Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

EL CONCUBINATO LEGAL

Por el Dr. Emilio MENENDEZ, Magistrado de la Audiencia de La Habana. Colaboración Especial para la Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia de México.

1. El título de este trabajo aparecerá a primera vista un tanto contradictorio, porque ha sido siempre la ausencia de regulación legal, o su formación a espaldas de toda normación coactiva, lo que ha caracterizado al concubinato o unión libre, como también se le llama. Sin embargo, debemos afirmar de manera categórica desde estas primeras líneas, que ni siempre ha sido el concubinato una unión entre hombre y mujer desprovista de toda regulación impositiva, ni ha estado totalmente privado, en toda época de efectos jurídicos; y lo que resulta en Cuba aún más excepcional desde la promulgación de la Constitución de 1940: que es en el Derecho constitucional patrio una verdadera institución de iguales efectos que el matrimonio, cuando en él concurren determinadas circunstancias, que trataremos de exponer y analizar en este ensayo.

2. El Derecho romano, con su excepcional sabiduría y precisamente por las condiciones personales que pudieran haber concurrido en los que contraían nupcias, estableció diversas formas de matrimonio, cuyas consecuencias y efectos eran diversos. Unos, los ciudadanos romanos y *sui juris* disfrutaban a plenitud uno de los derechos de la ciudadanía, el *jus conubium* que les permitía contraer matrimonio con persona del sexo opuesto, proveyendo esta unión de toda clase de efectos jurídicos; pero había otros individuos, como los esclavos, que no disfrutaban este derecho y que, por tanto, no podían cobrar la categoría de esposa o esposo aunque unieran su vida a quien disfrutara del mismo. Entonces surgía entre ambos un concubinato, que para el caso especial del esclavo se llamó *contu-*

DR © 1942. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

bernio, y que podía referirse también a cierta clase de libertos o manumitidos y para los cuales las *justae nuptiae* no tenía aplicación, sino esta unión, con determinados efectos que en definitiva se rechazó en el último estadio del derecho romano y que sufrió las limitaciones de la *Lex Julia de Adulteris*. [1]

3. En nuestro Derecho histórico, cuyas riquezas y aciertos no se han puesto aún suficientemente de relieve por los historiadores españoles e hispano-americanos, la institución del concubinato o amancebamiento, tuvo acabada regulación, tal vez si más feliz que la que ha pretendido ofrecerle nuestra Constitución de 1940 que más adelante analizaremos.

En efecto, frente al matrimonio-sacramento del antiguo Derecho, se estableció por el legislador español de antaño el matrimonio a *yurras*, que si bien tenía efectos jurídicos plenos, se diferenciaba, sin embargo, del sacramental por su carácter eminentemente civil; [2] pero no pudo dejar tampoco el previsor legislador español de contemplar, con más penetración que el francés de 1804, la realidad de las uniones concubinarias, y a ellas atendió eficazmente y con prolijidad en las Leyes I, II y III del título XIV de la *Partida* IV.

En estas Leyes reconoció el Rey Sabio que no es la institución de la *barragana* —que así se llama la concubina de este tipo— cosa útil para un cristiano, que conforme a las prescripciones de la Iglesia cae por tenerla en pecado mortal; pero no obstante ello, reconoce que los sabios antiguos la permitieron sin pena temporal, a fin de evitar que los que las disfrutaran tuvieran pluralidad de mujeres. [3] Como el legislador de las *Partidas* no quiso dejar de regular la institución en todas sus consecuencias, como es necesario que se hiciera en la actualidad, según vamos en seguida a demostrar, estableció los términos en que debía quedar constituída la barraganía, que habría de ser con mujer mayor de doce años, que no fuera virgen y que, de ser viuda, lo fuera honesta y de buen testimonio. En todo caso la barragana que no pueda tener vínculo con otro hombre, debe ser recibida como tal ante testigos por el que en ese concepto la pretende disfrutar, porque de otra manera podía ser tenida como mujer legítima. Por otra parte, se regula en la Ley III las personas ilustres que por sus dignidades y abolengo no podían contraer barraganía con mujeres de cierto jaez, como alcahuetas, siervas del que las pretendía, ni sus hijas, ni juglaresas y sus hijas, pues debe mantenerse aún en esta unión limpia la sangre

