

Pasado y futuro del concubinato en México*

Alejandra Verónica Zúñiga Ortega**

RESUMEN: El concubinato actual tiene como antecedentes histórico - legales diversos periodos que han sido parte de la historia de México. Cada uno de ellos posee características especiales que repercutieron en el trato normativo del concubinato y, especialmente, de los hijos nacidos de esta unión. Dichos periodos son: Derecho castellano, derecho novohispano, doctrina precedente a la legislación mexicana actual, y la legislación previa a la legislación mexicana actual. Así mismo, y con el fin de concluir la línea del tiempo se incluye un breve análisis del concubinato en el presente. Finalmente, se presentan diversos tópicos que en un futuro deberán considerarse para la regulación íntegra del concubinato en México.

Palabras clave: concubinato, evolución del concubinato, efectos jurídicos civiles.

ABSTRACT: Current cohabitation has historical antecedents - Legal various periods that have been part of the history of Mexico. Each has special characteristics that affected the regulatory treatment of concubinage, and especially of children born of this union. These periods are: Castilian law, law of New Spain, doctrine prior to the current Mexican law, and legislation before the current Mexican legislation. Likewise, and in order to complete the timeline includes a brief analysis of cohabitation in the present. Finally, we present various topics in the future be considered for the full regulation of cohabitation in Mexico.

Key words: concubinage, evolution of the cohabitation, civil legal effects.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Derecho castellano. 3. Derecho novohispano. 4. Doctrina precedente a la legislación mexicana actual. 5. Legislación previa a la legislación mexicana actual. 6. Concubinato en el presente. 7. Futuro del concubinato. Bibliografía.

1. Introducción

* Artículo recibido el 27 de septiembre de 2010 y aceptado para su publicación el 23 de Noviembre de 2010.

** Doctora en Derecho Público. Docente de tiempo completo de la Universidad Veracruzana.

El concubinato, desde la perspectiva jurídica, ha evolucionado a través del tiempo, en atención a las diversas circunstancias sociales, políticas y económicas de cada época. Este desarrollo histórico será tratado retomando las etapas histórico-legales que fueron antecedentes de lo que en la actualidad se concibe como concubinato.

Los periodos que se han considerado son: derecho castellano, derecho novohispano, doctrina precedente a la legislación mexicana actual y la legislación que prevaleció antes de la que actualmente rige al concubinato. Cada uno de ellos se caracteriza por un trato legal que inevitablemente se refleja en el conjunto de normas que en este momento intentan otorgar una protección jurídica a las personas que en tal unión conviven.

Para el apoyo de la metodología que en los primeros cuatro apartados se aplica se consideraron los tres elementos fundamentales que de acuerdo con Dougnac¹ constituyen el derecho indiano². Estos son: El derecho indiano, el derecho castellano, el derecho indígena.

Posteriormente se analiza legislativamente al concubinato retomando principalmente lo estipulado por el Código Civil para el Distrito Federal. Por último, se argumenta sobre la necesidad de otorgar regulación del concubinato considerándolo desde su naturaleza fáctica.

2. Derecho castellano

El derecho castellano alude al derecho que imperó en Castilla antes y después de la Conquista de América; este hecho marca el inicio de una serie de documentos jurídicos que imperaron en la Nueva España.

En el medioevo aparece en España una institución emparentada con el

¹ DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio, *Manual de historia del derecho indiano*, UNAM, México, 1994, pp. 15-17.

² “El conjunto de cuerpos legales y disposiciones legislativas de diverso origen que se aplicaron en las Indias y Tierra Firme del Mar Océano ha sido llamado derecho indiano; se ha dividido para su estudio en derecho peninsular y criollo. El primero era el que se dictaba desde la metrópoli para las Indias, y el segundo era el que en éstas dictaban las autoridades locales. Pero en las Indias también se aplicaban los cuerpos jurídicos y disposiciones legislativas castellanas y las costumbres indígenas que no fueran en contra de los principios de la religión católica ni los intereses del Estado. El conjunto de todos estos ordenamientos constituía el orden jurídico de cada uno de los territorios americanos...” Vid. GONZÁLEZ, María del Refugio, “Estudio introductorio” en VENTURA BELEÑA, Eusebio, *Recopilación sumaria de los autos acordados de la Real Audiencia y Sala del Crimen de esta Nueva España*, T. I, ed. fasc. 2ª, UNAM, México, 1991, p. XIII.

concubinato romano: la barraganía.³ Algunos autores⁴ consideran que la barraganía tuvo lugar por el matrimonio islamita o en la unión sexual del señor con la esclava quien según el derecho musulmán, se consideraba libre por el sólo hecho de tener hijos de aquel. Sin embargo, sea cual fuere la fuente de inspiración de la barraganía, ésta “era una especie de sociedad conyugal constituida por un hombre y una mujer con el objeto de hacer vida en común.”⁵

La unicidad, permanencia, fidelidad, fines de convivencia y procreación de la barraganía eran similares a los del matrimonio, pero faltaba el requisito de la consagración de dicha unión por la iglesia. Sin embargo, a pesar de esto último a la barragana se le consideró como la mujer legítima y no fue refutada como concubina a la que el hombre pudiera dejar cuando quisiera, aunque sí era disoluble por la voluntad de ambas partes.

