



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
FACULTAD DE DERECHO

ESTUDIO DEL CONCUBINATO EN RELACION CON LA SUCESION

TESIS

que presenta:

RAUL ZARRAGA MUÑOZ

para optar al Título de:

LICENCIADO EN DERECHO

MEXICO, 1976



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.

I N D I C E

INTRODUCCION	29
CAPÍTULO I. ANTECEDENTES HISTORICOS	33
CAPÍTULO II. CONCEPTO DE CONCUBINATO	57
CAPÍTULO III. NATURALEZA JURIDICA DEL CONCUBINATO	69
CAPÍTULO IV. LA SUCESSION EN EL CONCUBINATO	91
CAPÍTULO V. EL CONCUBINATO EN LAS LEGISLACIONES ESTATALES DE LA REPUBLICA MEXICANA	115
SINOPSIS	133
CONCLUSIONES	139
BIBLIOGRAFIA	142

A mi madre
JUANA MUÑOZ VDA. DE ZARRAGA
con todo mi amor y agradecimiento
por sus sacrificios.

A mi padre

ENRIQUE ZARRAGA SANCHEZ DE LA BARQUERA
como un homenaje póstumo a su vida de rectitud.

A mi esposa

MA. DEL CARMEN G. DE ZARRAGA

*con mi amor y reconocimiento por su impulso
para la realización de este trabajo.*

A mis hijos
MARICARMEN y RAUL
con todo mi cariño.

A mis hermanos
ENRIQUE, JAIME y ADELA
por todo lo bueno que recibí de ellos.

A mi hermano

JUAN

*un gran hombre, un gran hermano
y un incomparable amigo.*

*A mis amigos
de quienes siempre he aprendido algo.*

*A distinguidos catedráticos y directivos de nuestra
máxima casa de estudios,
con mi sincera estimación y agradecimiento.*

Al Sr. Lic. SERGIO DOMINGUEZ VARGAS
Secretario general.

Al Sr. Arq. JORGE ALCOCER GAGNIERE
Director de Incorporación y Revalidación de Estudios.

*Al Sr. Doctor en Derecho RAUL ORTIZ URQUIDI
Director del Seminario de Derecho Civil.*

INTRODUCCION

Está perfectamente reconocido que conforme a Derecho, únicamente el matrimonio es el medio legal de formar la familia; mas sin embargo, el concubinato se ha presentado dentro de la sociedad desde tiempos muy antiguos. A través de las diferentes épocas se le ha dado distintos significados, tratando asimismo de hacerlo desaparecer. A pesar de tales intentos, subsiste hasta nuestros días como una realidad social que creemos va a ser muy difícil de erradicar.

La libertad que constitucionalmente tiene el individuo para realizar los actos que desee, es lo que ha hecho que la ley no pueda prohibir el concubinato, a pesar de que éste, por constituir una forma irregular de creación de la familia, tienda a limitar la importancia que debe tener la institución jurídica del matrimonio.

En el presente trabajo que sometemos a la magnanimidad del honorable jurado, intentaremos exponer lo que a nuestro juicio creemos que deba ser el concepto correcto de este tipo de unión, su naturaleza jurídica, y lo que debe contener la legislación al respecto. En la inteligencia de que no es nuestra posición defender la existencia del concubinato, sino que, ante la imposibilidad de hacerlo desaparecer en forma radical, creemos conveniente proponer una mejor reglamentación de éste, pues existen lagunas en la ley que impiden que el juzgador obre con justicia cuando se le presenta un caso de tal naturaleza.

CAPITULO I
Antecedentes históricos

No podemos hablar del origen del concubinato, sin tener que hacer por lo menos un recorrido somero sobre la misma evolución del hombre desde su aparición sobre la Tierra. Al principio, cuando todavía el ser humano no captaba, debido a su retraso natural, las ventajas de vivir en sociedad con sus semejantes, prevalecía en él un sentimiento egoísta, motivado por el mismo instinto de conservación que le obligaba a anteponer su beneficio personal sobre cualquier otro.

La necesidad que tiene el hombre de conseguir los medios para subsistir, le obliga a cambiar continuamente de residencia sin asentarse en ningún lugar fijo, buscando únicamente en un principio lo que la naturaleza le pudiera proporcionar.

Cuando decide enfrentarse a las fieras en vez de huir de ellas, descubre un nuevo medio de vida: la caza, por lo que trata de inventar algo con que atacarlas, surgiendo la lanza y la honda como medios primitivos de ataque, para dedicarse a su nueva actividad. La carne y la piel de los animales muertos hacen cambiar las costumbres del hombre, pues éstos son aprovechados como alimento y abrigo para su cuerpo. Más tarde surge la idea, ante el temor de agotar esa nueva fuente de vida, de conservar vivos a los animales con el objeto de proveerse por más tiempo de su sustento, pero tuvo la necesidad de establecerse permanentemente en un lugar determinado. Esta nueva etapa que lo con-

vierte de nómada en sedentario, y a la que se le denomina pastoreo, se ve reforzada posteriormente con el descubrimiento que realiza, consistente en extraer de la tierra también algún alimento, apareciendo en su vida la agricultura.

La propiedad privada fue otro de los conceptos que vino a cambiar radicalmente la organización de las sociedades primitivas, provocando, a nuestro juicio, infinidad de situaciones conflictivas entre los diversos grupos sociales que se han prolongado hasta nuestros días; pero poniendo asimismo, aun cuando parezca contradictorio, las bases necesarias para que el hombre ideara nuevos sistemas de convivencia pacífica entre los miembros de la comunidad, fundamentados en principios de orden jurídico. Hizo que el individuo tuviera que restringir su libertad y su actividad en general, pues ya no pudo disponer a partir de ese momento, de todo lo que le rodeaba, sino únicamente de lo que le pertenecía, teniendo que respetar lo ajeno.

En cuanto a las relaciones entre hombre y mujer, en un principio fueron momentáneas, reduciéndose exclusivamente al momento de la cópula, desconociéndose todo lazo afectivo y, por consiguiente, toda obligación. Si acaso la madre durante la lactancia se preocupaba por el hijo.

En la época de la promiscuidad, como todas las mujeres eran de todos los hombres, el principio innegable de que el hijo nace dentro del seno de una familia no se conoció durante todo ese tiempo, ya que la lucha que se sostenía con el medio ambiente, absorbía la mayor parte de las actividades del hombre primitivo.

Al principio de la vida sedentaria, nace la matriarquía como primera forma de asociación doméstica, pues como todavía existía

la promiscuidad, lo único que se reconocía era el lazo materno, ya que fueron creándose ciertos afectos cuando los hijos veían que sus madres les daban de comer.

Una vez que la convivencia social permite la formación de parejas, se crean ciertos lazos afectivos entre los sexos, y por consiguiente las diferentes sociedades conyugales, como la polian-dria, la poligamia y finalmente la monogamia.

La sociedad conyugal tiende a hacerse más permanente por el continuo contacto sexual y por la crianza de los hijos.

Al presentarse un trato más continuo del padre con la madre, y de éstos con los hijos, es cuando se van creando mayores lazos de unión entre ellos, y el hombre, por ser el más fuerte, se convierte en el jefe de la familia.

No es posible precisar cuánto tiempo duró el matriarcado, pero una vez que la vida sedentaria se fue organizando y se instituyó la propiedad privada, ésta se extendió hasta la posesión de las mujeres y de los hijos, pues en las guerras entre diferentes tribus, el botín no era únicamente de cosas sino también de personas que reducían a la esclavitud. Las uniones de las esclavas con los vencedores hicieron que los hijos junto con ellas se consideraran propiedad del padre. Mas sin embargo, debido a lo violento de estas uniones, que forman el principio de la familia paterna, no puede decirse que se haya establecido este tipo de familia sobre la base de lazos afectivos.

El sentimiento de propiedad sobre la mujer lo encontramos hasta en el pueblo romano, como lo veremos más adelante, con todo y que su derecho fue mucho más evolucionado, al grado de

que muchas de sus instituciones han contribuido tanto a la formación de las legislaciones modernas.

La apropiación de una mujer de otra tribu, llamada exogamia, dio origen al matrimonio por captura. Esta fue practicada al principio entre tribus enemigas, más tarde por tribus amigas, hasta que el poder social les dio categoría con ceremonias especiales, convirtiendo el rapto posteriormente en una cosa simbólica meramente.

El apoderamiento de una mujer de la misma tribu, o sea la endogamia, fue provocada porque las mujeres preferían unirse a un hombre de la misma tribu, que ir a depender de otro jefe o patriarca desconocido.

Cuando los hombres no podían raptarse una mujer de otra tribu, raptaban una de su mismo grupo, no siendo castigados primero por una excepción, situación que después se generalizó.

No obstante todo lo anterior, es decir, a pesar de los cambios que fue teniendo la organización humana, no encontramos ningún indicio, hasta ese momento, de que la familia haya existido unida por los verdaderos lazos que dan cohesión a esta gran institución social: los afectivos.

La poliandria y la poligamia, independientemente de las causas que hayan tenido, no forman más que un esbozo de la sociedad doméstica, ya que únicamente en la unión de un solo hombre con una sola mujer, o sea la monogamia, pueden desarrollarse sentimientos sublimes y donde puede captarse, en toda su plenitud, la satisfacción misma de vivir en sociedad.

La poligamia, más tarde, y debido a que poco a poco el Derecho fue interviniendo en forma más directa para reglamen-

tar la vida de los miembros del grupo social, devino en una institución que se reconoció jurídicamente en los tiempos históricos, o sea el concubinato, aun cuando, como veremos en su oportunidad, no estamos de acuerdo con las diferentes interpretaciones que le dieron algunos pueblos de la antigüedad, y hasta con el concepto que de él tienen varias legislaciones actuales.

Como la unión sexual entre hombre y mujer constituye la piedra angular para la procreación humana, independientemente de cuál sea el origen de la primera pareja, el divino o el científico, cosa que no vamos a discutir ya que no se podría llegar a un acuerdo definitivo, y por otro lado, esto no forma parte del presente estudio, vamos a continuación a tratar de ver cómo se fueron desarrollando y organizando en los pueblos de la antigüedad estas uniones, de acuerdo con los datos que nos ha proporcionado la Historia.

EN EGIPTO, que es la más antigua de las naciones históricas, el culto a Isis, que era la diosa de la maternidad, nos hace pensar en la existencia del matriarcado. Se habla a tal grado de la preponderancia de la mujer, que se dice que el hombre se dedicaba a tareas menores, mientras que la mujer salía a practicar el comercio, situación que es de dudarse, pues por otro lado vemos que no podía practicar el sacerdocio, sino únicamente el hombre, además de que estaba permitida la poligamia. Sin embargo, había tres clases de matrimonios: el servil, en el que la mujer quedaba como esclava del marido; el igualitario, en el que los dos tenían los mismos derechos y cierta comunidad en los bienes; y un tercero que tenía como base una dote que el hombre daba a la mujer. En cuanto a los hijos, debido a la existencia, como

ya dijimos, de la poligamia, no había diferencia entre los nacidos de las diversas uniones.

En relación con este pueblo, nuestra opinión particular se inclina a suponer que en virtud de la existencia de la poligamia, no pudo por ningún motivo existir cierta superioridad en la mujer.

Entre los PERSAS, vemos ya a la familia formada sobre el tipo patriarcal, teniendo el jefe de ella un poder absoluto; también se admitía la poligamia, pero parece que algo restringida, pues únicamente se permitía cuando la primera esposa era estéril. El concubinato, no obstante, estaba muy en boga; Letorneau dice que los reyes de Persia tenían un rebaño de concubinas. Según Doreste, la familia persa se constituía por una mujer comprada a sus padres, un grupo de concubinas según las posibilidades económicas del hombre, y los hijos. El padre tenía derecho de vida y muerte sobre todos sus miembros.

Con lo anterior, nos podemos dar cuenta que entre los persas se confundía el concepto de poligamia con el de concubinato, de acuerdo con la interpretación que se le da en la actualidad a este último, además vemos que este pueblo no escapa aún de las costumbres prehistóricas, en el sentido de que alguien puede considerarse dueño de cosas y personas hasta el grado de disponer de unas y otras a su entero arbitrio.

En la INDIA, según el Mahabarata, existió la promiscuidad como una costumbre muy antigua. Al aparecer la familia es paterna, se le concede plena autoridad al padre. La mujer se encontraba sin ningún derecho, ni era dueña de su propia voluntad; no podía intervenir en ninguno de los actos de la vida civil; no debía separarse del padre, esposo, hijos o demás parientes; y en

último caso, del soberano. Su situación era a tal grado degradante que se le consideraba un ser impuro. El número de mujeres y concubinas debió de ser grandísimo.

El Código de Manú establecía hasta ocho tipos de "matrimonios":

1. El Legal o de Brahama; cuando un padre daba a su hija a un hombre versado en la sagrada escritura, además de ser virtuoso.

2. El divino; en lugar de sacrificar a la joven, se la daba al sacrificador.

3. El de los santos; cuando un padre cambiaba a su hija por una vaca y un toro.

4. La manera de las criaturas, que era cuando el padre casaba a su hija con todos los honores pronunciando solemnemente "cumplid juntamente los deberes prescritos".

5. Cuando un joven recibía de buen grado a su esposa, y otorgaba presentes o regalos a sus padres y a ésta, se le denominaba el matrimonio de los malos demonios.

6. El que buscaba los placcres del amor, se le llamaba matrimonio de los músicos celestiales y los jóvenes se unían por mutuo voto.

7. El matrimonio de los gigantes se realizaba cuando el hombre sacaba por la fuerza de su casa a la mujer y ésta lloraba, después de haber muerto o herido al que pretendía impedirselo.

8. El de los vampiros, que era cuando un amante se introducía en la casa y la mujer estaba dormida o borracha.

Existía el repudio y operaba en la siguiente forma:

Después de ocho años de la unión si la mujer era estéril, y

después de once si únicamente había procreado hijas. Lo segundo acontecía porque como los hijos eran los continuadores del culto doméstico, el hombre tenía la necesidad de que naciera un hijo varón para que lo sustituyera a su muerte. Por último, no había distinción entre los hijos naturales y los legítimos, comprensible esto debido a la existencia en común de mujer y concubinas.

En la India encontramos como un adelanto, la reglamentación que se hacía del matrimonio, aun a pesar de subsistir las costumbres antiguas.

Entre los HEBREOS va tomando mayor configuración la familia paterna. La situación de la mujer va adquiriendo ciertas ventajas en relación con los pueblos más antiguos, pues aunque existía también la poligamia y el concubinato, el repudio adquiere ya alguna formalidad, pues debía hacerse por escrito en un documento llamado "carta de divorcio", donde debía asentarse el motivo. Dentro de la familia, la mujer comenzaba a tener cierta dignidad, pues Moisés castigaba a los que ofendían corporalmente a las mujeres, sedujesen a una virgen o maldijesen a una madre; existía cierta reciprocidad también entre los deberes conyugales del marido y de la esposa. En cuanto a los hijos, era tal el poder absoluto que tenían los padres sobre ellos, que llegaban a castigarlos en público cuando su conducta era reprochable; y hasta el grado de que el padre podía venderlos u ofrecerlos al Señor.

Como podemos apreciar, para el pueblo hebreo, la mujer va teniendo un lugar más digno dentro de la familia, no así los hijos que se encontraban sin ninguna protección y sujetos a la voluntad soberana del padre.

En GRECIA encontramos también muy al principio la promiscuidad, y como consecuencia, la poligamia. Fue Ceprocs, proscrito del Egipto, el que instituyó el matrimonio. El concubinato debió ser asimismo, bastante practicado, pues Homero lo cita: "se hacen esclavas en el botín para el servicio del lecho". En esa época había tres clases de mujeres:

1. Las destinadas a la procreación de los hijos y cuidados de la casa.

2. Las hetairas, para el placer, y

3. Las cortesanas, para el servicio diario del cuerpo. Existía cierta diferencia entre las hetairas y las concubinas, porque las primeras vivían independientemente. Existió en Esparta el matrimonio por raptó, pero después también fue en forma simbólica. La situación de la mujer dentro de la familia no cambió, pues existía el repudio y el marido tenía todos los derechos sobre ella. La podía repudiar por estéril o por adúltera. Los hijos podían o no ser reconocidos, y aun hasta ser muertos por el padre. Al instituirse la monogamia, empezó a haber diferencia entre los hijos legítimos y los naturales, cosa por demás lógica en esos tiempos y que ha llegado hasta nuestros días en muchos países, pero que por fortuna, en las nuevas legislaciones empiezan a tener los mismos derechos tanto unos como otros.

En ROMA, nos dice José D'aguanno, no existe ningún vestigio de la promiscuidad. La familia romana estaba considerada como un pequeño Estado en el que el padre gobernaba absolutamente. No había poligamia, pero el concubinato estaba considerado como una institución legal. Este tenía algunas reglas: el que estaba unido en matrimonio no podía contraer concubinato,

y el que vivía en concubinato, no podía tener varias concubinas a un tiempo. La concubina no podía separarse del patrono, aunque éste lo quisiera, y si era infiel era castigada como adúltera. Había el repudio y el divorcio. La mujer en un principio, no se consideraba como una compañera, pues la *manus* la tenía en un estado de dependencia total con el marido.

El maestro Raúl Ortiz Urquidi, en su Tesis Doctoral *Matrimonio por comportamiento*, págs. 76 y 77, nos habla de que en Roma la *manus*, que era la potestad marital que el marido adquiría sobre la mujer, a través del matrimonio, era de tres formas: por la *confarreatio*, la *coemptio* y el *usus*.

La *confarreatio* era una ceremonia religiosa celebrada por el gran pontífice y el flámine de Júpiter en presencia de diez testigos y con palabras solemnes; la mujer debía tener en la mano un pan de trigo —*farreus panis*—, que era el símbolo de su asociación a la vida entera del marido. Pronto este modo matrimonial, que era exclusivo de los patricios, cayó en desuso.

La *coemptio* consistía en la mancipación o venta de la mujer al marido hecha por ella misma con autorización del padre o tutor, según el caso: la mujer pasaba a estar bajo la *manus* del marido. Una vez desaparecida la *confarreatio*, entre los patricios se generalizó la *coemptio* que era la forma propia de los plebeyos.

