distrito Federal.	190
Conclusiones	193
Bibliografía	201

“EL NOTARIO EN SU ACTIVIDAD COMO AUXILIAR DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA PARA ACREDITAR LA EXISTENCIA DEL CONCUBINATO”.

El concubinato es una figura jurídica que a lo largo de su evolución ha sido de una u otra forma, fuente generadora de relaciones familiares y por lo tanto un fenómeno social vigente en la actualidad. Existen diferentes posturas en cuanto a su naturaleza jurídica y a su regulación, ¿es un acto o un hecho jurídico?, ¿es una unión de hecho inferior al matrimonio?, ¿debería homologarse jurídicamente al matrimonio?. Sin embargo, al margen de tales posturas, consideramos que uno de los problemas fundamentales que presenta esta figura en el Código Civil para el Distrito Federal, lo constituye la inseguridad jurídica que resulta al tratar de determinar el momento preciso en que inicia y termina respectivamente el plazo requerido (dos años en el Distrito Federal), para ser considerado concubinato y nacer como consecuencia a la vida jurídica, así como la necesidad de un medio de prueba eficaz que facilite el acceso de las personas sujetas a dicha unión, a los derechos que nuestra legislación civil, entre otros ordenamientos, atribuyen a los concubinos. Con el presente trabajo expongo una propuesta que busca responder a tal necesidad, con el propósito de aminorar el impacto negativo de tal inseguridad, sin pretender encontrar una solución absoluta a tal problemática, lo cual escapa al modesto objetivo del presente trabajo, amén de que no es posible dejar de lado el criterio de quienes opinan que si en una relación de concubinato la voluntad de las personas que se unen bajo esta figura fuera la de generar derechos y obligaciones entre sí, la alternativa idónea sería sin duda el matrimonio.

El contacto diario con la función notarial nos ha desarrollado una inquietud al preguntarnos si podemos encontrar en ella una solución, lo anterior se ve reforzado si se considera además que la facultad fedataria del Notario resulta de gran importancia debido a su intervención en casi todas las ramas del ámbito jurídico, amén de la gran utilidad que representa su actuación como auxiliar de la administración de justicia. Basta citar la definición contenida en el artículo 42 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal acerca del Notario y así vemos que el Notario es “...*el profesional del Derecho investido de fe pública por el Estado...*”, cuya función primordial es “...*conferir autenticidad y certeza jurídica a los actos*

y hechos pasados ante su fe...”. A reserva de emitir una opinión respecto a la naturaleza jurídica del concubinato, ya incluso como acto jurídico o hecho jurídico, al ser indefectiblemente éstos objeto de su función, resulta probable en principio que ante el Notario se pudiera celebrar u obtener el reconocimiento del concubinato; sin embargo queda vigente la duda acerca del valor probatorio que tal cuestión traería implícita, además de que también queda sujeto a la comprobación en este trabajo, que no existe impedimento legal alguno para que esto sea posible, ya que los elementos de que se vale el Notario en el ejercicio de su función y su aporte en esta materia nos permiten suponer que es viable confiarle tal responsabilidad mediante la suscripción de un instrumento por parte de las personas que pretendan sujetarse a dicha unión o que sujetas a ella, quieran obtener su reconocimiento otorgándole así una fecha cierta, con valor de *prueba plena*, que acredite sin más trámite la existencia del concubinato. De esta manera, dicha actividad serviría como un medio de prueba eficaz que permitiría a todo aquel que opte por tal figura a acceder a los derechos que la ley les concede y reconoce, al mismo tiempo que se lograría desarrollar la función notarial en un nuevo aspecto (como en algún momento lo fue la sucesión intestamentaria que ahora y desde hace ya algunos años puede ser tramitada de manera extrajudicial) el ejercicio de la función notarial en apoyo de la administración de justicia.

Lo anterior traerá como beneficios inmediatos, la eliminación de procedimientos judiciales innecesarios, en los cuales se requiere acreditar dicho vínculo para tener derecho a los alimentos o a la herencia, entre otros, permitiendo que con un instrumento que ambos concubinos de común acuerdo otorgaron previamente ante notario, o que bajo ciertas circunstancias sólo uno de ellos suscriba, se acrediten los requisitos a que se refiere el artículo 291-Bis y accedan de manera más inmediata, a los derechos que actualmente las leyes reconocen a quienes deciden optar por esta figura.

El trabajo lo desarrollo en cinco capítulos, el *primero* de ellos lo dedico a establecer algunas definiciones de lo que es el concubinato, haciendo una breve síntesis de los factores que propician este tipo de uniones, así como las diversas posturas que tratan de determinar su naturaleza jurídica o incluso, de ser el caso, ajurídica.

El *segundo* capítulo lo dedico a estudiar tanto la evolución histórica como jurídica del concubinato, con el fin de tener un amplio panorama del tema, de tal forma que la propuesta que aportemos se encuentre fundada en la realidad actual. En este capítulo me apoyo como antecedentes históricos en el “Código de Hammurabi” y por supuesto en el derecho romano, haciendo referencia a las legislaciones de Roma, España, Francia y Cuba, las tres primeras que han tenido tanta influencia en nuestra legislación. Por otra parte, en cuanto a antecedentes nacionales se desarrolla un marco histórico partiendo de la cultura azteca, pasando por la época colonial, para posteriormente analizar la evolución desde nuestro Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California (1870), hasta nuestro vigente Código Civil para el Distrito Federal, y a legislaciones civiles de otros Estados cuya regulación de nuestro tema no puede pasar desapercibida, me refiero en específico a las legislaciones de Hidalgo, Tlaxcala, Tamaulipas y Morelos.

Por otro lado, por lo que se refiere a los siguientes capítulos, dedico el *tercer* capítulo para exponer una noción general del notariado mexicano, estableciendo un marco conceptual, que permita conocer la actividad y los instrumentos que tiene a su cargo el Notario del Distrito Federal para brindar certeza jurídica a los actos y hechos jurídicos pasados ante su fe. El *cuarto* capítulo contiene el análisis de fondo acerca del concubinato, en el se analizan los elementos que lo conforman y se hace una reflexión respecto de los puntos de vista acerca de su naturaleza jurídica, así como los efectos que tiene en el mundo jurídico. En este mismo capítulo se pretende establecer, de manera breve, las diferencias y similitudes que existen entre el concubinato y el matrimonio, pero también, como tema actual, entre el concubinato y la sociedad en convivencia, haciendo una breve crítica respecto al marco jurídico de cada una de ellas.

Para terminar, en el capítulo *quinto* se analiza el vínculo existente entre el poder judicial y la institución notarial, poniendo especial énfasis acerca de la actuación del Notario como auxiliar de la Administración de Justicia, específicamente a través de los Procedimientos de Jurisdicción Voluntaria; se aborda el problema que resulta de la inexistencia de un medio de prueba idóneo para acreditar la existencia del concubinato y se hace una propuesta para su

solución, con base en la intervención de un fedatario público, en este caso el Notario, quien a través de la elaboración del instrumento notarial respectivo, opinamos que podría dejar acreditada de forma fehaciente e indubitable tal unión, lo cual además de dar solución al problema planteado, terminaría con la inseguridad jurídica, obteniendo con ello el acceso expedito a los derechos derivados de tan polémica figura. Con base en lo hasta aquí mencionado es que surge la inquietud de escoger el tema que denomino: **“EL NOTARIO EN SU ACTIVIDAD COMO AUXILIAR DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA PARA ACREDITAR LA EXISTENCIA DEL CONCUBINATO”**.

CAPITULO 1. GENERALIDADES.

1.1. El concubinato.

Hay quien opina que el concubinato no viene a ser más que la cohabitación de un hombre y una mujer fuera del matrimonio pero con fines muy parecidos a éstos, es decir, llevar una vida común, tener hijos, sobrellevar los placeres y cargas de la vida, etc. Como un fenómeno social al que hasta ahora la ley ha negado una regulación adecuada, los argumentos a favor o en contra de su regulación surgen en gran medida de la doctrina cuyas posturas en ella expuestas parten fundamentalmente de principios morales, normas morales o incluso la tendencia jurídica asumida por quien sobre éste aspecto formule su opinión. Es quizá en la doctrina donde la posibilidad de tal regulación no parece tan lejana, así encontramos argumentos a favor como: a).- La necesidad de proteger al miembro de la pareja cuya unión en ocasiones ha durado toda la vida y que ha contribuido notablemente al cuidado y sostenimiento del hogar, con la misma dedicación que una esposa e incluso mayor dado que no existe relación jurídica que le imponga tal deber; b).- El hecho de que el concubino, a diferencia del cónyuge no tiene en principio ninguna responsabilidad frente a su pareja; o c).- Desde el punto de vista patrimonial, el caso del o la concubino que por haberse dedicado al hogar no ha adquirido bienes propios o los adquiridos han sido notablemente menores que los de su pareja; o argumentos en contra tales como: a).- Que la falta de su documentación evidentemente lo vuelve incierto y la ausencia de un Registro lo vuelve inoponible frente a algún tercero que contrata con ellos bajo la falsa creencia de estar contratando con cónyuges, peor aún, casados bajo el régimen de sociedad conyugal; b).- Que la inestabilidad que reviste no ofrece una garantía para el cuidado y educación de los hijos, etc. Sin embargo, sea la postura que se tome, de todo ello resulta una constante, el concubinato hoy por hoy es un fenómeno social que existe, una realidad innegable, y sobre todo, genera consecuencias de derecho, por tanto, necesariamente debe ser probado.

1.1.1. Definiciones.

Sabemos que la forma de definir al concubinato a lo largo de su evolución ha sido muy variada, en el contenido de cada una de ellas notamos el énfasis que sobre uno o varios aspectos específicos del fenómeno se realizan, podríamos decir también que en cada una de ellas se ven reflejadas las formas de pensar en cada momento histórico, así encontramos desde aquellas que afirman que consiste únicamente en relaciones sexuales sostenidas fuera del matrimonio, hasta aquellas que la conciben como una institución de naturaleza homóloga al matrimonio. Ante esta diversidad de opiniones no podemos decir que hay contradicción entre ellas, más bien quizá, pudieran considerarse incompletas, pero únicamente a causa de que entre unas y otras se resalta aquel o aquellos elementos a los que en determinado momento se les dio mayor importancia, sin embargo, también encontramos definiciones de algunos que han tratado de ofrecer una noción que pretende definir al fenómeno en forma integral. Dada la confusión que la unión concubinaría puede llegar a generar con relación a otras uniones extramatrimoniales, resulta apropiado citar algunas definiciones que nos ayuden a identificar sus elementos característicos, y así distinguirla de éstas últimas. Lo anterior nos permitirá incluso establecer si el concubinato puede darse en la actualidad entre personas del mismo sexo, para lo cual hemos de apoyarnos en la Ley de Sociedades de Convivencia, tomando también en consideración las reformas al Código Civil para el Distrito Federal del 29 de diciembre de 2009 que modificaron entre otros, al matrimonio y al concubinato.

Iniciamos con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua que define al concubinato como *“la relación marital de un hombre con una mujer sin estar casados”*¹. Esta definición es para nosotros un tanto deficiente, puesto que es sabido que la ausencia de matrimonio como requisito aislado no es suficiente sino que es necesario que no exista impedimento para realizarlo, pues ello supondría la posibilidad de que de tal unión derivasen a relaciones distintas tales como el incesto y el adulterio.

¹ *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, 22ª. Ed., Espasa Calpe, Madrid, 2001.

Para Don Joaquín Escriche el concubinato consiste en: *“la comunicación ó trato de un hombre con su concubina. A continuación citamos un fragmento de lo comentado por el autor donde observamos la justificación de su existencia aún siendo un hecho reprobado: “El concubinato es mirado como contrario a la pureza del cristianismo, a las buenas costumbres y al interés del Estado; pero la debilidad humana parece disminuir á los ojos de los hombres la gravedad de este pecado; y en las grandes ciudades no se hacen muchas diligencias para estorbar este trato ilícito, ya sea por los disfraces con que suele cubrirse, ya por evitar otros males mayores, cuales son los raptos y adulterios, que de este modo sean más frecuentes. Hablo del concubinato entre personas libres ó solteras, pues el de las otras es castigado con cierta severidad, y aún debe serlo también el de aquellas, como puede verse en la palabra Amancebados...”*²

En la Enciclopedia Jurídica Omeba encontramos definido al concubinato desde un punto de vista etimológico, así tenemos 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...”*³ A este respecto opinamos que si bien el concubinato requiere que la conducta de los concubinos se manifieste en forma reiterada, no nos parece atinada la expresión *“relaciones sexuales fuera de matrimonio”*, en razón de que la finalidad de éste va mucho más allá de la cópula entre un hombre y una mujer, por lo que tal expresión produce su confusión con otro tipo de uniones, además de que toda relación o unión que suponga un matrimonio preexistente no puede ser nunca concubinato.

Guillermo Cabanellas nos indica que el término concubinato viene del latín *“concubinatus”*, que significa *“la relación o trato de un hombre con su concubina”*, *“la vida marital de ésta con aquel”*, o como el *“estado en que se encuentran el hombre y la mujer cuando comparten casa y vida como si fueran esposos, pero sin haber contraído ninguna*

² ESCRICHE, Joaquín, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, Editora e Impresora Norbajacaliforniana, México, Ensenada Baja California. Pág. 479.

³ *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Tomo III, Driskill, S.A., Buenos Aires. Pág. 616.

especie de matrimonio”⁴. De su definición propuesta podemos apreciar elementos que lo delimitan con un poco más de claridad, tales como “la relación o trato”, “la vida marital” y el “estado que guardan dos personas como si estuvieran casados”.

El maestro Ignacio Galindo Garfias definió al concubinato como “...*la vida marital de varón y mujer solteros, sin que hayan celebrado el acto solemne del matrimonio*”⁵; definición ésta de la que podemos distinguir elementos como la vida marital entre un hombre y una mujer solteros y la ausencia de matrimonio.

El maestro Rafael de Pina Vara define al concubinato como, “*la unión de un hombre y una mujer, no ligados por un vínculo matrimonial a ninguna otra persona, realizada voluntariamente, sin formalización legal para cumplir los fines atribuidos al matrimonio en la sociedad. Matrimonio de hecho.*”⁶. Lo interesante de ésta aportación es la concepción de un matrimonio de hecho, con la diferencia de la solemnidad que reviste el matrimonio formal.

La profesora Sara Montero Duhalt lo define 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 período mínimo de cinco (actualmente dos) años. Este plazo puede ser menor si han procreado*”⁷.

Para Alicia Elena Pérez Duarte y Noroña es “...*la unión de un hombre y una mujer no formalizada a través del matrimonio...*”, concluyendo por lo que se refiere a su naturaleza

4 CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, 21ª. Ed., Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1989, Pág. 261.

5 GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Derecho Civil, Primer Curso, Parte General, Personas y Familia*, 19ª. Ed., Porrúa, México, 2000. Pág. 588.

6 DE PINA VARA, Rafael, *Elementos de derecho civil mexicano*, 24ª. Ed., México, Porrúa, 2006. Pág. 336.

7 MONTERO DUHALT, Sara, *Derecho de familia*, 5ª. Ed., Porrúa, México, 1992. Pág. 165.

jurídica que “...a esta forma de relación no le cabe otra naturaleza, desde el punto de vista de nuestro sistema normativo, que la de un hecho con consecuencias jurídicas...”⁸.

Para el licenciado Ernesto Gutiérrez y González, el concubinato es un verdadero contrato, por lo tanto lo definió como “...un contrato formal o consensual, de tracto sucesivo, que se celebra entre una sola mujer y un solo hombre, que tiene el doble objeto de tratar de sobrellevar las partes, en común, los placeres y cargas de la vida, y tratar de perpetuar la especie humana”⁹, con lo cual el autor equiparaba dicha figura al matrimonio. Es preciso aclarar sin embargo, que esta definición como las anteriores, fueron planteadas antes de efectuarse las reformas de las que resultó la redacción vigente del matrimonio, sin embargo resulta importante destacar el análisis que hace el autor desde el punto de vista de la teoría del acto jurídico, definiéndolo como un contrato consensual y de tracto sucesivo, y cuyas consecuencias jurídicas sólo pueden ser explicadas bajo las reglas del derecho civil.

Para el licenciado Fausto Rico Álvarez, el concubinato en oposición a la naturaleza jurídica atribuida por el autor citado en el párrafo anterior, es “...la convivencia conyugal lícita de un solo hombre y una sola mujer, considerada suficiente para hacer surgir una familia y a la que se le atribuyen consecuencias de derecho...”¹⁰, cabe señalar que dicho autor fija claramente su postura en cuanto a su naturaleza jurídica, es decir, la de un hecho jurídico lícito, exclusivo y generador de familia. Se trata de un **hecho jurídico** en cuanto a que de la convivencia conyugal se derivan las consecuencias de derecho, **lícito** por cuanto a la inexistencia de impedimentos para contraer matrimonio, **exclusivo** en razón de que debe darse entre un solo hombre y una sola mujer y **generador de la familia** en cuanto a que implica el sostenimiento de relaciones sexuales con cierta permanencia, un acuerdo de fidelidad, la

8 PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia Elena, *Derecho de familia*, Fondo de Cultura Económica, Colección Popular, México, 1994. Págs. 80 y 81.

9 GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho civil para la familia*, 17ª. Ed., Porrúa, México, 2004. Pág. 222.

10 RICO ALVAREZ, Fausto, *et.al.*, *De la persona y de la familia en el código civil*, Porrúa, México, 2008. Pág. 261.

existencia de un sustrato material o económico común, el trato y la fama sociales, el simple transcurso del tiempo y/o la procreación.

Para el maestro Jorge Alfredo Domínguez Martínez, el concubinato “*es la vida común por un tiempo determinado, razonablemente prolongado y cuyo mínimo suele fijarse por la ley, que un hombre y una mujer en nuestro medio llevan a cabo, sin haber contraído matrimonio, por la que forman una familia, con o sin descendencia y a la vista de la comunidad*”¹¹.

Para el maestro Flavio Galván Rivera, “*El concubinato en su calidad de causa o fuente de la familia, puede ser definido como el acto jurídico unilateral, plurisubjetivo, de derecho familiar, por el cual un solo hombre y una sola mujer, libres de matrimonio, sin impedimento dirimente no dispensable y con plena capacidad jurídica para celebrarlo entre sí, deciden hacer vida en común, de manera seria, no interrumpida, estable y permanente, a fin de construir una nueva familia o grupo social primario, sin la necesidad de satisfacer determinadas formalidades, ni requisito alguno de inscripción en el Registro Civil.*”¹². Sin embargo ésta conceptualización es relativamente novedosa ya que destacamos que dicho autor, antes de definirlo como un acto jurídico de derecho familiar, lo consideró como un hecho jurídico voluntario y lícito, lo cual se puede comprobar en su trabajo denominado “El Concubinato Actual en México”¹³.

El Código Civil para el Distrito Federal, especialmente en su artículo 291-Bis, cuyas últimas reformas resultaron del decreto publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal de 29 de diciembre de 2009, establece actualmente lo siguiente:

11 DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Derecho civil, Familia*, 1ª. Ed., Porrúa México, 2009. Pág. 413.

12 GALVÁN RIVERA, Flavio, *El Concubinato en el vigente derecho mexicano*, 1ª. Ed., Porrúa, México, 2003. Págs. 121 y 122.

13 *Cfr.* GALVAN Rivera, Flavio, *El concubinato actual en México*, En: Revista de la Facultad de Derecho de México; Medio Siglo de la Revista; Universidad Nacional Autónoma de México, 1991, Pág. 566.

“...CAPÍTULO XI... Artículo 291 BIS.- Las concubinas y los concubinos tienen derechos y obligaciones recíprocos, siempre que sin impedimentos legales para contraer matrimonio, han vivido en común en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años que precedan inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones a los que alude este capítulo. No es necesario el transcurso del período mencionado cuando, reunidos los demás requisitos, tengan un hijo en común. Si con una misma persona se establecen varias uniones del tipo antes descrito, en ninguna se reputará concubinato. Quien haya actuado de buena fe podrá demandar del otro, una indemnización por daños y perjuicios”¹⁴.

Como podemos apreciar, el Código Civil no da precisamente una definición del concubinato, sin embargo, si nos establece los requisitos que debe reunir la unión de dos personas para constituirlo.

Dada la relación que pudiera existir entre el concubinato y la Sociedad de Convivencia consideramos oportuno citar la definición que la ley de la materia aporta sobre ésta última figura y así tenemos que en su artículo 2º. la define como *“un acto jurídico bilateral que se constituye, cuando dos personas físicas de diferente o del mismo sexo, mayores de edad y con capacidad jurídica plena, establecen un hogar común, con voluntad de permanencia y de ayuda mutua”*. Esta definición será objeto de análisis en capítulo posterior.

Por último, con base en las definiciones anteriores, nosotros formulamos una propuesta de definición en los términos siguientes:

EL CONCUBINATO ES POR REGLA GENERAL UN HECHO JURÍDICO VOLUNTARIO Y LICITO QUE SURGE ENTRE DOS PERSONAS LIBRES DE MATRIMONIO Y SIN IMPEDIMENTOS LEGALES PARA CONTRAERLO, QUE HAN VIVIDO EN COMÚN, DE MANERA SERIA, ININTERRUMPIDA, ESTABLE Y PERMANENTE POR UN PERÍODO MÍNIMO DE DOS AÑOS DISPENSABLES, CON LA

¹⁴ Legislación Civil para el Distrito Federal, México, Sista, 2011.

FINALIDAD DE FORMAR UNA FAMILIA, A TRAVES DE LA COMUNIDAD DE VIDA, PROCURÁNDOSE RESPETO, IGUALDAD Y AYUDA MUTUA.

Hasta aquí las diversas definiciones del concubinato pues consideramos que con los elementos en cada una de ellas aportados, tenemos una idea general de su evolución así como de los elementos que deben concurrir para darle existencia.

1.2. Principales factores que dan origen a las uniones extraconyugales.

La negación del justo reconocimiento del concubinato carece actualmente de fundamento, especialmente si se consideran su trascendencia social y jurídica, las cuales no permiten en estos días seguir sosteniendo tal negativa; el derecho no puede ni debe permanecer ajeno ante los cambios que sufre dicho fenómeno en la sociedad cada vez más abierta y evolucionada, de ahí que su intervención resulte obligada para determinar su naturaleza y fijarle consecuencias más acordes con dicha realidad actual. Todo ello debe ser consecuencia de un análisis riguroso que no aparte de sí los diversos factores o causas que lo originan o contribuyen a su proliferación, pues creemos que no debe tener la misma sanción simple y llanamente no querer generar las consecuencias de derecho, que el hecho de no tener los medios económicos, culturales o incluso ideológicos para poder discernir jurídicamente los derechos u obligaciones que derivan de tal o cual figura jurídica, como sucede en el caso del matrimonio y del concubinato.

A continuación plantearemos cuatro de los factores que a nuestra consideración inciden directamente en la proliferación de las uniones concubinarias, los cuales de paso nos permiten argumentar que no necesariamente tenemos ante nosotros un simple un hecho jurídico, pues aunque de derecho así lo es, de hecho parecería no tener esa cualidad, por tanto, aún cuando no es materia del presente trabajo proponer una solución absoluta de fondo, tema que dicho sea de paso ha sido muchas veces abordado, por lo menos si buscamos se reconozca la necesidad de un instrumento jurídico con el cual se acredite plenamente su existencia, que como consecuencia, les permita acceder a los derechos que la ley les reconoce e incluso

aquellos que con el tiempo y los avances jurídicos les confieran. Dichas causas o factores son los siguientes:

1.2.1. Factor Sociológico.

En el pasado, y aún en la actualidad, en algún sector de nuestra población se ha considerado al concubinato como una “*vergüenza*”, un tema polémico visto por la sociedad hasta con desprecio, en contraparte vemos también que doctrinalmente existen quienes consideran que se ha consolidado como un verdadero “*matrimonio de hecho*”, fuente generadora de relaciones familiares. A pesar de ello, para la ley si bien ya no es descartado como realidad, esta le continúa restando la importancia que merece, negándole una regulación más adecuada.

La sociedad mexicana en sus orígenes se caracterizó por su ideología conservadora, constituida esencialmente sobre las bases del matrimonio, institución jurídica protegida y reconocida por la ley como única forma legal y moral de constituir una familia¹⁵. Sin embargo,

15 La Ley del Matrimonio Civil, del 23 de julio de 1859, redactada por Don Melchor Ocampo y cuyo texto luego se conocería más tarde como la “*Epístola de Melchor Ocampo*” estableció en su artículo décimo quinto lo siguiente: “Artículo 15... *Que éste es el único medio moral de fundar la familia, de conservar la especie y de suplir las imperfecciones del individuo que no puede bastarse a sí mismo para llegar a la perfección del género humano. Que esta no existe en la persona sola sino en la dualidad conyugal. Que los casados deben ser y serán sagrados el uno para el otro, aún más de lo que es cada uno para sí. Que el hombre cuyas dotes sexuales son principalmente el valor y la fuerza, debe dar, y dará a la mujer, protección, alimento y dirección, tratándola siempre como a la parte más delicada, sensible y fina de sí mismo, y con la magnanimidad y benevolencia generosa que el fuerte debe al débil, esencialmente cuando este débil se entrega a él, y cuando por la Sociedad se le ha confiado. Que la mujer, cuyas principales dotes son la abnegación, la belleza, la compasión, la perspicacia y la ternura, debe dar y dará al marido, obediencia, agrado, asistencia, consuelo y consejo, tratándolo siempre con la veneración que se debe a la persona que nos apoya y defiende, y con la delicadeza de quien no quiere exasperar la parte brusca, irritable y dura de sí mismo. Que el uno y el otro se deben y tendrán respeto, deferencia, fidelidad, confianza y ternura, y ambos procurarán que lo que el uno se esperaba del otro al unirse con él, no vaya a desmentirse con la unión. Que ambos deben prudenciar y atenuar sus faltas. Que nunca se dirán injurias, porque las injurias entre los casados deshonran al que las vierte, y prueban su falta de tino o de cordura en la elección, ni mucho menos se maltratarán de obra, porque es villano y cobarde abusar de la fuerza. Que ambos deben prepararse con el estudio y amistosa y mutua corrección de sus defectos, a la suprema magistratura de padres de familia, para que cuando lleguen a serlo, sus hijos encuentren en ellos buen ejemplo y una conducta digna de servirles de modelo. Que la doctrina que inspiren a estos tiernos y amados lazos de su afecto, hará su suerte próspera o adversa; y la felicidad o desventura de los hijos será la recompensa o el castigo, la ventura o la desdicha de los padres. Que la Sociedad bendice, considera y alaba a los buenos padres, por el gran bien que le hacen dándole buenos y cumplidos ciudadanos; y la misma, censura y desprecia debidamente a los que, por abandono, por mal entendido cariño o por su mal ejemplo, corrompen el depósito*”

aunque el matrimonio es la figura idónea para ello, resulta ser que el concubinato también ha sido reconocido como un medio para fundarla. La pregunta que surge concretamente desde el punto de vista sociológico es ¿qué razones puede tener una pareja para unirse en concubinato y no optar por el matrimonio?. Y es así como encontramos que entre las principales causas se encuentran: Una sociedad cada vez más individualista, consumista y con menos compromisos; el rechazo social a personas de diversa raza o posición social¹⁶; el retraso en la edad del matrimonio y una temprana vida sexual; la idea generalizada de poner a prueba la compatibilidad sexual y de caracteres antes de un matrimonio¹⁷; las familias divididas; el miedo al fracaso; y quizá principalmente las consecuencias económicas y legales que se derivan del divorcio, todo lo cual pone de manifiesto un panorama desalentador para quienes tienen ante sí la posibilidad de contraer matrimonio, encontrando en el concubinato una alternativa para formar su familia, esto es, sobre la base de una unión voluntariamente formada por un hombre y una mujer, ambos libres de matrimonio, sin la presión que representa encontrarse sujetos a un régimen legal determinado.

Psicológicamente se ha dicho que cada persona está condicionada por lo que ha vivido o por lo que la rodea, por lo que resulta lógico que se tengan modelos preestablecidos de cómo debe ser un matrimonio, sin embargo, dichos modelos en muchos casos no resultan ser positivos y por lo tanto se tiene el temor de volver a repetirlos, como ocurre por ejemplo en

sagrado que la naturaleza les confió, concediéndoles tales hijos. Y por último, que cuando la Sociedad ve que tales personas no merecían ser elevadas a la dignidad de padres, sino que sólo debían haber vivido sujetas a tutela, como incapaces de conducirse dignamente, se duele de haber consagrado con su autoridad la unión de un hombre y una mujer que no han sabido ser libres y dirigirse por sí mismos hacia el bien".

16 Todavía en la clase social "alta", es posible observar una persistente e incluso vanidosa desaprobación de los matrimonios entre personas de clase social menos elevada, la cual deriva en una reacción de vergüenza al momento en que se pretende presentar públicamente tal unión, provocando así que para eludir tal situación se busque una convivencia oculta y sin vínculo.

17 Con relación a este tema, nos encontramos con un sector, conformado por quienes desarrollan su relación de acuerdo con una especie de matrimonio a prueba o de ensayo que en algunos casos satisface mejor sus aspiraciones, desarrollan un comportamiento social similar al de los cónyuges, acatan la ley y viven con arreglo a una moral personal, todo lo cual supera muchas veces en ventajas al matrimonio, sin embargo, es de hacer notar que en estos matrimonios a prueba no necesariamente se encuentra presente la obligación de fidelidad, y la cohabitación puede terminar cuando lo desee cualquiera de los cohabitantes, en este tipo de matrimonios a prueba se evita la procreación pues la finalidad inmediata no son los hijos ni la familia, sino los propios interesados que pretenden experimentar con vistas a una posible convivencia más duradera.

una familia de padres divorciados, en la cual, es muy probable que esto repercuta en el hecho de que los hijos eviten seguir los mismos pasos. Todo lo contrario probablemente pudiera ocurrir (aunque no necesariamente) si se tratase de una familia cuya base se funda en un matrimonio largo y armonioso.

El matrimonio tiene otras reglas y presiones pero en muchos casos son muy parecidas al concubinato. El matrimonio para muchos es una carga pesada, cuando en realidad debería ser entendida simplemente como otra modalidad de compromiso de la convivencia, sin embargo esto es difícil de asumir y más aún en estos tiempos, ya que la sociedad, si se quiere en menor medida, sigue juzgando y discriminando a las parejas que conviven y aprobando a las parejas que se casan.

Ante toda esta panorámica, si bien es cierto que la legislación al respecto, como se ha dicho es escasa u omisa, los gobernados no son los únicos que resultan afectados por ello, pues al no tener un control sobre éste tipo de uniones, el Estado pierde utilidad y validez ante la población, al no requerirse su apoyo para dar legalidad de tales uniones como ocurre en el matrimonio e incluso en las Sociedades de Convivencia.

1.2.2. Factor Económico.

En ciertos lugares la falta de recursos económicos provoca la formación de uniones de carácter extramatrimonial, Mazeaud afirmaba que *“son numerosos los futuros esposos que deben aplazar indefinidamente su matrimonio por falta de alojamiento y de los capitales necesarios para una instalación”*¹⁸, frase que deja entrever la repercusión del entorno económico en que vivimos, afectado por crisis económicas, carencias, inestabilidad en los empleos, dificultad para adquirir viviendas o los riesgos que implica la adquisición de un crédito para tal fin, la falta de medios económicos necesarios para afrontar los gastos que representa contraer y celebrar un matrimonio, todo lo cual produce que muchas parejas

18 MAZEAUD HENRI, León y Jean, *Lecciones de Derecho Civil*, Tomo I, Volumen III, Traducción de Luis Alcalá Zamora y Castillo, Buenos Aires, Ediciones jurídicas Europa-América, 1976. Pág. 53.

preferieran optar por el concubinato u otras uniones extraconyugales en lugar del matrimonio y si a ello sumamos la muy pobre regulación del concubinato, lógico resulta pues, que se prefiera éste en lugar del matrimonio, pues éste último implica los deberes y obligaciones reconocidos en el ordenamiento jurídico.

1.2.3. Factor Cultural.

Uno de los factores que sin duda influye de manera directa en el desarrollo de relaciones extraconyugales es en primer término una ausencia de cultura del matrimonio, a lo que se le suman el atraso y la falta de desarrollo educacional de que adolece la sociedad, así se sabe de comunidades en nuestro país en las que además de la figura del matrimonio civil, el concubinato tiene una aceptación social, pues es costumbre de muchas de ellas el aceptar a la pareja que vive en concubinato, en algunas regiones es bien visto que vivan juntos, de tal suerte que la mujer se “*recoja*” con el hombre con quien convivió, y es mal visto que la mujer no conviva con el hombre. Ante tal panorama creemos que si hubiera una mejor difusión que permita conocer las ventajas y desventajas de las figuras jurídicas que el Estado crea y pone a disposición de los gobernados para regular sus situaciones jurídicas, no existirían tantas uniones extraconyugales por temor o desconocimiento de los derechos y obligaciones que derivan del matrimonio, evitando con ello que se opte por otras cuyos efectos no necesariamente satisfacen las necesidades que se pretenden, y que aunque la ley reconoce, no regula de manera adecuada, como ocurre con el concubinato.

Frente al problema de la falta de cultura del matrimonio, como muchos, creemos que esta situación podría verse atenuada a través del fomento y desarrollo de programas que tiendan al acercamiento del Estado con sus gobernados, con la finalidad de crear conciencia social que permita comprender tanto la importancia como la esencia moral y jurídica del matrimonio.

1.2.4. Factor Religioso.

En el siglo XVI con la instauración del protestantismo en algunos países europeos se suprimió por los reformadores al matrimonio su cualidad de sacramento, es decir, su carácter de institución sagrada, perdiendo así su característica de indisolubilidad, pues se introdujo por virtud de la Ley la posibilidad de disolver por disposición del poder del Estado el vínculo matrimonial, devolviendo a los esposos su aptitud para contraer otro matrimonio legítimo, claro está, una vez que se hubiera declarado la extinción del anterior. A esta segunda unión se le denominó también matrimonio, aún cuando se le hubiere despojado de su carácter sagrado. Fue a partir de entonces que coexistieron dos instituciones, ambas con el mismo nombre pero con diversos caracteres, pues por un lado existió una unión sagrada, indisoluble, y por otro lado se reguló una unión que podía terminarse por diversas causas y reiterarse sucesiva e indefinidamente, sin más requisito que la sentencia de la autoridad que declarara la disolución del vínculo matrimonial anterior. En México fue con la Ley Orgánica del Registro Civil decretada por el Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, Don Benito Juárez García, que a su vez formó parte de las llamadas “Leyes de Reforma”, por la que se secularizaron los actos del registro civil de las personas, los cuales por dicha Ley dejaron de ser encomendados a la Iglesia para ser a partir de entonces, exclusivos de los recién creados Jueces del Estado Civil, coexistiendo con ello dos figuras, el matrimonio civil por un lado, único matrimonio reconocido por las leyes; y el matrimonio religioso por el otro, cuya validez y consecuencias quedaron restringidas únicamente al ámbito de la religión que se profese en razón de que perdió validez jurídica alguna. El problema que resultó con ello fue justamente el desconocimiento de la validez legal de los actos del estado civil de las personas que no se llevaran a cabo frente al Juez del estado civil, entre ellos el matrimonio, reduciéndolos a un mero estado de concubinato, con lo cual se engrosaron el número de tales uniones. Sin embargo tal problema no resultó ser exclusivo de nuestro País, pues incluso se planteó y discutió en diversos países, como Italia, en donde los matrimonios celebrados en el período comprendido entre los años de 1866 a 1929 no produjeron efectos civiles recibiendo la calificación de concubinatos; Bélgica, cuya jurisprudencia califica de concubinato a un matrimonio no contraído civilmente y celebrado con los ritos de la religión hebraica; o incluso

España, en donde tal problemática fue abordada en su Constitución de 1978, que consagró el derecho de las personas a contraer matrimonio sin especificar formalidad en especial, por lo cual, satisfechos los requisitos que señala la propia legislación, podrán celebrarse con plena validez jurídica todo tipo de matrimonios religiosos.

Ahora bien, es conveniente anotar, con relación a la legislación canónica, lo siguiente:

a).- En primer lugar, no pretende regular el matrimonio como un acto jurídico, sino como un sacramento, es decir, se considera como una institución dada al Catolicismo por Cristo mismo, quien la elevó a la categoría de Sacramento de su Iglesia y como consecuencia esta última acepta y no puede cambiar, es así como en el Código de Derecho Canónico, encontramos únicamente regulación con respecto a la forma en que ha de celebrarse dicho sacramento, no así régimen jurídico alguno que regule las cuestiones posteriores a dicha celebración; y b).- En segundo lugar, hay que ser precisos al señalar que las reglas de Derecho Canónico, son normas religiosas, por tanto las características que revisten son las de ser heterónomas, unilaterales, interiores e incoercibles, por tanto únicamente resultan aplicables a aquellas personas que profesen la religión del catolicismo, de ahí que en el ámbito religioso existen en tantas regulaciones del matrimonio como religiones existen.

En México, uno de los aspectos que resulta de gran importancia y que ha sido de causa de un número considerable de concubinatos es precisamente el tema de los matrimonios religiosos, pues ¿quien no ha oído hablar de personas unidas sólo a través de un matrimonio religioso?, familias enteras cuyo inicio tuvo como base una unión religiosa y cuyos miembros indefectiblemente tendrán que enfrentar algún día los problemas que resultan de acreditar su concubinato antes de acceder a los derechos que a tal figura corresponden, pues la ley a raíz de la separación del Estado y la Iglesia les ha negado cualquier derecho que como cónyuges les podría ser atribuido, a causa de la falta de la solemnidad exigida. Al respecto, si bien es cierto que de acuerdo al Código Civil para el Distrito Federal, el concubinato resulta ser un hecho al que le son atribuidas ciertas consecuencias jurídicas, las consideraciones vertidas a propósito de los matrimonios religiosos nos hacen difícil creer que éstos deban ser reducidos a un simple hecho jurídico, sobre todo si se toma en cuenta que la diferencia entre un tipo de matrimonio y

otro, estriba en la cuestión de “*ante quien*” se celebra, pues si bien es cierto, no existió la solemnidad al no haberse manifestado la voluntad ante un Juez del Registro Civil, ¿quien podría negar que hay ausencia de voluntad o la conciencia plena de que de dicho acto surgirán deberes y obligaciones entre ambos (tales como la realización de un consorcio de toda la vida, la búsqueda del bien de los cónyuges o la generación y educación de los hijos, finalidades que incluso han sido suprimidas de la redacción del artículo 146 Código Civil para el Distrito Federal)?, y por lo que hace a la ausencia de impedimentos, ¿no es cierto que por lo menos tratándose del matrimonio, las más de las veces las normas religiosas resultan ser aún más estrictas y exigen aún más requisitos que la ley civil?. Sabemos que los razonamientos anteriores resultarán para muchos, sumamente cuestionables, sin embargo, nos resultan de utilidad para fundar el argumento de que en primer lugar no se puede afirmar por lo menos sin un análisis previo, que en un matrimonio celebrado únicamente conforme a las normas de la iglesia pueda ser considerado así sin más, como un simple hecho jurídico, ya que como vimos, materialmente se dan los demás requisitos legales para celebrar un matrimonio.

Nuestra intención aclaramos también, no es la de que se equipare al matrimonio religioso con el civil, pues somos consientes de lo polémico del tema, lo que lo envuelve en interminables discusiones, más bien pretendemos exponer una enfoque distinto que se reduce a la siguiente pregunta ¿porqué no pensar mejor que entre los concubinos lo que falta no es la voluntad para generar consecuencias en el mundo jurídico, sino simplemente tal vez lo que falta son las consecuencias que a tal unión deber ser atribuidas?. Si bien a la regulación del concubinato le falta madurez, es preciso al menos, ya que el Estado ha sancionado con carácter de concubinato en este caso a los matrimonios religiosos, crear un instrumento que permita a los concubinos o incluso a los hijos de éstos, acreditar el estado de concubinato ante la renuencia a contraer matrimonio civil¹⁹, puesto que por lo menos es posible vislumbrar una ligera duda que impide afirmar terminantemente que los concubinos pretenden desentenderse

19 Fue el maestro Francisco H. Ruiz, figura relevante en la Comisión redactora del Código Civil de 1928, quien dando su punto de vista al presidente Plutarco Elías Calles, entre los argumentos para defender el proyecto del Código Civil, uno de los más relevantes en este sentido fue aquel que hablaba de la pareja que contrae nupcias eclesiásticas, sin contraer nupcias civiles. En este caso es pareja, no se considerará casada por la ley civil, sin embargo entre ellos se considerarán como marido y mujer aunque no lo sean para la ley que rige.

de la ley, como se cita en aquellas frases expresadas por Napoleón. Esto con respecto a las uniones concubinarias en general y con mayor razón tratándose de un matrimonio religioso, en donde la fe o las creencias suponen en muchos casos, mayor respeto que a la ley.

Como podemos apreciar, el concubinato tiene diversos factores o causas que le dan origen, éstos pueden ser tan diversos como la profundidad de los estudios nos permitan conocer, aún así, su trascendencia lo consolida como un hecho social innegable, por lo que no es sencillo dejarlo de lado y pretender que no tiene importancia en la vida jurídica de nuestro país, es por todo ello que compartimos la opinión de quienes buscan una adecuada regulación, por lo menos en sus aspectos más esenciales y si esto aún no es posible en su totalidad, si por lo menos consideramos prudente y necesaria la creación de instrumentos cada vez más accesibles para lograr acreditar y obtener el reconocimiento de tal unión frente a cualquier persona para dotarlo de seguridad en el mundo jurídico, situación en la cual la figura del Notario resulta de extrema utilidad.

1.3. Diversas posturas con relación al concubinato.

El maestro Rafael Rojina Villegas expone diversas actitudes que debe y ha asumido el derecho con relación al concubinato, tal tarea indica el autor “*constituye a no dudarlo, el problema moral más importante en el derecho de familia. Podemos decir que más que un problema político, jurídico o de regulación técnica, es fundamentalmente una cuestión de orden moral*”²⁰, En principio, la conducta humana frente al derecho puede ser considerada en sentido amplio de dos maneras: (i) Ajurídica, es decir, aquella conducta cuyo contenido es absolutamente indiferente para el derecho; o (ii) Jurídica, es decir, aquella cuyo contenido es digno de regulación por el mismo, y es precisamente de la anterior clasificación que parte el mencionado autor para señalar las diversas posturas que ha asumido el derecho frente al concubinato y que son las siguientes:

20 ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho civil mexicano, Tomo II, Derecho de Familia*, 11ª. Ed., Porrúa México, 2006. Pág. 381.

- a).- Ignorar en lo absoluto las relaciones que nacen del concubinato;
- b).- Regular las consecuencias del concubinato, únicamente con relación a los hijos, sin consagrar derechos y obligaciones entre los concubinos;
- c).- Prohibir el concubinato y sancionarlo, permitiendo incluso la separación de los concubinos por la fuerza;
- d).- Reconocer al concubinato y regularlo jurídicamente, creando así una unión de grado inferior al matrimonio, concediendo ciertos derechos y obligaciones entre las partes (alimentos y herencia); y por último,
- e).- Equiparar al concubinato con el matrimonio, siempre que el primero reúna ciertas condiciones, para crear por virtud de la ley o de una decisión judicial, un tipo de unión que consagre entre los concubinos los mismos derechos y obligaciones que se conceden a los cónyuges.

Bajo las posturas anteriores no es posible ubicar totalmente y en una sola de ellas la asumida por el Código Civil para el Distrito Federal, quizá diríamos que comparte cualidades de las citadas en los incisos b) y d), en virtud de que se ocupa de fijar consecuencias con relación a los hijos, pero también ha logrado un avance en la cuestión de los derechos entre los concubinos, aunque de manera aún muy restringida.

1.3.1. El concubinato como mero hecho social o ajurídico.

Esta postura se funda principalmente en el argumento de que el concubinato es únicamente un hecho material de las personas, razón por la cual, no debe tener trascendencia en el mundo jurídico, pues no es más que una conducta o práctica social tolerada, cuyas consecuencias sólo pueden ser fijadas por la moral o los convencionalismos sociales, y de ninguna manera por la ley.

Planiol opina que el concubinato tiene una naturaleza extrajurídica, pues afirma que *“es un mero hecho; no un contrato; carece de formas determinadas, y no produce efectos*

jurídicos; se halla totalmente fuera del Derecho...”²¹. De conformidad con esta teoría, el matrimonio como único medio reconocido para formar familia y en su carácter de acto jurídico, requiere necesariamente para acceder a los derechos y obligaciones que le son inherentes, que éste se celebre en la forma exigida por la Ley, de tal suerte que aquellos que optan por no celebrarlo lógicamente no pueden quedar sujetos a él, es decir, no pueden quedar facultados u obligados frente a una figura que no han celebrado, y ante el desconocimiento legal de tales uniones fuera de matrimonio, éstas quedan lógicamente excluidas del derecho.

Aquellos que sostienen tal postura consideran al concubinato como una *situación de hecho ajurídica*, su postura se caracteriza por ignorar en lo absoluto las relaciones que nacen del concubinato, obteniendo como resultado una marginación legal, puesto que ni se le considera un hecho ilícito para sancionarlo, ni tampoco un hecho lícito para que produzca relaciones jurídicas entre las partes, como suelen ser la amistad o los convencionalismos sociales. El maestro Rojina Villegas anota un comentario muy interesante al respecto señalando que “...*aún cuando en el fondo se revela un criterio negativo para no reglamentar el concubinato, necesariamente se parte de una calificación de orden moral, pues merced a ella se puede colocar a esa unión de hecho en el ámbito de la conducta ajurídica...*”, y concluye “...*Desde este punto de vista podemos decir que la conducta humana frente al derecho puede ser considerada ajurídica, si tiene un contenido digno de regulación por el derecho, o ajurídica, si el contenido es absolutamente indiferente para el mismo...*”²².

En este tipo de tendencia encontramos el Código de Napoleón, codificación en la cual no se regula de manera alguna al concubinato así como tampoco a los hijos nacidos de tales relaciones, dejándolo así, totalmente fuera del derecho, pues como afirmaba el propio

21 BONNECASE, Julián, *Tratado Elemental de Derecho Civil*, Comp. de Enrique Figueroa Alfonso, México, Harla, 1997, Pág. 308.

22 ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, Op. cit. Pág. 382.

Napoleón “*Los concubinos se pasan sin ley; la Ley se desentiende de ellos*”, y por lo que toca a los hijos afirmaba “*La sociedad no tiene interés en que sean reconocidos los bastardos*”²³.

1.3.2. El concubinato como estado jurídico con relación a los hijos.

Esta postura asumida por el derecho tiene como argumento el que si bien la ley por la voluntad de las partes no debe tomar partido en la regulación jurídica de su unión, por lo menos sí resulta necesaria su intervención en lo que se refiere a la protección de los intereses de los hijos en su condición en relación con sus padres (prueba de paternidad, etc.). En este sentido el Código Civil para el Distrito Federal protege a los hijos habidos en concubinato, facilitando la prueba de la paternidad o maternidad a través de la justificación del concubinato de los padres y de las presunciones consagradas en sus artículos 382 y 383.

En esta postura se considera al concubinato como un hecho jurídico, en el cual la intervención del Estado y de la ley no es para generar derechos y obligaciones entre los concubinos, sino que su intervención se ve justificada únicamente, en razón de la familia como institución de orden público, y únicamente buscando proteger a aquellos que sin tener capacidad para actuar por sí mismos, se ven afectados por las consecuencias que con relación a ellos y sus padres generan tales uniones.

1.3.3. El concubinato como hecho jurídico ilícito, prohibición del mismo.

Históricamente encontramos esta postura en la legislación romana de la época de la República, en la cual el concubinato era considerado como un simple hecho que podía llegar a constituir los delitos de “*stuprum*” o “*adulterio*”, sin embargo, por tratarse únicamente de uno sólo de sus elementos constitutivos para que se configuraran tales delitos, se requería la convergencia de esta circunstancia con los demás elementos del tipo penal correspondiente, por lo cual, rara vez se aplicaban.

23 HERRERIAS SORDO, María del Mar, *El concubinato, Análisis histórico y jurídico y su problemática en la práctica*, México, 2ª. Ed., Porrúa 2000, Pág. 11.

En la doctrina del derecho canónico también existió la postura de considerar y como consecuencia regular al concubinato como un hecho jurídico ilícito, es decir, como una situación que implicaba un delito de naturaleza aún más grave que la “*fornicatio*”, en tanto que constituía un estado **continuo** de fornicación, por lo que se llegó a excomulgar a los concubinos, e incluso se autorizaba el uso de la fuerza pública para disolver tales uniones. En la actualidad, de acuerdo a la religión católica, el sacramento de matrimonio debidamente celebrado conforme lo dispone el Código de Derecho Canónico, sigue siendo considerado como un medio de fundar y desarrollar una familia, aunque no el único, pues incluso fue así reconocido por el Papa Juan Pablo II.

1.3.4. El concubinato como unión de grado inferior al matrimonio.

En la actualidad es posible observar que en nuestro Código Civil se reconocen efectos jurídicos entre los concubinos, teniendo como influencia principalmente legislaciones de corte social en las cuales en un afán proteccionista se dieron efectos jurídicos al concubinato, ya no sólo la protección de los hijos producto de tales uniones, sino el reconocimiento de determinados derechos entre ellos, tales como el derecho a heredarse recíprocamente, aplicándose para ello las reglas del cónyuge, siempre que reúnan los requisitos para ser considerados como tales, o el derecho del concubino o de la concubina de exigir una pensión de alimentos, en el caso de la sucesión testamentaria.

En esta corriente que considera al concubinato como un hecho jurídico al cual le son reconocidos efectos limitados en el mundo jurídico, podemos citar como referentes de esta postura al doctor Ignacio Galindo Garfias, quien considera al concubinato como un “**hecho jurídico lícito**”, por lo que la ley sólo le da efectos limitados con el objeto de proteger a los concubinos y a los hijos; o al licenciado Fausto Rico Álvarez quién nos dice “*Desde el punto de vista de los hechos físicos, el matrimonio y el concubinato constituyen dos situaciones idénticas, pero difieren sustancialmente en cuanto a la fuente, ya que el matrimonio tiene como origen un acto jurídico solemne y el concubinato deriva de la convivencia conyugal*

que es un hecho jurídico”²⁴. Creemos que nuestro Código Civil no puede ser ubicado en su totalidad bajo esta postura dado que aún cuando los avances que muestra en su regulación hacia el concubinato (específicamente los derechos y deberes que reconoce entre los concubinos), aún siguen siendo muy limitados, es por ello que su tendencia aunque incipiente, no puede ser considerada sino solo parcialmente, como referente de esta tendencia.

