

EL CONCUBINATO

Por el licenciado Héctor Benito MORALES MENDOZA,
Profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM.

Introducción

Con la idea de procurar un tratamiento lo más completo posible para este tema, las siguientes páginas están organizadas en dos áreas: una de carácter histórico jurídico y la otra de contenido teórico normativo. La primera de ellas pretende poner a la vista del lector todas aquellas uniones singulares y estables denominadas con diversidad de apelativos, distintas de la matrimonial, que confiamos expliquen, por sí mismas, las notas que las distinguen o que provocan su confusión con el concubinato *stricto sensu* del tiempo de los romanos y del que en nuestros días se designa como tal. La segunda, a través de la teoría jurídica, se destina al análisis del “concubinato mexicano” bajo la óptica de la cientificidad puramente normativa.

PRIMERA PARTE

Antecedentes históricos del concubinato

I. ANTECEDENTES REMOTOS

La unión concubinaria ha sido revestida a lo largo de su existencia, con caracteres diferentes que, en algunas ocasiones, la ubican al margen del derecho y en otras, el orden jurídico la regula escuetamente o sólo la ha contemplado para sancionarla.

Las principales actitudes que encontramos en la historia del derecho y en la doctrina jurídica con respecto del concubinato, al decir de Rojina Villegas,¹ se fundamentan en un criterio moral o en argumentos de carácter ético; actitudes que mencionaremos en un orden de menor a mayor adecuación con la realidad social y según su importancia como solución:

¹ ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Compendio de Derecho civil, T. I. Introducción, Personas y Familia*, 3a. Edición, Ed. Porrúa, México, 1967, pp. 337 a 345.

a) Considerar al concubinato como un estado ajurídico, en el cual se ignoren por completo las relaciones nacidas del mismo, es decir mantenerlo al margen de la ley.

b) Prohibir el concubinato, criterio marcado en el derecho canónico² llevado hasta el extremo de considerarlo como un delito de naturaleza más grave que la *fornicatio*, llegando a excomulgar a los concubinos y usando la fuerza pública para romper tales uniones.

c) Tomar en cuenta al concubinato como estado jurídico pero sólo en relación con los hijos, para su protección.

d) Reconocer el concubinato como una unión de grado inferior regulándolo jurídicamente.

e) Equiparar al concubinato con el matrimonio mediante decisión de los Tribunales o por medio de su registro, o bien guardando algunos requisitos señalados en la ley.

En este orden de ideas, el concubinato ha seguido una trayectoria jurídica a partir de la indiferencia legal, a su equiparación con la figura típica por excelencia utilizada para la integración de una familia como lo es el matrimonio, recorrido integrado por todo un proceso histórico de gestación y evolución social, que por su importancia analizaremos a continuación:

A) *Primeros tiempos de la humanidad*

El "concubinato" como forma utilizada por el ser humano para unirse es muy antigua, pues consideramos se remonta al tiempo en el cual el hombre inicia su organización social, época en la que seguramente se desconocía alguna otra manera para constituir el núcleo familiar, refiriéndonos en este caso, por ejemplo, al matrimonio.

El escaso número de estudios que se ocupan de estos aspectos enfocados en particular a los primeros tiempos de la humanidad, dificulta la precisión exacta del momento histórico a partir del cual se puede situar al concubinato; no obstante, siguiendo las ideas de Morgan,³ se puede decir que la gestación del concubinato se inicia en el límite ubicado entre el salvajismo y la barbarie, con la instauración del patriarcado y la aparición de los primeros vestigios de la familia monógama.

² Actualmente el canon 2357, apartado 2 del Código de Derecho canónico, señala como pena para quienes vivan públicamente en concubinato la exclusión de los actos legítimos eclesiales hasta que den señales de verdadero arrepentimiento.

MIGUELES DOMÍNGUEZ, Lorenzo y otros. *Código de Derecho canónico y legislación complementaria*, Ed. Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1969, p. 871.

³ Citado por ENGELS, Federico. *Origen de la familia, de la propiedad privada y del Estado*, Editores Mexicanos Unidos, S. A., México, 1977, pp. 22 a 30.

En efecto, el citado autor enuncia como estadios de paso necesario en la evolución del género humano el salvajismo, la barbarie y la civilización, misinos que tienen como base el progreso realizado en la producción de los satisfactores y que abarcan desde el hombre arborícola primero y después cazador del estado salvaje, hasta el agricultor y ganadero que al utilizar los metales e inventar la escritura y las cuestiones espirituales, abandona el barbarismo para pasar a la civilización. Este proceso evolucionista sigue un paralelismo reflejado en otros órdenes como en el de "la arquitectura que tiene íntima relación con la forma de familias y el plan de vida doméstica, que en su primer grado de desarrollo empieza en la choza del salvaje, continúa con las moradas comunales de los bárbaros y termina hasta la casa acondicionada para la familia individual de la etapa civilizada";⁴ el de la vida sexual partiendo de la promiscuidad a la monogamia, factores todos ellos que al conjugarse, dan como resultado el desarrollo del sistema familiar.

El fundamento de las agrupaciones humanas hipotéticamente se ubica en la promiscuidad que, desde el punto de vista sociológico, fue característica de los primeros tiempos de vida gregaria, fundamentándose en el instinto natural de apareamiento, al no existir conciencia alguna de parentesco o principios morales normadores de la conducta del ser humano, estructurándose "un primitivo estado de cosas según el cual, en el seno de una tribu imperaba el comercio sexual sin obstáculos, de tal suerte que cada mujer pertenecía igualmente a todos los hombres y cada hombre a todas las mujeres";⁵ de donde resulta muy difícil precisar en esta época la existencia del matrimonio o del concubinato como base de la familia que no existía con la connotación utilizada en nuestros días.

El siguiente paso en la organización familiar está representado por el abandono parcial de la total promiscuidad, sustituida por grupos conyugales organizados por generaciones que originan una incipiente forma de organización social denominada por Morgan y Engels⁶ "familia consanguínea", en la cual se excluyen de los deberes y derechos de lo llamado por los autores de referencia matrimonio, a los ascendientes y descendientes, siendo cónyuges comunes únicamente los abuelos, hijos, nietos y bisnietos, en sus respectivos grados, de donde se deduce que el hombre vivía en poligamia y la mujer en poliandria bases imprecisas para el ma-

⁴ LEÓN ORANTES, Gloria. *La familia y el Derecho civil*. Octavo Congreso Nacional de Sociología. Anales de Jurisprudencia. Editada por la Comisión Especial de los Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, México, 1957, 2a. Época, T. XCIII, Año XXV, Núms. 559 a 564, p. 44.

⁵ ENGELS, Federico. *El origen de la familia, de la propiedad privada y del Estado*, p. 34, citando a MORGAN y haciendo notar el acuerdo de estas ideas con la mayoría de sus colegas.

⁶ *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, cit. pp. 40 y 41.

trimonio, el concubinato y por ende para una familia *stricto sensu*. La consecuencia inmediata de este tipo de organización social es el matriarcado, pues los hijos en cualquiera de los grados de parentesco pueden distinguir con precisión a la madre.

En el evolucionar del género humano y con el antecedente expuesto se presenta un nuevo progreso al excluir del trato sexual de los grupos a los hermanos y a las hermanas, al principio en casos aislados luego como regla general, acabando por incluirse en esta prohibición hasta los hermanos colaterales; esta forma de organización se conoce con el nombre de "familia punalúa",⁷ y da lugar a la aparición de la gens en la mayoría de los casos, constituida por "un círculo cerrado de parientes consanguíneos por línea femenina que no pueden casarse unos con otros".⁸ No obstante el progreso en sí representado por la organización punalúa y su producto la gens, en ella aún no podemos ubicar las instituciones jurídicas del matrimonio, concubinato o familia, pues continúa la costumbre de compartir en común a las mujeres o a los hombres en su vivienda que era colectiva.

De este modo y siguiendo su proceso evolutivo, los seres humanos fueron depurando sus relaciones sexuales, apareciendo una nueva forma de unión fundamentada en el apoderamiento violento de las mujeres de otros grupos, como consecuencia de las prohibiciones para evitar el apareamiento de personas dentro de la gens materna, o bien entre hombres y mujeres de grupos entre los cuales existía un pacto de alianza, con lo cual se produjo una escasez de mujeres que obligó a los hombres a buscarlas en otros grupos. Este complejo de prohibiciones dio lugar a dificultades cada vez más graves que hicieron imposibles las uniones por grupos, originándose en consecuencia la "familia sindiásmica"⁹ integrada por vez primera con una pareja en la que el varón sigue en poligamia, más no así la mujer quien le debe fidelidad, pero con poder para separarse de él con la misma facilidad que el hombre lo puede hacer de ella.

Con este paso se estrecha casi al mínimo la comunidad conyugal, gracias a la exclusión progresiva de parientes de las relaciones sexuales habituales en la organización gentilicia, de manera tal que además del rapto de mujeres, su adquisición pudo hacerse también por compra, es decir, de acuerdo con un valor cambiante supuestamente alcanzado, y finalmente "como parte del botín de guerra adquiriéndolas en propiedad los vencedores, de la misma manera que se apropiaban de bienes y animales".¹⁰

⁷ ENGELS, *Ob. cit.*, p. 43.

⁸ *Idem.*, pp. 46 y 47.

⁹ ENGELS, *Ob. cit.*, pp. 51 a 53.

¹⁰ ORTIZ URQUIDI, Raúl. *Matrimonio por comportamiento*, Editorial Estilo, México, 1955, p. 95.

La familia sindiásmica aparece en el límite ubicado entre el salvajismo y la barbarie caracterizando a este último periodo. Con ella termina la filiación femenina y el derecho hereditario materno para ser sustituidos por la filiación masculina y el derecho hereditario paterno. Se instaura propiamente el patriarcado con la filiación por vía paterna, terminándose la autoridad ejercida por la mujer durante la promiscuidad, quedando bajo el dominio del hombre quien venía a ser su único dueño y señor. Desde ese momento el varón es la base de la familia y quedarían entonces bajo su poder y dirección, sometidos a su señorío, su mujer, hijos, sirvientes, esclavos y patrimonio familiar, circunstancias configuradoras de los primeros datos útiles para la determinación de la institución jurídica del matrimonio y la familia, y de manera especial para el concubinato. Con la instauración del patriarcado, como hemos dicho, se perfila el establecimiento de la familia monógama y con ello, se fija el punto de partida que a nuestro juicio resulta ser el momento histórico en el cual se puede señalar el origen del matrimonio y del concubinato propiamente dichos y como dos figuras distintas, pues con anterioridad por la desorganización en las relaciones sexuales no se puede, con alguna precisión, fijar su existencia.

Al establecimiento de la familia patriarcal se debe la etapa de transición final hacia la monogamia. Durante su vigencia es posible ubicar a la familia romana, organizada bajo la autoridad plena del *pater familias* sobre la vida y bienes de su descendencia, eliminándose la poligamia y con ello dando paso a formas plenamente establecidas para el matrimonio y a la existencia del concubinato contemplado como forma legítima de unión en el Derecho Romano, hasta el advenimiento del Imperio y durante el reinado de Augusto, pues durante la Monarquía y la República no fue regulado.

Con estos antecedentes la etapa final de este complejo proceso en la evolución de la organización social y familiar del género humano está representada por la familia monógama, cuyo fundamento es el poder del hombre. Surge en el periodo superior de la barbarie y se caracteriza por la cohabitación exclusiva; su más remoto antecedente según Gloria León Orantes,¹¹ lo encontramos entre los antiguos germanos, pero también entre los antiguos griegos y con mayor desarrollo entre los romanos, en uno y en otro caso, con subordinación total de la mujer hacia el hombre. A partir de estas remotas fechas este es el tipo también al que nos hemos sujetado con diversas variantes a nuestros días, producto de los avances de todo género en nuestra sociedad contemporánea y signo característico del estadio llamado civilización.

¹¹ LEÓN ORANTES, *Ob. cit.*, p. 49.

II. ANTECEDENTES MEDIATOS

Es en los pueblos griego y romano correspondientes a los estadios medio y superior de la barbarie y posteriormente de la civilización, en los que se pueden detectar los datos indispensables para fijar los caracteres con los que en forma concreta se van delineando el matrimonio, el concubinato y su producto la familia, pues ambas culturas son cuna de la civilización contemporánea, de la que nacen muchas de las instituciones del mundo occidental.

A) *Grecia*

La familia griega no sólo resulta ser únicamente realidad social y material, sino también espiritual, pues finca parte de su existencia en cuestiones de carácter religioso; en apoyo de tales afirmaciones, Fustel de Coulanges,¹² nos dice "que la familia era un grupo de personas al que la religión permitía invocar al mismo hogar y ofrecer la comida fúnebre a los mismos antepasados", de tal suerte que el principio de la familia antigua no radica de manera exclusiva en la generación, en el nacimiento, en el afecto natural o en la fuerza física, sino en algo más poderoso como lo es la religión del hogar y de los antepasados. Con ello, el citado autor otorga a la familia el carácter de asociación religiosa más que de asociación natural, incluso por el término utilizado en la lengua griega para designar a la familia que literalmente significa "lo que está cerca del hogar".¹³

En lo referente al matrimonio Fustel¹⁴ indica que probablemente fue la primera institución establecida por la religión doméstica, transmitida de varón en varón, por la cual la mujer sacrifica siendo soltera al hogar del padre, y casada al de su marido.

En este orden de ideas los griegos de la antigüedad dieron como efecto al matrimonio, el de la procreación y con ello el de la perpetuación de la familia, con la finalidad principal de hacer nacer a aquellos que fuesen aptos para continuar con el culto, de tal manera que éste no se extinguiera. De aquí que el hijo nacido fuera de matrimonio no podía desempeñar el papel que la religión asignaba a los hijos, extensivo para la madre que por esta razón tampoco lo hacía. "En efecto, el lazo de la sangre no constituía por sí solo la familia, se necesitaba también el lazo del culto. Pero el hijo nacido de una mujer que no estuviese asociada al culto reli-

¹² COULANGES, Fustel de. *La ciudad antigua*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1974, pp. 24 y 25.

¹³ COULANGES, *Ob. cit.*, p. 26.

¹⁴ *Idem.*, pp. 26 a 30.

gioso del marido por la ceremonia del matrimonio, tampoco podía participar en el culto".¹⁵

Interpretando lo expuesto con anterioridad podemos deducir que en la Grecia antigua sí se presentó el concubinato, pero no fue permitido o autorizado principalmente por la religión, la cual inclusive lo sancionaba severamente, sobre todo si consideramos la exclusión de los hijos y de la madre de los rituales religiosos que aseguraban la permanencia del culto y por ende de la familia quienes al carecer de él, no podían, según lo hemos mencionado, ostentarse como tal, pudiendo decir que tal vez hiciera el papel de una sanción de carácter social.

B) Roma

Del mismo modo que en Grecia, el pueblo romano vinculó a la religión buena parte de su organización social, razón por la cual la familia y el matrimonio entre estas dos culturas poseen varias cosas en común tales como: conservación del culto; celebración religiosa del matrimonio en tres actos: *traditio*, *deductio in domum* y *confarreatio*, en virtud de los cuales la mujer que se casaba pasaba del culto familiar al del marido; lugares comunes de sepultura; también algunos dioses que los romanos tomaron de los helenos, pues la "posición de los griegos nunca fue tal que les hubiera permitido imponer, ya sea a Roma o a otros pueblos itálicos, la adopción de dioses que le eran ajenos. Esta adopción siempre fue voluntaria",¹⁶ haciendo difícil en ocasiones y para algunos aspectos, delimitar las fronteras entre lo griego y lo romano.

