

CONCUBINATO, ANALOGÍA Y JUSTICIA FAMILIAR BAJO LA CONSTITUCIÓN*

*José Ramón Cossío***

I. Introducción

A veces bajo una decisión aparentemente rutinaria sobre la procedencia o la improcedencia de un recurso de revisión se esconden pronunciamientos jurídicos de la máxima trascendencia. Y a veces, un razonamiento lacónico y superficialmente marginal acerca de un artículo constitucional opera en realidad un giro copernicano en el entendimiento de la garantía individual protegida en el mismo.

Esto es exactamente lo que sucede en el presente asunto. En un considerando cuya extensión no supera la de una página tamaño oficio, el Tribunal Colegiado que conoció en primera instancia del juicio de amparo hace un pronunciamiento muy importante (y radicalmente incorrecto, estimo) acerca de los límites de la aplicación analógica de la ley en materia civil y toma una decisión altamente trascendente (y discutible) acerca del régimen jurídico aplicable al concubinato en nuestro sistema jurídico. Y la Primera Sala, por su parte, al estimar que no se actualizaban en este acaso las condiciones que permiten a esta Corte revisar los pronunciamientos de los Tribunales Colegiados en amparo directo –por no contener la sentencia recurrida más que una simple “mención” al artículo 14 de la Constitución Federal, sin que tampoco hubiera en la demanda cuestionamientos de inconstitucionalidad de leyes o de interpretación directa de la Constitución que pudieran con-

* Voto Particular que formula el Ministro José Ramón Cossío y al que se adhirió la Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas en el amparo directo en revisión 1529/2007, fallado por la Primera Sala de la Suprema Corte el 5 de diciembre de 2007. El autor agradece a Francisca Pou Giménez, Fidel Sierra Aranda y Roberto Lara Chagoyán su colaboración en el análisis del caso y la elaboración del voto.

** Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

siderarse omitidos— viene a soslayar el alcance real de su pronunciamiento jurídico, que deja firme la sentencia de amparo.

Dado que la clave para entender la diferencia en los análisis jurídicos de los que hemos constituido, respectivamente, la mayoría y la minoría en la Sala pasa por el grado en que se toma en consideración el contexto jurídico de los distintos pronunciamientos judiciales, empezaré con una breve síntesis del caso concreto y de su evolución procesal, para seguir con algunas consideraciones acerca de los temas jurídicos de fondo. En particular, defenderé la tesis —por lo demás tradicional e indiscutida— según la cual en materia civil la aplicación analógica de la ley está ampliamente permitida y desarrollaré una tesis contraria a la del Colegiado respecto de las condiciones bajo las cuales el juez civil puede o incluso debe realizar esa aplicación analógica en un caso concreto. Finalizaré expresando mi opinión respecto a cómo debía haberse resuelto el caso concreto. Debo anunciar desde ahora que mi visión al respecto es ampliamente coincidente con la reflejada en el voto disidente suscrito por uno de los integrantes del Tribunal Colegiado en el asunto bajo revisión.

II. La controversia ante los jueces civiles

El presente caso deriva de una controversia del orden familiar sobre pensión de alimentos. La demandante y el demandado eran respectivamente una señora y un señor que habían vivido en lo que se conoce todavía en nuestro contexto jurídico como relación de “concubinato” —esto es, vinculados de hecho en una relación que origina una convivencia como la que se desarrolla en los matrimonios pero no formalizada jurídicamente como tal—. Esta unión, que se reflejó en matrimonio religioso y de la que nacieron dos hijos, duró treinta años. Al cabo de los mismos, la señora reclamó parte de los bienes adquiridos por su compañero durante ese lapso (según reflejan los autos, éste tenía a su nombre la casa común y dos microbuses).

En primera instancia, el juez de lo familiar del Estado de México que conoció del asunto falló en favor de la actora y le reconoció el derecho a parte de los bienes adquiridos por su compañero en esos años. La sentencia fue apelada por su contraparte pero fue confirmada en sus términos por la Sala Única Familiar, que consideró inoperantes los

agravios en una resolución que constituye el acto reclamado en el juicio de amparo directo y cuyos argumentos tendremos oportunidad de comentar más adelante.