1.3.5. Equiparación del concubinato con el matrimonio.

Esta corriente opta por sostener que el concubinato debe equipararse jurídicamente al matrimonio, con todos los derechos y obligaciones que surgen de este último, bajo la condición de que sean cumplidos todos los requisitos señalados para que tal unión se constituya y produzca como consecuencia los efectos de un verdadero matrimonio, lo cual hace del concubinato una institución, al atribuirle los mismos efectos jurídicos que al matrimonio, sin embargo, como lo comenta con gran acierto el licenciado Fausto Rico Álvarez, “*éstas doctrinas parten de una concepción pesimista del matrimonio, lo que hace que sean muy compatibles con los sistemas jurídicos socialistas*”, citando a Federico Engels señala “*Federico Engels sostiene que la razón que sustenta al matrimonio en sistemas como el nuestro, es una estructura económica y no un lazo afectivo*”²⁵. Bajo esta corriente podemos encuadrar en el ámbito internacional a la Constitución y el Código de Familia de Cuba, y por lo que hace al ámbito nacional, el Código Civil para el Estado de Tamaulipas vigente entre los años de 1940 y 1960 y la vigente Ley para la Familia del Estado de Hidalgo.

24 RICO ALVAREZ, Fausto, *et. al.*, Op. cit. Pág. 261.

25 *idem*. Pág. 260.

CAPITULO 2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y LEGISLATIVOS DEL CONCUBINATO.

2.1. Antecedentes Internacionales.

Para este apartado veremos el desenvolvimiento del concubinato desde el punto de vista internacional, lo anterior con el fin de situar los avances que dicha figura ha tenido y como es incluso concebida en la actualidad por diversas legislaciones que incluso han ejercido influencia en nuestro País.

2.1.1. El concubinato en el Código de Hammurabi²⁶.

Hacia el fin de su reinado Hammurabi de Babilonia dictó sus disposiciones de las cuales se escribieron varios ejemplares mismos que se distribuyeron y colocaron en el templo de Sippar y a lo largo y ancho del reino. La estela principal, tallada en un bloque de diorita de aproximadamente 2.50 metros de altura²⁷, en cuyos párrafos se contienen grabadas las 282 leyes que integran su Código. A Hammurabi (1728 a.C.–1686 a.C. según la cronología breve o 1792-1750 a. C. según la cronología media) le pareció que el cuerpo de leyes de su territorio se tenía que escribir para complacer a sus dioses.

Durante las diferentes invasiones de Babilonia, el código fue trasladado hacia 1200 a.C. a la ciudad de Susa (actualmente Irán). En esta ciudad fue descubierto y llevado a Francia, donde se tradujo íntegro para posteriormente ponerse en exhibición en el Museo del Louvre, en París, donde permanece hasta la fecha.

²⁶ *Código de Hammurabi/* Estudio preliminar, traducción y comentarios Federico Lara Peinado, 3ª. Ed., Madrid, Tecnos, 1997.

²⁷ En dicha estela se representa en la parte superior al rey Hammurabi de Babilonia de pie, recibiendo las leyes de manos del dios del sol *Shamash*, también conocido como dios de la Justicia.

El Código de Hammurabi unificaba los diferentes códigos existentes en las ciudades del imperio babilónico, establecía leyes aplicables en todos los casos, e impedía así que cada uno "tomara la justicia por su mano", pues sin ley escrita que los jueces hubieran de aplicar obligatoriamente, era fácil que cada uno actuase como más le conviniera; no distinguía entre derecho civil y derecho penal, regulaba relaciones comerciales, patrimoniales, el trabajo asalariado, los préstamos, los alquileres, las herencias, los divorcios, la propiedad, determinaba lo que era delito y la pena que corresponde a cada delito, carecía de toda sistematización, en resumen, simplemente contenía leyes que enumeraban los posibles casos (supuestos) y la forma en que se debía obrar como consecuencia ("si ha pasado esto, se hará esto otro").

El concubinato en el Código de Hammurabi era un concepto ligado al matrimonio, éste último tenía un carácter eminentemente contractual, relata Federico Lara Peinado que su iniciativa correspondía al padre del novio todo el peso de la gestión, y una vez que se establecía el acuerdo con la familia de la novia, el novio entregaba a su futuro suegro un regalo que solía ir acompañado de un obsequio de esponsales, *biblum*, cuyo valor sería tenido en cuenta por <<la casa del padre>> de la novia a la hora de entregar la preceptiva dote, *seriqtum*, y cuya propiedad conservaría siempre la mujer que transmitiría a su vez a sus hijos. Tras ello se procedía a redactar un contrato, *rikistum*, en el que se determinaban los derechos y deberes de la esposa, así como la suma que debería pagar el marido para el caso de repudio de la misma y la pena en que incurriría ésta en caso de infidelidad. Firmado el contrato, el cual daba el carácter legal al matrimonio, el padre de la novia hacía entrega de la dote (en realidad un adelanto de la parte de la herencia de su hija) al novio, misma que sería propiedad exclusiva de la mujer, pero que usufructuaba el marido, aunque sin poderla enajenar en ningún caso. Si el matrimonio llegara a disolverse, la dote regresaba a la esposa o pasaba a sus hijos o se revertía en último caso a su familia. Aceptado el acuerdo, entregados regalo y obsequio esponsal y sellado el contrato, la novia, hasta sus esponsales, podía optar por permanecer en casa paterna o bien ir a vivir a la de sus futuros suegros. El matrimonio en principio era monógamo, pero la ley contempla la posibilidad de esposas secundarias o concubinas, caso de que la mujer legítima fuera

estéril o hubiere contraído sarna. Si se producía este supuesto, la esposa principal podía retirarse a su casa paterna llevándose naturalmente la dote, la indemnización estipulada por el repudio, así como los regalos. La esposa nunca podía abandonar a su marido, excepción hecha del previo abandono de éste, y conservaba su papel preeminente en caso de que su marido hubiese tomado una esposa secundaria con vistas a la descendencia o le hubiese entregado ella misma una sierva para esta circunstancia.

Las concubinas nunca podrían llegar a tener el rango de esposas, y para el caso de que quisieran o llegaran a ostentarse como tales, podían ser vendidas. Con relación a los hijos, regulaba la concurrencia de los hijos de la esposa con los de la concubina (esclava), estableciendo que todos recibían por partes iguales la herencia a condición de que estos últimos fueran reconocidos antes de morir el padre, pues si esto no sucedía, no les era reconocido derecho alguno en la herencia, aunque les otorgaban el derecho de obtener su libertad. Todo lo anterior se desprende de las disposiciones siguientes:

“144. § Si un señor tomó (en matrimonio) a una mujer naditum y esta naditum le dio una esclava a su marido y ha tenido (con la esclava) hijos, (si) ese señor se ha propuesto tomar (en matrimonio) a una mujer sugetum, no se le autorizará a ese señor; no podrá tomar (en matrimonio) a una sugetum.”.

“145. § Si un señor tomó (en matrimonio) a una mujer naditum y ella no le dio hijos, y él se propone tomar (en matrimonio) a una mujer sugetum, ese señor puede tomar (en matrimonio) a la sugetum y hacerla entrar en su casa. Esa sugetum no tendrá la misma categoría que la naditum.”.

“146. § Si un señor tomó en matrimonio a una mujer naditum y (si) ella dio una esclava a su marido y tuvo (con la esclava) hijos, (si) más tarde esta esclava a querido igualarse con su señora porque tuvo hijos, su señora no podrá venderla; le colocará una marca (con la señal) de la esclavitud y la contará con sus esclavos.”.

“147. § Si no tuvo hijos, su señora podrá venderla”.

“170. § Si un señor a quien su esposa *hirtum* le dio hijos y su esclava (también) le dio hijos; (si) el padre dijo (alguna vez) durante su vida a los hijos que la esclava le había dado <<Sois mis hijos>> (y si) los ha contado entre los de su esposa *hirtum*, después que el padre haya muerto, los hijos de la esposa *hirtum* y los hijos de la esclava se distribuirán equitativamente los bienes de la hacienda paterna, (pero) el hijo heredero, hijo de la esposa *hirtum* escogerá y tomará(el primero)”.

“171. (A) § Y si el padre no dijo durante su vida a los hijos que la esclava le había dado <<Sois mis hijos>>, después que el padre haya muerto, los hijos de la esclava no participarán de los bienes de la hacienda con los hijos de la esposa *hirtum*. Se concederá la libertad a la esclava y a sus hijos (sin que) los hijos de la esposa *hirtum* puedan reclamar a los hijos de la esclava para la servidumbre.”.

2.1.2. El concubinato en el Derecho Romano.

En el derecho romano existieron dos formas o especies de matrimonio, cada una con consecuencias distintas entre sí e incluso ambas con un sentido e importancia muy distintas de lo que actualmente son el matrimonio y el concubinato. Por un lado encontramos a las *Iustae Nuptiae*, con amplias consecuencias jurídicas, y por otro el *concubinatus*, de consecuencias jurídicas limitadas, las cuales si bien con el tiempo fueron ganando terreno en el plano jurídico, nunca llegaron a igualar a las atribuidas al matrimonio.

Los romanos dieron el nombre de concubinato a una especie de matrimonio que consistía en una unión de orden inferior más duradera y distinta de otras relaciones pasajeras consideradas como ilícitas, se trataba de una unión permanente y consuetudinaria del hombre y la mujer sin el *animus matrimonii*. Esta forma de matrimonio era muy común y muy probablemente fue resultado de la desigualdad de condiciones, pues era frecuente que un ciudadano tomara por concubina a una mujer poco honrada, indigna con el fin de hacerla su esposa²⁸, dado que el matrimonio civil, justo o legítimo sólo podía ser celebrado por un grupo

28 Al respecto es de hacer notar que en este tipo de uniones a la mujer no se le concedía el grado de esposa o *uxor*, sino de concubina, razón por la cual no compartía el rango, posición social y honores del varón. De ahí la

reducido de ciudadanos romanos que poseían el *connubium* o *ius connubii* que era la aptitud para contraer matrimonio, el cual inicialmente fue privilegio de los patricios, y que aproximadamente a partir del año 445 a.C, se amplió en beneficio de todos los ciudadanos romanos sin distinción alguna conforme a la *Lex Canuleia*, para finalmente hacerse extensivo a todos los habitantes libres del imperio romano. Antes de Justiniano se presumía la existencia de matrimonio cuando los esposos eran de la misma condición social y concubinato cuando su condición era diversa. A partir del emperador Justiniano siempre se presumía el matrimonio.

Hasta el fin de la República, el Derecho Civil romano no se ocupó de estas uniones de hecho, sino que comenzó a ser regulado bajo el primer emperador Octavio Augusto, a principios de la era cristiana con las leyes *Iulia de Maritandis*, *Papia Poppeae*, y posteriormente con la *Lex Iulia de Adulteriis*, en el año 9 de la era cristiana, legislación esta última en la que el concubinato recibió su nombre. Dicho monarca trató de estructurar la figura buscando poner orden en el medio social donde tal unión fue un hecho frecuente, esta labor legislativa fue continuada por otros emperadores, entre los que se encuentran Constantino con quien se reconoció el derecho a los padres para legitimar a sus hijos, o Justiniano con quien la unión concubinaria fue vista como una relación estable con mujeres de cualquier condición o de cualquier rango social, ya fueran ingenuas o libertas, con las que no se deseaba contraer matrimonio. En la compilación de Justiniano el concubinato adquirió el carácter de institución legal que vio reafirmada su condición con la inserción de los títulos “*de concubinis*” que regularon ciertos derechos a la herencia y permitiendo que el concubinato se convirtiera en un matrimonio legítimo.

En la *Lex Iulia de Adulteriis* se calificaba de *stuprum* y se castigaba el comercio con toda joven o viuda fuera de las *justae nuptiae*, haciendo una excepción a favor de la unión duradera llamada concubinato, el cual recibió de esta manera una especie de sanción legal. En dicho ordenamiento se establecieron como requisitos del concubinato que debía tratarse de

denominación de *inaequale conjugium*, y de ahí mismo que se le juzgase como una unión inferior. Así mismo, los hijos habidos del concubinato eran denominados *liberi naturales*, susceptibles de ser legitimados con el matrimonio posterior de sus padres y con limitados derechos de herencia; estos hijos nacían *sui iuris* y, por ende, no quedaban sometidos a la patria potestad del concubinario.

personas púberes sin vínculo de parentesco, afín o consanguíneo que constituyera impedimento matrimonial, debiendo ser soltero el concubino, puesto que de lo contrario se trataba de *incestum*, *adulterium* o *stuprum*, hechos éstos que eran castigados; poseía además el carácter de singularidad, es decir, no se podía mantener con más de una concubina²⁹.

Si una mujer honrada o ingenua consentía en ser tomada como concubina, debía ello ser acreditado por un medio formal (bajo riesgo, para el hombre, de ser considerada la unión con ella como *stuprum*). Sin embargo, aceptando la mujer y constituyéndose el concubinato, perdía aquella su posición en el medio social y el título de “*mater familiae*” que implicaba distinción y honra a la mujer romana. Con respecto a los efectos del concubinato, se establecieron efectos personales y patrimoniales entre los concubinos con algunas excepciones, *v.gr.* cuando la unión se celebraba entre un patrono y una liberta, ésta se obligaba a guardarle fidelidad y en caso de no hacerlo podía ser perseguida por adulterio. En cuanto a los hijos nacidos de esa unión eran hijos naturales, en tanto que los habidos de otras uniones extramatrimoniales eran *spurii* (no tenían jurídicamente padre por lo que resultaba imposible su reconocimiento, situación que no ocurría con los naturales). Respecto de los hijos naturales o *liberi naturales*, emperadores anteriores a Justiniano concedieron la legitimación por subsiguiente matrimonio, pero fue en tiempos de Justiniano cuando este procedimiento de legitimación de hijos naturales se reguló legalmente, e incluso en las Novelas se agregó con carácter excepcional –sólo para el caso de que no existiendo hijos, el casamiento de los concubinos resultara imposible- la forma de legitimación *per rescriptum principis*.

La legislación Justiniana eliminó los impedimentos matrimoniales de índole social, por lo que el concubinato varió su anterior estructura, quedando a partir de ese momento como una cohabitación estable de un hombre con una mujer de cualquier condición social sin que exista la *affectio maritalis*. Además, en el Corpus Iuris se establece la obligación alimentaria a favor de los hijos naturales y se confieren a éstos ciertos derechos hereditarios para participar

29 Se podía tomar como concubina, solamente a una mujer de bajo rango: actrices, mujeres *manumitidas* o *libertas*, prostitutas, mujeres sorprendidas en adulterio; así como de las provincias, el Gobernador enviado por Roma, a una mujer del lugar sólo podía tomarla como concubina y no como esposa.

en la sucesión del padre. También se otorga un limitado derecho a la concubina para ser partícipe en la sucesión del concubino.

En la enciclopedia Jurídica Omeba, se relata al respecto lo siguiente:

“La existencia del “affectio maritalis” era la que marcaba el distingo entre el matrimonio legítimo y el concubinato. Pero era preciso inferirlo de motivos concurrentes y diversos como los instrumentum dotale, existencia o no de diferencia de clase, la formalidad de los esponsales, etc., o también el trato de dignidad de esposa, reservado por el marido en reciprocidad del animus uxoris de la mujer”³⁰.

El concubinato, tratándose de una institución legislada, no producía efectos de matrimonio respecto de las personas y los bienes de los esposos, no existía dote, por lo tanto a la concubina se le consideraba como *uxor gratuita*, tampoco había lugar a donaciones por causa de nupcias. La prohibición de hacerse donaciones entre esposos no era aplicable, y la disolución del concubinato carecía del carácter del divorcio.

2.1.3. El concubinato en el Derecho Español.

Durante la Edad Media el concubinato fue objeto de regulación en las Siete Partidas, especialmente en la Cuarta Partida, Título XIV, Ley II, y fue Alfonso X El Sabio quien calificó el nombre de barraganía al tipo de unión fuera de matrimonio que consistía en la unión sexual de un solo hombre, clérigo o no, con una sola mujer libres de matrimonio³¹, de condiciones social y jurídica inferiores entre sí, –conservando el sentido de singularidad adoptado en el derecho romano-, y bajo las condiciones de permanencia y fidelidad, al respecto, cabe señalar que hay autores que afirman que estas uniones se daban incluso entre personas casadas o bien, entre hombre y mujeres de condiciones sociales distintas.

³⁰ Enciclopedia Jurídica Omeba, Op. cit., Pág. 617.

³¹ A este respecto es importante señalar que la barraganía o concubinato era incompatible con otra relación igual, incluyendo por supuesto la existencia simultánea del matrimonio de alguno de los miembros de la pareja.

La palabra barragana de dos palabras, *barra* que en árabe significa fuera, y *gana* que es del latín y quiere decir ganancia, acepciones de cuya unión podemos entender la ganancia que es hecha fuera de los mandamientos de la iglesia o fuera del matrimonio legítimo, de ahí que a los hijos nacidos de las barraganas se les considerara “hijos de ganancia”.

Esquivel Obregón apunta que el concubinato bajo el nombre de barraganía, tuvo diversas causas, tales como la influencia de las tradiciones romanas, la presencia de dos razas entre las cuales no era posible celebrarse el matrimonio, el hecho de que la barraganía no era un vínculo indisoluble como lo era el matrimonio y la influencia ejercida por los musulmanes durante su dominación de siete siglos sobre la Península Ibérica con el islamismo, por citar los más importantes, sin embargo aún cuando fuere condenado por la religión, era tan frecuente que las costumbres y la ley lo veían con tolerancia pues se piensa que la intención del Estado buscaba principalmente evitar la prostitución, dado que era preferible que hubiere una y no varias mujeres para seguridad en la unión, y en relación con los hijos.

Las Siete Partidas contenían disposiciones que establecían los límites a la barraganía y entre las que podemos citar: a).- Que sólo podían formarla una barragana y un hombre; b).- Ambos debían encontrarse libres de matrimonio y sin impedimento para contraerlo; c).- Se trataba de una unión permanente; d).- Debía existir un trato entre ellos como marido y mujer; y e).- Debían ser considerados en su comunidad como esposos.

Así también, el mencionado cuerpo legal distinguía entre hijos legítimos, que eran aquellos nacidos del matrimonio, e ilegítimos, los nacidos fuera de éste, éstos a su vez se dividían en naturales, es decir aquellos que eran los hijos de padres que podían haber contraído nupcias en el momento de la concepción, viviendo éstos en concubinato o barraganía; y de dañado ayuntamiento, es decir aquellos que eran los hijos nacidos, entre otras, de barraganas. En las leyes forales encontramos también disposiciones al respecto, *v.gr.* el fuero de Zamora, en el cual se permitía dejar como herederos a los hijos tenidos por barragana, siempre que fuesen solemnemente instituidos; el fuero de Plasencia, que establecía que la mujer que

probara haber sido fiel y buena con su señor, heredaría de él la mitad de los gananciales; el fuero de Cuenca, que prohibía a los casados legítimamente tener en público barraganas y que, al mismo tiempo, autorizaba a las barraganas encinta a solicitar la prestación de alimentos a la muerte de su señor, elevándose a la categoría de viudas encinta; los fueros de Soria, Burgos y Logroño, que les reconocían determinados derechos hereditarios. Años más tarde encontramos referencias en los siglos X y XI en Cataluña con la celebración de los llamados contratos de mancebía, y posteriormente en el año 1361, la Carta de Ávila reguló fajo la figura de “Carta de Mancebía o Compañería”, un convenio celebrado entre un señor y una barragana que les permitía a éstas últimas, percibir rentas de su señor y compartir la mesa de éste. También existieron los contratos de barraganía sujetos a término, que una vez cumplido, las uniones se terminaban o se prorrogaban.

2.1.4. El concubinato en el Derecho Francés.

En Francia como en España, existía una fuerte influencia del Derecho Canónico, en el Código Michaud (1604), se castigaban con la invalidez las donaciones entre concubinos, así como en diversas leyes en las que además se negaba trascendencia a las uniones concubinarias. Con la Declaración formulada por Luis XIII en 1639, se asimilaban a las uniones concubinarias y por ende se les negó validez a ciertos matrimonios como los mantenidos en secreto hasta el fallecimiento de uno de los cónyuges o los contraídos por condenados a muerte civil, entre otros.

La Constitución Francesa de 1791 consideraba al matrimonio como un contrato civil, dejando de lado su carácter sacramental dado por la iglesia católica, despojándolo por ello de su carácter indisoluble, puesto que al tratarse de un contrato, como todo acto de esa naturaleza, podía ser disuelto por la voluntad de las partes o incluso por sólo una de ellas, esto se vio reflejado en la Ley de Divorcio de 1792.

El Código de Napoleón como se anotó en el capítulo anterior, ignoró totalmente al concubinato y se abstuvo de regular los efectos que pudiera producir ante determinadas

situaciones, por lo que se dejó en manos de la Jurisprudencia, la labor de resolver los problemas que ante el silencio de la ley y en torno al concubinato se planteaban.

Posteriormente con la ley francesa del 15 de noviembre de 1999, se incluyó un nuevo título en el libro de personas denominado “Del Pacto Civil de solidaridad y del Concubinato”, y en cuyo artículo 515-8 se establece que el concubinato “... *es la unión de hecho, caracterizada por la comunidad de vida que tiene carácter de estabilidad y de continuidad, entre dos personas, de sexo diferente o del mismo sexo, que viven en pareja*”. Con lo anterior se puede apreciar en forma evidente la evolución que en dicho País ha tenido el concubinato, en donde originalmente surgió en un ambiente de rechazo y la indiferencia para llegar a la época actual donde es regulado e incluso admitido entre parejas del mismo sexo, si bien con efectos aislados, pero indudablemente con un gran avance en el campo jurídico.

2.1.5. El concubinato en Cuba.

El Licenciado Jorge Alfredo Domínguez Martínez³² en su obra “Derecho de Familia”, con respecto al caso de Cuba, nos señala a propósito del concubinato, que de acuerdo con el artículo 43 de la Constitución Cubana: “...*Los tribunales determinarán los casos en que por razón de equidad, la unión entre personas con capacidad legal para contraer matrimonio será equiparada, por su estabilidad y singularidad, al matrimonio civil*”. Actualmente dicha Ley fundamental ya no lo prevé, sin embargo, en su Código de Familia se define al matrimonio como la unión voluntariamente concertada de un hombre y una mujer con aptitud legal para ello, a fin de hacer vida común y que producirá efectos legales cuando se celebre **pero también cuando se reconozca** en los términos que en dicho Código se establecen, de lo que resultan dos posibilidades, en primer lugar un matrimonio “formalizado”, que es aquel cuya celebración se apega a lo que establece dicho Código; y en segundo lugar uno “no formalizado” consistente en una unión matrimonial singular y estable a la cual, previo reconocimiento por un Tribunal competente, se le atribuirán todos los efectos del primero,

32 DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo, Op. cit. Pág. 418.

misma que al formalizarse los efectos se retrotraerán al momento en que dicha unión inició. Por su parte el artículo 18 del referido Código de Familia establece que:

“...La existencia de la unión matrimonial entre un hombre y una mujer con aptitud legal para contraerla y que reúna los requisitos de singularidad y estabilidad, surtirá todos los efectos propios del matrimonio formalizado legalmente cuando fuere reconocida por tribunal competente. Cuando la unión matrimonial estable no fuere singular porque uno de los dos estaba unido en matrimonio anterior, el matrimonio surtirá plenos efectos legales a favor de la persona que hubiere actuado de buena fe y de los hijos habidos de la unión.”.

Y concluye el artículo 19 siguiente:

“...La formalización o el reconocimiento judicial del matrimonio entre el hombre y la mujer unidos en la forma señalada en el artículo que antecede, retrotraerá sus efectos a la fecha de iniciada la unión, de acuerdo con lo manifestado por los cónyuges y testigos en el acta de formalización del matrimonio o la declarada en la sentencia judicial.”³³.

Al respecto es de resaltar la opinión de Peral Collado³⁴, en el sentido de que no hay que confundir, el **reconocimiento** judicial del matrimonio no formalizado y que regula el artículo 18 del Código de Familia antes citado, con la figura de la **equiparación** que consagraba la Constitución de Cuba en su artículo 43, ésta última que **equiparaba** a las uniones entre personas con capacidad legal para contraer matrimonio, al matrimonio, en ciertos casos y **únicamente por razones de equidad**, no por el convencimiento de la existencia real del matrimonio no legalizado, pues en el primer caso, los tribunales reconocen la existencia de una verdadera unión matrimonial y en tal caso no se equipara al matrimonio sino que se reconoce como tal y como consecuencia surte todos los efectos de éste; por su parte, en el segundo caso, los tribunales tomando en cuenta razones de equidad podían equiparar una unión estable no necesariamente de naturaleza matrimonial con éstas, caso éste último en el

³³ Fuente: <http://www.gacetaoficial.cu/html/codigo%20de%20lafamilia.html>, 21 de marzo de 2010, 23:17 hrs.

³⁴ Cfr. Citado por DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo, Op. cit., Pág. 418.

cual si operaba una verdadera equiparación precisamente porque no en todos los casos se trataba de una unión estable y lícita.

2.2. Antecedentes en México.

Una vez que revisamos la evolución que nuestro objeto de estudio ha tenido en el ámbito internacional, corresponde echar un vistazo a su evolución en el ámbito nacional, para ello preparamos los apartados siguientes.

2.2.1. Época Precolonial.

En la época precolonial, aproximadamente entre los siglos XV y XVI, especialmente en el Centro del país predominaba la poligamia, tal es el caso de la cultura Azteca; en contrapartida, quizá en menor medida, culturas como la Maya practicaban la monogamia. En aquellos lugares en donde se practicó la poligamia, era común que aún cuando a los hombres les era permitido tener tantas esposas secundarias o “concubinas oficiales”, como les conviniese (mismas que de acuerdo a sus costumbres tenían un lugar en su hogar), sólo era considerada como esposa legítima aquella mujer que se había desposado observando todas las ceremonias. Esto por supuesto, al estar permitido y formar parte de sus costumbres, no traía consigo la burla o el desprecio hacia las concubinas.

Para mayor claridad de lo expresado, resulta conveniente leer el siguiente párrafo en palabras de Jacques Soustelle, transcrito y citado por el maestro Manuel F. Chávez Asencio en su obra “La familia en el derecho”:

“El hombre casado o soltero, no sacerdote podía tomar cuantas mancebas quisiera, con tal de fueren libres de matrimonio de religión. Los padres daban mancebas a sus hijos mientras llegaba la edad de casarlos. Para tal fin pedían las muchachas a sus padres sin que éstos consideraran

deshonroso darlas, y sin que, ni en este caso ni en el de matrimonio se exigiere igualdad de rango social... ”³⁵.

Dado que no había nobleza de sangre en aquellos pueblos, en un principio, los hijos de la esposa legítima o principal eran quienes únicamente tenían derecho a la herencia, sin embargo se habla de casos en los cuales, los hijos de las concubinas que eran conocidos bajo el nombre de “*pilli*”, llegaban a suceder al padre, e incluso aspirar a las funciones más altas, como fue el caso del emperador Iztcóatl, hijo de una concubina de origen humilde.

El concubinato en muchos pueblos indígenas consistía en la unión voluntaria de un hombre “*tepuchtli*” y de una mujer “*temecauh*”, sin observar ningún tipo de formalidad como el pedimento de mano o algún otro rito, la causa principal era las más de las veces, de tipo económico pues no siempre se tenía acceso a los recursos económicos para soportar los gastos que las ceremonias exigían. El derecho pre-colonial llegaba a equiparar al concubinato con el matrimonio cuando ambos concubinos tenían tiempo de vivir juntos y con fama pública de casados, considerando adúlteros a la mujer que violaba la fidelidad que debía a su compañero o al hombre que tenía relaciones sexuales con mujer distinta de la suya. La concubina que duraba un lapso largo de tiempo como tal se convertía en esposa y recibía el nombre de “*tlacarcavilli*”.

2.2.2. Época Colonial.

En el año 1519 con la caída de México-Tenochtitlán a causa de la Conquista de los Españoles se impuso una nueva religión, usos y costumbres, una nueva cultura. Las costumbres y leyes familiares que existían se dejaron de lado para dar paso a nuevas formas, sin embargo, ante el fenómeno de la poligamia y la dificultad que representaba el haber sido una práctica muy común entre los reyes, caciques, señores principales y en una menor medida por las familias indígenas, los misioneros españoles que pretendieron aplicar el derecho

35 CHAVEZ ASECIO, Manuel F., *La familia en el derecho*, 35ª. Ed., Porrúa, México, 2000, Pág. 289.

español en la Nueva España, se vieron forzados a crear nuevas disposiciones ante las lagunas existentes en las leyes propias y su ineficacia frente a las costumbres tan arraigadas de los pueblos conquistados.

Los misioneros comenzaron con la labor de convencer a los indígenas de dejar sus múltiples esposas y conservar sólo una, a la “esposa legítima”, sin embargo éste no fue el problema principal, sino el de que muchos de estos matrimonios se habían celebrado sin tomar en cuenta los impedimentos contemplados por las leyes españolas así como por la Iglesia católica. A esto habría que agregar la también muy común, práctica de los conquistadores que al encontrarse lejos de sus mujeres y de sus familias, se relacionaban de manera pasajera con mujeres indígenas, dando como resultado el nacimiento de numerosos hijos abandonados. Fue tan común esta situación, que aunque no se obligó a los peninsulares a contraer nupcias con tales mujeres, sí se estableció el deber de dar alimentos a cargo de éstos para con aquellas y sus hijos.

Fue la Junta Apostólica, en 1524, la que decidió que para tratar de resolver el problema de la poligamia, se otorgara al indígena, la libertad para escoger de entre sus múltiples esposas, a aquella que iba a serlo bajo el rito cristiano, sin embargo ello no resolvía el problema de los hijos, especialmente la de aquellos producto de uniones que bajo las leyes españolas no se hubieren permitido.

Posteriormente el Papa Paulo II en 1537 con la “*Bula Altitudo Divini Consilii*”, resolvió definitivamente lo que habría de hacerse en esos casos: El matrimonio celebrado ante la Iglesia católica debía llevarse a cabo con la primera esposa con la que se hubiese contraído matrimonio. La esposa tomada en matrimonio bajo el rito católico y los hijos que hubiere procreado el hombre con ésta, serían los poseedores y herederos de sus bienes. Las demás mujeres dejaron de ser tratadas por igual y pasaron a ser únicamente exconcubinas o

concubinas abandonadas, quedando tanto ellas como sus hijos³⁶ desprotegidos y perdiendo los derechos de que gozaban anteriormente. A pesar de lo anterior, el matrimonio cristiano no fue la única unión existente en la sociedad colonial, pues el concubinato continuó siendo practicado masivamente.

2.3. Evolución Legislativa en el Distrito Federal.

Como muchos autores lo han señalado, el concubinato no fue objeto de regulación durante el siglo XIX, sino que fue hasta el Código Civil de 1928 que se dio una verdadera regulación, aunque dicho sea de paso demasiado breve, a pesar de ello haremos un comentario sobre los dos Códigos que le precedieron.

2.3.1. Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California (1870).

El Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1870, no contempla la figura del concubinato, probablemente debido al auge que en aquella época tenía el matrimonio religioso, lo cual produjo un desconocimiento de tal unión, sin embargo la más cercana referencia en relación a los efectos del concubinato la encontramos regulada con relación a los hijos en el artículo 370 del ordenamiento legal en comento, el cual consagraba la prohibición expresa a la investigación de la paternidad tanto a favor como en contra de los hijos naturales fruto de uniones fuera del matrimonio.

2.3.2. Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California (1884).

El Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de Baja California promulgado el 31 de marzo de 1884, sigue la misma tendencia ideológica que su antecesor, en cuanto al desconocimiento y ausencia de regulación del concubinato, sin embargo, ya en este

36 Los hijos de estas concubinas bajo esta normatividad fueron considerados “*fornezinos*”, que dentro de la clasificación que de los hijos ilegítimos se hace en las Siete Partidas de Alfonso X, eran los nacidos en adulterio o como producto de relaciones entre parientes o con grados prohibidos o los nacidos de monja.

ordenamiento se puede observar una concepción, con un sentido diverso, así pues, en su artículo 228 al establecer las causales de divorcio señalaba “...*El adulterio de la mujer es siempre causa de divorcio; el del marido lo es solamente cuando con él concurre algunas de las circunstancias siguientes:... II.- Que haya habido concubinato entre los adúlteros, dentro o fuera de la casa conyugal...*”³⁷.

De lo anteriormente transcrito podemos señalar que dicho Código regulaba al concubinato como un elemento constitutivo del adulterio, el cual conforme al mismo era considerado también como causal de divorcio, amén de que de acuerdo a las leyes penales, era sancionado como delito cuyo tipo penal se actualizaba cuando un individuo unido en matrimonio sostenía relaciones sexuales con persona distinta de su cónyuge. Esta figura se contraponía al concubinato actual, pues una de las características que lo distingue, es invariablemente que tal unión se conforma por personas libres de matrimonio y sin impedimento para contraerlo. Con relación a los hijos, en este Código se establecieron tres clases de hijos: a).- **Legítimos**: Aquellos cuyos padres estaban unidos por el vínculo del matrimonio; b).- **Naturales**: Aquellos concebidos fuera de matrimonio, en tiempo en que el padre y la madre podían casarse, aunque fuera con dispensa; y c).- **Espurios**: A los demás hijos, concebidos y nacidos fuera de matrimonio. Dependiendo del rango socio-jurídico que le correspondiera a un determinado hijo, se definía su posibilidad para heredar.

2.3.3. Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales en materia común y para toda la República en materia Federal (1928).

Señala el maestro Flavio Galván Rivera que “...*Con independencia de las críticas fundadas o infundadas, que se pueden enderezar en contra del legislador civil de 1928, debido a las limitadísimas consecuencias de derecho que atribuyó, expresa y excepcionalmente, al concubinato, un dato de la historia jurídica resulta inobjetable: por primera vez en el derecho mexicano se tuvo el valor de reconocer que en México, como en el mundo entero,*

37 HERRERÍAS SORDO, María del Mar, Op. cit., Pág. 19.

existe y se practica el concubinato y que esta conducta de los seres humanos genera consecuencias sociales que no es posible ignorar...”³⁸, y en efecto, en la exposición de motivos del Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales en materia común y para toda la República en materia Federal de 1928, vigente a partir del 1º. de octubre de 1932, se lee lo 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 a favor de la concubina, que al mismo tiempo es la madre, y que ha vivido 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 generalizado, hecho que el legislador no debe ignorar”*³⁹.

En este Código se dio al concubinato un tratamiento distinto al amasiato, la novedad consistió en otorgarle determinados efectos, entre los que destacan los siguientes:

a) La presunción de paternidad en favor de los hijos nacidos fuera de matrimonio y de los nacidos del concubinato. A los señalados en el primer caso se les concedió el derecho de investigar quien es su madre; y a los señalados en el segundo caso, se estableció en su favor la presunción de ser hijos naturales del concubinario y de la concubina, con lo que ya no era necesario para el hijo de esa época investigar judicialmente quien era su padre, dado que la ley presumía tal vínculo salvo prueba en contrario. Lo anterior con el fin de eliminar la diferencia que hasta entonces existía entre hijos legítimos y los nacidos fuera de matrimonio, bajo el argumento que en la citada exposición de motivos se expresaba de la siguiente manera: *“...es un irritante injusticia que los hijos sufran las consecuencias de las faltas de los padres, y que*

38 GALVAN RIVERA, Flavio, Op. Cit. Pág. 35.

39 HERRERÍAS SORDO, María del Mar, Op. Cit. Pág. 22.

se vean privados de los más sagrados derechos, únicamente porque no nacieron de matrimonio, de los cual ninguna culpa tienen...”.

b).- La herencia legítima en favor de los hijos de la concubina, respecto de la sucesión de su concubinario, resultó con lo anterior lógica y congruente, dada la eliminación de toda diferencia entre los hijos legítimos y los nacidos fuera de matrimonio, lo cual se vio reflejado en la redacción de ese entonces del artículo 1602 al establecer:

“ARTICULO 1602. Tienen derecho a heredar por sucesión legítima:...

*I.- Los **descendientes**, cónyuge, ascendientes, parientes colaterales dentro del cuarto grado, y en ciertos casos la concubina...”.*

c).- La herencia legítima en beneficio de la concubina. Este hecho fue una auténtica novedad, pues se consideró a la concubina, digna de ser tomada en cuenta como heredera legítima de su concubinario, bajo el argumento del legislador quien consideró *“justo que la concubina que hacía vida marital con el autor de la herencia, al morir éste, y que no tiene hijos de él o vivió en su compañía los últimos cinco años que precedieron a su muerte, tuviera alguna participación en la herencia legítima, pues en la mayoría de los casos, cuando se reúnen las expresadas circunstancias, la mujer es la verdadera compañera de la vida y ha contribuido a la formación de los bienes”*. Es así como se establecieron en el artículo 1635 las reglas y proporciones conforme a las cuales podría heredar la concubina, siempre que hubiere vivido con el autor de la herencia, como si fuera su marido, durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o bien con el que hubiera procreado hijos, sin importar el tiempo de convivencia, lo anterior también bajo el requisito indispensable de que ambos hubieren permanecido libres de matrimonio durante el concubinato, con la prevención de que si al morir el autor de la herencia tenía varias concubinas, ninguna de ellas tendría derecho a heredar. Al respecto vemos que el artículo 1635 dispuso:

“ARTICULO 1635. La mujer con quien el autor de la herencia vivió como si fuera su marido durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte, o con la que tuvo hijos, siempre

que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato, tienen derecho a heredar...”.

Resulta interesante la falta de reciprocidad e igualdad de que adolece el artículo anterior, ya que en ninguna parte se hizo alusión al concubino; en consecuencia, si observamos la redacción de los artículos 1602 y 1635 antes citados, nos damos cuenta que éste no tenía derecho a heredar de su concubina, sin embargo, ésta situación fue modificada para la segunda mitad del siglo XX (1983), cuando el citado artículo 1635, fue reformado para otorgar derecho a heredar ahora sí, al concubino (o concubinario como lo señaló el artículo mencionado), obviamente con las mismas restricciones que la concubina, dicho artículo quedó redactado en la forma siguiente:

“ARTICULO 1635. 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 sobreviven varias concubinas o concubinarios en las condiciones mencionadas al principio de este artículo, ninguno de ellos heredará.”.

d).- El derecho de alimentos post-mortem, a favor de la concubina, es decir, el deber del concubino de dejar alimentos al otorgar su testamento a aquellas personas con la que tuviera tal deber que fue ampliado para incluir entre ellas a la concubina, siempre que reuniera los requisitos señalados en el inciso anterior y a condición de que observara buena conducta y no se casara. El incumplimiento de lo anterior como uno de los límites a la libre testamentifacción y como un medio para garantizar el eficaz cumplimiento del deber de dar alimentos, traía como consecuencia la inoficiosidad del testamento así otorgado.

El texto original del Código Civil de 1928 fue objeto de múltiples reformas, en un primer lugar buscando la equiparación en el tratamiento legal del concubinario con el de la concubina, así, en el año de 1974 el artículo 1368 se reformó en el sentido de sustituir el

término “concubinaria” por el de “la persona con quien el testador vivió o procreó”, beneficiando con ello tanto al hombre como a la mujer. Posteriormente en el año de 1984 se modificó la denominación del capítulo correspondiente por el de “De la sucesión de los concubinos”, ya no solo de la concubina, y el artículo 1638 se adicionó con la indicación de que el sucesor no solo era la concubina sino el concubinario. Reformas éstas cuya finalidad primordial fue la de dotar de igualdad al hombre y a la mujer. Respecto a la temporalidad, ésta continuó establecida en el lapso de cinco años.

Consideramos importante que previo al análisis de los artículos que hoy día se encuentran vigentes en relación al concubinato, revisar como se encontraba regulado en un período inmediato anterior a las reformas del 25 de mayo del 2000, que trajeron cambios considerables para el mismo, todo ello con el fin de concluir el panorama general de su evolución.

2.3.4. Código Civil para el Distrito Federal antes de las reformas del 25 de mayo del año 2000⁴⁰.

De acuerdo con la redacción del Código Civil para el Distrito Federal, inmediata anterior a las reformas del 25 de mayo de 2000, no existía un capítulo específico respecto del concubinato por lo que podemos decir que era fundamentalmente el artículo 1635 que se refiere a la sucesión de los concubinos el que dentro de su redacción incluía los requisitos del mismo, estableciendo la necesidad de un hombre y una mujer libres de matrimonio, la vida en común como si fueran cónyuges, un tiempo de 5 años o más, salvo que antes de ese plazo procrearan hijos. El concubinato previo a las citadas reformas concretamente se encontraba regulado de la manera siguiente: a).- Respecto de los concubinos se reconocía entre ellos derecho a alimentos, de conformidad con los artículos 302, 1368 y 1373; derecho a heredar por sucesión legítima o intestamentaria, según lo dispuesto por los artículos 1602, fracción I y 1635; y derecho a subrogarse en los derechos y obligaciones derivados de un contrato de

⁴⁰ *Agenda Civil*, Ediciones Fiscales ISEF, 6ª. Ed., 1ª. Reimp., México, 1999.

arrendamiento de casa habitación celebrado por el concubinario o la concubina, cuando éste ha fallecido, de acuerdo con el artículo 2448-H; y b).- Con respecto a los hijos otorgaba una acción para la investigación de la paternidad cuando el o los hijos no hubieren sido reconocidos por el padre, de acuerdo con el artículo 382, fracción III; una presunción de ser hijos del concubinario y de la concubina, siempre que nacieran después de 180 días contados desde que comenzó el concubinato, o dentro de los 300 días siguientes al en que cesó la vida en común, según lo dispuesto por el artículo 383; y el de invocar la presunción de ser hijo del concubinario o de la concubina para acreditar la posesión de estado de hijo, a efecto de reclamar alimentos o el derecho para heredar por sucesión legítima.

2.3.5. Código Civil para el Distrito Federal a la luz de las reformas del 25 de mayo del año 2000.

Con el *“Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, del Código Federal de Procedimientos Civiles, del Código de Comercio y de la Ley Federal de Protección al Consumidor”*, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de mayo de 2000, se determinó que el anterior Código Civil de 1928, a partir de la entrada en vigor de dicho Decreto sería Código Civil Federal, por tanto sus reformas quedaron a cargo del Congreso de la Unión; a su vez, con el *“Decreto por el que se derogan, reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal”*, publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 25 de mayo del año 2000, se estableció que a partir de esa fecha, el anterior Código Civil de 1928, sería el Código Civil para el Distrito Federal, quedando en consecuencia sus reformas a cargo de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. Este nuevo Código Civil para el Distrito Federal reflejó las siguientes diferencias en relación con su antecesor:

1.- Se regula al concubinato en un capítulo específico, el capítulo XI denominado *“Del Concubinato”*, conformado por los artículos del 291-Bis al 291-Quintus;

2.- Se reconoce que los concubinos y su prole constituyen una familia, de conformidad con el artículo 291-Ter, en relación con los artículos 138-Ter, 138-Quater, 138-Quintus y 138-Sextus;

3.- Se reduce el plazo de convivencia de 5 a 2 años, estableciéndose que para el efecto del ejercicio de los derechos y obligaciones derivados del mismo, dicho plazo debe preceder inmediatamente a la generación de los mismos;

4.- Se establece en favor de los concubinos el parentesco por afinidad;

5.- Se establece el derecho del o la concubina que carezca de ingresos o de bienes suficientes para su sostenimiento, para que una vez terminado el concubinato pudiera exigir una pensión alimenticia por un tiempo igual al que haya durado el mismo; y

6.- Se establece a favor del concubino inocente que haya actuado de buena fe, el derecho de demandar del otro una indemnización por daños y perjuicios para el caso de que no se dé la situación de concubinato.

Es importante señalar que los artículos que no sufrieron modificación por dicho decreto fueron los siguientes:

a).- El artículo 1368 fracción V, que se refiere a la obligación del testador de dejar alimentos a la persona con quien vivió como si fuera su cónyuge, el cual originalmente subsistió sin modificación por lo que se refiere al plazo de 5 años que precedieran inmediatamente a su muerte, sin embargo fue modificado posteriormente a 2 mediante reforma del 28 de octubre del 2005.

b).- El artículo 1373 fracción III, que establece que cuando el caudal hereditario no fuere suficiente para dar alimentos a todas las personas a que se refiere el artículo 1368, después de haberse ministrado a los descendientes y a los ascendientes, se ministrarán, a prorrata a los hermanos y a la concubina.

c).- El artículo 1602 fracción I, que regula que tienen derecho a heredar por sucesión legítima los descendientes, cónyuges, ascendientes, parientes colaterales dentro del cuarto

grado y la concubina o el concubinario si se satisfacen los requisitos señalados por el artículo 1635; y

d).- El artículo 2448-H, que en materia de arrendamientos de casa habitación establece que si fallece el arrendatario, la concubina o el concubinario se subrogarán en los derechos de éste, en los mismos términos del contrato, siempre y cuando hubieren habitado real y permanentemente el inmueble en vida del arrendatario.

Por su parte, los artículos que si sufrieron modificaciones fueron el 302, en concordancia con el artículo 301 inmediato anterior que establece el deber recíproco de los concubinos de darse alimentos; 382, en lo relativo a que la negativa del presunto progenitor a proporcionar la muestra necesaria para la prueba respectiva constituye presunción salvo prueba en contrario de que es el padre o la madre, en su caso; el 383 en cuanto a la presunción de hijos del concubinato sustituyendo la expresión “los nacidos dentro de los 180 días contados desde que comenzó el concubinato”, por la de “los nacidos dentro del concubinato”; y por último, el 1635 que suprimió los requisitos que establecía para constituir concubinato los cuales se incluyeron en el recién creado artículo 291-Bis.

Por último, entre las adiciones señalamos la inclusión mencionada con anterioridad, del capítulo IX denominado “Del Concubinato”, conformado por los artículos 291-Bis a 291-Quintus cuyo contenido y últimas modificaciones serán objeto de análisis en el capítulo cuarto.

2.4. La regulación del concubinato en algunas entidades federativas. Cuatro casos sobresalientes.

Si bien el presente trabajo se enfoca en el estudio del concubinato en el Distrito Federal, resulta importante exponer el caso de cuatro entidades federativas cuya forma tan particular de abordarlo nos parece interesante, es por ello que en los siguientes apartados

haremos referencia a las legislaciones de los Estados de Hidalgo, Tlaxcala, Tamaulipas y Morelos.

2.4.1. Ley para la familia del Estado de Hidalgo⁴¹.

Resulta interesante destacar no sólo la particular forma de regular y concebir al concubinato, sino en general toda la cuestión familiar en el Estado de Hidalgo, misma que en el aspecto sustantivo se ve materializada en la denominada “Ley para la Familia”, y en el adjetivo, en el “Código de Procedimientos Familiares”. La primera de los mencionados y a la que nos referiremos principalmente, fue publicada en el periódico oficial de la entidad, el 9 de abril del 2007, y cuyos artículos del 143 al 146 nos permiten apreciar la naturaleza y efectos que al concubinato en dicha Entidad le son atribuidos.

El artículo 143 de la citada Ley define al concubinato como: “...*la unión de un hombre y una mujer libres de matrimonio, que durante más de cinco años, de manera pacífica, pública, continua y permanente, hacen vida en común como si estuvieran casados, con los deberes, derechos y obligaciones, previstos en el Capítulo V, Título Segundo de esta Ley.*”.

Esta Ley al igual que nuestro Código Civil lo reconoce como fuente generadora de familia, el artículo antes transcrito no deja lugar a dudas al disponer que el concubinato sólo se puede celebrar entre un hombre y una mujer libres de matrimonio; a diferencia de las disposiciones vigentes en nuestro Código Civil, se exige un plazo de 5 años para constituirlo, además de que establece que la manera de hacer vida común, debe ser “*pacífica, pública, continua y permanente*”, requisitos éstos que nos recuerdan a la figura jurídica de la prescripción positiva o “usucapión”. Al margen de lo anterior, lo aún más destacable de dicha legislación consiste en que el concubinato se *equipara al matrimonio surtiendo todos los efectos de éste* si además de cumplirse con los requisitos establecidos en el 143 antes

⁴¹Fuente:<http://info.hidalgo.gob.mx/NORMATECA/BRSCGIEXE?CMD=VERDOC&BASE=H1D1&PIECE=N004&DOCN=000000564>, 21 de marzo de 2011, 10:15 hrs.

transcrito, se cumple con lo estipulado en el artículo 145⁴² siguiente que obliga inscribirlo en el libro que para tales efectos se lleva en la Oficialía del Registro del estado Familiar en dicha entidad, pudiendo solicitar dicha inscripción no solo los concubinos de común acuerdo o incluso solo uno de ellos, sino también los hijos, ya sea por su propio derecho o a través de sus representantes legales y a falta de éstos, a través del Ministerio Público, sin embargo hay que aclarar que también se establece un plazo de 30 días para que en caso de que la solicitud la realice uno sólo de los concubinos o los hijos, puedan contradecirla, y en caso de surgir controversia un Juez de lo Familiar resolverá de conformidad con el Código de Procedimientos Familiares, ya sea que se trate de contencioso o voluntario. Ahora bien, una vez que previa anotación en el libro respectivo, se expide el acta, los derechos y obligaciones que por ese acto les son atribuidos se retrotraen al día “cierto” y “determinado” en que se inició el concubinato, sin embargo, como hemos visto, por tratarse de un hecho que surge en forma espontánea, consideramos que muy difícilmente se podrá acreditar con tales cualidades la fecha en que tal unión inició.

Podemos decir que es en la legislación de esta entidad en donde el concubinato ha tenido un mayor avance, pues como vemos se considera un “matrimonio por comportamiento” y le son reconocidos los derechos y obligaciones que corresponden a los cónyuges, los cuales se señalan en los artículos 40 al 53 que conforman el capítulo V, Título Segundo de la citada Ley para la familia; además, saltan a la vista las innovaciones realizadas como consecuencia lógica de tal equiparación, entre las que podemos listar: a).- El hecho de que se considera al concubinato como un estado familiar; b).- Como consecuencia de lo anterior, existe un libro

42 “Artículo 145.- El concubinato se equipara al matrimonio, surtiendo todos los efectos legales de éste, cuando se satisfagan los requisitos siguientes: I.- Que la unión concubinaria tenga las características que dispone el Artículo 143 de este ordenamiento; II.- Solicitar los concubinos conjunta o separadamente la inscripción del concubinato, en el libro respectivo que sobre esta materia y por separado del matrimonio, debe llevarse en la Oficialía del Registro del Estado Familiar, siempre que llenen los requisitos del Artículo 143 de este ordenamiento; y III.- La solicitud a que se refiere la fracción anterior, también podrá pedirse por los hijos o a través de su representante legal o por el Ministerio Público. Hecha la solicitud mencionada, se procederá a la expedición y anotación del acta respectiva en el libro de concubinatos, surtiendo sus efectos retroactivamente, al día cierto y determinado de iniciación del concubinato. Si la petición se hace por uno de los concubinos, los hijos o el Ministerio Público, se concederá al otro o a ambos, según sea el caso, un plazo de 30 días hábiles para contradecirla. Si surge controversia, se remitirán las actuaciones al Juez Familiar, para que resuelva conforme a lo dispuesto en el Código de Procedimientos Familiares para el Estado de Hidalgo.”.

especial para el registro de los concubinatos con lo que surge la necesidad de facultar a los Oficiales del Registro del Estado Familiar para asentar y expedir actas de este tipo; c).- El régimen patrimonial se rige por un contrato muy similar a las capitulaciones matrimoniales que regulan la sociedad conyugal, cuya liquidación se realizará también en dichos términos, y a falta de este contrato el concubinato se regirá como si estuviese sujeto al régimen de separación de bienes; d).- El concubinato se disuelve por las mismas causas que el matrimonio. Pero insistimos, todos estos derechos se encuentran sujetos a la inscripción del concubinato en el Registro del Estado Familiar.