1) Sistema familiar romano y concubinato

Con esta herencia los romanos erigieron su sistema familiar patriarcal en un régimen de monogamia en el cual, como hemos dicho, el poder prevaleciente en forma absoluta era el del padre, pudiendo afirmar por un lado, "que la familia romana era la unión de personas colocadas bajo la autoridad o *manus* de un jefe único, que era el *pater familia*",¹⁷ y por el otro, que ésta configuraría la unidad básica de la sociedad romana, diferenciándose de la griega al permitir otras formas de unión para constituir el núcleo familiar, que en un tiempo quedaron al margen de la ley, pero con posterioridad fueron consideradas jurídicamente, tal y como aconteció con el concubinato.

¹⁵ COULANGES, *Ob. cit.*, p. 35.

¹⁶ ALTHEIM, Franz. *Historia de Roma*, Trad. Carlos Gerhard, Ed. UTEHA, México, 1961, T. I, p. 40.

¹⁷ PETIT, Eugenio. *Tratado elemental de Derecho romano*, Ed. Nacional, S. A., México, 1953, p. 96.

Durante la Monarquía, primer gran periodo histórico en la vida de Roma, tuvo lugar, en el reinado de Numa Pompilio, la separación de las potestades civiles y religiosas gracias a lo cual, según creemos, fue posible más tarde regular jurídicamente el concubinato, con apoyo a nuestro dicho en la influencia griega a las cuestiones del culto religioso romano, que de seguir así hubieran impedido los efectos legislativos con respecto de esa institución, por los motivos y razones explicadas en páginas anteriores.

En tiempos de la República, segundo gran periodo de la historia romana, únicamente podían celebrar matrimonio religioso los patricios de acuerdo con la organización gentilicia, no así los plebeyos, clientes y esclavos, pues al carecer de antepasados comunes no participaban de los privilegios políticos y religiosos, situación institucionalizada “en el año 485 cuando se produjo la clausura de las estirpes, que en adelante habían de imposibilitar tanto al noble extranjero como al plebeyo romano la admisión en el patriado”,¹⁸ quedando en este acto constituido con todas las consecuencias de ello derivadas, repercutiendo grandemente sobre todo en la organización familiar de las clases excluidas o marginadas de las estirpes, que al no poder participar en las cuestiones religiosas no tuvieron otras formas para fundar la familia que la uniones irregulares, tal y como aconteció en la monarquía, entre ellas al concubinato, unión existente de hecho más no de derecho inclusive sin alguna denominación específica, pues ésta le sería proporcionada hasta el Imperio, cuando los plebeyos lograron borrar las diferencias sociales y políticas, alcanzando con el emperador Caracalla en el año 212 a.C., su igualdad jurídica, que con la Ley de las XII Tablas concluida en el año 451 a.C., se había iniciado, limitando únicamente ciertas prerrogativas de los patricios. De este modo y a través de la Ley Canuleia¹⁹ se logra por primera vez, el legítimo matrimonio entre plebeyos y patricios así como otras innovaciones no reguladas en esta ley, concretizadas de manera precisa durante el Imperio.

Con Octavio César Augusto comienza la era imperial, y con ella un cambio en la regulación del concubinato y otras modificaciones al primitivo derecho romano, producto de la actividad del *imperator*, quien al tratar de restituir la república presentó a los comicios plebeyos, utilizando su *tribunicia potestas*, toda una serie de leyes de carácter público y privado conocidas como caducarias, de las cuales y en este última campo “aún cuando con una marcada finalidad pública, fue votada en el año 18 a.C., la *Lex Julia de Maritandis ordinibus*, mediante la cual se procuraba combatir la corrupción de las costumbres y la disminución de la na-

¹⁸ GELZER, citado por ALTHEIM. *Historia de Roma, cit.*, T. I, p. 66.

¹⁹ PETIT, *Ob. cit.*, p. 39.

talidad entre los ciudadanos”²⁰ y entre las leyes penales la de *Adulteris Coercendis* ambas de gran importancia, sobre todo esta última con la que se “trataba de reprimir la práctica, muy extendida, del divorcio y amenazaba con graves penas el adulterio”,²¹ “haciendo una excepción en favor de la unión duradera llamada concubinato que recibió de esta manera una especie de sanción legal”,²² distinguiéndole con ello de otras uniones lícitas generalizadas entre las personas no pertenecientes al patriciado en un primer tiempo y después en toda la población, “elevándolo a la categoría de lícita consuetudo”.²³ No obstante lo anterior es pertinente aclarar que tanto la *iustae nuptiae* como el concubinato no exigían “formalidades jurídicas o intervención estatal alguna. Estas antiguas uniones fueron “vivas”, no celebradas en forma jurídica, y tenían pocas consecuencias jurídicas”.²⁴

2) Uniones lícitas de los romanos

Precisando los avances experimentados en la organización familiar romana hasta el imperio, mencionamos los tipos de uniones lícitas, sin ocuparnos de aquellas que resultando irregulares como el adulterio, pudieran agruparse bajo el rubro de ilícitas.

a) *Iustae nuptiae* o *justum matrimonium*, en la definición de Modestino²⁵ es la unión del hombre y la mujer, consorcio para toda la vida, comunidad de derecho divino y humano, con la finalidad de procrear hijos, que como hemos dicho no pertenece directamente al *ius civile*, pero sí indirectamente a través de la *manus* y de la *patria potestas*,²⁶ instituciones jurídicas por las cuales alcanza efectos de esa misma índole,²⁷ aun cuando la primera de ellas precisamente en esta etapa imperial, cayera en desuso hasta desaparecer. El efecto jurídico de la *manus* era el de introducir a la mujer *loco filiae* o *neptis loco*, según el caso, en la familia civil del marido, efecto no producido por el simple matrimonio. La *conventio in*

²⁰ ARANGIO RUIZ, V. *Historia del Derecho romano*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, pp. 285 y 286.

²¹ ALTHEIM, *Ob. cit.*, p. 111.

²² PETIT, *Ob. cit.*, pp. 58 y 59.

²³ LEMUS GARCÍA, Raúl. *Derecho romano*, Ed. Limsa, México, 1977, p. 95.

²⁴ MARGADANT S., Guillermo F. *El Derecho privado romano*, Ed. Esfinge, S. A., México, 1974, p. 207.

²⁵ Citado por ARIAS, José. *Manual de Derecho romano*, Ed. Guillermo Kraft Ltda., Buenos Aires, p. 169.

²⁶ Mencionamos a la patria potestad al considerar al matrimonio una de sus fuentes más importantes por la que los hijos forman parte de la familia.

²⁷ En sentido contrario a esta opinión BONFANTE, Pedro. *Instituciones de Derecho romano*, Instituto Editorial REUS, Madrid, 1959, p. 186: “El matrimonio es, ante todo, fuente de derechos y deberes entre los mismos cónyuges”.

manum, como la registra Floris Margadant,²⁸ de acuerdo con lo anterior se verificaba como resultado del *usus*, a consecuencia de la *confarreatio*, o como una *co-emptio*.

Así pues, "el matrimonio romano era una relación de hecho basada en la unión de un hombre y una mujer con *afectio maritalis*. No constituía una relación jurídica (negocio jurídico) ni se exigía para su realización el cumplimiento de determinadas formalidades... El matrimonio por sí mismo no conllevaba la subordinación de la mujer al *pater familias*"²⁹ pues como ya hemos dicho ésta se verificaba a través de la *manus*, que si era "un acto netamente jurídico y formal, que es, en realidad, una naturalización doméstica y que no tiene ninguna relación necesaria con el matrimonio, ya que éste puede presentarse sin aquélla, y aquélla sin éste",³⁰ razón por la cual se puede hablar de matrimonio *cum manu* y *sine manu*.

No es sino con Augusto cuando el matrimonio recibe su categoría de institución jurídica, para cuya celebración era necesario cubrir los siguientes requisitos: ³¹ posesión del *connubium*; capacidad sexual o edad nubil; consentimiento sin vicios de los cónyuges y de los eventuales *pater familias*; singularidad en la unión; ausencia de parentesco de sangre; igualdad de rango social; cumplimiento del *tempus luctus* en su caso, y finalmente, no debía existir la tutela entre los cónyuges.

Reunidos estos requisitos presumiblemente se estaba en presencia de la *justae nuptiae* y por lo tanto, se producían ciertos efectos jurídicos.

b) Concubinato o *inaequale conjugium* "llámase concubinato la unión permanente entre personas de distinto sexo, las cuales no tienen la intención de considerarse como marido y mujer respectivamente",³² que del mismo modo que la *iustae nuptiae* tampoco perteneció al *ius civile*, pues sólo fue considerada por el orden jurídico romano con la *Lex Julia de Adulteriis* que, como hemos dicho, le dio una especie de sanción legal distinguiéndolo de otras uniones, alcanzando la categoría de lícita *consuetudo*.

La segunda denominación señalada para el concubinato fue dada por Justiniano, probablemente a causa de las desigualdades sociales entre la mujer y el hombre integradoras de esta unión, utilizada por todos aquellos

²⁸ *Derecho privado romano, cit.*, p. 199.

²⁹ CERMEÑO TAPIA, Gelacio. *De la Familia agnaticia a la Familia natural*, Estudios 2, Ed. Fondo Editorial del Colegio de Abogados del Edo. de Mérida, Mérida, Venezuela, 1974, p. 32.

³⁰ MARGADANT, Guillermo F. *Algunas aclaraciones y sugerencias en relación con el matrimonio y el concubinato en el Derecho romano*, "Revista de la Facultad de Derecho de México", UNAM, julio-septiembre, 1956, T. VI, Núm. 23, p. 23.

³¹ MARGADANT. *Derecho privado romano, cit.*, pp. 208 y 209.

³² SANTA CRUZ TEJEIRO, José. *Manual elemental de instituciones de Derecho romano*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1946, p. 56.

carentes del *ius connubium*, quienes no podían por *justum matrimonium* constituir una familia, pues era derecho reservado al ciudadano romano.

Entre los principales motivos generadores³³ del concubinato se pueden citar: “las penas graves *contre el stuprum* . . . , la prohibición de las nupcias entre senadores y libertas o mujeres de teatro, entre ingenuos y mujeres ignominiosas, entre gobernadores y mujeres de la provincia, o también tal vez a causa de prohibirse el matrimonio en la clase de los militares”;³⁴ motivos que nos obligan a pensar en un gran sector de la población romana marginada del matrimonio, que tenían que utilizar uniones ajenas al mismo, entre ellas, el concubinato.

Lo expresado en los dos párrafos anteriores constituye la razón esencial y existencial del concubinato, cuya naturaleza se desvirtúa en el momento de hacerse extensiva la ciudadanía a todos los habitantes del imperio, pues con ella terminan las desigualdades jurídico-sociales y se logra el *ius connubium* para todos los habitantes.

Al principio el concubinato no producía ninguno de los efectos civiles unidos a las *justae nuptiae*, pues no operaban para él *la manus* y la *patria potestas*, ya que “los hijos nacidos del concubinato, son cognados de la madre y de los parientes maternos, pero no están sometidos a la autoridad del padre, y nacen *sui juris*”,³⁵ aunque durante el imperio reciben el nombre de *liberi naturales*, pues al parecer se les reconoce un lazo natural de unión con el padre, quien puede legitimarlos. Finalmente con el Cristianismo se trató de desaparecer al concubinato, inclusive a través de la legitimación por matrimonio subsiguiente, con un criterio más moralista que encaminado a atender la realidad social.

Durante el gobierno de Justiniano se eliminó como impedimento para el matrimonio el rango social, y con ello, también deja de ser un inconveniente para el concubinato, pudiendo ser concubina una mujer honesta con el único requisito de hacerlo mediante declaración expresa, originándose con estas modificaciones un cambio en el concepto de la figura que nos ocupa definiéndose por ello como “la cohabitación estable con mujer de cualquier índole sin *affectio maritalis*”,³⁶ unión estable y monogámica, socialmente aceptada, cuyo cambio en su significación, produjo las siguientes consecuencias jurídicas enumeradas por Bonfante: ³⁷ supresión de

³³ MARGADANT señala en su artículo publicado en el T. VI, Núm. 23 de la “Revista de la Facultad de Derecho de México”, pp. 31 y 32, dos fuentes para el concubinato, una posiblemente de carácter político social directamente relacionada con el emperador y la otra de conveniencia para los particulares que no descaban unirse mediante matrimonio con el fin de evitar sus consecuencias jurídicas.

³⁴ BONFANTE, *Instituciones de Derecho romano*, cit., p. 197.

³⁵ PEIRI, *Ob. cit.*, p. 111.

³⁶ BONFANTE, *Ob. cit.*, p. 199.

³⁷ *Ob. cit.*, p. 198.

las limitaciones a los legados y donativos; derecho limitado de sucesión legítima para la concubina y sus hijos; derecho a los alimentos para los hijos nacidos del concubinato, como si fueran hijos legítimos; legitimación de la unión como institución permanente; y por último, extensión de los requisitos del matrimonio al concubinato.

Es así como con Justiniano, "se concede al concubinario el derecho de legar la mitad de su fortuna a su concubina y a los hijos del concubinato, concediendo, además, a éstos derecho a alimentarlos a cargo de la herencia, en caso de existir también hijos legítimos del de *cujus* (por ejemplo de un matrimonio anterior al concubinato), y también establece para los hijos del concubinato un derecho *ab intestato* a la sexta parte de la herencia, cuando no ocurran hijos legítimos".³⁸

De este modo matrimonio y concubinato coexistieron, "hasta que León el Filósofo, a comienzos del siglo x, quitó al concubinato su carácter jurídico (en Oriente) . . . , en Occidente, fue tolerado hasta el Concilio Tridentino, a mediados del siglo xvi".³⁹ De estas cuestiones nos ocuparemos con más detalle en las páginas que siguen.

c) Matrimonio *sine connubio*⁴⁰ según la definición de Petit,⁴¹ es el celebrado entre dos personas que no tienen, o cuando menos una de ellas, no tiene el *connubium*, citando como ejemplos el que llevan a cabo un ciudadano romano y una peregrina o una latina, o entre dos peregrinos. Este tipo de unión es perfectamente válido pero no produce los efectos de la *justae nuptiae*, y con respecto de los hijos, también como en el concubinato, son cognados de la madre y de sus parientes, naciendo *sui iuris*, siendo casi siempre peregrinos a causa de la Ley Minicia que así lo establecía.⁴²

La razón de ser de esta unión, es el establecimiento familiar de una pareja que no tenía el estado de ciudadano, pues sólo así se poseía el *ius connubium*, que según recordaremos fue conquista de los plebeyos y después se hizo extensivo para todos con la igualdad jurídica, causas que motivaron cayera en desuso conservándose, como es lógico, sólo para aquellos sancionados con la pérdida de la ciudadanía. La última nota que le es característica consiste en poder transformarse en *justae nuptiae*, por la *causae probatio* y por el *erroris causae probatio*.

³⁸ MARGADANT. *Algunas aclaraciones*, cit., p. 34.

³⁹ *Idem*.

⁴⁰ Advertimos que esta denominación nos parece poco adecuada, pues si no existe el *ius connubium*, no hay matrimonio, aclarando la utilizamos por necesidad de distinguir esta unión del concubinato.

⁴¹ *Ob. cit.*, p. 112.