En su demanda de amparo, el quejoso señalaba que la legislación del Estado de México no reconoce en favor de la concubina derechos gananciales sobre los bienes adquiridos durante el concubinato y que la Sala responsable indebidamente apoyó su determinación en tesis jurisprudenciales que interpretan legislación de otros estados, cuyos términos difieren de las aplicables en el Estado de México. A su juicio los únicos efectos del concubinato, tanto a favor de los concubinos como de los hijos, son participar en la sucesión hereditaria, recibir alimentos y, en el caso de los hijos, investigar la paternidad. El quejoso subrayaba que no es posible equiparar al concubinato con el matrimonio ni aplicarle las disposiciones legales propias de éste porque el segundo es un acto jurídico y el primero sólo un hecho jurídico que no produce parentesco por afinidad ni origina un régimen patrimonial. Aunque el concubinato denota una voluntad de vivir juntos como si fueran esposo y esposa, añadía el quejoso, esa voluntad no va más allá de la convivencia, esto es, no busca los efectos previstos en la ley respecto de los que contraen matrimonio, de ahí que le parezca erróneo que la Sala considerase que se había creado un patrimonio entre él y la tercero perjudicada respecto del cual podían aplicarse las reglas de la copropiedad.

El Tribunal Colegiado consideró esencialmente fundados los argumentos anteriores. Su sentencia subraya que la Sala no debía haber “homologado el concubinato al matrimonio para construir la copropiedad entre concubinos”. Aunque las similitudes entre las dos instituciones son evidentes, señala, “la evolución legislativa que paulatinamente ha regulado en concubinato no ha llegado a la Legislación del Estado de México, de modo que el derecho sustantivo a la copropiedad de los bienes entre los concubinos, no existe, como por el contrario sí existe en el matrimonio, de tal manera que *si bien sería deseable dar mayor protección a las concubinas, esto será materia legislativa, pero de ninguna manera a través de una sentencia que debe ajustarse por imperativo constitucional al texto expreso de la Ley vigente y la ausencia de tal legislación impide una interpretación que conlleve al acto de creación de una ley*”¹. A continuación, en una frase final, concluye que

¹ Énfasis añadido.

“si en la sentencia reclamada la mayoría de sus integrantes consideró lo contrario ello es violatorio del artículo 14 constitucional, por lo que procede otorgar el amparo liso y llano; concesión que se hace extensiva a los actos de ejecución, en virtud de que no se combaten por vicios propios”.

La tercera perjudicada (parte actora en favor de la cual habían fallado los jueces familiares en el procedimiento ordinario) interpuso recurso de revisión. Sin embargo, en la resolución a la que anexo este voto, la Primera Sala ha estimado que no procedía entrar a su estudio porque el Tribunal Colegiado no desentrañó el sentido y alcance de precepto constitucional alguno.

Sin embargo, en mi particular opinión cuando esa “mención” del Colegiado al artículo 14 constitucional se interpreta en el contexto jurídico real del caso, resulta que la misma equivale a un pronunciamiento de enorme envergadura acerca del alcance de las garantías contenidas en dicho precepto y, en particular, el principio de legalidad. El Colegiado no sólo sostiene que no procedía aplicar analógicamente las normas del matrimonio al concubinato en el caso concreto, sino que sustenta una tesis de alcance general y tono fuertemente asertivo que constituía para mí base más que suficiente para que la Corte entrara a estudiar si refleja un entendimiento adecuado de lo que el artículo 14 la Constitución exige en materia de aplicación de las leyes. Y una vez en ese plano, debería haber revocado la sentencia y negado el amparo, porque estimo que la concepción de la aplicación analógica de la ley que la misma refleja es radicalmente incorrecta.

A mi juicio, el breve pero impetuoso pronunciamiento del Colegiado es erróneo por al menos tres razones acumulativas: primero, no dice la verdad acerca de las oportunidades y límites de la aplicación analógica de la ley en materia civil; segundo, su doctrina es incompatible con algunos presupuestos básicos de lo que son las normas, esto es, tiene problemas graves desde el punto de vista de la teoría del derecho; y tercero, se trata de una doctrina que ofende a la idea de justicia conmutativa y vulnera en el caso los derechos sustantivos de la tercera perjudicada. Por su estrecha relación, desarrollaré los dos primeros puntos en el siguiente apartado y reservaré para la última sección las reflexiones sobre los efectos sustantivos de una sentencia como ésta desde la perspectiva de los derechos de las mujeres y el bienestar de las familias.