El *usus* era una especie de usucapción de la mujer por el marido después de un año de llevar vida marital, pudiendo la mujer evitar la *manus* si dormía tres noches seguidas fuera de la casa de aquél antes de cumplirse dicho término. Al fin de la época clásica, se extinguió también esta forma matrimonial.

Tomando en cuenta la calidad de las personas que celebraban

su matrimonio en Roma, éste podía ser de cinco clases: las justas nupcias, las injustas nupcias, el concubinato, el contubernio y el estupro; siendo únicamente las justas nupcias, la forma matrimonial que daba a los hijos la calidad de *liberi justi*, y que hacía nacer la patria potestad.

Las justas nupcias únicamente podían celebrarse entre los ciudadanos romanos, pues sólo ellos tenían el *connubium*, o *jus connubii*, que era la aptitud legal para contraer las justas nupcias, careciendo de él los esclavos, los peregrinos —naturales de un pueblo aliado o súbdito de Roma— y aun los latinos que no hubieran obtenido este favor especial.

Las injustas nupcias se contraían entre personas que por razón de su nacionalidad no tenían el *jus connubii*. Esta forma matrimonial desapareció cuando el derecho de ciudadanía fue otorgado a todo el Imperio.

El concubinato, que no debemos confundir con el concepto actual que es una unión irregular, extralegal, como lo veremos más adelante, consistía en Roma en una unión regular que, sin embargo, no podía tener la categoría de las justas nupcias por algún motivo de moralidad pública, como el parentesco, o la existencia de un matrimonio o de un concubinato anterior, o por razón de diferencia de linajes.

El contubernio era la unión regular y continua entre dos esclavos, o cuando de los que formaban dicha unión, uno era esclavo.

Finalmente, el estupro, que era cualquier unión de un hombre con una mujer, y que no podía clasificarse entre ninguna de las anteriores.

Eugene Petit, en su *Tratado Elemental de Derecho Romano*,

nos habla de la situación que prevalecía en la familia romana desde los tiempos más antiguos. La potestad paternal se encuentra claramente determinada en este tipo de familia; al grado de confiar al jefe de ella, derechos rigurosos y absolutos, análogos a los del amo sobre el esclavo; tenía derecho sobre las personas y hasta en los bienes de los hijos.

En los primeros siglos, se le consideró al jefe de la familia como un verdadero magistrado doméstico, con poder de vida y muerte para con los hijos, facultad para manciparlos a un tercero y abandonarlos. Este poder, en tiempos de la República, se utilizaba con más moderación; pero durante el Imperio hubo en las familias algunos abusos de autoridad, a causa del relajamiento de las costumbres. Hacia el fin del siglo II de nuestra era, los poderes del jefe de familia se redujeron a un sencillo derecho de corrección, pues aunque podía el *pater familias* castigar las faltas leves, tratándose de hechos graves, no podía hacerlo por sí solo; tenía que hacer la acusación delante de un magistrado, por ser el único con derecho a pronunciar la sentencia. Fue Constantino finalmente, el que decidió que el padre que matase a su hijo, sería castigado como homicida.

En cuanto al concubinato, nos encontramos con que fue Roma la que precisamente por primera vez le dio la verdadera interpretación, según nuestro criterio, pues al no ser aceptada la poligamia, y por otro lado existir tan diferente reglamentación en cuanto a los derechos y obligaciones de las distintas clases sociales, tuvo que devenir una forma de unión conyugal que permitiera hacer vida marital entre determinadas personas.

De acuerdo con el autor que ha servido de fuente en parte

de este estudio (Eugene Petit, ob. cit.), el concubinato podríamos decir que era una unión intermedia entre las justas nupcias y las simples relaciones pasajeras entre un hombre y una mujer, y que como afirmamos anteriormente, nació de la desigualdad de condiciones. Un ciudadano tomaba para concubina a una mujer poco honrada e indigna, por consiguiente, de hacerla su esposa, tal como una manumitida o una ingenua de baja extracción.

En Roma sucedió lo que ha pasado en nuestros días, es decir, al principio no se le dio importancia a esta unión de hecho, y por tanto escapaba a toda reglamentación de tipo jurídico, no siendo sino hasta el reinado de Augusto, después del fin de la República, cuando recibió el nombre de concubinato. La Ley Julia de *Adulteriis* calificaba de *stuprum* y castigaba todo comercio con una joven o viuda, fuera de las justas nupcias, excepto en los casos de la unión duradera llamada concubinato, recibiendo con esto una especie de sanción o aprobación legal esta unión. A partir de ese momento, se fijaron algunas reglas para delimitar al concubinato del comercio ilícito: únicamente estaba permitido entre personas púberes y no parientes en el grado prohibido para el matrimonio. No se podía tener más de una concubina y sólo que no hubiera mujer legítima. Dentro de la regla anterior encontramos a nuestro juicio, la auténtica característica de lo que es el concubinato, que hace que no se confunda con ningún otro tipo de unión conyugal. Otra disposición consistía en que no se necesitaba el consentimiento del jefe de familia y que como no era unión de la categoría de las justas nupcias, por lo tanto escapaba a las prohibiciones de éstas, no produciendo tampoco ninguno de los efectos civiles propios del legítimo matrimonio; por ejem-

plo, la mujer no era elevada a la condición social del hombre, pues aunque un ciudadano hubiese tomado para concubina una mujer de su mismo rango, cosa bastante rara, no era nunca tratada como uxor en la casa y en la familia, llamándole también por esto *inaequale conjugium* a esta unión.

Por lo que toca a los hijos nacidos del concubinato, eran cognados de la madre y de los parientes maternos, pero sin estar sometidos a la autoridad del padre, y nacían *sui juris*.

En vista de lo anterior, un ciudadano podía elegir dos clases de uniones con consecuencias distintas: si quería desarrollar su familia civil, contraía las justas nupcias, que le daban hijos bajo su autoridad; y si quería dejar fuera de su familia los hijos de la mujer a la cual se unía, entonces tomaba una concubina. Esto provoca la siguiente reflexión: ¿Cómo distinguir a los hijos nacidos del concubinato que al menos tenían un parentesco natural con el padre, de los *spurii* que eran los nacidos de relaciones ilícitas?; nuestro autor nos dice que en la época clásica no se encuentra ningún texto que pudiera explicarlo. Fue únicamente hasta el Bajo Imperio y desde Constantino, cuando parece que se reconoció un lazo natural entre el padre y los hijos nacidos del concubinato, llamándoles *liberii naturales*, como se les llamó a los hijos nacidos del *contubernium* en la época clásica, o sea la unión entre dos esclavos o entre una persona libre y una esclava, según se definió al explicar las clases de uniones que existían entre los romanos. El padre podía legitimarlos, y Justiniano le dio como efectos a esta filiación natural, obligación de alimentos y algunos derechos de sucesión.

En la época de los Emperadores cristianos, éstos trataron de

que desapareciera el concubinato. Constantino ofreció para tal efecto, que las personas que se encontraban viviendo en concubinato, y tenían hijos naturales, fueran legitimados, siempre que su unión la transformaran en justas nupcias. Esto lo aprobó también Zenón, y Anastasio además de autorizarlo, estableció en definitiva la legitimación por matrimonio subsiguiente, o sea que tanto en el presente como en el futuro, todos los que tuvieran hijos nacidos del concubinato, podían legitimarlos contrayendo las justas nupcias; disposición que fue conservada por Justiniano.

No obstante lo anterior, el concubinato subsistió como una institución legal y tolerada por la Iglesia, prohibiéndose en Oriente por primera vez, siendo León *el Filósofo* el primero que dictó tal prohibición.

Como resumen del estudio de las diferentes uniones conyugales en Roma y específicamente del concubinato, que es el tema central de nuestro trabajo, diremos que nuestro deseo ha sido el de tratar dicho tema con una poca más de amplitud, por considerar que en esto, como en muchas otras teorías jurídicas, Roma ha representado el venero más importante para la elaboración de las legislaciones modernas; y como corolario a lo anterior queremos hacer algunas consideraciones finales a continuación:

La legislación romana desterró la poligamia como unión conyugal; delineó la estructuración de la familia, centró en el Derecho el verdadero concepto del concubinato, y por último, nos hace comprobar que desde esa época existió la inquietud de mejorar siempre los sistemas normativos de la sociedad, primero por haber reconocido una situación de hecho como el concubinato, que se presentaba en la vida romana, y que debía tener cierta regla-

mentación por los efectos que causaba; posteriormente, el tratar de asimilarla en su contenido a alguna de las instituciones ya creadas, que en este caso fueron las justas nupcias; y finalmente al darse cuenta de que no dejaba de ser una relación anómala, el dictar medidas para que fuera desapareciendo, pero fundándose siempre en el derecho a la libertad de acción del individuo, situación que se ha reflejado en nuestros días, como lo comprobaremos en el capítulo correspondiente.

Siguiendo con nuestro análisis, nos encontramos que al ver los Papas el crecimiento que estaban tomando las uniones concubinarias, tratan de implantar como única forma para contraer matrimonio, la que se realiza de acuerdo con los preceptos de la Iglesia. Durante el primer Concilio de Letrán en 1123, la Iglesia Católica trata de convertir al matrimonio en un sacramento, aunque se sabe que fue Jesucristo quien le dio tal carácter, pero no fue sino hasta el Concilio de Trento (1545-1563) cuando fue reconocido como sacramento.

El Derecho Canónico prohíbe asimismo el concubinato, aun cuando no se logra con esto su desaparición. El motivo que la Iglesia tuvo para adoptar tal medida, creemos que fue debido a que si el matrimonio lo instituyó Cristo como un sacramento y representa la unión de éste con su Iglesia, cualquier otro tipo de unión entre los hombres, no correspondía a la esencia misma del matrimonio.

En la EDAD MEDIA también se practicaba el concubinato. Don José D'aguanno nos dice que sólo se oponían los Estatutos Municipales al concubinato cuando las personas eran casadas, y agrega: "... pero permitieron tener una concubina a falta de

mujer legítima. No se permitía más concubina que una, ni que se tuviera por concubina a una meretriz”.

La Reforma encuentra a la Iglesia como la única autorizada para legislar en cuestión de matrimonio. Los protestantes celebraban sus nupcias ante sus pastores, pero éstas no tenían ninguna validez, hasta que Enrique IV las autoriza en el Edicto de Nantes. Más tarde, Luis XIV revoca el Edicto y los protestantes quedan sin protección, al no poder regularizar sus uniones. En algunos lugares llegó al extremo de encarcelar al hombre y a la mujer por haberse unido de acuerdo con su credo religioso. No fue sino hasta 1787 cuando Luis XVI autoriza a los protestantes una doble forma de contraer matrimonio: haciendo su declaración matrimonial ante el primer Oficial Judicial del lugar, o haciendo la misma declaración ante el Vicario de su domicilio, aunque no en la Iglesia sino en la casa del párroco. Si analizamos jurídicamente las uniones entre protestantes llevadas a cabo desde la revocación del Edicto de Nantes hasta el año de 1787, veremos que eran uniones concubinarias, aunque en ese entonces no se les castigó por eso, sino por razones de intolerancia religiosa.

La Asamblea Constituyente en 1791, y como producto de la revolución que creó un movimiento que conmovió hasta sus cimientos toda la organización de Francia y de todos los pueblos civilizados, le da el carácter al matrimonio de un contrato civil, desligándolo de cualquier reglamentación de tipo religioso.

El CODIGO DE NAPOLEON señala al concubinato como una causa de divorcio; aunque de acuerdo con nuestro criterio, en este cuerpo de leyes está confundido con el adulterio. Por fortuna, en el Código Civil francés vigente desaparece esta idea y

se habla del concubinato al tratar de la prueba referente a la paternidad.

En cuanto a ESPAÑA, al concubinato se le llamó barraganía, definiéndolo como un contrato de amistad y simpatía con base en la mutua fidelidad y larga duración de las relaciones sexuales.

Las Siete Partidas definía a la barragana como una mujer libre de toda servidumbre.

El título XIV de la Partida IV establecía en sus leyes 2a. y 3a. que todo hombre que no fuera casado ni ordenado podía tener barragana, siempre que ésta no fuera virgen ni menor de doce años, ni viuda honesta ni parienta, así como que las personas ilustres por su tener barragana que no fuera sierva ni hija de sierva.

La barragana nunca fue considerada con la categoría de una mujer legítima, ni se permitió que el hombre tuviera varias barraganas, mas sin embargo, los legisladores protegieron a los hijos nacidos de tales uniones.

Finalmente, el Código Civil de 1888 ya no menciona este punto, ni para permitirlo ni para prohibirlo.

En cuanto a MEXICO, al llegar los españoles, se encontraron con que entre los pueblos indígenas se practicaba la poligamia y el matrimonio temporal, pues los aztecas podían devolver a la mujer después de cierto tiempo.

La labor de cristianización que realizaron los españoles trajo como consecuencia la implantación de la monogamia, así como el régimen legal que privaba entonces en España.

El mestizaje apareció con la unión concubinaria, pues por considerar los conquistadores de menor categoría la raza indígena,

no creyeron necesario formalizar su unión con las indígenas a través del matrimonio.

Como a fines del siglo XVI aparece el Concilio de Trento en Europa, los matrimonios que se celebraron en la Nueva España a partir de dicho Concilio, tuvieron que hacerse con todos los requisitos que éste establecía, aun cuando entre el indígena y el mestizo de baja escala, debido a su ignorancia prevalecieron las uniones concubinarias, situación que aún hasta nuestros tiempos, aparece como factor determinante para la práctica de tales uniones.

El matrimonio religioso fue, durante toda la Colonia, el único medio legítimo que tenían el hombre y la mujer para unirse.

AL VENIR LA INDEPENDENCIA, México conservó las prescripciones españolas hasta que el 27 de enero de 1857 se promulgó la ley que creaba el Registro Civil; estableciéndose la separación entre Iglesia y Estado radicalmente por virtud de la ley del 12 de julio de 1859, elevada a ley constitucional el 25 de septiembre de 1873.

Con el objeto de hacer un recorrido sobre la reglamentación que privó durante esa época en nuestro país en relación con el matrimonio, nos vamos a permitir transcribir lo que el maestro Raúl Ortiz Urquidi expone al respecto en su Tesis Doctoral a que se hizo mención en páginas anteriores . . .

“Vinieron, después de la citada ley del 12 de julio de 1859, las del 23 y del 28 del mismo mes; por la primera de ellas se estableció que el matrimonio es un contrato civil, y por la segunda se secularizó el registro de los actos del estado civil, estableciéndose ahí la independencia absoluta entre el Estado y la Iglesia, pues si bien es verdad —Gomís y Muñoz, ob. y págs. citadas—,

que por medio de la aludida ley de 27 de enero de 1857 el Estado se emancipó totalmente de la tutela de los registros parroquiales, también lo es que dicha emancipación no fue perfecta, ya que la ley confería a los encargados de los archivos eclesiásticos la facultad de extender las actas de nacimiento y de matrimonio, cuya celebración y formalidades quedaron a cargo de los curas de almas, limitándose el Poder Civil a darse por enterado de las actas. Pero la verdadera organización del Registro Civil, dice Luis Méndez, según cita que de él hacen tanto Gomís y Muñoz —página 316 del tomo y obra citados—, como Verdugo —página 307 de su también citado tomo— se produjo de dos formas: por medio de la ley del 10. de noviembre de 1865 expedida por el Emperador Maximiliano, y por medio de las disposiciones del primer libro del Código Civil de 1866, cuyos dos primeros libros fueron promulgados por el mismo Maximiliano; en el concepto de que por decreto de 5 de diciembre de 1867, el Gobierno del Presidente Juárez revalidó los actos del Estado Civil registrados conforme a tales disposiciones del Imperio.

”No fue, sin embargo, sino hasta el 10 de julio de 1871 —Gomís y Muñoz, página y obra citadas—, cuando se reglamentó cumplidamente el registro civil, ya que el decreto respectivo de esa fecha determinó los libros y la forma de inscripciones de la institución registral, cuyas disposiciones fueron ampliadas y modificadas con posterioridad por las leyes y decretos relativos de las siguientes fechas: 11 de octubre de 1871, 10 de julio de 1872, 6 de septiembre del mismo año, 14 de diciembre de 1874, 31 de octubre de 1875, 5 de diciembre de 1876, 2 de junio, 10 de diciembre de 1877, 8 de junio de 1878 y 6 de septiembre de

este último año, incluyéndose en el artículo 23 de la citada ley de 14 de diciembre de 1874, las bases a que habían de atenerse los Estados de la Unión para legislar sobre el registro de matrimonios civiles y panteones, y que fue precisamente el origen de que esta materia pasara a ser de la competencia local.

”Lo cierto es que después de las citadas leyes de Reforma de julio de 1859 y del decreto de 25 de septiembre de 1873, de las Adiciones y Reformas a la Constitución de 1857, abiertamente se orientó nuestra legislación, inspirándose en los principios del Derecho Civil Francés, por este camino de considerar al matrimonio como un contrato civil, como lo demuestran las disposiciones relativas del artículo 130 de la Constitución actualmente en vigor y la reglamentación que de aquél han hecho las diversas codificaciones que sobre el particular han regido en el México independiente, o sean los Códigos Civiles de 1870, de 1884 y el vigente de 1928, y antes de este último, la Ley sobre Relaciones Familiares de 9 de abril de 1917.”

CAPITULO II

Concepto de concubinato

Si nos atenemos a la etimología de la palabra concubinato, ésta proviene de *concubinatus* que quiere decir vida marital del hombre con la mujer. Pero respecto a las palabras, no siempre sus raíces etimológicas y su interpretación literal nos dan la pauta para entender cabalmente su significado o su concepto preciso; independientemente de que éste varía muchas veces de acuerdo con las costumbres y leyes de cada país.

En el caso del concubinato, sucede algo similar, pues si nos atenemos fielmente a su traducción, podemos fácilmente confundirnos, pues encontramos que la cohabitación no únicamente se presenta en el concubinato, sino también en las relaciones adúlteras, y aún más, en el mismo matrimonio, por lo que para entender claramente lo que es el concubinato en la actualidad, debemos atenernos a otras bases que analizaremos en el presente capítulo.