⁴² Un senadoconsulto de ADRIANO en contra de esta Ley, determinó que no se aplicaría al hijo de una ciudadana romana y un latino, ya que nacía ciudadano. PETIT, *Ob. cit.*, p. 84.

d) Finalmente dentro de las uniones lícitas se puede ubicar al contubernio, que era "la unión entre esclavos, o entre una persona libre y un esclavo. Es un simple hecho destituido de todo efecto civil".⁴³ En esta unión los hijos también siguen la condición de la madre, sólo que al principio no se les reconoce parentesco alguno, sino hasta el Imperio, en el cual se les admite una especie de *cognatio servilis*, con el objeto de impedir, entre estas personas hechas libres por manumisión, matrimonios que hubiesen sido muy contrarios al derecho natural y a la moral.

Puntualizando los avances logrados en la organización familiar por los romanos, encontramos que al lado del matrimonio romano se dieron el concubinato, el matrimonio *sine connubio* y el contubernio, formas lícitas de unión cuya existencia se debió a las desigualdades sociales existentes en Roma, en términos generales, y en particular a diversas causas asentadas al analizar cada una de esas formas, que al parecer de algunos autores como Margadant, se reducen a tres: *iustae nuptiae*, *concubinato* y *contubernium*, dando mayor importancia a las dos primeras, de las que cita los siguientes elementos comunes:

"a) se trata de uniones duraderas y monogámicas de un hombre con una mujer.

b) Los sujetos tienen la intención de procrear hijos y apoyarse mutuamente en los lances y peripecias de la vida. La famosa frase de que el *consensus* y no el *concubitus* hace el matrimonio significa, quizá, que el hecho de continuar armonizando (co-sentir) y no el hecho de compartir el mismo lecho, es la base del matrimonio.

c) Ambas formas son socialmente respetadas y para ninguna de ellas se exigía formalidades jurídicas o intervención estatal alguna..."⁴⁴

C) Organización familiar en España

A fin de indicar con la mayor precisión posible los antecedentes históricos de las bases de sustentación de la organización familiar española, adoptaremos la división en periodos señalada por Esquivel Obregón⁴⁵ para la Historia del Derecho en España, fundamentada en la realización de acontecimientos importantes correspondiendo el primero de ellos, al tiempo anterior a la conquista romana; el segundo a partir de esa conquista hasta el establecimiento de la monarquía visigoda; el tercero abarca toda la duración de esa monarquía; el cuarto comprende desde la invasión hasta la expulsión de los sarracenos y finalmente el quinto, desde los Reyes Católicos, hasta la Constitución Gaditana de 1812, seguida a

⁴³ PETIT, *Ob. cit.*, p. 112.

⁴⁴ MARGADANT. *Derecho privado romano*, p. 207.

⁴⁵ ESQUIVEL OBREGÓN T., T. I. *Los orígenes*, Ed. Polis, México, 1937, p. 13.

poco por la Independencia de Nueva España, periodos que a continuación procederemos a analizar.

1) *El tiempo anterior a la conquista romana*

Los primeros habitantes de las tierras españolas fueron los iberos, hombres de procedencia desconocida compenetrados de las costumbres y cultura de otros pueblos, por las constantes invasiones sufridas durante todo su desarrollo histórico.

Los celtas fueron los primeros invasores en llegar a España, se unieron a los iberos en algunas partes, resultando de esa mezcla los llamados, más tarde, celtíberos, entre los cuales había una institución conocida como *soldurii*, muestra de la indisoluble solidaridad de la familia, en la que incluían no sólo a sus miembros consanguíneos, sino aún a los resultantes por adopción.

Posteriormente a los celtas, "llegaron a las costas andaluzas unos hombres nuevos que venían del fondo del Mediterráneo y se llamaban los fenicios",⁴⁶ comerciantes y navegantes fundadores de Gadir, Malaca y Abdera, colonias habitadas con pobladores de Sidón y Tiro pero también con griegos que no se relacionaron de manera profunda con los iberos y por tanto tampoco daban indicios relacionados con la organización familiar, con el matrimonio y el concubinato.

2) *Roma conquista España*

Hacia la época republicana, Roma inicia su actividad en la península ibérica en virtud de su expansión conquistadora. Sertorio organizó a los españoles "al modo romano, y ellos aceptaron de buen grado normas que habían rechazado como obra de imposición, dando así un gran paso para la romanización del país"⁴⁷ que como fenómeno de fusión de dos culturas, no se había dado entre los iberos y otros pueblos invasores, pues esto "fue consecuencia ante todo de la nueva situación política: la conquista de toda la Península por Roma y la sumisión a ésta de todos los pueblos de ella. Por vez primera en su historia, toda Hispania —como llamaron los romanos a la península quedó unida bajo un mismo poder y sometida en su totalidad—".⁴⁸ mediante todo un proceso de varios siglos de duración, de tal manera que los cambios políticos del país conquistador, repercutieron también en la Península.

⁴⁶ PEMAN, José María. *La Historia de España*, Ed. Escelicer, Madrid, 1965, 6a. ed., p. 21.

⁴⁷ ESQUIVEL OBREGÓN, *Ob. cit.*, p. 30.

⁴⁸ GARCÍA-GALLO, Alfonso. *Manual de Historia del Derecho español*, T. I, *El origen y la evolución del Derecho*, 3a. edición, Madrid, 1967, p. 45.

No obstante lo anterior, la "romanización total y oficial de España fue obra del emperador Caracala, en el año 212, al conceder a todos los habitantes del Imperio la ciudadanía romana. Con ello quedaron derogados en su totalidad los Derechos indígenas y España comenzó a regirse legalmente en todo por el Derecho romano. Toda la península quedó unificada jurídicamente, como ya lo estaba políticamente".⁴⁹

Lo antes mencionado obliga a suponer la aceptación social del concubinato en España, desde la República y con más fuerza en el Imperio, con la aplicación de la legislación romana,⁵⁰ en especial, a través de la *Lex Julia de Adulteriis Coercendis*, disposición sancionadora de esta unión duradera y monógama, en los términos señalados en las páginas dedicadas al estudio del periodo de la Roma imperial.

3) España y los germanos

Con la decadencia del Imperio romano, se inicia en España una nueva era en la configuración del orden jurídico hispánico. "En el año 409 penetraron en la Península el pueblo germánico occidental de los suevos, el germánico oriental de los vándalos asdingos y silingos y el pueblo iranio de los alanos... en el 415, otro pueblo germánico los visigodos, penetraban también en la Península",⁵¹ último conglomerado en llegar a España, pero predominante políticamente con el devenir del tiempo a la mayoría hispanorromana asentándose inicialmente en la Tarraconense.

Para los españoles, es con Eurico, con quien se inicia el movimiento legislativo de los siglos v, vi y vii, sin desplazar a la cultura hispanorromana, o dicho de otro modo, sin lugar a la germanización de España, pues la aportación de las culturas germánicas se limitó a introducir elementos culturales aislados, por una parte, y por la otra, "a la fusión étnica entre godos y romanos se oponía una Constitución de los emperadores Valentiniano y Valente, de los años 380 o 373, que prohibía los matrimonios de los provinciales con "bárbaros", Constitución vigente en el Reino de los Godos por haber sido incorporada al "Breviario de Alarico II", la compilación visigoda de derecho romano".⁵²

⁴⁹ GARCÍA-GALLO, *Ob. cit.*, p. 48.

⁵⁰ T. LIVIO, *Ab Urbe condita* 43,3: De España vino (al Senado) una legación de un nuevo género de hombres. Más de cuatro mil hombres nacidos de los soldados romanos y de las mujeres españolas, con las que no tenían *connubium*, decían que se les diera una ciudad para habitar. Citado por GARCÍA-GALLO, *Ob. cit.*, T. II, p. 159. Se hace notar la presencia del concubinato producto de la prohibición para los militares de celebrar matrimonio.

⁵¹ DE VALDEAVELLANO, LUIS G. *Curso de Historia de las instituciones españolas*. 2a. edición, Ed. Revista de Occidente, Madrid, 1970, p. 166.

⁵² DE VALDEAVELLANO, L. *Curso de Historia*, cit., p. 177.

En efecto, el “derecho romano vigente en España al fundarse el reino visigodo no experimentó suerte distinta a la de la cultura en general. Los Códigos de Gregorio, Hermogeniano y Teodosiano y las obras de algunos juristas —Gayo, Paulo, Ulpiano y Modestino— continuaron siendo utilizados en las escuelas durante toda la época así como también en la práctica de los tribunales, cuando menos hasta el siglo vi”⁵³ o quizás un poco más allá, pues la unificación del derecho con la promulgación del *Liber Iudiciorum* de Recesvinto como Código aplicable a godos y romanos, sólo se logró hasta mediados del siglo vii.

Con ese marco jurídico y en cuanto a la organización familiar se refiere, los visigodos siguen un sistema parecido al romano, de absolutismo del *pater familias*, la “potestad tanto marital como paterna del jefe de la familia se extiende hasta vender y dar en prenda a la mujer y a los hijos, exponer y matar a éstos recién nacidos; casar a las hijas contra la voluntad... El matrimonio era un contrato de compraventa, mediante el cual el padre enajenaba el *munt* o potestad al esposo. La edad hábil para contraerle era veinte años, y en general, era monogámico, aunque a los nobles era lícito tener varias esposas”.⁵⁴

Es notable el papel del *munt* en el caso de los visigodos, muy similar al desarrollado por la *manus* romana, no así el régimen de poligamia existente todavía para los nobles germanos. De esto es posible deducir la probable existencia del concubinato, paralelamente al matrimonio monogámico, atenuado por la licitud de la poligamia bárbara, sobre todo si tomamos en cuenta la continuidad del derecho romano en el que, como hemos dicho, si se incluía a la unión duradera monogámica, concubinato, a pesar de la omisión de esta figura en el derecho germánico de ésta época, como lo hace notar Lalinde cuando dice: “El concubinato romano pierde su razón de ser fundamental con la concesión del *connubium* consecuente a la de la ciudadanía a todo el Imperio, y es excepcional en el último periodo, no siendo objeto de regulación legal en el Derecho visigodo”;⁵⁵ según se puede apreciar en el Código Euriciano o de Eurico, aplicable sólo a los visigodos, o en juicios entre éstos y los romanos; en la *Lex Romana Visigothorum*, conocida también como Breviario de Aniano o de Alarico; y finalmente, en el *Codex Visigothorum*, *Liber Iudiciorum* o *Fuero Juzgo*, aplicable a toda la población según una ley de Recesvinto, el cual concedía la igualdad jurídica de los súbditos y el matrimo-

⁵³ GARCÍA-GALLO, *Ob. cit.*, p. 56.

⁵⁴ ESQUIVEL OBREGÓN, *Ob. cit.*, pp. 71 y 72.

⁵⁵ LALINDE A. BADÍA JESÚS. *Iniciación Histórica al Derecho Español*, Ediciones Ariel, España, 1970, p. 608.

nio entre godos y romanos⁵⁶ en otra disposición, movimiento jurídico político, de gran similitud, según recordaremos al efectuado por Caracalla en Roma.

En todas estas disposiciones, consideradas como las de mayor trascendencia, no existen normas específicas respecto al concubinato, según se desprende de su análisis; no obstante, es posible deducir de la interpretación de su contenido la comprensión de esta institución.

En la primera reglamentación gothica según la palingenesia del Código de Eurico, fundamentada en algunos de sus fragmentos, localizados en el Palimpsesto Parisino y su posible reconstrucción de la parte perdida basada en el Breviario de Aniano, el "matrimonio no parece haber sido objeto en el CE de un tratamiento legal completo. Como en otras materias, lo que interesa en primer lugar es la sanción de una serie de actos ilícitos, a saber, las uniones contra el deseo de los padres o ilícitas por otros motivos 'de *nuptiis illicitas*,'" ⁵⁷ tales son los comprendidos por las leyes 3, 4, 7 y la 8, del posterior *Liber Judiciorum*, según conjetura del autor antes citado.

La *Lex Romana Visigothorum*, compilación de varias reglamentaciones comprende en su texto una mención al concubinato, diferenciándolo perfectamente del matrimonio, esto es, no su reglamentación clara y precisa, pero sí la indicación suficiente para asegurar su existencia y su vigencia, cuando en una Sentencia de Paulo ⁵⁸ se indica la prohibición para tener esposa y concubina al mismo tiempo, pues sólo se puede poseer una separada de la otra.

Finalmente en el *Fuero Juzgo*, cuando hace referencia al adulterio de los clérigos,⁵⁹ de la hija,⁶⁰ y de la mujer,⁶¹ señalando ciertas penas para estas situaciones, que pudieran responder no precisamente al adulterio, sino en algunas circunstancias al concubinato, sin mencionarlo expresamente, tal vez por la participación del clero en la elaboración de este *Fuero*. No olvidemos que junto al derecho laico marchaba el canónico, gracias

⁵⁶ L. 3, Tít. I, Ley I que la mujer romana pueda casar con hombre godo y la mujer goda con hombre romano. *Fuero Juzgo*, Alfonso Villadiego, Madrid, 1600, p. 177.

⁵⁷ D'Ors, Álvaro. *Estudios visigóticos*. T. II. El Código de Eurico. Ed., Sucesores de Rivadeneyra, S. A., Madrid, 1960, pp. 132, 138 y 148.

⁵⁸ L. 2, Tít. XXI de *concupinis*, Sentencias de Paulo, en *Ley Romana Visigothorum*, p. 368.

⁵⁹ L. 3, Tít. 4, Ley XVIII, Que pone las penas de los clérigos adúlteros y fornicarios, p. 208.

⁶⁰ L. 3, Tít. 4, Ley VII, Que si la hija estando en casa de su padre, fuere a casa de un hombre, el tal se puede casar con ella y ella no herede los bienes del padre, si él no quiere, p. 206.

⁶¹ L. 3, Tít. 4, Ley VIII, Que si la mujer, de su grado va a casa de algún hombre, él si quisiere se puede casar con ella y si no, no, p. 206. Esta disposición tomada del Código Euriciano.

a la celebración de los Concilios, y muy probable es que el *Fuero Juzgo* haya sido producto del Concilio VII de Toledo.

Además de los datos interpretativos de la legislación visigótica, en el Derecho germánico más antiguo según lo refieren los tratadistas, "coexisten dos formas de contraer matrimonio: el contrato entre hombre y mujer constitutivo de la barraganía y el contrato entre el hombre y el tutor de la mujer que le transmitía el *mundium* sobre ésta, y determinaba un matrimonio con *mundium*. Este último, llamado también compra de mujer, fue originariamente un negocio al contado y contrato real para ambas partes, puesto que la prestación del precio por el novio y la entrega de la novia debía suceder *uno actu*".⁶²

El lazo de unión por excelencia en la sociedad germánica era el matrimonio, "sin embargo, y por una singular anomalía, sostuvieron hasta muy avanzada ya la Edad Media, no nos atrevemos a decir que aún existe, una especie de unión menos íntima, de concubinato, con el título de matrimonio morganático, llamado Unehhe, por el Espejo de Suabia, que sin ser un simple y verdadero concubinato negaba a la mujer y a los hijos los derechos que proceden de una unión legítima".⁶³ Este tipo de uniones eran realizadas entre hombres de posición elevada con mujeres de condición inferior, de manera muy similar al concubinato romano.