2.4.2. Código Civil para el Estado de Tlaxcala⁴³.

En Tlaxcala el concubinato es un estado jurídico tolerado, pero al mismo tiempo considerado como una tarea más para el Estado al procurar por todos los medios a su disposición que todas las parejas que vivan en concubinato contraigan matrimonio. A esta figura no se le dedica algún capítulo especial, e incluso se encuentra regulado y definido en el mismo artículo 42 del Código Civil del Estado que se refiere al matrimonio y que dispone:

*“ARTICULO 42.- El matrimonio debe celebrarse ante los funcionarios que establece la ley y con todas las solemnidades que ella exige. **El Estado procurará, por todos los medios que estén a su alcance, que las personas que vivan en concubinato contraigan matrimonio.** Para la realización de este fin estatal, que es de orden público, se efectuarán campañas periódicas de convencimiento en las que colaborarán funcionarios y maestros del Estado. **Hay concubinato cuando un solo hombre y una sola mujer solteros se unen, sin estar casados, para vivir bajo un mismo techo, como si lo estuvieren.** Salvo disposición de la ley en otro sentido, cuando este Código hable de concubina o concubinario, se entenderá que se refiere a las personas que viven en las condiciones supuestas en este párrafo.”*

De la lectura de este artículo nos damos cuenta que no establece en principio ninguna clase de temporalidad, sino únicamente se limita a señalar los elementos constitutivos, es decir, un hombre y una mujer, solteros, unidos sin estar casados y viviendo bajo un mismo

43 Fuente: <http://www.congresotlaxcala.gob.mx/index.php?pagina=4>, 26 de marzo de 2010, 19:00 hrs.

techo como si lo estuvieren. Sin embargo, si buscamos un poco más en dicho cuerpo legal encontramos lo siguiente:

a).- La relación que resulta por virtud del concubinato es asimilada por la ley al parentesco por afinidad, sin embargo únicamente comprende a los parientes consanguíneos en línea recta, ascendente o descendente, sin limitación de grado; y su único efecto es constituir un impedimento para el matrimonio.

b).- Se establece entre los concubinos el deber de dar alimentos y sucesorios.

c).- Se establece la presunción de paternidad.

d) Con respecto a la temporalidad, en materia sucesoria el artículo 2910 del Código Civil establece:

*“ARTICULO 2910.- La concubina hereda al concubinario y éste a aquella en las mismas porciones y lugar que establecen los artículos 2899 a 2905, para el cónyuge supérstite, si reúne una de las condiciones siguientes: I.- **Que el tiempo de vida común que precedió inmediatamente a la muerte del autor de la herencia haya durado un año o más si el supérstite no tuvo hijos con el autor de la sucesión;** II.- **Que el supérstite haya tenido uno o más hijos del autor de la herencia, cualquiera que haya sido la duración de la vida común inmediatamente anterior a la muerte de éste.**”.*

Ahora bien, como podemos apreciar, el artículo antes transcrito establece la duración de un año o más para tener vocación para heredar por sucesión legítima, temporalidad que no se señala para la generación de otro tipo de derechos, por lo cual y bajo el principio romano *“Ubi eadem ratio, ibi idem ius”*⁴⁴ (Donde existe la misma razón, existe la misma disposición) suponemos que es la misma para todos los casos.

⁴⁴ MORALES HERNANDEZ, Manuel, *Principios Generales del Derecho*, Porrúa, México, 2009. Pág. 301.

Por último es menester señalar que quizá lo más relevante de esta legislación es que le atribuye al concubinato la naturaleza jurídica de persona jurídica⁴⁵, y por lo que se refiere a la cuestión patrimonial remite para la misma a las reglas de liquidación de una sociedad conyugal, disposición que curiosamente se encuentra en el capítulo de las sociedades del mismo ordenamiento legal según vemos en los artículos que para una mejor comprensión de lo antes expresado, transcribimos a continuación:

“...TITULO DECIMOQUINTO. DE LAS PERSONAS JURIDICAS. SECCION PRIMERA. GENERALIDADES... ARTICULO 642.- Las personas jurídicas autorizadas por la ley tienen capacidad de goce y de ejercicio, salvo que su autonomía esté restringida por disposición legal o declaración judicial.- ARTICULO 643.- Son personas jurídicas:... V.- Los grupos, reconocidos por la ley, de personas físicas unidas temporal o permanentemente por un mismo interés jurídico...”

Y afirmamos que dentro de los grupos de personas físicas a que se refiere la fracción V del artículo 643 antes citado se encuentra el concubinato según vemos en los artículos 720 al 724 que establecen:

“SECCION CUARTA. DE LOS GRUPOS DE PERSONAS FISICAS UNIDAS POR INTERESES COMUNES. ARTICULO 720.- Cuando dos o más seres humanos tienen interés en un mismo fin, y éste es lícito y susceptible de realizarse con la participación de ellos, forman un grupo con capacidad jurídica, si la ley en atención a la realización de ese fin, concede derechos e impone deberes jurídicos tanto al grupo, como a sus componentes.”

*“ARTICULO 721.- Limitativamente este Código reconoce capacidad jurídica a los siguientes grupos: familia, sociedad conyugal, **concubinato**, copropietarios sujetos al régimen de propiedad en condominio y acreedores sujetos al concurso de su deudor.”*

45 Al respecto, compartimos la opinión del maestro Flavio Galván Rivera al sostener que carece de todo sustento lógico-jurídico otorgar simultáneamente la misma naturaleza de derecho a la causa que al efecto, esto es, al concubinato que es la causa generadora, y a la familia que es el efecto, a la cual en todo caso y de así ser aceptado, es a la que debería únicamente ser reconocida tal naturaleza.

“ARTICULO 722.- La representación de estos grupos estará a cargo de quien designe la Ley. Si la Ley no hace esta designación, la representación estará a cargo de quien designen los componentes del grupo por mayoría. El concubinato será representado conjuntamente por el concubinario y la concubina.”.

“ARTICULO 723.- Cesa la capacidad jurídica de estos grupos en los casos señalados por la ley y cuando se haya realizado o extinguido el fin con motivo del cual surgieron.”.

“ARTICULO 724.- Además de lo dispuesto por la ley, los grupos de personas físicas unidas por un interés común se rigen por las reglas establecidas en la sección segunda y tercera de este Título XV del presente Código, las cuales se aplicarán por analogía en cuanto no se opongan a la naturaleza de tales grupos.”.

Por cuanto hace a la liquidación de las relaciones patrimoniales nacidas del concubinato, el artículo 682 del mismo ordenamiento señala:

*“...SECCION TERCERA. DE LAS SOCIEDADES. CAPITULO I. DISPOSICIONES GENERALES...
ARTICULO 682.- La liquidación de las relaciones jurídicas de contenido económico existentes entre el concubinario y la concubina, se rige por las disposiciones de este Código sobre la sociedad conyugal, las cuales se aplicarán por analogía, y por las disposiciones de esta sección tercera, del título XVII del libro I, con excepción de las contenidas en los artículos 670 a 676 y de todas aquellas que sean incompatibles con la naturaleza jurídica del concubinato. Es también aplicable al concubinato, por analogía, el artículo 64 de este Código.”.*

2.4.3. Código Civil para el Estado de Tamaulipas⁴⁶.

El Código Civil de Tamaulipas, vigente durante los años de 1940 y 1960, no contenía dentro de sus disposiciones, regulación alguna acerca del matrimonio formal, en realidad reguló una especie de matrimonio por comportamiento pues su artículo 70 establecía que *“...se considerará matrimonio la unión, convivencia y trato sexual continuado de un solo*

46 Fuente: <http://po.tamaulipas.gob.mx/default.asp>, 21 de abril de 2010, 20:00 hrs.

hombre con una sola mujer...”, es decir, no requería ninguna formalidad o solemnidad sino que de conformidad con dicho Código, los interesados acudían al Registro Civil únicamente a inscribir su matrimonio con el fin de obtener una constancia oficial. Se celebraba sin observar ninguna formalidad y las únicas formas que existían de disolverlo eran por muerte o por divorcio.

En la actualidad, el vigente Código Civil para el Estado de Tamaulipas ya contempla una regulación específica para el matrimonio y respecto al concubinato no lo define propiamente, sin embargo, lo regula en diversos aspectos de los cuales podemos distinguir sus características más importantes, las cuales veremos a continuación:

En su artículo 633 se establece que se entiende por familia a *“las personas que estando unidas por matrimonio, **concubinato** o por parentesco consanguíneo, civil o afín, habiten una misma casa.”*. Es decir, que el concubinato requiere tanto para su constitución como para la generación de relaciones familiares, que ambos concubinos habiten una misma casa. Por otro lado, en lo relativo al parentesco en la relación concubinaria en comparación con la regulación existente en el Distrito Federal, **no se reconoce la existencia de parentesco por afinidad**, atento a lo dispuesto por su artículo 270 cuyo contenido es del tenor literal siguiente: *“...El parentesco por afinidad es el que, con motivo del matrimonio, surge entre cada cónyuge y los parientes consanguíneos del otro”*, con lo cual lógicamente los concubinos quedan excluidos de esta posibilidad.

En cuanto a la temporalidad que debe preceder a la generación de derechos y obligaciones podemos notar que existe discrepancia y hasta incongruencia en la exigida pues si revisamos por ejemplo en materia de alimentos, notamos que en el artículo 280 se fija **un plazo de tres años**, siempre que hayan vivido *“maritalmente”* durante ese lapso, o incluso menos si tuvieron descendencia, siempre que hayan permanecido libres de matrimonio, éste último, que resulta ser otro de los elementos esenciales del concubinato; y por otro lado en materia sucesoria, el artículo 2693 establece el derecho a heredar de los concubinos en las mismas proporciones y orden que el cónyuge supérstite siempre que libres de matrimonio

hayan convivido como si fueran cónyuges durante **por lo menos cinco años** que precedan a la muerte de uno de ellos, plazo que no es necesario cuando hayan tenido descendencia. Sin embargo, el artículo 2694 establece que si la vida en común no duró el mínimo de cinco años pero si más de tres, el concubino superviviente tendrá derecho a alimentos sólo si carece de bienes y está imposibilitado para trabajar.

De esta legislación destacamos lo dispuesto por el artículo 317 que dispone que la filiación de los hijos del concubinario y de la concubina se demuestra con el acta de nacimiento de aquéllos y con la prueba de la fecha en que comenzó la vida común de sus padres, lo cual nos hace preguntarnos, ¿si los padres en el acta de nacimiento ya reconocieron al hijo nacido del concubinato, qué sentido tendría que adicional a ello, debiera acreditarse la fecha en que inició el concubinato si en un documento fehaciente dicha filiación ya quedó reconocida?, y en todo caso ¿cuál sería la prueba adecuada para establecer la fecha de inicio de un hecho que como sabemos nace en forma espontánea?, lo anterior quizá únicamente serviría para el caso de que el hijo sólo hubiese sido reconocido por uno solo de los concubinos, pero en este caso la Ley debería disponer con mayor claridad, cuándo dicha prueba resulta necesaria, lo cual debería incluirse en la parte que fija las reglas de presunción de paternidad establecidas en el artículo 314 anterior. Por último, es de resaltarse la disposición impuesta a los Notarios en el artículo 649 por lo que se refiere al patrimonio de familia, que establece “...*el Juez citará a las dos personas que hacen vida matrimonial y sin formalidad alguna **procurará convencerlas para que contraigan entre sí matrimonio** si no existe impedimento no dispensable, y para que reconozcan a los hijos que hayan procreado; pero el hecho de que no contraigan matrimonio no impedirá la constitución del patrimonio de familia... Cuando la constitución del patrimonio se realice ante Notario Público, éste hará las exhortaciones a que se refiere el párrafo anterior y la explicación de la consecuencia de no reconocer a los hijos producto del concubinato para la solicitud de constitución del patrimonio de la familia...*”.

2.4.4. Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos⁴⁷.

Este Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos, creado con el fin de contribuir a que el Derecho de Familia lograra una independencia doctrinal, legislativa y judicial, fue publicado en el periódico oficial del Estado el 06 de septiembre de 2006, derogando todas las disposiciones de orden familiar que hasta el inicio de vigencia de dicho Código se encontraban reguladas en el Código Civil, su fin, crear normas que definieran a la familia, así como normas tendientes a reglamentar instituciones jurídico-familiares como el concubinato que es considerado como “*un medio para crear familia y del cual derivan obligaciones que no están sujetas a discusión sino que son carácter impositivo.*”, según se puede leer en los Considerandos del propio Código.

También en dichos Considerandos podemos darnos cuenta de que el concubinato es considerado como un matrimonio de hecho y por tanto, de suma importancia su regulación, otorgándole derechos y obligaciones en materia de alimentos, filiación y sucesión hereditaria, de ahí su inclusión en el libro tercero del Código en comento.

Este Código define al concubinato de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 65.- CONCUBINATO. Es la unión de hecho de un hombre y una mujer, ambos libres de matrimonio y sin impedimento para contraerlo, que viven de forma constante y permanente, generando derechos y obligaciones al procrear hijos o manteniendo la convivencia. Para acreditar el concubinato, el Juez deberá tomar en consideración que los concubinos han vivido en común de manera ininterrumpida durante cinco años o han cohabitado y procreado un hijo o más en común.”.

De lo anterior destacamos que para constituir el concubinato es necesario que haya convivencia en común en forma ininterrumpida durante 5 años o tengan un hijo o más en común.

47 Fuente: <http://www.morelos.gob.mx/10consejeria/files/Codigos/CodigoFamiliar.pdf>, 21 de abril de 2010, 23:00 hrs.

En este Código se establecen reglas en cuanto a la presunción de los hijos de los concubinos, derechos en materia de alimentos y sucesorios, sin embargo, lo aún más destacable es que le reconoce a la familia morelense personalidad jurídica, en virtud de tratarse de *“una agrupación natural que tiene su fundamento en una relación estable entre hombre y mujer y su plena realización en la filiación libre, consciente, responsable informada, aceptada y dirigida por la pareja, unidas por el vínculo... del concubinato”*.

CAPITULO 3. EL NOTARIO Y SU ACTIVIDAD. EL INSTRUMENTO NOTARIAL.

3.1. El Notariado. Nociones generales.

Creemos que es necesario conocer algunos aspectos generales de la actividad del Notario, los principios bajo los cuales se rige, así como los instrumentos de que se vale para el ejercicio de su función, lo anterior con el fin de que en el momento oportuno, podamos válidamente afirmar que la función notarial resulta idónea para la elaboración de un medio de prueba del concubinato.

Al notariado -nos enseña el maestro JORGE RIOS HELLIG-, puede considerársele bajo los siguientes tres aspectos:

En primer lugar, como **Institución**, pero para comprenderlo de tal manera es necesario definir qué es lo que debemos entender por institución, y así encontramos que la palabra institución viene del latín “*instituo-onis*”, que significa establecimiento o fundación de una cosa; cada una de las organizaciones fundamentales de un Estado, Nación o Sociedad.

Es indiscutible que el notariado es una organización fundamental para el Estado, con derecho de tradición romana, es, como señala Maurice Hauriou⁴⁸, “*una idea de obra y de actividad que se ha realizado y durado con una regulación específica en la sociedad, es una de las organizaciones que coadyuvan con el Estado para lograr uno de sus fines más importantes, la seguridad jurídica*”.

El Notariado como tal, se encuentra conformado tanto por notarios como por autoridades, que en el caso de los primeros, valiéndose de elementos materiales tales como el protocolo, el libro de registro de cotejos, los apéndices, testimonios, sellos, etc., tienden a la realización de un fin común y último, que consiste en satisfacer la necesidad de la sociedad

48 Citado por ROJINA VILLEGAS, Rafael, Op. cit. Pág. 219.

que dentro de un estado de derecho requiere le sea brindada seguridad jurídica, la cual se logra a través de la dación de fe.

Ahora bien, de la lectura del artículo 3º de la Ley del Notariado para el Distrito Federal podemos corroborar lo anteriormente dicho, por lo que para mayor claridad a continuación transcribimos:

*“...Artículo 3. En el Distrito Federal corresponde al Notariado el ejercicio de la función notarial, de conformidad con el artículo 122 de la Constitución. El Notariado es una garantía **institucional** que la Constitución establece para la Ciudad de México, a través de la reserva y determinación de facultades de la Asamblea y es tarea de ésta regularla y efectuar sobre ella una supervisión legislativa por medio de su Comisión de Notariado. El Notariado como garantía institucional consiste en el sistema que, en el marco del notariado latino, esta Ley organiza la función del notario como un tipo de ejercicio profesional del Derecho y establece las condiciones necesarias para su correcto ejercicio imparcial, calificado, colegiado y libre, en términos de Ley. Su imparcialidad y probidad debe extenderse a todos los actos en los que intervenga de acuerdo con ésta y con otras leyes.”.*

Del artículo transcrito se desprende que la garantía institucional del Notariado consiste en brindar seguridad jurídica a través de la fe pública, la cual se ve materializada en la actuación del notario quien al ser perito en derecho, asesora a las partes con sentido profesional e imparcial, redacta bajo su responsabilidad y autoría el instrumento notarial dando forma a un acto jurídico bajo su autonomía, lo conserva, reproduce, autoriza y en su caso, registra. En esta actuación interviene la autoridad⁴⁹ a través de la aplicación de la Ley del Notariado y la vigilancia de su debido cumplimiento, así como en la consecución de programas especiales, de fomento a la vivienda y regularización de la tenencia de la propiedad

49 De conformidad con el artículo 2º. de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, “...se entenderá por: ...VI. "Autoridades competentes": La Consejería Jurídica y de Servicios Legales, por sí, o a través de la Dirección General Jurídica y de Estudios Legislativos y las direcciones y subdirecciones competentes de ésta, salvo que por el contexto de esta ley deba entenderse adicional o exclusivamente otra autoridad;...”.

inmueble o para atender asuntos de orden público e interés social, en los términos de los artículos 5º, 8º, 9º, 16 a 20 y demás relativos y aplicables de la mencionada Ley.

El Notario sin embargo no es un funcionario público, sino un particular perito en derecho, forma parte de la administración pública, y en opinión del maestro Gabino Fraga⁵⁰, su función queda comprendida dentro de la llamada descentralización por colaboración, puesto que única y exclusivamente coadyuva con el Estado sin estar adscrito al Poder Ejecutivo, lo cual implica que no está sujeto a ninguna renuncia que le pueda solicitar la autoridad, ni sujeto a ningún tipo de sueldo que provenga del erario federal o local.

Por último es preciso señalar que el ejercicio notarial debe ser: a).- Imparcial; b).- Calificado; c).- Colegiado; d).- Libre; e).- En términos de ley; y f).- Honrado.

En segundo lugar, como **Vocación**, ya que la actividad notarial lleva implícito un alto grado de responsabilidad, conciencia social y de servicio, y honestidad, que hacen que los actos que realiza el notario se presuman verdaderos, ciertos y reales.

Y por último, como **Especialidad**, ya que la materia notarial al tener la cualidad de relacionarse de forma constante con todas o casi todas las ramas jurídicas, requiere de personas cuya preparación jurídica, social y humana les permita ejercer dignamente la función notarial, para lo cual es necesario que dichas personas tengan conocimientos respecto de todas o casi todas las ramas jurídicas, y por supuesto, que estén en constante actualización, pues como se señaló anteriormente, la redacción del instrumento se encuentra bajo su responsabilidad, así su preparación se ve reflejada en ella.

50 Citado por RIOS HELIG, Jorge, *La práctica del derecho notarial*, 7ª. Ed, Mc Graw Hill, Serie Jurídica, 2007. Pág. 49.

3.1.1. Sistemas de Notariado.

Para entender de manera más amplia la función notarial es importante exponer brevemente los tres sistemas más importantes de notariado, es decir: a).- El notariado latino; b).- El notariado anglosajón; y c).- El notariado totalitario.

3.1.1.1. El Notariado Latino.

Este sistema, adoptado por aquellos países que pertenecen al sistema romano-germánico, se distingue por la aplicación del derecho escrito, no el consuetudinario, el Notario es un profesional del derecho que accede a esta función por carrera, pues previos los exámenes respectivos acredita su capacidad para el ejercicio de la función, y en virtud de sus conocimientos jurídicos está facultado para dar forma a un acto jurídico lo cual realiza actuando de forma autónoma y libre, lo redacta, conserva, reproduce, autoriza y registra en su caso.

Los Notarios del Distrito Federal, con fundamento en el artículo 65 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, son inamovibles en su cargo, este artículo establece la permanencia y definitividad de las patentes tanto de aspirante como de notarios.

En 1995 el Congreso Internacional del Notariado Latino celebrado en Berlín adoptó una declaración que menciona las principales características del Notariado de tipo latino que el Notario Ponciano López Juárez⁵¹ cita y que son las siguientes:

1. El Notario ejerce funciones públicas en el marco de actividades no contenciosas instauradas por el Estado, y cumple numerosas funciones sociales en el ámbito del orden social, y con este fin es un oficial público delegado autónomo de la autoridad pública del Estado.

51 LOPEZ JUAREZ, Ponciano, *Los elementos de identidad del notariado de tipo latino*, Breviario número 3, México, Porrúa-Colegio de Notarios del Distrito Federal, 2001, Pág. 63.

2. Las funciones públicas y sociales del Notariado están, de un modo muy particular al servicio del respeto y salvaguarda de la legalidad y mantenimiento de la seguridad jurídica y de la equidad.
3. El Notario ejerce sus funciones estableciendo actos auténticos previstos de fuerza probatoria y ejecutoria, prestando, por una parte, un servicio de consulta y de asistencia completa al ciudadano, estando éstas últimas actividades íntimamente ligadas a la autenticación así como al cumplimiento de actos judiciales dentro del marco de la jurisdicción voluntaria, con lo que el notario contribuye así a agilizar el poder judicial del Estado.
4. El Notario ejerce sus funciones públicas de manera imparcial, guardando el secreto profesional, así como su independencia sustancial, económica y personal en el marco de una profesión liberal específicamente regulada, aportando su contribución específica a la protección del consumidor.
5. La institución del Notariado, por la organización territorial de la profesión y en el marco de sus competencias, garantiza la asistencia jurídica a favor del ciudadano en todo el territorio nacional, y de igual modo tras las fronteras y en particular mediante la libre circulación de documentos notariales.
6. El Notario está sometido a un control severo y regular con respecto a todas sus actividades y funciones por las cámaras o colegios notariales y por las autoridades del Estado, con lo que se asegura la responsabilidad personal de sus actividades y funciones.
7. El Notario adquiere y mantiene su competencia jurídica mediante la habilitación universitaria, una formación post-universitaria de orden práctico y un perfeccionamiento permanente de su formación profesional.

Por su parte el maestro Jorge Ríos Hellig⁵² nos señala que el Notario de tipo latino tiene las siguientes características:

52 RIOS HELLIG, Jorge, Op. cit. Pág. 36.

- a).- Es un asesor de las partes;
- b).- Interpreta la voluntad de las partes;
- c).- Redacta, lee y explica el documento;
- d).- Autoriza el instrumento imprimiéndole al acto el reconocimiento del Estado;
- f).- Reproduce el instrumento; y
- g).- Su cargo es por tiempo indefinido.

3.1.1.2. El Notariado Anglosajón.

A este sistema pertenecen aquellos países que adoptan el sistema jurídico del “*common law*” o derecho consuetudinario y se distingue del anterior, por cuanto a que en este sistema se desconoce al documento auténtico y su eficacia pública.

Por lo general en este tipo de sistemas no hay Colegios de Notarios, no existe el principio de matricidad, no hay asesoría imparcial, no hay necesidad de que sus exponentes sean abogados, por lo que carece en la mayoría de los casos de la formación profesional adecuada, el notario de carácter anglosajón es considerado únicamente un testigo calificado cuya actividad se limita en la mayoría de las veces a la certificación de la puesta de firma de una persona en un documento o a dar fe de su identidad, no redacta el instrumento, no se introduce al fondo del acto, no vigila la legalidad, y por tanto el juez siempre tiene la última decisión. No es un asesor jurídico, ni mucho menos interpreta la voluntad de las partes, no tiene archivos y su cargo es temporal.

3.1.1.3. El Notariado Totalitario.

Este tipo de Notariado es adoptado en países de régimen socialista en donde la propiedad privada es escasa por lo que tiende a adecuarse a los sistemas económicos modernos, el tráfico jurídico es muy escaso, es poco el índice que puede haber de operaciones particulares, dentro de este sistema totalitario el notario forma parte integral del aparato burocrático, pero eso no quiere decir que sea un notario anglosajón forzosamente, pues puede

llegar a ser un notario de corte latino si es que en su país se aplican leyes de origen románico como sucede en Cuba.

3.2. El Notariado Mexicano.

El sistema al que pertenece el Notariado Mexicano es pues, como se puede observar, el Notariado de corte Latino, por lo que se refiere al Distrito Federal, la consolidación de su función y la justificación de su existencia, se materializan mediante la asesoría que el notario da al público sobre diversas materias, convirtiéndose en fuente de seguridad jurídica en proyectos de interés para el Estado, donde el instrumento notarial goza de legalidad, posee la cualidad de efectividad y además hace prueba plena, lo anterior en virtud de que el notariado mexicano es reconocido como un ente social bastante útil, del cual se exige preparación y entrega a su actividad. Al respecto el artículo 6º de la Ley del Notariado para el Distrito Federal señala:

*“...Artículo 6. Esta Ley regula el tipo de ejercicio profesional del derecho como **oficio jurídico** consistente en que el Notario, en virtud de su **asesoría** y **conformación imparcial** de su documentación en lo justo concreto del caso, en el marco de la equidad y el Estado Constitucional de Derecho y de la legalidad derivada del mismo, reciba por fuerza legal del Estado el reconocimiento público y social de sus instrumentos notariales con las finalidades de protección de la seguridad jurídica de los otorgantes y solicitantes de su actividad documentadora.”.*

Por su parte el artículo 14 de la mencionada ley señala:

“...Artículo 14. De conformidad con los postulados del Notariado Latino incorporado al sistema del Notariado local, en cada instrumento y en la asesoría relativa el notario deberá proceder conforme a los principios jurídicos y deontológicos de su oficio profesional; consiguientemente, no podrá tratar a una parte como su cliente y a la otra no, sino la consideración será personal y profesionalmente competente por igual desde la buena fe y la asesoría imparcial a cada parte o persona que solicite su servicio. La violación a este artículo ameritará queja.”.

3.3. La Fe Pública.

Una vez que señalamos los tipos o sistemas de notariado corresponde definir la facultad que permite al Notario dotar de certeza jurídica a los actos y hechos pasados ante el, es decir la fe pública.

3.3.1. Concepto.

Empezaremos señalando que el vocablo “fe”, como nos indica el maestro Jorge Ríos Hellig, “...es sinónimo de certeza o seguridad, esto es, creer en algo que no nos consta y que no hemos percibido por alguno de los sentidos...”⁵³, concepto que en sentido jurídico reviste la cualidad de ser obligatorio, además de que está dirigida a una colectividad, debe constar siempre en forma documental, y dado que los instrumentos públicos son expedidos por fedatarios o autoridades dotados de tal facultad con el fin de brindar seguridad jurídica, el Estado obliga a tener por cierto, todo aquello que de ella emana.

Existen múltiples definiciones de lo que es la fe pública, sin embargo, el autor antes citado la define como el “...*Imperativo jurídico que impone el Estado a un pasivo contingente universal para considerar cierta y verdadera la celebración de un acto o el acaecer de un evento que no percibe este contingente por sus sentidos...*”.

Y si se analiza la anterior definición podemos separar sus elementos y así resultan: a).- El hecho de ser un **imperativo jurídico** en virtud de ser forzoso tener por cierto lo contenido en cualquier instrumento emanado del Estado, ya sea a través de un fedatario o de una autoridad; b).- Es impuesto a un **pasivo contingente** ya que su efecto inmediato es el de ser oponible a cualquier persona; c).- Su objeto es **considerar como cierto un acto o un hecho**; y por último, d).- Que aquello que se pretende considerar como cierto no necesariamente es percibido por los sentidos de aquellos a quienes se obliga a tenerlo como tal. Todo esto

53 RIOS HELLIG, Jorge. Op. cit., Pág. 57

mientras no sea declarada judicialmente la falsedad o nulidad del instrumento público, lo cual se encuentra regulado en los artículos 156 y 157 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, mismos que transcribiremos más adelante al tratar el tema de la eficacia del instrumento notarial.

Por último es preciso señalar lo que se contiene en el primer párrafo del artículo 26 de la Ley del Notariado con relación a la función autenticadora del notario, claro, refiriéndose a la fe pública y al respecto menciona: “...*La función autenticadora es la facultad otorgada por la Ley al Notario para que se reconozca como cierto lo que éste asiente en las actas o escrituras públicas que redacte, salvo prueba en contrario...*”.

3.3.2. Requisitos.

Para que la fe pública pueda ser ejercida de forma plena, debe reunir ciertos requisitos que le permiten otorgar la certeza jurídica a los actos y hechos pasados ante su fe y éstos son:

a).- EVIDENCIA: Que consiste en la relación que existe entre el autor del acto jurídico y el autor del instrumento público lo cual se ve reflejado en la actuación del notario por un lado, al narrar el hecho propio mediante la certificación, acto en el cual el notario manifiesta el contenido de su fe pública originaria que versa sobre: fe de existencia de documentos relacionados con la escritura, de conocimiento de las partes, de lectura y explicación y de otorgamiento de voluntad; y por otro lado, el constatar un hecho ajeno.

b).- OBJETIVACION: Este requisito que consiste en que todo aquello que percibe el notario de forma sensorial o por el dicho de otros, debe constar por escrito dentro de un protocolo, lo cual encuentra sustento en el artículo 78 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal que en su parte conducente señala:

“...*Artículo 78.- El Notario no podrá autorizar acto alguno sin que lo haga constar en los folios que forman el protocolo, salvo los que deban constar en los libros de registro de cotejos...*”.

c).- COETANEIDAD O SIMULTANEIDAD: Que consiste en la relación que existe entre lo narrado o percibido, su materialización en el instrumento notarial y su otorgamiento, al respecto la Ley del Notariado para el Distrito Federal exige que estos momentos sean inmediatos y concatenados y todo esto debe ocurrir dentro de los treinta días naturales al día en que se extiende el instrumento en el protocolo puesto que si quienes deben firmar el instrumento respectivo no lo hacen dentro de dicho plazo, el instrumento queda sin efecto, según se desprende del artículo 116 del mencionado cuerpo legal que a continuación se transcribe:

“...Artículo 116.- Si quienes deben firmar una escritura no lo hacen a más tardar dentro de los treinta días naturales siguientes al día en que se extendió ésta en el protocolo, el instrumento quedará sin efecto y el Notario le pondrá al pie la razón de "no pasó" y su firma...”

3.3.3. Clases y Tipos de Fe Pública.

Existen dos tipos de fe pública, la primera llamada *originaria*, la cual se presenta cuando el hecho o acto del que se debe dar fe es percibido por los sentidos del notario, *v.gr.* el otorgamiento de un testamento o cuando el notario asienta en el protocolo una certificación de hechos; y la segunda llamada *derivada*, que consiste en dar fe de hechos o escritos de terceros, en esta clase el notario no ha estado presente en el hecho o el otorgamiento del acto que plasma en su protocolo, *v.gr.* la protocolización de un acta de asamblea. Y es precisamente este tipo de fe la que resulta relevancia en nuestro estudio dada la propuesta de que se faculte al notario para dar fe de la existencia de la unión concubinaría, hecho cuya fecha de inicio por supuesto, no percibe directamente el notario con sus sentidos.

Ahora bien, la fe pública es única y el Estado la ejerce por sí mismo o la delega a servidores públicos o a particulares, caso éste último de los notarios. Encontramos diversas clases de fe pública de acuerdo a quien la ejerce, así tenemos que hay fe pública *notarial* que es a cargo del notario; *judicial* a cargo de los secretarios del juzgado; *ministerial* a cargo del

ministerio público; *mercantil* a cargo de los corredores públicos; *registral* a cargo de los directores de los registros, tanto locales como federales; *consular* a cargo de los Cónsules de conformidad con la Ley del Servicio Exterior Mexicano; *administrativa*, la cual es atribuida al Poder Ejecutivo y que ejerce a través de las Secretarías de Estado y que por técnica legislativa se les concede habitualmente a los oficiales mayores de cada una de ellas; *marítima*, depositada en el capitán del buque para casos especiales que se den a bordo de una embarcación, *v.gr.* nacimientos, matrimonios, testamentos, etc.; *del Registro Civil*, depositada en cada uno de los Jueces del Registro Civil, con relación a los actos del estado civil; *agraria*, que de conformidad con la Ley Agraria vigente atribuye ciertas facultades de certificación a determinadas autoridades como el procurador agrario, fedatarios, el Registro Agrario Nacional y el de Crédito Rural; *legislativa* que se atribuye al poder legislativo de manera intrínseca en su ámbito de competencia; *de los archivos notariales*, que en los lugares que cuentan con Archivo General de Notarías como es el caso del Distrito Federal, corresponde a su titular; *eclesiástica*, que de conformidad con el Código de Derecho Canónico corresponde a los notarios de la Curia Diocesana, únicamente para asuntos de la iglesia romana, sin embargo, este tipo de fe no se encuentra reconocida en el derecho mexicano; *de particulares*, que excepcionalmente la ley otorga a particulares que no ejercen una función pública, *v.gr.* un contador facultado por una institución de crédito, en los términos del artículo 68 de la Ley de Instituciones de Crédito; en materia de Desarrollo Urbano, a cargo de la Secretaria de Desarrollo Urbano y Vivienda por conducto del Registro; *en materia de condominios*, que de conformidad con la Ley de Propiedad en Condominio de Inmuebles para el Distrito Federal, se otorgan facultades de certificación a la Procuraduría Social del Distrito Federal en materia de estados de liquidación de adeudos; *en materia de derechos humanos*, que corresponde en el caso de la Comisión Nacional de Derechos Humanos tanto al Presidente de dicha Comisión como a los visitadores; y por último, *electoral*, que corresponde al Secretario del Consejo General.

3.3.4. La Fe Pública Notarial.

Dentro de las clases de fe pública que se señalaron en el apartado anterior la que resulta de interés para el presente trabajo lógicamente es la fe pública notarial, ya que es debido a que el notario es el fedatario quien posee la más amplia gama de facultades en virtud de que casi todas las ramas del derecho requieren de su intervención, su único límite lo encontramos en la fracción 45 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal que establece la prohibición para dar fe de determinados actos, permite su intervención en otros y en algunos casos más limita su eficacia al otorgarles el carácter de indicio calificado. La fracción en comento es del tenor literal siguiente:

“...Artículo 45. Queda prohibido a los notarios:... II. Dar fe de actos que dentro de los procedimientos legales respectivos corresponda en exclusiva hacerlo a algún servidor público; sin embargo, sin tener en principio ese valor procedimental exclusivo, sí podrán cotejar cualquier tipo de documentos, registros y archivos públicos y privados o respecto a ellos u otros acontecimientos certificar hechos, situaciones o abstenciones que guarden personas o cosas relacionadas o concomitantes con averiguaciones, procesos o trámites, lo cual tendrá valor como indicio calificado respecto de los mismos, sujeto a juicio de certeza judicial, y solo será prueba plena con relación a aspectos que no sean parte esencial de dichas facultades públicas, aspectos que deberá precisar en el instrumento indicado, salvo las copias de constancias que obren en expedientes judiciales que le hayan sido turnados por un juez para la elaboración de algún instrumento, que podrá cotejar a solicitud de quien haya intervenido en el procedimiento o haya sido autorizado en él para oír notificaciones...”

3.4. Marco jurídico de la función notarial en el Distrito Federal.

Una vez establecido lo anterior, conviene precisar el marco jurídico regulatorio de la función notarial, a efecto de establecer las facultades del notario y en su caso proponer la ampliación de sus facultades para intervenir en otra clase de situaciones.

3.4.1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos⁵⁴.

⁵⁴ Fuente: <http://cgservicios.df.gob.mx/prontuario/vigente/d15919.pdf>, 2 de mayo de 2010, 15:00 hrs.

El derecho notarial encuentra su fundamento en el artículo 121 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que señala que “...*En cada Estado de la Federación se dará entera fe y crédito a los actos públicos, registros, y procedimientos judiciales de todos los otros...*”, artículo conocido como “*cláusula de entera fe y crédito*” y que obliga a tener por ciertos determinados actos ante los Estados y frente a quienes no presenciaron su celebración; y al no estar reservada a la Federación, la facultad de regular la función notarial, ésta corresponde entonces a cada uno de los Estados, de tal forma que respetando el pacto federal, la federación en materia fedante no puede invadir la soberanía de las Entidades Federativas cuando se trata de materias de regulación local, lo anterior según el artículo 124 de la Carta Magna que dispone: “...*Las facultades que no estén expresamente concedidas por esta constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados...*”, artículo también llamado “Régimen de Facultades Expresas”.

En razón de la división de poderes, es facultad del Poder Legislativo elaborar las leyes y del Poder Ejecutivo, entre otras, vigilar su cumplimiento, y tratándose de la materia notarial, la Ley del Notariado establece que la fe pública notarial corresponde al titular del ejecutivo local quien por delegación la encomienda entre otros, a profesionales del derecho, y es facultad de la Asamblea legislar en dicha materia, según veremos más adelante.

La Ciudad de México, de conformidad con el artículo 44 Constitucional es la sede de los Poderes de la unión y Capital de los Estados Unidos Mexicanos, y de acuerdo al artículo 122 siguiente, su gobierno está a cargo de los Poderes Federales y de los órganos Ejecutivo, Legislativo y Judicial de carácter local; por su parte, dichas autoridades a diferencia de los Estados que forman la Federación, sólo son competentes en aquellas materias que expresamente les confirieron los Poderes de la Unión, lo cual en materia notarial se encuentra establecido en el apartado C, base primera, fracción V, inciso h), del mismo, en donde se señalan las facultades de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal para legislar en materia notarial. Dicho artículo es del tenor literal siguiente:

“...Artículo 122. Definida por el artículo 44 de este ordenamiento la naturaleza jurídica del Distrito Federal, su gobierno está a cargo de los Poderes Federales y de los órganos Ejecutivo, Legislativo y Judicial de carácter local, en los términos de este artículo. Son autoridades locales del Distrito Federal, la Asamblea Legislativa, el Jefe de Gobierno del Distrito Federal y el Tribunal Superior de Justicia... C. El Estatuto de Gobierno del Distrito Federal se sujetará a las siguientes bases: BASE PRIMERA.- Respecto a la Asamblea Legislativa:... V. La Asamblea Legislativa, en los términos del Estatuto de Gobierno, tendrá las siguientes facultades:... h) Legislar en las materias civil y penal; normar el organismo protector de los derechos humanos, participación ciudadana, defensoría de oficio, **notariado** y registro público de la propiedad y de comercio;...”.

3.4.2. Estatuto de Gobierno del Distrito Federal⁵⁵.

La misma facultad consagrada en el apartado C, base primera, fracción V, inciso h), del artículo 122 Constitucional, la encontramos establecida en el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal en el artículo 42, fracción XII, Sección primera, Capítulo primero, Título Cuarto, denominada “De las Facultades de la Asamblea”, la cual es del tenor literal siguiente:

“Artículo 42. La Asamblea Legislativa tiene facultades para:... XII. Legislar en las materias civil y penal, normar el organismo protector de los derechos humanos, participación ciudadana, defensoría de oficio, **notariado** y registro público de la propiedad y de comercio...”.

Por su parte, el artículo 67 relativo a las facultades y obligaciones del Jefe de Gobierno establece en su fracción X, la de otorgar las patentes de Notario, en concordancia con lo dispuesto por los artículos 4º., 7º. frac. VI, 10º., 62º. y 63º. de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, dicha disposición es del tenor literal siguiente:

“Artículo 67. (E.G.D.F.) Las facultades y obligaciones del Jefe de Gobierno del Distrito Federal son las siguientes:... X. Otorgar patentes de notario conforme a las disposiciones aplicables...”.

⁵⁵ Fuente: http://cgservicios.df.gob.mx/prontuario/historico/125_140_20110128.pdf, 2 de mayo de 2010, 15:00 hrs.

3.4.3. Ley Orgánica de la Administración Pública del Distrito Federal⁵⁶.

Por lo que se refiere a la Ley Orgánica de la Administración Pública del Distrito Federal, en principio encontramos que corresponde a la Consejería Jurídica el despacho de las materias relativas a las funciones de orientación, asistencia, publicación oficial y coordinación de asuntos jurídicos; revisión y elaboración de los proyectos de iniciativas de leyes y decretos que presente el Jefe de Gobierno a la Asamblea Legislativa; revisión y elaboración de los proyectos de reglamentos, decretos, acuerdos y demás instrumentos jurídicos y administrativos que se sometan a consideración del Jefe de Gobierno de los servicios relacionados entre otros, con el Archivo General de Notarías. Todo ello de conformidad con el artículo 35 que específicamente señala entre sus facultades las siguientes:

“...Artículo 35.- A la Consejería Jurídica y de Servicios Legales corresponde el despacho de las materias relativas a las funciones de orientación, asistencia, publicación oficial, y coordinación de asuntos jurídicos; revisión y elaboración de los proyectos de iniciativas de leyes y decretos que presente el Jefe de Gobierno a la Asamblea Legislativa; revisión y elaboración de los proyectos de reglamentos, decretos, acuerdos y demás instrumentos jurídicos y administrativos que se sometan a consideración del Jefe de Gobierno de los servicios relacionados con el Registro Civil, el Registro Público de la Propiedad y de Comercio y del Archivo General de Notarías. Específicamente cuenta con las siguientes atribuciones:... XX. Dirigir, organizar y supervisar el Archivo General de Notarías; elaborar los lineamientos y criterios técnico-jurídicos a los que se sujetará el mismo, en general, prestar los servicios relacionados con éste, así como crear, administrar y resguardar la base de datos que contenga los avisos de testamento otorgados en el Distrito Federal o ante cónsul, proporcionando dicha información al Registro Nacional de Avisos de Testamento y remitir a los jueces y notarios los resultados de las búsquedas que a su vez expida el Registro Nacional de Avisos de Testamento. XXI. Coordinar y vigilar el cumplimiento de las disposiciones jurídicas en materia de Jurados, Panteones,

56 Fuente: <http://cgservicios.df.gob.mx/prontuario/historico/dr71311.pdf>, 03 de mayo de 2010, 15:00 hrs.

Consejos de Tutelas, Registro Público de la Propiedad y de Comercio, Registro Civil, Archivo General de Notarías, Legalizaciones, Exhortos y Bienes Mostrencos, así como intervenir en materia de cultos conforme a las Leyes de la materia;... XXVI. Someter a la consideración del Jefe de Gobierno el otorgamiento de patentes de notario y aspirante, así como establecer los lineamientos y criterios técnico-jurídicos para la aplicación y supervisión del cumplimiento de las disposiciones jurídicas en materia notarial y recibir, tramitar, substanciar y resolver las quejas en contra de notarios...”.

3.4.4. Ley Orgánica de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal⁵⁷.

Esta Ley establece en principio, en la fracción I de su artículo 10 lo siguiente:

“...Artículo 10.- Son atribuciones de la Asamblea Legislativa: I. Legislar en el ámbito local, en las materias que le señalan la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal;...”.

Por su parte, la fracción XXII de su artículo 62 siguiente se fundamenta la creación de la Comisión del Notariado en los términos siguientes:

“...ARTÍCULO 62.- Las Comisiones Ordinarias serán en número que corresponda correlacionadamente con las atribuciones establecidas en esta Ley y con la estructura funcional de las dependencias de la Administración Pública del Distrito Federal, las siguientes:... XXII. Notariado...”.

3.4.5. Ley del Notariado para el Distrito Federal⁵⁸.

En el Distrito Federal, es función de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, regular con carácter de orden e interés público y social la función notarial y al notariado en el Distrito Federal, lo anterior se encuentra establecido en su artículo primero, y es precisamente al notariado al que corresponde dicho ejercicio según establece el artículo 3º siguiente.

⁵⁷ Fuente: <http://cgservicios.df.gob.mx/prontuario/vigente/r22910.pdf>, 6 de mayo de 2010, 18:00 hrs.

⁵⁸ Fuente: <http://cgservicios.df.gob.mx/prontuario/vigente/d2954.pdf>, 16 de junio de 2010, 21:00 hrs.

En su artículo 4º, en concordancia con el artículo 67 frac. X del Estatuto de Gobierno antes aludido, establece como facultad del Jefe de Gobierno del Distrito Federal, la de expedir y otorgar las patentes de notario y de aspirante. Por su parte el artículo 10 siguiente establece las causas por las que puede y debe expedir el decreto de autorización de nuevas notarías y al efecto señala:

“Artículo 10.- El Jefe de Gobierno expedirá el decreto de autorización de nuevas notarías, cuando exista la necesidad del crecimiento del servicio, en el que podrá señalar su residencia, siempre y cuando dicha medida no afecte: I. La preparación que deben tener los solicitantes de los exámenes de Aspirante y oposición y el de sus respectivos aprobados y triunfadores; y II. La imparcialidad, la calidad profesional, la autonomía, la independencia y el sustrato material y económico de los notarios. El decreto, fundado y motivado, deberá prever un examen de oposición por cada notaría, tomando en cuenta la población beneficiada y tendencias de su crecimiento, así como las necesidades notariales de ésta, mediando el tiempo conveniente entre cada convocatoria. El Jefe de Gobierno podrá solicitar la opinión del colegio para los efectos a que se refiere el primer párrafo de este artículo...”

Encontramos en el artículo 6º fundamentos más específicos con relación a la función notarial, en el artículo 7º siguiente se listan los principios regulatorios e interpretativos de la función notarial, ya en los artículos 26 y 27 encontramos las características y forma de ejercicio de la función notarial, en donde se establece su naturaleza **pública**, en cuanto proviene de los poderes del Estado y de la Ley, que obran en reconocimiento público de la actividad profesional del notario y de la documentación notarial al servicio de la sociedad, y de otra parte **autónoma y libre** en virtud de que el notario la ejerce actuando con fe pública, además de que el último de los mencionados establece su característica de ser de orden e interés públicos.

Ahora bien, como decíamos, es en el artículo séptimo antes citado en donde se establecen los principios que rigen la función notarial y que son los siguientes:

“Artículo 7. Esta Ley establece como principios regulatorios e interpretativos de la función y documentación notarial: I. El de la conservación jurídica de fondo y forma del instrumento notarial y de su efecto adecuado; II. El de la conservación del instrumento notarial y de la matricidad en todo tiempo del mismo; III. El de la concepción del Notariado como Garantía Institucional; IV. Estar al servicio del bien y la paz jurídicos de la Ciudad y del respeto y cumplimiento del Derecho; V. El ejercicio de la actividad notarial, en la justa medida en que se requiera por los prestatarios del servicio, obrando con estricto apego a la legalidad aplicable al caso concreto, de manera imparcial, preventiva, voluntaria y auxiliar de la administración de justicia respecto de asuntos en que no haya contienda. El notario debe prestar su función más allá del interés del solicitante del servicio notarial, lo que implica cumplir sus procedimientos de asesoría notarial y de conformación del instrumento notarial, en estricto apego a la norma y de manera imparcial; debe aconsejar a cada una de las partes o solicitantes del servicio sin descuidar los intereses de la contraparte, en lo justo del caso de que se trate. VI. El del cuidado del carácter de orden público de la función y su documentación en virtud del otorgamiento de la cualidad para dar fe, por el Jefe de Gobierno, a su actividad como Notario por la expedición de la patente respectiva, previos exámenes que merezcan tal reconocimiento público y social por acreditar el saber prudencial y la practica suficientes para dicha función, con la consecuente pertenencia al colegio y la coadyuvancia de éste a las funciones disciplinarias de vigilancia y sanción por parte de las autoridades, la continuación del archivo del Notario por el Archivo y la calificación y registro de los documentos públicos reconocidos por esta Ley por el Registro Público, tratándose de actos inscribibles.”.

Por último pero quizá aún más importante para los efectos del presente trabajo, es necesario citar el artículo que a nuestra consideración nos proporciona el fundamento principal que sustenta la propuesta que se ofrece en el presente trabajo, éste es precisamente aquel que regula la actuación del notario como auxiliar en la administración de justicia, cualidad que se encuentra establecida en el artículo 11 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, y que a la letra dice:

“Artículo 11. Los notarios son auxiliares en la administración de justicia. La Asamblea, la Administración, el Tribunal y el Colegio coadyuvarán en el desempeño de esta función.”.

3.5. El notario latino y su actividad en el Distrito Federal.

Como ya se señaló, al notariado mexicano se le ubica, dentro de los 3 principales sistemas del Notariado, es decir, al de corte latino; ahora bien, es conveniente echar un vistazo a algunos aspectos relativos a su actividad en el Distrito Federal.

3.5.1. Concepto de Notario.

Es común que al escuchar el vocablo “notario”, inmediatamente se asocie con la palabra “escritura” y es probablemente debido a que toda su actividad se ve plasmada en ésta última. En muchos países todavía se utiliza el término “escribano”, en atención a su función, este vocablo se usa no sólo en el lenguaje común sino también en la lexicología jurídica, Para poder llegar a comprender a la figura del Notario a continuación anotaremos una breve reseña histórica.

“Escribano” era la denominación común en épocas anteriores, cuyos antecedentes se remontan a los *escribas* egipcios y hebreos. Posteriormente en la Roma clásica existió el *scriba*, que era un funcionario que fungía como una especie de secretario de actas. Mas tarde, en la Monarquía Romana, se empezó a utilizar la palabra *notarius*, de la cual deriva la designación actualmente más usada en el mundo jurídico que adopta el sistema Romano-Germánico. Con dicho término se identificaba a un simple amanuense que tomaba el dictado, que anotaba (*notarius*, ii (m) viene de *nota*, *ae* (f,) *i.e.* “anotación”). Como se puede observar, el *notarius* de la época de la Monarquía Romana muy poco tenía que ver con lo que actualmente es el Notario y con sus funciones, sin embargo, dicha palabra contiene en su significado una de sus principales características, y esta es, que se dedica al arte de la escritura.

En el Imperio Romano de Oriente, con el nombre de Bizancio, se designa al sujeto encargado de redactar documentos con la palabra *tabellio onis* (m). Palabra que proviene de *tabella*, *ae* (f) que significa “tablilla”, “*tableta para escribir en comicios o tribunales*”, así

como “documento escrito”. Palabra de la que a su vez se desprende el adjetivo *tabellarius-a-um* que nombra todo lo relativo a las cartas o votos, este se sustantiva obteniendo *tabellarius, ii* (m) en la época clásica y, finalmente, *tabellio onis* (m), en la era justineana. Finalmente, es preciso anotar que las palabras *notarius, tabellarius, tabellio* y finalmente “notario”, designan todo lo relativo a las *notae, tabellae*, en fin, todo lo relacionado con la actividad escrita.