Pocos autores se han preocupado por dar una definición clara y precisa sobre el concepto del concubinato, tal vez porque no le han dado a su estudio la importancia que requiere, cosa para nosotros incorrecta, ya que se encuentra plenamente comprobado, que en nuestros tiempos este tipo de uniones, por diversas causas, se ha extendido en forma considerable.

Para Planiol y Ripert, la unión libre, como llaman ellos al concubinato, se opone al matrimonio de la misma manera que

una situación de hecho lo hace con una de derecho. Lo consideran como un peligro debido a la libertad que tienen los concubinos para establecer su unión fuera del Derecho, constituyendo un verdadero peligro para la familia que crean, ya que ante la facilidad que tienen para disolver su unión sin las restricciones que presenta el matrimonio, queda generalmente abandonado alguno de la pareja y los hijos procreados, pudiendo con esto quedar desamparados tanto moral como económicamente.

En relación con los casos de investigación de la paternidad, estos autores nos dicen que la noción de concubinato implica:

"1. La continuidad de las relaciones. Relaciones pasajeras no constituyen concubinato; tampoco lo constituyen las relaciones espaciadas, por tanto la presunción de paternidad que de las mismas se deriva tiene poca fuerza para tomarse en cuenta. Indudablemente, no es necesario que las visitas hayan sido cotidianas, pero sí que las relaciones hayan sido frecuentes y regulares, las ausencias fueran debidas a otras causas que no sea una ruptura.

"2. Un cierto género de vida o al menos cierta actitud por parte de la mujer que haga verosímil la fidelidad. El concubinato tomado en consideración como prueba de la paternidad debe ir acompañado de una apariencia de fidelidad por parte de la concubina, pues a falta de tal apariencia la presunción de paternidad se hace en extremo frágil. Dicha apariencia resultará principalmente de la vida en común, pero también podrá resultar de otras circunstancias, tales como las pruebas de cariño y adhesión dadas al amante, como cambio de domicilio por seguirle, por la correspondencia sostenida durante las ausencias. De hecho, esta apariencia de fidelidad parece haber existido en la mayoría de las

sentencias que han declarado la paternidad por concubinato sin existir la vida en común. La Corte de Casación debe resolver sobre la consistencia de dichos elementos del concubinato.”

Mazzeaud nos dice: “por descansar sobre relaciones inmora-les, el concubinato no debería crear ningún derecho a favor de quienes vivan así; por el contrario, los terceros no deben sufrir nada de esa situación cuando engañados por las apariencias, hayan creído tratar con personas casadas”.

“Sin embargo, el legislador concede a veces a la concubina ciertas ventajas que deberían estar reservadas para la mujer casada; aunque, de manera general, no considera con favor a la unión libre.”

Este autor reconoce como fuentes posibles de la familia, a la unión libre, al matrimonio y a la adopción. La unión libre, dice, “no puede constituir jurídicamente una familia, y por tanto no existe ningún vínculo de derecho entre los concubinos, pero el legislador admite por excepción, que la unión libre produce algunos efectos de tipo jurídico”.

Al comparar al matrimonio con la unión libre, nos dice que “únicamente el matrimonio asegura la estabilidad necesaria para la vida de una familia”; contrastando con lo débil que considera a aquélla, ya que al no haber ninguna obligación de tipo jurídico, tiende a la ruptura, que generalmente perjudica a la mujer que es la que carga con el peso de los hijos.

Josserand, cuando menciona la unión libre, nos dice que si bien ésta no puede considerarse como una institución, ha adquirido cuando menos alguna importancia jurídica que cada vez

es más referente, convirtiéndose en una especie de centro obligatorio que debe retener la atención del jurista.

Desde el punto de vista patrimonial lo cataloga como una sociedad de hecho, en vista de la partición de los bienes adquiridos en común y de la repartición de beneficios.

Para Bonnecase, el concubinato no es un simple estado de hecho, sino un hecho jurídico en el sentido absoluto del término, y con grandes consecuencias jurídicas.

En Colin y Capitant, no encontramos ninguna definición del concubinato, sino únicamente tratan de las medidas que se deben de tomar para evitarlo, entre otras, simplificar la celebración del matrimonio, en tal forma que los que desean unirse no encuentren complicados los requisitos que son indispensables cubrir para dicha celebración.

Quien da a nuestro juicio una definición correcta del concubinato, explicándolo claramente, y aún más, señalando sus causas, es el maestro Rafael de Pina, quien dice textualmente:

“Junto al matrimonio de derecho, la legislación mexicana reconoce la existencia del matrimonio de hecho o concubinato, que se define como la unión de un hombre y una mujer, sin formalización legal, para cumplir los fines atribuidos al matrimonio.

”En tal sentido la calificación de matrimonio de hecho que se aplica corrientemente al concubinato, no pretende negar que produce determinadas consecuencias jurídicas, negativa que, por otra parte, quedaría desautorizada con la simple lectura de algunos artículos del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales.

”En efecto, el código Civil atribuye a esta unión determi-

nados efectos (en relación en particular con la sucesión hereditaria) en atención a que entre las clases populares, especialmente en los campos, constituye una realidad que el legislador no puede dejar de reconocer, por lamentable que sea.

"El reconocimiento de determinados efectos, siquiera sean bien limitados, que el Código Civil contiene en relación con el concubinato, ha suscitado censuras que, en verdad, carecen de fundamento serio. Los legisladores de todos los tiempos, en aquellas sociedades en que el concubinato se presenta como una realidad insoslayable, han tenido, necesariamente, que otorgarle efectos más o menos considerables, por razones de humanidad, en defensa de la concubina y de los hijos nacidos de la unión libre que el concubinato representa.

"El Código Civil no protege el concubinato, ni los efectos que le reconoce son susceptibles de comentarlo. El legislador se limita a reconocer la existencia de esta realidad, ante la cual no puede cerrar los ojos y a sacar de ella conclusiones legales, bien moderadas y discretas.

"Para que la concubina pueda ser considerada como tal, a los efectos del artículo 1635 del Código Civil el Tribunal Superior de Justicia del Distrito y Territorios Federales ha expresado los requisitos que deben concurrir, en los siguientes términos: 'Concubina es la mujer que vive y cohabita con un hombre, como si fuera éste su marido, es decir, que faltándole únicamente la solemnidad legal del matrimonio, es la compañera fiel, honesta y obligada del hombre con quien realiza el concubinato, llegando a ser la madre de sus hijos, y formando con él un hogar que ha sido respetado hasta por la intransigencia religiosa, pues desde el

Primer Concilio de Toledo, el año 400, y en el que se excomulgó al hombre casado que tenía tratos sexuales con una barragana, no fue desechado de la comunión el soltero que tenía una concubina, dándole el lugar de esposa, lo que hizo decir al Abate Andrés, en su libro *La Moral del Evangelio*, publicado en París a mediados del siglo XVIII, que, en todo rigor de derecho, no debía de llamarse concubinario nada más al que tiene una concubina en su propia casa'. Este concepto, así como la tradición jurídica española, inspiraron a los autores de nuestro Código Civil cuando redactaron el artículo 1635 del citado Cuerpo Legal, que dispone que la mujer con quien el autor de la herencia vivió como si fuera su marido durante los últimos 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, tiene derecho a heredar conforme a las reglas que el propio artículo señala.

"El concubinato actualmente tiene su origen en la ignorancia y en la miseria, y el medio único de combatirlo racionalmente está en combatir la causa de estas plagas sociales.

"El Estado debe preocuparse esencialmente, en orden a la familia, de facilitar las uniones legales, para asegurar los intereses de la mujer y de los hijos, que en la unión libre (concubinato) no encuentran garantía de ningún género."

Más adelante, el ilustre jurista afirma:

"Quienes entre nosotros pretendan cerrar los ojos ante la realidad social que es el concubinato proceden con una incomprensión lamentable. Asombrarse de que exista, equivale a ignorar las circunstancias que lo determinan, aquí como en los países

en que se presenta como fórmula de unión para la vida, entre personas de distintos sexos, constituida sin formalidad legal alguna.

"El remedio para acabar con el concubinato, remedio único, ciertamente, no está en establecer junto al matrimonio formal y solemne, otra especie de matrimonio menos formalista y solemne que en el fondo no podía ser otra cosa que un concubinato disfrazado, sino en elevar el nivel económico, moral y cultural de la población.

"En México las autoridades vienen realizando, en el Distrito Federal, una intensa campaña social encaminada a la regularización legal de estas uniones de hecho, acción que ha dado ahora un resultado realmente venturoso al lograr poner término a estas situaciones irregulares mediante la aceptación del matrimonio civil por los interesados."

De todo lo anterior, nos damos cuenta primeramente que muchos han interpretado a la unión libre y al concubinato con el mismo significado, mas según nuestro criterio, no se debe entender que uno y otro término tengan la misma significación, pues el concubinato viene siendo una especie de unión libre, pero no toda unión libre puede catalogarse como concubinato.

Las uniones sexuales extramatrimoniales que pueden mencionarse son varias, según la intencionalidad y las circunstancias que privan al practicarse cada una de ellas:

1. Las adúlteras que ya hemos mencionado con anterioridad y que se presentan entre una persona casada con otra que no es su cónyuge;

2. Las incestuosas que se realizan entre parientes cuyos lazos de parentesco les impiden contraer matrimonio. Estas dos cla-

ses de relaciones sexuales se encuentran penadas por el Código de la materia en sus artículos núms. 272 y 273 que a la letra dicen: "Artículo 272.—Se impondrá la pena de uno a seis años de prisión a los ascendientes que tengan relaciones sexuales con sus descendientes. La pena aplicable a estos últimos será de seis meses a tres años de prisión. Se aplicará esta misma sanción en caso de incesto entre hermanos." "Artículo 273.—Se aplicará prisión hasta de dos años y privación de derechos civiles hasta por seis años, a los culpables de adulterio cometido en el domicilio legal o con escándalo.";

3. Las típicamente ocasionales o sean las que tiene un hombre con una mujer que se dedica a vender sus caricias;

4. Las que se establecen con una "amiga" que también se entrega en forma transitoria a un hombre en un acto desinteresado y únicamente por experimentar un placer erótico;

5. Las que se tienen con una "querida", que implican cierta regularidad, y que es mantenida por el que la requiere para sus desahogos carnales; y

6. Las relaciones con una amante, en las cuales la mujer se entrega movida por la pasión, desafiando los convencionalismos sociales y llegando hasta el sacrificio ante la imposibilidad de legalizar la unión con el ser querido debido a causas ajenas a su voluntad.

Como vemos, el papel que juega la mujer en estas formas de relaciones sexuales va de lo más degradante a lo más alto, pero todas ellas se encuentran en plano inferior a la concubina, a la cual únicamente falta la formalidad de que su unión con el ser amado esté autorizada legalmente, pues su conducta es en todas

formas idéntica a la de una mujer unida legítimamente en matrimonio a un hombre.

Para finalizar el presente capítulo, vamos, con las bases anteriores, a establecer las semejanzas y diferencias que existen entre el concubinato y el matrimonio legalmente constituido:

1. Tanto uno como otro son una unión de un hombre y una mujer que habitan bajo un mismo techo.

2. La finalidad de los dos es ayudarse en las cargas de la vida y formar una familia.

3. El concubinato es una clase de unión libre para la cual no se requiere sino únicamente el consentimiento de ambas partes, en tanto que el matrimonio debe celebrarse además ante el Oficial del Registro Civil y cumpliendo con todos los requisitos que la ley señala.

4. Ni uno ni otro constituyen una unión pasajera sino que tienden a la estabilidad.

5. La disolución del vínculo en el matrimonio tiene que ser autorizada legalmente y también previos cumplimientos de la ley, en cambio en el concubinato, basta la voluntad de los concubenarios.

6. El matrimonio está sumamente protegido por la ley, a lo que el concubinato sólo en una mínima parte.

7. La ley obliga a dar alimento al cónyuge y a los hijos en vida, mientras que tratándose del concubinato únicamente en la sucesión o a los hijos debidamente reconocidos.

8. La separación de los cónyuges en el matrimonio puede no alterar la unión legal, en el concubinato la unión sí es afectada por ser éste el elemento principal.

9. En casos de sucesión legítima, únicamente basta el acta de matrimonio para acreditar los derechos del cónyuge, independientemente de la duración de éste; y para tener derecho a heredar, en el concubinato se requiere que el hombre y la mujer hayan convivido cuando menos cinco años antes del fallecimiento del *de cuius* o que hayan tenido hijos.

10. Nuestro Código Civil habla de la sucesión del cónyuge supérstite en el caso de matrimonio, pero en el concubinato no observamos una legislación precisa ni homogénea.

Estas dos últimas fracciones las analizaremos con más detenimiento en el Capítulo referente a la sucesión legítima en el concubinato.

CAPITULO III

Naturaleza jurídica del concubinato

Para poder establecer la naturaleza jurídica del concubinato, creemos conveniente estudiar paralelamente la naturaleza jurídica del matrimonio, ya que consideramos que entre estas dos formas de unión, existen muchos puntos análogos.

En el capítulo anterior hablamos del concepto del concubinato, y afirmamos que una de las cosas que lo hace diferente al matrimonio, es la solemnidad que éste requiere para su celebración, en oposición a aquél que únicamente necesita de la voluntad del hombre y de la mujer para llevarse a cabo.

Como afirmamos en el primer párrafo, entre concubinato y matrimonio existen muchos puntos afines, por lo que, siguiendo el análisis de las diferentes teorías que expone el maestro Rafael Rojina Villegas para explicar la naturaleza del matrimonio, veremos a continuación, qué posición guarda con respecto a ellas el concubinato, y si de su estudio se puede aclarar la situación jurídica de éste.

El mencionado maestro nos dice que el matrimonio puede ser considerado como:

1. Una institución.
2. Un acto jurídico-condición.
3. Un acto jurídico mixto.
4. Un contrato ordinario.
5. Un contrato de adhesión.

6. Un estado jurídico.

7. Un acto de poder estatal.

1. *El matrimonio como institución.* Una institución jurídica puede interpretarse como el conjunto de normas que tienen una naturaleza igual y que persiguen un fin determinado, enlazadas estas normas, dice este autor, siguiendo a Ihering, desde un punto de vista teleológico, o sea en razón de sus finalidades, constituyendo estas normas una unidad funcional.

Aplicando lo anterior al matrimonio, nos encontramos que en realidad tanto las normas que fijan los requisitos para su celebración, como las que fijan los elementos de validez, las obligaciones y los derechos de los cónyuges, hacen de éste una institución, por cuanto que todas ellas van encaminadas a un mismo fin, o sea reglamentar todo lo relativo al matrimonio como una situación jurídica permanente que debe estar protegida por el Derecho.

Al estudiar el maestro Rojina Villegas las ideas de Haoriou en relación con la institución jurídica, nos transcribe la definición que da a ésta como "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 requiere de 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".

El propio Rojina Villegas, ajustando esta definición al matrimonio, expone:

"a) El matrimonio es una idea de obra que se realiza y tiene permanencia jurídica dentro de un medio social determinado.

"b) Por virtud del matrimonio se organiza un poder que requiere de órganos, como son los consortes o uno de ellos, según se estableció en la regulación romana del *paterfamilias*.

"c) Los miembros de la institución matrimonial persiguen finalidades comunes para cuyo efecto se establecen actividades recíprocas.

"d) Tanto la idea de obra como la organización, su finalidad y las relaciones entre consortes se encuentran reguladas por un procedimiento determinado."

Si reflexionamos un momento sobre las dos ideas expuestas en relación con la institución jurídica, y su aplicación para darle tal categoría al matrimonio, nos encontramos que ambas parten de un mismo supuesto: el elemento jurídico, pues las dos teorías nos hablan de normas jurídicas como base de sustentación del matrimonio como institución jurídica; y si bien son aceptables para éste, en cambio, por lo que toca al concubinato, no podemos considerarlo como una institución debido a lo siguiente:

Tomando en cuenta a la institución jurídica como un conjunto de normas encaminadas a un fin determinado, no podemos decir que existe una reglamentación precisa y completa en nuestro derecho positivo que se encargue del concubinato, sino únicamente disposiciones aisladas, que no pueden, ni con mucho, considerarse como un conjunto de normas que abarquen todas las relaciones que se presentan entre los concubinarios.

Por lo que toca a la tesis de Haoriou, y la aplicación que se hace de ésta al matrimonio, puede presentarse la misma situación en el concubinato, pero sin que sea motivada por ninguna obligatoriedad de tipo estrictamente jurídico; a saber:

a) La permanencia de la unión en el concubinato se realiza con tanta firmeza como en el matrimonio.

b) La autoridad que tienen los consortes dentro de la familia es la misma que poseen los concubinarios.

c) Las finalidades comunes, como la ayuda mutua, perpetuación de la especie, etc., que vemos en el matrimonio, también se encuentran en el concubinato.

d) La idea de obra y organización en el matrimonio está regulada por un procedimiento determinado que fijan las normas jurídicas; en tanto que al realizarse el concubinato, obedecen a imperativos de tipo moral y puramente afectivo.

Resumiendo lo anterior, podemos sacar por conclusión, que si bien el matrimonio está plenamente tipificado, según nuestro criterio, como una verdadera institución jurídica; el concubinato, no podemos considerarlo como tal en virtud de que si bien éste puede desarrollarse en forma más o menos análoga al matrimonio, no lo hace con fundamento en leyes escritas, sino más bien en preceptos de tipo moral, que si concuerdan con los jurídicos, es porque sabemos la unión tan estrecha que existe entre el contenido de las normas de uno y otro tipo.

Como parte final de este punto, nos referiremos a la definición de matrimonio que dan Kipp y Wolff y que cita nuestro autor: "El matrimonio es la unión de un hombre y de una mujer reconocida por el derecho e investida de ciertas consecuencias jurídicas." Definición que si bien puede aceptarse como clara, en cambio no concuerda ni puede aplicarse al concubinato, pues como ya sabemos a éste le falta la legitimidad reconocida por las

leyes, aun cuando tenga cierta repercusión dentro del campo jurídico, como lo veremos en su oportunidad.

2. *El matrimonio como acto jurídico-condición.* Nuestro autor en este caso recurre a Leon Duguit para definir el acto jurídico-condición como aquel que "tiene por objeto determinar la aplicación de todo un estatuto de derecho a un individuo o a un conjunto de individuos, para crear situaciones jurídicas concretas que constituyen un verdadero estado, por cuanto que no se agotan por la realización de las mismas, sino que permiten su renovación continua".