Una nota muy peculiar que queremos hacer resaltar es la existencia de la barraganía y el concubinato como figuras distintas, pues la gran mayoría de los autores las equipara tomándolas como una y la misma, cosa no acertada, pues al decir de Brunner, "la barraganía existente junto al matrimonio legítimo se distinguía de éste, sobre todo, en que el marido carecía del poder del *mundium* sobre la mujer y además por la inexistencia de la dos. Su diferencia con el concubinato estaba en que la barragana tenía la condición de dueña de la casa, sin ser sólo compañera del lecho del marido"⁶⁴ como lo era en el concubinato.

Consideramos a estos antecedentes lo suficientemente poderosos para hacerse sentir en la España visigoda, confirmando la existencia del concubinato bajo los germanos en la Península, paralelamente a la barraganía y al matrimonio morganático, éste último, al parecer reglamentado jurídicamente, cuando Lehr nos dice que los Unehhen, "fueron fuertemente combatidos por la Iglesia, y concluyeron por desaparecer de los dominios del derecho".⁶⁵ Con estos comentarios y la ubicación en este periodo de la

⁶² BRUNNER, Heinrich. *Historia del Derecho germánico según la 8a. edición de Claudius Von Schwerin*. Trad. José Luis Álvarez López. Ed. Labor, S. A., Barcelona, 1936, p. 225.

⁶³ LEHR, Ernesto. *Tratado de Derecho civil germánico o alemán*, Trad. Domingo Alcalde Prieto, Madrid, 1978, p. 470.

⁶⁴ *Historia del Derecho germánico*, cit., p. 227.

⁶⁵ *Tratado de Derecho civil germánico o alemán*, cit., p. 470.

barraganía, damos fin a la tercera división histórica española, puntualizando la sanción para el concubinato y su velada mención en el Derecho visigodo, bajo el rubro de adulterio.

4. *Invasión de los sarracenos a España*

El paso de los árabes por Iberia comprende una etapa anterior a Mahoma, caracterizada por la dispersión de las tribus nómadas y la lucha constante entre ellas y con los grupos sedentarios de sarracenos de la Arabia Feliz, y otra posterior al Profeta en la cual se dio la conquista española. Durante la etapa anterior a Mahoma y en lo relativo a la organización familiar entre los árabes sedentarios, "la familia era esencialmente patriarcal, e interesada en la sucesión masculina... En las tribus nómadas imperaba la poligamia y no así en las sedentarias. Por regla general la situación jurídica de la mujer era muy dura".⁶⁶ En el periodo islámico, al "destruir los clanes patriarcales, Mahoma ha agrupado al mundo árabe alrededor de Allah. Esta política se resume en la mejora de la condición de la mujer"⁶⁷ en su tratamiento familiar, por un orden jurídico revelado, según la tradición religiosa, al Profeta bajo la forma de oráculos reunidos en el Corán, aunque en realidad el derecho musulmán es una obra doctrinal de teólogos y juristas.

La irrupción musulmana llegada con estos antecedentes a España, la escindió durante ocho siglos entre dos mundos culturales diferentes y antagónicos, el islámico y el cristiano, de los cuales sólo este último recogió en parte la anterior evolución multiseular y la continuó hasta nosotros, pues en la España islámica, se borró casi por completo la tradición de los pueblos comprendidos en su ámbito inclusive la romana y en su lugar tuvo primordial desarrollo la sarracena,⁶⁸ funcionando "conforme a un Derecho importado de Oriente, sin arraigo en el país y por ello desapareció y sin dejar huella perceptible en el Español, tan pronto como los musulmanes dejaron de dominar",⁶⁹ razón por la que no profundizaremos en su estudio.

Las fuentes más importantes a saber, en este periodo de la vida jurídica de España, para el sector islámico, son señaladas por Dekkers⁷⁰ comprendiendo: el Corán, libro revelado, falto de orden y sistema en la

⁶⁶ GUIER, Jorge Enrique. *Historia del Derecho*, T. I., Ed. Costa Rica, San José, 1968, p. 426.

⁶⁷ DEKKERS, René. *El Derecho privado de los pueblos*, Trad. de Francisco Javier Osset, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1957, p. 269.

⁶⁸ Consideramos como base de organización árabe a los pueblos de la Arabia Feliz, pues en torno a ellos Mahoma agrupó a las tribus nómadas del desierto.

⁶⁹ GARCÍA-GALLO, *Ob. cit.*, T. I., p. 61.

⁷⁰ *Ob. cit.*, pp. 181 a 183.

exposición de los preceptos jurídicos y aun con algunas disposiciones jurídicas contradictorias; la Sunna, supletoria del Corán, conteniendo interpretaciones jurídicas del Profeta, con varias escuelas, correspondiéndole a España la de Malec; el Idjma o Consenso, derivado de dos principios del Corán; y finalmente mencionado por Guier,⁷¹ el Itjihad o Esfuerzo con disposiciones muy semejantes al derecho pretorio-romano, inclusive apoyadas en principios legales romanos y de derecho canónico.

El Corán base de la legislación musulmana y único documento que mencionaremos, "trata a la mujer en una de las formas más desprecia-tivas si se compara con otras culturas estudiadas, dejándola casi como un instrumento de placer al servicio exclusivo del hombre";⁷² esto cobra vigencia en varios casos⁷³ y en el matrimonio mismo pues era "poligámico, aunque el Corán fijó el número de esposas legítimas en cuatro, aunque dejaba la posibilidad de tener cuantas concubinas quisiera y pudiera mantener"⁷⁴ a las cuales se les otorgaba ciertos derechos y honores. Los requisitos alcoránicos para celebrar matrimonio eran: capacidad, consentimiento y dote.

Para la España cristiana paralela a la coránica, la tradición jurídica multiseccular continuó. Bajo este tenor, desde los mozárabes⁷⁵ hasta los españoles cristianos puros del norte de España, siguieron sujetos al Derecho canónico y secular de influencia románico-germánica; el *Liber Iudiciorum* siguió en aplicación hasta la Reconquista, casi libre de influencia⁷⁶ musulmana (pues los alfaquíes procuraron la pureza del *figh*), aunque debe precisarse la crisis de tal continuidad, en tanto fue llevada a cabo por los habitantes de las regiones mal romanizadas del norte. De ahí su diferencia posterior de reino a reino, o inclusive entre las regiones y ciudades.

En estas condiciones coexistieron en España hasta el siglo xv, diversos ordenamientos jurídicos. Las principales fuentes registradas desde el siglo xi son: el *Fuero Juzgo*, del que ya nos hemos ocupado; Fueros locales y

⁷¹ GUIER, J. E., *Ob. cit.*, p. 443.

⁷² *Idem.*, p. 438.

⁷³ "Sura IV, Versículo 39. Los hombres son superiores á las mujeres, á causa de las cualidades por medio de las cuales Dios ha elevado á éstos por encima de aquéllas, y porque los hombres emplean sus bienes en dotar á las mujeres. Las mujeres virtuosas son obedientes y sumisas." El Corán, Trad. Joaquín García Bravo, Editora Nacional, México, 1977, p. 59.

⁷⁴ GUIER, J. E., *Ob. cit.*, p. 454.

⁷⁵ Españoles que adoptaron las costumbres musulmanas, pero se rigieron por el Derecho canónico y secular visigodo, hasta finalmente observar los preceptos del *Liber Iudiciorum*.

⁷⁶ La influencia de un Derecho sobre otro según GARCÍA-GALLO, se reflejó en los aspectos agrarios, industriales y prácticas políticas o administrativas, *Ob. cit.*, T. I. p. 46.

generales, y Cartas-pueblas; las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio; y por último las Ordenanzas Reales de Castilla.

Dando por visto lo relativo al *Fuero Juzgo* en el apartado destinado a los antecedentes germánicos, nos ocuparemos ahora, únicamente de una selección de los fueros generales, principiando con el Fuero viejo de Castilla⁷⁷ identificado también con los nombres de Fuero Castellano, Fuero de los Hijos-dalgo, o bien como Fuero de las Fazañas, Albedríos y Costumbres Antiguas de España, disposición foral estimada “como la primera intentona de llevar a un solo cuerpo todas las leyes desperdigadas, labor no asumida desde los antiguos tiempos de los visigodos. Este Código no es más que una recopilación de los Fueros de Burgos, de Nájera y del de los Fijos-dalgo, desde luego aumentados con otras disposiciones”.⁷⁸ En esta recopilación el L.V. Tít. I, se ocupa de las donaciones, compras, ganancias, deudas y fiadurías en el matrimonio; en el título denominado “De los deseredamientos, que se ficieren en Castilla”,⁷⁹ hace alusión a las uniones semejantes a las concubinarias, conocidas como amancebamiento, sancionando con el desheredamiento a las mancebas en cabellos seguidores de tales prácticas; y por último el caso más concreto en el Título llamado “De los fijos de barragana, que fuerne en Castiella”,⁸⁰ regulando la forma de heredar y su reconocimiento por parte del padre.

Como es de notar no existe regulación específica para el concubinato (sólo para el amancebamiento o barragania), sin embargo, las disposiciones mencionadas son indicios de valor para asegurar la regulación jurídica, aunque incompleta y casi totalmente sancionadora, de ciertas uniones similares. En apoyo a esta afirmación agregamos una nota de Asso y de Manuel corroborando “por otras escrituras más antiguas, que yo he visto, parece colegirse que éste amancebamiento, aunque suena en

⁷⁷ “El Fuero Viejo de Castilla es el Código de la nobleza española de la edad media, y su objeto consignar en sus leyes la constitución de aquella orgullosa y potente aristocracia”. PÍDAL, Pedro José. *Adiciones al Fuero Viejo de Castilla*, en la colección Los Códices Españoles, T. I, p. 245.

⁷⁸ DÍAZ VASCONCELOS, Luis Antonio. *Derecho hispánico*, Ed. Universitaria, Guatemala, 1956, p. 180.

⁷⁹ L. V., Tít. V, I. Si alguna manceba en cauellos sin voluntad de suos parientes los mas propinquos, o de suos cercanos coormanos casare con algund ome, e se ayuntare con él por qualquiera ayuntamiento, . . . y II. Esto es Fuero de Castiella: Que si alguna manceba en cauellos se casa o se va con ilgund ome, . . .

⁸⁰ L. V., Tít. VI, I. Esto es Fuero de Castiella: Que si un fijodalgo a fijos de barragana, puedelos facer fijodalgo, e darles quinientos sueldos, e por todo esto non deven eredar en lo suo. E si este fijo de la barragana ficer otro fijo de barragana, e él ficer fijodalgo, e le dier quinientos sueldos, puedelos aver e perderlos el padre. E si cavallero, o escudero, eredere fijo de barragana, e dijier: fagote fijodalgo, e eredote, deve eredar en aquella eredat en quel eredó el padre, e non mas; e si dice: eredote en todo quanto que a, fueras en Monasterio, o en Castiello de Peñas e si murier algund pariente mañero non deve eredar en todo lo suo.

mala parte, se hacia por vía de compañía, en cuanto á la mutua cohabitación, cuando un hombre Rico era viejo, y para su regalo recibía en su casa alguna doncella noble pobre por mas que criada, dotándola . . . Esto digno debaxo de mejor parescer: por no confesar que en tiempo del Rey D. Pedro era permitido públicamente el amancebamiento".⁸¹

Lo dicho nos permite además fijar una de las hipótesis para este tipo de amancebamientos denominados así, por las doncellas o caballeros no casados a quienes se designaba mancebas o mancebos, por extensión aún con hijos a los unidos pero no casados, de ahí esta designación.

Continuando con las fuentes para la España cristiana de los musulmanes, toca ahora el análisis del Fuero Real, conocido también como Libro de los Consejos de Castilla, Fuero de las Leyes, Fuero de la Corte o Flores de las Leyes, obra de Alfonso X el Sabio, en el que se recoge la tradición jurídica española.

La orientación sustantiva del Fuero Real descansa en el *Fuero Juzgo* que no señala apartado específico para el concubinato. Así, en las disposiciones del Fuero Real dedicadas específicamente a la herencia,⁸² se determina para los hijos de barragana un quinto de la propiedad mueble y en la inmueble a voluntad del testador, en los casos de haber hijos de matrimonio. Contempla también el supuesto de heredar libremente a los hijos procreados de esta unión, cuando comparecen solos y no hay legítimos.

De estos preceptos se infiere de inmediato la presencia de la barraganía similar del concubinato en esta época medieval, que se confirma cuando en la Ley II del L. III, Tít. VI, al tratar de la legitimación de los hijos naturales para efectos sucesorios, nos brinda la imagen de una unión concubinaria, pues al texto dice: "Si home soltero con muger soltera ficiere fijos, e después casare con ella, estos fijos sean herederos".

Conviene agregar a lo expresado, lo dispuesto en la Ley III⁸³ del Tít. VIII de este mismo Libro IV, destinado a preservar las restricciones de

⁸¹ *Los Códigos españoles*, T. I., pp. 220 y 296.

⁸² L. III, Tít. VI, De las Herencias, "Ley I Como el que hubiere fijos, ó nietos de bendición, no puede heredar a otros algunos. Todo home que hubiere fijos, ó nietos, ó dende ayuso de muger del bendición, no pueden heredar con ellos otros algunos que haya de barragana mas del quinto de su haber mueble, ó de raíz, pueda dar lo que quisiere . . ." Esta Ley se complementa con las Leyes V en su parte final, y XVII, con opción a figurar como heredero, no del quinto, sino como si fuere legítimo mediante la voluntad real.

⁸³ "Si alguno yoguiere con mujer de su padre, faganle como á traidor: é si yoguiere con la barragana, faganle como á alevoso: é si yoguiere con mujer de su hermano, o con su barragana, ó con aquella que sopiere que su padre, ó su hermano á yacido: é si el padre yoguiere con la mujer del fijo, ó con su barragana, el Rey después que lo supiere, echelos de la tierra por siempre: é sus bienes hayandolos sus herederos, e nunca sean Partes de otros, ni puedan testiguar en ningún Pleyto.

parentesco para la barraganía, que en ese mismo sentido estaban establecidas en la Ley I para el matrimonio, y que hicieron forzosa, según creemos, la inclusión de la barraganía en el Fuero Real.

Siguiendo el análisis de las fuentes jurídicas españolas de la España católica, pasamos a la obra más notable, las Siete Partidas, Libro de las Leyes o Fuero de las Leyes, en su mayor parte reflejo del Derecho romano canónico, que con un criterio análogo a los comentados hasta aquí, en diversas de sus Partidas ubica las disposiciones sobre la barraganía presentando a diferencia de los Fueros vistos en este apartado, como variante y por primera vez, un Título compuesto de tres Leyes destinadas a la reglamentación específica de la barraganía, dentro de la IV Partida destinada por Alfonso X en su mayor parte al matrimonio, seguramente como lo hemos asentado siguiendo la tradición jurídica romana de aceptación del concubinato, poniendo a la luz un amplio criterio socio-jurídico, sin atender al lastre religioso,⁸⁴ de atención a la ley y a la realidad social⁸⁵ a un mismo tiempo. Además como complemento figura en nueve Leyes de otro Título especial, lo relativo a los hijos ilegítimos y naturales, producto de las uniones distintas al matrimonio.

Al tenor del Título XIV "De las otras mugeres que tienen los omes, que non son de bendiciones", la Ley I define a la barraganía cuando dice: "E tomo este nome de dos palabras: de barra, que es de aravigo, que quiere tanto dezir, como fuera, e gana, que es de ladino, que es por ganancia; e estas dos palabras ayuntadas, quieren tanto dezir, como ganancia que es fecha fuera de mandamiento de Eglefia". La Ley II establece la singularidad de la barraganía, los casos en los que la mujer puede participar de tal unión casi al texto de los romanos en el concubinato, una presunción de mujer legítima si no se manifiesta lo contrario en el momento de recibirla ante testigos y finalmente la prohibición por parentesco hasta el cuarto grado en la familia de la mujer. La Ley III prohíbe a los nobles recibir en barraganía a mujeres viles, como en la Roma imperial, estableciendo la terrible denominación de hijos espurios a los nacidos de tales uniones, sin derecho a heredar del padre.