En México, en la época precolonial, en Tenochtitlán existió un personaje denominado *tlacuilo* (vocablo que deriva de la palabra *tlacuiloa* que significa escribir o pintar) y quien a la manera del escriba egipcio era hábil para escribir y redactar documentos, es decir, era el encargado de dejar constancia de los acontecimientos mediante signos ideográficos y pinturas, con lo que se guardaba memoria de ellos. Posteriormente, en la época colonial, los notarios eran designados por el Rey y se podía acceder a dicho cargo mediante la compra del oficio, es decir, eran susceptibles de propiedad privada, el fedatario realizaba sus escrituras en papel sellado y sus instrumentos tenían valor probatorio pleno; ya en la época independiente se siguió la costumbre de los oficios públicos vendibles y renunciables, entre los cuales se encontraba la escribanía, sin embargo también se establecía un examen como forma de ingreso. Es de especial importancia señalar que en esta época, el notario formaba parte de la judicatura. Fue en la Regencia⁵⁹ instaurada bajo el dominio francés que por decreto de 1864 se habló por vez primera de la figura del Notario para referirse al Escribano.

La Ley del Notariado para el Distrito Federal y Territorios Federales promulgada en 1901, en su artículo 12 definía al Notario de la manera siguiente:

“ART. 12.- Notario es el funcionario que tiene fe pública para hacer constar, conforme á las leyes, los actos que según éstas deben ser autorizados por el; que deposita escritas y firmadas en el protocolo las actas notariales de dichos actos, juntamente con los documentos que para su guarda o

59 Al entrar el ejército francés a la República proclamándose el Imperio, se crea la Junta Superior de Gobierno, en ella un Poder Ejecutivo y una Asamblea de Notables, ésta última que acordó denominar al Poder ejecutivo bajo el nombre de “Regencia”.

depósito presenten los interesados, y expide de aquellas y éstos las copias que legalmente puedan darse...”.

En la Ley del Notariado para el Distrito Federal y Territorios Federales promulgada en 1932, en su artículo 2º se definió al Notario de la manera siguiente:

“ART. 2º.- Notario es el funcionario que tiene fe pública para hacer constar los actos y hechos a los que los interesados deben ó quieren dar autenticidad conforme a las leyes...”.

Y por lo que toca a su actividad, el artículo 16 del mismo ordenamiento legal disponía:

“ART.16.- Tanto el Notario de Número, como el Adscrito, cuando lo haya en una Notaría, tiene fe pública para hacer constar, indistintamente, conforme a las leyes, los actos y contratos que según éstas, deben o pueden ser autorizados por Notarios; para extender en el protocolo las actas notariales de dichos actos, así como autorizarlos, protocolizando los documentos que para su guarda o depósito presenten los interesados, con obligación de expedir de aquellas y estos, las copias que legalmente puedan darse...”.

En la Ley del Notariado para el Distrito Federal y Territorios promulgada en 1943, se definió al Notario de la manera siguiente:

“ART. 2º.- Notario es la persona investida de fe pública para hacer constar los actos y hechos jurídicos a los que los interesados deben o quieren dar autenticidad conforme a las leyes, y autorizada para intervenir en la formación de tales actos o hechos jurídicos, revistiéndolos de solemnidad y formas legales.”.

“ART. 3º.- El notario, además, guarda escritos y firmados en el protocolo los instrumentos relativos a los actos y hechos a que se refiere el artículo anterior, con sus anexos, y expide los testimonios o copias que legalmente puedan darse. Por último, es un profesional del Derecho.”.

“ART. 11.- El notario, a la vez que funcionario público, es profesional del Derecho que ilustra a las partes en materia jurídica y que tiene el deber de explicarles el valor y las consecuencias legales

de los actos que vayan a otorgar, siempre que les pidan esa explicación o que el notario la juzgue necesaria o conveniente, ya sea por la naturaleza o complejidad del acto o por las circunstancias en que se encuentren los interesados...”.

Por su parte la Ley del Notariado para el Distrito Federal, promulgada en 1980 señalaba:

*“ART. 10.- Notario en un **Licenciado en Derecho** investido de fe pública, facultado para autenticar y dar forma en los términos de ley a los instrumentos en que se consignen los actos y hechos jurídicos...”.*

En la actualidad la vigente Ley del Notariado define en su artículo 42 al notario y su función de la siguiente manera:

*“...Artículo 42. Notario es el profesional del Derecho investido de fe pública por el Estado, y que tiene a su cargo recibir, interpretar, redactar y dar forma legal a la Voluntad de las personas que ante él acuden, y conferir autenticidad y certeza jurídicas a los actos y hechos pasados ante su fe, mediante la consignación de los mismos en instrumentos públicos de su autoría. El notario conserva los instrumentos en el protocolo a su cargo, los reproduce y da fe de ellos. Actúa también como **auxiliar de la administración de justicia**, como consejero, árbitro o asesor internacional, en los términos que señalen las disposiciones legales relativas...”.*

De la definición que aporta la Ley del Notariado es preciso destacar lo siguiente:

a).- Se trata de un profesional el derecho, y no un funcionario público puesto que si bien la función notarial que ejerce es pública por cuanto a que deviene de los poderes del Estado y de la Ley, no menos cierto resulta el hecho de que el notario la ejerce de manera autónoma y libre actuando con fe pública, amén de que en el artículo 13 de la Ley en comento señala que *“...el notario ejerce su función sin sometimiento al erario y sin sueldo o iguala del Gobierno o de entidades públicas o privadas, ni favoritismo alguno. La fe pública se ejerce en cada caso concreto...”.*

b).- *Investido de fe pública por el Estado*, pues como ya se advirtió con anterioridad, la fe pública notarial deviene de la facultad soberana del Estado.

c).- Tiene a su cargo recibir, interpretar, redactar y dar forma legal a la voluntad de las personas que ante él acuden, y conferir autenticidad y certeza jurídicas a los actos y hechos pasados ante su fe, mediante la consignación de los mismos en instrumentos públicos de su autoría, todo lo anterior se refiere a su actuación como notario.

3.5.2. Naturaleza Jurídica del Derecho Notarial.

La naturaleza jurídica del Derecho Notarial, es la de ser un derecho eminentemente adjetivo, la Ley del Notariado para el Distrito Federal en su mayoría regula y establece procedimientos y formas para llevar a ejercer el derecho sustantivo, cuya presencia en dicha Ley es casi nula, para comprobar lo anterior, que mejor que revisar su artículo 102 que establece la forma y procedimiento para realizar una escritura; por otra parte, el derecho notarial es una rama del derecho público que tutela el orden público. El Estado encomienda la función notarial, previa aprobación y triunfo en los exámenes de aspirante y de oposición correspondientes, a un particular, profesional del derecho, mediante el otorgamiento de una patente, de ahí que el notario autoriza en nombre del Estado, siempre actuando sujeto a las normas que él le imponga y bajo una relación de vigilancia y supervisión, sin que esto último se pueda confundir con una relación de subordinación, en este sentido el artículo 6º de la Ley del Notariado establece:

“Artículo 6. Esta Ley regula el tipo de ejercicio profesional del derecho como oficio jurídico consistente en que el Notario, en virtud de su asesoría y conformación imparcial de su documentación en lo justo concreto del caso, en el marco de la equidad y el Estado Constitucional de Derecho y de la legalidad derivada del mismo, reciba por fuerza legal del Estado el reconocimiento público y social de sus instrumentos notariales con las finalidades de protección de la seguridad jurídica de los otorgantes y solicitantes de su actividad documentadora.”.

3.5.3. Aspectos característicos de la función notarial.

El Notario del Distrito Federal puede ser analizado desde diversos aspectos que se resumen brevemente a continuación.

3.5.3.1. Como Delegado del Estado en la función notarial.

Como se ha venido mencionando, el notario es un particular, profesional del derecho que para llegar a detentar dicho cargo, necesita aprobar y resultar triunfador en los exámenes correspondientes, tanto de aspirante como de oposición, hecho lo cual podrá obtener la patente respectiva expedida por el Jefe de Gobierno, que le permitirá acceder al oficio notarial y así poder brindar seguridad jurídica y certeza en todos aquellos actos y hechos a través de la dación de fe, que es la facultad que delega el Estado en los profesionales que demuestran tener los conocimientos, profesionalismo y honestidad que para el desempeño del oficio exige la ley y siempre bajo los principios que para el ejercicio de la función la misma Ley señala.

3.5.3.2. El Notario en la Administración Pública.

Dentro de la Administración pública, al Notario se le ubica dentro de la administración descentralizada y dentro de ésta, pertenece a la llamada descentralización por colaboración; lo anterior si se parte de la idea de que la descentralización es una forma jurídica bajo la que se organiza la administración pública, en la cual el legislador crea entes públicos dotados de personalidad jurídica y patrimonio propios, responsables de una actividad específica de interés público y que mediante esta organización y acción administrativa se atienden servicios básicos. Ya que se trata de una forma jurídica que se emplea para la realización de ciertas actividades estatales, y en virtud de que el notario es un delegado del Estado en materia fedante, podemos ubicar a la función notarial dentro de dicha figura.

Al respecto el maestro Gabino Fraga⁶⁰ señala “*Al lado del régimen de centralización existe una forma de organización administrativa; la descentralización... que consiste en confiar la realización de algunas actividades administrativas a órganos que guardan con la administración central una relación que no es la de jerarquía...*”.

3.5.3.3. El Notario. Perito en Derecho.

De acuerdo con la definición que nos aporta la Ley del Notariado vigente, el notario es un profesional del derecho, necesariamente perito en derecho que ejerce la carrera u oficio notarial brindando seguridad y certeza jurídicas en los actos y hechos de los que da fe, lo cual, le permite asesorar a las partes con un sentido profesional y de imparcialidad, redactando bajo su responsabilidad el instrumento público notarial, reproduciéndolo, conservándolo, autorizándolo y previa rogación de parte registrándolo para dotarlo de publicidad y oponibilidad frente a terceros.

3.5.3.4. Función creadora del Notario.

El Notariado, a través de sus órganos es una fuente de consulta para los legisladores, emitiendo opiniones en aspectos sobre los cuales se le consulta, sin embargo las opiniones emitidas no son vinculatorias ni obligatorias. De esta forma el notario participa de una forma indirecta en la creación de leyes, a través de una labor creadora, pensante, adecuadora de realidades sociales y económicas, aplica las normas jurídicas imprimiendo con todo ello dinamismo al mundo jurídico mediante sus instrumentos en actos convencionales que se derivan de la vida diaria. A esta función creadora se le conoce con el nombre de elaboración notarial del derecho, costumbre notarial o jurisprudencia notarial.

60 FRAGA, Gabino, *Derecho administrativo*, 31ª. Ed., Porrúa, México, 1992, Pág. 198.

3.5.3.5. Auxiliar del Fisco.

El notario es un auxiliar del fisco tanto federal como local y municipal, es un retenedor especial de impuestos en tanto que calcula, retiene y entera derechos e impuestos. El Estado se apoya en la pericia del notario para el cálculo de los impuestos y derechos que tienen que ver con su función, razón por la cual el notario es considerado como obligado solidario con los contribuyentes, con la única aclaración de que la responsabilidad del notario es única y exclusivamente con relación a los accesorios y no así, a la suerte principal. Lo anterior tiene su fundamento en los artículos 26 fracción primera y 73 en su último párrafo, mismos que para mayor claridad transcribimos a continuación:

“Artículo 26.- Son responsables solidarios con los contribuyentes:

I. Los retenedores y las personas a quienes las leyes impongan la obligación de recaudar contribuciones a cargo de los contribuyentes, hasta por el monto de dichas contribuciones...”.

“Artículo 73.-...Siempre que se omita el pago de una contribución cuya determinación corresponda a los funcionarios o empleados públicos o a los notarios o corredores titulados, los accesorios serán, a cargo exclusivamente de ellos, y los contribuyentes sólo quedarán obligados a pagar las contribuciones omitidas. Si la infracción se cometiere por inexactitud o falsedad de los datos proporcionados por los contribuyentes a quien determinó las contribuciones, los accesorios serán a cargo de los contribuyentes...”.

Por lo que se refiere al Distrito Federal, es el artículo 48 fracción I de su Código Fiscal el que señala:

“Artículo 48.- Son responsables solidarios del pago de los créditos fiscales:

I. Los retenedores y las personas a quienes las leyes impongan la obligación de recaudar contribuciones, hasta por el monto de dichas contribuciones...”.

3.5.3.6. Controlador de la legalidad de los actos.

La actuación del notario en cualquier caso debe darse dentro del marco de la legalidad, lo anterior es así en razón de que el notario brinda seguridad jurídica al garantizar al particular y al Estado que los actos que plasma están dotados de eficacia legal, que su redacción se lleva a cabo sujetándose a las disposiciones legales vigentes y que sus antecedentes gozan de viabilidad. Con respecto a la nulidad, el artículo 162 en su último párrafo señala que al demandarse la nulidad de un acto, de resultar procedente, el notario sólo estará obligado a asentar en su protocolo una nota en el sentido de que dicho acto ha sido declarado judicialmente nulo. Ahora bien, es de hacer notar que la nulidad que debe solicitarse es la del acto jurídico e incidentalmente la del documento que lo contiene, ya que éste último puede llegar a conservar su validez aunque su contenido sea ineficaz si es que para la confección del mismo se cumplieron con los requisitos que al respecto señala la Ley, el artículo antes referido en su parte conducente dispone:

“Artículo 162.- ...Cuando se demande la nulidad de un acto jurídico no podrá demandarse al Notario la nulidad de la escritura que lo contiene, si no existe alguno de los supuestos a que se refieren las fracciones anteriores. Sin embargo, cuando se dicte la sentencia que declare la nulidad del acto, una vez firme, el juez enviará oficio al Notario o al Archivo según se trate, para que en nota complementaria se tome razón de ello...”

3.5.3.7. Redactor del instrumento notarial.

Una vez que las partes que comparecen ante el notario han expresado su voluntad, continúa la redacción del instrumento, lo cual exige que el notario haga uso de todos sus conocimientos y técnica jurídica para plasmar los antecedentes, las declaraciones y las cláusulas que conforman la escritura, es en esta labor en donde ve reflejada su cualidad de perito en derecho pues la redacción del instrumento así como su eficacia, son su especialidad.

En la redacción es necesario expresarse con propiedad, claridad y concisión. Además, el notario debe emplear un lenguaje jurídico para plasmar la voluntad que las partes le han expresado. El notario califica y determina el tipo de acto jurídico aplicable a cada caso concreto y procede a la redacción de las cláusulas, en las que vuelca su creatividad como profesional del derecho, demostrando su calidad de jurisconsulto. Desarrolla su labor de perito en derecho reconocida por la ley, así como su práctica en la redacción adquirida a través de la experiencia. Gracias a su estudio, conoce cuales son las disposiciones que integran el orden jurídico, sabe adecuarlas y ordenarlas para formar el instrumento necesario a las partes. La redacción de las cláusulas requiere sabiduría legal.

3.5.4. El Instrumento y el Documento en general.

Debido a su origen etimológico similar, es común que las expresiones *instrumento* y *documento* se utilicen de forma indistinta, sin embargo el maestro Bernardo Pérez Fernández del Castillo propone una clasificación donde nos muestra que el instrumento es el género, del que se derivan dos especies a saber: el monumento y el documento.

El vocablo “instrumento” proviene del latín “*instruere*”, el cual como señalamos, es el género y significa mostrar o enseñar algo, instruir, dar constancia, refiriéndose por tanto a aquel medio a través del cual dejamos fijo un acontecimiento, ahora bien, el instrumento a su vez puede manifestarse bajo dos especies: un monumento que es un instrumento expresado en imágenes, tales como películas, estatuas, cintas de video, fotografías, es decir, todo aquello que muestra algo por medio de imágenes o formas distintas a los escritos; y un documento que es un vehículo para acreditar y recordar hechos a través de escritos.

En el idioma castellano el vocablo “instrumento” tiene múltiples acepciones, desde el designar utensilios manuales de uso corriente para las labores más ordinarias, hasta los hechos que la labor inteligente de un artista u hombre de cultura realiza, sin embargo, desde el punto de vista jurídico, la palabra instrumento tiene un significado más restringido.

Es de hacer notar que en Francia, cuyo sistema jurídico ha tenido gran influencia en el nuestro, no se encuentra expresión especial para designar a los escritos revestidos de ciertas formas que sirven para consignar a los hechos o actos jurídicos, así pues, no existe algún término similar a la palabra latina *instrumentum*, sin embargo si existe el verbo *instrumenter* que significa actuar, y es precisamente esta palabra la que ante la inexistencia de la anterior, se utiliza para referirse a la actividad propia del Notario, de donde resulta que el Notario instrumentaliza los actos y hechos jurídicos en su protocolo. De la misma forma el término “*acte*”, es utilizado por los franceses para referirse a algo que ha sucedido, “*quod actum est*”, y al escrito redactado para consignar lo que ha acontecido. Por todo lo anterior, podría concluirse que el término *acta* significa el instrumento o documento en donde el Notario instrumentaliza, o hace constar un hecho sucedido.

Ahora bien, una vez que se ha determinado que el género es el instrumento, es conveniente pasar al estudio de una de las especies del mismo, es decir, el documento notarial.

3.5.5. El Documento Público.

Es de gran importancia en el Derecho Notarial el Documento Público, pues por un lado, es en él en donde se ve materializada y ejercida la fe pública con la que actúa un fedatario, con la cual podemos creer en el contenido del mismo sin necesidad de haberlo presenciado o haber participado en su creación, consignándose en éste hechos o actos jurídicos tendientes a la creación, transmisión, modificación o extinción de situaciones jurídicas o meros hechos materiales, y por otro lado, es el medio de prueba más contundente y eficaz en los procedimientos judiciales. Esta creencia respecto de la veracidad del contenido del instrumento constituye una presunción *iuris tantum*, es decir, que el acto o hecho consignado en el mismo debe tenerse por cierto hasta que se demuestre lo contrario por la vía judicial, lo anterior de conformidad con el artículo 156 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal.

En forma general, un documento puede clasificarse en **privado** y **público**, el primero es aquel que es celebrado únicamente entre las partes y que únicamente obliga a quienes lo

formaron y suscribieron, por lo que su veracidad y fecha dependerán del reconocimiento que las partes hagan de él, y a falta de éste, deberá acudirse a otros medios de prueba para acreditar el acto o hecho ahí contenido; por su parte, el segundo es aquel que requiere forzosamente de la participación de una autoridad o de un fedatario que acredite la veracidad del acto y la certeza de la fecha. Dentro de esta última se encuentra el instrumento público notarial que en la especie se refiere a la escritura pública y al acta notarial, que son documentos públicos que gozan de las cualidades de ser auténticos, ejecutivos e inscribibles.

El Código Federal de Procedimientos Civiles en su artículo 129 no señala con relación a los documentos públicos lo siguiente:

*“...ARTICULO 129.- Son documentos públicos aquellos cuya formación está encomendada por la ley, dentro de los límites de su competencia, a un **funcionario público revestido de la fe pública**, y los expedidos por funcionarios públicos, en el ejercicio de sus funciones. La calidad de públicos se demuestra por la existencia regular, sobre los documentos, de los sellos, firmas u otros signos exteriores que, en su caso, prevengan las leyes...”*

De lo anterior y con apoyo en el artículo 133 siguiente se obtiene que todo aquel documento que no reúna las cualidades exigidas por el artículo antes transcrito se reputará privado.

Por lo que se refiere a la ley adjetiva del Distrito Federal, en ésta no se da una definición de lo que debemos entender por documento público, sin embargo es en el artículo 327 en donde en forma casuística se señalan los documentos a los cuales se les atribuye tal carácter, dicho artículo es del tenor literal siguiente:

*“...Artículo 327.- Son documentos públicos: **I. Las escrituras públicas, pólizas y actas otorgadas ante notario o corredor público y los testimonios y copias certificadas de dichos documentos;** II. Los documentos auténticos e informes expedidos por funcionarios que desempeñen cargo público, en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones; III. Los documentos auténticos, libros de actas, estatutos, registros y catastros que se hallen en los archivos públicos, o los dependientes del Gobierno Federal,*

de los Estados, de los Ayuntamientos o del Distrito Federal; IV. Las certificaciones de las actas del estado civil expedidas por los jueces del Registro Civil, respecto a constancias existentes en los libros correspondientes; V. Las certificaciones de constancias existentes en los archivos públicos expedidas por funcionarios a quienes compete; VI. Las certificaciones de constancias existentes en los archivos parroquiales y que se refieran a actos pasados, antes del establecimiento del Registro Civil, siempre que fueren cotejadas por notario público o quien haga sus veces con arreglo a derecho; VII. Las ordenanzas, estatutos, reglamentos y actas de sociedades o asociaciones, universidades, siempre que estuvieren aprobados por el Gobierno Federal o de los Estados, y las copias certificadas que de ellos se expidieren; VIII. Las actuaciones judiciales de toda especie; IX. Las certificaciones que expidieren las bolsas mercantiles o mineras autorizadas por la ley y las expedidas por corredores titulados con arreglo al Código de Comercio; X. Los demás a los que se les reconozca ese carácter por la ley...”.

Por lo que hace al valor probatorio que corresponde a un documento público dentro de los juicios y procedimientos administrativos y judiciales, el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal atribuye a éste un valor probatorio pleno, por tanto resulta ser uno de los medios de prueba más eficaz, pues incluso frente a los demás medios de prueba, es el único que posee tal valor, sin que el mismo pueda ser destruido por medio de excepciones, todo ello de conformidad con los artículos 402 y 403 del referido Código adjetivo y que son del tenor literal siguiente:

“...Artículo 402.- Los medios de prueba aportados y admitidos, serán valorados en su conjunto por el juzgador, atendiendo a las reglas de la lógica y de la experiencia. En todo caso el tribunal deberá exponer cuidadosamente los fundamentos de la valoración jurídica realizada y de su decisión.”.

*“Artículo 403.- Queda exceptuada de la disposición anterior la apreciación de los **documentos públicos, los que tendrán valor probatorio pleno**, y por tanto no se perjudicarán en cuanto a su validez por las excepciones que se aleguen para destruir la pretensión que en ellos se funde...”.*

3.5.6. El Documento Notarial.

En el Derecho Mexicano y aún en aquellos sistemas jurídicos que pertenecen a la familia romano-germánica existe una distinción entre los términos Escritura y Acta, esto se

debe muy probablemente a que gran parte de nuestro sistema jurídico se funda sobre la Teoría Francesa del Acto Jurídico.

El documento notarial se caracteriza por la intervención de un profesional del derecho que asesora y aconseja jurídicamente a los particulares redactando el documento de acuerdo con las disposiciones de fondo y forma establecidos por la ley. Ésta valora la actuación del notario, mediante la presunción de legalidad del acto documentado, y en el plano de la prueba, considerando acreditados los hechos acaecidos en presencia del notario y de que éste da fe, de manera que la autenticidad del documento sólo se puede destruir judicialmente mediante la alegación y demostración de su falsedad. El notario debe introducirse en el fondo del acto a documentar, es un asesor de los interesados y debe sugerirles los medios jurídicos más adecuados para conseguir los fines prácticos que se proponen alcanzar, captando e interpretando su voluntad para expresar, en términos jurídicos correctos, sus declaraciones y plasmarlas en las cláusulas.

El documento notarial, ya sea que se trate de hacer constar un acto (escritura) o de relacionar un hecho jurídico (acta), es finalmente un documento, vocablo que viene del latín “*documentum*”, que significa título o prueba escrita y contiene primordialmente el acto notarial público. Como afirmamos anteriormente, es en la redacción de la escritura pública que el notario despliega su actividad técnica de jurista, acomodando sus actuaciones y la voluntad de las partes a los preceptos de fondo exigidos por el ordenamiento jurídico para la perfecta eficacia del acto o contrato formalizado. Las actas por el contrario, sólo exigen del notario una función abstracta, en cuanto a que solo relaciona y da fe de lo que percibe por los sentidos, lo que ve, lo que oye, lo que toca, etc., y eso es lo que redacta en el documento, estas son las dos formas en que se manifiesta la actividad notarial.

Una vez agotadas las fases de asesoría, consejo, y habiendo identificado el acto jurídico que mejor se adecua a la voluntad de las partes y a sus fines prácticos, corresponde al Notario redactar el documento, ordenar metódicamente su texto y mostrar su contenido en la forma más clara posible y dentro de los límites que la ley prescribe. El oficio del Notario se

materializa en el documento público, por tanto quien accede a tal función debe por fuerza, conocer y dominar tanto el lenguaje en general como el lenguaje jurídico. Dentro del arte de la redacción y la escritura debe observar principalmente los principios de orden y precisión, para poder discernir qué elemento del escrito va en qué lugar, además de tener la habilidad para utilizar todos los elementos a su alcance para lograr claridad, es decir, utilizar capitulados, subrayados, negrillas, cursivas, etc.

De todo lo anterior, concluimos que los documentos notariales son todos aquellos que el Notario emplea para conocer o fijar un acontecimiento, sin embargo, para tal fin, el Notario se vale de elementos o herramientas que la misma Ley pone a su disposición para asentar los documentos públicos notariales y que son los siguientes: a).- Protocolo Ordinario junto con su apéndice e índice por duplicado; b).- Protocolo del Patrimonio Inmueble Federal junto con su apéndice e índice por triplicado; c).- Libro de Registro de Cotejos y su apéndice; d).- El sello de autorizar; e).- La guía de control; f).- expedientes; g).- El rótulo; y h).- La oficina.

El documento notarial se divide a su vez en: a).- Escrituras, es decir, documentos en los cuales se hacen constar actos jurídicos; y b).- Actas, es decir, documentos en donde se hacen constar hechos jurídicos cuyas diferencias analizaremos en los apartados siguientes.

3.5.6.1. La Escritura.

La Ley del Notariado para el Distrito Federal nos define lo que hemos de entender por escritura pública, y es precisamente su artículo 100 el que establece lo siguiente:

“...Artículo 100.- Escritura es el instrumento original que el notario asienta en los folios, para hacer constar uno o mas actos jurídicos y que firmado por los comparecientes, autoriza con su sello y firma.”.

Inmediatamente después en su artículo 102 encontramos regulada la “forma” en que se debe dar forma al acto jurídico de que se trate, así encontramos por ejemplo la regla de que el

Notario debe redactar las escrituras en español, sin perjuicio de que pueda asentar palabras en otro idioma, que sean generalmente usadas como términos de ciencia o arte determinados, entre otras tantas reglas a que el Notario debe sujetarse al elaborar la misma. Las partes que integran una escritura no son expresamente fijadas en la Ley, sin embargo se desprenden de la lectura y análisis del citado artículo, tales partes son las siguientes:

a).- Proemio.- También conocido como encabezado y que consiste en una introducción o resumen del contenido de la escritura en donde se señala el nombre de las partes y el carácter con el que comparecen, el nombre y número del Notario, el acto jurídico a realizar y las circunstancias de tiempo y lugar, lo anterior con base en las fracciones I y II que son del tenor literal siguiente:

“...Artículo 102.-... I. Expresará en el proemio el número de escritura y de libro a que pertenece, así como el lugar y fecha en que se asienta, su nombre y apellidos, el número de la notaría de que es titular, el acto o actos contenidos y el nombre del o de los otorgantes y el de sus representados y demás comparecientes, en su caso. II. Indicará la hora en los casos en que la Ley así lo ordene y cuando a su juicio sea pertinente;...”

b).- Antecedentes y Declaraciones.- Estos contienen la justificación del fondo de la escritura, en ellos deben contenerse sólo los elementos necesarios a juicio del Notario, con el propósito de que en las cláusulas se exprese únicamente el contenido obligacional; por su parte las declaraciones son todas aquellas manifestaciones expresadas por las partes para llevar a cabo el acto relativo, todo ello de acuerdo con las fracciones III, IV, VI a XII, XIV y XVIII, así como el artículo 103. Las cuales copiamos a continuación:

“...Artículo 102.-... III. Consignará los antecedentes y certificará haber tenido a la vista los documentos que se le hubieren presentado para la formación de la escritura; IV. Si se tratare de inmuebles, examinará el título o los títulos respectivos; relacionará cuando menos el último título de propiedad del bien o del derecho objeto del acto contenido en la escritura y citará los datos de su inscripción en el Registro Público, o señalará, en su caso, que dicha escritura aún no está registrada... VI. Los documentos exhibidos al Notario para la satisfacción de requisitos

administrativos y fiscales, deberán ser relacionados; VII. Si no le fuese exhibido el documento que contenga los antecedentes en original, el Notario podrá imponerse, por rogación de parte y bajo su responsabilidad y criterio notarial, de la existencia de documentos o de asientos que obren en archivos y registros públicos o privados y que tutelen a su entender la certidumbre o apariencia jurídica necesarias para hacer la escritura. De ello hará mención el instrumento; VIII. No deberá modificarse en una escritura la descripción de un inmueble, si por una modificación se le agrega un área que no le corresponde conforme a sus antecedentes de propiedad. La adición podrá ser hecha si se funda en una resolución o diligencia judicial, o en una orden o constancia administrativa que provenga de autoridad competente. Por el contrario, cualquier error aritmético material o de transcripción que conste en asientos o instrumentos registrales sí podrá rectificarse mediante escritura, sin los requisitos señalados, teniéndose esto en cuenta para que el Registro haga posteriormente la rectificación correspondiente en términos del Código Civil en el asiento respectivo. En todo caso el Notario asentará expresamente el haber efectuado dicha rectificación por la rogación de parte pudiendo expresar las evidencias que le indujeron a efectuarla; IX. En las protocolizaciones de actas que se levanten con motivo de reuniones o asambleas, se relacionarán únicamente, sin necesidad de transcribir, o transcribirán los antecedentes que sean necesarios en concepto del Notario para acreditar su legal constitución y existencia, así como la validez y eficacia de los acuerdos respectivos, de conformidad con su régimen legal y estatutos vigentes, según los documentos que se le exhiban al Notario. En caso de duda judicial esté deberá ser sobre la situación jurídica de fondo de existencia o no de dicha acreditación en el plano de los derechos subjetivos y no por diferencias de criterio formales sobre relación o transcripción. En este caso, sobre dichos antecedentes y dicha acreditación, la carga de la prueba corresponde a quien objeta la validez de los actos contenidos en el documento; X. En caso de urgencia, a juicio del Notario, los interesados podrán liberarlo expresamente en la escritura de tener a la vista alguno de los documentos antecedentes; XI. Al citar un instrumento pasado ante otro Notario, expresará el nombre de éste y el número de la notaría a la que corresponde el protocolo en que consta, así como el número y fecha del instrumento de que se trate, y en su caso, su inscripción en el Registro Público; XII. Redactará ordenadamente las declaraciones de los comparecientes, las que en todo caso se considerarán hechas bajo protesta de decir verdad. El Notario les enterará de las penas en que incurren quienes declaren con falsedad;... XIV. Designará con precisión las cosas que sean objeto del acto, de tal modo que no puedan confundirse con otras, y si se tratare de bienes inmuebles, determinará su naturaleza, ubicación, colindancias o linderos, y en cuanto fuere posible sus dimensiones y extensión superficial... XVIII. Al agregar al apéndice cualquier documento, expresará la letra o el número que le corresponda en el legajo respectivo... ”.

“...Artículo 103.- Cuando ante un Notario se vayan a otorgar diversas escrituras, cuyos actos sean respecto de inmuebles con un mismo antecedente de propiedad, por tratarse de predios resultantes de porciones mayores o de unidades sujetas al régimen de propiedad en condominio, se seguirán las reglas establecidas en el artículo anterior, con las excepciones siguientes: I. En un primer instrumento, que se llamará de certificación de antecedentes, a solicitud de cualquiera de las partes, el Notario relacionará todos los títulos y demás documentos necesarios para el otorgamiento de dichos actos; II. En las escrituras en que se contengan éstos, el Notario no relacionará ya los antecedentes que consten en el instrumento indicado en la fracción anterior, sino sólo se hará mención de su otorgamiento y que conforme al mismo quien dispone puede hacerlo legítimamente; describirá sólo el inmueble materia de la operación y citará el antecedente registral en el que haya quedado inscrita la lotificación en los casos de fraccionamiento, o la constitución del régimen de propiedad en condominio, cuando se trate de actos cuyo objeto sean las unidades del inmueble antecedente; así como los relativos a gravámenes o fideicomisos que se extingan; III. Cuando la escritura de lotificación o constitución del régimen de propiedad en condominio se haya otorgado en el protocolo del mismo Notario ante quien se otorguen los actos sucesivos, dicha escritura hará los efectos del instrumento de certificación de antecedentes. Surtirá también esos efectos la escritura en la que por una operación anterior consten en el mismo protocolo los antecedentes de propiedad de un inmueble, y IV. Al expedir los testimonios de la escritura donde se contengan los actos sucesivos, el Notario deberá anexarles una certificación que contenga, en lo conducente, la relación de antecedentes que obren en el instrumento de certificación respectivo...”

c).- Cláusulas.- El clausulado es la parte medular de la escritura, las cláusulas contienen los elementos esenciales del acto jurídico, en ellas se concreta su objeto, por ello, de su correcta expresión dependerán sus alcances adecuados, que corresponderán necesariamente a la voluntad de las partes, al efecto son aplicables las fracciones XIII y XV del referido artículo 102 que disponen:

“...Artículo 102.-...XIII. Consignará el acto en cláusulas redactadas con claridad, concisión y precisión jurídica y de lenguaje, preferentemente sin palabras ni fórmulas inútiles o anticuadas;... XV. Determinará las renunciaciones de derechos que los otorgantes hagan válidamente conforme a su voluntad manifestada o las consecuencias del acto, y de palabra, subrayando su existencia, explicará a los

otorgantes el sentido y efectos jurídicos de las mismas; cuidando proporcionar, en el caso de personas que recientemente hayan cumplido la mayoría de edad, o de cónyuges que por su situación pudieran requerirla, y en general, de grupos sociales vulnerables, una mayor explicitación oral de sus términos y consecuencias, y respondiendo todo cuestionamiento al respecto;... XVII. Cuando se presenten documentos redactados en idioma distinto al español, deberán ser traducidos por un perito reconocido como tal por autoridad competente del Distrito Federal, el notario agregará al apéndice el original o copia cotejada del documento con su respectiva traducción...”.

d).- Representación o Personalidad.- En esta parte el Notario deja acreditada la personalidad o representación de quien comparece en nombre de otro, al efecto la fracción XVI señala lo siguiente:

“...Artículo 102.-...XVI. Dejará acreditada la personalidad de quien comparezca en representación de otro o en ejercicio de un cargo, por cualquiera de los siguientes medios: a). Relacionando los documentos respectivos, insertándolos en el instrumento o agregándolos en original o en copia total o parcial que en el propio instrumento certifique concuerda con dicho original con el cual lo habrá cotejado, haciendo mención de ello en el instrumento sin anotar lo en el libro de registro de cotejos, o b) Mediante certificación, en los términos del artículo 155 fracción IV de esta Ley. En dichos supuestos los representantes deberán declarar en la escritura que sus representados son capaces y que la representación que ostentan y por la que actúan está vigente en sus términos. Aquellos que comparecen en el ejercicio de un cargo protestarán la vigencia del mismo...”.

e).- Generales.- Es la parte de la escritura donde se expresan los datos que identifican a cada una de las partes que intervienen en la misma, tales como el nombre, nacionalidad, lugar y fecha de nacimiento, estado civil, ocupación y domicilio, su finalidad es distinguir a un compareciente de otro, determinar la capacidad y fijar los aspectos relacionados con los domicilios fijando en su caso una competencia jurisdiccional o lugar para el cumplimiento de alguna obligación. Al respecto, la fracción XIX señala:

“...Artículo 102.-...XIX. Expresará el nombre y apellidos paterno y materno, nacionalidad, fecha y lugar de nacimiento, estado civil, ocupación y domicilio de los otorgantes, y de sus representados, en su caso. Sólo que la mujer casada lo pida, se agregará a su nombre y apellidos, el apellido o apellidos

paternos del marido. En el caso de extranjeros pondrá sus nombres y apellidos tal como aparecen en la forma migratoria correspondiente. El domicilio se anotará con mención de la población, el número exterior e interior, en su caso, del inmueble, el nombre de la calle o de cualquier otro dato que precise la dirección hasta donde sea posible. Respecto de cualquier otro compareciente, el Notario hará mención también de las mismas generales,...”.

f).- Certificaciones.- En esta parte el Notario concretiza su labor y consiste en la redacción del hecho propio notarial en donde el Notario da fe originaria y brinda la seguridad jurídica que un instrumento privado no podría dar. La fracción XX establece:

“...Artículo 102.-...XX. Hará constar bajo su fe: a) Su conocimiento, en caso de tenerlo o que se aseguró de la identidad de los otorgantes, y que a su juicio tienen capacidad; b) Que hizo saber a los otorgantes el derecho que tienen de leer personalmente la escritura y de que su contenido les sea explicado por el Notario; c) Que les fue leída la escritura a los otorgantes y a los testigos e intérpretes. o que ellos la leyeron, manifestaron todos y cada uno su comprensión plena; d) Que ilustró a los otorgantes acerca del valor, las consecuencias y alcance legales del contenido de la escritura cuando a su juicio así proceda, o de que fue relevado expresamente por ellos de dar esa ilustración, declaración que asentará; e) Que quien o quienes otorgaron la escritura, mediante la manifestación de su conformidad, así como mediante su firma, en defecto de ésta, por la impresión de su huella digital al haber manifestado no saber o no poder firmar. En sustitución del otorgante que no firme por los supuestos indicados, firmará a su ruego quien aquél elija; f) La fecha o fechas en que se firme la escritura por los otorgantes o por la persona o personas elegidas por ellos y por los testigos e intérpretes si los hubiere, y g) Los hechos que el Notario presencie y que guarden relación con el acto que autorice, como la entrega de dinero o de títulos y otros. Las enajenaciones de bienes inmuebles y la constitución o transmisión de derechos reales a partir de la cantidad mencionada en el Código Civil al efecto, así como aquellos actos que garanticen un crédito por mayor cantidad que la mencionada en los artículos relativos del Código Civil, deberán de constar en escritura ante Notario, salvo los casos de excepción previstos en el mismo...”.

g).- Fechas de firma.- Dentro de una escritura se pueden encontrar principalmente las fechas siguientes: (i) De asiento en el protocolo o de pase; (ii) de firma de los otorgantes; (iii) de autorización preventiva; (iv) de autorización definitiva; y (v) de sus registros.

“...Artículo 102.-...XX. Hará constar bajo su fe:...f) La fecha o fechas en que se firme la escritura por los otorgantes o por la persona o personas elegidas por ellos y por los testigos e intérpretes si los hubiere...”.

h).- Autorización.- Con el acto de autorización el Notario imprime la fuerza o reconocimiento Estatal al documento, y en ese momento lo convierte en instrumento público, inscribible, auténtico y ejecutivo, lo dota de fuerza y reconocimiento estatal quitándole la categoría de documento privado. Existen tres tipos de autorización:

* Autorización Parcial: Que se da cuando una escritura no es firmada por todas las partes que en ella intervienen, situación ante la cual el Notario asienta su firma con la razón “ante mí” pero sin la impresión del sello de autorizar.

* Autorización Preventiva: Se da cuando falta por cumplir algún trámite administrativo o fiscal y se distingue de la anterior porque además de llevar la firma y la razón “ante mí”, se imprime el sello de autorizar.

* Autorización Definitiva: Se utiliza cuando el instrumento respectivo ha quedado firmado por todas las partes que en el intervienen, y además han quedado satisfechos todos los requisitos administrativos y fiscales, por lo cual el Notario imprime su sello y firma.

3.5.6.2. El Acta Notarial. Tipos.

El Acta Notarial es la segunda especie del Documento Notarial, su contenido es fundamentalmente una certificación que hace el Notario sobre hechos materiales o jurídicos específicos. Salvo algunas excepciones, le resultan aplicables las reglas de las escrituras.

La Ley del Notariado con respecto a lo que debemos entender por acta, establece en su artículo 125 lo siguiente:

“...Artículo 125.- Acta notarial es el instrumento público original en el que el Notario, a solicitud de parte interesada, relaciona, para hacer constar bajo su fe, uno o varios hechos presenciados por él o que le consten, y que asienta en los folios del protocolo a su cargo con la autorización de su firma y sello...”.

Las actas doctrinalmente han sido objeto de clasificación, así por ejemplo, González Palomino citado por el maestro Bernardo Pérez Fernández del Castillo⁶¹ considera que existen dos tipos de actas: a).- Las que documentan una actividad pasiva del notario, una percepción o actas de presencia; y b).- Las que documentan una actividad activa del notario, tales como las actas de protocolización, notificación o requerimientos. Por su parte, el artículo 128 de la Ley del Notariado no hace ningún tipo de clasificación del contenido de las actas, sino únicamente señala en forma casuística, los hechos que el Notario puede consignar, de los que especial relevancia cobran para nosotros las fracciones tercera, sexta y última del referido artículo pues deja abierta la posibilidad para que el Notario haga constar todo hecho que pueda apreciarse de manera objetiva. El contenido de este artículo es del tenor literal siguiente:

“...Artículo 128.- Entre los hechos por los que el Notario debe asentar un acta, se encuentran los siguientes: I. Notificaciones, interpelaciones, requerimientos, protestos y entrega de documentos y otras diligencias en las que el Notario intervenga conforme a otras leyes; II. La existencia, identidad, capacidad legal, reconocimiento y puesta de firmas en documentos de personas identificadas por el Notario; III. Hechos materiales; IV. La existencia de planos, fotografías y otros documentos; V. Protocolización de documentos; VI. Declaraciones que hagan una o más personas respecto de hechos que les consten, sean propios o de quien solicite la diligencia, y VII. En general, toda clase de hechos positivos o negativos, estados y situaciones, sean lícitos o no, que guarden las personas y cosas que puedan ser apreciados objetivamente y relacionados por el Notario. En todos los casos señalados en las fracciones anteriores, el acta relativa podrá ser levantada por el Notario en las oficinas de la Notaría a su cargo, con posterioridad a que los hechos tuvieron lugar, aún, en su caso, en los dos días

61 PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, *Derecho notarial*, 11ª. Ed., Porrúa, México 2001. Pág. 357.

siguientes a ello, siempre y cuando con esta dilación no perjudique los derechos de los interesados, o se violen disposiciones legales de orden público...”.

Del artículo antes transcrito como decíamos al inicio, resaltan por su importancia para el presente trabajo las fracciones III y VI y VII que a continuación exponemos brevemente:

a).- Hechos materiales (frac. III): Aunque en estas actuaciones el Notario no ejerce funciones de perito dictaminador, sólo se concreta a observar y describir sin calificar ni hacer juicios de valor, ni mucho menos entrar en consideraciones técnicas que la limitación profesional le imponen y la prudencia le aconseja. Lo que ve y escucha debe ser lo más objetivo posible y dejar a los tribunales y a los peritos la dilucidación de los aspectos en los que el notario no es especialista. Este tipo de actas tiene como objeto preconstituir una prueba del estado en que se encuentra alguna cosa.

b).- Declaraciones que hagan una o más personas respecto de hechos que les consten, sean propios o de quien solicite la diligencia (frac. VI): Este tipo de intervención conocida también como “información testimonial”, sirve para que una persona declare (bajo protesta de decir verdad) un hecho que le conste o en el que tenga interés, es una forma de acreditar documentalmente, la existencia de un hecho o de un acontecimiento, por medio de la declaración de dos o más testigos. Sin embargo es preciso aclarar que esta no puede ni debe confundirse con la prueba testimonial rendida dentro de un procedimiento judicial, pues ésta última se lleva a cabo en presencia del Secretario del Juzgado que corresponda con citación de la contraparte, quien tiene el derecho de repreguntar y tachar a los testigos. Por su parte, la información testimonial que realiza un Notario, se lleva a cabo a petición de parte, quien presenta al Notario por escrito, las preguntas que se formulan a dos testigos idóneos, preguntas que el Notario le hace saber a cada uno de ellos en forma individual y asienta las correspondientes respuestas.

Este documento notarial **sirve para preconstituir una prueba** sobre la realización de algún hecho o acontecimiento que les conste a los testigos.

c).- Acta de fe o certificación de hechos (frac. VII): Por último, al notario en virtud de esta última fracción, se le deja abierta la posibilidad de intervenir en su calidad de fedatario en infinidad de hechos con las limitaciones que más adelante veremos, por lo que fuera de ellas el Notario puede dar fe de toda clase de hechos positivos o negativos, estados y situaciones, sean lícitos o no, que guarden las personas y cosas que puedan ser apreciados objetivamente y relacionados por el mismo.

Las limitaciones a la actividad del Notario en materia de Actas son las siguientes:

a).- Su actuación no debe ir en contra de leyes de orden público ni de las buenas costumbres;

b).- No puede intervenir para dar fe, en hechos que por ley correspondan en forma exclusiva y excluyente a otro funcionario. Sin embargo es preciso aclarar que en ocasiones la actuación del notario es concurrente con algunas actuaciones de otros funcionarios;

c).- El Notario debe ser imparcial en su actuación y en la elaboración de actas.

3.5.7. Ineficacia e Invalidez del Documento Notarial. Efectos y Valor.

Hasta este momento hemos visto las formalidades que el Notario debe observar en la elaboración de una escritura o un acta, sin embargo, es importante señalar las causas por las cuales un documento notarial puede ser ineficaz o inválido.

Si bien la escritura contiene el acto jurídico celebrado por las partes, además de las certificaciones que hace el notario respecto de ellas y del otorgamiento del acto, sólo tendrá el carácter de documento público, cuando además de haberse cumplido con los requisitos para su otorgamiento, conste en el protocolo del Notario, lo cual es sostenido por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en una Tesis visible en el Semanario Judicial de la Federación, Parte CIX, pág. 1981 que a la letra dice:

“...NOTARIOS, ACTUACIÓN DE LOS. (INSTRUMENTOS PÚBLICOS). No puede decirse que el contrato se haya otorgado ante notario, por la circunstancia de que después de las firmas de los contratantes haya estampado la suya un notario o impreso su sello de autorizar, ya que esto formalmente, no constituye una actuación notarial, pues para serlo, debe consignarse en el protocolo de la notaría con las formalidades esenciales de esta clase de actos, y sólo en estas circunstancias puede hablarse de un instrumento público... ”.

Siguiendo al maestro Bernardo Pérez Fernández del Castillo, él nos indica que la ineficacia e invalidez de los instrumentos notariales y sus testimonios va íntimamente relacionado con el de la frustración de los contratos y de los actos jurídicos y señala *“...Puede decirse que la frustración por invalidez o ineficacia, es la antítesis del documento notarial, pues la actividad del notario tiene como finalidad proporcionar seguridad jurídica y no incertidumbre y confusión...”*⁶².

Doctrinalmente continúa exponiendo el autor, *“...podemos distinguir entre ineficacia e invalidez, la primera va encaminada hacia los efectos del contrato, el contrato originalmente nace válido y eficaz entre las partes, pero por un elemento exterior y posterior a su nacimiento no surte efectos frente a terceros...”*., al respecto cita el ejemplo de la venta de un inmueble realizada dos veces por la misma persona, y en el que el segundo adquirente, es decir, la segunda venta es la que se inscribe y la primera no, de lo que resulta que conforme al principio de prioridad que rige en nuestro sistema registral, la primera venta será ineficaz e inoponible frente a terceros. Por cuanto hace a la invalidez, es necesario distinguir entre la que deriva del acto jurídico y la que deriva del documento; por lo que hace al primero, apoyados en la teoría general de las obligaciones, decimos que se habla de inexistencia cuando el acto jurídico adolece de alguno de sus elementos esenciales, tales como el consentimiento y/o el objeto, según lo establecido por el artículo 1794 del Código Civil para el Distrito Federal y en algunos casos como en el testamento y el matrimonio, de la solemnidad. En la doctrina se discute sin embargo, si tal inexistencia tiene o no efectos jurídicos, al respecto nosotros nos limitaremos a señalar que de acuerdo a la ley no se le fija efecto legal alguno. Por otro lado, se

62 PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, Op. cit. Pág. 134.

habla también de nulidad, que a su vez se divide en absoluta y relativa, la primera ocurre cuando el objeto, motivo o fin del contrato es ilícito, por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, no es confirmable, es imprescriptible y puede ser invocada por cualquier persona; la segunda se produce por la incapacidad de las partes o sólo una de ellas; por vicios del consentimiento; o porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece, este tipo de nulidad no impide que el acto produzca sus efectos, los cuales se retrotraen al momento de la contratación; es convalidable por prescripción, confirmación, y sólo puede ser invocada por los interesados.

Si el acto jurídico es declarado nulo o inexistente, también lo será el instrumento, pues invalidándose lo principal, lo accesorio sigue la misma suerte. Si el acto es anulable y el vicio que lo afecta se purga, el instrumento queda revalidado por los efectos retroactivos de la institución. Por último, por lo que hace al valor probatorio del instrumento notarial, remitimos a lo comentado a propósito de los Documentos Públicos en el apartado 3.5.5.

3.5.7.1. Nulidad del Documento Notarial.

Dentro de las causas de nulidad del instrumento notarial podemos distinguir entre aquellas que no pueden de ninguna forma ser subsanadas, dando como resultado una nulidad absoluta del instrumento, y aquellas que pueden ser subsanadas y que traen como consecuencia una nulidad relativa. Dentro de las causas que producen nulidad absoluta en el instrumento notarial, el artículo 162 de la Ley del Notariado nos señala las siguientes:

“...Artículo 162.- El instrumento o registro notarial sólo será nulo: I. Si el Notario no tiene expedito el ejercicio de sus funciones en el momento de su actuación; II. Si no le está permitido por la Ley intervenir en el acto; III. Si no le está permitido dar fe del acto o hecho materia de la escritura o del acta por haberlo hecho en contravención de los términos de la fracción II del artículo 45; III. Si fuere firmado por las partes o autorizado por el Notario fuera del Distrito Federal; IV. Si ha sido redactado en idioma distinto al español; V. Si no está firmado por todos los que deben firmarlo según esta Ley, o no contiene la mención exigida a falta de firma; VI. Si está autorizado con la firma y sello del Notario cuando debiera tener nota de "no pasó", o cuando el instrumento no esté autorizado con la firma y

sello del Notario. VII. Si el Notario no se aseguró de la identidad de los otorgantes en términos de esta Ley. En el caso de la fracción II de este artículo, solamente será nulo el instrumento en lo referente al acto o hecho relativos, pero será válido respecto de los otros actos o hechos que contenga y que no estén en el mismo caso. Fuera de los casos determinados en este artículo, el instrumento o asiento será válido. Cuando se demande la nulidad de un acto jurídico no podrá demandarse al Notario la nulidad de la escritura que lo contiene, si no existe alguno de los supuestos a que se refieren las fracciones anteriores. Sin embargo, cuando se dicte la sentencia que declare la nulidad del acto, una vez firme, el juez enviará oficio al Notario o al Archivo según se trate, para que en nota complementaria se tome razón de ello.”.