Pero como esta figura llegó a ser muy difundida el derecho español tuvo que regularla. Así, el *Fuero Juzgo* la trata para prohibir relación sexual entre barragana del padre o de los hermanos con los hijos de aquel o colaterales de éstos⁶ y para prohibirla a los clérigos.⁷

El *Fuero de Castilla* y el *Fuero Real* se ocuparon poco de la barraganía, sin

³ Puig Peña al referirse al origen de la palabra concubinato afirma que “esta palabra es de ascendiente romano, respondiendo a la vigencia de esta suerte de uniones entre pueblo - rey. La palabra siguió viviendo en la costumbre durante los siglos medios, sólo que en España, y por influencia árabe, se utiliza también la de barraganía, y así se observa en los principales cuerpos legales de nuestro Derecho histórico. De este modo, tres son las formas de enlace que existían en la España castellana: el matrimonio de bendición, celebrado con todas las solemnidades del Derecho y consagrado por la religión; el matrimonio a juras, que era un casamiento perfectamente legítimo, pero oculto, clandestino, una especie de matrimonio de conciencia que inducía a perpetuidad y las mismas obligaciones que el solemne, del cual solo se distinguía en la falta de solemnidad y publicidad; y, el enlace de la barraganía o concubinato, o unión establecida de soltero con soltera en forma de aparente matrimonio, más fácilmente disoluble. Estas tres clases de enlace vivían en las costumbres castellanas, así como también en las leyes generales y en las disposiciones de carácter territorial, pues los legisladores parece que dejaron de castigar el desorden propio del concubinato para precaver mayores males toleraron su licencia consultando al bien público”. PUIG PEÑA, Federico, “Las uniones matrimoniales de hecho” en *Revista de derecho privado*, T. XXIII, España, 1949, p. 1096.

⁴ UREÑA citado por GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel, “Notas sobre la problemática jurídica de la pareja no casada” en BELTRÁN DE HEREDIA ONIS, Mariano, *et. al.* (Coords.), *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor J. Beltrán de Heredia y Castaño*, Universidad de Salamanca, España, 1984, p. 216.

⁵ *Ídem.*

⁶ *Fuero Juzgo*, III. V. I.

⁷ *Fuero Juzgo*, III. IV. XVIII.

embargo, las *Siete Partidas* de Alfonso X, El Sabio, en el Título XIV, Partida IV, reglamentaron al concubinato denominándolo barraganía. Lo declararon pecado mortal y exigían que ambos concubinos fueran solteros y que sólo se podía tener una barragana.⁸

Las *Siete Partidas* señalaban que la etimología de la palabra barraganía proviene del árabe *barra* que significa “fuera” y del latín *gana* equivalente a “ganancia” o *bargania*, “convenio” o “contrato”. Denominando a la barraganía como ganancia que es hecha fuera del mandamiento de la iglesia⁹.

De conformidad con estas leyes un varón sin impedimento de matrimonio podía recibir por barragana a una viuda o mujer libre desde su nacimiento que no fuera virgen, siempre y cuando lo hiciera en presencia de hombres buenos manifestando que la recibía por barragana; de lo contrario se entendía que era mujer legítima mientras no lo comprobara. Un varón no podía tener más de una barragana y ésta no podía ser cuñada de aquel ni parienta hasta el cuarto grado. A los adelantados o virreyes de las tierras conquistadas se les permitía tener barragana, pero no mujeres legítimas en las tierras de su adelantamiento con el fin de que no hicieran valer su poder para forzar a alguna mujer a contraer matrimonio con ellos. Además, se consideraba que un hombre no podía tener por barragana a una mujer que era virgen y que fuera menor de doce años. Asimismo, prohibían la barraganía de los clérigos.¹⁰

Después de las *Siete Partidas* no se menciona a la barraganía, pero no por quedar abolida. A partir del Concilio de Valladolid, en el siglo XIII, los legisladores se esforzaron por desterrarla, criterio que se acentuó en los *Ordenamientos de Cortés* de los siglos XIV y XV. Los Reyes Fernando e Isabel consiguieron establecer la doctrina canónica a través de sus *Pragmáticas* de 1491 y 1502, y así, poco a poco, fue extirpada la barraganía de los clérigos y reducida a los de los seglares a la mínima expresión.¹¹

Otro de los documentos que constituyen el derecho castellano es la *Novísima*

⁸ Aunque también se dice que Alfonso X calificó con el nombre de barraganía a las uniones fuera de matrimonio, constituidas entre personas casadas o entre mujeres y hombres de clases sociales diferentes. Vid. HERRERÍAS SORDO, María del Mar, *El concubinato. Análisis histórico jurídico y su problemática en la práctica*, 2ª ed., Porrúa, México, 2000, p. 6-9. Tal aseveración quizá encuentre fundamento en el hecho de que también se permitía a los hombres de linaje tener barragana, aunque estuvieran ligados con otra mujer bajo el vínculo matrimonial.