Al aplicar esta tesis al matrimonio, puede encontrarse como aceptable, pues como afirma el maestro Rojina, todo un sistema de derecho es puesto en movimiento por un acto jurídico que permite la realización constante de consecuencias múltiples y la creación de situaciones jurídicas permanentes, ya que al manifestar su voluntad los contrayentes de unirse ante el Oficial del Registro Civil, crean un estado permanente de vida que origina derechos y obligaciones recíprocas, que no se agotan por su cumplimiento, sino que se siguen renovando indefinidamente.

Como objeción para poder tomar al concubinato como un acto jurídico-condición, diremos que éste no se origina en relación de un acto de esta naturaleza, sino con un hecho jurídico, pues los concubinos no necesitan manifestar su voluntad ante el Oficial del Registro Civil, sino que basta con que ellos decidan hacer vida marital sin tener que acudir a ninguna autoridad para exponer su deseo, y quedando, por consecuencia, fuera de cualquier estatuto de derecho que quiera aplicárseles.

3. *El matrimonio como acto jurídico mixto.* Dentro de las

clasificaciones del acto jurídico, existe aquella que lo cataloga de acuerdo con las personas que lo realizan. En razón de lo anterior, existen actos jurídicos privados, que son aquellos que realizan los particulares; actos jurídicos públicos, llevados a cabo por los órganos estatales; y actos jurídicos mixtos, en cuya celebración intervienen tanto particulares como funcionarios públicos.

De acuerdo con la clasificación anterior, el matrimonio debe catalogarse como un acto jurídico mixto, ya que intervienen en él los contrayentes como particulares y el Oficial del Registro Civil en representación del poder estatal. La intervención de este último no es simplemente declarativa, sino plenamente constitutiva, pues es el único que tiene la facultad para celebrar el matrimonio.

Desde luego que el concubinato escapa también de la idea anterior, ya que como hemos dicho, éste existe únicamente con la manifestación de la voluntad del hombre y de la mujer para vivir unidos, sin que para que se perfeccione deba intervenir ningún representante del Estado.

4. *El matrimonio como contrato ordinario.* Sabemos que al lograrse la separación de la Iglesia y el Estado, situaciones que normalmente quedaban dentro de la jurisdicción del Clero, se les reglamentó en forma distinta una vez que se llevó a cabo tal separación; de ahí que el matrimonio al quedar en el ámbito del Derecho laico, dejó de ser un Sacramento para convertirse en materia de Derecho Civil.

A partir de ese momento surgieron diversas teorías en el campo jurídico para tratar de hallarle dentro de él, acomodo al matrimonio. Entre otras, las de aquellos juristas que lo consi-

deraron como un contrato, y por consiguiente sus opositores. A continuación vamos a hacer una exposición somera de estas dos corrientes, con base, desde luego, en lo que expone el maestro Rojina Villegas, quien nos ha dado la pauta a seguir en este punto de nuestro trabajo:

El catalogar al matrimonio como un contrato ha formado una tesis tradicional que tanto la doctrina como el derecho positivo han aceptado por considerar que en él concurren todos los elementos de validez y esenciales de los contratos, tales como la manifestación de la voluntad, la ausencia de vicios en ésta, y la capacidad necesaria de los contrayentes para unirse en matrimonio: es decir que, las características generales de los contratos, son afines de las del matrimonio.

Planiol acentúa lo que decíamos al principio, en el sentido de que mientras que el Derecho Canónico ve al matrimonio como Sacramento, y no reconoce otra forma de unión, la ley en cambio, tiene la necesidad de regular los actos de los individuos en general, independientemente de la religión que profesen, o aun cuando no practiquen ninguna.

Planiol y Ripert le dan el carácter al matrimonio de un acto complejo que puede catalogarse como institución y como contrato; es decir, le dan una naturaleza mixta: institucional, por cuanto, como dijimos al citar la teoría sobre lo que es una institución jurídica, está reglamentado por un conjunto de normas impuestas por el Estado que forman un todo, y al que las partes se adhieren; y contractual, en virtud de la importancia que tiene en su celebración el consentimiento de las partes.

Entre los que se oponen a la tesis contractual del matrimonio, tenemos a Ruggiero y a Bonnecase:

Para Ruggiero no es suficiente que se dé el acuerdo de voluntades en el matrimonio para que se considere un contrato, pues dice que no todo negocio bilateral constituye un contrato, aunque los contratos forman la categoría más amplia de tales negocios. Afirma asimismo que el matrimonio está sustraído a la libre voluntad de las partes, haciendo desaparecer la autonomía de la voluntad, que es esencial en la celebración de los contratos, pues en aquél, las partes no pueden estipular condiciones, término o modalidades fuera de la ley.

Sobre la materia que recae el acuerdo matrimonial, nos dice que las relaciones personales y familiares no pueden estar sujetas a una convención contractual. Pero lo que más hace notable la diferencia entre contrato y matrimonio es lo que se refiere a que los esposos no pueden crear por sí solos el vínculo conyugal, ya que el consentimiento de los dos no es suficiente mientras no haya declaración solemne del Oficial del Estado Civil, pues la función de éste es esencialmente constitutiva, y es también él, quien los declara cónyuges ante la ley, formando así la relación matrimonial.

Finalmente, para este autor, el matrimonio es un "negocio jurídico complejo formado mediante el concurso de la voluntad de los particulares y del Estado. Que no es un acto meramente privado, resulta de la ineficacia del simple acuerdo de los esposos; que no es un puro acto administrativo o un acto público, lo prueba la necesidad de que concurra el acuerdo de los esposos con la declaración del funcionario representante del Estado".

Bonnecase combate también la idea contractual del matrimo-

nio y critica a los redactores del Código de Napoleón, afirmando por principio de cuentas que si bien éstos aceptaron en principio que el matrimonio es un contrato, al regularlo no sólo no apoyaron esta teoría, sino que hasta la repudiaron. A continuación, afirma respecto a la voluntad que mientras que en los contratos prevalece la autonomía de la voluntad, en el matrimonio no existe en cuanto a sus efectos y disolución. Los contrayentes no pueden estipular ninguna cláusula de término o condición que es aceptada en la celebración de los contratos; ni establecer ningún pacto que vaya en contra de los fines matrimoniales. La disolución del vínculo matrimonial no depende de los consortes sino que tiene que hacerse por causas precisas y perfectamente determinadas, a lo que un contrato puede disolverse por mutuo disenso.

Por lo anterior, Bonnacase descarta la idea de matrimonio como contrato, y se adhiere a la de matrimonio institución.

En cuanto a nuestro Derecho Positivo, ha prevalecido la idea a partir de 1917, de considerar al matrimonio como contrato, motivada en gran parte también, por separarlo del concepto religioso.

El Código Civil de 1870 establecía en su artículo 159: "El matrimonio es la sociedad legítima de un solo hombre con una sola mujer que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida." El contenido de este artículo fue plasmado íntegramente en el mismo ordenamiento de 1884, en su artículo 155.

Posteriormente, ya en este siglo, encontramos en nuestra Carta Magna el artículo 130 que en su parte relativa dice: "El matrimonio es un contrato civil. Este y los demás actos del estado

civil de las personas son de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil, en los términos prevenidos por las leyes, y tendrán la fuerza y validez que las mismas les atribuyen.”

Si analizamos totalmente el precepto de donde sólo transcribimos el párrafo anterior por ser el único que nos interesa, podremos apreciar con claridad que el constituyente fijó en forma determinante la separación del Clero con el Estado, y en cuanto al matrimonio, no fue tanta su preocupación el darle una naturaleza jurídica como contrato, como por separar radicalmente la intervención de la Iglesia en los asuntos de carácter civil, ya que únicamente especifica que el matrimonio será un contrato civil, sujeto a las autoridades del mismo orden en su celebración para darle validez jurídica, y quitándole toda importancia de tipo religioso; pero no especificó qué tipo de contrato debería de ser.

La Ley de Relaciones Familiares del mismo 1917, en su artículo 13 nos dice: “El matrimonio es un contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo disoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida.” Como vemos, señala también este precepto para el matrimonio, una naturaleza contractual.

En cuanto a nuestro Código Civil vigente, éste no da ninguna definición del matrimonio, pero en algunas de sus disposiciones habla de él como un contrato, por lo que se infiere que el legislador estuvo acorde para considerarlo como tal: el artículo 156 trata de los impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio; el rubro del Capítulo IV Título V asienta las disposiciones

generales del contrato de matrimonio en relación con los bienes de los contrayentes.

No obstante lo anterior, encontramos dentro del articulado del mencionado Código, el número 147 que nos dice que "cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges se tendrá por no puesta"; lo que nos hace pensar que existe cierta contradicción, ya que con la sola lectura de dicho artículo, podemos dudar de la interpretación que el legislador da al matrimonio, pues como dijimos anteriormente, y de acuerdo con las ideas de Bonnecase, al limitarse la autonomía de la voluntad que es un elemento primordial en los contratos, el matrimonio no encaja dentro de tal clasificación.

Independientemente de que consideramos que nuestra actual legislación no ha seguido un criterio único al tratar del matrimonio, vamos a dejar para el final del presente capítulo nuestra particular idea sobre su verdadera naturaleza, y a continuación trataremos de analizar si el concubinato es o no de naturaleza contractual:

En cuanto a los requisitos para su celebración, así como las consecuencias de nulidad y validez que pueden acarrear, sabemos que los contratos pueden ser consensuales, formales y solemnes. Los consensuales son aquellos que se perfeccionan por la simple manifestación de voluntad o por actos que tácitamente denotan la aceptación entre los que contratan. Los formales, para los que es necesario que la voluntad se manifieste por escrito para tener validez. Los solemnes, en los que el requisito de forma adquiere

capital importancia, al grado de que si no se observa ésta, el acto es inexistente.

La diferencia entre los contratos formales y los solemnes estriba en que mientras los primeros, al no observarse la forma correcta en su celebración, están afectados de una nulidad relativa, que puede desaparecer por confirmación expresa o tácita, y sus efectos pueden operar retroactivamente; en cambio los contratos solemnes, por ser la forma no un requisito de validez, sino de existencia, mientras no se cumpla con tal solemnidad, el contrato no existe, y sus efectos nacen desde el momento en que desaparece tal situación anómala, y nunca con efectos retroactivos.

Si hemos de concederle al concubinato la naturaleza de contrato, éste quedaría incluido dentro de los contratos consensuales netamente, pues como hemos asentado con anterioridad, para que se configure el concubinato, basta únicamente con que el hombre y la mujer decidan cohabitar voluntariamente con el deseo de establecer una situación de vida común permanente, sin ningún requisito de forma escrita ni mucho menos solemne como prueba de validez o de existencia.

Mas sin embargo, para nosotros, ni el matrimonio ni el concubinato se pueden limitar exclusivamente a ser contratos, debido a las peculiares características que presentan, sobre todo en cuanto a las consecuencias de tipo jurídico que provocan y la repercusión que tienen en la sociedad.

A un lado de la afirmación anterior, queremos dejar perfectamente aclarado nuestro particular punto de vista sobre estas dos diferentes formas de constituir la familia:

Si consideramos que ninguna de las dos pueden quedar to-

talmente enmarcadas dentro de las tesis contractuales, no afirmamos tampoco que tengan la misma categoría dentro del campo jurídico, ya que, según nosotros, nunca podrá situarse al concubinato a la misma altura que el matrimonio, pues sería como quitarle a la misma sociedad su base de sustentación que es la formación de la familia; y darles a los dos la misma legitimidad, provocaría un caos dentro de la sociedad en general, pues chocarían dos reglamentaciones distintas para una misma finalidad: la familia.

El concubinato, como trataremos de explicarlo cuando analicemos al matrimonio como estado jurídico, ha surgido en nuestra sociedad por razones muy especiales, y por lo tanto el Derecho ha tenido que aceptarlo, pero no por eso debe darle la misma categoría que a un acto tan importante para el desarrollo normal de la sociedad como es el matrimonio.

5. *El matrimonio como contrato de adhesión.* Dentro de las tesis contractuales, el maestro Rojina nos dice que al matrimonio también se le han querido fijar las características de un contrato de adhesión.

Lo peculiar de este tipo de contratos radica en que en ellos prevalece la voluntad de uno de los contratantes sobre la del otro, y que éste únicamente se adhiere a los impuestos por el Estado.

No es aceptable tal idea para el matrimonio, pues en él no se presenta la situación de que la voluntad de una parte prevalezca sobre la otra, sino que, como dice nuestro autor, "es la voluntad del Estado expresada en la ley que se impone, de tal manera que

ambos consortes simplemente se adhieren a la misma para aceptar en sus términos la regulación legal”.

Nosotros agregaremos a lo anterior que el hecho de que el matrimonio esté sujeto a una reglamentación determinada, no implica que haya voluntad superior que haga que alguna de las partes imponga su voluntad a la otra.

Por lo que toca al concubinato, podemos oponer las mismas objeciones que hemos expuesto en casos anteriores, en el sentido de que si éste se constituye únicamente por la voluntad de los concubinarios, no vemos otra parte a la que deban someter su determinación.

6. *El matrimonio como estado jurídico.* Antes de sacar una conclusión sobre este punto, intentaremos explicar lo que nosotros entendemos como estado jurídico:

El ser humano es un ente que se encuentra en continua transformación, es decir, no es estático, sino que siempre se encuentra en permanente evolución desde todos los puntos de vista; lo encontramos en una actividad constante por diferentes motivos. Por ejemplo: físicamente el cuerpo humano no cesa de sufrir cambios en su constitución debido al nacimiento de unas células y a la destrucción de otras. Todo esto implica movimiento, acción. Pero el hombre, como ser pensante, no reduce su vida a este cambio en su organismo, sino que, precisamente debido a esa cualidad que tiene para razonar, para pensar, la actividad de él es mucho más amplia, de ahí que le esté permitido realizar acciones que lo sitúan en la parte más alta de la escala de la naturaleza.

Ahora bien, independientemente de la transformación de tipo

físico que opera en forma natural en el hombre, éste puede desarrollar otro tipo de actividad basada en su capacidad de raciocinio, que al ponerla en juego se le denomina "hecho humano".

Estos hechos humanos, al caer dentro del ámbito del Derecho, se les llaman hechos jurídicos, pues dan origen al nacimiento, la modificación o a la pérdida de derechos o situaciones jurídicas de la persona.

Los hechos jurídicos podemos clasificarlos en voluntarios e involuntarios según que se realicen con el deliberado fin de crear consecuencias jurídicas o que, aun cuando su autor no tenga intención de que se presenten tales consecuencias, el Derecho, independientemente de la voluntad del que los lleva a cabo, les atribuye efectos jurídicos.

A los primeros, la doctrina jurídica los ha denominado "actos jurídicos", y a los segundos, simplemente, "hechos jurídicos".

La realización tanto de los hechos como de los actos jurídicos, puede dar nacimiento a ciertas situaciones de tipo permanente que denominamos "estados". De esta manera tenemos que se pueden presentar "estados jurídicos de hecho", si su origen fue un hecho jurídico, y "estados jurídicos de derecho", si su causa se encuentra en un acto jurídico.

El maestro Rojina Villegas, al hablar del matrimonio como estado jurídico expone lo siguiente:

"Desde este punto de vista, el matrimonio se presenta como una doble consecuencia de la institución matrimonial y del acto jurídico que celebran las partes en unión con el Oficial del Registro Civil, pues constituye a la vez una situación jurídica per-

manente que rige la vida de los consortes y un acto jurídico mixto desde el momento de su celebración.

"Los estados jurídicos se distinguen de los hechos y de los actos jurídicos, en virtud de que producen situaciones jurídicas permanentes, permitiendo la aplicabilidad de todo un estatuto legal a situaciones determinadas que continúan renovándose en forma más o menos indefinida. En este sentido, el matrimonio evidentemente que constituye un estado jurídico entre los consortes, pues crea para los mismos una situación jurídica permanente que origina consecuencias constantes por aplicación del estatuto legal respectivo a todas y cada una de las situaciones que se van presentando durante la vida matrimonial. Además, el matrimonio se presenta como un estado de derecho en oposición a los simples estados de hecho."

Por lo anterior, podemos constatar que el matrimonio es una situación legal completa desde todos los puntos de vista. Desde su inicio aflora bajo un ordenamiento jurídico que lo va guiando en todo su desenvolvimiento y previendo cualquier contingencia que pudiera presentarse durante su existencia.

En el caso del concubinato, encontramos determinadas características que nos hacen catalogarlo también como un estado jurídico; a saber:

1. La posesión de estado, que podríamos llamar así, ya que llevan una vida los concubinos tratándose como marido y mujer, con intereses comunes y cohabitando.

2. La continuidad y duración de las relaciones sexuales, hacen que el concubinato desemboque en un estado jurídico, al grado que esta situación está reconocida por nuestro Código Civil vi-

gente para el Distrito Federal, en su artículo 1635 que fija una duración de cinco años para que la concubina pueda tener derechos, o que haya procreado hijos.

3. La conducta de los concubinos tiene todas las características de publicidad, como si formaran un matrimonio legítimo.

4. Existe en el concubinato la misma fidelidad y mutuo respeto que puede encontrarse en un matrimonio legítimamente constituido.

Como podemos ver, tan estado jurídico es el matrimonio, como lo es el concubinato. La única diferencia estriba en que el primero se origina por un acto jurídico, y el segundo, por un hecho jurídico, ya que al unirse en concubinato un hombre y una mujer, no lo hacen pretendiendo que la ley les reconozca su unión, sino que su actitud se debe a meras razones de tipo afectivo, y sus derechos y obligaciones dentro de su vida en común tienen un fundamento de tipo moral, que como ya hemos mencionado, concuerda con los principios jurídicos.

A manera de conclusión diremos que el matrimonio es un estado jurídico de derecho y el concubinato es también un estado jurídico, pero de hecho.

7. *El matrimonio como un acto de poder estatal.* Los fundamentos de esta teoría, que el maestro Rojina Villegas toma de la Tesis de Cicu, están basados en la intervención que el Estado tiene en la celebración del matrimonio, pues se establece que sin la autorización de aquél no puede existir legalmente éste. Ataca asimismo la concepción contractual al afirmar que la ley no considera al matrimonio como contrato, ya que la voluntad de los esposos es una condición para el pronunciamiento que hace el

Oficial del Estado Civil, siendo este pronunciamiento lo que instituye el matrimonio. Es el Estado el que une en matrimonio.