Tratándose de nulidad parcial, según nos señala el maestro Bernardo Pérez Fernández del Castillo, se da cuando existen adiciones o correcciones, enterrrenglonaduras y palabras testadas que no son salvadas al final del instrumento, por tanto, conforme a lo dispuesto por el artículo 158 de la Ley del Notariado se tendrán por no puestas y a causa de ello no producirán efecto legal alguno. El artículo 2231 del Código Civil para el Distrito Federal establece que “...La nulidad de un acto jurídico por falta de forma establecida por la ley, se extingue por la confirmación de ese acto hecho en la forma omitida”, es decir, que un acto viciado por falta de forma puede llegar a convalidarse si se otorga bajo los formalismos establecidos por la Ley del Notariado misma que en su artículo 120 señala:

“...Artículo 120. - Cuando se revoque, rescinda o modifique un acto contenido en una escritura, se deberá extender una nueva escritura y se realizará la anotación o la comunicación que procedan en los términos previstos en el artículo anterior, para que se haga la anotación correspondiente...”.

Podemos por último, hablar de ineficacia parcial de un documento notarial, que se da cuando en él se hacen constar dos o más actos jurídicos y sólo se firmare por los otorgantes de uno o varios de dichos actos y dejare de firmarse por los otorgantes de otro u otros, ante lo cual el Notario pondrá la razón “ante mí”, su firma y sello en lo concerniente a los actos cuyos otorgantes han firmado, con lo cual surtirán plenos efectos, e inmediatamente después se pondrá la nota “no pasó”, sólo respecto al acto o actos no firmados, los cuales quedarán sin

efectos, según lo dispuesto por los artículos 116 y 117 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal.

3.5.8. Reproducción del Documento Notarial.

Uno de los principios regulatorios e interpretativos de la función y documentación notarial es aquel a que alude el artículo 7º. de la Ley del Notariado en su fracción II, nos referimos por supuesto a *“la conservación del instrumento notarial y la matricidad en todo tiempo del mismo”*, lo anterior con relación a lo que dispone el artículo 78 siguiente que dice *“... El Notario no podrá autorizar acto alguno sin que lo haga constar en los folios que forman el protocolo, salvo los que deban constar en los libros de registro de cotejos...”*, lo anterior nos proporciona el fundamento para afirmar que todo lo que realiza un Notario en su actuación indefectiblemente debe constar en los folios que integran su protocolo o en su defecto en el libro de registro de cotejos, el cual en sentido amplio también forma parte de su protocolo, y por lo mismo, el Notario es responsable de su reproducción. Es necesario en principio definir que son los folios, y es la propia Ley del Notariado la que nos da la respuesta cuando nos dice que son *“...aquellas hojas que constituyen la papelería oficial que el Notario usa para ejercer la función notarial. Son el sustrato o base material del instrumento público notarial...”*. La Ley del Notariado también establece que los folios siempre deben permanecer dentro de la Notaría y salvo algunas excepciones, éstos pueden salir de ella cuando a juicio del Notario esto fuere necesario, lo cual debe realizar personalmente o por una persona designada por él y siempre bajo su más estricta responsabilidad. Esto porque el Notario es responsable administrativamente de la conservación y resguardo de los folios y libros que integran su protocolo. Es en los folios en donde el Notario consigna los actos y hechos que las partes someten a su actuación, y al ser documentos que tiene que conservar para garantizar su matricidad, éstos no se entregan a las partes por lo que resulta necesario y lógico que existan medios de reproducción de los mismos, y en ese sentido encontramos como tales a los testimonios, las copias certificadas y las certificaciones, mismos que veremos más adelante.

Esto no termina aquí pues los folios donde constan los actos y hechos jurídicos pasados ante la fe del Notario, quien los encuaderna formando libros que al integrar una decena, en el último de ellos asienta una razón de cierre, y los envía para su revisión al Archivo General de Notarías, institución que revisa la exactitud de la misma y devuelve con una certificación, cuya fecha servirá para computar un plazo de cinco años en el que el Notario conservará dicha decena de libros, y una vez cumplido el mismo el Notario remitirá al citado Archivo para su guarda definitiva, cumplido lo cual, corresponderá ahora a éste último la tarea de reproducir el instrumento cuando así sea solicitado por los interesados.

3.5.8.1. Testimonio.

Nos señala el Notario Bernardo Pérez Fernández del Castillo y con toda razón, que existe la idea popular de confundir los testimonios con la escritura o el acta notarial, lo cual resulta incorrecto pues los únicos documentos a los que se les puede llamar escritura o acta notarial, son a los asentados en forma original en el protocolo. Los documentos expedidos a las partes e interesados son testimonios, certificaciones, copias certificadas y simples, siendo la matriz la que está asentada en forma original en el protocolo, de ahí que los interesados puedan pedir cuantos testimonios y copias requieran.

El artículo 143 de la Ley del Notariado define al testimonio de la siguiente manera:

“...Artículo 143. - Testimonio es la copia en la que se transcribe íntegramente una escritura o un acta, y se transcriben, o se incluyen reproducidos, los documentos anexos que obran en el apéndice, con excepción de los que ya se hayan insertado en el instrumento y que por la fe del Notario y la matricidad de su protocolo tiene el valor de instrumento público.”.

Así pues, vemos que el testimonio está conformado por la transcripción de la escritura o el acta y la reproducción de los documentos que obran en el apéndice, a su vez, puede ser total o parcial, ya sea que se transcriba o reproduzca la totalidad o solo una parte de lo asentado en el protocolo o de los documentos del apéndice, con la limitante de que el

testimonio parcial sólo podrá expedirse siempre que con ello no se cause ningún perjuicio, esto último conforme al artículo 147 del mismo ordenamiento legal.

En Notario también está facultado para expedir sin necesidad de autorización judicial, primero, segundo o ulterior testimonio, o copia certificada, al autor del acto o participante en el hecho consignados en el instrumento de que se trate, a cada parte en dicho acto o bien a los beneficiarios en el mismo; también en su caso, a los sucesores o causahabientes de aquéllos (Art. 146 L.N.).

Por lo que hace a las reglas para la expedición de los testimonios la Ley del Notariado establece las siguientes:

a).- Las hojas del testimonio tendrán las mismas dimensiones que las de los folios del protocolo. En la parte superior izquierda del anverso el Notario imprimirá su sello y las rubricará en el margen derecho de su mismo anverso. Además, las hojas de testimonio deberán contener las medidas de seguridad que señale el Colegio, lo mismo es aplicable a los testimonios, copias certificadas, certificaciones y folios, sin que la omisión de tal requisito sea causa de invalidez (Art. 151 L.N.).

b).- Las hojas que integren un testimonio irán numeradas progresivamente y llevarán la rúbrica y el sello del Notario (Art. 145 L.N.).

c).- Para cualquier expedición, el Notario utilizará un medio indeleble de reproducción o impresión (Art. 152 L.N.).

d).- Al final de cada testimonio se hará constar si es el primero, segundo o ulterior ordinal; el número que le corresponde de los expedidos al solicitante, el nombre de éste y el título por el que se le expide, así como las páginas de que se compone el testimonio. El notario lo autorizará con su firma y sello (Art. 149 L.N.).

3.5.8.1.1. Naturaleza Jurídica del Testimonio.

De acuerdo con el artículo 327 fracción I, así como el artículo 403 del Código de Procedimientos Civiles, la naturaleza jurídica de un testimonio es la de ser un documento público con pleno valor probatorio, por lo que tiene a su favor una presunción de certeza siempre que judicialmente no sea declarado nulo.

3.5.8.2. Copia Certificada.

La Ley define a la copia certificada como: “...*la reproducción total o parcial de una escritura o acta, así como de sus respectivos documentos del apéndice, o sólo de éstos o de alguno o algunos de estos...*”.

A diferencia de un testimonio, una copia certificada sólo puede expedirse en los casos señalados en la ley, el Notario Bernardo Pérez Fernández del Castillo nos señala una diferencia más y nos dice que “...*hay una diferencia fundamental entre el testimonio y la copia certificada: el primero se refiere a un documento autorizado definitivamente por el notario, mientras que la segunda, carece de esta característica...*”, con todo lo anterior podemos afirmar que si nos encontramos ante un instrumento que no ha sido autorizado definitivamente, el medio adecuado de reproducción lo será la copia certificada, reproducción que estará sujeta a los casos regulados específicamente regulados en el artículo 154 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, por el contrario, si nos encontramos en el supuesto de un instrumento autorizado en forma definitiva, la reproducción del mismo será a través de un testimonio. Por último, sigue mencionando el citado Notario “...*Los testimonios pueden ser títulos ejecutivos y las copias certificadas no. Éstas no son inscribibles pues al documento que*

amparan le falta la autorización definitiva...”⁶³. El mencionado artículo es del tenor literal siguiente:

“...Artículo 154.- Copia certificada es la reproducción total o parcial de una escritura o acta, así como de sus respectivos documentos del apéndice, o sólo de éstos o de alguno o algunos de estos; que el Notario expedirá sólo para lo siguiente: I. Para acompañar declaraciones, manifestaciones o avisos de carácter administrativo o fiscal, si las leyes o reglamentos aplicables disponen que con ellos se exhiban copias certificadas o autorizadas; así como para obtener la inscripción de escrituras en los Registros Públicos, o en cualquier otro caso en los que su presentación sea obligatoria. II. Para acompañar informes solicitados por autoridad legalmente facultada para requerirlos, con relación a alguna escritura o acta, III. Para remitirlas a la autoridad judicial que ordene dicha expedición. IV. Para entregar al otorgante que la solicite, la reproducción de alguno o algunos de los documentos que obren en el apéndice.”.

3.5.8.3. Certificación.

Una certificación es *“...la relación que hace el Notario de un acto o hecho que obra en su protocolo, en un documento que él mismo expide o en un documento preexistente, así como la afirmación de que una transcripción o reproducción coincide fielmente con su original..”.* (Art. 155 de la L.N.).

La Ley del Notariado para el Distrito Federal en las cuatro fracciones de su artículo 155 nos hace una clasificación de las clases de certificaciones que se pueden realizar y que son las siguientes:

“...Artículo 155.-... comprendiéndose dentro de dichas certificaciones las siguientes: I. Las razones que el Notario asienta en copias al efectuar un cotejo conforme a lo previsto en el artículo 97 de esta Ley. II. La razón que el Notario asienta al expedir las copias a que se refiere el artículo anterior. En estos casos la certificación se asentará al final de la transcripción o reproducción, haciendo constar el

63 PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, Op. cit.

número y fecha del instrumento del protocolo correspondiente, a no ser que estos datos se reproduzcan al principio de la copia. En el caso a que se refiere la fracción I del artículo anterior, bastará señalar para qué efectos se expide, sin que conste petición de parte, ni se tomará razón de su expedición en parte alguna del protocolo. III. La relación sucinta de un acto o hecho, o de uno de sus elementos o circunstancias que consten en su protocolo, que asiente en un documento que al efecto expida a petición de parte o autoridad facultada para hacerlo, o en un documento preexistente, también a solicitud de parte, lo que hará constar en la propia certificación sin necesidad de tomar razón en nota complementaria. IV. La razón de existencia de uno o varios documentos que se le exhiban, para acreditar la personalidad de los otorgantes o interesados en una escritura o acta que el Notario asiente en la reproducción total o parcial, lo que será suficiente para dejar acreditada dicha personalidad; bastando para ello relacionar en la escritura o acta respectiva, el número y fecha de la escritura cuyo testimonio o copia se le exhiba, y el nombre y el número del Notario ante quien se haya otorgado, o la autoridad y procedimiento de que se deriven, en caso de ser copias certificadas expedidas respecto de constancias de algún procedimiento judicial. En los casos a que se refieren las fracciones II y III del artículo anterior, se deberá hacer constar, tanto en nota complementaria como en la razón de certificación respectiva, la autoridad que ordenó el informe o expedición de la copia, del expediente en que ella actúa y el número y fecha del oficio correspondiente. Igualmente, podrá hacer constar en nota complementaria y agregar al apéndice la copia de la comunicación mediante la cual haya sido enviada la copia certificada a la autoridad respectiva. Toda certificación será autorizada por el Notario con su firma y sello.”.

3.5.8.4. Nulidad de los Testimonios, Copias Certificadas y de las Certificaciones.

La Ley del Notariado nos indica cuales son las causas por las que un testimonio, una copia certificada o una certificación expedidas por el Notario, pueden ser declaradas nulas y señala:

“...Artículo 163.- El testimonio, copias certificadas y certificaciones serán nulos solamente en los siguientes casos: I. Cuando el original correspondiente lo sea; II. Si el Notario no se encuentra en ejercicio de sus funciones al expedir la reproducción de que se trate o la expida fuera del Distrito Federal, y III. Cuando dicha reproducción no tenga la firma o sello del notario.”.

Notamos que la primera fracción tiene implícito el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, así, si la escritura o acta contenida en los folios es declarada nula, el testimonio en el que se encuentra reproducida, lógicamente también lo será.

La segunda fracción resulta también lógica pues si consideramos que la función notarial consiste en conferir autenticidad a los hechos y actos pasados ante su fe a través de su facultad fedataria, al no encontrarse en ejercicio y por lo mismo, no gozar de dicha facultad, los testimonios, copias certificadas y certificaciones expedidas por el Notario en esa situación, resultan nulas. Ahora bien, por lo que se refiere al ámbito espacial de la función notarial, citamos como fundamento el artículo 121, conocido como cláusula de entera fe y crédito, y el artículo 124, que consagra el llamado Régimen de Facultades Expresas, ambos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como el artículo 34 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, de los que se deduce que la facultad de legislar en materia de notariado, al no encontrarse reservada a la federación, corresponde entonces a los Estados, quienes en ejercicio de la misma, establecerán las bases para que los profesionales del derecho que cumplan los requisitos establecidos de acuerdo a cada una de ellas, accedan a la función notarial, la cual lógicamente ejercerán dentro de los límites de su Estado. Lo se ve reforzado con el artículo 34 párrafo primero de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, que señala:

“Artículo 34.- Corresponde a los notarios del Distrito Federal el ejercicio de las funciones notariales en el ámbito territorial de la entidad. Los notarios del Distrito Federal no podrán ejercer sus funciones ni establecer oficinas fuera de los límites de éste. Los actos que se celebren ante su fe, podrán referirse a cualquier otro lugar, siempre que se firmen las escrituras o actas correspondientes por las partes dentro del Distrito Federal, y se de cumplimiento a las disposiciones de esta ley...”

Por último por lo que respecta a la tercera y última fracción, si un testimonio, copia certificada o certificación no contiene el sello y firma del Notario que constituyen la autorización del mismo en ejercicio de su facultad fedataria, serán por tanto nulos.

CAPITULO 4. EL CONCUBINATO.

4.1. Posturas con relación a la naturaleza jurídica del concubinato.

En el primer capítulo se señalaron y se explicaron brevemente las posturas que el derecho en diversas etapas ha asumido con respecto al concubinato, toca ahora hacer referencia acerca de aquellas posturas que discuten sobre su naturaleza jurídica, para tal efecto hemos recopilado las siguientes:

4.1.1. El concubinato como hecho jurídico lícito.

Conforme a lo sostenido y explicado por la Teoría Clásica, Francesa o Bipartita del Acto jurídico, teoría que ha sido asumida por la mayoría de los Códigos Civiles de la República Mexicana, se ha llegado, entre otras, a la conclusión de que el concubinato es un hecho jurídico en sentido estricto, cuyo origen incuestionable es la conducta humana voluntaria y lícita, a la cual los ordenamientos jurídicos vigentes otorgan determinados y excepcionales efectos de derecho.

A lo anterior cabe agregar que en México no existe norma jurídica alguna que prohíba vivir en concubinato y menos aún, que tipifique como conducta ilícita, penal o civil, la cohabitación concubinaria entre un hombre y una mujer, razones por las cuales las parejas pueden constituir lícitamente una familia, con base en su libre acuerdo de voluntades y su convivencia, como hecho bio-social de trascendencia jurídica, amparadas en el principio jurídico de la libre actuación de los particulares, vigente en el sistema normativo mexicano, el cual se expresa con el aforismo siguiente: *"Lo que no está prohibido a los particulares está permitido"*.

El concubinato es un hecho innegable y forma parte de nuestra realidad social, lo cierto es que en la actualidad nuestra legislación le atribuye consecuencias jurídicas como veremos más adelante, de ahí que dentro de las posturas que citamos, lógicamente encontraremos la de

aquellos que consideran que el concubinato es un fenómeno cuyo contenido si resulta digno de regulación por el derecho, aquí las opiniones presentan diferentes matices y así encontramos los siguientes:

4.1.2. El concubinato como acto jurídico en general.

Abordaremos éste tema a la luz de las dos principales teorías que sobre el acto jurídico existen, citando la postura del maestro Ernesto Gutiérrez y González, cuya opinión indudablemente resulta representativa de esta postura.

Bonnecase, en relación a la doctrina francesa nos señala que **acto jurídico** es: *“la manifestación exterior de la voluntad bilateral o unilateral, cuyo fin directo es engendrar, fundándose en una regla de derecho, en contra o en provecho de una o de varias personas, un estado, es decir, una situación jurídica general y permanente, o, al contrario, un efecto de derecho limitado que conduce a la formación, a la modificación, o a la extinción de una relación de derecho”*⁶⁴.

Para Bonnecase, el acto jurídico consta de dos elementos, uno psicológico, voluntario y personal (la voluntad), y otro formado por el derecho objetivo (supuesto normativo), sin los cuales el acto jurídico no produciría efecto legal alguno, puesto que guardan una estricta interdependencia.

De lo anterior se deduce que el acto jurídico radica en la conducta del ser humano, a través de la manifestación exteriorizada de la voluntad, con el objeto de producir consecuencias en el mundo jurídico, debiendo existir una norma jurídica que sancione tanto la manifestación de la voluntad, como los efectos deseados por el autor.

64 BONNECASE, Julián, *Elementos de Derecho Civil*, Ed. Cajica, Puebla, México, 1945, Traducción de José María Cajica Jr. Págs. 144 y 145.

Para Ripert Boulanger, los actos jurídicos son “*aquellos actos que se llevan a cabo para realizar uno o varios efectos de derecho; son llamados jurídicos a causa de la naturaleza de sus efectos*”⁶⁵.

De acuerdo con la doctrina francesa, el acto jurídico se diferencia del hecho jurídico *strictu sensu*, en que el primero, la voluntad no solo está encaminada a la realización del acto, sino también a la producción de los efectos jurídicos contemplados por la ley; y por lo que se refiere al segundo, específicamente en el hecho jurídico del hombre, existe la voluntad de realizar el acto, pero el autor no busca las consecuencias que se generarán por virtud de tal voluntad.

Por su parte, de acuerdo con la doctrina alemana, dentro del hecho jurídico *lato sensu*, se encuentran el hecho jurídico *strictu sensu* y el acto jurídico, este último a su vez dividido en dos especies: a) Acto jurídico *strictu sensu*, definido como todo acontecimiento voluntario al cual el ordenamiento legal le ha señalado ciertas consecuencias que se verificarán con su realización; y b) Negocio jurídico, entendiéndose por éste, la declaración de voluntad que va encaminada a producir determinados efectos jurídicos que el ordenamiento legal reconoce y garantiza, y a través de los cuales los particulares regulan sus propios intereses. De ahí entonces que tanto en el acto jurídico *strictu sensu*, como en el negocio jurídico interviene la voluntad, sin embargo, en el primero, las modificaciones en las diferentes situaciones jurídicas, no dependen de la voluntad del sujeto, sino de la Ley; y en el segundo, la manifestación de la voluntad está encaminada con la intención de producir consecuencias jurídicas.

El Doctor Ernesto Gutiérrez y González⁶⁶ opinaba que el concubinato era un contrato, un acto jurídico de enorme trascendencia social como el matrimonio, pues ambos dan origen a la familia, nos señala incluso que es un contrato probablemente aún más antiguo que el mismo

65 RIPERT Boulanger, *Derecho civil-Parte general*, Tomo I, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1963.

66 GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, Op. cit.

matrimonio, pues en las épocas más primitivas la pareja mujer-hombre se unía para formar una familia, sin recurrir a sacramentos, instituciones o solemnidades, sino que lisa y llanamente de hecho, celebraban un convenio tácito para alcanzar los fines del matrimonio y el concubinato. El citado autor define al concubinato como “...*UN CONTRATO FORMAL O CONSENSUAL, DE TRACTO SUCESIVO, QUE SE CELEBRA ENTRE UNA SOLA MUJER Y UN SOLO HOMBRE, QUE TIENE EL DOBLE OBJETO DE TRATAR DE SOBRELLEVAR LAS PARTES, EN COMÚN, LOS PLACERES Y CARGAS DE LA VIDA, Y TRATAR DE PERPETUAR LA ESPECIE HUMANA...*”.

Lo trascendente de la postura de este autor estriba en que para él no es admisible la idea de un derecho familiar, sino que se trata de un solo derecho, el derecho civil cuyas reglas son aplicables a la familia. Su definición refleja en forma evidente su postura quién realiza su estudio bajo la teoría del acto jurídico, sin embargo, aún cuando tal definición ya no corresponde ni en cuanto a las partes que en el intervienen, ni en cuanto a sus efectos, a la regulación actual del concubinato, así como tampoco la del matrimonio (figura que utiliza el autor como punto de comparación), lo cierto es que para nosotros, para que pueda adoptar la calidad de acto jurídico, ya sea de derecho civil en general o de derecho familiar, es necesario que como los de su especie, se otorgue, es decir, que dicha voluntad se manifieste en forma tácita o expresa, además de que los efectos asignados a tal figura sean deseados por las partes, o mejor dicho, que la voluntad de las partes sea sancionada por la ley, situación que en la especie y a nuestro parecer no sucede, dado que los efectos como hemos visto, se trata de un hecho que surge en forma espontánea que a causa de los factores que se citaron al principio de este trabajo, es un hecho innegable en nuestra sociedad y en muchas otras, y los efectos a él atribuidos han sido con el propósito de proteger en principio a los hijos, posteriormente a los concubinos, todo ello en razón de ser fuente de relaciones familiares y por consiguiente de orden público e interés social.

De ahí que opinemos que para poder llegar a ser un acto jurídico, es necesario que la ley sancione adecuadamente tal conducta, así como regular la manifestación de voluntad de los concubinos. Por ello en apartados anteriores proponemos que en lugar de otorgar al

concubinato la naturaleza de hecho jurídico voluntario en razón de la ausencia de voluntad, se considere estudiarlo como acto jurídico como algunos juristas han planteado, con la única diferencia de que antes de iniciar el estudio se parta de la base de que lo que hay es voluntad, lo que falta, efectos jurídicos. Sin embargo, tal problema no es materia de la presente investigación.

4.1.3. El concubinato como acto jurídico de derecho familiar.

Un tema muy discutido en la doctrina es aquel que se refiere a la existencia o no de un acto jurídico de derecho familiar, es decir, un acto cuyas características especiales lo hagan distinto de las nociones clásicas del acto jurídico, y al respecto existen opiniones en uno y otro sentido, si embargo debido a su importancia en este apartado únicamente expondremos la opinión de aquellos que apoyan su existencia.

Para los efectos de este apartado nos referiremos por un lado a los actos jurídicos de derecho familiar y por otro a los que llamaremos actos jurídicos de derecho civil en general. Iniciaremos señalando que aquellos que sostienen la existencia del acto jurídico de derecho familiar afirman que las disposiciones contenidas en el libro cuarto, primera parte del Código Civil denominado “De las Obligaciones”, prácticamente no pueden aplicarse simple y llanamente a ninguna de las instituciones familiares debido a que presentan muchas excepciones en este aspecto. El acto jurídico de derecho familiar para el Notario Cecilio González Márquez⁶⁷ es definido como “*una modificación de la realidad exterior que crea, transmite, declara o modifica derechos subjetivos familiares o situaciones jurídicas relacionadas con el estado civil de las personas*”. Este se puede clasificar tomando en cuenta el número de partes formales que intervienen en el mismo en: monosubjetivo, bisubjetivo y plurisubjetivo; tomando en cuenta la participación del Estado: en estrictamente privado y estatal; y tomando en cuenta sus efectos jurídicos en: declarativos y constitutivos.

⁶⁷ Citado por DE LA MATA PIZANA, Felipe, *et. al.*, *Derecho familiar y sus reformas más recientes a la legislación del Distrito Federal*, 2ª. Ed., Porrúa, México, 2005, Pág. 30.

A continuación los explicamos brevemente:

Un acto monosubjetivo o unilateral sería aquel acto jurídico de derecho familiar donde existe una parte formal que manifiesta su voluntad, *v.gr.* el reconocimiento de hijos, sin embargo en México, este podría ser considerado como bisubjetivo en razón de que se requiere del consentimiento de otra persona para surtir sus efectos.

Un acto bisubjetivo o bilateral, es aquel acto familiar en donde es indispensable que exista el consentimiento de dos partes formales que manifiesten su voluntad, *v.gr.* las donaciones antenuptiales o el contrato preparatorio que se conoció como esponsales, figura jurídica ya derogada en el Código Civil para el Distrito Federal.

Son actos plurisubjetivos, aquellos en que existen más de dos partes formales, *v.gr.* el matrimonio, el divorcio por mutuo consentimiento o la adopción.

Un acto estrictamente privado es aquel en que sólo intervienen las partes sin ninguna participación del Estado en su perfeccionamiento, *v.gr.* el contrato preparatorio antes llamado esponsales.

Un acto del Estado es aquel en que existe una intervención estatal directa o indirecta para su perfeccionamiento, *v.gr.* el matrimonio o el divorcio, en razón de que se requiere la intervención del Juez del Registro Civil o del Juez común, según sea el caso.

Por último, son actos declarativos cuando tienen por objeto reconocer un estado preexistente, *v.gr.* el reconocimiento de un hijo; y son constitutivos en tanto que crean un nuevo estado familiar, *v.gr.* el matrimonio.

El acto jurídico de derecho familiar se distingue del acto jurídico en general ya que los efectos del primero, si bien también son los de crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones, éstos no son de contenido patrimonial, sino que se trata de relaciones

jurídicas en muchas ocasiones carentes de contenido económico *v.gr.* el débito carnal, la fidelidad, la ayuda mutua y la procreación. Por otra parte la voluntad en los actos familiares actúa diferente pues cuando en los demás actos civiles rige la máxima de que “La suprema ley de los contratos es la voluntad de las partes”, en el derecho familiar, al ser normas de interés público e interés social, adquieren la cualidad de ser irrenunciables e inmodificables por la voluntad de las partes, ésta tiene una intervención muy moderada pues sólo participa en los casos en que expresamente se le requiere, de tal manera que por ejemplo, no es posible que el acreedor alimentario renuncie a los alimentos o los cónyuges no pueden sujetar a modalidad alguna su matrimonio, como contraerlo por un plazo determinado, estos por mencionar algunos. Es así como la voluntad no puede llegar más allá de lo que la ley le permite, por ello resulta ser una restricción mucho mayor a la hora de tratar de aplicar el principio de la autonomía de la voluntad a la materia familiar, de ahí que como señalamos, la ley suprema en este tipo de actos no resulta ser totalmente la propia voluntad. A este fenómeno se le ha dado por llamar “*ineficacia de la voluntad en los actos jurídicos de Derecho Familiar*”.

Para ejemplificar lo anterior podemos señalar el pacto por el cual se pretende dotar de plenos efectos civiles al matrimonio religioso, o sujetarlo a un término, la transacción de los derechos de familia, la renuncia a los alimentos, por mencionar algunos.

Otra diferencia consiste en los efectos de unos y otros pues los actos de derecho familiar son absolutos, tienen efectos *erga omnes* y son de orden público, en tanto que los de derecho civil en general son relativos y estrictamente privados. Por otro lado, los primeros son por lo general intransmisibles, irrenunciables e intransigibles, y decimos por lo general porque por lo menos esa cualidad la tienen los derechos y obligaciones de carácter extra-patrimonial.

Una diferencia más consiste en las sanciones, pues encontramos que los actos jurídicos en general, ya sea que adolezcan de un elemento de existencia o de validez, se les sanciona con la inexistencia, la nulidad absoluta o la nulidad relativa; por su parte, en los actos jurídicos de derecho familiar la sanción se reduce a la ineficacia que puede consistir en la nulidad (que es la ineficacia de origen del acto jurídico que se da por la falta de un elemento de validez del

mismo), la revocación (que en derecho familiar tiene un doble aspecto, como sanción, cuando una de las partes por excepción está facultada para dejar sin efectos un acto jurídico, y como un acuerdo entre los interesados para destruir las consecuencias de tal acto), divorcio (que es considerado como una sanción pero sólo en los casos de divorcio necesario) y responsabilidad civil específica (en virtud de que las reglas generales de responsabilidad civil no le son aplicables totalmente al Derecho Familiar, tal y como sucede en la sanción prevista en el artículo 289 bis del Código Civil para el Distrito Federal).

Es de hacer notar que la inexistencia en este tipo de actos no resulta aplicable puesto que dada la naturaleza de las relaciones familiares, aquellos actos jurídicos que carecen de algún elemento de existencia o de validez, son dotados de efectos, por lo menos parcialmente, lo cual nos lleva a concluir que efectivamente existen, pues la nada al ser inexistente, por lógica debería ser ineficaz.

Por último, las normas de derecho familiar no son siempre coercibles ya que por lo regular entrañan obligaciones de hacer y muchas veces sin contenido económico, lo que en un momento dado esto las hace inexigibles, amén de que las obligaciones de este tipo se cumplen generalmente por una presión moral y social más que de forma coercible.

Por último, el maestro Flavio Galván Rivera, señala que es posible atribuir al concubinato la naturaleza de “*acto jurídico unilateral plurisubjetivo de Derecho Familiar*”, señalando como argumento el que de conformidad con la legislación civil actual para que exista concubinato, es necesario el acuerdo de voluntades de ambos concubinos para hacer vida común de manera seria, constante, ininterrumpida y permanente para constituir una familia, y que por tanto, su objeto directo es el cúmulo de derechos y deberes que se generan entre ellos y para con sus hijos, así como el régimen jurídico patrimonial que debe aplicarse respecto de sus bienes.

4.1.4. El concubinato como estado civil.

El estado civil se puede definir como la situación jurídica permanente que guarda una persona respecto de su familia, ahora bien, en la práctica y probablemente en los más de los casos, sólo para efectos administrativos, podemos observar que al concubinato -de manera excepcional- en algunos ordenamientos jurídicos vigentes se le ha considerado como un estado civil de las personas, tal es el caso de la Ley para la Familia del Estado de Hidalgo que así lo establece expresamente.

4.1.5. El concubinato como institución jurídica.

Ihering⁶⁸ nos señala que una institución jurídica es un *“conjunto de normas jurídicas de igual naturaleza que regulan un todo orgánico y persiguen una misma finalidad...”*, explica que *“...las normas jurídicas se agrupan constituyendo series de preceptos normativos para formar verdaderos cuerpos que tienen autonomía, estructura y funcionamiento propios dentro del sistema total que constituye el derecho positivo...”*, por otro lado Maurice Hauriou⁶⁹ considera que una institución es una *“idea de obra que se realiza y dura jurídicamente en un medio social. En virtud de la realización de esta idea se organiza un poder que tiene órganos; por otra parte, entre los miembros del grupo social interesado en la realización de esta idea se producen manifestaciones comunes, dirigidas por los órganos del poder y regidas por procedimientos...”*.

Ahora bien, partiendo de los elementos aportados en ambas definiciones, es posible considerar al concubinato como una verdadera institución jurídica pues a lo largo de su evolución nos queda claro que la ley civil le ha ido reconociendo consecuencias cada vez más amplias, ya no sólo con relación a los hijos, sino entre los concubinos, sobre sus relaciones jurídico-patrimoniales, e incluso respecto de la familia concubinaria como grupo social, y si a

68 Citado por ROJINA VILLEGAS, Rafael, Op. cit., Pág. 218.

69 *Idem.*

todo ello agregamos todas aquellas normas que han trascendido el derecho privado y que se han ubicado en el campo del derecho público y social que se han preocupado por regular esta figura, que si bien es cierto resulta polémica, no menos cierto resulta también que tiene existencia, estabilidad y permanencia social y jurídica cualidades de una verdadera institución.

4.1.6. La apariencia y el concubinato.

Para el Dr. Ernesto Gutiérrez y González la apariencia en forma general es “...*LA SITUACION DE HECHO EN QUE UNA COSA O UNA PERSONA ES VISTA POR LA SOCIEDAD O CONGLOMERADO EN QUE HABITA, Y EN DONDE SE CREE O PRESUME POR SUS INTEGRANTES, QUE LA PERSONA O COSA, TIENEN UNA ESPECÍFICA CALIDAD O CUALIDAD, CUANDO EN REALIDAD Y EN EL FONDO, PUEDE O NO TENERLOS*”⁷⁰.

La apariencia (enseña el autor) se desenvuelve en diversos aspectos, *v.gr.* el religioso (en donde por diferentes elementos externos, tales como su aspecto o indumentaria, sin más, se piensa que profesa tal o cual religión); el social (donde derivado de dichos elementos externos, genera entre otros efectos, la impresión a simple vista de pertenecer a una u otra clase social); el psíquico (en donde el aspecto externo influye en el juicio de valor que las personas realizan respecto de alguna cosa o persona acerca de su potencial intelectual o incluso físico); y el jurídico.

El aspecto jurídico es el que abordaremos a continuación, comenzando por la definición que el autor nos aporta, la cual es la siguiente: “*LA SITUACION DE HECHO QUE PERCIBE LA COLECTIVIDAD O UNA PERSONA O PERSONAS DETERMINADAS, COMO CUALIDADES O CALIDADES FUNDADAS EN DERECHO, DE UNA PERSONA O COSA DETERMINADAS, Y EN DONDE SE CREE O PRESUME POR LOS QUE PERCIBEN, QUE*

70 GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, Op. cit. Pág. 147.

TIENE ESA PERSONA O COSA, CUANDO EN VERDAD PUEDEN O NO TENERLAS EN REALIDAD”.

Esta apariencia continúa diciendo, cobra fuerza cuando el legislador establece una presunción, pues siempre que en una norma jurídica se establece una presunción, en realidad a lo que se refiere es a una apariencia pues la primera reposa en ésta última. El autor citado distingue entre apariencia y posesión de estado pues advierte como decíamos hace unos momentos que los casos a los cuales el Código Civil califica como posesión, en realidad son casos de apariencia, sin embargo, ambas teorías se superponen parcialmente en virtud de que las normas del Código Civil van ligadas a casos de apariencia, sin ser distinguida o mencionada ésta última por el legislador quien incluso las confunde.

Sobre las diferencias existentes entre la apariencia y la posesión nos señala las siguientes:

a).- La apariencia se refiere al hecho material de la tenencia de la cosa como la ven los miembros de la colectividad, en tanto que la posesión ve ese hecho con relación al interior del sujeto, del provecho que puede sacar para sí, de la cosa, al margen de lo que de él, piense o crea la colectividad.

b).- La apariencia surte efecto respecto de los miembros de la colectividad, teniendo éstos la idea de que es el titular de un derecho frente al público. La posesión en cambio implica el aprovechamiento de la cosa directamente en beneficio del poseedor, hacia él, para él, para sí.

Explica el autor también, que “...*Se da la apariencia de estado de matrimonio, o de casados, cuando la colectividad ve a una pareja de hombre y mujer que habitan juntos, que tienen sus descendientes, y que inclusive ponen en la sala de su casa un retrato, en donde ella está ataviada de blanco en traje de “novia” que es llevada al altar, pero en realidad no*

contrajo matrimonio, sino que sólo cumplió con su rito eclesiástico, y eso no es matrimonio para el Estado... ”⁷¹.

Por su parte señala que por lo que se refiere a la posesión de estado de matrimonio, el primer requisito que establece el código es que no exista un acta del registro civil en donde conste un matrimonio, sin embargo indica que en los artículos 39 y 40 lo que se acredita es la apariencia del estado civil de que se trate y no la posesión de estado.

4.2. Caracteres o elementos del concubinato.

Postura similar a la del Doctor Ernesto Gutiérrez y González, es la asumida por el maestro Flavio Galván, sin embargo este último difiere del primero en que define la naturaleza del concubinato no como contrato sino como la de un acto jurídico pero dentro del derecho familiar. Sin embargo, sin entrar tampoco a la discusión de una y otra postura, para nosotros y conforme a su regulación actual en nuestro Código Civil, no hay elementos suficientes para atribuirle *de derecho* una naturaleza jurídica distinta a la de un hecho jurídico lícito, aunque *de hecho* si los haya, por tanto, es justamente bajo esa óptica que será analizado. Para tal fin, consideramos que aún cuando el maestro Flavio Galván Rivera considera al concubinato como un acto jurídico de derecho familiar, al estudiarlo hace una distinción entre sus requisitos que nos parece, nada afecta la opinión vertida por nosotros líneas arriba, por lo que siguiendo al autor distinguiremos también entre requisitos personales o subjetivos y requisitos formales u objetivos.

4.2.1. Elementos Personales o Subjetivos.

El concubinato, ya sea como un hecho o acto jurídico en general, o como acto jurídico de derecho familiar, necesariamente debe ser realizado por dos personas que consideradas en pareja y conforme a derecho, tienen legitimación para establecer entre sí la unión

71 GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, Op.cit.

concubinaria, pues así como no es exacto pensar que dos personas sólo por su calidad de tales pueden constituir concubinato, tampoco lo es afirmar que todas las parejas que conviven, forman concubinato, es por ello que hay que distinguir que requisitos debe reunir una persona para ser concubino(a), lo cual resultará de importancia al comparecer ante un Notario a formalizar o a acreditar el estado de concubinato. Es importante destacar que a la luz de las reformas al Código Civil para el Distrito Federal del 29 de Diciembre de 2009, ya no es posible como lo exponemos más adelante, afirmar que el concubinato sólo puede darse entre la pareja heterosexual, sin embargo sin entrar al estudio de ese tema, únicamente nos referiremos a la pareja sin hacer mención sobre si deben constituirlo personas de diferente sexo o pueden ser del mismo.

En cualquier caso el concubinato sólo puede ser constituido por dos personas, cuyo fin es formar una familia a partir de dicha unión, así mismo, se requiere que dicha pareja sea singular, es decir, que los dos sujetos que intervienen en la relación lo hagan en forma inmediata, directa y personal, en otras palabras, el concubinato no puede existir entre más de dos personas, pues de lo contrario para la ley no será concubinato, dejando únicamente la posibilidad a quien haya actuado de buena fe, de demandar una indemnización por daños y perjuicios, atento a lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo 291-Bis del Código Civil.

Por último, es requisito fundamental que los concubinos se encuentren libres de matrimonio y que no tengan ningún impedimento para contraerlo, a que se refiere el artículo 156 del Código Civil.

4.2.2. Elementos Objetivos.

Estos elementos son por supuesto externos a la persona, trascienden a la realidad social, se refieren a aquellos requisitos sin los cuales la unión singular de la pareja no podría constituir concubinato, tales requisitos son: a).- El hecho público y notorio de su convivencia familiar; y b).- La constancia, estabilidad y permanencia de su vida en común, como familia.

a).- Por lo que se refiere a la convivencia pública, ésta constituye el requisito social, objetivo o externo que consiste en la cohabitación seria, constante, estable, ininterrumpida y permanente entre los concubinos, y es justamente éste elemento el que da sustento al concubinato y que incluso lo distingue de otras relaciones pasajeras. Así lo establece el primer párrafo del artículo 291-Bis, cuando expresa “*siempre que... han vivido en común en forma constante y permanente*”. Dicha convivencia debe darse a la luz pública, conocida por los miembros de la sociedad, actuando como verdaderos miembros fundadores e integrantes de una nueva familia.

b).- Si bien, ya mencionamos que la vida en común debe ser entre otras cosas, en forma constante y permanente, la ley sujeta a un plazo tal convivencia para ser fuente generadora de determinados derechos, con la posibilidad de ejercerlos incluso por la vía judicial, a este respecto el Código Civil para el Distrito Federal establece un plazo de dos años que precedan inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones a que alude dicho Código, sin embargo, no se establece la forma en que se determinará la fecha en que dicha convivencia inició y por tanto cuando dicho plazo se ha cumplido, de ahí que conforme al citado Código, el concubinato genera derechos y obligaciones siempre que se cumplan con los demás requisitos, bajo los siguientes supuestos: (i) Que hayan vivido en común en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años; o (ii) Que tengan un hijo en común, éste último supuesto en el que encuentran lógicamente una limitación natural las parejas del mismo sexo.

4.3. Causas de terminación. Sus efectos.

El Código Civil para el Distrito Federal no regula en forma expresa las causas de extinción del concubinato, sin embargo de su regulación actual podemos señalar las siguientes:

- a).- La separación de los concubinos ya sea de común acuerdo o en forma unilateral;
- b).- La muerte de uno de los concubinos;

c).- El hecho de que uno de los concubinos se una en matrimonio o sociedad de convivencia con persona distinta al concubino; y

d).- El matrimonio o la adopción del régimen de sociedad de convivencia de los concubinos entre sí.

Los efectos de tal separación, se encuentran regulados en el artículo 291-Quintus que señala:

“Artículo 291 Quintus.- Al cesar la convivencia, la concubina o el concubinario que carezca de ingresos o bienes suficientes para su sostenimiento, tiene derecho a una pensión alimenticia por un tiempo igual al que haya durado el concubinato. No podrá reclamar alimentos quien haya demostrado ingratitud, o viva en concubinato o contraiga matrimonio. El derecho que otorga este artículo podrá ejercitarse solo durante el año siguiente a la cesación del concubinato.”.

4.4. Efectos jurídicos del concubinato.

Las reformas al Código Civil para el Distrito Federal del 25 de mayo del 2000, trajeron consigo un cambio muy importante en materia de concubinato, esto es, como un hecho jurídico cuya consecuencia social más importante consistía en ser fuente de relaciones familiares, le atribuyeron como consecuencia todas las disposiciones genéricas que dicho Código contiene sobre la familia, lo cual se puede comprobar de la lectura del artículo 291-Ter del referido cuerpo legal en cita que señala:

“Artículo 291 TER.- Regirán al concubinato todos los derechos y obligaciones inherentes a la familia, en lo que le fueren aplicables.”.

Esta parte es muy importante pues es preciso dejar fijados los efectos que en la vida jurídica le han sido otorgados, o incluso más propiamente, reconocidos al concubinato, así, citando la obra del maestro Flavio Galván Rivera dividiremos el estudio de los efectos jurídicos del concubinato en tres grandes apartados que son: a).- Entre los concubinos; b).-

Con relación a los hijos; y c).- Efectos Patrimoniales, los cuales desarrollamos a continuación.

4.4.1. Efectos jurídicos entre los concubinos.

El concubinato como hecho jurídico, como hemos visto, ha sido considerado de gran trascendencia en nuestra realidad social, de tal manera que fue objeto de regulación por el legislador mexicano. En este sentido, analicemos las consecuencias que en nuestra legislación vigente le son atribuidas.

4.4.1.1. Derecho a recibir alimentos.

El derecho a los alimentos está regulado en los artículos 291-Quáter y 291-Quintus, con relación a los artículos 301, 302, 1368 fracción V, y 1373, todos ellos del Código Civil para el Distrito Federal, de los cuales se desprende lo siguiente:

a).- La reciprocidad de la obligación de dar alimentos, lo cual trae el correlativo derecho de aquel que los dió para que llegado el caso de necesitarlos, pueda a su vez pedirlos.

b).- La obligación de los cónyuges a proporcionarse alimentos, con la reciprocidad a que se hizo referencia en el inciso anterior.

c).- Derecho a una pensión alimenticia en caso de que el concubino al otorgar testamento, no dictare disposición alguna con respecto a los alimentos que al ocurrir su fallecimiento, tuviera el deber de proporcionar a su concubina, de acuerdo a la fracción V del artículo 1368 del Código Civil para el Distrito Federal, lo que traería como consecuencia la inoficiosidad de dicho testamento, según lo dispuesto por el artículo 1374 siguiente.

Los requisitos establecidos en el artículo señalado y bajo los cuales el concubino supérstite tiene derecho a reclamar alimentos en la sucesión de su concubino son:

- (i) Que el concubino supérstite esté impedido para trabajar.
- (ii) Que no tenga bienes suficientes, sin embargo, a este respecto queda la duda de a que se refiere el legislador con el término “suficientes”.
- (iii) Este derecho a recibir alimentos subsistirá mientras el concubino o la concubina supérstite no contraigan nupcias. Esto nos parece repetitivo y por tanto innecesario, dado que el artículo 291-Quintus ya lo establece en forma general.
- (iv) Que observe buena conducta, lo cual es un requisito subjetivo ya que ¿qué es lo que debemos entender por buena conducta? ¿quién será la autoridad o el órgano competente para determinar si el o la concubina observan una “buena conducta”?

d).- Y por último, la fracción primera del artículo 1373 que señala las reglas de preferencia para cumplir con la obligación de dar alimentos para el caso de que el caudal hereditario no fuere suficiente para dar alimentos a todas las personas enumeradas en el artículo 1368 y que por lo que se refiere a la concubina supérstite por analogía, se ministrarán a los descendientes y a el o la concubina supérstite a prorrata.

4.4.1.2. Derechos Sucesorios.

Antes de iniciar el análisis de las reglas de la sucesión del concubino o concubina supérstite, quisiéramos enfatizar que no fue sino a raíz de las reformas del 27 de diciembre de 1983 que se igualó a los concubinos supérstites con el cónyuge supérstite, claro, sujeto a los requisitos necesarios para conformar una unión concubinaria.

Para esto, el Licenciado Juan Manuel Asprón Pelayo⁷² nos remite a un doble análisis. En primer lugar, antes de las reformas del 25 de mayo de 2000, las cuales entraron en vigor el primero de junio del mismo año, los artículos que establecían los requisitos para ser considerado como concubino eran el 302, el 1368 fracción V y el 1635, de los cuales se

72 ASPRÓN PELAYO, Juan Manuel. *Sucesiones*, 2ª. Ed. Mc Graw Hill, Serie Jurídica, México 2009. Pág. 34

desprendía que para ser considerado concubino con derecho a heredar se debían satisfacer los siguientes requisitos:

a).- Que al momento de la muerte del autor de la herencia los concubinos vivieran juntos;

b).- Que dicha unión tuviera una duración no menor de cinco años inmediatos anteriores al deceso de uno de ellos, aunque dicho plazo podía ser menor sólo en el caso de que hubieran tenido “hijos” (nótese al respecto la expresión tan inexacta que empleó el legislador puesto que la interpretación literal generó polémica en cuanto a si una pareja de cuya unión nacía un solo hijo podía ser considerado concubinato); y

c).- Que los concubinos hayan vivido como si fueran cónyuges, por lo cual concluimos que deben reunir los requisitos para ser cónyuges bajo el principio de que sólo pueden ser concubinos aquellos que pueden llegar a ser cónyuges.

El análisis de estos requisitos resulta importante debido a que si una persona falleció antes de la fecha en que entró en vigor la reforma, el supérstite deberá acreditar que su unión cumplió con los requisitos antes señalados.

En segundo lugar, de conformidad con la reforma que entró en vigor en el año 2000, los requisitos para que exista concubinato son:

a).- Que al momento de la muerte del autor de la herencia el concubinato estuviera vigente, es decir, que vivieran juntos;

b).- En cuanto a la duración de la convivencia se redujo de 5 a 2 años, sin embargo, dicho plazo puede ser menor si hubiesen tenido en ese período un hijo (se aclara que basta sólo un hijo); y

c).- Continúa la regla de que los concubinos deben estar libres de matrimonio y la prohibición de que pueda haber dos concubinatos simultáneos.

En la actualidad, el artículo 291-Bis únicamente señala que los concubinos deben vivir en común en forma constante y permanente y ya no menciona que debe ser como si fueran cónyuges, lo cual es un error y deja abierta la posibilidad a otro tipo de uniones.

Pasando a tratar las reglas de la sucesión de los concubinos, las encontramos principalmente en los artículos 291-Quáter, 1602 fracción I y 1635 del Código Civil para el Distrito Federal, que establecen el derecho de los concubinos a heredarse en forma recíproca en la sucesión legítima, los cuales a la letra dicen:

“Artículo 291-Quáter. El concubinato genera entre los concubinos derechos alimentarios y sucesorios, independientemente de los demás derechos y obligaciones reconocidos en este código o en otras leyes. G.O.D.F. 25-May-00.”.

“Artículo 1602. Tienen derecho a heredar por sucesión legítima: I. Los descendientes, cónyuges, ascendientes, parientes colaterales dentro del cuarto grado y la concubina o el concubinario, si se satisfacen en este caso los requisitos señalados por el artículo 1635;...”.

“Artículo 1635. La concubina y el concubinario tienen derecho a heredarse recíprocamente, aplicándose las disposiciones relativas a la sucesión del cónyuge, siempre que reúnan los requisitos a que se refiere el Capítulo XI del Título Quinto del Libro Primero de este Código. G.O.D.F. 25-May-00.”.

Por lo tanto, se aplican las reglas de la sucesión del cónyuge que son las que veremos a continuación, para lo cual, para su mejor comprensión sustituiremos la expresión cónyuge por la de concubino, y así tenemos:

a).- Si concurre concubino o concubina supérstite con descendientes del autor de la sucesión, de conformidad con los artículos 1608, 1624 y 1625 existen los siguientes supuestos:

- (i) Que el concubino o la concubina supérstite no tenga bienes propios. En cuyo caso le corresponderá la porción de un hijo, lo cual resulta cuestionable, debido

a ello señalamos más propiamente que tendrá el derecho de un hijo, y por tanto heredará como un hijo. De esta manera la herencia se dividirá entre los hijos del *de cuius* y el concubino o la concubina supérstite por partes iguales.

- (ii) Que el concubino o la concubina supérstite tenga bienes que sean al menos de un monto igual a la porción que le corresponderá a cada uno de los hijos del *de cuius*, en cuyo caso no heredará nada.
- (iii) Que el concubino o la concubina supérstite tenga bienes pero que la cuantía de éstos no iguale el monto de la porción que le corresponderá a cada hijo, en cuyo caso heredará únicamente lo que baste para igualar sus bienes propios más los heredados con la porción que le corresponda a cada hijo.

b).- Si concurre concubino o concubina supérstite con ascendientes del autor de la sucesión, de conformidad con los artículos 1626 y 1628, el caudal hereditario deberá repartirse en dos partes iguales, de las cuales una se aplicará al concubino o la concubina y la otra para los ascendientes sin importar si el concubino tiene o no bienes propios.

c).- Por otro lado, de conformidad con el artículo 1621, si concurre el concubino o la concubina del adoptado con los adoptantes, dos terceras partes de la herencia serán para el concubino o la concubina y el tercio restante será para los adoptantes, lo cual resulta injusto e incomprensible puesto que no encontramos razón alguna para que un adoptante tenga un derecho menor que un ascendiente.

d).- Si concurre el o la concubina supérstite con hermanos del *de cuius*, de conformidad con los artículos 1627 y 1628, la herencia se dividirá en tres partes iguales, de las cuales dos terceras partes se aplicarán al concubino, y la restante se aplicará a los hermanos, quienes a su vez se la repartirán por partes iguales, para el caso de que sea más de uno.

e).- Si concurre el o la concubina supérstite con otros parientes del *de cuius*, que no sean ascendientes, ni descendientes, ni hermanos, de conformidad con los artículos 1629 y 1632, toda la herencia será para dicho concubino.