1 PEROZZI. *Istituzioni di Diritto Romano*, Roma, 1928, vol. I, págs. 371-379.

2 SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil*, Madrid, 1912, t. 5, vol. 1º, págs. 329 y sigs.

3 Partida IV, título XIV, Introducción.

DR © 1942. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

de los hijos que pudieran procrearse y que de tenerlos con infracción de estos impedimentos, no tendrían la condición de naturales, ni podrían participar en los bienes de sus padres, que quedarían desligados de la obligación de criarlos si no quisieren hacerlo. [4]

Esta saludable legislación, que podía haber sido, de acuerdo con las nuevas orientaciones de la familia y el derecho que habría de regularla modificada en las prudentes medidas que aconsejara la experiencia, tuvo, por efecto de la hostilidad con que miró la Iglesia estas irregulares uniones, una fuerte oposición, que se tradujo, por ejemplo, en el impedimento de hacerse donaciones los concubinos por el motivo inmoral que determinaba éstas. Pero el caso fué que cuando la influencia de la Iglesia se debilitó, como resultó a finales del siglo XVIII por motivo del movimiento iluminista, sin embargo, quedó prendido en el ambiente esta hostilidad contra las uniones libres y pudo este criterio traducirse en desacertadas omisiones en la legislación civil que de este movimiento cultural surgió.

4. El Código Civil francés de 1804, redactado bajo la inspiración de Napoleón, ignoró totalmente que existieran las uniones libres, manera ésta de ripostar adecuadamente a la ignorancia que hacia la ley demostraban los que sin ningún requisito legal unían su destino como si fuera en matrimonio. No se podrá encontrar a través de todo el texto legal del Código civil francés un solo artículo en que se haga referencia o alusión a las uniones libres, tan abundantes por otra parte, en Francia, desapareciendo de esa manera las posibles restricciones que había establecido la Iglesia y que hacían la condición de los concubinos —por ejemplo, en materia de impuestos— más beneficiosa que la de los propios casados. Este desconocimiento de la realidad encontró en definitiva su término, y la jurisprudencia francesa, que tan valiosas elaboraciones ha hecho sobre los preceptos del Código Civil centenario, comenzó a crearle efectos, no especialmente previstos, a estas uniones que la ley inútilmente quería ignorar. De esa manera, los Tribunales franceses empezaron por reconocer que existía una obligación natural a cargo del concubinario de asegurar el porvenir de la concubina, cuyo futuro y reputación se habían quebrantado por efecto de la unión extra-legal; de este modo la donación nula en principio por motivo de relación concubinaria, se transformaba en lícita y legal cuando conspiraba a ese propósito de asegurar el porvenir de la compañera. También aceptó, aunque de una manera un tanto singular la jurisprudencia francesa, el contrato de mandato tácito entre concubinos reconociéndolo para beneficio

4 En algunos Fueros Municipales como los de Plasencia y Zamora, se les da a las barraganas iguales derechos que a las mujeres legítimas y a la prole con ella tenida, determinados derechos. SÁNCHEZ ROMÁN, *Ob. cit.*, t. 5, vol. 1°, pág. 330.

DR © 1942. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

y garantía de los terceros que con ellos contrataban. Y ya con posterioridad y a causa de la guerra, no sólo la jurisprudencia, sino el propio legislador, atendió por imperativos de la vida inaplazables, la situación de la concubina, dándole iguales socorros que a la mujer legítima (Ley de 5 de agosto de 1914), ofreciéndole los mismos derechos sobre la casa del compañero movilizado por la guerra (Ley de 9 de marzo de 1918) y haciendo extensiva a ella el carnet para el consumo de pan otorgado a la familia (Decreto de 3 de agosto de 1917).[5]

5. A pesar de la ignorancia con que se ha querido tratar la unión libre, no ha dejado de asomar su existencia para la propia legislación católica y civil del matrimonio. Así, para la Iglesia tiene categoría de concubinato el matrimonio celebrado con ausencia del ministro católico y sólo ante el funcionario civil; y de igual manera para el Estado alemán, el matrimonio celebrado conforme al rito eclesiástico por carecer de validez, integra un concubinato. En ambos casos las uniones que se produzcan con motivo de tales formas de conducta no son más que uniones concubinarias.[6] Pero, tal es la fuerza que tiene el hecho sobre la norma que pretende ignorarlo, que la Iglesia ha tenido que reconocer la existencia del concubinato como impedimento de pública honestidad, para contraer matrimonio entre el concubinario o la concubina con determinados parientes del que es real compañero en la unión libre.[7]