La reglamentación mencionada es extensa pero presenta el vicio de menospreciar en gran medida la dignidad humana, sobre todo al referirse a los hijos espurios, quienes además de su averrante denominación perdían

⁸⁴ Tit. XIV, "Barraganas defiende Santa Eglefia, que non tenga ningún Christiano, porque biven con ellas en pecado mortal..." "Este criterio varió hasta considerar al concubinato como un gravísimo delito". Tomado de la cita (b), comentario a este capítulo, en la colección los Códigos Españoles, T. III, p. 485.

⁸⁵ Tit. XIV, "... Pero los Sabios antiguos que fizieron las leyes, consentieronles, que algunos las pudiesen aver sin pena temporal: porque touieron que era menos mal, de aver vna, que muchas. E porque los fijos que nascieran dellas, fuessen mas ciertos..."

el derecho a heredar según la Ley IV del Tít. III de la Sexta Partida. Como observación final vale la pena fijar nuestra atención en la desaparición en la Séptima Partida, de algunos casos de adulterio comprendidos en el Fuero Real, que a nuestro dicho constituían más que adulterio un concubinato, no en vano aquí sí se permitió⁸⁶ y reglamentó en los términos expuestos.

Para finalizar este apartado, toca su turno en el examen de su contenido a las Ordenanzas Reales de Castilla, Ordenamiento Real u Ordenamiento de Montalvo”, en cuyo contenido se trató de unificar la dispersa legislación y desterrar la jurisprudencia y doctrina extranjera. La compilación de mérito se integra con disposiciones entresacadas del Fuero Real, las Leyes de Estilo y del Ordenamiento de Alcalá.

En su contenido Alfonso Díaz de Montalvo, Oidor de la Real Audiencia escribe para las uniones fuera de matrimonio, con el nombre de amancebamiento o barraganía en el L. I, Tít. III, Leyes XXI,⁸⁷ XXII⁸⁸ y XXIII,⁸⁹ disposiciones referidas a la prohibición, sanción y tratamiento de los clérigos y sus barraganas e hijos.

La unión legítima en la compilación que nos ocupa, está señalada en el Libro V destinado en gran parte a la regulación del matrimonio y sus consecuencias, plenamente reconocido como sacramento y con carácter

⁸⁶ P. IV, Tít. XIV, Ley II, “Comunalmente, según las leyes seculares mandan, todo ome que non fuesse embargado de Orden, o de casamiento, puede aver barragana, sin miedo de pena temporal...”

⁸⁷ Ley XXI, “Como las mancebas de los clérigos deben traer señal, porque sean conocidas. Dishonesta, y aun reprobada cosa es en derecho que los Clérigos, y los ministros de la Sacta Iglesia... ensucien el templo consagrado con malas mugeres, teniendo mancebas conocidamente... ordenamos, y mandamos, que todas las mancebas de los clerigos de todas las Ciudades, y Villas, y Lugares de nuestros Reynos, trayan agora, y de aquí adelante cada una dellas por señal un prendedero de paño bermejo tan ancho como tres dedos encima de las tocas público, y continuamente... “El incumplimiento de tal mandato ocasionaba la pérdida de sus bienes. Es de hacer notar lo injusto de este señalamiento para las mancebas, junto a la tolerancia que parece entenderse de tener los clérigos manceba oculta. La ratificación de tales penas se encuentra en el segundo y tercer párrafo de la Ley VII, del Tít. XV, L. VII.

⁸⁸ Ley XXII, “Que los hijos de los Clérigos no heredan los bienes de los padres, y parientes. Otrosi, por no dar ocasión que las mugeres assi viudas, como virgenes sean barraganas de Clerigos”. El complemento de esta Ley niega el derecho a heredar a los hijos de clérigos, ratificándose en el L. V, Tít. III, Ley II.

⁸⁹ Ley XXIII, “La pena de las mancebas públicas de los Clérigos. Ordenamos, y mandamos por dar causa, á que los Clerigos vivan castamente: que qualquier muger, que públicamente fuere manceba de Clerigo que por cada vez que assi fuere fallada estar con Clerigos por su manceba, que demas de las otras penas, que sobre ellos son ordenadas, que pague un marco de plata: y qualquier lo pueda acusar, y denunciar...” A esta Ley se debe agregar la Ley LIV del Libro VIII, Título XIX, del mismo ordenamiento, que reafirma la sanción.

de contrato solemne, en la Ley I del Tít. I. En este libro no se hace alusión alguna en torno a la barraganía como se hizo en las Siete Partidas, ni aún en el Libro VIII, Tít. XV, relativo a los adulterios y estupro, en el cual sólo se determina en las Leyes III y IV, de una interpretación *contrario sensu*, la singularidad de la barraganía, en tanto se castigaba al varón cuya conducta fuera contraria a esta prescripción por vía de la barraganía.

Las disposiciones dispersas que hemos rescatado de las Ordenanzas Reales de Castilla, únicamente sancionan a la entonces unión de hecho llamada barraganía, e incrementa a grado sumo su desprecio por las mancebas, estigmatizadas a través de las vestiduras obligadas para ellas.

E) *De los Reyes Católicos a la Constitución Gaditana de 1812*

En esta última de las cinco etapas propuestas, al iniciar este apartado, trataremos propiamente de hurgar en el Derecho nacional ibérico, toda vez que liberada España de los sarracenos, renace un interés por la ciencia jurídica tomando muy en cuenta los antecedentes romanos.

Tres son las fuentes jurídicas principales a saber: las Leyes de Toro, la Nueva Recopilación de Castilla y la Novísima Recopilación de Castilla. La primera de ellas con sus ochenta y tres leyes se encuentra en la Novísima Recopilación de Castilla, razón por la que las trataremos a un tiempo, pasando a ocuparnos de la segunda.

La Nueva Recopilación de Castilla fue ordenada por Carlos V y sancionada el 14 de marzo de 1567, mediante Real Cédula de Felipe II. Representa un nuevo esfuerzo de unificación legislativa cuyo precedente fueron las Leyes de Toro y en el que no se trata como en las compilaciones anteriores el caso de la barraganía entre los clérigos, en el Título que le corresponde. El Libro V, contiene un gran número de Leyes dedicadas al matrimonio, pero tampoco alude a otro tipo de uniones fuera de la sacramental. Una mención aislada, interpretando la disposición, está en la *Lei IX* "Quales se dicen ser hijos naturales", en donde se da por supuesta una unión en la que los integrantes pudieran casarse sin dispensa, esto es, solteros ambos.

Se entiende el silencio del compilador en los Libros hasta aquí analizados, por cuanto en la Nueva Recopilación de Castilla, el tratamiento para el amancebamiento es de orden penal, dedicando del Título Diez i nueve "de los amancebados", seis de sus ocho leyes⁹⁰ a las penas de este delito, localizado en el Libro Octavo. La claridad de ubicación del aman-

⁹⁰ Lei Primera "Que pone la pena contra las mancebas de los Clerigos, Frailes, i casados..." Lei II "Quando las mancebas de los Clerigos solteras han de estar presas, ó no; i quando puedan ser buscadas..." Lei III "Que pone caso en que la muger casada, manceba de clérigo, puede ser castigada como si fuere soltera;..."

cebamiento en los delitos no es simulada como en el *Fuero Juzgo* o en otras compilaciones. Las penas son diversas, podían ser pecuniarias, de azotes públicamente, destierro o cárcel y en todos los casos de clérigos únicamente para la manceba.

Esta dirección de cambio en el delito impide localizar algún elemento constitutivo y característico del amancebamiento, excepción hecha de la singularidad⁹¹ y en lo relativo al orden procesal de seguir a las mancebas juicio,⁹² emplazándolas y decretándoles arraigo, prohibiendo en algunos casos a los Justicias⁹³ recibir sus apelaciones. En el orden patrimonial los hijos de barragana y clérigo no heredan a ningún título, ni de padres o parientes de ellos, según la Ley VI, del Libro quinto, Título octavo, con las salvedades contenidas en la Ley VII del mismo Libro y Título.

Dicho lo anterior iniciaremos nuestra búsqueda en la Novísima Recopilación de Castilla, última compilación legislativa a estudio en la que como dejamos asentado se contienen las Leyes del Toro, sancionada por Carlos IV en Real Cédula de 15 de julio de 1805.

En este trabajo producto del esfuerzo de Juan de la Reguera Valdelomar, se localiza en el Libro X, Tit. II, III (Leyes de Toro 50 a 53 y 29), IV (Leyes de Toro 14 a 16, 60, 77 y 78 y en otras disposiciones), una amplia reglamentación para el matrimonio.

En lo relativo al concubinato (amancebamiento) la Ley I del Tit. V (Ley XI de Toro)⁹⁴ alude a él al tratar lo relacionado a los requisitos para estimar a un hijo como natural, dentro de los cuales se da como supuesto cuando dice: ... cuando al tiempo que nascrieren, o fueren concebidos, sus padres podían casar con sus madres justamente sin dispensación ... ;

⁹¹ L. VIII, Tit. diez i nueve, Lei II, "...pero declaramos que ninguna muger casada pueda decirse manceba de Clérigo, Fraile, ni casado, salvo seyendo soltera..." Al parecer el requisito solo era para la manceba, aunque soltera o casada recibía castigo, pues para evitarlo la manceba soltera se decía casada. Por ello con la lei III se procuró evitar esta evasión a la justicia.

⁹² Idem, "Mandamos, que cada i quando las mancebas de los Clérigos ovieren decer pinedas por la primera, ó segunda vez, pues según la lei susodicha no ha de llevar pena corporal, sino de marcos, i destierro que no pueden ser presas, ni ser presas, sin ser primeramente emplazadas, i llamadas; i si no fueren abonadas, i se resularen los autores que se ausentaran, que en tal caso las nuestras justicias las hagan arraigar, según lo manda la lei..."

⁹³ Idem Lei IV, "...Mandamos que en los tales casos los nuestros Alcaldes no reciban apelación frívola ni malisiosa; i que solamente la resciban de la sentencia definitiva, o de la interlocutoria..."

⁹⁴ Confirmamos tal aceveración en un comentario a la Ley XI de Toro. "Entre los romanos se ha llamado hijo natural el habido de una concubina retenida en casa...; pero en España se dicen hijos naturales los habidos de muger con quien el padre se podía casar sin dispensación, esté ó no en casa, con tal que les haya reconocido por hijos, y aunque no sea sola". ÁLVAREZ POSADILLA, Juan. *Comentarios a las Leyes de Toro*, Ed. Imprenta Que Fue de Fuentenebro, Madrid, 1833, p. 110.

lo mismo ocurre en el caso de hijos legitimados⁹⁵ por subsecuente matrimonio, para fines de heredar hasta un quinto Ley VII, del Tít. XX (Ley de Toro 12); idéntico problema del que se ocupan las Leyes V y VI del mismo Título (Leyes de Toro 9 y 10) en relación a los hijos bastardos e ilegítimos. En cuanto a los hijos de los clérigos⁹⁶ producto de unión con barragana en la Novísima Recopilación, tajantemente se prohíbe puedan heredar los bienes del padre o de sus familiares.

Al parecer el criterio sustentado en la Nueva Recopilación de Castilla sentó precedente en el tratamiento, bajo el rubro de delito para el amancebamiento. En el Título XXVI del Libro XII dedicado a las causas criminales se puede constatar, con la siguiente denominación: "De los amancebados y mugeres públicas", tomada del Tít. XIV, P. 4, juntamente con su proemio, prohibiendo el amancebamiento para los casados, so pena de la pérdida del quinto de sus bienes, o del pago de diez mil maravedís, al mismo tenor de la Lei V, del Título diez i nueve, del Libro Octavo de la Nueva Recopilación, con posibilidad de la manceba para celebrar posterior matrimonio corrigiendo su estado anormal de unión. De la misma manera que la Ley I, las Leyes II, III y V, señalan diversas formas de castigo para el amancebamiento, sanciones pecuniarias, azotes o destierro; la Ley IV se ocupa del procedimiento de las Justicias contra las mancebas y el resto del Título XXVI, Leyes VI, VII y VIII, lo ocupan las sanciones y modo de proceder con las mujeres públicas. La inclusión de estos dos problemas sociales en un mismo Título, puede prestarse a pensar en una indebida equiparación, agravada al extremo para el amancebamiento desde su tratamiento como delito, única forma de reglamentación conocida en todo el derecho español, dejando a la imaginación la existencia del amancebamiento singularmente integrado, excepción hecha de la Ley II, Tít. XIV, de la Cuarta Partida.⁹⁷

III

ANTECEDENTES INMEDIATOS

A) *El concubinato en México*

Cuatro etapas comprenden los antecedentes nacionales que consideramos

⁹⁵ Complemento de la legislación de legitimación lo constituyen las Leyes V y VI del Tít. V, en el Libro de referencia, aludiendo al régimen tributario y a la hidalguía respectivamente.

⁹⁶ Lib. X, Tít. XX, Ley IV, Incapacidad de los hijos de clérigos para heredar los bienes de éstos y de sus parientes. "Por no dar ocasión que las mujeres así viudas como vírgenes sean barraganas de clérigos..."

⁹⁷ Ver cita 85.

como inmediatos, principiando con la época prehispánica; para continuar con la conquista española o etapa colonial, la etapa del México independiente y por último, el periodo revolucionario.

1) *Epoca prehispánica*

Diversidad de pueblos asentados a lo largo y ancho de nuestro país se han localizado en este periodo de la historia patria. Desde los antiguos olmecas hasta los poderosos aztecas o tenochcas, se registran algunas constancias de su régimen jurídico, no siempre de conocimiento concreto y preciso.

“Poco y vago es lo que sabemos de los aspectos jurídicos de la cultura olmeca. La escasez de la figura femenina sugiere una sociedad en la que la mujer no gozaba de un *status* importante; una sociedad, por lo tanto, sin ecos del matriarcado”,⁹⁸ por lo cual suponemos una sociedad gentilicia muy parecida a las europeas de su época (siglos IX y I a.C.), con menos desarrollo que la romana y de un fuerte predominio del padre sobre la familia.

En el pueblo maya la base de la organización social se encuentra en el matrimonio monogámico de fuerte tradición exogámica, pero con tal facilidad de repudio que, con frecuencia, se presentaba una especie de poligamia sucesiva junto a la cual podemos asegurar la presencia del “concupinato”, pues aunque se “consideraba de espíritu mezquino al hombre que buscaba compañera para sí o para sus hijos, en lugar de acudir a los servicios de un casamentero profesional (ah atanzah)”⁹⁹ entre los viudos existía una unión llevada a cabo “sin ceremonia; no había fiesta ni formalidades de ninguna especie: el hombre iba sencillamente a casa de la mujer que escogía, y si ella lo aceptaba le daba algo que comer en señal de su anuencia”.¹⁰⁰ Esto se podía realizar después de un año de muerto el consorte al estilo del *tempus luctus* romano.