Por último, es preciso señalar que antes de las citadas reformas, cuando quedaba como única heredera la concubina, debía dividirse la herencia a la mitad quedando una parte para la concubina y otra para el Estado por conducto de la Beneficencia Pública (actualmente el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal), cometiéndose una total injusticia con la mujer que probablemente vivía más necesitada que el Estado ¿por qué tener que perder la mitad de la masa hereditaria si era la única persona con derechos hereditarios que tenía el de cuius? Hoy en día, el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal sólo se adjudica la herencia cuando no existe ninguna de las personas reconocidas por la ley con derecho a heredar.

4.4.1.3. Parentesco.

El concubinato, al igual que el matrimonio, claro está, no genera ninguna clase de parentesco entre los concubinos, sin embargo, conforme al artículo 294 del Código Civil para el Distrito Federal, sí surge el parentesco por afinidad que es el vínculo que se adquiere entre la concubina y los parientes consanguíneos del concubinario, y entre éste y los parientes consanguíneos de aquella.

La única importancia o utilidad práctica de mencionar lo anterior estriba en que crea un impedimento legal para el caso de que termine el concubinato, puesto que si esto sucede el o la concubina no se podrá unir en concubinato con sus parientes en línea recta sin limitación de grado, aplicando por analogía lo previsto en la fracción IV del artículo 156 del Código Civil para el Distrito Federal.

4.4.1.4. Patrimonio de familia.

Sujeto a lo establecido en el artículo 724 del Código Civil para el Distrito Federal, los concubinos o cualquiera de ellos pueden constituir el patrimonio de familia con el fin de proteger económicamente a su familia.

El patrimonio de familia se encuentra definido por el artículo 723 del mencionado ordenamiento legal como sigue: “...es una institución de interés público, que tiene como objeto afectar uno o más bienes para proteger económicamente a la familia y sostener el hogar. El patrimonio de familia puede incluir la casa habitación y el mobiliario de uso doméstico y cotidiano; una parcela cultivable o los giros industriales y comerciales cuya explotación se haga entre los miembros de la familia; así como los utensilios propios de su actividad, siempre y cuando no exceda su valor, de la cantidad máxima fijada por este ordenamiento. G.O.D.F. 25-May-00...”. Por su parte, el artículo 730 siguiente nos señala el valor máximo de los bienes afectos al patrimonio de familia que es la cantidad resultante de multiplicar el factor de 10,950 por el importe de tres veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal, en la época en que se constituye el patrimonio, autorizando como incremento anual, el porcentaje de inflación que en forma oficial determine el Banco de México y el cual no será acumulable.

Las cualidades de los bienes afectos al patrimonio de familia por ese sólo hecho pasan a ser propiedad de los miembros de la familia y sus cualidades son las de ser: a).- Inalienables; b).- Imprescriptibles; c).- Inembargables; y d).- No están sujetos a gravamen alguno.

Antes de las reformas del 25 de mayo del 2000, se podía inferir que el patrimonio de familia sólo podía constituirse por una familia originada del matrimonio, sin embargo, si en ese entonces se consideraba que también hablaba de las personas a quienes tiene obligación de dar alimentos, y que tanto el concubino como la concubina están obligados a ministrar alimentos, se concluía que también ellos podían constituir el patrimonio de familia, sin embargo esta interpretación ya no es necesaria dada la citada reforma.

4.4.1.5. Con relación a los contratos de arrendamiento.

Con respecto a los contratos de arrendamiento, la ley otorga a los concubinos el derecho de subrogarse en los derechos y obligaciones derivados de dichos contratos tratándose de casas habitación, que se hayan celebrado por el concubinario o la concubina, lo cual se puede apreciar de la lectura de los artículos 2448-H y 2448-M del Código Civil vigente para el Distrito Federal que disponen:

“ARTÍCULO 2448-H. El arrendamiento de fincas urbanas destinadas a la habitación no termina por la muerte del arrendador ni por la del arrendatario, sino sólo por los motivos establecidos en las leyes. Con exclusión del cualquier otra persona, el cónyuge, el o la concubina, los hijos, los ascendientes en línea consanguínea o por afinidad del arrendatario fallecido se subrogarán en los derechos y obligaciones de éste, en los mismos términos del contrato, siempre y cuando hubieren habitado real y permanentemente el inmueble en vida del arrendatario...”

“ARTÍCULO 2448-M. Si durante el arrendamiento se suscitare el divorcio del arrendatario, y la guarda y custodia de los menores habidos en el matrimonio, se le otorga judicialmente a su cónyuge, éste o ésta se subrogarán voluntariamente, en los derechos y obligaciones correspondientes del arrendamiento, en los términos y condiciones del contrato respectivo, quedando desde luego en posesión del inmueble arrendado, siempre y cuando lo hayan cohabitado durante el matrimonio, lo mismo se aplicará en el caso de concubinato G.O.D.F. 16-Ene-03.”

4.4.1.6. Adopción.

Con respecto a la adopción, hay que distinguir dos momentos, el antes y el después de las reformas al Código Civil para el Distrito Federal, publicadas en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 15 de junio de 2011. En primer lugar, previo a las citadas reformas, el Código Civil no definía a la adopción, sino que se limitaba como es el caso del concubinato, a establecer sus requisitos, y a fijar sus efectos. Actualmente a partir de dichas reformas, se define según el artículo 390 del Código Civil para el Distrito Federal como *“el acto jurídico por el cual el Juez de lo Familiar constituye de una manera irrevocable una relación de*

filiación entre el adoptante y el adoptado, al mismo tiempo que establece un parentesco consanguíneo entre el adoptado y la familia del adoptante y entre éste y los descendientes del adoptado.” Y continúa diciendo “Es un derecho del menor, de naturaleza restitutiva, que le garantiza vivir, crecer y desarrollarse de manera íntegra, en el seno de una familia”.

El requisito de la edad mínima para poder adoptar no se modificó, tampoco las reglas de que nadie puede ser adoptado por más de una persona, con su excepción en el caso de los cónyuges o los concubinos (sin embargo, en este aspecto, con la reforma la ley aclaró que la sanción ante la violación de este precepto es la nulidad absoluta); y por otro lado la ley antes señalaba que el Juez podía autorizar la adopción de dos o más menores o incapaces cuando “*circunstancias especiales lo aconsejen*”, actualmente la ley también lo autoriza pero haciendo énfasis en el caso de que sean hermanos o “incapacitados”, para lo cual el juez valorará la convivencia de los hermanos para darlos en adopción. No estamos de acuerdo con esa redacción, en primer lugar porque parece invitarnos a pensar que sólo tratándose de hermanos el juez debe “*valorar la convivencia*” (sea lo que esto fuere), no así para los demás incapaces, pues para tal caso no señala que criterio debe seguirse cuando se pretenda adoptar a dos incapaces sin parentesco consanguíneo entre sí.

Por otro lado, de acuerdo con las reformas, los cónyuges o concubinos pueden adoptar, sin embargo, en el primer caso, deben tener al menos dos años de casados, y en el segundo, deben demostrar una convivencia ininterrumpida de al menos dos años. Lo que sigue sin lograr modificación respecto a los términos ambiguos que se utilizan puesto que volvemos a la necesidad de definir los límites del término “ininterrumpida”, así como la de acreditar la existencia del concubinato. Lo anterior en virtud de que la estabilidad parece ser la cualidad que debe revestir una familia para adoptar, aún habiendo celebrado contrato de matrimonio.

4.4.2. Efectos jurídicos con relación a los hijos.

Con relación a los hijos, el concubinato genera únicamente una presunción legal, esto se encuentra establecido en el artículo 383 del Código Civil para el Distrito Federal que señala:

“Artículo 383. Se presumen hijos del concubinario y de la concubina: I. Los nacidos dentro del concubinato; y G.O.D.F. 25-May-00; II. Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina. G.O.D.F. 25-May-00.”.

De un análisis detallado la redacción de la fracción I, en la doctrina se ha expresado que el problema de tal redacción invita a pensar que se excluye al primer hijo de la pareja, pues para que haya nacidos se necesita más de uno, opinión con la cual, técnicamente el concubinato surgiría con el nacimiento del segundo hijo, claro, siempre que se cumplan con los demás requisitos legales, sin embargo no nos es posible sostener ese criterio, sobre todo si tomamos en cuenta que el fin de tales disposiciones es la protección de los hijos, por lo cual resulta lógico pensar que una vez acreditada la existencia del concubinato, el primer hijo que tuvo la pareja viviendo en común también será considerado como tal.

Esta presunción legal resulta benéfica a los hijos que nazcan bajo este supuesto por lo siguiente:

a).- Puede ser invocada como prueba presuncional, en un juicio de investigación de paternidad o maternidad cuando no hubiesen sido reconocidos por el padre o la madre, sujeto a lo establecido en los artículos 382 y 383 del Código Civil, que establecen la libre investigación de la maternidad o paternidad, sin que se requiera previamente un principio de prueba, y por otra parte, la paternidad y maternidad, además de probarse por cualquiera de los medios de prueba, ahora también se puede probar con pruebas biológicas y pruebas que deriven del avance de los conocimientos científicos, y más aún, salvo prueba en contrario, con la negativa del presunto progenitor a proporcionar las muestras respectivas.

Esta presunción legal de ser hijo, sin embargo, no resulta del todo suficiente para acudir ante un Juez del Registro Civil a levantar el acta de nacimiento, pues tratándose de concubinos no basta la comparecencia de uno sólo de ellos para reconocer a un hijo de ambos, así lo expresa el artículo 60 del Código Civil para el Distrito Federal que dice:

“Artículo 60. El padre y la madre están obligados a reconocer a sus hijos. G.O.D.F. 25-May-00. Cuando no estén casados, el reconocimiento se hará concurriendo los dos personalmente o a través de sus representantes, ante el Registro Civil. G.O.D.F. 25-May-00.”.

b).- Puede ser invocada como prueba presuncional, en apoyo de la posesión de estado, en un juicio intestamentario o en un juicio de alimentos. El derecho a promover este tipo de juicios, deriva de que a la presunción de ser hijo de los concubinos a que se refiere el citado artículo 383, debe unirse además la posesión de estado de hijo. Al respecto veamos los artículos 341 y 343 del Código Civil para el Distrito Federal que señalan en su parte conducente lo siguiente:

“Artículo 341. A falta de acta o si ésta fuere defectuosa, incompleta o falsa, se probará con la posesión constante de estado de hijo...”.

“Artículo 343. Si un individuo ha sido reconocido constantemente como hijo por la familia del padre, de la madre y en la sociedad, quedará probada la posesión de estado de hijo, si además concurre alguna de las circunstancias siguientes: G.O.D.F. 25-May-00 I. Que el hijo haya usado constantemente los apellidos de los que pretenden ser su padre y su madre, con la anuencia de éstos; G.O.D.F. 25-May-00; II. Que el padre o la madre lo hayan tratado como hijo, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento; y G.O.D.F. 25-May-00; III. Que el presunto padre o madre tenga la edad exigida por el artículo 361. G.O.D.F. 25-May-00.”.

De todo lo anterior es posible arribar a la siguiente conclusión: El concubinato no es la causa que genera a favor de los hijos el derecho de percibir alimentos, ni el derecho de heredar por sucesión legítima o intestamentaria, puesto que tales derechos no nacen derivados del

hecho de la convivencia común de los padres, ya que incluso el nacimiento de un hijo se puede dar dentro o fuera de las uniones, ya matrimoniales, ya concubinarias. Así pues y como hemos visto los citados derechos son atribuidos por la ley como consecuencia del parentesco o derivado del acto por el cual se reconozca a un hijo por los medios que la misma ley señala, figuras jurídicas éstas (la filiación y el parentesco) cuyas consecuencias insistimos, en el caso de los hijos, no dependen ni del matrimonio ni del concubinato.

Cabe señalar que en el caso de un hijo no reconocido, éste en principio no goza del derecho a recibir alimentos, ni a la herencia, y en general, a ninguno que como hijo le correspondería. Sin embargo ello no es tan estricto dado que eventualmente un hijo no reconocido por su padre o madre en su acta de nacimiento o en las formas ya señaladas, pudiera reclamar su derecho a alimentos o a heredar por sucesión legítima sujeto a lo dispuesto por los artículos 341 y 343 antes citados al invocar la posesión de estado de hijo del padre o de la madre o de ambos, apoyándose y teniendo a su favor la presunción de ser hijo del concubino o de la concubina de acuerdo a lo señalado en el artículo 383 también ya citado.

Por su parte la acción de petición de herencia también es válida conforme a los artículos 799 y 801 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal pues si bien es cierto que tratándose de juicios *ab intestato*, se requiere acreditar el entroncamiento con el autor de la sucesión, no menos cierto es también que dicho dispositivo legal no exige que necesariamente esto se demuestre exclusivamente con las partidas del Registro Civil correspondientes, sino únicamente en cuanto fuere posible, y así señala que al promoverse un intestado “...el denunciante justificará su parentesco o lazo que existiere y que lo hubiere unido con el autor de la sucesión y **de ser posible**, presentará la partida del Registro Civil que acredite tal relación...”. Por su parte, el artículo 801 establece que los herederos *ab intestato* que sean descendientes del finado podrán obtener la declaración de su derecho, justificando con los correspondientes documentos o con la prueba que sea legalmente posible, su parentesco con el mismo y con información testimonial con el propósito de acreditar el entroncamiento con el autor de la sucesión.

Todo lo anterior nos permite concluir que la posesión de estado de hijo del autor de la sucesión resulta ser un medio de prueba legalmente posible para que tal hijo que no posibilidad de acreditar dicho entroncamiento con un acta de nacimiento, pueda reclamar su derecho a alimentos o a la herencia.

4.4.3. Otros efectos patrimoniales.

Para hablar de efectos patrimoniales conviene reflexionar precisamente sobre el Patrimonio, que es de los principales atributos de la personalidad, ello a propósito de la naturaleza jurídica de “Persona” que legislaciones como la de Tlaxcala y Morelos atribuyen al concubinato. Para ello es necesario analizar el concepto de lo que es el patrimonio y cuales son los elementos que lo conforman, pues ello nos permitirá comprender como los concubinos pueden regular el aspecto patrimonial de su unión en caso de ser posible.

El maestro Rafael Rojina Villegas nos dice sobre el Patrimonio lo siguiente:

“...El patrimonio se ha definido como un conjunto de obligaciones y derechos susceptibles de valorización pecuniaria, que constituyen una universalidad de derecho (universitas juris). Según lo expuesto, el patrimonio de una persona estará siempre integrado por un conjunto de bienes, de derechos y, además, por obligaciones y cargas; pero es requisito indispensable que estos derechos y obligaciones que constituyen el patrimonio sean siempre apreciables en dinero, es decir, que puedan ser objeto de una valorización pecuniaria...”⁷³.

El patrimonio como dijimos, resulta ser un atributo de la personalidad, de ahí que llama la atención que en las legislaciones de Tlaxcala (Arts. 642, 643 y 721 de su Código Civil) y Morelos (Art. 22 de su Código Familiar), se reconozca personalidad al concubinato, lo cual implica que como persona moral, requiere necesariamente de un acto jurídico por el cual se constituya, y por el cual deba recibir los atributos de la misma, entre los que se encuentra

73 ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de derecho civil II, Bienes, derechos reales y sucesiones*, 30ª. Ed. Porrúa, México 1999.

como dijimos, el patrimonio, pues su personalidad y atributos de la misma son totalmente distintos a los de sus constituyentes. Bajo ésta situación encontramos en general las siguientes tres posibilidades que actualmente existen en México para regular las relaciones patrimoniales que surjan o puedan surgir del concubinato: a).- Los bienes que adquieran los concubinos en forma individual corresponden en plena propiedad a cada uno de ellos; b).- Los bienes adquiridos por ambos concubinos en copropiedad o los que afecten a través de un contrato accesorio al concubinato para cumplir con sus fines, y cuya adquisición queda sujeta a las reglas de la copropiedad, salvo en éste último caso, disposición en contrario; o c).- El concubinato en las legislaciones donde se le reconozca personalidad, como persona moral, debe tener un patrimonio, totalmente distinto a los concubinos, como distinta es su personalidad.

En el caso del Distrito Federal, opinamos que pueden darse cualquiera de los dos supuestos señalados en los incisos a) y b) anteriores.

En capítulos anteriores analizamos los efectos que resultan del concubinato entre los concubinos, y con relación a los hijos, los cuales podríamos decir que son los aspectos más sobresalientes, sin embargo hay otro tipo de aspectos que salen a la luz por el sólo hecho de observar un poco al interior de una relación de concubinato. Estos aspectos resultan interesantes pues si bien es cierto, la ley ha reconocido derechos a las personas que viven en concubinato, ¿se ha ocupado de regular dicha unión con relación a los bienes?, la respuesta por supuesto es una rotunda negativa, pues si no se ha ocupado de regular al concubinato de manera adecuada, menos aún con relación a los bienes, basta leer las disposiciones que nuestro Código Civil contiene al respecto o mejor dicho, las que no contiene.

Cierto es que en la actualidad no podemos hablar de la existencia formal de regímenes jurídico-patrimoniales aplicables al concubinato. Esto representa, a decir del maestro Flavio Galván Rivera, una importante laguna legal, que asume especial relevancia, pues señala que: *“...resulta indispensable la existencia de un estatuto jurídico que tenga por objeto inmediato, exclusivo y directo, a los derechos y deberes, de contenido económico, qué adquieran los*

concubinos, antes y durante la existencia de su vida concubinaria, razón por la cual bien se podría hablar de sistemas jurídico-patrimoniales análogos a la sociedad conyugal, a la sociedad de gananciales, a la separación de bienes ó a cualquier otro que se considere justo y adecuado para el concubinato... ”⁷⁴.

En el momento en que los concubinos inician su relación, cada uno de ellos es propietario de determinados bienes, y en el caso de que la relación termine, conservará los bienes que tenía en propiedad al momento de iniciarse dicha relación puesto que no existe, como decíamos, un régimen jurídico al que puedan sujetarse por virtud del concubinato, sin embargo, si existen bienes que se hayan adquirido durante el concubinato, pro-indiviso por ambos concubinos, dichos bienes quedan sujetos a las reglas de la copropiedad, efectos que por supuesto nuevamente insistimos, no son consecuencia del concubinato, aún cuando la causa que motivó la adquisición haya sido el aportar los bienes así adquiridos a los fines del concubinato, pero insistimos, al no haber regulación específica con relación a los bienes, este tipo de controversias se resuelve bajo las reglas de la copropiedad con el que dichos bienes fueron adquiridos. El verdadero problema o la verdadera “injusticia” podría darse al igual que en el matrimonio, cuando en el concubinato uno de los miembros ha sido el que trabaja y el otro se ha dedicado a las labores del hogar y al cuidado de los hijos, situación que en muchos casos ha permitido al que trabaja adquirir diversos bienes y que al término del concubinato el que se dedicó al hogar y que no tuvo la oportunidad de trabajar por tal razón no tuvo posibilidad de adquirir bienes, dejándole únicamente la posibilidad de percibir alimentos por un tiempo igual al que haya durado el concubinato, sin poder recibir ningún tipo de compensación adicional. Esta situación en una futura y muy probable revisión a la regulación del concubinato, en aras de mejorarla, podría resolverse al fijar la misma compensación a que se refiere el artículo 267 fracción VI del Código Civil, a favor del concubino que durante el concubinato se haya dedicado al desempeño del trabajo del hogar y, en su caso, al cuidado de los hijos o que no haya adquirido bienes propios o habiéndolos adquirido, sean notoriamente menores a los de la contraparte, tal y como se expresa en dicho artículo.

74 GALVÁN RIVERA, Flavio. Op. cit., Pág.120.

Existen otros efectos que tienen relación y por tanto podríamos señalar, sin embargo como no surgen a causa del concubinato, rebasan los límites del presente estudio.

4.5. Algunas consideraciones con relación al concubinato frente a la nueva concepción del matrimonio y a la luz de la Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal.

Como parte del presente trabajo, nos parece importante presentar algunas consideraciones acerca del concubinato, particularmente a la luz de la Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal y de las reformas al Código Civil que dieron lugar a lo que consideramos una nueva concepción del matrimonio. Con ese fin presentamos los apartados siguientes.

4.5.1. El concubinato a la luz de la reformas al Código Civil para el Distrito Federal del 29 de Diciembre de 2009 en materia de matrimonio. Breve análisis comparativo.

Las reformas al Código Civil para el Distrito Federal del 29 de Diciembre de 2009 cambiaron lo que hasta ese momento se había concebido como matrimonio, para permitir que éste se pudiera contraer incluso entre personas del mismo sexo, lo cual más allá de la discusión sobre su moralidad o naturalidad, es finalmente ya una realidad, por lo menos así sucede en el Distrito Federal, y es así que el artículo 146 del Código Civil citado actualmente señala:

“Artículo 146.- Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que estipule el presente código.”.

Por su parte, el artículo 289-Bis antes transcrito pero que por su importancia en el presente apartado volvemos a citar señala que:

“Artículo 291 BIS.- Las concubinas y los concubinos tienen derechos y obligaciones recíprocos, siempre que sin impedimentos legales para contraer matrimonio, han vivido en común en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años que precedan inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones a los que alude este capítulo...”

Estos dos artículos antes transcritos nos sugieren (tomando en consideración lo planteado anteriormente respecto a la aptitud para ser concubinos) de que si para ser concubinos se deben reunir todos los requisitos exigidos por la Ley para contraer matrimonio, o en otras palabras, que como ya se dijo, los concubinos deben tener aptitud para ser cónyuges, ¿podrían dos personas del mismo sexo unirse en concubinato?

Para responder esta pregunta es preciso señalar en primer lugar que las redacciones actuales tanto del artículo 146 que tuvo como resultado el cambio de la expresión “...es la unión libre de un hombre y una mujer...”, por la de “...es la unión libre de dos personas ...”, así como del artículo 291-Bis que tuvo como resultado el cambio de la expresión “la concubina y el concubinario” por la de “las concubinas y los concubinos”, ambas surgieron a raíz de las reformas realizadas al Código Civil para el Distrito Federal del 29 de Diciembre de 2009, de ahí que por haberse realizado en forma simultánea, resulta lógico suponer que la segunda haya sido consecuencia de la primera, es decir, que las modificaciones al concubinato fueron resultado de la nueva conceptualización del matrimonio con el fin de permitir que ambas figuras pudieran conformarlas personas del mismo sexo, sin embargo, particularmente pensamos, en un afán por defender el origen, la naturaleza y finalidad del matrimonio, que la modificación a este último artículo fue producto de cuestiones de equidad de género y no con el fin de incluir en su acepción a personas del mismo sexo y si a lo anterior le sumamos la ambigüedad con que fue redactada dicha reforma, particularmente en el inicio del artículo que señala “Las concubinas y los concubinos”, concluimos que éste todavía da pie a pensar que aún conserva la exclusividad de ser formado entre un hombre y una mujer, hasta en tanto exista una modificación cuya redacción no deje lugar a dudas en cuanto a las personas que en él deben participar.

A continuación señalamos algunas diferencias y semejanzas entre el matrimonio y el concubinato:

I.- DIFERENCIAS:

a).- Desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, el matrimonio es un acto jurídico, pues para que exista es necesario que los pretendientes manifiesten ante un Juez del Registro Civil, su voluntad de unirse en matrimonio así como de someterse al estatuto jurídico aplicable a éste, todo lo cual se hace constar en el acta de matrimonio respectiva, y con lo cual se obtiene el reconocimiento del Estado y de la sociedad. Por el contrario el concubinato es un hecho jurídico voluntario lícito, debido a que tiene su origen en un acontecimiento espontáneo que consiste en la vida común que hacen un hombre y una mujer, de manera constante y permanente, por el lapso de dos años, o cuando ambos concubinos tienen un hijo en común. Es decir, no existe la manifestación expresa de la voluntad de los concubinos para crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones entre ellos, la autoridad no tiene registros de ellos, pues dicha voluntad no se expresa ante ella y por lo tanto no se expide ningún documento que lo acredite, peor aún, no existe un régimen jurídico adecuado, esto pareciera deberse al argumento de que si **la intención de los concubinos no es la de sujetarse a régimen jurídico alguno, el Estado no tiene porque imponérselo**. De ahí que no tenemos elementos para considerarlo un acto jurídico, lo cierto es que todos estos defectos fomentan un clima de inseguridad que rodea al concubinato pues se deja en total estado de indefensión a muchas concubinas y concubinos, que si bien optan por una figura tan ligeramente regulada, el Estado no puede desconocer o dejar de proteger a las parejas que no deciden someter su unión al estatuto jurídico del matrimonio, pero que indudablemente son fuente importante generadora de relaciones familiares.

b).- Con relación a lo antes dicho, al haberse celebrado el matrimonio y levantarse el acta de matrimonio respectiva, existe certeza de la fecha de su celebración, así como de que se cumplieron todos los demás requisitos que exige la Ley, por lo tanto los derechos y obligaciones del mismo se generan en ese preciso momento, situación que no ocurre en el

concubinato pues no existe documento alguno que acredite la fecha de su inicio, lo cual provoca incertidumbre por un lado, al tratar de determinar el momento preciso en que inició, para poder determinar cuando quedó constituido, y por otro, el hecho de acreditar que los concubinos cumplieron con todos los demás requisitos exigidos por la Ley, tales como el haber hecho vida común en forma constante y permanente y la ausencia de impedimentos para contraer matrimonio, requisitos sin los cuales, el concubinato no puede generar derechos y obligaciones para los concubinos.

c).- Con relación a los bienes, el matrimonio exige a los cónyuges la celebración de capitulaciones matrimoniales, así lo expresa el artículo 178 del Código Civil para el Distrito Federal que es del tenor literal siguiente:

“Artículo 178.- El matrimonio debe celebrarse bajo los regímenes patrimoniales de sociedad conyugal o separación de bienes.”.

Por su parte, en el concubinato no existe tal imperativo, sin embargo es preciso señalar que bajo los principios de que lo que no está prohibido está permitido, así como el de la libertad contractual, los concubinos pueden celebrar este tipo de pactos para regular su unión, pues de no celebrarse al no existir regulación aplicable, continuarán siendo propiedad de aquel que los adquiriera, salvo que se adquieran en copropiedad, caso en el cual se sujetarán a las disposiciones aplicables a tal figura.

d).- El matrimonio termina con el divorcio judicial o administrativo, por su parte, el concubinato no requiere de ninguna formalidad, basta para ello la voluntad de uno o de ambos concubinos para separarse del hogar donde se hacía vida en común, o que contraigan matrimonio ya sea entre sí o con persona diversa, o se unan en concubinato o sociedad de convivencia con persona distinta.

e).- El matrimonio da derecho a la cónyuge a usar el apellido de su consorte, lo cual, dicho sea de paso, es una costumbre que sin duda pone en plano inferior a la mujer, amén de

que no se encuentra regulado expresamente. Esta situación por el contrario no necesariamente ocurre en el concubinato, sin embargo, si consideramos lo antes dicho respecto de que tal costumbre no está regulada, no existe impedimento legal alguno para que si así lo desea la concubina, se incluyan los apellidos del concubino, lo cual en la práctica resultaría complicado⁷⁵.

f).- De conformidad con el artículo 60 en relación con el artículo 63 del Código Civil para el Distrito Federal, se impone la obligación de los padres de reconocer a los hijos, sin embargo, esto lo puede hacer el padre o la madre si están casados y en el caso de concubinato, se establece que ambos padres deben comparecer ya sea personalmente o a través de representante. Sin embargo, como lo señalamos con anterioridad, si esto no ocurre, la Ley aporta los medios para que dicho reconocimiento se lleve a cabo.

g).- El matrimonio subsiste aún cuando los cónyuges dejen de hacer vida común, hasta en tanto se dicte la sentencia que declare su divorcio, en consecuencia, aún cuando los cónyuges se separen, continuarán vigentes los derechos y obligaciones derivados del matrimonio hasta su divorcio. En cambio en el concubinato, la separación de los concubinos

75 Al respecto el maestro Jorge Alfredo Domínguez Martínez nos señala: “...*Los efectos que la unión matrimonial trae aparejados, pueden incluir la modificación del nombre de la mujer; es usual y hasta legal en algunos sistemas que la mujer suprima su o sus apellidos de su nombre y los substituya por el primer apellido del marido. Puede ser también que la propia ley le confiera el deber o la opción de agregar a su nombre de soltera el apellido de su cónyuge. Es factible por último que el ordenamiento aplicable omita cualquier referencia a ello. Como es del conocimiento general, la gran mayoría de las mujeres en México, modifican la composición de su nombre a consecuencia del matrimonio contraído por ellas. La modificación es determinante y hasta substancial; la mujer suele conservar su nombre o sus nombres de pila y el apellido paterno; su apellido materno lo suprime de la fórmula y en lugar de aquél usa el apellido del marido. Además de ser generalizada, esa actitud es considerada obligatoria. El grueso de la gente cree que el matrimonio genera para la mujer el efecto jurídico de incluir el apellido paterno del marido en su nombre... La práctica observada coloca a la mujer en una situación de minusvalía, pues la inclusión del apellido del marido en el nombre completo de aquella, parece como si la mujer fuere una pertenencia de con quien está casada. En efecto, que la mujer suprima de su nombre el apellido materno, para substituirlo por el apellido paterno del marido precedido de la partícula “de”, hace considerarla como perteneciente a su cónyuge, como si este fuere su propietario. Más aún, el apellido materno es el suprimido y substituido. Es curioso por otra parte, que la actitud anterior tan generalizada carece del mínimo de fundamento legal, pues no hay disposición alguna en el Código Civil vigente ni la hubo en los códigos de 70 y 84 ni en la Ley sobre Relaciones Familiares como antecedentes del actual, en la que pudiera dicha práctica apoyarse. Estamos ante una mera costumbre no reconocida por la ley, para que produjera efectos jurídicos.”.*

deja insubsistentes los derechos y obligaciones entre ellos, sin necesidad de ninguna declaración o formalismo.

h).- Para el caso de que el matrimonio se celebre existiendo uno o más de los impedimentos legales, se otorga a favor del cónyuge inocente el derecho de demandar la nulidad, ya absoluta, ya relativa del acto, de conformidad con el artículo 251 del Código Civil para el Distrito Federal que dice:

“Artículo 251. El derecho para demandar la nulidad del matrimonio corresponde a quienes la ley lo concede expresamente, y no es transmisible por herencia ni de cualquiera otra manera. Sin embargo, los herederos podrán continuar la demanda de nulidad entablada por aquel a quien heredan.”.

En el caso del concubinato, la existencia de impedimentos legales no origina la nulidad, sino que probándose la existencia del impedimento, estaríamos ante un acto inexistente, en virtud de que es requisito indispensable para su constitución que ambos concubinos no tengan impedimento legal para contraer matrimonio.

i).- Por último, el matrimonio celebrado por menores de edad trae como consecuencia su emancipación, en los términos del artículo 641 del Código Civil y por el contrario, no existe disposición expresa que determine los mismos efectos al concubinato entre menores de edad.

Por lo que hace a las semejanzas tenemos:

a).- El matrimonio puede ser celebrado entre personas del mismo o diferente sexo, el concubinato, para ser acorde a la nueva concepción del matrimonio según expresamos con anterioridad, requiere a nuestra consideración una reforma al artículo 291-Bis para aceptar este tipo de uniones, sin embargo, con base en los argumentos planteados al respecto, reconocemos y respetamos la opinión de aquellos que sostienen que también puede ser constituido por personas del mismo, pues lo natural es una cuestión muy diferente.

- b).- En ambos casos no deben de existir impedimentos legales para celebrarlos.
- c).- Ambos generan el derecho de proporcionar alimentos y a heredarse recíprocamente.
- d).- Generan el derecho a percibir las prestaciones periódicas que establecen por ejemplo el INFONAVIT, ISSSTE e IMSS, así como indemnizaciones laborales en términos del artículo 901 de la Ley Federal del Trabajo.
- e).- Ambos son fuente de relaciones jurídicas familiares (Art. 138-Quintus del Código Civil), generan parentesco por afinidad (Art. 294 del Código Civil) y en ambos casos existen presunciones legales para considerar como hijos a los nacidos de uno y otro (Arts. 324 y 383 del Código Civil).
- f).-Terminado el matrimonio o el concubinato, el cónyuge o concubino que carezca de ingresos o bienes suficientes para su sostenimiento, tiene derecho a una pensión alimenticia por un tiempo igual al que haya durado el matrimonio o el concubinato (Arts. 288 y 291-Quintus del Código Civil).
- g).- En ambos casos, los cónyuges y los concubinos tienen el derecho a desarrollarse en un ambiente de respeto a su integridad física y están protegidos por las disposiciones relativas a la violencia familiar. (Art. 323 Ter del Código Civil).
- h).- Ambos pueden constituir el patrimonio de familia (Art. 724 del Código Civil).
- i).- Tienen el derecho de procrear a través de los métodos de fecundación asistida (Art. 326 del Código Civil) y de adoptar (Art. 391 del Código Civil).

4.5.2. Comentarios a las disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal relativas al concubinato.

Consideramos como muchos, que el concubinato no ha sido regulado adecuadamente, por lo menos no a la altura de la realidad social que representa, creemos que es importante definirlo y delimitar su naturaleza jurídica para así poder asignarle los efectos que tal realidad reclama, así como crear un instrumento que lo acredite pues si bien es un hecho jurídico que surge en forma simultánea y por tanto en la mayoría de los casos la fecha en que inicia tal unión, es prácticamente imposible de determinar, el legislador no puede permitir ese tipo de lagunas, no puede seguir dejando que los Jueces o Tribunales sean quienes las resuelvan, bajo el argumento de que éstos no podrán dejar de resolver aún cuando en la ley haya silencio, obscuridad o insuficiencia, obligación que les es impuesta por el artículo 18 del Código Civil. La realidad es que el concubinato en cuanto hecho, produce consecuencias de derecho, por tanto al entrar al mundo jurídico es menester un instrumento que lo acredite, pues la falta de voluntad en los concubinos no es argumento válido, ya que entonces, ¿que diferencia existe frente al nacimiento o la muerte?, que son sin lugar a dudas hechos jurídicos por excelencia, en los que tampoco interviene la voluntad del hombre, pero éstos si tienen instrumentos que los prueban, precisamente por la simple razón de que producen consecuencias jurídicas.

Por otro lado, a propósito del matrimonio, somos de la opinión, piénsese si se desea tradicional, aunque nunca opuesta a los cambios que vive día con día nuestra sociedad, de que debió seguir siendo la unión entre un hombre y una mujer, dado que una de las finalidades de la raza humana es la perpetuidad de la especie, aún a la luz de los avances tecnológicos como la fecundación *In Vitro*, avances que han forzado esa evolución en las leyes, que mal atendida ha provocado que desvirtúen figuras jurídicas preexistentes cambiando totalmente e incluso radicalmente su sentido para forzar la inclusión de figuras “novedosas” que si bien es cierto, indudablemente son consecuencia de la evolución y presiones sociales, ello no justifica la falta de un trabajo legislativo adecuado que quizá en lugar de crear leyes que con facilidad llegarán a formar parte de los estantes de las letras muertas, debería de crear una figura que sin desvirtuar el sentido y origen del matrimonio, regule a las uniones del mismo sexo dentro del

mismo Código Civil. La cuestión es que simplemente no compartimos la idea de que se afecten y tergiversen instituciones cuyo origen y evolución han buscado la protección de la familia y la perpetuidad de la especie, tal es el caso del matrimonio que no conformes con modernizarlo para permitirlo entre personas del mismo sexo, se eliminó de la redacción del artículo 146, la posibilidad de procrear hijos, simplemente porque entre personas del mismo sexo ésta cuestión es imposible aún incluso con el apoyo de los avances tecnológicos. Estas consideraciones se exponen en virtud de que si para ser concubinos hay que tener la aptitud de ser cónyuges, las modificaciones que en tal sentido se hagan al matrimonio, invariablemente afectarán al concubinato, situación a la que le resultan aplicables las consideraciones antes planteadas.

Consideramos también que el Código no ofrece un instrumento e incluso un procedimiento a través de los cuales se podrá acreditar el estado de concubinato, lo cual sería lo apropiado, pues al no existir éste, se deja como comentábamos, dicha labor al Juez, quien en los más de los casos ocupará su tiempo y esfuerzos en asuntos que no requieren necesariamente su intervención. El no poder determinar una fecha cierta en que inicia el concubinato, no sólo afecta a los concubinos, sino también a los hijos de éstos, pues aún cuando se eliminó de la redacción del artículo 383 del Código Civil el requisito de que hayan nacido dentro de los 180 días contados a partir de que inició el concubinato, para actualmente sólo señalar que hayan nacido dentro del concubinato, la redacción de la fracción segunda adolece de lo mismo aunque tal vez en menor medida cuando señala que “...*Se presumen hijos del concubinario y de la concubina:... II. Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina.*”.

4.5.3. El concubinato a la luz de la Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal⁷⁶. Breve análisis comparativo.

76 Fuente: <http://cgservicios.df.gob.mx/prontuario/vigente/1392.pdf>, 21 de diciembre de 2010, 15:00 hrs.

La figura de la Sociedad de Convivencia hasta antes de las reformas del 29 de Diciembre de 2009, resultó ser una innovación al régimen jurídico sobre las parejas de hecho, especialmente por lo que se refiere a las parejas del mismo sexo. Esta Ley publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, el día 16 de noviembre de 2006 regula por primera vez las uniones de personas del mismo sexo, podría decirse, que fue el primer avance legislativo en esa materia, aunque regulado en forma incipiente considerando las reformas actuales al Código Civil en materia de matrimonio.

En principio, de acuerdo a la Ley de Sociedades de Convivencia, ¿qué debemos entender por sociedad de convivencia?. La anterior es quizá la pregunta más importante que debemos plantearnos si queremos distinguirla del matrimonio y sobre todo del concubinato, por lo tanto, iniciaremos analizando la definición que nos presenta la Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal cuyo artículo 2º señala:

“Artículo 2.- La Sociedad de Convivencia es un acto jurídico bilateral que se constituye, cuando dos personas físicas de diferente o del mismo sexo, mayores de edad y con capacidad jurídica plena, establecen un hogar común, con voluntad de permanencia y de ayuda mutua.”.

Partiendo de la anterior definición anotamos las siguientes semejanzas y diferencias:

a).- En cuanto a su naturaleza jurídica, la Ley de Sociedades de Convivencia, expresamente define a la Sociedad de Convivencia como un **acto jurídico bilateral**, es decir, un contrato o acuerdo de voluntades entre dos personas llamadas convivientes, que pueden ser del mismo o de diferente sexo, y que surge al establecer un hogar común con voluntad de permanencia y de ayuda mutua (en el siguiente apartado expondremos un breve análisis crítico respecto de las disposiciones que regulan la Sociedad de Convivencia por lo que ahora sólo expondremos las diferencias que de acuerdo a su regulación existen); el concubinato por su parte según nuestro Código Civil no es más es un hecho jurídico que surge en forma espontánea entre dos personas, al cual le la ley le ha otorgado ciertas consecuencias de

derecho, y al que le podemos atribuir los mismos fines del matrimonio (realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua).

b).- Ni el concubinato, ni la Sociedad de Convivencia modifican el estado civil de los concubinos o de los convivientes, sin embargo, sólo el primero genera parentesco por afinidad.

c).- Aún cuando la Sociedad de Convivencia es considerada como un acto jurídico, ésta surge cuando se establece un hogar común con voluntad de permanencia (por lo menos contingente), lo cual no necesariamente se da al manifestar los convivientes su voluntad de unirse; el concubinato por su parte, surge también por la vida en común que hacen dos personas en forma constante y permanente durante dos años o cuando tienen un hijo en común.

d).- La Sociedad de Convivencia se registrará, según lo dispuesto por el artículo 5º. de la Ley de la Materia, en lo que fuere aplicable, en los términos del concubinato y las relaciones jurídicas de éste último se producirán entre los convivientes, de ahí que en cuanto a efectos jurídicos, serán exactamente los mismos.

e).- En el concubinato no existe un régimen jurídico expreso que regule la relación patrimonial de los concubinos por lo que ésta se llevará sujeto a las reglas de la copropiedad, en cambio, en la Sociedad de Convivencia, si bien no se establece tampoco nada al respecto, el documento por el que se constituye puede incluir la forma en que los convivientes regularán sus relaciones patrimoniales.

f).- El concubinato no requiere de la intervención de ninguna autoridad quien permanece ajena al mismo, precisamente por ser un hecho que surge de manera espontánea y por lo tanto no hay registro o constancia del mismo, por su parte la Sociedad de Convivencia se solicita mediante un documento que requiere de ratificación e inscripción ante la Dirección General Jurídica y de Gobierno del Órgano Político-Administrativo correspondiente, e incluso uno de los 4 ejemplares del mismo se envía al Archivo General de Notarías para su Registro.

Para la constitución de la Sociedad de Convivencia es necesario que el consentimiento de ambas partes se manifieste en forma expresa, según se desprende de los artículos 6º., 8º. y 9º., que a la letra dicen:

“...Artículo 6.- La Sociedad de Convivencia deberá hacerse constar por escrito, mismo que será ratificado y registrado ante la Dirección General Jurídica y de Gobierno del Órgano Político Administrativo del domicilio donde se establezca el hogar común, instancia que actuará como autoridad registradora...”.

“Artículo 8.- La ratificación y registro del documento a que se refiere el artículo 6 de esta ley, deberá hacerse personalmente por las o los convivientes acompañados por las o los testigos. La autoridad registradora deberá cerciorarse fehacientemente de la identidad de las o los comparecientes...”.

“Artículo 9.- Durante la vigencia de la Sociedad de Convivencia se pueden hacer, de común acuerdo, las modificaciones y adiciones que así consideren las o los convivientes respecto a como regular la Sociedad de Convivencia y las relaciones patrimoniales, mismas que se presentarán por escrito y serán ratificadas y registradas sólo por las o los convivientes, ante la autoridad registradora del Órgano Político Administrativo del lugar donde se encuentre establecido el hogar común...”.

g).- Ambos pueden formarlos personas del mismo sexo, dado que así lo establece expresamente la Ley de Sociedades de Convivencia y por lo que hace al concubinato, no hay argumento más que puramente doctrinal que impida que dos personas del mismo sexo lo conformen.

h).- En el concubinato los concubinos deben encontrarse libres de matrimonio y sin impedimento para contraerlo; y en la Sociedad de Convivencia se señala que deben ser mayores de edad y con capacidad de ejercicio.

i).- El concubinato genera derechos y obligaciones una vez que se ha vivido en común en forma constante y permanente por un período no menor a dos años, la Sociedad de

Convivencia surte efectos frente a terceros al momento de su registro sin que se exprese con claridad en que momento surte efectos entre los convivientes.

j).- El tener varias concubinas tiene como consecuencia que a ninguna de ellas se les considere como tales, dejándole como único medio a quien actuó de buena fe, la posibilidad de demandar daños y perjuicios del otro, la Sociedad de Convivencia requiere para su constitución que los convivientes se encuentren libres de matrimonio, concubinato u otra sociedad de convivencia por lo que aparentemente queda protegida ésta figura.

k).- Ambas figuras generan entre los concubinos o convivientes derechos sucesorios y alimentarios, sin embargo, en cuanto a los derechos alimentarios, en el concubinato al cesar la convivencia, la concubina o el concubino que carezca de ingresos o bienes suficientes para su sostenimiento, tiene derecho a una pensión alimenticia por un tiempo igual al que haya durado el concubinato, en la Sociedad de Convivencia, la pensión sólo es por la mitad del tiempo.

l).- Tratándose de contratos de arrendamiento, en caso de fallecimiento o separación de los concubinos o convivientes, el supérstite puede subrogarse voluntariamente en los derechos.

m).- Puede darse la compraventa entre concubinos o convivientes, salvo en este último caso que de acuerdo al documento por el que se constituyó, no lo permita.

n).- Las causas de terminación de ambas son básicamente las mismas.

4.5.4. Comentarios a las disposiciones de la Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal, con relación al concubinato.

Es preciso antes de abordar la cuestión de la posibilidad de encuadrar al concubinato bajo los supuestos de la Ley de Sociedades de Convivencia, que analicemos las disposiciones de ésta última para en todo caso decidir si le resultan o no aplicables.

A este respecto es interesante la opinión del maestro Felipe de la Mata Pizaña⁷⁷ quien en principio nos señala que la definición que aporta la Ley de Sociedades de Convivencia presenta una serie de deficiencias técnicas, en principio al señalar que es “*un acto jurídico bilateral que se constituye*”, lo cual resulta inexacto a su juicio si se considera que los actos jurídicos no se constituyen sino que se celebran, sin embargo, sus consecuencias si pueden traducirse en la constitución de una determinada una situación jurídica, *v.gr.* el matrimonio, de cuya celebración se constituye una familia, o el contrato de sociedad, de cuya celebración se constituye una persona moral. Este autor nos dice que la Ley confunde las acepciones de hecho jurídico voluntario con la de acto jurídico, pues en principio señala que es un acto jurídico, y por otro lado establece que su constitución surge al momento de establecer un “hogar común con voluntad de permanencia”, y no al momento en que manifiestan su voluntad de constituir Sociedad de Convivencia, como ocurre en cualquier acto jurídico, dada la naturaleza consensual de los contratos. De esta suerte, el referido autor considera que en virtud de que las consecuencias jurídicas de la sociedad de convivencia devienen de la formación de un hogar común contingentemente permanente y no de la voluntad de las partes para formarla, no puede ser considerada un acto jurídico pues las consecuencias de éste devienen de la voluntad de las partes, así pues, debe ser considerado un hecho jurídico voluntario. La Ley de Sociedades de Convivencia, no señala lo que debemos de entender como hogar común, lo cual trae consigo el problema de determinar que cualidades debe reunir, mucho menos es clara al señalar que debemos entender por “voluntad de permanencia”, dado que no señala un plazo o temporalidad a dicha voluntad, sin embargo opina que el primero (hogar común) como elemento objetivo, debe ser acreditado a fin de probar el segundo (voluntad de permanencia), lo anterior en razón de que resulta imposible conocer las intenciones subjetivas de una o de las dos partes al momento de establecer el hogar común.

Este autor señala que en virtud de que con la fundación del hogar común se instaura la sociedad de convivencia, ésta no es un acto jurídico, sino un simple hecho jurídico en estricto sentido (de tipo voluntario) y para ello señala que es de distinguirse la voluntad de vida en

77 DE LA MATA PIZANA, Felipe, *et. al.*, *Sociedades de convivencia*, 1ª. Ed., Porrúa, México. 2007. Pág. 44.

común, posiblemente permanente, de la voluntad de unirse en sociedad de convivencia, pues si bien la primera implica la exteriorización de la voluntad de vida en común, la voluntad de unión en sociedad de convivencia implica la estabilidad de una alianza necesariamente íntima derivada no sólo por la simple vida en el mismo lugar, sino por la reflexión meditada y subsecuente deseo de formalizar la convivencia.

En ese sentido continua señalando, pareciera que las consecuencias de derecho se actualizan por ministerio de Ley, simplemente con la formación de un hogar común con alguna voluntad de permanencia (al menos contingente), y no por la voluntad de las partes de unirse en sociedad de convivencia, ya que dos personas que deciden vivir juntas pudieran no necesariamente creer establecer una sociedad de convivencia, sin embargo la ley señala llanamente que si se establece un hogar común con voluntad de permanencia se formará la sociedad de convivencia entre las partes. Finalmente al margen de estas consideraciones, es preciso señalar en opinión del maestro Fausto Rico Álvarez, que más allá de las discusiones doctrinales al respecto, se trata de un acto jurídico en virtud de que así lo determina la Ley.

4.5.5. El problema de encuadrar al concubinato como supuesto de la Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal.

Si bien, por la forma en que se encuentra redactada la Ley de Sociedades de Convivencia pareciera invitar a formalizar las uniones concubinarias mediante dicha figura, no creemos que éste sea el medio adecuado, pues a pesar de sus deficiencias técnicas y tomando en cuenta además que a dichas Sociedades una vez constituidas le son aplicables las reglas del concubinato, se trata de figuras que en cuanto a su origen, evolución y finalidades son totalmente diferentes. La Sociedad de Convivencia fue una respuesta en gran medida a la presión que ciertos grupos ejercieron en la búsqueda del respeto y reconocimiento a sus preferencias sexuales, situación que a la fecha llegó al grado de ampliar el concepto original de matrimonio, el concubinato fue una innovación que se introdujo con el Código Civil de 1928 en un intento de reconocer derechos a uniones que indudablemente originaban relaciones familiares y cuyos fines eran semejantes a los del matrimonio pero sin la formalidad de éste

último, su importancia o mejor dicho, su trascendencia estribaba en que se consolidaba como uno de los medios a partir de los cuales se fundaba la célula principal de la sociedad, es por ello, que opinamos que la Sociedad de Convivencia no satisface las necesidades de los concubinos, aunque habría que admitir que resulta un medio práctico para acceder a los derechos derivados del concubinato.

Por otro lado, para que exista Sociedad de Convivencia, es necesario que ninguno de los convivientes se encuentre unido, entre otros, en concubinato, con lo cual, pensamos que queda confirmado nuestro criterio en el sentido de que dicha Ley no se hizo para regular las uniones concubinarias pues ello incluso hubiera implicado la derogación de todos y cada uno de los artículos que se refieren al concubinato ante la Ley especial. Por otro lado, la Ley de Sociedades de Convivencia, publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, el 16 de Noviembre del 2006, no señala que las relaciones derivadas de la Sociedad de Convivencia sean de carácter sexual, requisito que en ese entonces era indispensable para el matrimonio, e incluso para el concubinato en cuanto fuentes generadoras de familia, pues ahí radica su importancia, esto claro, fue omitido en las actuales reformas con lo cual las cuestiones de la relación sexual, así como de la procreación quedaron de lado.

CAPITULO 5. EL NOTARIO Y SU ACTIVIDAD COMO AUXILIAR DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA PARA ACREDITAR MEDIANTE LA ELABORACIÓN DE UN DOCUMENTO LA EXISTENCIA DEL CONCUBINATO.

5.1. El Notario como auxiliar de la Administración de Justicia en materia de concubinato.

En este último capítulo estudiaremos la relación que existe entre el Notariado y el poder judicial, haciendo hincapié en los antecedentes de dicho vínculo y su regulación en la Ley del Notariado para el Distrito Federal, todo ello con el propósito de dejar claro que ambas instituciones no resultan ser ajenas y que incluso la última se puede apoyar en la primera como lo ha hecho en asuntos en los que no existe contienda, precisamente por las cualidades que posee la función Notarial, mismas que puede en la especie, ejercer en beneficio de los concubinos.