6. Demostrado por la realidad de los hechos que el buen propósito del legislador francés de acabar con el concubinato, precisamente desconociéndolo, no fué coronado por el éxito, legislaciones posteriores se han dispuesto a buscar un justo remedio a las consecuencias que en algunos casos originaba la unión extra-matrimonial y que no podían quedar al mero capricho ni a las veleidades de los concubinarios. Uno de los Códigos, pionero en esta materia, fué el Código Civil mexicano de 30 de agosto de 1928, disponiendo en los artículos 1602 y 1635 los casos en que la concubina debía concurrir como heredera abintestato en la herencia de su compañero, incluso con los hijos legítimos y reservándosele una parte cuando "vivió como si fuera su marido 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".

---

5 V. en esta materia, PLANIOL y RIPERT, *Traité pratique de Droit Civil Français*, 1926, t. II, págs. 58-65.

6 ENNECCERUS-KIPP-WOLF, *Tratado de Derecho Civil*, traducción de Blas Pérez González y José Castán, t. IV, vol. 1º, pág. 135.

7 ENNECCERUS-KIPP-WOLF, *Ob. cit.*, t. IV, vol. 1º pág. 58, notas 21 y 61.

DR © 1942. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Esta solución del Código Civil mexicano me parece inspirada en un alto espíritu de justicia, que no puede merecer más que aplauso, pues de otra manera se daría el doloroso espectáculo de que los bienes, que en cierta manera contribuyó a fomentar o adquirir la concubina con sus desvelos, sus cuidados, a veces hasta con su trabajo, fueran a parar a personas que nada pusieron en su conservación, y se escaparan de las manos de uno de sus verdaderos dueños, que es la mujer. Deja, sin embargo, vigente la ley mexicana el peligro, bastante frecuente, de que veleidades del concubinario le permitan disponer libremente durante la unión de un patrimonio en que tanto derecho tiene él como su compañera, y que, sin embargo, por la forma en que se organizan estas uniones, no aparezca para nada la que en un momento dado puede ser privada de todo derecho sobre bienes que con sus desvelos contribuyó a adquirir o a conservar.

A esta situación ha puesto remedio, en cierto modo, el Código Civil de Venezuela de primero de octubre de 1942, estableciendo en su Artículo *767* la presunción de que existe una comunidad de bienes entre concubinos que han vivido permanentemente en tal estado y la mujer ha contribuido con su trabajo a la formación o aumento del patrimonio del hombre, aunque aparezcan inscriptos los bienes sólo a favor de éste; pudiéndose alegar esta presunción por la mujer al concubinario y por los respectivos herederos de ambos en litigio sobre los bienes. De esta manera la ley reconoce lo que en muchos casos se opera en uniones libres de carácter permanente y moral, es decir, la comunidad de bienes por efecto de la cooperación indiscutible que la concubina presta al compañero con los diversos medios en que una buena mujer puede cooperar al éxito de la empresa del hombre que con ella comparte la vida. En cierto sentido esta realidad, y sin que desde luego hubiera en nuestra legislación cubana ningún precepto que regulara el concubinato, fué reconocida por una sentencia de nuestro Tribunal Supremo de Justicia, [8] en la que se estimó la existencia de una sociedad universal de ganancias entre dos concubinos que trabajaron juntos y que con el común esfuerzo crearon una fortuna que el Tribunal Supremo declaró que pertenecía por mitad a los dos, no precisamente por ser concubinos, sino por ser realmente socios en el esfuerzo y en la empresa. Una sentencia posterior [9] aclaró perfectamente que el concubinato por sí solo no podía dar lugar a la comunidad de bienes propia del matrimonio, ya que ésta estaba requerida de otros requisitos que en la unión libre no concurren.