Entre los aztecas “El padre es raíz y base de la familia, dice el texto de Sahagún, y en efecto todo el orden social azteca descansa en concepciones patrilineales. La mujer, al casarse, pasaba de su propio calpulli al de su marido, y al enviudar con hijos, se casaba generalmente con ella el hermano del muerto”.¹⁰¹ En consecuencia en esta cultura guerrera, la mujer no tenía igualdad de derechos.

⁹⁸ MARGADANT S., Guillermo F. *Introducción a la Historia del Derecho mexicano*, 2a. edición, Ed. Esfinge, S. A., México, 1976, p. 12.

⁹⁹ G. MORLEY, Sylvanus. *La civilización Maya*, 2a. edición, Trad. Adrián Recinos, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1953, p. 214.

¹⁰⁰ *Idem.*, pp. 214 y 215.

¹⁰¹ KRICKBERG, Walter. *Las antiguas culturas mexicanas*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1973, p. 70.

La vida profundamente religiosa de los aztecas se reflejó también en la celebración del matrimonio, pues era "un acto religioso que carecía de validez alguna cuando no se celebraba de acuerdo con las ceremonias del ritual; pero cuando se cumplía con éstas, se le consideraba como un lazo indisoluble",¹⁰² a pesar de no intervenir autoridad alguna.

Paralelamente al matrimonio los aztecas practicaron las uniones concubinarias de dos maneras, la primera denominada por Alfredo López Austin, como matrimonio provisional, "sujeto a la condición resolutoria del nacimiento de un hijo; en cuanto la mujer, llamada en este caso Tlacallacahuilli, daba a luz un niño, sus padres exigían al marido provisional que la dejase o contrajese nupcias con ella, a efecto de que se hiciera definitiva la unión"¹⁰³ y la segunda, concertada a voluntad de quienes se unían y sin autorización de la madre, designándose la manceba con el nombre genérico de Temecauh, y el varón con el Tepuchтли. "La ley reconocía la unión de concubinario y concubina cuando éstos tenían mucho tiempo de vivir juntos y con fama pública de casados, considerando adúlteros a la mujer que violaba la fidelidad a su compañero y al hombre que tenía relaciones sexuales con ella, y eran castigados con la pena de muerte"¹⁰⁴ como si fueran casados.

A pesar de la denominación de matrimonio provisional, para la primera variante de unión concubinaria, se está en presencia de un verdadero concubinato, según criterio personal, pues no se sigue ritual¹⁰⁵ alguno, mediando como diferencia de la última forma, únicamente, el consentimiento de la madre para dar a su hija, que a fin de cuentas pensamos también se daba sobre todo entre las clases sociales más bajas.

Entre las causas originadoras del concubinato se encuentra la onerosidad de los matrimonios, sobre todo en los mexicas de baja condición social, tomando en cuenta como hemos dicho, que "El pueblo bajo tenía por costumbre celebrar uniones conyugales sin otro requisito, para el hombre, que pedir a los padres de la mujer con quien deseaba unirse, su consentimiento para ejecutar esa unión",¹⁰⁶ evitando así los gastos del matrimonio seguramente cuantioso por todo el ceremonial que implicaba.

¹⁰² MENDIETA Y NÚÑEZ, Lucio. Fragmentos de un Estudio sobre *El origen y la evolución del Derecho en México*, "Revista de la Universidad", Tegucigalpa, 1917, p. 243.

¹⁰³ LÓPEZ AUSTIN, Alfredo. *La Constitución Real de México-Tenochtitlan*, Editorial de la UNAM, México, 1961, p. 136. Con diverso enfoque en OROZCO Y BERRA, *Ob. cit.*, pp. 182 y 183.

¹⁰⁴ *Idem.*

¹⁰⁵ El ceremonial del matrimonio constaba de diversos actos señalados por SAHAGÚN, Bernardino, *Historia general de las cosas de Nueva España*, Ed. Porrúa, S. A., México, 1969, pp. 151 y ss.

¹⁰⁶ MENDIETA Y NÚÑEZ, Lucio. *El Derecho precolonial*, en el No. 7 de Enciclopedia Ilustrada Mexicana, Ed. Porrúa Hermanos y Cia., México, 1937, p. 41.

Otra causa generadora del concubinato era el robo de las mujeres sobre todo por los grandes señores, llamándose a las doncellas Tlacihoaantín.

La interpretación de los tratadistas para las uniones lícitas extramatrimoniales, conduce a una distinción¹⁰⁷ entre concubinato y amancebamiento. A guisa de ejemplo Kohler¹⁰⁸ refiere sus comentarios a un amancebamiento dado entre doncellas y nobles principalmente: así era un derecho el tomar a la prima por manceba. Y a un concubinato, unión de libre disolución con la presunción de matrimonio cuando su duración era larga. La concubina se llamaba Tlacarcavil-li. De esto resultarían esposas, mancebas y concubinas diferenciadas únicamente en grado, abstracción confirmada por el artículo 408 de la obra de Carlos H. Alba.¹⁰⁹

2) *Época colonial*

En virtud de la conquista México queda sojuzgado a España a través de Castilla, a quien se incorporaron políticamente las tierras nacionales. A ello se debe la vigencia única del Derecho castellano en nuestro país, y no la de los otros Derechos existentes en la Península.

La aplicación del Derecho de Castilla no fue total debido a las peculiares circunstancias sociales, económicas, raciales y geográficas de los pueblos conquistados, que no pudieron ser contempladas "dentro de los rígidos preceptos del viejo Derecho castellano peninsular. Se tuvieron que dictar normas jurídicas nuevas para hacer frente a situaciones de derecho desconocidas hasta entonces, y así nació el Derecho propiamente indiano, que pronto alcanzó frondosidad extraordinaria"¹¹⁰ desplazando en muchos casos al Derecho de los conquistadores, pasando a ser supletorio de aquel, sobre todo en la esfera del Derecho Privado.

Hecho el estudio de las fuentes del Derecho castellano en las páginas anteriores y con el objeto de evitar repeticiones innecesarias nos remitimos a ellas y por tanto pasamos al análisis de la obra del derecho indiano más importante llegada hasta nosotros que sin duda es la Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias de 1680, que en materia de concubinato, al parecer, no entra en función dada su escasa reglamentación, pues sólo se hace alusión a esta unión, con el nombre de amancebamiento, para

¹⁰⁷ Situación muy similar a la anotada entre concubinato y barraganía en nuestra cita 72.

¹⁰⁸ "Revista de Derecho Notarial Mexicano", Año III, Dic., 1959, No. 9, Trad. Carlos Rovalo, México, pp. 49 y 51.

¹⁰⁹ Estudio comparado entre el Derecho azteca y el Derecho positivo mexicano Ediciones Especiales del Instituto Indigenista Interamericano, México, 1949, p. 38. "Artículo 408. Asimismo está permitido a los varones la manceba y el concubinato". Diferenciando desde luego de la poligamia en el artículo 407.

¹¹⁰ OTS Y CAPDEQUÉ, José Ma. *Historia del Derecho español en América y del Derecho indiano*, Ed. Aguilar, Madrid, 1969, p. 42.

duplicar la sanción que las leyes españolas ya establecían tomándolo como delito en el Título VIII, "De los delitos y penas, y su aplicación", del de los clérigos la comprobación plena del delito, antes de poder prender Libro VII, en cuya Ley V,¹¹¹ se decía: "mandamos que la pena del marco contra los amancebados y las otras pecuniarias, impuestas por leyes de estos reinos de Castilla a los otros delincuentes, sean y se extiendan al doble en los de las Indias..."; esta sanción se entiende para los españoles, pues en la Ley VI,¹¹² se exime a los indios en general de la misma, y en la VII, se impone como sanción a las indias amancebadas "se vayan á sus pueblos a servir, señalándoles salario competente. Con esto, el tratamiento del delito de amancebamiento se suavizó para los indios, en tanto que para los españoles se hizo más fuerte y finalmente, para las mancebas los alguaciles a las mujeres.

Consideramos en consecuencia, que la función reguladora de la unión que nos ocupa se atendió por el derecho castellano, aplicado supletoriamente en los términos ya expresados.

3) *México Independiente*

Al lograr su independencia, nuestro país, tuvo la necesidad de elaborar sus propias leyes, tarea que le llevó un buen tiempo, por lo que durante algunos años las leyes coloniales españolas siguieron vigentes en la naciente República.

Fue hasta los años de 1827-1829, cuando se inicia la legislación civil con el Código de Oaxaca, primer ordenamiento en la materia de Iberoamérica como de México, según lo refiere el profesor Ortiz Urquidi,¹¹³ en el que únicamente se destacan los aspectos relativos al registro y sucesión de los hijos designados como naturales por el artículo 187, dentro de los cuales seguramente quedarían incluidos los nacidos de esta unión.

Aparte de esas disposiciones que por interpretación relacionamos del modo anotado, no se hace ninguna alusión, suponemos debido a la ingerencia del clero católico, sobre todo cuando en el artículo 78¹¹⁴ se equipara en efectos el matrimonio eclesiástico con el civil y en el numeral 146, se da competencia única al tribunal clerical para conocer del divorcio por adulterio.

¹¹¹ Ratificada por Carlos I, exceptuándose la prisión como pena máxima, según la cita tomada de la Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias. Boix Editor, Quinta edición, Madrid, 1841, T. II, p. 331.

¹¹² Ley VI, "Que á los indios amancebados no se lleve la pena..."

¹¹³ *Oaxaca, cuna de la codificación Iberoamericana*, Ed. Porrúa, S. A., México, 1974, pp. 9 y ss.

¹¹⁴ Artículo 78. Los matrimonios celebrados según el orden de nuestra santa madre iglesia, católica, apostólica romana, producen en el estado todo los efectos civiles.

Posteriormente, en la Ley del Matrimonio Civil de 23 de julio de 1859, se hace referencia en la fracción I del artículo 21, al concubinato público del marido como causal de divorcio y en la fracción III a manera de una prohibición entre el concubinario y la mujer, cuando resulte contra el fin esencial del matrimonio. Fuera de estas prescripciones no se menciona ninguna otra, pues la ley está dedicada a una reglamentación minuciosa del matrimonio civil.

En la Ley Orgánica del Registro Civil, contemporáneo de la ley mencionada con anterioridad, se sigue un criterio similar al del Código Civil de Oaxaca, en cuanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio en su numeral 20.

Con el Código Civil de 1870, tampoco se regula de manera expresa al concubinato. Los hijos nacidos de esta unión, consideramos, fueron comprendidos al igual que en el Código Civil de Oaxaca, dentro de la nefasta clasificación que este Código hace, como hijos naturales, para diferenciarlos de los legítimos, incestuosos, espúreos y demás denominaciones denigrantes, tomadas de la legislación española ya analizada, que provienen de la consideración sacramental del matrimonio, y se daban a los hijos que carecían de la "gracia".

Las disposiciones del Capítulo III del Título V, están destinadas a las actas de reconocimiento de estos hijos; los artículos del 352 al 362, a su legitimación; los artículos del 363 al 387, a su reconocimiento; y en diversos numerales se regula además, el derecho sucesorio correspondiente a estos hijos, merced al reconocimiento y a la legitimación.

Al referirse a la legitimación¹¹⁵ el Código que nos ocupa, define a los hijos naturales como aquellos concebidos fuera del matrimonio en tiempo en que el padre y la madre podían casarse, aun cuando fuera con dispensa, concediéndoles de manera única el derecho a ser legitimados a través de un solo medio, el matrimonio subsiguiente de sus padres, aunque fuera declarado nulo, con tal de que uno de los cónyuges cuando menos, lo hubiere celebrado de buena fe.

Con estas disposiciones no se otorga calidad jurídica a las uniones concubinarias, pero si aparentemente a sus consecuencias, sobre todo en materia de descendientes, bástenos citar como ejemplo, en el caso de legitimación, al artículo 355 que determina quienes son hijos naturales, al decir de aquellos concebidos fuera de matrimonio, en tiempo en que el padre y la madre podían casarse.

Otros artículos se refieren también al concubinato de manera indirecta, tal es el caso del 192 dedicado a indicar el parentesco de afinidad, que se contrae por el matrimonio consumado o por cópula ilícita, y el 242 que

¹¹⁵ Artículos 352 a 355.

los señala en su fracción 2a., como circunstancia concurrente a una causal de divorcio.

Para terminar citaremos el Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1884, en el que se siguen utilizando las denominaciones denigrantes para los hijos diversos de los legítimos y se da un tratamiento casi idéntico a la legitimación y reconocimiento de hijos naturales,¹¹⁶ y al concubinato respecto a los ejemplos destacados en el párrafo anterior, sólo que con diferentes numerales (Artículos 182 y 228 fracción II).

4) *Periodo revolucionario*

La Ley sobre Relaciones Familiares abrogada por el Código Civil del Distrito Federal de 1928, corresponde a este periodo. Fue extendida por Venustiano Carranza con la idea de establecer a la familia sobre bases más racionales y justas, según se desprende de su exposición de motivos,¹¹⁷ en la que también se hace notar el propósito de dar igualdad a la mujer en sus relaciones de familia, pues en las anteriores legislaciones, al regular al matrimonio, se estaba a la concepción tradicional de la familia romana y del matrimonio contrato, imbuido de cuestiones políticas y religiosas, que no van de acuerdo con el objeto y nueva concepción que esta ley otorga al matrimonio: perpetuación de la especie y ayuda mutua.

A pesar de estos buenos propósitos la ley de mérito, hace omisión del concubinato y lo alude de manera indirecta como en los otros códigos, a través de la legitimación y el reconocimiento de los hijos naturales, dentro de los cuales se agruparía, a partir de entonces, a los hijos nacidos fuera de matrimonio.

De este modo el artículo 186 de la citada ley, establece que son hijos naturales todos los nacidos extramatrimonialmente y el 176 da oportunidad para que todos ellos puedan legitimarse, o bien, por mandato del numeral 118, reconocerse, concediéndoles igualdad de derechos con respecto a los legítimos por mandato del precepto 182.

El análisis histórico hasta aquí efectuado, nos permite afirmar que desde siempre y en cualquier tipo de sociedad, la familia, como fenómeno social, se ha organizado alrededor de alguna figura central con influencias socio-jurídicas tal cual es el caso del matrimonio. También se puede decir que, invariablemente, en todo tipo de sociedad, han existido núcleos sociales constituidos fuera del contexto matrimonial.

Cada pueblo y cada época, de acuerdo a su evolución histórica e idiosincrasia, han estructurado la institución matrimonial y al verificarlo, se

¹¹⁶ Artículos 325 a 328, 337 y ss.

¹¹⁷ Ley sobre Relaciones Familiares, Ed. Porrúa, S. A., México, 1964, pp. 1 a 9.

encuentra una serie de familias “irregulares”, fundadas sólo a partir del dato natural de la unión de los sexos.

En Roma, tomamos este dato por conveniencia de método, al lado de la forma regular de constitución familiar, la *justae nuptiae*, observamos una gama de uniones que van desde la muy semejante al matrimonio como era el concubinato, hasta las de carácter transitorio, pasando por el contubernio y el matrimonio *sine connubium*. Es conveniente aclarar que en Roma, fuera de las uniones de contenido no especificado, se dio carácter jurídico a las demás para otorgarles consecuencias jurídicas diversas.

El concubinato era la unión de un hombre y una mujer que cubriendo los requisitos para una *justae nuptiae*, no tenían, sin embargo, alguno de ellos, la cualidad derivada del *jus civitatis*. En esta institución, en el contubernio o en el matrimonio *sine connubium*, son observables la singularidad del vínculo, la permanencia y la publicidad. Los hijos siguen la condición jurídica de la madre, en virtud del régimen parental de la cognición.