⁹ Partida IV, XIV. I.

¹⁰ Partida IV, XIV. II.

¹¹ GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel, *Op. Cit.*, p. 217.

recopilación de las leyes de España.¹² En éste no se observa un apartado específico sobre el concubinato; sin embargo, contemplaba algunas instituciones jurídicas relativas a la situación de los hijos no habidos en matrimonio.¹³

3. Derecho novohispano

Con la Conquista Española se aplicaron en las Indias tanto el derecho Indiano en sus dos vertientes: peninsular (España para las Indias) y criollo (el propio derecho de las Indias), así como el derecho castellano.¹⁴ En este último se encuentra el derecho real (*Partidas, Fuero Real, Fuero Juzgo, Ordenamiento de Alcalá*, etc.) y el derecho canónico (*Decreto de Graciano, Decretales, Extravagantes*, etc.).¹⁵

Algunos de estos documentos ya han sido mencionados en el apartado anterior por ello se aludirá exclusivamente al derecho indiano aplicado en la Nueva España, es decir, al derecho novohispano.

La *Recopilación de Leyes de los Reinos de Indias de 1680*¹⁶ no mencionaba al concubinato, no obstante, sí contemplaba disposiciones que pueden llevar a hacer consideraciones relativas al concubinato. Amén de la influencia que ejerció en la legislación posterior.

En principio este documento daba libertad a los indios e indias para contraer matrimonio con quien eligieran:

¹² La edición utilizada es: *Novísima recopilación de las leyes de España, mandada formar por el señor don Carlos IV. Edición publicada por Don Vicente Salvá, en la que van agregadas al fin las ordenanzas de Bilbao, se ha intercalado en cada uno de los doce libros las leyes de 1805 y 1806 del suplemento, y se le han incluido en el índice cronológico y el de los sumarios de los títulos*, Librería de Don Vicente Salvá, París, 1846.

¹³ Nov. Rec. 10. 5. 1. Que a su vez coincide con lo establecido en 5. 8. 9. de la *Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias* de 1680, que en lo subsecuente se abreviará: R. I.

¹⁴ La aplicación del derecho castellano en Indias fue basta, principalmente en materia de derecho penal, procesal y privado, en que las disposiciones indianas fueron escasas. *Vid.* DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio., *Op. Cit.*, p. 16.

¹⁵ GONZÁLEZ, María del Refugio, "Estudio introductorio" *Op. Cit.*, p. XXVII.

¹⁶ La *Recopilación de los Reinos de las Indias* (1680) tuvo como antecedente la *Recopilación de Indias* (1635) de León Pinelo que, a su vez, precedió al *Cedulario indiano* de Encinas (1596) y misma que, aunque sirvió a León Pinelo y a Solórzano para iniciar su tarea recopiladora; no era de fácil manejo. En la *Recopilación de 1680* aparecen la mayoría de las disposiciones que contempla la *Recopilación de 1635*; por esta razón nos enfocaremos al contenido de la *Recopilación de los Reinos de las Indias* de 1680.

Es nuestra voluntad, que los Indios é Indias tengan, como deben, entera libertad para casarse con quien quisieren, así con Indios como con naturales de estos nuestros Reinos, ó Españoles, nacidos en las Indias, y que en esto no se les ponga impedimento. Y mandamos que ninguna orden nuestra, que se hubiere dado, ó por Nos fuere dada, pueda impedir, ni impida el matrimonio entre los Indios, é Indias con Españoles, o Españolas, y que todos tengan entera libertad de casarse con quien quisieren, y nuestras Audiencias procuren que así se guarde, y cumpla.¹⁷

Se hacía hincapié en el matrimonio para imponer ciertas obligaciones y derechos; mientras que el concubinato se presentaba como una forma más de unión debido a la naturaleza de las disposiciones. Quizás la explicación para considerar al matrimonio como única forma de originar una familia, sea la religión cristiana, misma que, considerada como motivo, constituía el argumento de España para penetrar en tierras antes poseídas por infieles. La Corona española no acabó con las costumbres indígenas, salvo en la medida en que éstas contravinieran la religión católica y si la iglesia sólo toleraba al concubinato, éste, por ir en contra de la religión católica, no era tomado en consideración en las leyes, aunque entre los aborígenes existiera.

4. Doctrina precedente a la legislación mexicana actual

Bajo este rubro se analiza la doctrina que, después del movimiento independiente y antes del primer *Código Civil*, se presentó en México.