8 Sentencia Nº 18 de 18 de marzo de 1922.

9 Sentencia Nº 185 de 3 de diciembre de 1926 y otras.

DR © 1942. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

7. En el antiguo *Common Law* se discutió si el matrimonio privado de todo rito ostensible o requisito formal, tenía validez como tal matrimonio, cuestión al parecer un tanto obscura que los nuevos estatutos de los Estados han solucionado y que pudiera estar vinculada, más que a la cuestión de la unión conyugal sin requisitos, a la prueba del acto matrimonial. [10]

8. Como apuntábamos al principio de este trabajo, la situación en Cuba en relación con las uniones libres era de absoluto desconocimiento de las mismas, no obstante lo cual era y es crecidísimo el número de las que se vienen produciendo en las zonas rurales más apartadas y entre las gentes de ínfima posición social de los suburbios urbanos. Cuando se reunieron los miembros de la Convención Constituyente que redactaron la Carta que desde el 10 de octubre de 1940 rige nuestra vida constitucional, afrontaron este difícil problema y se dispusieron a resolverlo sin titubeos ni temores, seguros como estaban de que en el momento actual podían llevarse a una Constitución, no sólo aquellos elementos clásicos de toda carta o estatuto de tipo democrático, sino además, los que de una manera o de otra afectaran intereses esenciales del Estado, como son la familia, la economía, la cultura, la propiedad, etc. Para ello siguieron el ejemplo de las diversas cartas políticas que se promulgaron a partir de la pasada Guerra Mundial y que tuvieron colofón en la Constitución española de la República de 1931, que indiscutiblemente inspiró en muchos aspectos el pensamiento de nuestros constituyentistas.

Los diarios de sesiones de nuestra Asamblea constituyente ponen de relieve hasta qué punto fué movida e intrincada la discusión sobre el particular del matrimonio en general y de la unión concubinaria en particular, y como por algún convencional —el doctor José Manuel Cortina— se opinó que el asunto debía ir a formar parte de la legislación civil. Otros con criterio más conservador, como el doctor Orestes Ferrara, no compartieron la fórmula de regular las relaciones concubinarias, y otros más radicales, como los componentes del Partido Unión Revolucionaria Comunista, pretendieron una equiparación total y absoluta entre las uniones estables y singulares y los matrimonios contraídos conforme a la ley civil.

Hay que confesar, desde luego, que el generoso propósito de los Constituyentes y la valentía con que afrontaron una necesidad de tan inaplazable satisfacción en Cuba, no fué coronada por el éxito, dentro, desde luego, de nuestro personal criterio, pues hay opiniones como la del distinguido profesor de Derecho de Familia de nuestra Universidad, doctor Eduardo

10 MADDEN, *Handbook of the Law of Persons and Domestic Relations*, Saint Paul, 1931, págs. 49-56.

DR © 1942. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Le Riverend y Brusone, que entiende acertada la solución del Constituyentista y ha elaborado con el escueto precepto de la Constitución, una general doctrina de la institución en una monografía que es modelo en su clase [11] y que revela los quilates que como jurista atesora el querido profesor y amigo.

El precepto que va a ser objeto de análisis singular en este trabajo y, desde luego, en las partes más salientes, es el contenido en el párrafo sexto del artículo 43 de la Constitución cubana, que dice así:

> "Los Tribunales determinarán los casos en que por razón de equidad, la unión entre personas con capacidad legal para contraer matrimonio será equiparada, por su estabilidad y singularidad, al matrimonio civil".

Este mandato constitucional, como dejamos apuntado, forma parte del Artículo 43 en cuyo párrafo primero se dice categóricamente que la familia, la maternidad y el matrimonio tendrán la protección del Estado y que sólo será válido el matrimonio autorizado por funcionario con capacidad legal para realizarlo. A primera vista parece que el Constituyente ha incidido en una inconsecuencia, cuando afirmando que sólo merecerá la protección del Estado el matrimonio celebrado con las formalidades legales ante el funcionario competente, dispone cinco párrafos más adelante que la unión extra-legal de hombre y mujer en ciertas circunstancias se equipara al matrimonio. De esta manera se puede afirmar, que no sólo el matrimonio legal tiene la protección del Estado, sino también el concubinato, el cual se asimila al matrimonio en determinadas circunstancias y goza de las mismas prerrogativas y privilegios que él.

El examen de los debates constitucionales ponen claramente de manifiesto que fué propósito del legislador, que no se produjera la asimilación del concubinato estable, serio, al matrimonio de una manera automática sino a través de una sentencia judicial, que por razones de equidad determinara en cada caso singular si la unión que se pretendía asimilar o equiparar tenía categoría y condiciones para aspirar a ello. Aceptado este criterio se trabó en el seno de la Asamblea una inteligente polémica entre los constituyentes Rafael Guás Inclán y Orestes Ferrara sobre si el término más adecuado para referir al Juez su intervención en los pleitos de esta clase, era el de "arbitrio" o el de "equidad", triunfando en definitiva la expresión a mi juicio menos apropiada, de "equidad", que propuso el doctor Ferrara.