Esta situación se prolongó durante todo el Imperio; pero al lado de esta figura empezaron a cobrar importancia otras como el amancebamiento y la barraganía, y paulatinamente se inició el proceso de desdibujamiento del típico concubinato.

México heredó, por la conquista española, la tradición jurídica romana y en consecuencia, su realidad social muestra la misma imagen, si omitimos cualquier referencia a la época prehispánica.

SEGUNDA PARTE

Teoría Jurídica y realidad social del concubinato

IV

EL CONCUBINATO Y LOS CONCEPTOS JURÍDICOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO FAMILIAR

Tras de haber recurrido al análisis histórico jurídico del concubinato penetraremos ahora en su esencia doctrinal a través de los conceptos jurídicos fundamentales, para conocer el estado actual en que se encuentra la conformación doctrinal de esta unión y con ello, poder otorgarle una *facultad de derecho* — 17 de julio de 81 — L U F — galera número 64 correcta perspectiva jurídica que permita, a su vez plantear su dimensión en la legislación civil.

A) *Relación jurídica*

Las “relaciones de la vida social reconocidas por el Derecho objetivo se

llaman relaciones jurídicas. El Derecho eleva las relaciones de la vida a relaciones jurídicas proveyéndolas de eficacia, transforma y plasma estas relaciones humanas en relaciones jurídicamente vinculantes, dándoles importancia jurídica¹¹⁹ y convirtiéndolas en productoras de efectos jurídicos predeterminados y legítimos.

Para el derecho en general la relación jurídica es un elemento complejo que "se constituye por un enlace o articulación de los supuestos, consecuencias, sujetos y objetos de derecho, unidos por un nexo específico del ordenamiento jurídico que denominamos: la cópula debe ser."¹²⁰ De esto resulta que la relación jurídica detenta todas las características de los elementos y conceptos que la integran, mismos a los que nos referiremos en los apartados posteriores.

En particular para el derecho familiar, las relaciones jurídicas "son aquellas vinculaciones de conducta que se establecen debido al parentesco, el matrimonio, el concubinato, el divorcio, la patria potestad o la tutela. Generalmente se señalan como fuentes de las relaciones familiares, exclusivamente el parentesco y el matrimonio. Nosotros consideramos necesario mencionar el divorcio, el concubinato y la patria potestad o la tutela . . ." ¹²¹ De estas fuentes señaladas, trataremos únicamente al concubinato y a las posibles relaciones que de él derivan, con diverso enfoque y tratamiento al del autor citado, pues como se hizo notar en la primera parte de este trabajo, la legislación no regula directamente al concubinato sino a través de otros supuestos jurídicos ajenos a la relación concubinaria, que no existe jurídicamente regulada. Sólo algunas consecuencias de la unión concubinaria han sido objeto de regulación normativa, pero a partir de otros supuestos jurídicos ya que como se verá, en las siguientes páginas de este apartado, no existen consecuencias jurídicas sin un supuesto que de cumplimentarse les dé origen.

Los doctrinarios que aceptan la existencia normativa del concubinato y las vinculaciones de conducta que de él se originan, incurren, inclusive, en alguna contradicción pues a un mismo tiempo señalan como origen de relaciones jurídicas al concubinato y reconocen la ausencia de normas destinadas a regir la relación entre concubenarios, de las que a fin de cuentas y por lógica deben emanar las demás. Sirvanos de ejemplo el autor que hemos venido reseñando cuando, al referirse a estas cuestiones, dice: "En cuanto al concubinato, aunque es verdad que el derecho regula principalmente la situación jurídica de los hijos, despreocupándose de las relaciones entre los concubenarios o concubinos, . . . en el derecho mexicano existe

¹¹⁹ BONET, Ramón Francisco. *Compendio de Derecho civil*, T. I, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 257.

¹²⁰ ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Compendio de Derecho civil*, T. I, p. 113.

¹²¹ ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Derecho civil mexicano*, T. II, Vol. I, p. 179.

la tendencia a reconocer ciertos derechos a la concubina, especialmente para heredar, exigir alimentos en la sucesión testamentaria del concubinato, reclamar la reparación del daño en el caso de muerte de este último o las indemnizaciones por riesgos profesionales (accidentes del trabajo o riesgos profesionales), debemos nosotros hacer una distinción especial para las relaciones que origina el concubinato, . . . ”¹²²

El análisis de la vida social nos muestra el elemento material del concubinato y de las relaciones jurídicas que deben derivarse del mismo, pero en su turno el ordenamiento jurídico no proporciona el elemento formal que da calificación a las relaciones sociales o de hecho. Para lograr su trascendencia al mundo de lo normativo, el legislador se ha valido de otros supuestos para así encauzar legalmente, sólo algunas relaciones de la unión concubinaria con su dosis respectiva de consecuencias jurídicas olvidando, entre otras, las económicas relativas a los bienes de la familia concubinaria, las de la administración de los mismos, las de la obligación alimentaria en vida de los cónyuges.

La voluntad del legislador plasmada en la ley, ha olvidado, o no ha querido reconocer, el cúmulo de relaciones de reglamentación necesaria para el cúmulo de relaciones de reglamentación necesaria para el concubinato, situación que lo coloca en un plano de desequilibrio jurídico a pesar del gran número de uniones concubinarias existentes, que deben tener otro tratamiento normativo, permitiendo a la familia que así se origina y se funda, un mejor desarrollo económico, político y social, acorde con sus necesidades y las del mundo actual.

B) *Supuestos jurídicos*

Conforme a la definición de García Máynez,¹²³ el supuesto jurídico es una hipótesis normativa de cuyo cumplimiento dependerá la producción de consecuencias jurídicas. En el caso de la unión concubinaria la reglamentación jurídica, al parecer destinada a ella, no existe a propósito de integrarse como hipótesis normativa del concubinato. El supuesto jurídico del concubinato que ciertos autores han pretendido encontrar ha sido deducido interpretando algunas disposiciones de la legislación civil, en las cuales se emplean los términos concubinato o concubina, o bien se alude a los hijos de los concubinarios; disposiciones destinadas a regular aspectos distintos del propio concubinato como el de la sucesión legítima (para la concubina y los hijos del concubinario) y la obligación de fijar alimentos a cargo del testador (concubinario) en favor de una beneficiaria (con-

¹²² *Idem.*, pp. 179 y 180.

¹²³ *Introducción al estudio del Derecho*, 27a. edición, Ed. Porrúa, S. A., México, 1977, p. 172.

cubina). Disposiciones que en nuestra opinión no se dedican en puridad técnica a las consecuencias de derecho de dicha unión, pues carecen del supuesto o hipótesis normativa principal dedicado con toda exactitud al concubinato, para que con verdadero acierto se pudieran establecer como consecuencias normativas de él derivadas.

No obstante esta situación, se ha tomado inadecuadamente como supuesto normativo del concubinato, la reglamentación así expresada, sin tomar en cuenta los principios doctrinales como el de casualidad enunciado por Schreier,¹²⁴ o al del enlace jurídico normativo de García Máynez,¹²⁵ en los que se determina que no habrá consecuencias jurídicas y su realización efectiva, sin que exista el supuesto jurídico correspondiente.

Dicho en términos llanos, el legislador dio la vuelta para no entrar al problema "moral" de regular el concubinato y tomó en cuenta sólo algunas de sus consecuencias, adscribiéndolas a supuestos diversos que de ningún modo, por el hecho de que se mencionen términos como el de concubinato o concubinarios, necesaria y estrictamente definen el concubinato o estructuren el supuesto normativo del que nacerán sus respectivas consecuencias.

C) *Sujetos de Derecho*

Genéricamente el sujeto de derecho o persona jurídica es "todo ente capaz de tener facultades y deberes".¹²⁶ Originalmente el término persona no es un concepto jurídico (del latín *per-personare*), pero ingresa en el campo del Derecho para designar al "sujeto de las relaciones jurídicas, por lo tanto, el sujeto de los deberes jurídicos y de los derechos subjetivos"¹²⁷ que puede ser individual o colectivo. En este sentido las personas, seres susceptibles de llegar a ser sujetos activos o pasivos de derecho, como dice Louis Josserand,¹²⁸ tienen por consiguiente, aptitud para desempeñar un papel en la vida jurídica que se concretizará en cuanto se actualicen los supuestos jurídicos.

En el derecho familiar los sujetos de derecho se identifican básica y normalmente con los parientes, los cónyuges y las personas que ejerzan la patria potestad o la tutela. "También deben mencionarse a los concubinarios, dado que algunos sistemas y, especialmente nuestro Código Civil

¹²⁴ SCHREIER, FRITZ. *Conceptos y formas fundamentales del Derecho*, Trad. Eduardo García Máynez, Ed. Editoria Nacional, México, 1975, pp. 147 y ss.

¹²⁵ *Ob. cit.*, pp. 175 y 176.

¹²⁶ GARCÍA MÁYNEZ, *Ob. cit.*, p. 271.

¹²⁷ *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, T. XXII, Editorial Bibliográfica Argentina, S.R.L., Buenos Aires, 1964, p. 95.

¹²⁸ *Derecho civil*, T. I, Vol. I, Ed. Ediciones Jurídica Europa-América, Buenos Aires, 1950, p. 170.

vigente, reconocen ciertas consecuencias jurídicas al concubinato, tanto entre las partes como en relación a los hijos habidos en el mismo".¹²⁹

Quienes viven en lo que se ha interpretado como concubinato aparentemente tienen ciertos derechos y obligaciones para ejercitar y cumplir entre ellos y con respecto de sus hijos, pero es menester precisar que los mismos no se derivan *strictu sensu* de la unión concubinaria en sí, es decir, considerada supuesto principal como lo es el matrimonio en el caso de los cónyuges, sino de otros supuestos como la filiación natural, la concepción del ser, el nacimiento o el reconocimiento de hijos, supuestos que son autónomos y ajenos a la hipótesis normativa que debía existir para regular a la unión concubinaria.

Para ilustrar lo afirmado citaremos a Rafael de Pina y a Ruggiero. El primero de ellos nos dice: "Del matrimonio se derivan derechos y obligaciones recíprocas entre los cónyuges. En primer término, estos están obligados a contribuir, cada uno por su parte, a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente".¹³⁰

El segundo a su vez, al referirse concretamente al vínculo matrimonial, establece que éste "no es de parentesco ni de afinidad: es un vínculo conyugal, una relación más íntima que el parentesco o afinidad, superior incluso al de la sangre, porque es unión de cuerpos y de alma de donde brota una comunión física, moral y económica. Los derechos y deberes derivados de la relación matrimonial son aquí especialmente recíprocos . . ." ¹³¹ Sin más comentarios que agregar, porque a no dudar del matrimonio, si surgen derechos y obligaciones para los cónyuges plenamente reconocidos como sujetos de derecho.

Por tanto los concubinarios y sus hijos son sujetos del derecho familiar por la capacidad jurídica que como persona detentan, o por el papel desempeñado en el parentesco natural o en el reconocimiento de hijos, que por el estado que guardan respecto al "vínculo del concubinato". Los concubinarios no pueden ser sujetos de derecho de una relación inexistente jurídicamente.

No obstante esta situación, se mejora en mucho el tratamiento que históricamente venían recibiendo los concubinarios por la legislación. Gracias al desplazamiento legislativo del matrimonio como institución central del derecho familiar, de donde hacían derivar los tratadistas tradicionales todas las relaciones, derechos y potestades, que sin el matrimonio eran benigna

¹²⁹ ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Derecho civil mexicano*, T. II, Vol. I, p. 79.

¹³⁰ DE PINA, Rafael. *Derecho civil mexicano*, T. I, Ed. Porrúa, S. A., México, 1972, p. 333.

¹³¹ DE RUGGIERO, Roberto. *Instituciones de Derecho civil*, T. II, Vol. II, Instituto Editorial REUS, Madrid, 1944, pp. 112 y 113.

concesión, pudo el legislador, dar el sesgo legal al concubinato actualmente contemplado.

D) *Objeto de Derecho*

Elemento común en los conceptos jurídicos fundamentales tratados anteriormente es la conducta de las personas jurídicas en sus diversas manifestaciones que, en última instancia, constituye el objeto del derecho, categoría esencial no reconocida por aquellos autores que consideran a los derechos subjetivos, a los deberes jurídicos y a las sanciones, como consecuencias de derecho. Sin entrar a discutir sobre la razón de unos y otros por no ser tema de este trabajo pasaremos a su análisis.

1) *Derechos subjetivos familiares*

Los derechos subjetivos en el derecho familiar se integran con “las distintas facultades jurídicas que se originan por el matrimonio, el parentesco, la patria potestad o la tutela, por virtud de las cuales un sujeto está autorizado por la norma de derecho para interferir lícitamente en la persona, en la conducta, en la actividad jurídica o en el patrimonio de otro sujeto”.¹³²

Al referirnos a los sujetos de derecho en relación con los concubinarios, quedó precisado que éstos pueden ser titulares de ciertos derechos subjetivos (y obligaciones), en observancia al carácter de sujetos jurídicos conferido en el derecho familiar, con base en supuestos ajenos a la hipótesis normativa que debía existir para el concubinato.

La escasez de disposiciones jurídicas “relacionadas” con el concubinato limita a una reducida cantidad los derechos subjetivos, o poder jurídico de la voluntad, conferidos por ese mínimo número de normas a quienes la legislación civil designa como concubinarios, haciendo nula la interferencia entre su conducta y muy restringida en relación a los hijos y parientes, dejando al descubierto un sinnúmero de aspectos de gran importancia.

Con esto se pone de manifiesto el desacuerdo presente entre el derecho y la realidad ofrecida por el concubinato, pues el derecho subjetivo, no es otra cosa sino “un poder que el Estado garantiza en atención a su conformidad con el Derecho objetivo. Y hay situaciones de poder que no suponen la existencia de derechos subjetivos, a causa de faltarles la conformidad indicada respecto a las normas objetivas, es el caso de los poderes de hecho y las hipótesis de señorío estrictamente material”,¹³³

¹³² ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Derecho civil mexicano*, T. II, Vol. I, p. 87.

¹³³ CARBONNIER, Jean. *Derecho civil*, Trad. Manuel Ma. Zorrilla Ruiz, T. I, Vol. I, Ed. Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1960, p. 172.

tal es el caso, según creemos, del concubinato en el que los derechos subjetivos en favor de los concubinarios y de sus hijos devienen, como se ha precisado, de su calidad como personas (de su nacimiento por ejemplo) y del estado que detentan derivado de otros supuestos (filiación, parentesco, cualidad de heredero), que de la regulación de la relación jurídica en la cual viven como concubinos; no en vano presupuesto del derecho subjetivo son la existencia de un sujeto y su capacidad jurídica.

2) *Deberes jurídicos*

La significación del deber jurídico puede concebirse en varios sentidos; en una primera opción, el "deber jurídico se presenta, ante todo, como sujeción, esto es, como el hecho de estar obligados a la observancia de la norma jurídica. Este deber puede ser denominado deber legal, porque implica observancia debida a la norma, en sí y por sí considerada, independientemente del presupuesto de la existencia de una relación jurídica".¹³⁴ Conexo a una relación jurídica, "el deber es, por lo regular, concepto homólogo al de derecho subjetivo, y entonces nace *uno actu* con él y debe entenderse como *correlatum* de otro derecho".¹³⁵ En ambos sentidos el cumplimiento del deber, es a cargo del sujeto pasivo y consiste en dar, hacer, no hacer o tolerar.