Es bien sabido que a raíz de la Independencia en México se carecía de Códigos nacionales por lo que para resolver los problemas jurídicos que se presentaban se hacía uso del derecho colonial y de obras de autores españoles y americanos, por lo que en varias materias las leyes españolas siguieron teniendo vigencia. Especialmente el derecho privado siguió las directrices del derecho castellano.¹⁸

Los textos que interpretaban la ley eran las *Instituciones* de Álvarez, el *Febrero Mexicano*, las *Pandectas hispano-mejicanas* de Rodríguez de San Miguel, el *Nuevo Febrero Mexicano*, la *Ilustración del derecho real de España* y el *Novísimo Sala Mexicano*, entre otros. La mayoría de estos documentos no hacen referencia directa al concubinato, sin embargo contienen disposiciones que presumen su existencia.

La obra de José María Álvarez llamada *Instituciones de derecho real de Castilla*

¹⁷ *Recopilación de Leyes de los Reinos de Indias*, 6. 1. 2. (L. P. 7. 12. 19).

¹⁸ GÓNZALEZ, María del Refugio, *El derecho civil en México 1821-1871. Apuntes para su estudio*, UNAM, México, 1988, pp. 6-7.

y de Indias¹⁹ contiene disposiciones relativas a ciertas figuras que forman parte de lo que en actualidad se denomina derecho de familia y que tienen relación con el concubinato.

Álvarez llama “estado de familia” a la división de “los hombres en padres é hijos que están bajo la potestad de aquellos.”²⁰ De lo que se infiere, primero, que no se encontraban en estado de familia dos personas de distinto sexo sin hijos; y segundo, la imprescindible sujeción de los hijos a la patria potestad.

Ahora, los hijos ilegítimos, es decir, aquellos que nacían fuera de matrimonio, eran o naturales o espurios.²¹ Los hijos naturales eran aquellos que nacían de padre y madre libres de matrimonio o que al tiempo de su nacimiento podían contraerlo. Los hijos espurios eran todos aquellos ilegítimos que no fueran naturales.²²

A pesar de que expresamente el concubinato no se mencionaba, se puede presumir su existencia por la imperiosa necesidad de regular lo relativo a los hijos ilegítimos, especialmente, en relación con los hijos naturales.

Por su parte, el *Febrero Mexicano*²³ contemplaba algunas instituciones relacionadas con los hijos que nacen del concubinato. De la misma manera que las *Instituciones* de Álvarez, la *Ilustración de Derecho real de España* y el *Novísimo Sala Mexicano*, entendía que la patria potestad era la autoridad y el poder que los padres tenían sobre los hijos. También se dividía en onerosa y útil²⁴; y la patria potestad en general no se ejercía sobre los hijos que no fueran legítimos o legitimados.²⁵

Independientemente de los modos de la patria potestad, los padres tenían la obligación natural de proporcionar a los hijos alimento, vestido, calzado,

¹⁹ GARCÍA LAGUARDIA, M. y GONZÁLEZ, María del Refugio “Estudio preliminar” en ÁLVAREZ, José María, *Instituciones de derecho real de Castilla y de Indias*, T. I, ed. fasc. de la reimpresión mexicana de 1826, UNAM, México, 1982, p. 29.

²⁰ *Instituciones de Álvarez*, I. III. III.

²¹ *Ídem*, III. I. 1.

²² *Ibidem*.

²³ El texto consultado es: PASCUA, Anastasio, de la, *Febrero Mexicano o sea la Librería de Jueces, Abogados, Escribanos que refundida, ordenada bajo nuevo método, adicionada con varios tratados y con el título de Febrero Novísimo, dio a luz Eugenio de Tapia. Nuevamente adicionada con diversos tratados y las disposiciones del Derecho de Indias y del Patrio, por el Lic. Anastasio de la Pascua*, Imprenta de Galván a cargo de Mariano Arévalo, México, 1834-1835.

²⁴ *Febrero Mexicano*, 1. 2. 1. 1.

²⁵ *Ídem*, 1. 2. 1. 8.

instrucción en lo moral, en lo religioso y en lo profesional, y, en general, lo necesario para su subsistencia.²⁶

Los hijos ilegítimos eran naturales y espurios. Los naturales eran los que habían sido procreados por hombre y mujer solteros que vivían juntos, sin tener impedimentos para contraer matrimonio, pero siempre y cuando la mujer fuera única.²⁷ Por su parte los hijos espurios eran todos aquellos que no entraban en la definición de hijos naturales y así el *Febrero Mexicano* hace la misma distinción que desde las *Siete Partidas* se conoce, entre los cuales se encuentran los hijos adulterinos, incestuosos, nefarios, sacrílegos o de dañado ayuntamiento, manceres, etc.²⁸

En el texto de Rodríguez de San Miguel titulado *Pandectas hispano-mexicanas*²⁹ se compilaron las disposiciones que su autor creyó aplicables de la época colonial, encontrándose, entre otras, las establecidas en las *Siete Partidas*.

De la lectura del numeral 2656 de las *Pandectas* se desprende que cuando los solteros tenían una concubina era pecado, y era aún más grave cuando un hombre casado tenía concubinas dentro o fuera de la misma casa donde habitaba con sus mujeres legítimas. El concubinato no sólo se refería a la unión que un hombre soltero tenía con una mujer, sino también a lo que en la actualidad conocemos como adulterio.