Pienso que hay muchas razones que abonan mis escrúpulos, pero sobre todo la de nuestra organización judicial y política. En efecto, nosotros

11 LE RIVEREND, *Matrimonio Anómalo (por equiparación)*, La Habana, 1942.

DR © 1942. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

como países de origen latino, tenemos Derecho legislado, a punto tal que al consagrar la propia Constitución de 1940 en su artículo 170 la independencia del Poder Judicial establece que los "Jueces y Fiscales son independientes en el ejercicio de sus funciones y no deben obediencia más que a la *ley*" con lo cual excluye el precepto cualquier otra norma de imperativo cumplimiento para el ejercicio de la función judicial y por tanto la equidad, que tiene para los países de Derecho escrito una función totalmente distinta que la propia de las países sajones. Por otra parte, la propia Constitución se encarga en los preceptos pertinentes, de determinar la forma cómo se deben promulgar las leyes, con intervención de los Poderes Legislativo y Ejecutivo y, por tanto, qué sentido tienen y qué estructura deben adoptar dentro de nuestro derecho constitucional para ser propiamente llamadas leyes los acuerdos de estos Poderes del Estado. De manera que establecer en términos generales la obediencia del juez a la ley como forma única de expresión del derecho positivo y en un precepto singular autorizar al propio juez para que cree una norma específica en cada caso por razones de equidad, resultaría —de interpretarse así— una segunda inconsecuencia del legislador constitucional.

Débese tener en cuenta para medir la trascendencia de esta cuestión, que la función de la equidad en la aplicación de la ley surgió en el Derecho anglosajón por iguales razones que se aplica hoy en el nuestro, es decir, para atenuar el rigor de la norma de Derecho estricto. Por esto fué la *Chancery* adscrita a la Corona, la que tuvo en principio esta función y han sido, al través de los siglos las *Courts of Chancery*, las que han estado encargadas de este cometido, que con el tiempo se ha ido integrando en un sistema de normas análogas al restante *Common Law* y que, por tanto, puede aplicarse con pareja eficacia [12] y en términos casi siempre más amplios. Pero en los países, como el nuestro, de Derecho escrito, la equidad no es más que el medio de que puede disponer en determinados casos el juez para, autorizado por el legislador, resolver en concreto y particularmente, casos en que la no flexibilidad de la norma, podría llevar a rigorismos injustos. [13] Ejemplo de esta remisión del legislador al juez entre otras, es el artículo 1154 del Código Civil español dictado en materia de aplicación de cláusula penal.

Descartada esta cuestión de técnica, parece a nuestro entender que el muy generoso propósito del Constituyente cubano con la creación de esta institución híbrida de concubinato y de matrimonio, no ha logrado su

12 RABASA, *El Derecho Angloamericano*, México, 1944, págs. 136-234.

13 COVIELLO, *Manuale di Diritto Civile Italiano*, Milano, 1924. págs. 8-9. Hay traducción española hecha en México por la Editorial de González Porto.

DR © 1942. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

primordial objetivo, que no puede ser otro que la solución del problema económico que la unión libre crea. Hago esta afirmación, porque estimo que no es posible resolver la cuestión social que implica una unión fuera de la ley con una mera sentencia judicial. Si una sociedad por su grado de cultura y desenvolvimiento, ve a la concubina como una apestada, cualesquiera que sean los motivos que la hayan determinado y la honestidad y moralidad en que viva, no podrá la sentencia judicial que la declare esposa, hacer el milagro de transformar esa consideración en el común sentir de las gentes. Por otra parte si un concubino repudia el fácil camino de ir al juzgado o a la notaría a contraer el matrimonio que su compañera le pide, difícil le será a quien le demande retenerlo a su lado y compartir la vida con él en los términos de verdaderos esposos. No puede la sentencia judicial por muy ejecutoria que sea y por muy coactiva que deba imponerse a las partes en el juicio, obrar el milagro que quiso atribuirle el legislador.