III. La aplicación analógica de la ley en materia civil

Como tuve oportunidad de sintetizar en un voto reciente², esta Suprema Corte ha establecido desde hace mucho criterios incontestados acerca de las condiciones en las que puede aplicarse una ley por analogía. Según los mismos, la aplicación analógica es posible en las siguientes condiciones:

- a) Existe un supuesto de hecho que no está regulado por ninguna norma explícita. Esto es, respecto de ese supuesto, en principio, existen lagunas.
- b) Se da una semejanza esencial entre ese supuesto y otro que sí está regulado por una norma explícita que le atribuye una determinada consecuencia jurídica³.
- c) La existencia de esta semejanza esencial permite que a los dos supuestos se les otorgue la misma consecuencia jurídica, siempre y cuando la ley que se aplicará por analogía no contemple una sanción⁴ o vaya en contra de lo expresamente previsto por la ley⁵.

² Véase el voto particular que formulé en el recurso de reclamación 242/2007-PL, fallado por la Primera Sala en sesión de 31 de octubre de 2007.

³ La Tercera Sala lo expresó de este modo en la siguiente tesis: “**ANALOGÍA. APLICACIÓN DE LA LEY POR.** Lógica y jurídicamente la base de sustentación de este principio no puede ser otra que la semejanza que debe existir entre el caso previsto y el no previsto, y nunca la diferencia radical entre ambos, ya que las lagunas de la ley deben ser colmadas con el fundamento preciso de que donde hay la misma razón legal debe existir igual disposición de derecho” (Semanao Judicial de la Federación, Sexta Época, Cuarta Parte, XV, p. 37; la tesis deriva del amparo directo 834/58, 24 de septiembre de 1958). La Segunda Sala cuenta con el siguiente criterio: “**INTERPRETACIÓN ANALÓGICA DE LA LEY.** Sólo puede tener lugar cuando existe relación o semejanza entre casos expresados en alguna ley y otros que se han omitido en ella” (*ibid.* Quinta Época, LXV, p. 3890; la tesis deriva del amparo administrativo en revisión 6158/39, de septiembre de 1940).

⁴ Véase al respecto la tesis de la Primera Sala: “**APLICACIÓN DE LAS LEYES POR ANALOGÍA.** Aunque el artículo 14 constitucional prohíbe imponer por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata, no prohíbe que se apliquen, por analogía, las leyes del procedimiento, en cuanto no establezcan pena” (*ibid.* Quinta Época, XLII, p. 500, derivada del amparo penal directo 11443/32, 11 de septiembre de 1934).

⁵ La Tercera Sala de la Suprema Corte estableció el siguiente criterio: “**LEYES, APLICACIÓN ANALÓGICA DE LAS.** La aplicación por analogía, en términos que contradicen un artículo legal expreso, es inadmisibles” (*ibid.* Quinta Época, XCV, p. 1392; tesis derivada del amparo civil en revisión 5934/47, 23 de febrero de 1948).

Como destacué también en otro voto particular⁶, más técnicamente descrita la analogía jurídica⁷ es un argumento interpretativo mediante el cual se justifica trasladar la solución legalmente prevista para un caso a otro distinto, no regulado por el ordenamiento jurídico, pero que es semejante al primero⁸, que se asienta en los siguientes cuatro elementos:

- a) Una norma (N) que regula un supuesto (S1) al que aplica la consecuencia jurídica (C);
- b) Otro supuesto (S2) no regulado por ninguna norma⁹;
- c) Los supuestos S1 y S2 son semejantes; y,
- d) Entre los supuestos S1 y S2 se aprecia identidad de razón.

En estas condiciones, mediante el argumento analógico se justifica la aplicación de la consecuencia C también al supuesto S2. Dicho razonamiento tiene siempre un componente axiológico que es imposible reducir a un sistema de lógica formal. En sentido estricto no es ni de tipo deductivo (que va de lo general a lo particular) como en la lógica formal, ni de tipo inductivo (que va de lo particular a lo general), sino que transita de lo particular a lo particular, aunque contiene un tramo inductivo, consistente en la generalización a partir de una o varias normas del sistema.

⁶ Véase mi voto particular en la contradicción de tesis 123/2005-PS, fallada por la Primera Sala el 23 de noviembre de 2005.