El mismo numeral 2656 señalaba las penas aplicadas a los que tal pecado cometían:

...el santo concilio... establece que se fulmine excomuni6n contra semejantes concubinarios, as6 solteros como casados, de cualquier estado, dignidad 6 condici6n que sean, siempre que despu6s de amonestados por el ordinario, aun de oficio, por tres veces sobre esta culpa, no despidieren las concubinas, y no se apartaren de su comunicaci6n; sin que puedan ser absueltos de la excomuni6n, hasta que efectivamente obedezcan 6 la correcci6n que se les haya dado. Y si despreciando las censuras, permanecieren un a6o en el concubinato, proceda el ordinario contra ellos severamente, seg6n la calidad de su delito. Las mujeres, casadas 6 solteras que vivan p6blicamente con ad6lteros 6 concubinarios, si amonestadas por tres veces no obedecieren, ser6n castigadas de oficio por los ordinarios de los lugares

²⁶ *Ib6dem*, 1. 2. 1. 9.

²⁷ *Ib6dem*, 1. 3. 2. 2.

²⁸ *Ib6dem*,

²⁹ Esta obra inicialmente fue publicada en 1839 cuyo t6tulo era *Pandectas hispano - Mejicanas o sea C6digo general comprensivo de las leyes generales, 6tiles y vivas de las Siete Partidas, Recopilaci6n Nov6sima, la de Indias, Autos y Providencias conocidas por de Montemayor y Bele6a, y c6dulas posteriores hasta el a6o de 1820*; posteriormente fue editada en 1852, 1980 y 1991 por el Instituto de Investigaciones Jur6dicas de la UNAM. La utilizada para la elaboraci6n de este apartado es la 6ltima edici6n.

Pasado y futuro del concubinato en México

con grave pena, según su culpa, aunque no haya parte que lo pida, y sean desterradas del lugar ó de la diócesis, si así pareciere conveniente á los mismos ordinarios...

Si los concubinos tenían hijos eran considerados como ilegítimos³⁰, pudiéndolos legitimar cuando los padres contraían matrimonio.³¹ Eran considerados como ilegítimos porque no nacían de matrimonio celebrado de acuerdo a la ley.³²

Por último, los hijos ilegítimos no tenían las mismas prerrogativas que los legítimos, esto es, no gozaban de la honra de sus padres, dignidad y orden sagrada de la iglesia, honras seculares y el derecho de heredar a sus padres, abuelos y demás parientes.³³

Por otro lado, el *Nuevo Febrero Mexicano*³⁴ tampoco desconoce la existencia del concubinato, pues en el capítulo dedicado a la legitimación considera:

la legitimación de un nieto por subsiguiente matrimonio, puede tener lugar en el caso siguiente: cuando el abuelo se casa con la concubina en quien tuvo el hijo natural, después de la muerte de éste; por lo que tal matrimonio se considera como hecho en vida del mismo, y produce para el nieto los mismos efectos que hubiera producido para el hijo³⁵

Se estableció la legitimación de los hijos naturales, definiéndolos como aquellos que eran procreados por personas que hubieran podido contraer matrimonio sin tener impedimento al momento del nacimiento o concepción de los mismos, aunque el padre “no haya tenido en su casa a la mujer en quien los engendró, ni sea una sola.”³⁶ Es decir, el concubinato era aquella relación que un hombre mantenía con una o con más mujeres, aunque no hubiera vivido con ninguna, siempre que no hubieran existido impedimentos para contraer matrimonio. Los hijos que no nacieran en estas condiciones eran llamados espurios.

La justificación de la ausencia de reglas relativas al concubinato en la mayoría de los documentos, se debe a que el matrimonio era concebido, principalmente, como un sacramento³⁷; hecho que se deriva de la intención de los conquistadores de convertir a la iglesia católica a los infieles.

³⁰ Numeral 2789.

³¹ Numeral 2786.

³² Numeral 2788.

³³ Numeral 2787.

³⁴ *Nuevo Febrero Mexicano. Obra completa de jurisprudencia teórico-práctica*, T. I, editado por Mariano Galván Rivera, impresa por Santiago Pérez, México, 1851, p. 3.

³⁵ *Ídem*, 1. 7. 1. 5.

³⁶ *Ibidem*, 1. 7. 1. 2.

³⁷ *Ibidem*, 1. 2. 2. 1.

Ahora bien, los hijos naturales que, como se ha visto, son los hijos que nacen de concubinato, sólo podían ser legitimados por subsiguiente matrimonio o por autorización del soberano.³⁸

Por su parte, la *Ilustración del derecho real de España*³⁹ contiene algunas reglas mínimas que suponen que el concubinato existía aunque no se regulara la relación entre sí de los concubinos, pero sí la de los hijos habidos entre ellos, por ejemplo la patria potestad⁴⁰ y la legitimación.