Y el problema económico queda tan en el aire como antes de haberse inaugurado esta institución, porque necesitándose el largo procedimiento de un juicio de cognición —entre nosotros, el declarativo de mayor cuantía— para lograr la creación de ese nuevo estado civil, puede el concubinario, por una parte, deshacerse de los bienes durante el proceso sin que tenga qué repartir cuando al cabo de tres o cuatro años recaiga sentencia en el pleito; y por otra, hacer esta sentencia de imposible cumplimiento contrayendo matrimonio y perdiendo una de las condiciones que exige el precepto en cuestión, que es la capacidad legal para contraerlo. En este caso se ha dicho por el profesor Le Riverend, que la unión puede declararse por el juez desde su inicio hasta el momento en que contrajo matrimonio, no obstante tener la sentencia que se dicte como propio del ejercicio de una acción de estado civil, carácter constitutivo. [14]

Aunque desde luego en los pleitos, difícilmente se dan los pronunciamientos tan singulares que puedan identificarse las sentencias que los hacen, como puramente declarativas, de condena, etc., hay que convenir en que la que crea un estado conyugal que antes no existía, es como dice el doctor Le Riverend, una sentencia constitutiva, y como tal, produce por ella misma una situación jurídica que antes no existía [15] y que difícilmente puede tener en su pronunciamiento esencial efectos retroactivos, que serían incompatibles con su esencial contenido. Esta cuestión tiene el capital interés en nuestro caso, de que la mayoría de los pleitos que se han estable-

14 Le Riverend, *Ob. cit.*, pág. 88.

15 Kisch, *Elementos de Derecho Procesal Civil*, traducción de L. Prieto, Madrid, 1932, pág. 181.

DR © 1942. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

cido en Cuba se han hecho contra la sucesión de concubinarios ya fallecidos, y que, por tanto, de haber existido, no sólo una unión de hecho sino un verdadero matrimonio, se habría disuelto por expresa disposición del artículo 52 del Código Civil. No obstante ello, la pretensión de la concubina ha sido lograr —y según la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, con éxito— que se declare, no precisamente que existe un matrimonio para el futuro, sino que lo hubo en el pasado y que, por tanto, se produjeron durante el período de unión, los efectos propios del matrimonio y especialmente la comunidad de bienes que debe repartirse entre herederos del concubinario y de la demandante. Esta cuestión, a mi entender, afecta de una manera sustancial a la técnica de la acción y, por consecuencia, a la naturaleza de la sentencia, creando una dificultad de orden procesal difícilmente salvable.

Para el tantas veces citado profesor Le Riverend, que tan bien ha estudiado esta institución, el esencial efecto de la misma es crear un verdadero matrimonio,[16] de manera tal, que lo que en adelante se produce entre concubinario y concubina es una relación conyugal con todas sus correlativas obligaciones y derechos. Debo confesar que no puedo compartir esta radical aseveración en lo absoluto por razones a mi entender obvias.

El matrimonio, declara el artículo 42 de nuestro Código Civil, es un contrato, de manera que con las limitaciones que tiene esta afirmación en relación con el estado conyugal que él mismo crea, hay que suponerlo participando en lo esencial de los elementos que son primordiales a todo contrato, o por mejor decir, el que es su motivo primario: la voluntad concorde de las partes. No obstante, la igualación conyugal que establece nuestra Constitución o surge con ausencia de la voluntad del concubinario por haberse éste muerto, o contra su propio manifiesto querer, oponiéndose en el pleito de equiparación a que se le condene a ser marido. No se diga que los términos de estabilidad y seriedad de la unión revelan una tácita voluntad matrimonial que la sentencia no hace más que reconocer, porque frente a toda presunción está el querer manifiesto del amante, negándose a casarse con la que lo demanda y contra cuya voluntad expresa, aún en proceso de esponsales o promesa matrimonial, no habría términos hábiles para conseguir que el contumaz se casara, precisamente porque el legislador de todas las latitudes y de todos los tiempos ha entendido con acierto que el matrimonio es el más voluntario de todos los contratos y que sus fines y propósitos no admiten que se imponga a nadie una unión que repudia, ni siquiera la que es consecuencia del delito de rapto, en la cual

16 LE RIVEREND, *Ob. cit.*, págs. 137.

DR © 1942. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

situación se le pone al raptor la alternativa del matrimonio o la cárcel, pero no se le impone el primero coactivamente.