⁷ Como ha señalado Manuel Atienza, el concepto de analogía no es unívoco y puede relacionarse al menos con tres significados distintos: 1) analogía como proporción, es decir, como semejanza de relaciones; 2) analogía como argumento que permite pasar de lo particular a lo particular; y finalmente, 3) analogía como atributo que se predica de ciertos conceptos llamados imprecisos, borrosos o vagos, esto es, como relación de semejanza. Véase Atienza, Manuel: "Algunas tesis sobre la analogía en el derecho" en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 2, 1985, pp. 223-229. La analogía jurídica de la que me ocupo se corresponde con la segunda acepción. La analogía debe también ser diferenciada de la ficción jurídica: en la analogía los casos son diferentes pero semejantes, mientras que en las ficciones jurídicas no. *Ibid.*, p. 224.

⁸ Véase Ezquiaga, Francisco Javier: "Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional", *Isonomía* No. 1, ITAM- Fontamara, octubre de 1994, pp. 69-98.

⁹ Aunque la laguna normativa se considera un requisito fundamental de la analogía, puede hablarse de analogías sin la presencia de una laguna normativa, como ocurre en el *common law* a la hora en que los jueces establecen relaciones de semejanza entre precedentes. Además, es posible que en la práctica una norma se extienda por analogía a un caso no previsto en la misma, pero regulado en otra norma del sistema.

En síntesis, para determinar si debe aplicarse analógicamente una norma, debe demostrarse la existencia de una laguna y la semejanza entre los dos supuestos (el que está explícitamente regulado y el que no). La semejanza debe fundamentarse en la *ratio legis* o *mens legis*, es decir, en la identificación de la razón, motivo o fin para el cual se dispuso la norma¹⁰; las limitaciones en su uso –que es amplio y la convierte en una herramienta básica de la administración de justicia en cualquier país del mundo– se encuentran en la necesidad de no invadir el ámbito del derecho sancionador y no contradecir el texto expreso de una disposición jurídica¹¹.

Y sin embargo, el entendimiento que el Colegiado tiene del artículo 14 considera ilegítima la entrada en juego de la analogía en un caso civil normal y ordinario en el que ninguna de las dos prohibiciones anteriores se actualiza: “una sentencia”, afirma textualmente, “debe ajustarse por imperativo constitucional al texto expreso de la Ley vigente y la ausencia de tal legislación impide una interpretación que conlleve al acto de creación de una ley”.

Con el debido respeto, estimo que la tesis anterior es insostenible. Interpretada en el contexto argumental arriba descrito, la misma equivale simple y sencillamente a no dejar lugar para la analogía en nuestro derecho –expulsarla del ámbito de herramientas jurídicas legítimas–. Y la verdad es que el fundamento más básico del análisis jurídico que demanda el caso es la posición exactamente contraria: la analogía no es un procedimiento prohibido bajo la Constitución sino, como hemos visto, un procedimiento normal y generalmente admitido en nuestro

¹⁰ Véase el criterio de la Tercera Sala: “**LEYES, APLICACIÓN ANALÓGICA DE LAS (PRUEBA)**. Conforme al principio de aplicación de la ley por analogía, un precepto legal no sólo es aplicable a los casos expresamente previstos, sino también a aquellos en los que existen iguales razones para tal aplicación. Por tanto, si el hecho materia de la prueba es el mismo en dos distintos casos y la finalidad de esa prueba también coincide, es indudable que el medio probatorio que la ley fije para hacer la demostración en un caso, es el que debe seguirse también en el otro” (Ibíd. Quinta Época, XCIX, p. 970, proveniente del amparo civil en revisión 7391/48, 14 de febrero de 1949).

¹¹ La siguiente tesis de la Tercera Sala lo expresa así: “**INTERPRETACIÓN DE LA LEY, POR ANALOGÍA**. La ley no la reprueba y si en la adopción y desarrollo de ese método de interpretación el sentenciador procede sin quebranto de las normas positivas y de principios generales, no puede considerarse que incurre en violación de garantías” (*ibid.* Quinta Época, XCII, p. 1034. Los precedentes son: a) Amparo civil directo 9091/46, 28 de abril de 1947 y b) Tomo XVI, p. 1133, amparo directo civil S/N. Clausell de Berrón Mercedes, 12 de mayo de 1925).

país (como en cualquier otra democracia constitucional contemporánea) salvo en unas circunstancias muy acotadas.