Para la realización del *Novísimo Sala Mexicano*⁴¹ sirvió de base la Ilustración de Juan Sala, por lo que el contenido de los títulos que se refieren a la patria potestad, a los modos de legitimar y a la sucesión de los testamentos de la Ilustración es el mismo en el *Novísimo Sala Mexicano*.

Derivado de lo expuesto, se observa la existencia material aunque no jurídica del concubinato en los casi cincuenta años que precedieron a la aparición de primer *Código Civil* mexicano. La doctrina que precedió a la legislación mexicana actual recogió las disposiciones del derecho colonial; pero sólo aquello que, en opinión de sus autores, era posible aplicar en el contexto de la época independiente. También se incluyeron algunos preceptos que no estuvieron vigentes pero que se consideraban importantes para una mejor comprensión, tal es el caso de las Pandectas. Por lo que prácticamente se siguieron aplicando las normas de las *Siete Partidas*, la *Recopilación de Indias* de 1680, la *Novísima Recopilación de Castilla* de 1805, etc.

5. Legislación previa a la legislación mexicana actual

A continuación se estudiará el trato que el concubinato tuvo en la *Ley Sobre Relaciones Familiares* de 1917 y en los Códigos Civiles de 1870 y 1884, sin considerar a los que se promulgaron en Veracruz y en el estado de México pues no estuvieron

³⁸ *Ibidem*, 1. 7. 1. 1.

³⁹ La obra consultada es: *Ilustración del Derecho real de España ordenada por Don Juan Sala, reformada y añadida con varias doctrinas y disposiciones del derecho novísimo, y del patrio y arreglada según las leyes últimamente publicadas hasta 1850*, Imprenta de Gerdés Hermanos, París, 1852.

⁴⁰ Véase I. 1. 3. 1 y 2.

⁴¹ El texto consultado es: *Novísimo Sala Mexicano, o ilustración al derecho real de España con notas del Sr. Lic. D J M de Lacunza, edición corregida y considerablemente aumentada con nuevas anotaciones y refundiciones, relativas a las reformas que ha tenido la legislación de México hasta el año de 1870 por los señores Don Manuel Dublán y Don Luis Méndez*, Imprenta del Comercio, de N. Chávez a cargo de J. Moreno, México, 1870.

en vigor el tiempo suficiente para la sustitución del orden jurídico de la época colonial, se estudiarán ciertas instituciones jurídicas que lleven a comprender la situación de los hijos que no nacían de matrimonio en México, una vez que se desechó, si no totalmente, sí en su mayoría la aplicación del derecho colonial.

Tanto en el *Código Civil* de 1870 como en el de 1884 existía una disposición que aludía a la posible unión pública de dos personas que vivían como marido y mujer. Esta se encontraba en el Capítulo II, titulado “De las pruebas de la filiación de los hijos legítimos”, del Título Sexto, Libro Primero, de ambos Códigos, y rezaba:

Si hubiere hijos nacidos de dos personas que han vivido públicamente como marido y mujer, y ambos hubieren fallecido..., no puede disputarse á los hijos su legitimidad por solo la falta de presentación del acta de matrimonio, siempre que se pruebe esta legitimidad por la posesión de estado de hijos legítimos,...⁴²

Ambos códigos distinguían, entre otros, a los hijos naturales e hijos legítimos. Solamente los hijos naturales podían ser legitimados, y la única forma en la que podía hacerse era a través del subsiguiente matrimonio de sus padres, siempre y cuando los padres, junta o separadamente, lo reconocieran expresamente antes de la celebración del matrimonio, en el mismo acto o durante él.

Por otro lado, tal como se deriva de los numerales 391 y 365 de los códigos de 1870 y 1884, respectivamente, una vez que los hijos naturales eran legitimados o reconocidos estaban sujetos a la patria potestad.

Uno más de los efectos reconocidos tanto a los hijos legítimos como a los naturales, legitimados y espurios era, en el *Código Civil* de 1870, el derecho de ser llamados a la sucesión por testamento y a la sucesión legítima; y en el código de 1884 a ser tomados en consideración para esta última y a recibir la pensión alimenticia en el testamento.⁴³

El estudio de la *Ley Sobre Relaciones Familiares* de 1917 es trascendental, ya que por motivo de ésta, se modificó, entre otras situaciones, la de los hijos ilegítimos. El artículo 161 aludía marginalmente al concubinato, ya que, de la misma manera que lo hicieron los códigos de 1870 y 1884, este artículo establecía que no podía disputarse la legitimidad de los hijos, entre otras causas, cuando éstos hubieren nacido de dos personas fallecidas que vivieron públicamente como

⁴² Artículos 334 del *Código Civil* de 1870 y 309 del *Código Civil* de 1884.

⁴³ Artículo 3324.

marido y mujer, y siempre que los hijos probaran la legitimidad por la posesión de estado de legítimos.