Este matrimonio impuesto por ejecutoria me parece que quebranta todo principio en materia de contratación en general y de contratación matrimonial en particular. No podrá señalarse en ningún código civil del mundo, un solo precepto que imponga un convenio. El que se introduce indebidamente en el interior de una casa y se pone a disfrutarla sin título, se le arroja por el desahucio y se le condena a indemnizar daños y perjuicios, pero no se le convierte en arrendatario ni en propietario por una ejecutoria. Pensar que esto se pudiera hacer, pugnaría con todo principio jurídico en materia de obligaciones. Sin embargo, el que ha disfrutado una mujer en términos análogos a como lo hubiera hecho su marido, se le impone, contra su manifiesta voluntad, esta condición por una sentencia. Tan evidente es esto, que hoy día, que ha tenido tan patente penetración en el derecho de las obligaciones lo que se ha llamado el *contrato dirigido*,[17] del cual es exponente el de trabajo, no se ha llegado a prescindir de un mínimo de voluntad, siquiera adhesiva, a las fórmulas generales de contratación establecidas por la ley, sin imponerse en ningún caso, dentro de términos contractuales —no dentro de otras circunstancias— un contrato que no se quiere celebrar.

9. Esta novel institución del matrimonio por equiparación, ha tenido en nuestro medio otra singularidad de orden constitucional muy relevante y a la cual precisa dedicarle siquiera unas líneas. Es la de haberse hecho aplicación de ella directamente a casos concretos, sin esperar que se dictara por el legislador la ley que desarrollara el escueto principio consignado en la Carta Fundamental de la República.[18] Esta actitud de nuestro máximo Tribunal Supremo, por demás muy bien intencionada, plantea para nosotros el grave problema del valor derogatorio de la Constitución sobre las leyes ordinarias.

A nuestro entender, el problema no tiene más solución que la de aguardar la reforma del Código Civil, porque la multiplicidad de efectos y consecuencias que origina un matrimonio o una unión equiparada en circunstancias tan excepcionales, no se pueden resolver adecuadamente con un sano criterio jurídico, sino por medio de una ley ordinaria minuciosa y casuista.

La cuestión tiene un valioso precedente en España, donde se resolvió a mi entender con acierto, que las reformas introducidas por la Constitu-

17 ALESSANDRI, El Contrato Dirigido, en la obra *Las Actuales Orientaciones del Derecho*, Santiago de Chile, 1942, págs. 11-21.

18 LE RIVEREND, *Ob. cit.*, pág. 33, es partidario de su aplicación inmediata sin esperar la legislación complementaria.

DR © 1942. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

ción de 1931, en materia de filiación de hijos ilegítimos, nunca tuvieron aplicación porque no se dictó nunca tampoco la legislación complementaria que desarrollara ese principio;[19] pudiendo servir tan sólo de mero criterio de interpretación para variar los términos rigorosos que hasta la promulgación de dicha Constitución establecía la jurisprudencia del Tribunal Supremo español en esa materia.

Si el perímetro limitado de un artículo de esta naturaleza no lo impidiera, podríamos plantear en cantidades tal vez extraordinarias, los problemas a que pueden dar lugar estas uniones, que no es posible resolverlos con los tres renglones establecidos en la Constitución; sobre todo, si se pretende que son de igual categoría que el matrimonio, no obstante las circunstancias de hecho tan distintas que le acompañan en su formación.

Reconociendo el generoso propósito, por una parte, que alentó a nuestro Constituyente para establecer esta atrevida innovación, y por otra la necesidad de hacer justicia a tanta mujer burlada al término de una unión por quien más debía estar interesado en respetarla y defenderla, debo declarar, sin embargo, con máximo respeto de quienes no comparten mi criterio, que el remedio no ha logrado ser eficaz y que las uniones concubinarias, en lo único remediable que es en lo económico, no encuentran en este nuevo instituto un eficaz y definitivo amparo.

19 España, Sentencias de 27 de abril de 1934 y 11 de marzo de 1940, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935 y 1940, págs. 158-161 y págs. 224. Sobre este mismo tema existe un enjundioso trabajo de CASTRO, *El Derecho Civil y la Constitución*, Revista citada, 1935, págs. 33-48.

DR © 1942. Escuela Nacional de Jurisprudencia