Lo anterior descarta desde el primer momento la posibilidad de que esta teoría pueda ajustarse al concubinato, pues sabemos que para su celebración no interviene en ninguna forma el Estado.

Después de haber intentado hacer un análisis correcto sobre los diversos conceptos que existen alrededor de la naturaleza jurídica del matrimonio, y en nuestro afán por hallarle un acomodo al concubinato dentro de ellas, creemos necesario exponer finalmente, lo que de acuerdo con nuestro criterio, puede ser más exacto para ambas situaciones:

Tanto el matrimonio como el concubinato ofrecen características muy especiales que hacen imposible el encuadrarlos dentro de una forma determinada, pues su complejidad es tal, que se hace necesario tratar de enfocar su estudio desde muy diversos ángulos para poder llegar a encontrar el concepto verdadero.

El matrimonio diremos, que si lo enfocamos al momento de su celebración, se debe de catalogar como un acto jurídico mixto, en el que intervienen por un lado los contrayentes, y por el otro el Oficial del Registro Civil en representación del Estado. Es una institución jurídica, en cuanto a que existe todo un conjunto de normas que velan porque cumpla su finalidad; y es un estado jurídico de derecho porque la situación en que se encuentran los consortes en su vida matrimonial, obedece a una manifestación expresa de su voluntad para situarse en un estado que se considera el más importante para el desarrollo del ser humano, ya que al fundar la familia está cumpliendo con una finalidad que

debe redundar, lógicamente, en beneficio de él y de la sociedad en general.

A pesar de que en nuestro propio Derecho Positivo en ciertos preceptos le da el carácter de contrato, no nos inclinamos por esta idea en virtud de que consideramos que las relaciones humanas en el caso del matrimonio, están muy por encima de una simple transacción, y por otra parte, como hemos visto, existen circunstancias dentro de su regulación que lo excluyen de los principios básicos contractuales.

El concubinato es una forma tan *sui generis* de las relaciones entre un hombre y una mujer, que ni es tan legal como el matrimonio, ni completamente ajurídico; crea situaciones que como hemos visto, han provocado siempre polémicas entre los teóricos del Derecho y las legislaciones positivas de los diferentes países en todas las épocas. Según nosotros, al concubinato también debe observársele desde diferentes ángulos para poderle dar su verdadera naturaleza jurídica, la cual ya hemos esbozado más atrás, pero que ahora queremos repetir con el objeto de reafirmar nuestro punto de vista:

De acuerdo al momento de su iniciación, podía considerarse como un contrato consensual, pues se basa en el consentimiento simple que expresan el hombre y la mujer para hacer vida marital, pero creemos que sin que el concubinato tenga la misma categoría que el matrimonio, en realidad el tipo de relaciones entre los concubenarios, tampoco pueden estar sujetas a un simple contrato, por lo que más bien deberá catalogarse esta unión en su inicio como un hecho jurídico realizado por dos personas; y de

acuerdo con la situación en la que se encuentran durante el tiempo de esta unión, debe catalogarse como un estado jurídico de hecho, pues se presupone una convivencia de tipo más o menos permanente, la cual tiene repercusión dentro del ámbito del Derecho, como veremos en los capítulos siguientes.

CAPITULO IV

La sucesión en el concubinato

En el presente capítulo vamos a tratar un punto que consideramos de suma importancia dentro de nuestro trabajo: la situación que se presenta dentro del concubinato cuando se trata de la sucesión, de acuerdo con lo establecido por nuestro Código Civil vigente.

Mas sin embargo, antes de entrar de lleno en los comentarios respecto a lo que fija dicho ordenamiento, expondremos algunas generalidades sobre la sucesión:

Tomando como base el mismo procedimiento que seguimos cuando definimos el concubinato, la palabra sucesión analizada desde el punto de vista del lenguaje común y corriente, podemos interpretarla como una situación que sigue a otra; pero dentro del Derecho, su significación se le identifica con la de la herencia.

La herencia es la transmisión que hace una persona a su muerte, de todos sus bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen con ella.

Como vemos, la herencia tiene un carácter patrimonial, toda su reglamentación gira alrededor del aspecto económico. Existen dos formas para que dicha transmisión opere: por voluntad del autor de la herencia y por la ley; a la primera se le llama sucesión testamentaria y a la segunda sucesión intestada o legítima.

Como requisito indispensable para que se abra la sucesión, es necesario que el titular del patrimonio fallezca; sólo de esta

manera puede configurarse el derecho de los herederos a reclamar la parte que les corresponde, ya sea porque estén incluidos en el testamento del de *cujus*, tratándose de la sucesión testamentaria, o de acuerdo con la ley, en el caso de la sucesión legítima.

Históricamente, la sucesión hereditaria surgió una vez que fue reconocida la propiedad privada, pues antes de esto, al no poseer el hombre ningún bien en particular, no tenía nada que transmitir por este medio.

Sabemos perfectamente la influencia que tuvieron las ideas religiosas en los tiempos pasados, y que fueron las que en muchas ocasiones determinaron la conducta toda de los individuos. El culto a los antepasados y a los lares domésticos provocaron que a la muerte del padre de familia, su preocupación máxima fuera dejar quien le sucediera al frente del culto doméstico. La potestad se dejaba al hijo para que continuara en su persona la autoridad del padre desaparecido, derivándose con esto el hecho de la adquisición también de los bienes materiales de la familia, surgiendo así la sucesión legítima como primer medio de transmisión *post mortem*. Todo lo que dejaba el padre al fallecer, pasaba a poder de sus familiares. En el Derecho Romano, el *heres* recibía el poder doméstico, y con él, el patrimonio del difunto, con su activo y pasivo. Más tarde se reconoce la libertad de testar; es decir, el que moría, expresaba su última voluntad para transmitir sus bienes después de su muerte. Posteriormente, esta libertad se vio restringida, pues el de *cujus* no podía disponer de todos sus bienes a su arbitrio, sino que estaba obligado a dejar una porción de la herencia a sus descendientes inmediatos, al grado de que cuando desheredaba a sus parientes más próximos, se decla-

raba inoficioso el testamento, o si el heredero no recibía la proporción debida, se le daba una acción personal para completarla. En un principio, tanto en el Derecho Romano como en el Atico, la existencia de los herederos excluía la sucesión testamentaria.

El maestro Rojina Villegas, en su libro *Bienes, Derechos Reales y Sucesiones*, nos dice que para los romanos la herencia constituía una abstracción o idealidad jurídica y el más perfecto desenvolvimiento del patrimonio, el cual se compone de cosas, derechos, créditos y obligaciones; formando todo el activo y pasivo del difunto una unidad que se transmite a los herederos. En síntesis, para el Derecho Romano la herencia es la subrogación en la personalidad patrimonial del de *cujus*.

El antiguo Derecho Germánico consagra el principio de que los herederos sólo Dios los hace; es decir, los herederos consanguíneos tienen que heredar forzosamente, independientemente de la voluntad del de *cujus*. Más tarde se le permite disponer de ciertos bienes, pero con la obligación de dejar una parte de la herencia a los herederos legítimos, llamándose a esta parte "la legítima", que como vemos concuerda con el mismo sistema que tenían los romanos.

En Francia se presentó en un principio la misma situación que con el Derecho Germánico. El Código Napoleónico admite la sucesión testamentaria, pero con el establecimiento de la institución de la legítima, pero reduciendo con esto considerablemente, la libertad que presupone la sucesión testamentaria.

El Derecho en España contempla también primeramente la sucesión legítima total, en forma de mayorazgos, que era una institución legal destinada a perpetuar en una familia la posesión

de ciertos bienes en favor del hijo mayor. Posteriormente las Partidas redujeron la legítima a la tercera parte.

Por lo que toca a México, en el Código Civil de 1870 se asentó la institución de la legítima. En el de 1884, surgió la libertad de testar, principio pasado al Código Civil vigente, con la limitación de dejar alimentos a determinadas personas que se mencionan en el artículo 1368, del cual hablaremos más adelante.

Tanto la sucesión legítima como la testamentaria han tenido sus opositores, encontrándose dentro de ellos naturalmente los de tendencias socialistas, pues dicen que la herencia va contra la justicia y el interés social. Opinan que si bien puede existir desigualdad entre los hombres, ésta debe obedecer únicamente al grado de aptitudes que tengan ellos, y no que surja por un hecho totalmente ajeno al que se ve beneficiado de la noche a la mañana por heredar algún bien de una persona que ha muerto. En Rusia, por ejemplo, el Decreto de 27 de abril de 1918, en su artículo primero, suprime el derecho de herencia, ya fuera por testamento o sin él; por lo que a la muerte de alguien todos sus bienes pasan a poder del Estado. Sin embargo, el artículo nueve suaviza la medida dejando diez mil rublos a disposición del cónyuge u otros parientes. Como vemos, los mismos legisladores rusos tuvieron que echar marcha atrás en sus ideas, pues éstas provocaban un verdadero caos cuando moría una persona; y tan fue así, que el 28 de febrero de 1926, se abolió la limitación que citamos anteriormente.

Para Stuart Mill (citado por el maestro Antonio de Ibarrola en su libro *Cosas y Sucesiones*) no debía existir la sucesión legítima, pues "exige que todo empiece con el individuo y que cada

generación alinee a los hombres de frente, como a los caballos de carrera, esperando la señal del *starter*".

En contra de tales teorías, el maestro Ibarrola transcribe en su obra mencionada, ideas como la de Teodoro Kipp que dice: "Sin el derecho de sucesión la propiedad privada no se hallaría completa; en cuanto a los bienes por nosotros adquiridos, no llegaríamos a ser gran cosa, más que usufructuarios vitalicios." Ahrens afirma: "El derecho de testar ha sido recogido como emancipación del derecho de propiedad. Es de enorme utilidad social: mantiene vivo el amor al trabajo y a la familia."

Según nosotros, el tratar de negar la existencia de la sucesión constituye un flagrante ataque al derecho de propiedad, pues éste no sería completo si no se tuviera la facultad de transmitirlo para después de la muerte de su titular. ¿Qué pasaría si tal facultad no existiera? ¿Quién se quedaría con todos los bienes del *de cuius*? En cuanto a la primera pregunta, podría contestarse que cesaría en el individuo toda voluntad de aumentar su patrimonio, convencido de que a su muerte se extinguiría sin beneficio para sus familiares o para las personas que él quisiera ayudar, y por otro lado, en relación con el pasivo, nadie haría ninguna transacción de tipo económico con base en el crédito, ante el peligro de que por la muerte del deudor, el acreedor no pudiera recuperar el total de la deuda; y más aún, si tomamos en cuenta que dentro del movimiento económico actual la operación del crédito es vital para el desarrollo de la nación, al no considerar al heredero como continuador del patrimonio del autor de la herencia, la misma sociedad en general sufriría los perjuicios de tal situación.

Con relación a la segunda de las preguntas que nos hicimos

más arriba, nos encontramos que en el concepto del derecho de propiedad, ya sea en su origen o en su desarrollo, intervienen el individuo, la familia y el Estado: el individuo por ser el que forma el patrimonio y por ende su titular; la familia que es la beneficiada; y el Estado porque ayuda y protege a través de las leyes a su formación y estabilidad. Ahora bien, de no existir el derecho de sucesión, crearía un sinnúmero de problemas de tipo jurídico-económicos el destino que quisiera dárseles a los bienes que quedarán sin dueño, provocando un desquiciamiento total al morir una persona que poseía en vida determinado número de bienes, pues se tendría que encontrar un destino a todos y cada uno de ellos. De ahí que la ley establezca precisamente que a la muerte del autor de la herencia, automáticamente pasan a poder de los que tengan derecho a heredar, o en última instancia, a poder del mismo Estado, con el fin de evitar que el patrimonio quede en algún momento sin dueño.

De acuerdo con lo anterior, concluimos que la sucesión hereditaria debe existir para beneficio del individuo, de la familia, y del mismo Estado.

Hemos dicho que el patrimonio se transmite con su activo y su pasivo; es decir, como una universalidad, de ahí que el que lo recibe también lo hace en la misma forma. No puede tomar únicamente lo que le convenga y rechazar la parte negativa, por decirlo así, de la masa hereditaria. Al recibir la herencia, se subroga también en las obligaciones que el difunto haya dejado de cumplir, al grado que si el caudal hereditario únicamente alcanza para proteger el pasivo, el heredero tendrá primeramente la obligación de cubrirlo, y si queda algún remanente, entonces

sí podrá aprovecharlo. Desde luego que también la ley protege al heredero en su patrimonio particular, pues establece que cualquier herencia se recibe a beneficio de inventario; es decir, las deudas que haya dejado el autor de la herencia, se cubrirán hasta donde alcance el monto del activo, pero nunca el heredero tendrá la obligación de sacar de su propio patrimonio ninguna cantidad para cubrir tales deudas.

Habíamos asentado al principio de este capítulo, que tanto la sucesión testamentaria como la intestada, deben partir del supuesto de que haya muerto el autor de ellas, o se haya declarado en definitiva la presunción de su muerte. En la testamentaria, como sabemos, se respeta la voluntad del testador, con las limitaciones que fija el artículo 1368 del Código Civil vigente referentes a la obligación de dejar alimentos en ciertas circunstancias, a los descendientes, al cónyuge supérstite, a los ascendientes, a la concubina o concubinario, y a los hermanos y parientes colaterales dentro del cuarto grado. En tanto que en la legítima, la ley trata de interpretar lo que el testador hubiera querido hacer con su patrimonio después de su muerte.

Es la ley la que al substituirse a la voluntad del de *cujus*, establece un orden en el llamamiento a heredar, comenzando primeramente con los descendientes, y sucesivamente, los ascendientes, el cónyuge, los colaterales, la concubina, y por último la beneficencia pública; estableciendo desde luego las reglas a seguir cuando concurren a la vez, varios de los señalados anteriormente.

Para los fines del presente trabajo, lo que nos interesa es estudiar la sucesión en relación con el concubinato, y para hacerlo nos encontramos con la misma problemática que cuando tratamos

de analizar esta unión; como consecuencia, debemos hacernos las siguientes preguntas: ¿Merece ser tomado en cuenta por la ley en la sucesión el concubinato, o debe ser ignorado? ¿Existe el peligro de que la categoría del matrimonio como institución para formar la familia se vea perjudicada si se protege al concubinato en esta materia? ¿Nuestro Código Civil vigente hizo bien al conceder ciertos derechos hereditarios a la concubina o concubinario? ¿Lo que establece el mencionado ordenamiento está apegado a lo que debe ser justo? A todo esto trataremos de dar contestación analizando lo que el maestro Antonio de Ibarrola expone al respecto en su citado libro *Cosas y Sucesiones*, transcribiendo en su caso los párrafos que consideremos más interesantes, y dando a continuación nuestros propios puntos de vista:

Por principio de cuentas, nuestro autor demuestra que está en contra de que la ley tome en cuenta al concubinato, al transcribir la parte relativa de la exposición de motivos del Código Civil del Estado de Jalisco, de fecha 27 de febrero de 1935 que dice:

“Se suprime todo lo relativo a herencias para la concubina. Ninguna de las legislaciones que hemos consultado trae disposiciones semejantes a las que se encuentran en el Código Civil del Distrito Federal, no pareciéndonos justificado el instaurar un régimen absolutamente exótico entre nosotros, y que no corresponde a ninguna realidad práctica y social. No desconocemos la existencia de esas relaciones; pero nos parece que el darles una consagración legal equivale a debilitar el matrimonio, lo mismo que la familia, estableciendo una especie de segundo matrimonio y de segunda familia, que no es sino un caricatura de la que la ley

civil debe sostener. Si se admite, como lo hace el Código Civil, que no hay más que un medio legal para la formación de la familia, no es posible admitir para la misma ley que haya a la vez otro medio que no sea en el fondo más que la capitulación del legislador para proteger debilidades cuya existencia es muy humana; pero que no por eso deben elevarse a la categoría de instituciones.”

Para nosotros, no creemos que sea nada exótico el que un ordenamiento jurídico trate de proteger con ciertas limitaciones a una pareja que por distintas circunstancias, y las más de las veces por ignorancia, no ha formalizado ante el poder civil su unión, y respecto a que no corresponde a ninguna realidad práctica y social, es un absurdo afirmarlo, ya que si el legislador en el caso del Código Civil del Distrito Federal lo tomó en cuenta, fue porque se percató palpablemente de que existía, y en una forma considerable, pues de lo contrario lo hubiera ignorado.

Los autores del Código de Jalisco se contradicen de inmediato, pues afirman que no desconocen la existencia de esas relaciones, por lo que entonces preguntaremos: ¿Es o no es una realidad social la existencia del concubinato? Según nuestro criterio, el concubinato es una auténtica realidad social, y el darle cierta protección a éste, no mengua en lo más mínimo la categoría del matrimonio, ya que como lo afirmamos en el capítulo correspondiente, la unión concubinaria nunca podrá llegar al elevado nivel del matrimonio, pero tampoco debe quedar abandonada por el legislador, cuya obligación es, al crear las leyes, no nada más dictar normas de conducta con carácter inflexible, sino también disposiciones que tiendan a dar, cuando menos, una mínima protección

a todos los individuos como miembros de la sociedad; por lo que, consecuentemente, nosotros no llamaríamos "capitulación" del legislador para proteger las debilidades humanas, como dice la exposición de motivos de referencia, sino humanización de éste al dar cierta protección legal a una situación real que confronta gran parte de nuestro pueblo; la unión concubinaria.

Ahora bien, por qué si los legisladores que formularon el Código en cuestión negaron todo derecho a la sucesión legítima tratándose del concubinato, en cambio, en la sucesión testamentaria, en el artículo No. 1302, al señalar la obligación del testador de dejar alimentos, mencionan en la fracción VI, el derecho de la concubina en este sentido. Más aún, por decreto No. 9223 del 8 de mayo de 1975 se substituyó la frase "A la mujer con quien el testador vivió . . ." por la de "A la persona con quien el testador vivió . . ."; lo que quiere decir que a partir de esa fecha se tomó en cuenta también al concubinario.