5.1.1. El Notariado y su relación con el Poder Judicial.

El maestro Eduardo García Maynez, nos dice que *“El Estado es la organización jurídica de una sociedad bajo un poder de dominación que se ejerce en determinado territorio”*⁷⁸. Ese poder de dominación es el Gobierno considerado como la voluntad que dirige esa organización jurídica (Estado) y que en el caso de nuestro País, se divide conforme al artículo 40 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en federal y local, aunque ambos con las mismas finalidades entre las que se encuentra la de impartir justicia, esta virtud considerada por el jurista Ulpiano como *“la voluntad constante y perpetua de dar a cada uno lo suyo”*⁷⁹, constante en virtud de revestir la forma de hábito, y perpetua en cuanto cuida y reconoce siempre y en todo caso el derecho propio de cada persona.

78 GARCIA MAYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, Porrúa 5ª Ed., México, 2001, Pág. 98.

79 Citado por VILLORO TORANZO, Miguel, *Introducción al estudio del derecho*, Porrúa 15ª Ed., México, 2000, Pág. 15.

Cuando alguno de los órganos de Estado imparte justicia, a ello se le llama jurisdicción, ésta palabra significa “decir o indicar el derecho” a través del proceso para conocer de los conflictos que plantean las partes, emitiendo una decisión (sentencia) y en su caso, ordenando su ejecución. El maestro Rafael de Pina nos define a la jurisdicción como “*la actividad del Estado encaminada a la actuación del derecho objetivo mediante la aplicación de la norma general al caso concreto*”⁸⁰, y cuando de dicha aplicación se deduce la necesidad de ejecutar el contenido de la declaración formulada por el Juez, entonces, la actividad jurisdiccional deja de ser declarativa y se convierte en ejecutiva.

Otro de los fines que busca el Estado a través de su Gobierno consiste en proporcionar y garantizar la seguridad jurídica⁸¹ a los individuos mediante el establecimiento de instituciones jurisdiccionales, las cuales se encargarán de impartir justicia. Dicha seguridad jurídica consiste básicamente en la certeza y autenticidad en las relaciones jurídicas personales y patrimoniales privadas de los ciudadanos, y que el Estado proporciona auxiliándose entre otras de la institución del Notariado, la cual ha sido una organización fundamental para éste.

La institución del Notariado proporciona seguridad jurídica a través del Notario, por tanto, la función pública notarial constituye una garantía para que los ciudadanos puedan ejercer sus derechos derivados de una operación o puedan disfrutar libremente de sus bienes sin ninguna perturbación, ya que la actividad fedataria se realiza en nombre del Estado y dentro del marco jurídico establecido en la Ley. Sin embargo, es preciso reiterar que aún cuando el Notario puede actuar para coadyuvar en la realización de los fines del Estado, ello no implica que exista entre ellos algún tipo de relación de trabajo o dependencia.

80 DE PINA, Rafael, *Instituciones de derecho procesal civil*, 28. Ed., Porrúa, México, 2005, Pág. 59.

81 Al respecto cabe hacer mención del concepto de seguridad jurídica proporcionado por el maestro Recaséns Siches, que nos dice que es “*la garantía dada al individuo de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán objeto de ataques violentos o que, si éstos llegan a producirse, le serán aseguradas su protección y reparación*”.

Quien accede tanto al Poder Judicial como al Notariado, requiere vocación de servicio, así como cualidades o virtudes que le permitan desempeñar sus funciones con apego a los principios rectores que regulan las actividades propias de los mismos.

De todo lo anterior se puede apreciar el vínculo entre el Poder Judicial y el Notariado, como dos instituciones indispensables para que el Estado cumpla con la función de proporcionar seguridad jurídica a la sociedad.

5.1.2. Antecedentes del vínculo de la Administración de Justicia y la función notarial.

El Licenciado Alfredo Ayala Herrera⁸² nos relata que desde épocas antiguas ha existido un vínculo del Notario con la Administración de Justicia, ya desde la época medieval, a los Notarios se les denominaba “*jurices chartulari*” debido a que tenían jurisdicción entre quienes así lo deseaban.

Nos señala además el mismo autor que la relación de la función notarial con el Poder Judicial ha sido orgánica e histórica, en el siglo XIX dependía del Poder Judicial, como aún continúa siendo en algunos países. Un antecedente legislativo e histórico se encuentra en la figura del escribano público definido por el Rey Alfonso X en las Siete Partidas, que daba fe en su Notaría de los actos, contratos y hechos jurídicos; y en los juzgados de los pleitos y procedimientos civiles y criminales, como ahora lo hace el Secretario del Juzgado. Cuando actuaba en los juzgados se denominaba Escribano de Diligencias y cuando lo hacía en su Notaría, Escribano Público.

En el México Independiente prevaleció esta situación, de tal suerte que la actividad Notarial se reguló por las diversas leyes para el arreglo de la Administración de Justicia. No fue sino hasta el año de 1867, con la Ley Orgánica de Notarios y Actuarios del Distrito Federal, en donde se separa la actividad notarial de la función jurisdiccional que sería a partir

82 En: *Revista Mexicana de Derecho Notarial*, Número siete, Colegio de Notarios del Distrito Federal, México, 2006.

de entonces ejercida por los secretarios y actuarios del juzgado, y cuya actividad fue regulada por leyes y códigos procesales. Con lo anterior, las audiencias, notificaciones, comparencias y actuaciones del juzgado que anteriormente eran certificadas por el escribano de diligencias, serían certificadas por el Secretario del Juzgado. Además, es en esta Ley en la cual por primera vez se le da el nombre de Notario al Escribano Público.

Cuando el Notario ha intervenido en asuntos en los que no existe contienda o controversia alguna, y en donde la intervención de los jueces ha sido sólo necesaria para la tutela de determinados intereses sociales, a esa actividad del Estado se le ha denominado Jurisdicción Voluntaria, la cual ha comprendido todos los actos que por disposición de la ley o por solicitud de los interesados requieren la intervención del juez, sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre las partes.

En el mundo jurídico se encuentra presente la revalorización a la capacidad y funcionamiento de las instituciones que forman la columna vertebral del Estado, pues los inicios del siglo XXI trajeron consigo una ampliación a la competencia de los Notarios para hacer constar actos y hechos que antes eran del exclusivo conocimiento de Jueces y Secretarios de Juzgado, tal es el caso de los apeos y deslindes, las informaciones “*ad perpetuam*”, el cambio de los regímenes patrimoniales y la modificación a las capitulaciones matrimoniales y quizá el más importante de todos ellos, la tramitación de sucesiones intestamentarias.

Como podemos apreciar, a partir del año 2000 el Estado confió al Notario la función relativa a la Jurisdicción Voluntaria que anteriormente ejerció y que luego atribuyó a los órganos del Poder Judicial. Ahora, Jueces y Notarios concurren en el ejercicio de una actividad que no es como lo veremos más adelante, en esencia jurisdiccional, sino administrativa y cuya función es más social que jurídica, ya que en esta función el solicitante o peticionario no pide nada contra nadie, no tiene contraparte, no existe tampoco controversia materia de una *litis*, y en ese sentido, la condición de quien en esta actividad interviene no es en esencia la de un Juez, puesto que carece de los elementos para dictar una sentencia,

elementos con los cuales se puede afirmar que el acto es en esencia administrativo y no jurisdiccional.

En nuestros días la actuación de los Notarios y de los Secretarios de Acuerdos es concurrente en los actos de derecho procesal denominados de Jurisdicción Voluntaria en las actas y fe de hechos que el Notario realiza, de conformidad con los artículos 128 y 166 fracción III de la Ley del Notariado para el Distrito Federal.

5.1.3. La actividad del Notario como auxiliar de la Administración de Justicia en materia familiar a la luz de la Ley del Notariado para el Distrito Federal.

Los jueces y magistrados no son los únicos elementos personales de los Juzgados y Tribunales, pues éstos, para su perfecto desenvolvimiento, requieren el concurso de otros funcionarios cuyas actividades son un supuesto necesario para los fines de la administración de justicia, éstos funcionarios se denominan auxiliares de la Administración de Justicia y con respecto a ellos, el artículo cuarto de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal nos señala quienes son considerados como tales, dicho artículo es del tenor literal siguiente:

*“Artículo 4º.- Son auxiliares de la administración de justicia y están obligados a cumplir las órdenes que, en el ejercicio de sus atribuciones legales, emitan jueces y magistrados del tribunal: I. La Subsecretaría de Gobierno del Distrito Federal; II. El Consejo de Menores; III. El Registro Civil; IV. El Registro Público de la Propiedad y del Comercio; V. Los Peritos Médico Legistas; VI. Los Intérpretes oficiales y demás Peritos en las ramas que les sean encomendadas; VII. Los Síndicos e Interventores de concursos y quiebras; VIII. Los Albaceas, Interventores, Depositarios, Tutores, Curadores y **Notarios**, en las funciones que les encomienden las leyes correspondientes; IX. Los Agentes de la Policía Preventiva y Judicial, y X. Todos los demás a quienes las leyes les confieran este carácter. Los auxiliares comprendidos en las fracciones III a IX de este artículo están obligados a cumplir las órdenes que, en ejercicio de sus atribuciones legales, emitan los Jueces y Magistrados del Tribunal. El Jefe de Gobierno Distrito Federal, facilitará el ejercicio de las funciones a que se refiere éste artículo.”.*

El artículo 52 de la misma Ley señala en cuanto a la Competencia de los Juzgados Familiares lo siguiente:

*“...Artículo 52. Los Juzgados de lo Familiar conocerán: I. De los **procedimientos de jurisdicción voluntaria, relacionados con el derecho familiar**; II. De los juicios contenciosos relativos al matrimonio a su ilicitud o nulidad; de divorcio; que se refieren al régimen de bienes en el matrimonio; que tengan por objeto modificaciones o rectificaciones de las actas del Registro Civil; que afecten al parentesco, a los alimentos, a la paternidad y a la filiación; que tengan por objeto cuestiones derivadas de la patria potestad, estado de interdicción y tutela y las cuestiones de ausencia y de presunción de muerte, y que se refieran a cualquier cuestión relacionada con el patrimonio de familia, con su constitución, disminución, extinción o afectación en cualquier forma;... VIII. En general, todas las cuestiones familiares que reclamen la intervención judicial...”*

Por su parte encontramos en la Ley del Notariado específicamente en sus artículos 7º, 11º y 42º, lo siguiente:

*“Artículo 7. Esta Ley establece como principios regulatorios e interpretativos de la función y documentación notarial:... V. El ejercicio de la actividad notarial, en la justa medida en que se requiera por los prestatarios del servicio, obrando con estricto apego a la legalidad aplicable al caso concreto, de manera imparcial, preventiva, voluntaria y **auxiliar de la administración de justicia respecto de asuntos en que no haya contienda...**”*

*“...Artículo 11. **Los notarios son auxiliares en la administración de justicia.** La Asamblea, la Administración, el Tribunal y el Colegio coadyuvarán en el desempeño de esta función...”*

*“...Artículo 42... El notario conserva los instrumentos en el protocolo a su cargo, los reproduce y da fe de ellos. **Actúa también como auxiliar de la administración de justicia, como consejero, árbitro o asesor internacional,** en los términos que señalen las disposiciones legales relativas.”*

5.1.4. Consideraciones con relación a las Normas Notariales de Tramitación Sucesoria. La actuación del Notario en Procedimientos Sucesorios.

La Ley del Notariado para el Distrito Federal, publicada en la Gaceta Oficial del 28 de marzo de 2000, y en vigor a partir del 27 de mayo siguiente, incluyó entre sus innovaciones un capítulo cuarto denominado “De la Competencia para Realizar Funciones Notariales en Asuntos Extrajudiciales y de la Tramitación Sucesoria ante Notario”, éste capítulo se encuentra dividido en dos secciones, la primera sección con un solo artículo, el 166 que analizaremos más adelante y que contiene la competencia notarial para realizar funciones en asuntos extrajudiciales, y la segunda sección que es materia de este apartado y que contiene los artículos del 167 al 178, en lo relativo a las sucesiones. La importancia de esta innovación estriba en que en ella se ve materializado el otorgamiento expreso de facultades a los Notarios para que ante ellos se tramiten asuntos que hasta ese momento sólo eran exclusivos del Poder Judicial. Al respecto véase el artículo 167 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, que establece en forma general lo siguiente:

*“Artículo 167. - Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 782 del Código de Procedimientos Civiles, las sucesiones en las que **no hubiere controversia alguna** y cuyos herederos fueren **mayores de edad, menores emancipados o personas jurídicas**, podrán tramitarse ante Notario. El que se oponga al trámite de una sucesión, o crea tener derechos contra ella, los deducirá conforme lo previene el Código de Procedimientos Civiles. El Juez competente, de estimarlo procedente, lo comunicará al Notario para que, en su caso, a partir de esa comunicación se abstenga de proseguir con la tramitación. La apertura de testamento público cerrado, así como la declaración de ser formal un testamento especial, de los previstos por el Código Civil, se otorgará siempre judicialmente.”.*

Ya sea que se trate de una sucesión testamentaria o intestamentaria, la anterior disposición establece como requisitos indispensables para que pueda intervenir el Notario, es que no exista controversia alguna, que todos los herederos sean mayores de edad (excepción hecha en el caso de los menores de edad de acuerdo con el artículo 1776 del Código Civil para el Distrito Federal), menores emancipados o personas jurídicas, pues de no darse estos supuestos, el trámite sólo puede ser vía judicial. El mismo artículo establece también como

limitantes, la apertura de un testamento público cerrado, así como la declaración de ser formal un testamento especial, cuyas tramitaciones son siempre judiciales, sin embargo debido a la poca frecuencia de este tipo de actos, dichas limitantes son casi letra muerta.

De acuerdo con el artículo 168 de la Ley del Notariado, una **sucesión testamentaria** puede llevarse a cabo ante un Notario, independientemente de cual hubiere sido el último domicilio del autor de la sucesión o el lugar de su fallecimiento, siempre que se cumplan con los requisitos señalados en el artículo 167 ya transcrito y el Notario solicite los informes del Archivo General de Notarías y del Archivo Judicial del Tribunal Superior de Justicia, ambos del Distrito Federal, así como de la oficina respectiva del último domicilio del autor de la sucesión, esto último, sólo en el caso de que éste hubiera sido fuera del Distrito Federal. Muy importante resulta la obligación impuesta a los notarios con relación a los informes de existencia, inexistencia o revocación de un testamento pues ello otorga más seguridad al trámite notarial sobre la existencia de testamentos posteriores al que se exhibe, amén de que en ocasiones convierte una testamentaria en intestamentaria o viceversa. Cabe señalar que dentro de las innovaciones que trajo consigo la actual Ley del Notariado, fue la de hacer obligatorio tanto para los jueces como para los notarios ante quienes se tramite una sucesión, la solicitud de los correspondientes informes de testamento, práctica que antes de dicha reforma ya era realizada pero no con tal carácter.

Por su parte, el artículo 170 enumera los documentos se deben solicitar en esta clase de sucesión, que son los siguientes:

a).- El testimonio correspondiente al testamento, si se trata de testamento público abierto, o la resolución judicial donde se declara formal testamento si se trata de cualquiera de los tipos de testamento para cuya validez es necesaria la declaración judicial de ser formal. A falta de testamento, la sucesión por supuesto, sería intestamentaria lo cual se haría con arreglo a lo que dispone el artículo 169 que veremos más adelante; y

b).- La copia certificada del acta de defunción del autor de la sucesión. Ahora bien, para el caso de que no tuviéramos forma de obtener este documento, ¿sería posible tramitar la sucesión ante notario?, a este respecto, si consultamos el artículo 774 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, este indica que al promoverse un juicio sucesorio debe presentarse la partida de defunción del autor de la herencia, y no siendo posible esto, otro documento o prueba bastante, sin embargo, de la lectura del propio artículo 170, así como de los artículos 872 y 873 del código adjetivo antes citado, se deduce que ante el Notario, la exhibición de la copia certificada del acta de defunción es requisito indispensable, si consideramos que el Notario no está facultado para juzgar sobre la idoneidad de la prueba que se le presente para acreditar la muerte de una persona.

En su parte final, el mismo artículo 170 señala que el heredero o herederos instituidos podrán manifestar expresamente y de común acuerdo ante el notario: I. Su conformidad de llevar la tramitación ante el citado notario; II. Que reconocen la validez del testamento; III. Que aceptan la herencia; IV. Que reconocen por si y entre si sus derechos hereditarios que les sean atribuidos por el testamento; y V. Su intención de proceder por común acuerdo.

Siguiendo el contenido de los instrumentos notariales, los artículos 171 y 172 de la Ley del Notariado establecen que el notario podrá hacer constar, previo acuerdo de los interesados, tanto la aceptación, como la renuncia y el nombramiento del cargo de albacea, así como los acuerdos de los herederos para la constitución en su caso de la caución o el relevo de esa obligación. También deberá hacer constar la aceptación de la calidad de herederos o legatarios, ya se trate de sucesión testamentaria o intestamentaria, el reconocimiento que se hacen entre sí los mismos herederos de su calidad y la renuncia o repudio de derechos de alguno de los herederos o legatarios.

El artículo 173 permite la elaboración del instrumento de aceptación de herencia aún sin la comparecencia de los legatarios instituidos, siempre que los herederos se obliguen al pago de los legados, estableciendo expresamente para asegurar lo anterior que “... *No se podrá llevar a cabo la adjudicación de bienes sin que se hubiesen pagado o garantizado los*

legados”. Lo anterior pareciera ser un absurdo en opinión del maestro Juan Manuel Asprón Pelayo dado que “...*parece que si no se obligasen al pago del legado quedarían liberados de esa carga...*”⁸³.

Por cuanto hace a la **sucesión intestamentaria**, los artículos 169 y 174 de la Ley del Notariado señalan que la sucesión testamentaria podrá tramitarse al igual que la sucesión testamentaria con las siguientes diferencias:

a).- Se debe acreditar el entroncamiento de los herederos con el autor de la sucesión, lo cual se comprueba con las partidas del Registro Civil correspondiente; y

b).- La sucesión se podrá tramitar ante notario sólo bajo los siguientes supuestos:

- * Si el último domicilio del autor de la sucesión fue el Distrito Federal; o
- * Si se encuentran ubicados en la entidad uno o la mayor parte de los bienes, lo cual declararán los interesados bajo su responsabilidad.

Llama la atención la parte final de este artículo que señala que “...*Podrán tramitar esta sucesión, el o la cónyuge, los ascendientes, descendientes y colaterales hasta el cuarto grado; fuera de estos casos, la sucesión deberá tramitarse por la vía judicial*”. En la práctica se pueden presentar diversos supuestos que requieren de un análisis más minucioso por parte del Notario, tal es el caso de una sucesión intestamentaria que solicita y en la que interviene un concubino o una concubina, caso en el cual, algunos notarios exigen una declaración judicial previa, con la cual se reconozca que existió la relación con las características que exige la ley, sin embargo caben las preguntas acerca de ¿cómo debiera tramitarse ese reconocimiento?, o ¿que pruebas debieran ofrecerse?.

83 ASPRON PELAYO, Juan Manuel, Op. cit. Pág. 210.

Particularmente opinamos que para que ante un Notario pueda llevarse a cabo una sucesión donde interviene un concubino o un conviviente, es necesario, además del reconocimiento que previamente se lleve a cabo de sus cualidades, resultan necesarias las reformas a las disposiciones correspondientes para ser incluidos como sujetos que pueden solicitar la tramitación sucesoria ante notario, pues de lo contrario seguirá siendo una posibilidad en la vida jurídica, sujeta al criterio del Notario, lo cual seguirá provocando que en la práctica esto no se realice.

En cuanto al contenido del instrumento que contiene la iniciación de una sucesión intestamentaria, el artículo 174 de la Ley del Notariado señala que los herederos en el orden de derechos previstos por el artículo 1602 del Código Civil, comparecerán todos ante Notario en compañía de dos testigos idóneos, exhibirán copias certificadas del acta de defunción del autor de la sucesión y las que acrediten su entroncamiento; declararán bajo protesta de decir verdad sobre el último domicilio del finado, y que no conocen de la existencia de persona alguna diversa de ellos con derechos a heredar en el mismo grado o en uno preferente al de ellos mismos. El notario procederá a tomar la declaración de los testigos por separado en los términos previstos para las diligencias de información testimonial por el artículo 801 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Por último, la sección primera finaliza con la publicación en uno de los diarios de mayor circulación nacional, de diez en diez días, respecto de las declaraciones que resultan tanto de la sucesión testamentaria como de la intestamentaria, lo anterior con fundamento en el artículo 175 de la Ley del Notariado y en el 873 del Código de Procedimientos Civiles, ambos ordenamientos para el Distrito Federal.

5.1.5. Modificación de Capitulaciones Matrimoniales.

El artículo 166 de la Ley del Notariado, que entró en vigor el día 27 de mayo del año 2000, en su fracción III, inciso b), contempló la facultad del Notario para intervenir en la modificación de capitulaciones matrimoniales y en consecuencia, para la formación de los

acuerdos relacionados con inmuebles, sin embargo, esta disposición tuvo en su contra la negativa por parte del Registro Civil de la anotación en la inscripción correspondiente al matrimonio de este cambio de régimen, argumentando que según lo dispuesto por el artículo 180 del Código Civil reformado el 25 de mayo de 2000, apenas dos días antes de la reforma a la Ley del Notariado, no preveía la intervención del notario; no obstante lo anterior, durante ese tiempo se llevaron a cabo modificaciones por algunos Notarios, lográndose la inscripción en el Registro Público de la Propiedad de los acuerdos relacionados con los inmuebles; también en el Registro Civil se fundamentaba la no inscripción porque se consideraba que cualquier modificación al matrimonio debería resolverse por la vía judicial, es decir, con la intervención del Juez; ante éstas interpretaciones, algunos Notarios llegaron a hacer el cambio de capitulaciones matrimoniales e independientemente de lograr la inscripción en el Registro Público de la Propiedad, solicitar en este caso a un Juez de la familiar ordenara al Registro Civil la anotación del cambio correspondiente.

Ante tal situación, se logró la reforma al Artículo 180 referido, lográndose ésta, misma que fue publicada el 13 de enero del año 2004, en vigor sesenta días naturales después de su publicación, quedando expresamente redactado como sigue:

“Artículo 180.- Las capitulaciones matrimoniales se otorgarán antes de la celebración del matrimonio y durante éste. Podrán otorgarse o modificarse durante el matrimonio, ante el Juez de lo Familiar o ante Notario, mediante escritura pública.”

5.2. Jurisdicción Voluntaria.

El maestro José Ovalle Favela⁸⁴ relata que la expresión jurisdicción voluntaria tiene sus orígenes en el derecho romano y proviene de un texto de Marciano en el que indicaba que los procónsules tenían, fuera de la ciudad, jurisdicción, pero no contenciosa, sino voluntaria para que ante ellos pudiesen ser manumitidos tanto los libres como los esclavos y hacer adopciones. *“...Desde entonces, y a pesar de las numerosas y constantes críticas en su*

84 OVALLE FAVELA, José, *Derecho procesal civil*, 8ª. Ed. Oxford, México, 2001. Pág. 413.

contra, dicha expresión se ha utilizado para designar un conjunto variado de actos y procedimientos que se realizan ante funcionarios judiciales, los cuales tienen como característica común, la ausencia de conflicto entre partes”.

Los doctrinarios y legisladores, salvo contadas excepciones han defendido la división tradicional de la jurisdicción civil en contenciosa y voluntaria (o graciosa, según la denominación utilizada por los juristas franceses), sin embargo no hay una distinción clara y precisa. Escriche señala que la jurisdicción voluntaria es “...*por oposición a la contenciosa, la que se ejerce por el juez en las demandas, que, ya por su naturaleza, ya por razón de estado de las cosas, no admiten contradicción... La jurisdicción voluntaria se ejerce siempre inter volentes, esto es, a solicitud o por consentimiento de las dos partes.*”⁸⁵.

Sin embargo, si atendemos a la definición de la jurisdicción que la considera como una atribución de los órganos del Estado para solucionar conflictos o litigios, al no existir en este tipo de procedimientos controversia alguna, no se podría hablar propiamente de jurisdicción y como señala el maestro Alcalá-Zamora, no es tampoco voluntaria pues en ellos con frecuencia la intervención judicial resulta para los interesados en promoverla, tan necesaria o más que la jurisdicción contenciosa.

Vicente y Cervantes⁸⁶ establece como diferencias entre la Jurisdicción Voluntaria y la Contenciosa las siguientes: a).- La contenciosa por un lado, se ejerce “*inter nolentes*”, es decir, entre personas que tienen que acudir a juicio contra su voluntad por no hallarse de acuerdo sobre sus pretensiones; por otro lado la voluntaria, que se ejerce “*inter volentes*”, es decir, entre personas que se hallan de acuerdo sobre el acto que se ejecuta o a solicitud de una sola persona a quien importa la práctica de algún acto, en cuya contradicción no aparece interés de tercero; b).- La Contenciosa se verifica con conocimiento legítimo de causa (es decir, resulta de lo que arrojan las pruebas judiciales o recogidas por las vías legales), y la

85 ESCRICHE, Joaquín, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, Norbajacaliforniana, Ensenada, Baja California, 1974.

86 Citado por DE PINA, Rafael, Op. cit., Pág. 79.

voluntaria sin conocimiento de causa o sólo con conocimiento informativo (ya que resulta de todos los medios propios para ilustrar la conciencia del Juez); y c).- La contenciosa se ejerce pronunciando un fallo o providencia que resulta del análisis que realiza el Juez respecto de lo expuesto ante el y probado por las partes, por su parte en la voluntaria sólo se pide al Juez su intervención para que con su autoridad dé fuerza y eficacia al acto.

Por su parte Alcalá Zamora sostiene también tres criterios que pueden ayudar a distinguir entre jurisdicción contenciosa y voluntaria que son: a).- *El presupuesto*, ya que mientras que en la jurisdicción contenciosa el presupuesto es la existencia de litigio, en la jurisdicción voluntaria, es totalmente lo opuesto, es decir, la ausencia de litigio; b).- *La actividad desenvuelta*, en razón de que en la jurisdicción contenciosa la actividad desplegada, es en sentido estricto la única que se podría considerar de carácter jurisdiccional, ya que la actividad desplegada en la jurisdicción voluntaria, carece de ese carácter, en virtud de que está integrada por una serie de procedimientos que sin ser jurisdiccionales, se atribuyen en mayor o menor medida al conocimiento de funcionarios judiciales quienes no se conducen como auténticos juzgadores; y c).- *La definición de cada una de ellas*, es decir, las resoluciones dictadas en las jurisdicciones contenciosas tienen la autoridad de cosa juzgada, y por su parte las resoluciones derivadas de la Jurisdicción Voluntaria tienen la cualidad de poder modificarse cuando cambien las circunstancias que originaron tal resolución.

Señala además el maestro Ovalle Favela, que aunque todavía existan autores que consideren que la Jurisdicción Voluntaria implica realmente el ejercicio de función jurisdiccional y denominen procesos a los procedimientos de jurisdicción voluntaria, actualmente predomina la tendencia doctrinal que niega a ésta el carácter jurisdiccional y la considera como una “*actividad administrativa encomendada a órganos jurisdiccionales*”, y es precisamente ésta tendencia doctrinal la que ha influido en la sustracción de la competencia de los órganos jurisdiccionales, de los procedimientos de jurisdicción voluntaria atribuyendo su conocimiento, entre otros, a los Notarios, así como de regular dichos procedimientos en las leyes especiales, como es el caso de la Ley del Notariado para el Distrito Federal.

Por último, el artículo 893 del Código de procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en su párrafo primero dispone que “...*La jurisdicción voluntaria comprende todos los actos en que por disposición de la ley o por solicitud de los interesados se requiere la intervención del Juez sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas...*”

5.2.1. La actuación del Notario en Procedimientos de Jurisdicción Voluntaria.

Una vez que analizamos los procedimientos de Jurisdicción Voluntaria, toca ahora abordar el tema de la actuación del Notario en ellos, para lo cual es preciso ubicar el fundamento de tal actuación lo que lógicamente nos dará la pauta para proponer la inclusión de un procedimiento que permita realizar el reconocimiento del concubinato ante Notario.

5.2.2. Competencia del Notario para actuar en asuntos de Jurisdicción Voluntaria.

El conjunto de las facultades para intervenir en los procedimientos de Jurisdicción Voluntaria a que se refiere el Código de Procedimientos Civiles, se encuentra contenido en el artículo 166 que señala:

“...Artículo 166.- En los términos de esta Ley se consideran asuntos susceptibles de conformación por el Notario mediante el ejercicio de su fe pública, en términos de esta Ley: I. Todos aquellos actos en los que haya o no controversia judicial, los interesados le soliciten haga constar bajo su fe y asesoría los acuerdos, hechos o situaciones de que se trate; II. Todos aquellos en los que, exista o no controversia judicial, lleguen los interesados voluntariamente a un acuerdo sobre uno o varios puntos del asunto, o sobre su totalidad, y se encuentren conformes en que el notario haga constar bajo su fe y con su asesoría los acuerdos, hechos o situaciones de que se trate, siempre que se haya solicitado su intervención mediante rogación. III. Todos aquellos asuntos que en términos del Código de Procedimientos Civiles conozcan los jueces en vía de jurisdicción voluntaria en los cuales el notario podrá intervenir en tanto no hubiere menores no emancipados o mayores incapacitados. En forma específica, ejemplificativa y no taxativa, en términos de este capítulo y de esta ley: a) En las sucesiones en términos del párrafo anterior y de la sección segunda de este capítulo; b) En la

celebración y modificación de capitulaciones matrimoniales, disolución y liquidación de sociedad conyugal; c) En las informaciones ad perpetuam, apeos y deslindes y demás diligencias, excepto las informaciones de dominio. Las autorizaciones y habilitaciones especiales de sujetos a quienes falte capacidad jurídica se regirán por lo dispuesto en el Código Civil y en las demás normas correspondientes...”.

Las dos primeras fracciones, en forma enunciativa facultan a los Notarios a intervenir en todos aquellos asuntos judiciales o no, en los que exista controversia o no, para que previa rogación de los interesados y bajo el requisito de que los mismos sean mayores de edad o menores emancipados, haga constar bajo su fe y asesoría, todos los acuerdos a que lleguen.

La fracción tercera por su parte, otorga facultades en todos aquellos asuntos que en términos del Código de Procedimientos Civiles conozcan los jueces en la vía de Jurisdicción Voluntaria, las cuales en forma enunciativa y no limitativa ejemplifica en sus incisos a) al c).

Es de destacar que antes de la entrada en vigor de la Ley del Notariado, nada impedía que ante la fe de un Notario se pudieran hacer constar uno o varios acuerdos a fin de resolver una o varias controversias, judiciales o extrajudiciales, lo cual aunque resultaba de gran utilidad y confianza para los otorgantes, no era muy frecuentes debido a que al no estar expresamente regulado, los Notarios no se sentían con la seguridad para hacerlo, y en algunos casos, no obstante la intervención del Notario, ésta no era suficiente por lo que era necesario homologar tales acuerdos ante la autoridad judicial.

5.3. Problemática ante la inexistencia de un instrumento que acredite de manera fehaciente la existencia del concubinato.

El concubinato al ser un hecho jurídico, obliga a los concubinos que pretendan ejercer los derechos que la ley les reconoce como tales, a que previo a ello acrediten de una manera fehaciente el estado de concubinato. El problema surge cuando en el artículo 291-Bis se establece que a la generación de tales derechos, debe de preceder un lapso de dos años

inmediatos anteriores a ésta, o en su caso que hayan procreado un hijo en común, pues por tratarse de un hecho que surge en forma espontánea no hay forma de probar con certeza la fecha en que dicho plazo inicia para poder determinar cuando se ha cumplido, de ahí que exista la necesidad de acreditarlo con cualquier medio de prueba legalmente posible, ahora bien, si recurrimos al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal podemos ver que en su artículo 278 establece:

“Artículo 278.- Para conocer la verdad sobre los puntos controvertidos puede el juzgador valerse de cualquier persona, sea parte o tercero, y de cualquier cosa o documento, ya sea que pertenezca a las partes o a un tercero; sin más limitación que la de que las pruebas no estén prohibidas por la ley ni sean contrarias a la moral.”.

Y dentro de las pruebas en particular encontramos la confesional, la instrumental, pericial, de reconocimiento o inspección judicial, testimonial, fotografías, copias fotostáticas y demás documentos y la presuncional. Con relación a la prueba del concubinato, citamos la siguiente tesis jurisprudencial:

“CONCUBINATO. PUEDE DEMOSTRARSE SU EXISTENCIA MEDIANTE INFORMACIÓN TESTIMONIAL O CON CUALQUIER ELEMENTO QUE PERMITA ACREDITARLO. La información testimonial a que alude el artículo 801 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal es eficaz para demostrar la relación de concubinato que pueda existir entre dos personas, toda vez que si bien es cierto en tratándose del nexo de parentesco, éste se puede probar de manera idónea con las actas del Registro Civil, por lo que los testigos sólo son aptos generalmente para patentizar que no existen más herederos, distintos de los que pretenden ser declarados en esos términos, no menos verdad es que la relación de concubinato, precisamente por tratarse de una cuestión de hecho de la que no se levante ninguna inscripción o acta en el Registro Civil que la acredite, puede y debe ser comprobada con cualquier elemento que permita dejarla en claro conforme al artículo 801 del ordenamiento legal referido.

SEXO TRIBUNAL COLEGIADO DE CIRCUITO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 2116/99. La Beneficencia Pública, administrada por la Secretaría de Salud. 15 de Noviembre de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Gilberto Chávez Priego. Secretario: Jaime Aurelio Serret Alvarez. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente:

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XII, Julio de 2000. Tesis: 1. 6º. C.201 C. Página: 754. Materia: Civil.”

De lo anterior se desprende que el concubinato se puede acreditar en forma suficiente en un primer término con la confesión (declaración) de ambos concubinos o la información testimonial que para tales efectos presente uno sólo de ellos. Esto resulta interesante pues el documento que elabore el Notario y mediante el cual se pretenda reconocer el concubinato, necesariamente deberá contener tales requisitos.

Esta situación, al no tener ningún tipo de regulación que permita delegar expresamente tal labor a algún auxiliar de la administración de justicia, deja todo a la interpretación, lo cual impide que en el caso de los Notarios, éstos puedan intervenir con plena convicción de que su intervención tendrá el efecto deseado por los solicitantes, dejando como única salida la intervención judicial, que deriva en los problemas del tiempo que podría durar la obtención de la declaración judicial que así lo acredite, sin olvidar el problema de sobrecarga de trabajo al que se enfrentan día con día los Juzgados, por lo que opinamos que si no existe controversia alguna o en el caso de que no se coloque bajo ninguno de los supuestos de la jurisdicción contenciosa, nada impide que dichos procedimientos se tramiten por la vía de la jurisdicción voluntaria, vía en la cual, y según lo expusimos, los Notarios como auxiliares de la administración de justicia y con sujeción a la Ley del Notariado para el Distrito Federal, tienen facultades para actuar. Lo anterior traería como consecuencia el desahogo de este tipo de asuntos en los Juzgados, permitiendo la concentración de sus esfuerzos en asuntos verdaderamente contenciosos, que requieren válidamente de su intervención.

Pasando a la cuestión del procedimiento, es preciso considerar lo que nos plantea Vicente y Cervantes respecto de la jurisdicción voluntaria, es decir, que ésta al poseer la característica de ser ejercida sin conocimiento legítimo de causa, o incluso sólo con conocimiento informativo (es decir, que los elementos presentados en tales procedimientos tienen como finalidad principal la de ilustrar la conciencia del Juez, quien utilizará dichos medios con el propósito de dejar acreditado el concubinato), y al haber ausencia de conflicto

entre los solicitantes, apoyados en la fracción III del artículo 166 del Notariado, el Notario puede intervenir en todos aquellos asuntos de que conozcan los jueces en vía de jurisdicción voluntaria, es por ello en que planteamos la intervención de este último para que en su actuación con fe pública mediante a elaboración de un instrumento, acredite el concubinato, tal y como sucede por ejemplo en países como España.

Ahora bien, más allá de ello, sea cual fuera la vía elegida, es claro que una vez declarada la existencia o reconocido el concubinato, quedaría satisfecho el requisito indispensable para poder ejercer efectivamente los derechos de los de su clase, los cuales, tratándose de los derechos alimentarios, éstos deben solicitarse por la vía judicial. En este sentido, la importancia de reconocer el concubinato ante Notario permitiría obtener un eficaz medio preparatorio a juicio, y por otro lado, por lo que se refiere a los derechos hereditarios, previas las modificaciones que planteamos más adelante, sería posible proseguir su tramitación ante Notario. De ahí que el propósito del presente trabajo no es únicamente obtener un documento notarial que reconozca de forma indubitable la existencia del concubinato pues ello dejaría incompleta nuestra propuesta, sino darle la pauta para que dichos derechos sucesorios se puedan hacer valer en forma especialmente extrajudicial, y es justamente esa la intención que tenemos al proponer en la parte final de este trabajo, una serie de reformas en primer lugar al Código Civil, en segundo lugar al Código de Procedimientos Civiles y en tercer lugar, a la Ley del Notariado, todos del Distrito Federal.

5.3.1. Imposibilidad práctica de acreditar la fecha cierta en que inicia el plazo para la constitución del concubinato.

Como comentábamos en el apartado anterior, uno de los problemas más importantes que representa el concubinato, es el plazo a que se sujeta dicha unión. Del análisis realizado a la regulación del concubinato, pudimos apreciar que el artículo 291-Bis señala que *“las concubinas y los concubinos tienen derechos y obligaciones recíprocos, siempre que sin impedimentos legales para contraer matrimonio, han vivido en común en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años que precedan inmediatamente a la*

generación de derechos y obligaciones...”, redacción de cuya interpretación literal se obtiene la pauta para innumerables cuestionamientos, por ejemplo, es claro que el plazo mínimo para la generación de derechos y obligaciones es el de dos años, pero, ¿a partir de cuándo se inicia el cómputo del mismo?, pues nos ha quedado claro que en principio surge en forma espontánea y por lo tanto no se conoce con certeza el momento en que dicha unión inicia y por tanto cuando llega a reunir las características necesarias para poder llegar a ser concubinato y no una simple relación pasajera.

Esto último resulta importante en virtud de que en muchas ocasiones las parejas no saben en realidad cuanto puede durar su unión por ejemplo, ¿si dos personas viven en común en el domicilio de los padres de uno de ellos, basta para ser concubinato?, ¿no será necesario que reúna por lo menos las características de un domicilio conyugal?, ¿cómo saber que esa relación ha sido constante, si no existe una prueba que acredite fehacientemente todos y cada uno de los requisitos que exige la ley?, al no existir un punto de partida cierto, resulta materialmente imposible fijar una fecha a partir de la cual, los derechos y obligaciones entre los concubinos se han generado, lo cual deja sólo la posibilidad de que se acredite al tanteo, allegándose por supuesto de elementos de prueba ya sea testimoniales o documentales que permitan acreditar al máximo posible que tales requisitos fueron satisfechos. Ahora si analizamos los presupuestos que se plantearían para poder acreditarlo, encontraremos el caso en que un concubino o una concubina requeriría para tramitar la sucesión legítima de su concubino, que previamente se reconociera su calidad de tal, lo cual realizaría en un procedimiento de jurisdicción voluntaria y, con fundamento en lo ya planteado al tratar los procedimientos de jurisdicción voluntaria, consideramos viable que una acta de declaraciones ante Notario cuyo contenido incluyera los elementos que acreditan los supuestos exigidos por la ley⁸⁷ sería suficiente. Sin embargo, no basta sólo ello para que un concubino o una

87 La profesora María del Mar Herrerías Sordo opina en cuanto a la prueba del concubinato que no es suficiente la sola declaración de la pareja de que han cohabitado bajo el mismo techo por el tiempo exigido por la ley para que se les reconozcan efectos jurídicos de concubinato, sino que se requiere de más pruebas para que exista la certeza de que sí se trata de esta unión, al respecto señala: “...*Quizás una forma eficaz para probar el concubinato sería exhibir la constancia de una declaración judicial que acredite que la pareja ha cumplido efectivamente con todos los requisitos exigidos por la ley para ser considerados concubenarios, sin embargo esto no quiere decir que esta sea la única forma de reconocer su existencia. La prueba testimonial podría ser eficaz*”

concubina puedan comparecer ante el Notario para tramitar una sucesión en la que tenga interés, dado que el propio artículo 169 establece en forma limitativa que *“Podrán tramitar esta sucesión, el o la cónyuge, los ascendientes, descendientes y colaterales hasta el cuarto grado, fuera de éstos casos, la sucesión deberá tramitarse por la vía judicial”*, y como podemos apreciar, en ninguna parte se alude a los concubinos o incluso a los convivientes, éstos últimos que de conformidad con la Ley de Sociedades de Convivencia para el Distrito Federal, tienen también derechos sucesorios.

5.3.2. Necesidad de un Registro de concubinatos.

Los registros según el maestro Ríos Hellig⁸⁸, son *“aquellas instituciones dotadas de fe pública que brindan seguridad jurídica a los otorgantes de los actos, sus causahabientes o terceros, a través de la publicidad, oponibilidad y a veces la creación de éstos actos jurídicos, o bien de hechos con relevancia jurídica”*, éstos Registros a su vez los subdivide el autor: a).- Locales, que son aquellos diseñados para publicitar actos o hechos de competencia local, y por tanto su creación y potestad se encuentran reservadas a las Legislaturas de los Estados, *v.gr.* el Registro Civil y el Registro Público de la Propiedad; b).- Federales, que son aquellos a los que se les encomienda la labor de publicitar actos o hechos de competencia federal, *v.gr.* Registro Nacional de Inversiones Extranjeras y Registro Público de Comercio; c).- Constitutivos, que son aquellos cuya función es la de inscribir actos jurídicos los cuales se perfeccionan y surten efectos entre las partes después de su inscripción, *v.gr.* Registro Agrario Nacional y Registro de Asociaciones Religiosas; y d).- Declarativos, que son aquellos registros que se crean únicamente con el propósito de brindar el servicio de publicidad a terceros y de hacer oponibles los actos o hechos inscritos en éstos frente a cualquier persona, pero sin que la existencia de los actos dependa de este registro.

en estos casos, pero también resulta difícil que los testigos sepan el día exacto en que inició la cohabitación, es más probable que tengan noción de una época aproximada, pero no de fecha exactas. Otras pruebas que podrían ofrecerse serían las documentales privadas, tales como recibos de luz, teléfono, agua, etc., en las que aparecieran el nombre y apellidos de los dos, por ejemplo, el recibo de teléfono a nombre del concubino, el del agua a nombre de la concubina, y que estos documentos correspondieran al mismo domicilio...”

88 RIOS HELLIG, Jorge, Op. cit., Pág.405.

Dentro de esta clasificación, un Registro de concubinatos ya sea que se incluya en un libro especial en el Registro Civil o ante la autoridad que corresponda, éste sería un registro local, dado que la legislación en materia familiar corresponde a las legislaturas de los Estados, y por otro lado, declarativo, en virtud de que por su propia naturaleza, la constitución del mismo no está sujeta a registro alguno. Por otro lado, antes de analizar la posibilidad de un Registro de concubinatos, es preciso considerar previamente la razón que le daría sustento, su utilidad, efectos y sobretodo, ante quien podría realizarse.

En principio, lo que se busca al inscribir las relaciones concubinarias es otorgar seguridad jurídica si bien, no respecto de un estado civil propiamente, sí de una situación de hecho que tiene relevancia para la ley en virtud de haber reunido las cualidades necesarias para la generación de los correspondientes derechos y obligaciones. Para nuestros efectos toma especial relevancia para la eficacia del documento notarial que para reconocer o acreditar el concubinato se elabore ante un Notario. Además a causa de la publicidad de que se verían dotadas las uniones concubinarias, el Estado tendría la posibilidad de llevar un control de los mismos, lo que le permitiría que tal documento fuera eficaz a la hora de ejercer los derechos que como concubinos les corresponden. No pretendemos que dicho registro tenga efectos constitutivos, puesto que como planteamos anteriormente es necesario que previamente sea reconocido el concubinato, ya sea por la vía judicial o la extrajudicial, sin embargo, sí resultaría apropiado que la resolución judicial o el acta notarial que resulte en uno u otro caso, sean los documentos que se inscriban ante la autoridad que corresponda. Lo anterior insistimos, proporcionaría seguridad a aquellas personas que viven bajo este tipo de unión, pues se tendría la certeza de que existe un concubinato lo que a su vez impediría que uno de los dos sin ningún impedimento contrajera matrimonio despojando al otro de los derechos que le pudieran corresponder. De lo anterior se desprenden los efectos declarativos que dicho registro tendría, en virtud de que se pretende dar publicidad a tales hechos con el fin de que pueda ser conocido por todos, en especial por aquellos a quienes les pudiera perjudicar.

En cuanto a la autoridad adecuada para llevar a cabo el registro de los concubinatos, analizaremos las dos instituciones que se encargan de Registro, tanto de los actos de estado civil, como de las sociedades de convivencia, es decir: a).- El Registro Civil; y b).- La Dirección General Jurídica y de Gobierno de la Delegación correspondiente al hogar común de los convivientes, lo anterior según las consideraciones que exponemos a continuación:

I.- REGISTRO CIVIL.

El Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 35 dispone:

“Artículo 35. En el Distrito Federal estará a cargo de los Jueces del Registro Civil autorizar los actos del estado civil y extender las actas relativas a nacimiento, reconocimiento de hijos, adopción, matrimonio, divorcio administrativo, y defunción de los mexicanos y extranjeros en el Distrito Federal, al realizarse el hecho o acto de que se trate, así como inscribir las ejecutorias que declaren la ausencia, la presunción de muerte, el divorcio judicial, la tutela o que se ha perdido o limitado la capacidad legal para administrar bienes y las sentencias que ordenen el levantamiento de una nueva acta por la reasignación para la concordancia sexo-genérica, previa la anotación correspondiente al acta de nacimiento primigenia, siempre y cuando se cumplan las formalidades exigidas por los ordenamientos jurídicos aplicables.”.

Por su parte, el Reglamento del Registro Civil del Distrito Federal en su artículo 35 dispone:

“Artículo 1º.-...El Registro Civil es la Institución de buena fe, cuya función pública es conocer, autorizar, inscribir, resguardar y dar constancia de los hechos y actos del estado civil de las personas, que dispone el Código Civil para el Distrito Federal...”.

Considerando el contenido de los dos preceptos legales antes transcritos, nos queda claro que el concubinato como un hecho jurídico, en la actualidad y para la Ley, **no modifica ni constituye un estado civil** de las personas, aún cuando doctrinalmente podría encuadrar en la definición de estado civil, por lo menos de hecho. De la lectura de estos dos artículos y

conforme a lo antes expresado podríamos de primera mano descartar al Registro Civil como institución idónea para llevar el registro de estas uniones al no tener entre sus funciones las de registrar actos o hechos ajenos al estado civil, sin embargo, la pregunta adecuada sería ¿qué elementos debe revestir el concubinato para ser objeto de registro en el Registro Civil?, a cuya pregunta corresponden en nuestra opinión dos posibles respuestas: (i) Considerar y regular al concubinato como un estado civil, situación ésta que indefectiblemente al considerarlo como tal, permitiría en primer lugar reconocer una realidad social a través de la publicidad y certeza jurídica a los concubinos y en segundo lugar, la necesidad de crear una más de las “Formas del Registro Civil” a que se refiere el artículo 36 siguiente, para asentar los actos relativos al concubinato, lo que de suceder, sería suficiente para acreditarlo conforme al artículo 39 siguiente que señala que “...*el estado civil sólo se comprueba con las constancias relativas del Registro Civil...*”, sin embargo, ello dejaría insubsistente la necesidad de reconocimiento judicial o extrajudicial, quedando como único problema a resolver, la falta de regulación expresa en la Ley del Notariado para el Distrito Federal, para que el concubino o el conviviente puedan comparecer ante el Notario para ejercer sus derechos en una herencia en su carácter de tales, lo cual no ocurre actualmente, sin embargo, esta situación no se ve tan lejana; y (ii) Que existiera un libro especial donde se anotaran las sentencias o testimonios de escrituras o actas en donde los concubinos manifiestan su adhesión al régimen jurídico que el concubinato supone, o en su caso donde se relacionan las declaraciones del concubino, sus testigos y en donde además obran agregados los documentos que a juicio del Notario tutelen a su entender la certeza de que tal concubinato ha nacido a la vida jurídica. La creación del libro que proponemos parte de la premisa de que aún cuando no modifica el estado civil ni constituye uno, si se podría equiparar, por lo menos de *facto*, ya que al tener tal semejanza, resulta adecuado su registro en esta institución, especialmente si se considera su relación con otras figuras como el nacimiento, el reconocimiento y el matrimonio, que son actos del estado civil. Por otro lado, encargar el Registro a otra autoridad, significaría la necesidad de tener que requerir de ella un informe de algún concubinato, lo que traería como desventaja la invariable necesidad de someterse y depender de los tiempos y trámites impuestos por aquella. Por tanto el Registro Civil, a la luz de la actual regulación del concubinato, es la que nos parece más viable y por la cual opinamos que es en el en donde tal base de datos debe crearse.

No podemos dejar de lado que la calidad de concubino, en mucho se asemeja al estado civil de cónyuge, así vemos que en la mayoría de los casos, se trata de un verdadero matrimonio de hecho, debido a que los concubinos conviven, actúan y se comportan como si fueran cónyuges, de ahí nuestra opinión de considerarlo como estado civil aunque sea de facto, amén de la trascendencia que posee al ser una importante fuente de relaciones familiares. Por lo anterior, creemos que la regulación actual tanto del Código Civil como del Reglamento en materia del Registro Civil y actos y hechos registrables podría ampliarse para incluir entre sus supuestos a los hechos que se podrían denominar a nuestra consideración como “hechos jurídicos que se equiparan al estado civil” o simplemente “Del Registro de Concubinatos” donde se planteara la creación de un libro destinado al registro de tales uniones, cuyo beneficio más significativo sería la existencia de una base de datos que permita informar sobre las uniones de este tipo a que puedan estar sujetas las personas y que limite la celebración de actos ulteriores sin haber extinguido adecuadamente el vínculo anterior.

II.- DIRECCIÓN GENERAL JURÍDICA Y DE GOBIERNO DEL ÓRGANO POLÍTICO-ADMINISTRATIVO CORRESPONDIENTE AL HOGAR COMÚN.

Conforme a la Ley de Sociedades de Convivencia para el Distrito Federal, el documento por el que se constituyan las Sociedades de Convivencia, será ratificado y registrado en la Dirección General Jurídica y de Gobierno del Órgano Político-Administrativo correspondiente al hogar común de los Convivientes, así se establece en su artículo sexto que dispone:

“Artículo 6.- La Sociedad de Convivencia deberá hacerse constar por escrito, mismo que será ratificado y registrado ante la Dirección General Jurídica y de Gobierno del Órgano Político Administrativo del domicilio donde se establezca el hogar común, instancia que actuará como autoridad registradora.”.