Igualmente la Ley distinguió entre hijos legítimos y naturales. Las causas de presunción de hijos legítimos eran las mismas que las señaladas por los Códigos de 1870 y 1884, con la salvedad de que también se consideraban legítimos a aquellos que nacían dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio por divorcio. Mientras que el hijo natural simplemente era todo aquel que nacía fuera de matrimonio,⁴⁴ sin aludir a las denigrantes clasificaciones que de ellos se venían haciendo.

Los modos que la *Ley Sobre Relaciones Familiares* señalaba para el reconocimiento, eran idénticos a los estipulados por los Códigos Civiles de 1870 y 1884, esto es, por acta de nacimiento ante el juez del registro civil, por acta especial otorgada por el mismo Juez, por escritura pública, por testamento o por confesión judicial expresa y directa.⁴⁵

6. Concubinato en el presente

El ordenamiento jurídico mexicano, más que definir al concubinato, la mayoría de las veces alude a una serie de requisitos que debe reunir para que sea catalogado como tal y, consecuentemente, atribuirle los efectos jurídicos reconocidos. Los elementos del concubinato que regula el *Código Civil para el Distrito Federal*, son: que ni el concubino ni la concubina tengan impedimentos legales para contraer matrimonio; constancia y permanencia; dos años de convivencia; vida en común; no cumplir en su totalidad con el requisito del tiempo si los concubinos tienen un hijo en común; y la existencia de varias concubinas o concubinos no constituye concubinato.

Ahora bien, el concubinato es una forma de generar una familia, sin formalidades ni solemnidades, en la que dos personas, hombre y mujer, forman una comunidad de vida biológica y espiritual para ayudarse mutuamente, respetarse, demostrarse fidelidad y, en su caso, procrear. Unión a la que la ley reconoce ciertos efectos jurídicos siempre que se reúnan los elementos que la misma requiere y que en general, retomando el contenido de los diversos códigos civiles y familiares de las entidades federativas, son: que ni la concubina ni el concubino tengan impedimentos legales para contraer matrimonio; que su unión

⁴⁴ Artículo 186.

⁴⁵ Artículo 193.

se prolongue durante un determinado número de años, o no, si tienen hijos; que se desarrolle una vida en común, es decir, que convivan en el mismo domicilio con la apariencia de cónyuges; que ambos permanezcan libres de matrimonio entre sí y con terceros; que su relación sea notoria; y, que el concubinato se dé entre un hombre y una mujer, o sea, que exista unicidad.

Para que el concubinato produzca efectos jurídicos es necesario que reúna ciertos elementos. Partiendo del contenido del artículo 291 Bis del *Código Civil para el Distrito Federal*, dichos elementos son: unión heterosexual, constancia y permanencia en la vida en común, unicidad, en su caso, existencia de hijos y la ausencia de impedimentos para contraer matrimonio.

En México, tanto los estados como el Distrito Federal, han tomado las providencias que han creído idóneas para la regulación del concubinato. Por ejemplo: el *Código Civil para el Distrito Federal* ha concedido a los concubinos los siguientes derechos y obligaciones: parentesco por afinidad, alimentos entre sí y a través de testamento, contribución al sostenimiento del hogar, pensión alimenticia, herencia recíproca, adopción e indemnización por el mantenimiento de varias relaciones concubinarias; los Códigos Civiles de Baja California Sur, Chihuahua, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, San Luis Potosí, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala y Zacatecas se destacan por la consideración expresa de que el concubinato es una forma más de generar una familia; y, por último, los Códigos Civiles de Coahuila y Tabasco son innovadores al incluir dentro de sus disposiciones el derecho de los concubinos de procrear artificialmente. Sin embargo, pese al aparente avance, aún existen aspectos del concubinato por regular o, incluso, por modificar.

7. Futuro del concubinato

Para la atribución de los efectos del concubinato debe observarse desde su esencia fáctica, es decir, debe ser atendido *per se*, sin asimilarlo al matrimonio, sin inventar un vínculo que nunca existirá, aún con el reconocimiento legislativo, pues conferir derechos y obligaciones a la unión concubinaria no genera mágicamente el vínculo inicial de constitución de la unión; de lo que realmente se trata es de hacer efectiva la protección constitucional a la familia. El concubinato debe ser reglamentado sin requerimientos supeditados a la voluntad de los concubinos, pues de esto depende, en gran medida, que el concubino o concubina afectada puedan ejercer los derechos contemplados en la ley, sea especial o no. Derechos que, surgiendo a la vida jurídica en virtud de una auto-obligación del Estado de

naturaleza constitucional, conllevarían una obligación ya no sujeta a la libre voluntad de quien deba cumplir con ella.