Resumiendo lo anterior, apreciamos claramente que la legislación de ese Estado no ha adoptado desde la formulación de su Código Civil hasta el momento actual, un criterio uniforme para tratar todo lo relativo al concubinato, y sin embargo, en algunos puntos, contiene ideas, a nuestro juicio, superiores a las que presenta el Código de la materia para el Distrito Federal. Para tener un panorama completo de todo lo anterior, trataremos de sintetizar mediante los siguientes incisos, la situación que guarda en el citado ordenamiento el concubinato:

a) Lamentablemente no lo cita para nada en la sucesión legítima.

b) En la fracción VI del artículo 1302, al tratar de la obli-

gación del testador para dejar alimentos, da a entender que indistintamente los puede recibir el concubinario o la concubina según sea el caso.

c) Cuando el caudal hereditario no es suficiente para dejar alimentos a todas las personas que señala el artículo 1302, establece en la fracción I del 1307 que "Se ministrarán a los descendientes y al cónyuge supérstite o a la concubina o concubinario en el caso previsto por el artículo 772, a prorrata." (Lo referente a estos últimos se agregó según el decreto que mencionamos anteriormente.) El artículo 772 citado trata del patrimonio de la familia, tomando como tal para los efectos de este Capítulo a todo grupo de personas que habitan una misma casa, se encuentran unidos por vínculo de matrimonio o concubinato o lazos de parentesco consanguíneo y que por la ley o voluntariamente tengan unidad en la administración del hogar. Para los efectos de este artículo se entiende por concubinato el estado en el cual el varón y la mujer viven como si fueran cónyuges, libres de matrimonio. Lo anterior será verificado cuando se intente constituir el patrimonio familiar por el Juez competente. Finalmente, en el artículo 774 que trata del derecho de habitar la casa y de aprovechar los frutos de la parcela, sostiene la misma tesis relativa al concubinato, y que fue adoptada en virtud del multicitado decreto.

En otro párrafo de la obra del maestro Ibarrola se dice:

"Ni en el Código de 1870 ni en el de 1884 se reconoció derecho alguno a la concubina para heredar o percibir alimentos; el Código actual se los da 'aun cuando debe rendirse tributo al matrimonio' (exp. mot.), pues se trata de un estado que no está

prohibido por la ley." A esto, nuestro autor afirma: "La razón es ridícula; en tal caso podría echarse mano de ella para establecer la herencia del amigo, del compañero de estudios, del profesor, que no sólo no representan estados prohibidos por la ley, sino puestos altamente encomiables. Además, en ciertos casos, no trata la ley con tanta indulgencia al concubinato: la Ley de Retiros y Pensiones Militares (Dos, 31 dic. 1955, 12 ene. 1946) dice en su artículo 48: Los derechos pecuniarios adquiridos conforme a esta ley se pierden por cualesquiera de los siguientes casos . . . VI.—Porque la mujer pensionada viva en concubinato, si este hecho se prueba judicialmente. En nuestro medio, la institución produce sanos efectos cuando se trata, por ejemplo, de una mujer casada únicamente en consonancia con los ritos de la religión que practica; pero fuera de este caso, creemos que el Código actual comete un grave error."

A lo anterior nosotros replicamos: la afirmado por el legislador no tiene nada de ridículo, pues volvemos a insistir en nuestro punto de vista: las leyes están hechas por los hombres y para los hombres, y no por máquinas computadoras que obedecen a sistemas mecánicos, ajenas a cualquier sentimiento de humanidad.

Precisamente nuestro Código Civil, en su exposición de motivos da a entender el espíritu que debe campear en las leyes, al afirmar que la legislación no debe limitarse a expresar las condiciones del mundo social, sino que debe ser eco de las nuevas situaciones que se presentan en el medio social, de los sentimientos y también de las nuevas necesidades. A mayor abundamiento, nos vamos a permitir transcribir un pequeño párrafo que creemos nos puede dar una idea más clara sobre lo que queremos expresar:

“... la legislación no puede considerarse como un conjunto de principios teóricos que se desarrollan con el rigor de un razonamiento lógico. No debe olvidarse que es un conjunto de reglas de conducta y que la vida no tiene la inflexibilidad de la línea recta”.

En cuanto a mezclar el aspecto religioso con el civil, nos parece una posición por demás extraña en la que se sitúa el maestro Ibarrola, pues nosotros consideramos que los campos tanto de la Religión como del Derecho, se encuentran en la actualidad perfectamente delimitados, pues, aunque no negamos desde luego la influencia que tiene en la conducta de la mayoría de nuestro pueblo el practicar el culto religioso (incluso nosotros somos de ideas católicas), no encontramos en qué pueda afectar las relaciones concubinarias desde el punto de vista del Derecho Civil, el hecho de que un hombre y una mujer vivan en esa forma, ya sea unidos únicamente con base en lo que dispone la religión o sin legalización alguna.

Como podemos sacar por conclusión de las ideas del citado maestro, el concubinato para él es casi un delito, atenuándose un poco cuando los concubinarios se encuentran unidos de acuerdo con el rito religioso. Sin embargo, vamos a comprobar con dos ejemplos, que lo malo o lo bueno de las relaciones maritales puede presentarse bajo cualquier forma que haya adoptado tal unión, y que las consecuencias también pueden ser contrarias a las que supone nuestro jurista mencionado:

El primer ejemplo podría plantearse de la siguiente forma: un hombre y una mujer hacen vida marital y su unión únicamente la legalizan por vía religiosa; procrean hijos, y a pesar del juramento que hicieron al casarse religiosamente, su vida transcurre

plena de irresponsabilidad, descuidando la atención y educación que deben darles a los hijos, dilapidando finalmente su poco o mucho patrimonio. Muere el padre y quedan abandonados la mujer y los hijos. Se supone que el hombre recibirá un castigo extraterreno, de acuerdo con la religión, pero ¿le interesa dicho castigo en algo al Estado y a la sociedad misma?: desde luego que no, pues lo que les preocupa a ambos, es que una mujer y unos hijos han quedado desamparados, convirtiéndose en una carga, y tal vez hasta en un peligro, pues la conducta de esos hijos que no tuvieron una educación adecuada ni una preparación, puede ocasionar un sinnúmero de problemas de toda índole.

Ahora bien, el segundo ejemplo: un hombre y una mujer hacen vida marital y no contraen matrimonio, sin embargo, se ayudan mutuamente, forman un patrimonio, educan a sus hijos dentro de lo que marca la honestidad y las buenas costumbres, les dan una carrera, en suma, los hacen seres útiles a la sociedad. Posteriormente, fallece el padre. ¿Qué sucede entonces? De acuerdo con la tesis de nuestro autor, la pareja de este ejemplo tiene mayor culpa que la del otro por el solo hecho de que aquélla fundó su unión a través del culto religioso. Según nuestro criterio, tal conclusión resulta totalmente absurda, pues la primera pareja faltó a un juramento que hizo ante el Ministro de su religión, despreocupándose de sus obligaciones y provocando un daño a aquéllos que tenía obligación de proteger y educar. En tanto que la segunda, aun cuando no legalizó su unión por ningún medio, cumplió con sus deberes en todo momento.

En relación con la ley, los dos casos revisten una misma importancia pues se encuentran en el mismo plano, con la diferencia

de que mientras el primero de ellos le reporta una carga a la sociedad y al Estado, con el segundo, por el contrario, se recibe un beneficio, pues la unión de estos dos seres, si bien irregular, mas no ilícita, proporcionó elementos útiles y productivos. Entonces ¿por qué no permitirle a esa mujer que ha quedado sin su principal apoyo el que goce, aunque sea con cierta medida, de lo que dejó el difunto y que también a ella le costó trabajo reunir?

En síntesis, creemos, con el debido respeto que nos merece el distinguido maestro Antonio de Ibarrola, que su tesis adolece de dos errores: primeramente, el ser demasiado radical al tratar de resolver un problema de tanta importancia como es en la actualidad el concubinato, pues de acuerdo con su forma de pensar, ya sólo nos faltaría que sugiriera modificar el Código Penal, agregando un artículo que dijera: "Al que viva en concubinato, se le aplicarán de tantos a tantos años de prisión." Y finalmente, el mezclar dos cosas que si bien pueden tener finalidades afines en cuanto al bienestar del hombre y de la colectividad, como son la religión y el Derecho, sus procedimientos y ángulos para tratar los problemas sociales tendrán mucho de distinto unos de otros. No negamos desde luego la fuerza y lo fundado de su razonamiento, pero creemos que lleva sus conclusiones hasta un extremo que se alejan de lo que suponemos debe ser la finalidad del Derecho. La ley, desde luego, debe ser dura, pero no debe olvidarse que tiene que ser ajustada a la realidad existente en el momento de su aplicación, y tratar de buscar, hasta donde sea posible, el beneficio de la colectividad. Por tal motivo, nos adherimos en este punto a lo que la exposición de motivos de nuestro Código Civil vigente asienta respecto al concubinato con las siguientes pala-

bras: "Hay entre nosotros, sobre todo en las clases populares, una manera peculiar de formar la familia: el concubinato. Hasta ahora se habían quedado al margen de la ley los que en tal estado vivían, pero el legislador no debe cerrar los ojos para no darse cuenta de un modo de ser muy generalizado en algunas clases sociales, y por eso en el Proyecto se reconoce que produce algunos efectos jurídicos el concubinato, ya en bien de los hijos, ya en favor de la concubina, que al mismo tiempo es madre, y que ha vivido por mucho tiempo con el jefe de la familia. Estos efectos se producen cuando ninguno de los que viven en concubinato es casado, pues se quiso rendir homenaje al matrimonio, que la Comisión considera como la forma legal y moral de constituir la familia, y si se trata del concubinato, es, como se dijo antes, porque se encuentra muy generalizado, hecho que el legislador no debe ignorar."

En cuanto al remedio posible para desterrar el concubinato de la sociedad, estamos de acuerdo con lo que expone nuestro autor, en el sentido de que hay que educar al pueblo para que reconozca las ventajas de formar su familia con todos los requisitos legales, pero desgraciadamente es una solución a largo plazo, por decirlo así, y que mientras se llega a realizar, el legislador debe atacar los problemas que se tienen en la actualidad; de ahí que digamos que los que elaboraron nuestro actual Código Civil no cometieron ningún error al dar alguna reglamentación al concubinato, pues de ignorarlo o hasta prohibirlo, hubiera traído mayores problemas a la sociedad en general.

De las preguntas que nos hicimos en páginas anteriores, creemos que todas han sido resueltas, a excepción de la última que se

refiere a que si lo que estipula nuestra legislación civil vigente en relación con la sucesión en el concubinato está dentro de lo justo, que veremos en la última parte del presente capítulo, haciendo el análisis del artículo 1635 de nuestro Código Civil; aunque antes, y con el objeto de que nos sirva de directriz en su estudio, transcribiremos primeramente lo que la exposición de motivos del mencionado ordenamiento habla a este respecto: "También se creyó justo que la concubina que hacía vida marital con el autor de la herencia al morir éste, y que o 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. El derecho de la concubina tiene lugar siempre que no haya cónyuge supérstite, pues la Comisión repite que rinde homenaje al matrimonio."

El artículo 1368 habla de la obligación que tiene el testador de dejar alimentos a determinadas personas, y específicamente en su fracción V menciona a la persona con quien el testador vivió como si fuera su cónyuge durante los últimos cinco años anteriores a su muerte o con la que tuvo hijos, estando los dos libres de matrimonio durante el concubinato y que el que queda esté impedido para trabajar y no tenga bienes suficientes; subsistiendo este derecho mientras no contraiga nupcias y observe buena conducta, si tiene varias personas con quien el testador vivió como si fuera su cónyuge, ninguna de ellas tendrá derecho a recibir alimentos.

Por Decreto de 27 de diciembre de 1974 se modificó esta fracción, observándose un adelanto, ya que hasta antes de esa fe-

cha hablaba únicamente de la concubina, ignorando al concubinario.

En la última parte de la fracción mencionada, al afirmar que el derecho a alimentos subsiste mientras la persona "observe buena conducta", nos inquieta el pensar qué quiso decir el legislador al usar este término; suponemos que perderá dicho privilegio si vuelve a unirse en concubinato con otra persona, aunque desde nuestro particular punto de vista no sería mala conducta, ya que podríamos equipararla al cónyuge cuando vuelve a contraer matrimonio. En lo que sí pensamos que haya error es cuando habla de que si el testador vivió con varias personas como si fueran su cónyuge, ninguna tendrá derecho, pues de acuerdo con la idea sostenida en este trabajo, el concepto de concubinato desaparece cuando existen más de un hombre o más de una mujer.

En el artículo 1373 vemos, a nuestro juicio, dos errores muy importantes por parte del legislador. El mencionado artículo trata también de los alimentos, pero en este caso, cuando el caudal hereditario no es suficiente para dejar esta percepción a todas las personas a que obliga el artículo 1368. Si analizamos detenidamente el orden que señala, nos encontramos que está presuponiendo indebidamente la coexistencia del cónyuge supérstite con la concubina. Y en relación con ésta, no nos explicamos por qué el decreto que mencionamos anteriormente, por el cual se reformó el artículo 1368 al dar cabida al concubinario, no lo incluyó también en el 1373 y únicamente menciona a la concubina, causando la impresión de que estas reformas se hicieron a la ligera, sin abarcar todos los aspectos posibles.

En relación con lo que dispone el artículo 1635, empezando

por su rubro que dice: "De la sucesión de la concubina", encontramos, a nuestro juicio, que el legislador debió de proteger no únicamente a la concubina, sino también al concubinario, ya que si en tal unión existe una comunidad total de intereses, y por consiguiente de obligaciones, no vemos por qué tenga que hacerse a un lado al hombre dentro de la sucesión, pues en la práctica se ve con demasiada frecuencia que todos los bienes son registrados a nombre de la mujer. Vamos a suponer que un hombre y una mujer viven en concubinato y adquieren una casa en propiedad, escriturándola a nombre de ella; ¿qué sucede si muere sin hacer testamento? Si hay hijos, el problema no sería tan grave, pues ellos heredarían por ley, pero ¿si no los hay?, otros parientes o en último caso la Beneficencia Pública será la que se quede con la casa; algo que desde luego nos parece injusto, pues es más probable que al concubinario le haya costado más trabajo la adquisición del inmueble que a la misma concubina . . . Y aun habiendo hijos u otros parientes con derecho a heredar, de todas formas el hombre se encuentra totalmente desprotegido, ya que la ley únicamente habla de la sucesión de la concubina. ¿No hubiera sido un poco más justo el tratar por igual tanto al hombre como a la mujer? Creemos que sí, además de que se habrían evitado situaciones que en la práctica pueden dar origen a muchos problemas.

El primer párrafo del artículo mencionado dice lo siguiente: "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; tiene

derecho a heredar conforme a las reglas siguientes: . . .” Para nosotros es innecesario que se establezca que ambos hayan permanecido libres de matrimonio, pues al casarse cualquiera de ellos, deja de configurarse automáticamente el concubinato para convertirse dicha convivencia en relaciones fuera de la ley.

El inciso I estipula: “Si la concubina concurre con los hijos que lo sean también del autor de la herencia, se observará lo dispuesto en los artículos 1624 y 1625.” Dichos artículos reglamentan la forma de heredar del cónyuge supérstite en el caso de que éste tenga o no bienes. Con respecto a este primer inciso no encontramos ninguna objeción que hacer.

Dice el inciso II: “Si la concubina concurre con descendientes del autor de la herencia, que no sean también hijos de ella, tendrá derecho a la mitad de la porción que le corresponda a un hijo.” Sin objeciones.

Inciso III: “Si concurre con hijos que sean suyos y con hijos que el autor de la herencia hubo con otra mujer, tendrá derecho a las dos terceras partes de la porción de un hijo.” También sin objeción alguna.

Inciso IV: “Si concurre con ascendientes del autor de la herencia, tendrá derecho a la cuarta parte de los bienes que forman la sucesión.” Nosotros nos atreveríamos a sugerir que sería más justo si se le concediera una tercera parte en lugar de lo que estipula este inciso, ya que el cónyuge supérstite, cuando se trata de un matrimonio formalmente realizado recibe, según el artículo 1626, la mitad del monto total de la herencia.

Inciso V: “Si concurre con parientes colaterales dentro del cuarto grado del autor de la sucesión, tendrá derecho a una ter-

cera parte de ésta.” Creemos en este caso que se debía de otorgar la mitad a la concubina y la otra mitad a los parientes mencionados, para seguir con la misma escala de proporción, pues el artículo 1627 señala que el cónyuge que sobreviva del matrimonio tendrá derecho, en estas circunstancias, a las dos terceras partes de la herencia.

Inciso VI: “Si el autor de la herencia no deja descendientes, ascendientes, cónyuge o parientes colaterales dentro del cuarto grado, la mitad de los bienes de la sucesión pertenecen a la concubina y la otra mitad a la Beneficencia Pública.” En cuanto a la porción hereditaria de que trata este inciso, nosotros la subiríamos a las dos terceras partes para la concubina y una tercera parte a la Beneficencia Pública, de acuerdo con el criterio que adoptamos en los párrafos anteriores. Además, vemos otro error de nuestro legislador en este caso, pues habiendo cónyuge supérstite desaparecen total y automáticamente las relaciones concubinarias. Este inciso se contradice con el sentido que da nuestra legislación al concubinato.

El artículo en cuestión termina diciendo: “En los casos a que se refieren las fracciones II, III y IV, debe observarse lo dispuesto en los artículos 1624 y 1625 si la concubina tiene bienes.” Situación que ya comentamos al tratar el inciso I y que nos parece justa.

Finalmente: “Si al morir el autor de la herencia tenía varias concubinas en las condiciones mencionadas al principio de este capítulo, ninguna de ellas heredará.” Error craso según nuestro criterio, pues en este caso nuestro Código se aparta de lo que es el concubinato en sí, o sea la unión de un solo hombre con una

mujer. Podría haber dicho que en el caso de que el autor de la herencia tuviera relaciones maritales con varias mujeres a la vez, ninguna heredaría, pero no cuando concurrieran varias concubinas, pues este caso nunca se podrá presentar.