Sobre el Registro de Sociedades, efectivamente nos hemos preguntado ¿cuál fue la razón por la que se delegó tal función en las Direcciones Generales Jurídicas de cada Delegación?. Al respecto nos avocamos al estudio del régimen jurídico de las mismas, tratando de desentrañar la razón que tuvo el legislador para otorgarles dicha atribución, así es como nos encontramos con que en principio la Dirección General Jurídica y de Gobierno es una Unidad Administrativa que en cada uno de los 16 Órganos Político-Administrativos (genéricamente llamados Delegaciones y que integran la Administración Pública Desconcentrada) auxilia a éstos en el despacho de los asuntos de su competencia. Encuentran su fundamento en el Manual Administrativo de Organización de cada una de las 16 Delegaciones, sin embargo, al consultar lo dispuesto en los citados Manuales notamos que en ellos **no se establece** ninguna facultad otorgada a dichas Direcciones que se refiera específicamente a llevar el Registro de las Sociedades de Convivencia, lo cual nos deja como único fundamento de tal actividad lo dispuesto por la Ley de Sociedades de Convivencia para el Distrito Federal.

Si buscamos un poco más, notamos que de la lectura e interpretación de algunos artículos en conjunto, encontramos un fundamento legal por el cual tales órganos tienen a su cargo el registro de las sociedades, mismos que transcribimos a continuación con el fin de evitar una incorrecta interpretación:

“Artículo 120.- La Administración Pública contará con los Órganos Político-Administrativos a que se refiere la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Estatuto de Gobierno y la Ley. Dichos Órganos tendrán autonomía funcional en acciones de Gobierno en sus Demarcaciones Territoriales...”.

*“...Artículo 122.- Para el despacho de los asuntos de su competencia, los Órganos Político-Administrativos se auxiliarán de las siguientes Direcciones Generales: I. Dirección General Jurídica y de Gobierno;... **Los Titulares de los Órganos Político-Administrativos, tendrán la facultad de delegar en las Direcciones Generales y demás Unidades Administrativas de apoyo técnico-operativo, las facultades que expresamente les otorguen los ordenamientos jurídicos correspondientes; dichas facultades, se ejercerán mediante disposición expresa, misma que se publicará en la Gaceta Oficial del Distrito Federal...**”*.

“...Artículo 123.- A los Titulares de las Direcciones Generales de los Órganos Político-Administrativos corresponden las siguientes atribuciones genéricas:... XIV. Las demás que les atribuyan expresamente los ordenamientos jurídicos y Administrativos correspondientes, así como los que de manera directa les asigne el Titular del Órgano Político-Administrativo y las que se establezcan en los Manuales Administrativos...”

“...Artículo 124.- Son atribuciones básicas de la Dirección General Jurídica y de Gobierno:... XXVII. Las demás que de manera directa les asigne el Titular del Órgano Político-Administrativo, así como las que se establezcan en los Manuales Administrativos.”

De todo lo anteriormente expuesto, concluimos que si bien, su intervención en el registro de las sociedades de convivencia se encuentra regulada, dicha dirección no fue creada con el fin de llevar un control de los actos relativos a las sociedades de convivencia y que tal tarea únicamente le fue encomendada en virtud de la interpretación conjunta de los numerales transcritos lo que justifica su intervención ya que el resultado de la misma así permite afirmarlo, por lo tanto, aunque tiene facultades para ello, no consideramos a la Dirección General Jurídica y de Gobierno como la autoridad adecuada para llevar los registros ni de las sociedades de convivencia, ni de las relaciones concubinarias, aún cuando sí esté facultada para llevar el Registro de las primeras. Hemos llegado a considerar que las Sociedades de Convivencia no son fuente generadora de relaciones familiares cualidad de la que si goza el concubinato, y su trascendencia aunque importante en el mundo jurídico, no iguala a la que corresponde a este último, de ahí que particularmente creemos que una relación concubinaria tiene mayores posibilidades para en algún momento dejar de ser un mero estado civil de hecho, para evolucionar a un estado civil de derecho, posibilidad que insistimos, no comparte la Sociedad de Convivencia, aún y cuando en la actualidad ninguna de ambas figuras modifican el estado civil de las partes que en ellos intervienen.

5.4. Consideraciones acerca del Documento Notarial como medio para acreditar o reconocer al concubinato. Beneficios y Desventajas.

En el capítulo tercero de este trabajo revisamos los aspectos más relevantes de la actuación del Notario, revisamos la validez y eficacia del documento notarial, ahora en el

presente apartado tocamos uno de los puntos también importantes, algunas consideraciones acerca del documento notarial, que es precisamente donde se materializa la actuación del Notario como auxiliar de la administración de justicia. Cuando analizamos el concubinato, se hizo desarrollando las posturas que lo ubican, le atribuyen o definen su naturaleza jurídica, y al respecto no tuvimos como aún ahora, elementos para considerarlo un acto jurídico, de ahí que por exclusión le corresponda ser considerado como la misma ley lo hace, un hecho jurídico, voluntario y lícito, y en tal caso el medio adecuado sólo podría ser en principio un acta, sujetándonos a las reglas que para los instrumentos de dicha especie nos establece la Ley del Notariado para el Distrito Federal. No omitimos señalar, que a la anterior conclusión se arriba partiendo de que según la ley, esa es la naturaleza que se le puede atribuir, sin embargo, piénsese en el caso donde dos concubinos mayores de edad que reúnen los requisitos para contraer matrimonio pero que no desean someterse a él, comparecen ante Notario a manifestar la existencia de un concubinato entre ellos y su deseo de someterse a dicho régimen, lo cual haría innecesario el paso del tiempo pues éste únicamente es una cualidad que sirve para presumir la vida en común constante y permanente, lo cual resulta innecesario cuando tal voluntad si es manifestada, y si a lo anterior el Notario agrega un informe o constancia de soltería o en su momento si ello fuera posible una constancia de ausencia de concubinato, y ¿por qué no?, a falta de ésta una publicación en un periódico de circulación nacional, en éste ejemplo, aunque largo, ¿podría hablarse aún de un hecho jurídico?. Parece que no.

Sobre la importancia que para nosotros representa el hacer constar el hecho jurídico o en el supuesto anterior el acto denominado concubinato en un acta, es necesario en principio establecer los fundamentos jurídicos que consideramos le son aplicables, estos son: Partiendo del artículo 4º. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que establece entre otros la igualdad del hombre y la mujer, ante la ley, señala que ésta última protegerá la organización y el desarrollo de la familia; por su parte el artículo 138-Ter del Código Civil para el Distrito Federal, establece que “...*las disposiciones que se refieran a la familia son de orden público e interés social...*”, y por último, el 138-Quintus dispone que “...*Las relaciones jurídicas familiares generadoras de deberes, derechos y obligaciones surgen entre las personas vinculadas por lazos de matrimonio, parentesco o concubinato...*”; por último,

el artículo 42 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal que fija como finalidad de la actuación del notario el “...*conferir autenticidad y certeza jurídicas a los actos y hechos pasados ante su fe, mediante la consignación de los mismos en instrumentos públicos de su autoría*”. De ahí que al ser el concubinato fuente generadora de familia la ley debe regular su organización y dentro de esa organización medios accesibles para acreditar todas aquellas figuras que le dan origen, incluso aquellas que por diversos argumentos no quieran ser regulados como su trascendencia amerita, pues si bien es cierto que existe el medio judicial para acreditar tal situación, al no existir más remedio que optar por esta vía, en la mayoría de los casos no se busca reconocimiento legal alguno, sin embargo, esto sería distinto si se tuviera el apoyo de un profesional del derecho cuya preparación le permita formular un instrumento que confiera autenticidad y certeza a ese hecho jurídico que hoy nos ocupa y cuyas características permitiera realizar exactamente lo mismo que podría llevarse a cabo en un Juzgado, pero sin las consecuencias económicas y de tiempo que ello implica, en otras palabras, más barato, más rápido pero igualmente eficaz, lo anterior claro a la luz de las facultades que se le atribuyen al Notario para acudir en auxilio de la Administración de Justicia.

La ley no define con claridad a que autoridad le corresponde exclusivamente hacer constar el hecho jurídico del concubinato, el único argumento que a nuestra consideración se opone a que un acta ante un Notario tuviera plena eficacia, sería que no se encuentra reservada a la autoridad jurisdiccional, pero tampoco a los Notarios, lo que deja serias dudas respecto a la posibilidad de llevarlo ante éstos últimos, por otro lado, aún cuando fuera con tal documento reconocido, sería imposible seguir la tramitación de un juicio sucesorio ante Notario dado que no se encuentra regulada la posibilidad en la Ley del Notariado para que pudiera tramitar una sucesión un concubino o incluso de darse el caso, que los hay, un conviviente, que de conformidad con la Ley de la materia tiene derechos sucesorios sujetos a que la Sociedad de Convivencia cumpla con todos los requisitos que para tales efectos se establecen.

Planteado lo anterior, nuestra propuesta incluye el reformar diversas disposiciones de la Ley del Notariado, pero también del Código Civil para el Distrito Federal y por supuesto del Código del Procedimientos Civiles con el fin de eliminar todo rastro de duda al respecto y por supuesto sentar las bases del procedimiento a seguir a este respecto, lo cual desarrollamos en apartados posteriores.

5.4.1. Argumentos que sustentan la propuesta de dotar de valor probatorio pleno al Documento Notarial, como medio de prueba de la existencia del concubinato.

Es preciso antes de abordar este tema, plantearnos el siguiente problema, ¿se puede mediante un acta notarial en su modalidad de Declaraciones, acreditar la existencia del concubinato?. Nuestra respuesta es que si se pretende hacer efectivos los principios de seguridad jurídica, si ambos concubinos manifiestan su conformidad, a la luz de la función del Notario como auxiliar de justicia y con fundamento en las atribuciones que le fueron conferidas de acuerdo con las reformas habidas a la Ley del Notariado para el Distrito Federal que entraron en vigor el 27 de mayo del año 2000, el acta notarial es un medio adecuado para resolver este problema. Lo anterior se justifica con las consideraciones que se exponen a continuación:

I.- Su importancia radica en solucionar con estricta justicia y legalidad un asunto planteado, una controversia latente que podría llegar a serlo ante la negativa de reconocimiento a una unión que reúne los requisitos establecidos en ley, o de un reconocimiento indebido a una relación concubinaria que no reúne los requisitos para ser considerada como tal.

II.- En ella se hace efectivo el principio de justicia (dar a cada quien lo suyo), así como el de seguridad jurídica (todo gobernado tiene la garantía de que sus derechos no serán modificados por acciones contrarias a las normas jurídicas establecidas).

III.- Soluciona el problema del reconocimiento de concubinato de una manera económica, ágil, pronta y expedita, haciendo efectivo el principio de economía procesal, pues en la vía extrajudicial, mediante un acta notarial, se obtendría el mismo resultado o solución a la que podría llegarse por la vía judicial; por otro lado se hace efectiva la garantía de justicia consagrada de manera particular en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, contribuyendo además a hacer efectivos el espíritu y los fines que motivaron las reformas habidas a la Ley del Notariado para el Distrito Federal del año 2000.

IV.- Argumentos en función de las atribuciones y competencia del Notario.

a).- En principio, conforme a la Ley del Notariado para el Distrito Federal, el Notario puede otorgar en su protocolo el acta mencionada, dadas sus funciones, atribuciones y competencia. Por un lado el artículo 11 determina que los Notarios son auxiliares en la administración de justicia, por otro, el artículo 42 siguiente señala que el Notario es el profesional del derecho investido de fe pública por el Estado, y que tiene a su cargo recibir, interpretar, redactar y dar forma legal a la voluntad de las personas que ante el acuden, y conferir autenticidad y certeza jurídicas a los actos y hechos pasados ante su fe, mediante la consignación de los mismos en instrumentos públicos de su autoría, y finalmente, el artículo 166, les atribuye no solo la competencia para formalizar los acuerdos a que lleguen los interesados en actos o asuntos en los que haya o no controversia judicial, sino también la competencia para conocer en todos aquellos asuntos que en términos del Código de Procedimientos Civiles conozcan los jueces en vía de jurisdicción voluntaria, en los cuales el notario podrá intervenir en tanto no hubiere menores no emancipados o mayores incapacitados.

V.- Argumentos en razón de la naturaleza de los procedimientos de jurisdicción voluntaria y de los efectos de las resoluciones y sentencias judiciales en materia familiar.

a).- Consideramos que la solicitud de reconocimiento del concubinato no es un asunto de jurisdicción contenciosa ya que en el no se plantea una controversia, no existen personas

con intereses opuestos (partes en sentido jurídico), además de que el Juez que conoce de estos asuntos no ejerce una verdadera jurisdicción y por tanto dicha controversia no se dirime mediante una sentencia. De lo anterior resulta que dicho procedimiento se encuentra entre los considerados como actos de jurisdicción voluntaria, cuyas características fueron analizadas previamente.

Sin embargo, ¿cual es la importancia de ubicar a este procedimiento en los llamados de Jurisdicción Voluntaria?

En primer lugar, que los efectos jurídicos de las resoluciones y sentencias judiciales en materia familiar, no son definitivos sino provisionales. Por ejemplo, en materia sucesoria, los que tienen derecho a heredar y que han sido preteridos, conservan a su favor el derecho de reclamar su herencia durante un término de diez años, así lo estatuye el artículo 1652 del Código Civil para el Distrito Federal. Por otro lado, tales resoluciones pueden ser modificadas, pues el artículo 897 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, permite al Juez variar o modificar las providencias que dictare, sin sujeción estricta a los términos y formas establecidas respecto de la jurisdicción contenciosa, incluyendo a los autos definitivos si se demostrara que cambiaron las circunstancias que afectan el ejercicio de la acción.

En segundo lugar, que todas las resoluciones y sentencias definitivas dictadas por los Jueces en los procedimientos familiares, son del tipo declarativo. En este sentido, Rodolfo Bucio Estrada nos dice que “...*las sentencias declarativas son aquellas en las que se reconoce la existencia o no de un derecho, dándole certeza a un hecho jurídico*”. Lo mismo afirma Couture, citado por Ovalle Favela, al decir que las sentencias declarativas “*tienen por objeto la pura declaración de la existencia de un derecho*”.

En tercer lugar, que aún cuando las sentencias en materia familiar, sean definitivas, en tanto que ponen fin al procedimiento, éstas no causan estado, es decir, no son sentencias firmes, pues podrán ser modificadas por la sentencia que se dicte en un juicio diverso, tal es el

caso del juicio de petición de herencia. Por consiguiente, tales sentencias, desde el punto de vista material, no constituyen cosa juzgada.

En consecuencia, como las resoluciones o sentencias judiciales en materia familiar, cuando no hay controversia entre los interesados, no dimanen de actos jurisdiccionales en estricto sentido, siendo del tipo declarativas, que no son firmes y que por ende, no constituyen cosa juzgada, los efectos jurídicos provenientes de tales resoluciones, si pueden ser modificados por acuerdo unánime de los interesados, toda vez que las resoluciones judiciales al no haber dilucidado una controversia, si en un primer término la ley permite la modificación de los efectos de resoluciones en materia judicial, mediante una acción hecha valer ante los tribunales, y si en un segundo término, la Ley del Notariado para el Distrito Federal, en su capítulo IV denominado “De la competencia para realizar funciones Notariales en asuntos extrajudiciales y de la tramitación sucesoria ante notario” (artículos de 166 al 178), le ha atribuido competencia al Notario para conocer de manera extrajudicial de asuntos en los que no exista controversia o litigio entre partes, es legal y procedente consignar en una acta notarial las declaraciones mediante las cuales se solucione la pretensión de reconocimiento del concubinato. Como se ha expresado, con ello se contribuye a la justicia y a la seguridad jurídica.

5.4.2. La intervención del Notario en la regulación de las relaciones patrimoniales derivadas del concubinato.

El concubinato como hecho jurídico tímidamente regulado en nuestra legislación no produce efecto alguno en cuanto al estado civil de ambos concubinos, mucho menos efectos patrimoniales y ante la ausencia de régimen jurídico aplicable a los bienes de los concubinos, en principio ambos conservan la propiedad de los bienes que adquieran, quedando sujeto en su caso a las reglas de la copropiedad para el caso de que los bienes sean adquiridos por ambos. Ante tal situación, nada impide que todas los pactos celebrados entre los concubinos para regir las relaciones patrimoniales durante el concubinato puedan celebrarse ante Notario los cuales quedarán sujetos como todos acto jurídico, a las reglas de los contratos, sin embargo, para ser

oponible frente a terceros, resultaría incluso necesaria la inscripción en el Registro Público de la Propiedad que corresponda para dotar de publicidad y oponibilidad a tales pactos.

5.5. Propuesta de reformas al Código Civil para el Distrito Federal.

En nuestra opinión el artículo 291-Bis del Código Civil para el Distrito Federal debería ser modificado de tal manera que incluya una definición más precisa del concubinato, estableciendo además un medio para que se celebre si así lo desean los concubinos, e incluso para que, a falta de uno de ellos el supérstite pueda acreditarlo, ya sea por la vía judicial o extrajudicial, es por ello que pensamos que la redacción del artículo 291-Bis debería ser de la manera siguiente:

“Artículo 291-Bis. El concubinato es un hecho jurídico que se constituye cuando dos personas libres de matrimonio y sin impedimentos legales para contraerlo, han vivido en común, en forma constante y permanente como si fueran cónyuges por un período mínimo de dos años que preceden inmediatamente a la generación de los derechos y obligaciones a que alude este Código, salvo lo dispuesto en el párrafo siguiente, y cuyo fin consiste en realizar la comunidad de vida, procurándose respeto, igualdad y ayuda mutua.

No será necesario el transcurso del período mencionado en el párrafo anterior cuando, reunidos los demás requisitos, tengan un hijo en común o manifiesten ante Notario su voluntad de sujetarse a las normas que la ley reconoce a los concubinos.

Cuando se solicite el reconocimiento del concubinato por uno solo de los concubinos, a falta del otro, éste se podrá tramitar ante un Juez en vía de Jurisdicción Voluntaria o ante Notario, fuera de esos casos, la tramitación será siempre en la vía judicial.”

Por último dada la propuesta de formalizar la unión concubinaria a través de una escritura o un acta notarial, lógico es pensar que su disolución requiera otorgarse de la misma manera, por tanto se propone incluir tal situación en el artículo 291-Quintus, el cual sería en la forma siguiente:

Artículo 291 Quintus.- La disolución del concubinato celebrado o reconocido ante Notario requerirá para su disolución, la misma formalidad por la que se hubiere constituido. Al cesar la convivencia, la concubina o el concubinario que carezca de ingresos o bienes suficientes para su sostenimiento, tiene derecho a una pensión alimenticia por un tiempo igual al que haya durado el concubinato. No podrá reclamar alimentos quien haya demostrado ingratitud, o viva en concubinato o contraiga matrimonio. El derecho que otorga este artículo podrá ejercitarse solo durante el año siguiente a la cesación del concubinato.

En materia de Registro Civil, consideramos necesario incluir una serie de reformas que tiendan a la creación de un libro especial o apartado destinado precisamente a la inscripción de los concubinatos, que a la postre, se convertiría en la principal fuente de consultas por jueces y notarios a efecto de obtener un documento que permita acreditar la ausencia de una unión similar y subsistente que afectara la eficacia de la que se pretende constituir, liberando además al notario de cualquier responsabilidad derivada de ese aspecto.

5.6. Propuesta de reformas al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Con el fin de lograr una perfecta aplicabilidad y congruente con la reforma planteada en el apartado anterior, consideramos conveniente realizar algunas modificaciones al Código de Procedimientos Civiles en lo relativo a los procedimientos de Jurisdicción Voluntaria, esto con la finalidad de permitir fijar los casos en que dicho reconocimiento podrá tramitarse ante Notario y en cuales necesariamente deberá intervenir la autoridad judicial, además de establecer las reglas a seguir en este tipo de procedimientos.

Es preciso aclarar que si el reconocimiento del concubinato es solicitado por uno sólo de los concubinos en virtud de una causa distinta a la muerte del otro, el trámite deberá necesariamente llevarse a cabo por la vía judicial, dada la controversia que ello implica, pero cuando se trata de la muerte de uno de ellos, planteamos la posibilidad, en primer lugar de establecer las reglas de un procedimiento de esta naturaleza, el cual estimamos se ubica en los llamados de jurisdicción voluntaria y en segundo lugar, permitir *expresamente* la intervención

del Notario como un medio alternativo que sería igual de eficaz que el otorgado por un Juez, con la diferencia de que sería más rápido y de paso permitiría disminuir la carga de asuntos de este tipo que actualmente se ventilan en los Juzgados. Para ello proponemos lo siguiente:

I.- La inserción de un nuevo capítulo cuyo título podría ser el siguiente: “DEL RECONOCIMIENTO DE ESTADO DE CONCUBINATO”, ubicado en el título decimoquinto “DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA”, mismo que proponemos tenga la siguiente redacción:

CAPITULO V

DEL RECONOCIMIENTO DEL ESTADO DE CONCUBINATO

Artículo 925.- Procede el reconocimiento del estado de concubinato en vía de jurisdicción voluntaria ante la autoridad judicial o ante Notario, cuando no exista controversia entre los concubinos, cuando se trate de obtener un documento fehaciente con la cual se pretenda documentar tal estado y siempre que se cumplan los requisitos establecidos por el artículo 291-Bis del Código Civil, para lo cual se estará a las siguientes reglas:

- I. Podrá ser solicitado por uno o ambos concubinos o en su caso por los descendientes de éstos en línea recta, quienes en este caso y de ser posible acompañarán a su solicitud, las partidas del Registro Civil con las que se acrediten su entroncamiento y a falta de éstas, con la prueba que legalmente sea admisible.*

- II. Cuando se solicite por ambos concubinos, serán necesarias las declaraciones de éstos, las cuales versarán sobre el cumplimiento de cada uno de los requisitos establecidos en el artículo 291-Bis. El transcurso del plazo de dos años no será necesario si los solicitantes manifiestan su voluntad de renunciar al mismo, así como de sujetarse al estatuto jurídico inherente al concubinato, lo que salvo lo dispuesto por la fracción siguiente, será suficiente para declarar el concubinato.*

- III. Los concubinos obtendrán del Registro Civil, y en su caso del Registro Nacional de Matrimonios, una constancia que acredite que no se encuentran sujetos a matrimonio o concubinato con persona diversa, sin embargo, éste requisito no será necesario si así lo solicitan ambos concubinos, caso en el cual el juez se limitará a prevenirlos de las penas*

en que incurren quienes declaran con falsedad así como de las consecuencias de hecho así realizado. Lo anterior no será aplicable si la tramitación se lleva a cabo ante Notario.

- IV. *El o la concubina, o los descendientes de éstos en su caso, además de la constancia a que se refiere la fracción anterior, exhibirán los documentos y demás medios de prueba que sean legalmente posibles y que permitan determinar la fecha en que inició y cumplimiento del período a que se refiere el artículo 291-Bis del Código Civil, así como de los demás requisitos a que alude dicho numeral.*
- V. *El o la concubina acompañarán a su declaración, la declaración de dos testigos idóneos que manifiesten que saben y les consta que él o la concubina cumplieron con los requisitos a que se refiere el artículo 291-Bis, los cuales le serán explicados por el Juez o Notario en su caso y que no conocen de persona alguna distinta a su concubino(a) con la que hayan estado o estén unidos en matrimonio.*
- VI. *Cuando no fuere posible el registro del concubinato, el Juez o Notario ante quien se celebre, dará a conocer las declaraciones del o la concubina mediante una publicación que se realizará en un periódico de los de mayor circulación nacional.*
- VII. *La resolución o en su caso el documento público ante Notario por los que se declare o reconozca el concubinato se mandará a inscribir en el Libro que en su caso y para tales efectos se lleve en el Registro Civil.*

Con lo anterior se verían afectadas diversas disposiciones del mismo ordenamiento, entre las cuales encontramos las siguientes:

*“Artículo 799.- Al promoverse un intestado justificará el denunciante el parentesco o lazo si existiere y que lo hubiere unido con el tutor de la herencia, en el grado por el que pueda considerarse heredero legítimo. Debe el denunciante indicar los nombres y domicilio de los parientes en línea recta y del cónyuge supérstite o **concubino(a)** o, a falta de ellos, de los parientes colaterales dentro del cuarto grado. De ser posible, se presentarán las partidas del Registro Civil o el **documento público** que acrediten la relación.”.*

“Artículo 800.- El juez tendrá por radicada la sucesión y mandará notificarlo, por cédula o correo certificado, a las personas señaladas como descendientes, ascendientes y cónyuge supérstite o concubino o, en su defecto, como parientes colaterales dentro del cuarto grado, haciéndoles saber el nombre del finado con los demás particulares que lo identificaren y la fecha y lugar del fallecimiento, para que justifiquen sus derechos a la herencia y nombren albacea.”.

5.7. Propuesta de reformas a la Ley del Notariado para el Distrito Federal.

Planteadas que fueron las reformas al Código Civil así como al Código de Procedimientos Civiles en los dos apartados anteriores, toca ahora realizar lo propio en la Ley del Notariado, pues aún cuando pudiera considerarse que la actuación del Notario ya ha quedado justificada en la fracción III del artículo 166 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal que establece que *“son susceptibles de conformación por el Notario mediante el ejercicio de su fe pública”*, entre otros, *“todos aquellos asuntos que en términos del Código de Procedimientos Civiles conozcan los jueces en vía de jurisdicción voluntaria en los cuales el notario podrá intervenir en tanto no hubiere menores no emancipados o mayores incapacitados”*, y en virtud de haberse incluido el reconocimiento del concubinato en un capítulo específico en la parte de los procedimientos de Jurisdicción Voluntaria de la ley adjetiva; sí pensamos que resulta conveniente y necesario para efectos de claridad adicionar un inciso a la mencionada fracción para incluir en forma expresa la intervención del Notario, misma que quedaría de la siguiente manera:

Artículo 166.- En los términos de esta Ley se consideran asuntos susceptibles de conformación por el Notario mediante el ejercicio de su fe pública, en términos de esta Ley:

- I.- Todos aquellos actos en los que haya o no controversia judicial, los interesados le soliciten haga constar bajo su fe y asesoría los acuerdos, hechos o situaciones de que se trate;*
- II.- Todos aquellos en los que, exista o no controversia judicial, lleguen los interesados voluntariamente a un acuerdo sobre uno o varios puntos del asunto, o sobre su totalidad, y se encuentren conformes en que el notario haga constar bajo su fe y con su asesoría los acuerdos, hechos o situaciones de que se trate, siempre que se haya solicitado su intervención mediante rogación.*

III. Todos aquellos asuntos que en términos del Código de Procedimientos Civiles conozcan los jueces en vía de jurisdicción voluntaria en los cuales el notario podrá intervenir en tanto no hubiere menores no emancipados o mayores incapacitados. En forma específica, ejemplificativa y no taxativa, en términos de este capítulo y de esta ley:

a).- En las sucesiones en términos del párrafo anterior y de la sección segunda de este capítulo;

b).- En la celebración y modificación de capitulaciones matrimoniales, disolución y liquidación de sociedad conyugal;

*c).- **La celebración, reconocimiento y en su caso disolución del concubinato, sujeto a lo establecido en el Código de Procedimientos Civiles;***

d) En las informaciones ad perpetuam, apeos y deslindes y demás diligencias, excepto las informaciones de dominio. Las autorizaciones y habilitaciones especiales de sujetos a quienes falte capacidad jurídica se regirán por lo dispuesto en el Código Civil y en las demás normas correspondientes.

Opinamos que es necesaria la inclusión de un capítulo relativo a la celebración o reconocimiento del concubinato, sin embargo, en obvio de repeticiones proponemos su inclusión con la misma redacción que para el Código de Procedimientos Civiles se expresó.

Creemos que las reformas propuestas con anterioridad representarían un avance importante en materia de concubinato, sin embargo para finalizar y en aras de obtener un mejor resultado, proponemos una inclusión más pero ahora en el artículo 169 de la Ley del Notariado por lo que se refiere a las personas que pueden solicitar la tramitación de una sucesión intestamentaria, con el propósito de incluir a los concubinos y a los convivientes, dicho artículo quedaría como sigue:

*Artículo 169.- La sucesión intestamentaria podrá tramitarse ante notario si el último domicilio del autor de la sucesión fue el Distrito Federal, o si se encuentran ubicados en la entidad uno o la mayor parte de los bienes, lo cual declararán los interesados bajo su responsabilidad, una vez que se hubieren obtenido del Archivo Judicial y del Archivo, constancias de no tener depositado testamento o informe de que se haya otorgado alguno, y previa acreditación de los herederos de su entroncamiento con el autor de la sucesión mediante las partidas del Registro Civil correspondiente **o en su caso con***

el o los instrumentos públicos que así lo acrediten. Podrán tramitar esta sucesión, el o la cónyuge, el (la) concubino (a), el (la) conviviente, los ascendientes, descendientes y colaterales hasta el cuarto grado; fuera de estos casos, la sucesión deberá tramitarse por la vía judicial.

Todo lo anterior en virtud de que conforme a la redacción actual del mencionado artículo, como la concubina no se encuentra legitimada expresamente para solicitar la intervención del Notario en las sucesiones intestamentarias en que tiene interés, queda fuera de los casos que establece el mencionado artículo 169, por tanto no deja otra posibilidad que tramitarse por la vía judicial.

CONCLUSIONES

1).- El derecho regula la conducta del hombre en su sociedad, sin embargo, ya que no toda conducta del hombre es tomada en cuenta por el derecho para atribuirle consecuencias en el mundo jurídico, la misma sólo tendrá la connotación de jurídica en la medida en que dicha conducta produzca consecuencias de derecho (lo que nuestro Código Civil enuncia como crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones). El concubinato independientemente de su naturaleza jurídica, es indiscutiblemente un fenómeno social que sigue vigente, su propia existencia se encuentra plenamente justificada y su trascendencia en la realidad social ha sido considerada por el legislador para atribuirle ciertos derechos y obligaciones, previa reunión de los requisitos que la ley exige para su constitución.

2).- La ley no define al concubinato, tampoco establece de manera expresa su naturaleza jurídica como si lo ha hecho con otras figuras⁸⁹. Lo cierto es el Código Civil para el Distrito Federal, inspirado en el Código Francés, aporta únicamente los elementos que deben converger para constituirlo, con lo cual se deja entrever que la regulación con respecto a dicha figura no ha sido adecuadamente abordada, muy probablemente debido a que a juicio del legislador mexicano, los concubinos no tienen la voluntad de generar consecuencias jurídicas entre ellos, pues si ello fuera así, sin duda celebrarían matrimonio.

3).- La ausencia de voluntad no es el elemento principal que se debe juzgar al momento de emitir una opinión sobre la naturaleza jurídica del concubinato, lo anterior lo estimamos es así según las consideraciones vertidas en el primer capítulo de este trabajo, así como al abordar las teorías sobre dicha naturaleza, de lo que resultó que tal ausencia de voluntad no se

⁸⁹ Como es el caso de la Adopción (al respecto remitimos al Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal, el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y la Ley de los Derechos de las Niñas y los Niños para el Distrito Federal, publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, el 15 de Junio del 2011, que modificó entre otros, el artículo 390 del primero de los ordenamientos antes citados para definir expresamente a la adopción como acto jurídico), o el caso del artículo 2 de la Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal.

encuentra totalmente justificada, pues los diversos factores que le dan lugar, permiten advertir la posibilidad por la que podemos afirmar, que la causa por la cual los concubinos se desentienden de la ley optando por vivir al margen de ella, se debe a que los efectos y consecuencias de éste último no se adecuan a las necesidades de la Sociedad actual; amén de que la facilidad con la que actualmente se obtiene el divorcio, ha restado por mucho fuerza al matrimonio especialmente frente a la unión de hecho concubinato.

4).- El concubinato ha evolucionado a la sombra del matrimonio, aún cuando históricamente el primero encuentra sus orígenes en épocas mucho más remotas que el segundo, por ello, la consideración de éste como figura inferior al matrimonio resulta ser a nuestro juicio equivocado. Al concubinato debe reconocérsele y regularsele como una figura totalmente diferente y autónoma al matrimonio, tal y como se distingue por ejemplo una permuta de una compraventa o una prenda de una hipoteca, contratos en esencia muy parecidos, pero con diferencias que no permiten confundirlos, amén de que tanto matrimonio, como concubinato, así como sociedad de convivencia son figuras se excluyen entre sí.

5).- La tendencia tanto en las legislaciones locales como internacionales muestra una evolución muy similar, no parecen buscar el erradicar al concubinato, pues en sus inicios se han caracterizado por una negación o rechazo absoluto, pasando en mayor o menor medida por su reconocimiento y aceptación, hasta su equiparación con el matrimonio, e incluso como dijimos, llegando al punto de atribuirle personalidad jurídica, como ocurre en el caso de las legislaciones de Tlaxcala y Morelos.

6).- La naturaleza jurídica del concubinato, conforme a las disposiciones actuales del Código Civil para el Distrito Federal y a la luz de la teoría Francesa bajo la cual nuestro Código se inspiró, es la de ser *“un hecho jurídico en sentido estricto, voluntario y lícito”*. Lo anterior es así en virtud de que tal fenómeno surge de un acontecimiento espontáneo (la vida común que hacen dos personas del mismo o de diferente sexo, en forma “constante” y “permanente”) esto permite afirmar que por regla general sus efectos no derivan de la manifestación de la voluntad que en ese sentido exteriorizan dichos concubinos, sino de haber

quedado satisfechos los requisitos impuestos por la ley en el artículo 291-Bis del Código Civil; no se otorga como sí ocurre con los actos jurídicos, pues simplemente nace; sus efectos jurídicos son muy limitados e incluso se afirma que éstos no son buscados ni pretendidos por los concubinos. Es por lo anterior que la ley ha reconocido tales derechos simplemente en un afán proteccionista.

7).- La excepción a la regla general planteada en el inciso anterior la encontramos en el supuesto bajo el cual, ambos concubinos, bajo el principio de que lo que no está prohibido se encuentra permitido, así como atendiendo a la autonomía de la voluntad, comparecieran a manifestar libremente su voluntad ante un Notario, con el propósito de sujetarse al estatuto jurídico inherente al concubinato, debiendo cumplir y acreditar todos y cada uno de los requisitos a que se refiere el artículo 291-Bis, con excepción del relativo al plazo, pues al manifestar su voluntad de la forma antes citada y obteniendo con ello un documento válido que certifique su unión, no existe que justifique la necesidad de sujetar la creación de sus derechos hasta en tanto se cumpla el plazo que actualmente exige la Ley. Lo mismo por lo que se refiere a las relaciones patrimoniales de los concubinos, que podrían regular bajo un contrato accesorio similar a las capitulaciones matrimoniales.

8).- Aunque las relaciones de los concubinos con respecto a su familia doctrinalmente pudieran ser considerados un verdadero estado civil, de conformidad con el Código Civil para el Distrito Federal, no constituye ni modifica éste, por tanto, al no tener estos efectos, ni ser reconocido como tal, no es facultad del Registro Civil intervenir para hacer constar las cuestiones relativas a los concubinatos.

9).- La falta de un documento fehaciente que acredite el concubinato, así como de un registro a cargo del Estado, que proporcione informes respecto de los mismos, acarrea graves consecuencias a las partes que en él intervienen pues dado que la existencia de un matrimonio vigente o de una sociedad de convivencia excluye la posibilidad de un concubinato, es necesario un registro que al llevar el control de los concubinatos otorgue seguridad jurídica a las uniones de este tipo, mediante la información que la autoridad encargada pueda

proporcionar con el fin de evitar que los concubinos contraigan matrimonio o se unan en sociedad de convivencia con personas distintas a su pareja, dejando en estado de indefensión a los concubinos que actúan de buena fe, salvaguardando así los derechos que con el tiempo han generado a su favor.

10).- En la actualidad, ni el Código Civil para el Distrito Federal, ni el Código de Procedimientos Civiles establecen la manera en que ha de acreditarse por los concubinos que han satisfecho todos y cada uno de los requisitos exigidos para la generación de sus derechos como tales, por lo que en ausencia de un medio o procedimiento especial, dicha labor queda en principio a cargo de los Jueces de lo Familiar, atento a lo dispuesto por el artículo 52 de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

11).- La naturaleza jurídica del procedimiento de declaración o reconocimiento del concubinato, puede ser contenciosa, sin embargo, siempre que no exista controversia alguna, corresponderá a los llamados de Jurisdicción Voluntaria, de acuerdo con lo planteado a propósito en el capítulo quinto.

12).- El Notario tiene en principio permitido hacer constar la declaración o el reconocimiento del concubinato, partiendo de la base de que se trata de un hecho jurídico cuyo conocimiento no corresponde en exclusiva a alguna autoridad, todo ello con base en la fracción tercera del artículo 166 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, siempre que no hubiere controversia judicial, menores no emancipados o mayores incapacitados. Al respecto, la falta de precisión en la legislación actual y en virtud de tratarse de un supuesto que no se encuentra expresamente regulado, produce diversidad de opiniones, en cuanto a la posibilidad de tramitación ante Notario, de ahí que son necesarias reformas que eviten dejar a la interpretación y criterio de cada Notario su elaboración, con el propósito de que pueda garantizar su eficacia.

13).- El Notario como profesional del derecho investido de fe pública por el estado, tiene la facultad de conferir autenticidad y certeza jurídicas a los actos y hechos pasados ante

su fe, por lo tanto, con fundamento en el artículo 893 del Código de Procedimientos Civiles, los artículos 4º. y 56 de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia, y 7, 11, 42 y 166 de la Ley del Notariado, todos ordenamientos del Distrito Federal, al no ser facultad exclusiva ni del Registro Civil, ni del Poder Judicial, en auxilio de la administración de justicia, la función notarial resulta ser un valioso apoyo en el desempeño de esta labor.

14).- La actividad del Notario como auxiliar en la administración de justicia, resulta viable y benéfica al intervenir ya sea mediante la elaboración de un Acta (donde el Notario relaciona, para hacer constar bajo su fe, uno o varios hechos presenciados por el o que le consten) o de una escritura (en la que hace constar la voluntad de las partes en el sentido de obligarse al estatuto jurídico inherente al concubinato, y en su caso, regulando sus relaciones patrimoniales bajo un contrato accesorio. Sin embargo, para que lo anterior resultara viable es menester una reforma que eliminara el término de dos años, o en su defecto que incluya otra excepción a dicho plazo, para el caso de que la voluntad se manifestara ante Notario, como ocurre por ejemplo en la legislación de España. Lo anterior es así puesto que de continuar con el plazo de dos años sin ninguna excepción, el concubinato así llevado a cabo, sólo podría surtir efectos dos años después de celebrado ante Notario. Por otro lado, admitimos que la consecuencia que acarrea esta propuesta, es la naturaleza *sui generis* que asumiría el concubinato, pues bajo ciertas condiciones sería un hecho jurídico, y bajo otras, un acto jurídico.

15).- La Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal debe ser abrogada, debido a su inutilidad⁹⁰, pues evidentemente ha caído en desuso⁹¹, y por otro lado, en su momento lo “novedoso” de su creación resultó ser una mera tentativa de progreso en dicha

⁹⁰ http://www.consejeria.df.gob.mx/transparencia/fraccionxviii/informe_2008_2009.pdf

⁹¹ Si se toma en cuenta el reciente informe de actividades de la Consejería Jurídica y de Servicios legales, podemos confirmar lo anterior puesto que en el periodo que corre del año 2006 al 2009, se han registrado un total de 680 Sociedades de Convivencia, lo cual, comparado con la población actual de habitantes del Distrito Federal que asciende a la cantidad de 8,851,080, resulta una suma muy reducida.

materia, que ya no es acorde a la Sociedad tan cambiante en la que vivimos. La Ley de Sociedad de Convivencia, nada tiene de relevante con relación al concubinato, salvo quizá el intento de instrumento jurídico que se creó para acreditar su unión, amén de que remite para los efectos jurídicos, exactamente los mismos que se atribuyen al concubinato, y si se consideran además las reformas al Código Civil que abrieron la posibilidad de matrimonio y concubinato entre personas del mismo sexo, pues con mayor razón dicha figura ha quedado reducida a letra muerta.

16).- El notario tiene facultades para conocer de los asuntos que se le planteen y cuya naturaleza jurídica se ubique dentro de los procedimientos de jurisdicción voluntaria, por tanto, cuando al solicitar la intervención del Notario para acreditar el concubinato, se reúnan las características de un procedimiento de esta naturaleza, éste podrá intervenir en la formulación del instrumento respectivo.

17).- Un Registro no sólo local, sino nacional es una necesidad en el concubinato actual, por tanto valorando las dos instituciones que dentro del ámbito local, llevan los registros, tanto de los actos del estado civil, como de las Sociedades de Convivencia, es el Registro Civil la institución adecuada para llevar a cabo los registros de los documentos públicos por medio de los cuales se reconozca o celebre un concubinato. Ello por la similitud que de facto existe entre el estado de concubinato y el estado civil.

18).- Lo anterior implica la necesidad de una reforma al Código Civil, en principio para incluir en la parte relativa al Registro Civil, la creación de un libro de registro de concubinatos, lo anterior con el fin de formar una base de datos cuyos informes complementen la confección del documento elaborado por el Notario y que acrediten plenamente lo ahí manifestado, por otro lado, resulta también necesaria una reforma al artículo 291-Bis, en donde además de que se defina adecuadamente al concubinato, se incluya en forma expresa la posibilidad de formalizarse en un documento público ante Notario, ya sea en una escritura o en un acta.

19).- Se propone y plantea para obtener los efectos deseados, un proyecto de reforma al Código de Procedimientos Civiles para establecer un procedimiento al que se sujetarán los jueces en los procedimientos de Jurisdicción Voluntaria que tiene como propósito dejar acreditados todos y cada uno de los elementos que la ley establece para el concubinato entre los que se citan:

a).- La manifestación de los concubinos de constituir concubinato, ya en virtud de haber cumplido con cada uno de los requisitos a que se refiere el artículo 291-Bis del Código Civil, ya en virtud de someterse voluntariamente al régimen jurídico aplicable al mismo.

b).- La posibilidad de la creación de un Registro de concubinatos, con el fin de otorgar seguridad y certeza jurídica de que adolece el concubinato, amén de que su creación supone la existencia de un medio de acreditar la inexistencia de algún concubinato subsistente, lo cual a su vez dotaría de mayor seguridad al hecho reconocido o al acto formalizado. Dicho Registro conforme a las tendencias actuales podría llegar a convertirse en Nacional.

c).- La información testimonial, en términos del artículo 801 del Código de Procedimientos Civiles con el fin de acreditar la unión concubinaria, sí como que no se conoce persona diversa de los concubinos con la cual, cualquiera de ellos se halle unida en matrimonio o concubinato.

d).- La posibilidad ante la inexistencia actual de un Registro de concubinatos, de una publicación en uno de los diarios de mayor circulación nacional, para dar a conocer el documento público por el que se celebre o reconozca el concubinato, lo cual daría la publicidad que requiere a falta de registro.

e).- Se propone que el plazo sea una característica dispensable en virtud de que si bien es requisito para constituir concubinato, ello obedece únicamente a la ausencia de la manifestación de la voluntad, la cual, de ser expresada, hace carecer a dicho plazo de su razón de ser.

20).- Se propone y plantea para los mismos fines, una reforma a la Ley del Notariado, tanto al artículo 166 como al artículo 169 para incluir como asunto susceptible de tramitación ante notario el reconocimiento del concubinato, así como para agregar entre las personas que pueden tramitar la sucesión testamentaria, al(la) o la concubino(a) e incluso a los convivientes, con el fin de que una vez acreditado el concubinato se prosiga si es así su deseo, con la tramitación del procedimiento sucesorio.

21).- La creación del instrumento jurídico propuesto se consolidaría como un medio de prueba eficaz para reconocer o acreditar el concubinato, que por su contenido prescindiría de reconocimiento de validez por parte del órgano jurisdiccional, superando así cualquier otro medio o forma extrajudicial, al otorgar la eficacia que éste ofrece. Amén de que al quedar en igualdad de efectos, se abriría la posibilidad de optar por una u otra manera.

22).- Por último, la posibilidad de llevar a cabo ante un Notario el trámite de formalización o reconocimiento del concubinato, permitiría continuar la sucesión que se tramite ante él y en la que intervenga un concubino o un conviviente.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- ASPRÓN PELAYO, Juan Manuel. *Sucesiones*, 3ª. Ed. Mc Graw Hill, Serie Jurídica, México 2008, 285 pp.
- 2.- BAQUEIRO ROJAS, Edgard, *et. al.*, Derecho de familia y sucesiones, Harla, México, 2005, 436 pp.
- 3.- BONNECASE, Julien, *Tratado Elemental de Derecho Civil*, Comp. de Enrique Figueroa Alfonzo, México, Harla, 1997, 1047 pp.
- 4.- BONNECASE, Julien, *Elementos de Derecho Civil*, Ed. Cajica, Puebla, México, 1985, Traducción de José María Cajica Jr, 3v.
- 5.- CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1989. 8 v.
- 6.- CHAVEZ ASECIO, Manuel F., *La familia en el derecho*, Porrúa, México, 2000.
- 7.- DE IBARROLA, Antonio, *Derecho de Familia*, Porrúa, México, 1984.
- 8.- DE LA MATA PIZANA, Felipe, *et. al.*, *Derecho familiar y sus reformas más recientes a la legislación del Distrito Federal*, Porrúa, México, 2005.
- 9.- DE LA MATA PIZANA, Felipe, *et. al.*, *Sociedades de convivencia*, Porrúa, México. 2007.
- 10.- DEMAIN, Bernard, *La liquidación de los bienes en las uniones de hecho*, Reus, Madrid, España, 1992.
- 11.- DE PINA VARA, Rafael, *Elementos de derecho civil mexicano*, México, Porrúa, 1998.
- 12.- DE PINA, Rafael, *Instituciones de derecho procesal civil*, Porrúa, México 2002.
- 13.- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Derecho civil, Familia*, Porrúa México, 2009.

- 14.- FRAGA, Gabino, Derecho administrativo, Porrúa, México, 1992.
- 15.- GALINDO GARFIAS, Ignacio, Derecho Civil, Primer Curso, Parte General, Personas y Familia, Porrúa, México, 2004.
- 16.- GALVÁN RIVERA, Flavio, El Concubinato en el vigente derecho mexicano, Porrúa, México, 2003.
- 17.- GALVAN Rivera, Flavio, El concubinato actual en México, Revista de la Facultad de Derecho de México; Medio Siglo de la Revista; Universidad Nacional Autónoma de México, 1991.
- 18.- GARCIA MAYNEZ, Eduardo, Introducción al estudio del derecho, Porrúa 5ª ed., México, 2001.
- 19.- GONZALEZ BEILFUSS, Cristina, Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea, M. Pons, Madrid, España, 2004.
- 20.- GÜITRON FUENTEVILLA, Julián, Derecho Familiar, Gama, México, 1972.
- 21.- GÜITRON FUENTEVILLA, Julián, Proyecto de código familiar tipo para los Estados Unidos Mexicanos, Porrúa, México, 2004.
- 22.- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, Derecho civil para la familia, Porrúa, México, 2004.
- 23.- HAMMURABI, Código de Hammurabi/Estudio preliminar, traducción y comentarios Federico Lara Peinado, 3ª. Ed., Madrid, Tecnos, 1997.
- 24.- HERRERIAS SORDO, María del Mar, El concubinato, Análisis histórico y jurídico y su problemática en la práctica, México, Porrúa 2000.
- 25.- LOPEZ JUAREZ, Ponciano, Los elementos de identidad del notariado de tipo latino, Breviario número 3, México, Porrúa-Colegio de Notarios del Distrito Federal, 2001.

- 26.- MAZEAUD HENRI, León y Jean, Lecciones de Derecho Civil, Tomo I, Traducción de Luis Alcalá Zamora y Castillo, Buenos Aires, Ediciones jurídicas Europa-América, 1959.
- 27.- MESA MARRERO, Carolina, Las uniones de hecho: Análisis de las relaciones económicas y sus efectos, Aranzadi, España.
- 28.- MONTERO DUHALT, Sara, Derecho de familia, Quinta Edición, Porrúa, México.
- 29.- OLEA Y REYNOSO, Francisco Huber, Derecho Canónico Matrimonial, México, Porrúa.
- 30.- OVALLE FAVELA, José, Derecho procesal civil, 8ª. Ed. Oxford, México, 2001.
- 31.- PENICHE BOLIO, Francisco J., Introducción al estudio del derecho, Porrúa, México
- 32.- PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia Elena, Derecho de familia, Fondo de Cultura Económica, Colección Popular, México, 1994.
- 33.- PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, Derecho notarial, Porrúa, México 2004.
- 34.- RECASENS SICHES, Luis, Introducción al estudio del derecho, Porrúa, México.
- 35.- Revista Mexicana de Derecho Notarial, Número siete, Colegio de Notarios del Distrito Federal, México, 2006.
- 36.- RICO ALVAREZ, Fausto, *et.al.*, De la persona y de la familia en el código civil, Porrúa, México, 2008.
- 37.- RIOS HELLIG, Jorge, La práctica del derecho notarial, 7ª. Ed, Mc Graw Hill, Serie Jurídica, 2007.
- 38.- RIPERT Boulanger, Derecho civil-Parte general, Tomo I, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1963.
- 39.- ROJINA VILLEGAS, Rafael, Compendio de derecho civil II, Bienes, derechos reales y sucesiones, 30ª. Ed. Porrúa, México 1999.

40.- ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho civil mexicano, Tomo II, Derecho de Familia*, Porrúa México, 2006.

41.- ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil Mexicano, Tomo I, Vol. 5*, Porrúa, México, 2006.

42.- VENTURA SILVA, Sabino, *Derecho Romano: Curso de Derecho Privado*, Porrúa, México, 2005.

43.- VILLORO TORANZO, Miguel, *Introducción al estudio del derecho*, Porrúa 15ª ed., México, 2000.

DICCIONARIOS

1.- *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, 22ª. Ed., Espasa Calpe, Madrid, 2001.

2.- *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Tomo III, Driskill, S.A., Buenos Aires.

3.- ESCRICHE, Joaquín, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, Edit. Gamier Hermanos, Libreros Editores, París.

4.- ESCRICHE, Joaquín, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, Norbajacaliforniana, Ensenada, Baja California, 1974.

LEYES

1.- *Agenda Civil*, Ediciones Fiscales ISEF, 6ª. Ed., 1ª. Reimp., México, 1999.

2.- *Legislación Civil para el Distrito Federal*, México, Sista, 2011.

PAGINAS DE INTERNET

- 1.- [http://www. Info.hidalgo.gob.mx](http://www.Info.hidalgo.gob.mx)
- 2.- <http://www.congresotlaxcala.gob.mx/index.php?pagina=4>
- 3.- <http://po.tamaulipas.gob.mx/default.asp>
- 4.- <http://www.morelos.gob.mx/10consejeria/files/Codigos/CodigoFamiliar.pdf>
- 5.- <http://cgservicios.df.gob.mx/prontuario/vigente/d15919.pdf>.
- 6.- http://cgservicios.df.gob.mx/prontuario/historico/125_140_20110128.pdf
- 7.- <http://cgservicios.df.gob.mx/prontuario/historico/dr71311.pdf>
- 8.- <http://cgservicios.df.gob.mx/prontuario/vigente/r22910.pdf>
- 9.- <http://cgservicios.df.gob.mx/prontuario/vigente/d2954.pdf>
- 10.- <http://cgservicios.df.gob.mx/prontuario/vigente/1392.pdf>