Debiera traerse a la mesa de discusión diversos temas sobre el concubinato que se han relegado, quizá por la regulación de nuevas formas de unión como el “matrimonio homosexual.” Sólo por mencionar algunos tópicos están pendientes: el concepto de concubinato atendiendo a su naturaleza fáctica y haciendo hincapié en el elemento de unicidad; los elementos que deben comprobarse para determinar su existencia, y con ello, gozar de los efectos jurídicos que le sean reconocidos; el uso de todos los medios de prueba, siempre que se dirijan a la comprobación de los elementos fijados; y, por último, los efectos que se conferirán al concubinato, una vez comprobada su existencia, atendiendo al análisis de las siguientes figuras jurídicas, tales como, parentesco de afinidad; igualdad ante la ley; gastos comunes del hogar; patrimonio de familia; alimentos entre sí; bienes; planificación del número y espaciamiento de sus hijos y el empleo de cualquier método de reproducción humana asistida; adopción; ausencia, declaración de ausencia y presunción de muerte del ausente; tutoría legítima; violencia familiar; contratos; testamento inoficioso; pensión alimenticia al terminar la unión y pago de compensación económica; sucesión *ab intestato*; causas de terminación de la unión; derechos y obligaciones de los hijos nacidos del concubinato o con el uso de técnicas de reproducción asistida; filiación; desaparición de la legitimación; obligaciones y acciones en celebración de contratos; alimentos proporcionados por terceros y subrogación de la vivienda arrendada.

Bibliografía

- Código Civil del Distrito Federal y territorio de la Baja California*, Tip. De J. M. Aguilar Ortiz, México, 1872.
- Código Civil del Distrito Federal y territorio de la Baja California reformado en virtud de la autorización concedida al Ejecutivo por decreto de 14 de Diciembre de 1883, Imprenta de Francisco de Díaz de León, México, 1884.
- DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio, *Manual de historia del derecho indiano*, UNAM, México, 1994.
- GARCÍA LAGUARDIA, M. y GONZÁLEZ, María del Refugio, "Estudio preliminar" en ÁLVAREZ, José María, *Instituciones de derecho real de Castilla y de Indias*, T. I, ed. fasc. de la reimpresión mexicana de 1826, UNAM, México, 1982.
- GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel, "Notas sobre la problemática jurídica de la pareja no casada" en BELTRÁN DE HEREDIA ONIS, Mariano, *et. al.* (Coords.), *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor J. Beltrán de Heredia y Castaño*, Universidad de Salamanca, España, 1984.
- GONZÁLEZ, María del Refugio, "Estudio introductorio" en VENTURA BELEÑA, Eusebio, *Recopilación sumaria de los autos acordados de la Real Audiencia y Sala del Crimen de esta Nueva España*, T. I, ed. fasc. 2ª, UNAM, México, 1991.
- _____, *El derecho civil en México 1821-1871. Apuntes para su estudio*, UNAM, México, 1988.
- HERRERÍAS SORDO, María del Mar, *El concubinato. Análisis histórico jurídico y su problemática en la práctica*, 2ª ed., Porrúa, México, 2000.
- Ilustración del Derecho real de España ordenada por Don Juan Sala, reformada y añadida con varias doctrinas y disposiciones del derecho novísimo, y del patrio y arreglada según las leyes últimamente publicadas hasta 1850*, Imprenta de Gerdés Hermanos, París, 1852.
- Novísima recopilación de las leyes de España, mandada formar por el señor don Carlos IV. Edición publicada por Don Vicente Salvá, en la que van agregadas al fin las ordenanzas de Bilbao, se ha intercalado en cada uno de los doce libros las leyes de 1805 y 1806 del suplemento, y se le han incluido en el índice cronológico y el de los sumarios de los títulos*, Librería de Don Vicente Salvá, París, 1846.
- Novísimo Sala Mexicano, o ilustración al derecho real de España con notas del Sr. Lic. D J M de Lacunza, edición corregida y considerablemente aumentada con nuevas anotaciones y refundiciones, relativas a las reformas que ha tenido la legislación de México hasta el año de 1870 por los señores Don Manuel Dublán y Don Luis Méndez*, Imprenta del Comercio, de N. Chávez a cargo de J. Moreno, México, 1870.

- Nuevo Febrero Mexicano. Obra completa de jurisprudencia teórico-práctica*, T. I, editado por Mariano Galván Rivera, impresa por Santiago Pérez, México, 1851.
- PASCUA, Anastacio, de la, *Febrero Mexicano o sea la Librería de Jueces, Abogados, Escribanos que refundida, ordenada bajo nuevo método, adicionada con varios tratados y con el título de Febrero Novísimo, dio a luz Eugenio de Tapia. Nuevamente adicionada con diversos tratados y las disposiciones del Derecho de Indias y del Patrio, por el Lic. Anastasio de la Pascua, Imprenta de Galván a cargo de Mariano Arévalo, México, 1834-835.*
- PUIG PEÑA, Federico, “Las uniones matrimoniales de hecho” en *Revista de derecho privado*, T. XXIII, España, 1949.
- RODRÍGUEZ DE SAN MIGUEL, Juan, *Pandectas hispano - Mejicanas o sea Código general comprensivo de las leyes generales, útiles y vivas de las Siete Partidas, Recopilación Novísima, la de Indias, Autos y Providencias conocidas por de Montemayor y Beleña, y cédulas posteriores hasta el año de 1820; IJUNAM, México, 1991.*