Para finalizar este capítulo, queremos decir que si sugerimos determinadas variantes al artículo citado en relación con las porciones hereditarias, no lo hicimos por capricho, sino comparando la situación en la que se encuentra el cónyuge que sobrevive cuando se trata de la herencia legítima dentro del matrimonio, tratando de sostener en todo momento, desde luego, la supremacía, desde todos los puntos de vista, del matrimonio sobre el concubinato.

CAPITULO V

El concubinato en las legislaciones estatales de la República Mexicana

Hemos querido dedicar este último capítulo al análisis de las diferentes formas como tratan al concubinato algunas de las legislaciones de los diferentes Estados que componen nuestra República Mexicana, sin incluir, para no repetirla, la del Estado de Jalisco, la cual tratamos en el capítulo anterior.

De acuerdo con el precepto constitucional contenido en el artículo 40, nuestro país está compuesto por Estados libres y soberanos en su régimen interior, y con base en este principio cada Entidad tiene su propia legislación civil, elaborada de acuerdo a las necesidades de cada una de ellas.

Al tratar de cada uno de los Códigos Civiles, procuraremos tomar como referencia al del Distrito Federal, señalando, según sea el caso, las diferencias que contengan con respecto a éste o simplemente indicando que sus preceptos son iguales:

En este análisis hemos encontrado que tratan del concubinato los capítulos relativos a: a) La obligación de dar alimentos; b) Obligación de dejar alimentos en el testamento; c) Preferencia a recibir alimentos cuando el caudal hereditario no alcanza para todas las personas que tienen ese derecho, y d) Sucesión legítima; aunque no todos los Ordenamientos Jurídicos Estatales abarcan los puntos anteriores.

COAHUILA. Edición 1974. En este Código no encontramos ninguna disposición relativa al concubinato en el capítulo refe-

rente a la obligación de dar alimentos. En cuanto a las sucesiones, el artículo 1265 establece la obligación del testador de dejar alimentos únicamente a la concubina, y el 1270, que se refiere a la forma como se deben dejar esas percepciones cuando el caudal hereditario no es suficiente, es copia del 1373 del Código de la materia del Distrito Federal, y por consiguiente, tiene los mismos errores. La sucesión legítima la trata en el artículo 1532 y también en este caso es idéntico dicho precepto al 1635 del Distrito Federal, que únicamente protege a la concubina.

CHIAPAS. Edición 1975. El artículo 298 incluyó por Decreto No. 39/35 del 8 de febrero de 1946, la obligación de darse alimentos no nada más entre los cónyuges, sino también a la concubina o al concubinario, según sea el caso, siempre que hayan vivido bajo el mismo techo durante tres años consecutivos; que ninguno esté unido en concubinato con otra persona y que vivan honestamente, así como que hayan permanecido libres de matrimonio durante su unión. Tratándose de la concubina, el derecho de alimentos prescribe en un año a partir de la fecha en que haya sido abandonada. El concubinario podrá tener el derecho a alimentos sólo que justifique que no tiene bienes y que está imposibilitado para trabajar.

En la sucesión testamentaria, el artículo 1353 que se refiere a la obligación de dejar alimentos, toma en cuenta tanto a la concubina como al concubinario, con las mismas condiciones que citamos anteriormente, salvo en lo que se refiere a la duración de esta unión, pues se necesita que hayan convivido los cinco años anteriores a la muerte del testador. El artículo 1358 que menciona el orden a recibir alimentos cuando el caudal hereditario

no es suficiente, contiene las mismas disposiciones que el Código del Distrito Federal, con la salvedad de que menciona también al concubinario. Por último, en la sucesión legítima, el rubro del Capítulo VI dice: "De la sucesión de los concubinarios", y las disposiciones de su artículo 1609 son iguales a las del Distrito Federal, con excepción de que cuando no existe ningún pariente, ésta recibirá el monto total de la herencia sin ceder ninguna cantidad a la Beneficencia Pública. Tratándose del concubinario, si concurre con algún pariente, no tendrá ningún derecho; en caso contrario, también heredará el total de la herencia. (Esta modificación respecto al monto total de la herencia, también se incluyó en el decreto que se mencionó al principio.)

CHIHUAHUA. Edición 1974. En este Ordenamiento no encontraremos nada relativo al concubinato en el Capítulo de Alimentos. En cuanto a la Sucesión Testamentaria el artículo 1272, establece la obligación de dejar alimentos exclusivamente a la concubina. El 1277 es copia del 1373 del Distrito Federal. El 1527, al hablar de la sucesión legítima, menciona también únicamente a la concubina, pero en la última parte afirma que al no concurrir ésta con ningún pariente, tendrá derecho a toda la herencia.

DURANGO. Edición 1973. Al igual que el Código analizado anteriormente, éste ignora al concubinato tratándose de la obligación de dar alimentos. Los artículos 1253 y 1258 que tratan los puntos de la Sucesión Testamentaria que estamos analizando, así como el 1519 que habla de la Sucesión Legítima, son idénticos a los correspondientes del Distrito Federal, con la diferencia de que en el primero de los citados, no aparece aún ninguna reforma, y por consecuencia, señala únicamente a la concu-

bina y no al concubinario, para poder recibir alimentos con base en las obligaciones del testador.

GUANAJUATO. Edición 1974. La obligación de darse alimentos, ignora también las relaciones concubinarias. El artículo 2624 de la Sucesión Testamentaria asienta la obligación de dejar alimentos exclusivamente a la concubina. El 2629, contiene iguales disposiciones que el 1373 del Código del Distrito Federal, al establecer el orden para poder recibir alimentos cuando el monto de la herencia es insuficiente. Respecto a la Sucesión Legítima, asentada en el artículo 2873, encontramos algunas variantes con lo que dispone la legislación del Distrito Federal, pues en la fracción I, al señalar la concurrencia de la concubina con hijos de ella y del autor de la herencia, especifica que tendrá derecho a la mitad de la porción de un hijo, pero aunque tenga bienes, a diferencia de nuestra legislación local que sí toma en cuenta el hecho de que ésta posea algún patrimonio, pues esto hará variar la cantidad que le corresponda. La fracción V contempla la situación de que si la concubina coparticipa en la herencia con parientes colaterales, deberán tomarse en cuenta a éstos hasta el sexto grado. La fracción VI estipula que si no hay ningún pariente, la mitad será para aquélla, y el resto para la Universidad de Guanajuato. Finalmente, en el último párrafo dice: "La concubina no heredará si concurre con la cónyuge supérstite", situación totalmente errónea, pues sabemos que al existir el cónyuge, o sea el matrimonio, desaparece automáticamente el concubinato.

GUERRERO. Edición 1975. En el año de 1937, este Estado declaró vigente para su jurisdicción el Código Civil del Distrito y Territorios Federales, y aunque en la edición que nos sirvió de

fueron fuente aparecen diversas modificaciones, no encontramos la que se refiere al artículo 1368, pues sigue tomando en cuenta este precepto sólo a la concubina como la única que puede tener derecho a recibir alimentos en la Sucesión Testamentaria.

HIDALGO. Edición 1975. En lo tocante a la obligación de darse alimentos no encontramos nada relativo al concubinato. El artículo 1349, al citar la obligación por parte del testador de dejar alimentos, señala únicamente a la concubina con tal derecho en la fracción V; sin embargo, en la última parte de ésta, presenta una variante muy especial que no encontramos en ningún otro ordenamiento, y que nos vamos a permitir transcribir: "La mujer que haya tenido hijos con el testador, excluye a la que no los haya tenido . . ."; más adelante afirma: ". . . si fueren varias las concubinas sin hijos del autor de la herencia, ninguna de ellas tendrá derecho a alimentos". En principio, este Código presupone la coexistencia de varias concubinas, situación que va en contra del criterio sustentado en el presente trabajo; además establece dos clases de ellas, unas con hijos y otras sin hijos. Nosotros nos preguntamos ¿qué sucederá si llegan a coincidir dos o más concubinas que tengan hijos? Realmente consideramos que el legislador tuvo posiblemente la intención de ser muy humano, pero lo único que logró, según nuestro juicio, fue crear situaciones confusas para el juzgador. El artículo 1354 es copia del 1373 del Código del Distrito Federal. Respecto de la Sucesión legítima, la cita en el artículo 1616, el cual es similar al correspondiente del Distrito Federal, excepto en dos puntos: la fracción IV establece que si coincide la concubina con ascendientes, tendrá derecho a la mitad de la herencia y no a la cuarta parte; y en el último párrafo del

citado artículo, vuelve a tomar en cuenta la coexistencia de varias concubinas que no hayan tenido hijos del autor de la sucesión, mereciendo la misma crítica que hicimos con anterioridad.

ESTADO DE MEXICO. Edición 1975. Este Código contiene disposiciones muy similares a las del Distrito Federal: no trata del concubinato en los puntos que se refieren a la obligación de dar alimentos. El artículo 1216 por Decreto No. 179 del 4 de febrero de 1975, fue modificado y quedó igual que el 1368 del Distrito Federal, o sea que ya toma en cuenta al concubinario en la obligación de dejar alimentos en el testamento. El 1221 igual al 1373 del Distrito Federal; y el 1464 igual al 1635, con la diferencia de que en aquél se establece que al subsistir únicamente la concubina la mitad de la herencia no será para la Beneficencia Pública, sino para el Instituto de Protección a la Infancia del Estado de México, modificación que se llevó a cabo mediante Decreto No. 97 de 11 de marzo de 1971.

MICHOACAN. Edición 1975. Ignora al concubinato en lo que se refiere a la obligación de dar alimentos en vida. En cuanto a la Sucesión Testamentaria, el artículo 1232 señala únicamente a la concubina con derecho a recibir alimentos. El 1237 sigue el mismo orden que el 1373 del Distrito Federal, pero no menciona a los parientes colaterales. La sucesión legítima de la concubina la trata en el artículo 1492 en forma similar al del Distrito Federal, excepto cuando ésta es la única heredera, pues la mitad de la herencia la recibe el Fisco del Estado.

MORELOS. Edición 1975. En este Código encontramos que tratándose de la obligación de dar alimentos, reconoce a la concubina con derecho a exigirlos según su artículo 403, pero en el

último párrafo manifiesta expresamente que el concubinario nunca podrá tener esa prerrogativa. Respecto a la Sucesión Testamentaria, citada en el artículo 1375, obliga a dejar alimentos en el testamento a la concubina, no así al concubinario. El 1380 dispone lo mismo que el 1373 del Distrito Federal. La sucesión legítima de la concubina, estipulada en el artículo 1643, establece que le corresponderá la porción de un hijo si concurre con hijos de ella y del autor de la herencia o si son nada más de éste, habidos en matrimonio o fuera de él. Únicamente si la concubina tiene bienes por igual o mayor cantidad que el haber hereditario, no tendrá derecho a recibir su parte. Finalmente, en los demás casos se equipara a los derechos de sucesión que tiene la cónyuge supérstite.

NUEVO LEON. Edición 1975. No menciona al concubinato en la obligación de dar alimentos. El artículo 1265 cita únicamente a la concubina como la que tiene derecho a recibir alimentos por medio de testamento. El 1270 que habla del caudal hereditario insuficiente para dejar alimentos, contiene idénticas disposiciones al 1373 del Distrito Federal; así como el 1532 al hablar de la sucesión legítima, es copia del 1635 de este último Ordenamiento.

OAXACA. Edición 1976. Este Código no cita en ninguno de sus capítulos nada referente al concubinato.

PUEBLA. Edición 1976. En la Legislación de este Estado, al igual que el anterior, no encontramos ninguna disposición referente a las relaciones concubinarias.

SAN LUIS POTOSI. Edición 1974. Respecto a la obligación de dar alimentos en vida no hace mención al concubinato. Por lo que toca a la Sucesión Testamentaria, concede sólo a la

concubina el derecho de recibir alimentos, de acuerdo al artículo 1214. El 1219 es idéntico al 1373 del Distrito Federal. En cuanto a la Sucesión Legítima, que trata en el artículo 1471, si bien transcribe el contenido del 1635 de la Legislación del Distrito Federal, agrega un párrafo final en el que establece que si la concubina muere o no deja ningún otro pariente, el concubinario, únicamente en este caso, también tendrá derecho a recibir la mitad de la herencia y el resto será para la Beneficencia Pública.

SINALOA. Edición 1976. Al igual que casi todos los Códigos citados, éste tampoco cita al concubinato en los Capítulos referentes a alimentos. Por Decreto No. 24 de 9 de mayo de 1975 se modificó el artículo 1267 que se refiere a la obligación del testador para dejar alimentos, pues a partir de esa fecha, protege tanto a la concubina como al concubinario. El 1272 se conservó igual que el 1373 del Distrito Federal. El Capítulo VI que habla de la Sucesión Legítima, tiene como rubro "De la sucesión de la Concubina", sin embargo, en el contexto de su artículo 1520 encontramos que ya toma en cuenta indistintamente a la concubina o al concubinario, disponiendo el mismo grado de participación de la herencia cuando éstos concurren con otros parientes, que lo establecido por el artículo 1635 del Código del Distrito Federal. La modificación a que hicimos mención también se realizó con base en el citado decreto.

SONORA. Edición 1975. Encontramos que la Legislación Civil de este Estado presenta algunas variantes respecto a la obligación de proporcionar alimentos, pues concede el derecho de exigirlos a la concubina, pero expresamente niega tal derecho al concubinario. Tratándose de la obligación de dejar alimentos en

el testamento, el artículo 1443 señala exclusivamente en este caso a la concubina. El artículo 1448 es igual al 1373 del Distrito Federal. El artículo 1711 nos habla también sólo de la concubina, y concede en su fracción I que ésta tiene derecho a la porción de un hijo, ya sea que concorra con hijos de ella y del autor de la herencia o que nada más sean de éste, habidos en matrimonio o fuera de él. La fracción II estipula que si la concubina posee bienes en igual o mayor cantidad de los que componen el líquido de la herencia, no tendrá derecho a percibir la parte que se menciona en la fracción anterior. Respecto a la concurrencia con otros parientes, la fracción III equipara a ésta con el cónyuge supérstite; es decir: si existen ascendientes, le tocará la mitad de la herencia; si hay hermano o hermanos, le asignan las dos terceras partes; en estos dos casos aun cuando tenga bienes; si no hay ningún pariente, heredará totalmente. Por último, no prevé y a nuestro juicio correctamente, la coexistencia de la concubina con otras mujeres con las que pudiera haber tenido relaciones parecidas.

TLAXCALA. Edición 1974. Este Código, al igual que el de los Estados de Oaxaca y de Puebla, ignora totalmente al concubinato.

VERACRUZ. Edición 1975. Si bien este ordenamiento no menciona al concubinato en lo referente a la obligación de dar alimentos, en cambio tratándose de la sucesión observamos algunos aciertos; en el artículo 1301 señala la obligación del testador de dejar alimentos de acuerdo con su fracción V, tanto a la concubina como al concubinario, según se trate. En el 1306, no obstante comete el mismo error que el 1373 del Distrito Federal, al

establecer la preferencia para recibir alimentos cuando no alcanza el caudal hereditario, vuelve a mencionar expresamente como titular de ese derecho también al concubinario. La Sucesión Legítima, tratada en el Título IV, tiene como rubro de su Capítulo VI "De la Sucesión en el concubinato", y en el artículo 1568, habla por consiguiente de "las personas que hayan convivido bajo un mismo techo, como marido y mujer durante los tres últimos años . . ." "tienen el mutuo y recíproco derecho a heredarse conforme a las siguientes reglas". Las fracciones I y II son iguales a las del artículo 1635 del Distrito Federal. En la fracción III, al concurrir con hijos suyos e hijos del autor de la herencia, le concede la porción de un hijo, mientras que la legislación del Distrito Federal autoriza las dos terceras partes. Cuando coincide con ascendientes, si es nada más con uno de ellos, le toca la mitad de la herencia, y si es con los dos, se queda con una tercera parte, en tanto que en el Distrito Federal, se le da la cuarta parte ya sea que sobrevivan uno o los dos ascendientes; todo esto estipulado en la fracción IV. Cuando existen parientes colaterales, en el Distrito Federal, le conceden una tercera parte, y en el Código en análisis, según la fracción V, le tocan las dos terceras partes. La fracción VI dispone que no habiendo ningún pariente, el o la concubina heredarán las tres cuartas partes y el resto al Fisco del Estado, mientras que en el Distrito Federal, a la concubina le toca sólo la mitad de la herencia. Por último, en el Código de Veracruz no se menciona la coexistencia de más de una persona que haya tenido vida en común con el autor de la sucesión.

YUCATAN. Edición 1973. En la obligación de dar alimentos, no menciona este Código al concubinato. En el artículo 2205,

indica que el testador debe dejar alimentos a la concubina, mas no cita la existencia de varias de ellas. El 2210 que se refiere al orden para recibir alimentos cuando el total de la herencia no es suficiente, contiene en su fracción I la disposición de que se deberá dejar tal percepción a los descendientes y al cónyuge supérstite o a la concubina, según el caso, a prorrata. El Capítulo V del Título IV, relativo a la Sucesión Legítima, el rubro de aquél dice "De la sucesión del cónyuge y de la concubina", indicando en su artículo 2417 que la concubina heredará en la misma proporción que la cónyuge. Observamos que en este caso el legislador cometió el error de igualar a la concubina con la cónyuge, dando a entender que por parte de la ley, no hay ningún interés en evitar el concubinato, situación que propicia el que no exista por parte de las personas, intención por cubrir los requisitos del matrimonio, ya que saben que en última instancia, al ser concubina en vez de esposa, de todas formas aquélla tendrá los mismos derechos en la sucesión legítima. Finalmente, tampoco cita nada referente a que concurren varias mujeres con las que el autor de la sucesión haya hecho vida común.

ZACATECAS. Edición 1975. No existe ninguna disposición sobre el concubinato en la obligación de dar alimentos en vida. La fracción V del artículo 1357, establece la obligación de dejar alimentos en el testamento a "la mujer con quien el testador vivió maritalmente . . ."; y aun cuando se identifica con la concubina, y el contenido de toda esta fracción en esencia es igual al que aparece en el Código del Distrito Federal, no utiliza para nada la palabra "concubina" o "concubinato". En el artículo 1362 que se refiere al orden a heredar alimentos cuando no alcanza para todas las per-

sonas que menciona el 1357, en su última fracción encontramos un grave error, pues dice que se “ministrarán a las mujeres a quienes se refiere la fracción VI del artículo 1357”, situación que se contradice totalmente, pues en dicha fracción habla de una sola mujer. Por último, el artículo 1601 contiene disposiciones iguales a las del 1635 del Distrito Federal.