A fin de evitar innecesarias repeticiones, por la propia definición del deber jurídico, lo dicho en cuanto a los caracteres y particularidades, de los derechos subjetivos, se aplica a los deberes jurídicos, en tanto como se ha especificado son correlativos. De igual modo las observaciones, consideraciones y comentarios hechos para los derechos subjetivos en relación con el concubinato, surten aquí los mismos efectos.

3) *Hechos, actos y negocios jurídicos*

Conforme a las teorías del acto jurídico, al hablar de concubinato podemos referirnos, si se trata de las tesis bipartitas, a un hecho o a un acto, o a un hecho o a un negocio jurídico; si la teoría que se postula es la tripartita, a un hecho, a un acto o tal vez a un negocio jurídico. Esta aseveración requiere, en primera instancia, determinar si el concubinato es una forma de conducta jurídicamente regulada, o dicho de otro modo, si la conducta contenida en el concubinato guarda la idoneidad¹³⁶ para

¹³⁴ MESSINEO, FRANCESCO. *Manual de Derecho civil y comercial*, Trad. Santiago Sentís Melendo, T. II, Ed. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979, p. 81.

¹³⁵ *Idem*.

¹³⁶ En este sentido véase CARNELUTTI, FRANCISCO. *Teoría General del Derecho*, Trad. Francisco Javier Osset, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, pp. 306 y 430.

producir efectos jurídicos, o bien si se trata sólo del acontecer cotidiano intrascendente para el derecho, pues finalmente sólo esa idoneidad hará posible que el hecho detente el calificativo de jurídico, dejando de ser indiferente para la vida jurídica.

Partiendo de la idea de la regulación jurídica del concubinato,¹³⁷ como es la opinión de algunos autores,¹³⁸ en primer término precisaremos si se trata de un hecho, un acto o un negocio jurídico, valiéndonos de la presencia o ausencia de la voluntad.

En los hechos jurídicos, la voluntad humana es independiente a la realización de las consecuencias jurídicas, razón fundamental para descartar la posibilidad de que el concubinato corresponde a esta categoría jurídica, porque la unión concubinaria supone la manifestación de voluntad de un hombre y una mujer (no reconocida por el derecho), a través de la cual se logra el consenso indispensable para unirse y formar una familia. Los hechos jurídicos en el derecho familiar quedan destinados a otros acontecimientos diversos del concubinato como el nacimiento, la mayoría de edad o la muerte de las personas.

El concubinato no puede considerarse como uno de los actos jurídicos o negocios jurídicos, a la luz de las tesis bipartitas, por la falta de reconocimiento jurídico directo (carece de supuesto jurídico principal), no obstante la unión concubinaria sea un acontecimiento humano realizado consciente y voluntariamente por un hombre y una mujer, que desean determinados resultados, pues éstos tampoco se reconocen en la ley; sólo a través de otros supuestos indirectamente se confieren ciertos derechos a la "concubina" y a los hijos del "concubinario". Dicho en otros términos, la manifestación de la voluntad de los concubinarios no engendra en forma directa derechos y obligaciones de carácter familiar, ni crea una situación permanente en relación con el estado civil de las personas, efecto fundamental de los actos jurídicos del derecho familiar.¹³⁹ Así lo manifiesta Messineo al expresar: "La ley no reconoce la denominada unión libre (o amor libre, o concubinato) entre el hombre y la mujer, o sea el hecho de que dos personas no unidas en matrimonio, vivan *more*

¹³⁷ La interpretación de la fracción V del artículo 1368 y de otras disposiciones del Código Civil del Distrito Federal, da margen para que algunos tratadistas piensen en el reconocimiento pleno del concubinato por el derecho.

¹³⁸ "La legislación mexicana reconoce el matrimonio de hecho o concubinato, y el Código Civil le atribuye determinados efectos en particular con la sucesión hereditaria". Muñoz, Luis. *Derecho civil mexicano*, T. I, Ed. Ediciones Modelo, México, 1971, p. 411.

¹³⁹ Conforme a la tesis adoptada por BONNECASE, Julien, al explicar el acto jurídico "Considerada en sí misma la voluntad humana, es impotente en el dominio del derecho; no desempeña un papel, sino sobre el fundamento y en los límites de la ley". Citado por BORJA SORIANO, Manuel. *Teoría General de las Obligaciones*, T. I, Ed. Porrúa, S. A., México, 1962, p. 102.

uxorio. No la reconoce en el sentido de que tal unión no hace derivar ninguna relación jurídica de derecho privado; ni personal ni patrimonial, entre las dos personas que conviven".¹⁴⁰

Aplicando la tesis tripartita que además de los hechos y actos jurídicos considera a los negocios jurídicos, con base en la participación de la voluntad en la realización del acontecimiento y en la producción de sus efectos, y con apoyo en la licitud, el concubinato tampoco puede ser un negocio jurídico porque en el derecho familiar, a éstos se les considera como actos jurídicos, esto es, en la legislación civil los negocios son asimilados teóricamente a los actos jurídicos.

En suma y en principio, el concubinato no es un acto o un negocio jurídico por carecer de los caracteres necesarios para instaurarse como tal, ya que la voluntad de los concubenarios no está reconocida jurídicamente en la celebración del acto, primer momento, ni en la producción de sus consecuencias, segundo momento, siguiendo el esquema que propone Ortiz Urquidí¹⁴¹ y que en esta parte adoptamos. En los párrafos siguientes, valiéndonos de los elementos esenciales y de validez, constataremos esta afirmación.

La manifestación de voluntad en el concubinato expresada por persona capaz, en forma conciente y libre de vicios, no tiene relevancia jurídica, pues la legislación civil no se ocupa de regularla y por ello, tan sólo es presumible. Puede quizá argumentarse que esa manifestación es tácita, más sin duda alguna que en el derecho familiar no surte efectos esta forma, en atención a los intereses por él tutelados y a la seguridad jurídica, razón por la cual, aunque se aceptara esa forma tácita, debería tener, de todos modos, disposición legal que así lo prescribiera. Por todo esto, no obstante los "concubenarios" se manifiesten libre y concientemente para lograr consecuencias de derecho, aunque fuera parcialmente, ni las conseguirán ni estarán cumpliendo con el primer elemento de un acto que debiera ser jurídico y, sin embargo, no lo es.

Aparentemente en el "concubinato" se cumple con el objeto, segundo elemento esencial de todo acto jurídico, pues de la "unión concubinaria" parece se derivan consecuencias de derecho, o sea, se crean, transmiten, modifican o extinguen derechos y obligaciones. Mas esta configuración aparente del objeto queda sin efecto, puesto que, como se ha precisado, las consecuencias jurídicas no derivan del "concubinato" en sí, sino de otros hechos o actos jurídicos, o bien resultan del cumplimiento de supuestos jurídicos ajenos al mismo.

Por esencia, la voluntad y el objeto del acto o del negocio jurídico en el derecho familiar, se delimitan por la voluntad soberana del legislador,

¹⁴⁰ *Manual de Derecho civil y comercial*, T. III, p. 36.

¹⁴¹ *Derecho civil*, Ed. Porrúa, S. A., México, 1977, pp. 239 y ss.

pues en función de ellas se determinan las consecuencias jurídicas producidas por ambos elementos, y esto cobra singular importancia para el concubinato, porque a la barrera impuesta por el legislador a la voluntad y al objeto de los actos jurídicos familiares por su peculiar naturaleza, se agrega otra para restringir los efectos de la "unión concubinaria".

El reconocimiento o no desconocimiento legal de las consecuencias jurídicas, o sea la previsión legislativa de los efectos de derecho derivados de un acto o negocio, tampoco tiene importancia para el "concubinato", pues si no existe reconocimiento de la voluntad o del objeto, menos lo habrá para sus consecuencias y por tanto no tendrá existencia jurídica. Dicho en otros términos, para que el "concubinato" exista considerado como acto o negocio, la ley debe aprobar o sancionar y no omitir en su contenido lo deseado por quienes lo celebren. La falta de este reconocimiento legal implica además la ausencia de su licitud, razón de más que impide pueda ser considerado como negocio jurídico.

Otro elemento esencial es la solemnidad, pero ésta sólo es indispensable para el vínculo matrimonial. La ley establece ciertas formas obligatorias para quienes deseen contraer matrimonio, pues "por más que un hombre y una mujer tengan la plena voluntad de llenar los fines del matrimonio y que inclusive los llenen viviendo juntos maritalmente... si tal pareja no acude ante el oficial del registro civil a celebrar ante él su unión y no se extiende el acta correspondiente en la que indispensablemente se determinen por sus nombres y apellidos quiénes son los contrayentes, tal matrimonio será, con toda evidencia, inexistente,..."¹⁴²

Del texto anterior se infiere que es precisamente en la solemnidad, el punto donde se localiza la mayor divergencia entre concubinato y matrimonio. Si el derecho no reconoce la voluntad, el objeto y las consecuencias jurídicas de la "unión concubinaria", menos se va a ocupar de exigirle solemnidad; de ser así, estaríamos en presencia de un acto o de un negocio jurídico totalmente diferente al concubinato, pues su esencia descansa en la forma consensual de su celebración.

Con lo expuesto hasta aquí se demuestra la inexistencia jurídica del "concubinato", en tanto no posee ninguno de los elementos esenciales mencionados, sin que tal situación resulte necesaria para ello, pues basta con la ausencia de uno solo, para que el acto o negocio resulte inexistente, "no tenga vida, de ello se sigue que desde el punto de vista de la eficacia, se traduce en una ausencia total de efectos jurídicos. No habiendo llegado a penetrar en el campo del derecho contractual para obtener su reconocimiento jurídico, es evidente que queda fuera del cuadro legal y sus efectos

¹⁴² ORTIZ URQUIDI, *Derecho civil*, p. 294.

jurídicos tendrán la misma suerte".¹⁴³ El acto o negocio inexistente no puede ni podrá jamás crear efectos jurídicos y la voluntad de las partes no podrá darle una conformación tácita ni expresa.

Por estas razones creemos, el legislador dio la vuelta a la regulación directa del concubinato, esto es, no lo reconoce en el contenido normativo y como resultado de esa actitud, hace depender los derechos de los "concubinarios" de otros supuestos jurídicos.

Veamos ahora al "concubinato" en relación con los elementos o requisitos de validez del acto jurídico.

El requisito de validez de la capacidad legal, en materia de "concubinato" no se cumple, aunque se considere a los "concubinarios" sujetos del derecho familiar. Las personas unidas libremente participan en las relaciones jurídicas con base en su capacidad personal, sin fundamentarse en el "concubinato", no obstante a simple vista esa capacidad parezca provenir de la unión concubinaria. Ilusión óptica, pues no hay reglamentación dedicada para ella; por esto, la capacidad legal de los unidos extramatrimonialmente queda sujeta a las reglas generales prescritas a este respecto por el ordenamiento civil.

En cuanto a la ausencia de vicios en la voluntad, tampoco hay disposición alguna que obligue a quienes se vinculan a través de esta unión, a manifestar libre y concientemente su voluntad. La falta de regulación jurídica de este elemento de validez se pretende suplir, por un lado, con las disposiciones generales de la legislación civil, y por el otro, con la presunción de su existencia operante en razón a la permanencia de la unión que en cierto modo, ratifica la manifestación libre y conciente de los "concubinarios". Sin embargo, debe destacarse que en el derecho familiar la sola presunción no basta, pues debe forzosamente regularse en la ley para lograr los efectos deseados.

La licitud en el objeto, motivo, fin o condición del acto o del negocio jurídicos, distinta a la licitud elemento esencial, comprende básicamente la ausencia de contrariedad de un suceso jurídico con respecto a las leyes de orden público y a las buenas costumbres. En cuanto a las primeras, por su naturaleza misma, son irrenunciables, taxativas, y por ello de observancia obligatoria. Las que pudieran relacionarse con el "concubinato", son aquellas reglamentarias del estado y capacidad de las personas en tanto, quienes se unen en esa forma deberían guardar para sí, un estado dentro del orden jurídico familiar. En razón a las segundas, sin llegar a considerar del todo a la "unión concubinaria" en el ámbito de las bue-

¹⁴³ LUTZESCO, Georges. *Teoría y práctica de las nulidades*, Trad. Manuel Romero Sánchez y Julio López de la Cerda, 3a. edición, Ed. Porrúa, S. A., México, 1975, p. 175.

nas costumbres, la sociedad ha aceptado paulatinamente este hecho y el legislador a su vez, trata de reconocerlo.

En la actualidad la "licitud del concubinato", para beneficio de una buena parte de la población del país, queda a salvo. Las normas que escuetamente mencionan a la "concubina" (o), a los "concubinarios" o al "concubinato", se integran a aquellas disposiciones de orden público; por ello los particulares vinculados en virtud de tal unión, no celebran ya convenciones ilícitas vulneradoras de ese orden o atentatorias de las buenas costumbres.

El último elemento de validez es la forma. En el "concubinato" la ley establece forma especial para que sus integrantes exterioricen la voluntad; caso contrario, podría caracterizarse, acordes a la clasificación de los actos jurídicos con apoyo en la forma, como un acto consensual perfeccionado por el mero consentimiento de las partes, concretizado a través de su conducta o comportamiento público y privado cotidiano (consentimiento tácito), que hiciera suponer el acuerdo de voluntades, o de otro modo, que diera indicios suficientes para presumirlo.

Si como hemos afirmado en las páginas anteriores,¹⁴⁴ el "concubinato" no goza de las particularidades propias de los hechos, ni de los actos o de los negocios jurídicos. ¿Cuál es entonces la naturaleza que le asiste? La respuesta a este cuestionamiento es: el "concubinato" o lo que se ha llamado "concubinato", no pertenece al mundo de lo normativo, esto es, carece de un supuesto jurídico que incorpore el hecho social al deber ser de una relación jurídica denominada propiamente concubinato. La opinión de los autores en favor de la existencia jurídica de la "unión concubinaria", no resiste la aplicación de los conceptos y teorías del acto jurídico y cae por su propio peso. "Quien reflexione ahora que en el acto se desarrolla una relación jurídica, fácilmente admite que si es exigido un modo de ser para la juridicidad (para la existencia jurídica) de la relación jurídica, la misma exigencia se deduce para la juridicidad del acto, que constituye el desarrollo de la relación; no podría ser jurídico el acto si no fuera jurídica la relación que le da vida",¹⁴⁵ y esto se explica en virtud de la concatenación existente entre la relación, los supuestos, sujetos, objetos y consecuencias normativas.

En consecuencia la naturaleza del concubinato no corresponde a la esencia de los hechos, actos o negocios jurídicos, pues es ajena al orden normativo vigente y por ello, la "unión concubinaria" es una relación

¹⁴⁴Véanse primordialmente las pp. 55 y 56.

¹⁴⁵ GARNELUTTI, *Ob. cit.*, pp. 307 y 308.

social o de hecho ¹⁴⁶ en un periodo de transición, con proyección jurídica (no con reconocimiento), de momento únicamente en algunos de sus efectos, por la vía de otros supuestos jurídicos.

¹⁴⁶ Unión de hecho para SOTO GORDOA, Ignacio. *Primer curso de Derecho civil*, 1a. edición, Ed. Imprenta Azteca, México, 1961, p. 120; "El concubinato o unión libre como situación de hecho, no está reglamentado por el derecho". GALINDO GARFÍAS, *Ob. cit.*, p. 470; "Relaciones de hecho... irrelevantes para el derecho (ejemplo concubinato)" MESSINEO, *Ob. cit.*, p. 6.