* * *

Consideramos conveniente, después de haber realizado el análisis de los anteriores Ordenamientos Jurídicos, concluir el presente capítulo, con un resumen de la forma como contemplan las legislaciones estatales al concubinato, para lo cual trataremos, hasta donde nos sea posible, de agruparlos de acuerdo con sus concordancias entre sí, afirmando por anticipado que, según nuestro criterio, ninguno nos parece que tenga una reglamentación completa.

Primeramente citaremos los Códigos de los Estados Puebla, Oaxaca y Tlaxcala, que cometen el error de no mencionar en su articulado ningún punto relacionado con el concubinato.

En relación a la obligación de dar alimentos en vida, la generalidad de las legislaciones citan únicamente esta obligación entre los cónyuges, olvidando las relaciones concubinarias. Únicamente los Estados de Morelos, Sonora y Chiapas tratan este problema; en los dos primeros, sólo la concubina tiene ese derecho, y expresamente se lo niegan al concubinario. Respecto al de Chiapas, en éste sí aparecen mencionados los dos, siempre y cuando hayan cohabitado durante tres años consecutivos. El derecho de la mujer para reclamar esta percepción prescribe después de un año

de haber sido abandonada, y en el caso del hombre obtendrá alimentos si comprueba que está imposibilitado para trabajar y no tiene bienes.

En cuanto a la obligación que tiene el testador para dejar alimentos en su testamento a determinadas personas, todos los Estados contienen disposiciones al respecto por lo que toca al concubinato, con la diferencia de que un grupo de ellos cita exclusivamente a la concubina, y el otro toma en cuenta también al concubinario. En el primer grupo se encuentran los Códigos de Coahuila, Chihuahua, Durango, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Michoacán, Morelos, Nuevo León, San Luis Potosí y Sonora. De los anteriores, el de Hidalgo es el que comete el error de establecer que la concubina que tenga hijos, excluye a la que no los tenga en el derecho de recibir alimentos. El grupo que toma en cuenta a la concubina y al concubinario, lo componen las legislaciones de Chiapas, México, Sinaloa, Veracruz, Yucatán y Zatecas.

Cuando el caudal hereditario no alcanza para dejar alimentos a todas las personas, la ley establece un orden de preferencia para el goce de tal derecho. Aquellos Estados que tienen las mismas disposiciones que el Distrito Federal, y que por consiguiente caen dentro de las objeciones que hicimos a éste en el capítulo anterior, son los siguientes: Coahuila, Chihuahua, Durango, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, México, Michoacán, Morelos, Nuevo León, San Luis Potosí, Sinaloa y Sonora. Los cuatro Estados restantes tienen variantes: Chiapas y Veracruz mantienen el mismo orden, pero al llegar al concubinato, conceden el mismo derecho tanto a la mujer como al hombre. Yucatán estipula en primer lugar

que se deje alimentos a los descendientes y al cónyuge o a la concubina a prorrata, según sea el caso. Finalmente Zacatecas, que indebidamente acepta que varias mujeres que hayan hecho vida marital con el autor del testamento tengan derecho a recibir alimentos.

La sucesión legítima es considerada en forma igual al Distrito Federal, en los Estados de Coahuila, Durango, Guerrero, México, Michoacán, Nuevo León y Zacatecas, con la excepción de que en los Estados de México y de Michoacán, la Beneficencia Pública es sustituida por el Instituto de Protección a la Infancia en el primero y por el Fisco del Estado en el segundo. Las legislaciones que presentan situaciones diferentes son: Chiapas, que aun cuando sigue los mismos lineamientos que el Código del Distrito Federal cuando la concubina coincide con otros parientes, al quedar ella sola, le tocará toda la herencia, además de que al concubinario le concede el mismo derecho, pero únicamente en el caso de que también él sea, al morir la concubina, el único heredero, pues si concurre con algún otro pariente, no tendrá ningún derecho. Chihuahua contiene las mismas disposiciones que el Código anterior, pero sin mencionar para nada al concubinario. Guanajuato establece que si la concubina concurre con hijos de ella y del autor de la herencia, tendrá la mitad de la porción de un hijo; pero aun cuando tenga bienes, si lo hace con colaterales, se toma en cuenta hasta el sexto grado, y comete el error de decir que si concurre con la cónyuge no tendrá derecho a heredar. Hidalgo, al considerar la concurrencia de la concubina con los ascendientes, le otorga la mitad de la herencia, y cita nuevamente la exclusión de la concubina que no tiene hijos, por la

que sí los tiene. Morelos, Sonora y Yucatán equiparan erróneamente en derechos a la cónyuge con la concubina. San Luis Potosí presenta como única variante en relación con el Distrito Federal, el derecho del concubinario a recibir la mitad de la herencia cuando no hay otros parientes. Sinaloa también copia las disposiciones del Distrito Federal, con la salvedad de que tanto la mujer como el hombre se encuentran en igualdad de derechos. Por último, Veracruz nos ofrece las siguientes modificaciones: menciona a los dos y señala sólo tres años de vivir en concubinato, anteriores a la muerte del autor de la herencia; por lo que toca a las proporciones en la concurrencia con otros parientes, se encuentran más elevadas que en el Código del Distrito Federal, y no cita la coexistencia de más una concubina.

SINOPSIS

1. Desde los albores de la humanidad hasta antes del florecimiento de las primeras culturas, no existió el concepto preciso de lo que es la familia.

2. En las culturas antiguas, la mujer y los hijos oscilaron dentro de la familia al vaivén de cambios que parecían caprichosos, pero que en aquella época tuvieron vital importancia, teniendo como eje central al padre de familia y a la concepción religiosa que daban a toda una serie de *status* dentro de su vida en general.

3. En los primeros tiempos de Roma, que como hemos mencionado representa la cuna de tantas instituciones jurídicas de la actualidad, nos encontramos con un gran contraste; por un lado, la tremenda autoridad del padre sobre la familia, al grado de disponer de sus hijos como si fueran objetos; y al mismo tiempo, fue donde se le dio al concubinato su verdadero significado y se permitió la existencia como una manera regular de unión marital. Finalmente, fue la Iglesia la que primeramente lo prohibió, aunque como vimos, sin que éste desapareciera.

4. En la Edad Media, al ser prohibido el concubinato por los Estatutos Municipales, en realidad lo que prohibían no era este tipo de unión, sino las relaciones extramaritales.

5. Fue también en la Reforma la idea religiosa la que sirvió como base para decidir qué relaciones eran concubinarias y cuáles uniones se consideraban ilegítimamente celebradas.

6. Al triunfo de la Revolución Francesa, se suprime la idea religiosa imperante hasta entonces, para pasar a ser toda la legislación relativa al matrimonio del dominio del Estado, y por ende, también, la del concubinato.

7. En España encontramos una limitación muy curiosa a la barraganía, que fue la denominación que se le dio al concubinato, consistente en que no se podía tener como barragana a una virgen, razón por demás absurda.

8. Al traer los conquistadores a México su civilización, hicieron desaparecer la poligamia entre los indígenas para implantar todo su sistema jurídico con todas sus consecuencias; y lógico resulta que al implantar la monogamia, surgiera el concubinato, sobre todo en virtud de que al mezclarse las razas, considerándose a los indígenas de menor categoría que los españoles, se presentaron este tipo de uniones.

9. Una vez que vino la Independencia, empezó la labor de ir dejando atrás muchas instituciones jurídicas que se regían con bases religiosas, y gradualmente fue gestándose la división entre Iglesia y Estado, hasta culminar con las leyes de Reforma que vinieron a establecer la separación absoluta que priva en la actualidad. De esa fecha en adelante, problemas como el matrimonio y el concubinato tuvieron que analizarse desde el punto de vista estrictamente del derecho laico.

10. De los autores que mencionamos en relación al concepto de concubinato, encontramos que a excepción del maestro Rafael de

Pina, los demás no le han otorgado la importancia debida, dando la impresión de que evaden el tema o equivocan el significado preciso al confundirlo con la unión libre, que como afirmamos en su oportunidad, no consideramos que sean iguales, ya que creemos que el concubinato es una clase de unión libre, mas no toda unión de esta naturaleza puede considerarse como concubinato.

11. En cuanto a las diferencias y semejanzas entre matrimonio y concubinato, unas y otras se las da el Derecho, mas en esencia, según nuestro criterio, son situaciones análogas, con la diferencia única de que el matrimonio requiere para configurarse, de un acto solemne, mientras que el concubinato no necesita de este requisito.

12. Tratándose de la naturaleza jurídica del matrimonio, nos hemos inclinado por aceptar la que lo cataloga como una institución jurídica, ya que consideramos la estructura de ésta como la más completa e importante, digna de encuadrar en su contenido a la piedra angular de toda la sociedad, no olvidando desde luego que su nacimiento es por medio de un acto jurídico mixto y solemne. Tiene también las características de un estado jurídico de derecho, ya que es por voluntad absoluta de los consortes, el realizar su unión con todas las bases legales.

13. Al concubinato en cambio, y a pesar de que presenta características tan similares al matrimonio, no puede elevarse a la categoría de éste, por faltarle el acto solemne de tipo jurídico, y por consiguiente, no tener una reglamentación precisa y completa, convirtiéndose de este modo en un hecho jurídico en su inicio,

y como consecuencia, en un estado jurídico de las mismas características; es decir, en un estado jurídico de hecho.

14. La sucesión, incluyendo sus dos formas, constituye una manera importantísima de proyección del patrimonio de una persona. Si bien al principio fue la preocupación principal del hombre el transmitir su poder religioso a sus descendientes, devino esta situación en pasar también a éstos el patrimonio familiar, surgiendo primeramente la sucesión legítima como único medio de heredar, y más tarde la libertad del hombre para disponer de sus bienes después de su muerte, hasta llegar al momento actual en el que existe una combinación de ambas formas.

15. Importante es también que la herencia incluya tanto derechos como obligaciones, pues de lo contrario se prestaría a que se frenara el movimiento económico.

16. Consideramos justo que el legislador tome en cuenta a las relaciones concubinarias en la sucesión, no porque consintamos en su proliferación o porque queramos darles una categoría que no tienen, sino que creemos que si el Derecho las ignora, no con esto puede terminarse con ellas; además, la norma jurídica debe abarcar en su contenido, cualquier situación que se presente dentro de la sociedad en un momento y lugar determinado.

17. El Código de Jalisco, al no tomar en cuenta por un lado al concubinato en la sucesión legítima, y en cambio mencionarlo en la testamentaria, nos ofrece un ejemplo clásico de la confusión que existe en las legislaciones de nuestro país sobre este problema. Sin embargo, el gran mérito del Ordenamiento citado lo encontramos cuando señala el orden para recibir alimentos si no alcanza el caudal de la herencia, pues establece la verdadera situación que

debe guardar el concubinato, al citar en lugar preferente para tal derecho a los descendientes y al cónyuge supérstite, o en su caso a la concubina o al concubinario. Con esto, consideramos que la categoría del matrimonio como institución jurídica conserva su lugar, y al concubinato se le da el lugar que se merece, situación que se aprecia también respecto al patrimonio de familia.

18. Con todo el respeto que nos merece el eminente maestro Antonio de Ibarrola, no coincidimos con su punto de vista, pues según nuestra opinión, él se declara abiertamente en contra de las relaciones concubinarias, lo que para nosotros lo coloca fuera de la realidad que vive nuestra sociedad. Al concubinato reconocemos que hay que tratar de eliminarlo, pero ante la imposibilidad de hacerlo de un solo golpe, se le tiene que dar cierta protección, pues debemos comprender que es una situación que no se puede ni debe ignorar.

19. Nuestro Código Civil vigente para el Distrito Federal tampoco escapa a la crítica, pues consideramos que no contiene una reglamentación uniforme sobre este problema, con todo y las reformas habidas en el año de 1974. Respecto a lo que afirma éste, encontramos varios errores: a) Presupone la posible coexistencia de varias concubinas o concubinarios; b) En algunos puntos protege al hombre y a la mujer y en otros únicamente a ésta; c) En casos está incluyendo la posibilidad de que concurren la cónyuge y la concubina; y d) Llega a citar expresamente que la primera excluye a la segunda.

CONCLUSIONES

Ante la forma tan irregular en que las diferentes legislaciones han tratado el problema del concubinato, y siendo nuestro propósito principal en este trabajo el aportar nuestra modesta opinión para lograr que la ley sea más justa ante las relaciones concubinarias y se adapte a la situación que estamos viviendo en la actualidad, nos vamos a atrever a sugerir, como contenido de estas conclusiones lo que todo ordenamiento jurídico de la materia debiera establecer, tomando en lo que proceda, parte de lo que se encuentra en los diferentes Cuerpos Legislativos que mencionamos a lo largo del presente estudio, y siguiendo el orden del Código Civil para el Distrito Federal:

1. *EN MATERIA DE ALIMENTOS*

Los cónyuges deben darse alimentos mutuamente; asimismo la concubina y el concubinario tienen la misma obligación. Entendiéndose como concubinato a la cohabitación de un solo hombre con una sola mujer que hacen vida en común como si fueran cónyuges por un tiempo mínimo de cinco años o si tuvieren hijos, faltándoles únicamente la celebración del matrimonio ante el Oficial del Registro Civil. En el caso del concubinario, sólo tendrá ese derecho si está imposibilitado para trabajar y no tiene bienes.

2. EN MATERIA DE PATRIMONIO DE FAMILIA

Tienen derecho de habitar la casa y aprovechar los frutos de la parcela afecta al patrimonio de la familia, el cónyuge del que lo constituye y las personas a quienes tiene obligación de dar alimentos. Tratándose del concubinato, la concubina podrá exigir ese derecho, en tanto que el concubinario únicamente podrá hacerlo si comprueba que está imposibilitado para trabajar y no tiene bienes. La comprobación de los vínculos familiares se hará con las copias certificadas del Registro Civil; y por lo que toca al concubinato, pruebas fehacientes de que vive en ese estado, las cuales serán valoradas por el Juez.

3. EN MATERIA DE SUCESIONES

A) SUCESION TESTAMENTARIA

De los bienes que se pueden disponer por testamento

a) El testador debe dejar alimentos a las personas que se mencionan en las fracciones siguientes: I. . . II. . . III.—Al cónyuge supérstite, o concubina o concubinario, según sea el caso, tratándose de este último, únicamente cuando esté impedido para trabajar y no tenga bienes suficientes. Salvo otra disposición expresa del testador, este derecho subsistirá, en tanto el que sobreviva, ya sea en el matrimonio o en el concubinato, no vuelva a tomar cualquiera de esos dos estados y viva honestamente. IV. . . V. . .

b) Cuando el caudal hereditario no fuere suficiente para dar

alimentos a todas las personas citadas anteriormente, se observarán las reglas siguientes: I.—Se ministrarán a los descendientes y al cónyuge supérstite, o concubina o concubinario, según se trate, a prorrata. II.—Cubiertas las pensiones anteriores, se ministrarán a prorrata a los ascendientes. III.—Cubierta la disposición anterior, se ministrarán, también a prorrata, a los hermanos. IV.—Por último, después de cubrir todo lo que se refiere a las fracciones que anteceden, se ministrarán igualmente a prorrata a los demás parientes colaterales dentro del cuarto grado.

B) SUCESION LEGITIMA

De la sucesión en el concubinato

a) El concubinario o la concubina tendrán derecho a heredar conforme a las reglas siguientes: I.—Si concurre con hijos tenidos con el autor de la herencia, tendrá derecho a la porción de un hijo; II.—Si concurre con hijos que lo sean únicamente del autor de la herencia, tendrá derecho a la mitad de la porción de un hijo; III.—Si concurre con hijos que lo sean de los dos y con hijos que el autor de la herencia tuvo con otra persona, tendrá derecho a las dos terceras partes de la porción de un hijo; IV.—Si concurre con ascendientes del autor de la herencia, tendrá derecho a una tercera parte del monto total de la sucesión; V.—Si concurre con parientes colaterales dentro del cuarto grado del autor de la sucesión, tendrá derecho a la mitad de ésta; y VI.—Si el autor de la herencia no deja descendientes, ascendientes o parientes colaterales dentro del cuarto grado, tendrá derecho a las dos terceras partes de la sucesión, quedando el resto para la Beneficencia Pú-

blica. Los casos a que se refieren las fracciones I, II, III y IV, se tomará en cuenta si el concubinario o la concubina carece de bienes o si los que tiene al morir el autor de la sucesión no igualan a la porción que le corresponda, pues en la primera situación recibirá el total que le toca y en la segunda recibirá la parte que le falte para igualar dicha porción.

BIBLIOGRAFIA

1. D'AGUANNO, JOSÉ: *Evolución y génesis del Derecho*.
2. PETIT, EUGENE: *Tratado elemental de Derecho Romano*.
3. PLANIOL, MARCEL y RIPERT, JORGE: *Tratado práctico de Derecho Civil Francés*. Tomo II.
4. MAZZEAUD: *Lecciones de Derecho Civil*. Parte primera. Volumen III.
5. JOSSERAND: *Derecho Civil*. Tomo I. Volumen II, *La familia*.
6. BONNECASE, JULIÁN: *Elementos de Derecho Civil*. Tomo I.
7. COLÍN y CAPITANT: *Curso elemental de Derecho Civil*. Tomo I.
8. ORTIZ URQUIDI, RAÚL: Tesis doctoral, *Matrimonio por comportamiento*.
9. DE PINA, RAFAEL: *Elementos de Derecho Civil Mexicano*. Volumen I.
10. DE IBARROLA, ANTONIO: *Cosas y sucesiones*.
11. ROJINA VILLEGAS, RAFAEL: *Derecho Civil Mexicano*.
12. *Código Penal para el Distrito Federal*.
13. *Código Civil del Distrito Federal*.
14. *Códigos Civiles de los Estados de: Coahuila, Chiapas, Chihuahua, Durango, Guajalajara, Guerrero, Hidalgo, México, Michoacán, Morelos, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán y Zacatecas*.