En segundo lugar, se hace necesario subrayar que la aplicación analógica de la ley está pensada precisamente para cuando “no existe norma expresa” que regule un supuesto de hecho, contra lo que afirma el Colegiado. La analogía es útil para colmar las lagunas del derecho, entendiendo por “laguna” no un caso de simple *ausencia* de regulación, sino la ausencia de regulación expresa de un caso cuando el sistema jurídico en realidad la *exige*. La analogía es muy relevante en los casos en que el derecho concede relevancia a un fenómeno jurídico pero lo regula solamente de modo parcial y fragmentario; en esos casos, dado que el sistema jurídico tomado en su integridad *reclama* que el juez resuelva el caso, éste tiene la posibilidad de basarse en normas que regulan situaciones *equiparables* a la que debe resolverse a la luz de reglas o de principios jurídicos más generales cuya *ratio* permite abarcarlas a todas (las previstas y la no prevista). La analogía es entonces una herramienta tradicional de *integración* del ordenamiento, útil en aquellas hipótesis en las que la completitud del sistema no ha sido perfectamente explicitada porque permite a los jueces cumplir el deber de todos los asuntos que se les presenten, tomando en cuenta el sistema de fuentes establecido. Sólo en el ámbito sancionador —donde rige el principio de exacta aplicación de la ley y la aplicación analógica de la misma sólo podría encontrar algún acomodo si operara a favor del reo— y en aquellos casos en los que alguna o algunas de las consecuencias jurídicas de la solución normativa construida mediante la analogía contravengan una norma expresa estará vedado recurrir a la misma.

Y finalmente, es insostenible afirmar que cada vez que un juez resuelve un caso mediante una interpretación analógica está incurriendo en una conducta que “conlleva a [esto es: implica] un acto de creación de una ley” y que tal proceder está prohibido. En todas y cada una de las ocasiones en las que un juez resuelve un caso basándose en lo que dispone una ley, ese juez está “interpretando” esa ley. Y se llame a eso “creación” del derecho, “aplicación” del derecho o cualquier otra cosa distinta, lo cierto es que constituye la labor ordinaria y normal de cualquier juzgador. Decir que cuando un juez aplica analógicamente una norma está “interpretando” (i.e., ilegítimamente “creando”) y que por esa precisa razón usurpa el papel del legislador democrático significa no entender qué es una norma jurídica (y cuál es la diferencia en-

tre norma y disposición o enunciado normativo) e ignorar el modo de operación de las normas jurídicas así como el alcance de la tarea que la Constitución encomienda, respectivamente, al legislador y a los jueces y demás “gestores” del derecho.

IV. Administrar justicia civil bajo la Constitución

Por todo lo anterior estimo que el juez y la sala familiar, al resolver el conflicto que tenían ante sí mediante la aplicación analógica de algunas de las reglas que se aplican a los matrimonios, así como de principios generales del derecho como el que prohíbe el enriquecimiento ilegítimo, no sólo no violaron el artículo 14 constitucional, sino que desarrollaron en realidad un ejemplo muy brillante de lo que es administrar justicia civil bajo la Constitución. En mi opinión, la suya es la solución que mejor atiende a lo establecido por artículos constitucionales como el 4º, el 1º o el 17º, según los cuales las leyes deben proteger la organización y el desarrollo de la familia, reconocer la igualdad entre el hombre y la mujer, no discriminar a nadie por los motivos entre los que están el género, la edad, la condición social, el estado civil, y cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto menoscabar las libertades de las personas.

También me parece ejemplar el modo en que el magistrado discrepante en el amparo explica por qué ello es así. Como destaca su voto particular (proveniente del proyecto de sentencia desechado con el voto de sus colegas), que el concubinato es una situación reconocida por el derecho está fuera de toda discusión. Aunque el derecho no da al concubinato la virtualidad de modificar el estado civil de las personas y, por tanto, su disolución no exige un pronunciamiento oficial por parte de un funcionario judicial, el mismo no puede calificarse de mera “relación afectiva” cuyos efectos sobre las personas sean totalmente ajenos al ámbito de la realidad al que se aplican soluciones jurídicas; las leyes contra la violencia doméstica se aplican a los concubinos tanto como a los vinculados por matrimonio, en el código civil aplicable al caso tienen expresamente reconocidos el derecho a alimentos, el derecho a heredar y existen menciones a unidades familiares de raigambre legítimamente “fáctica” en muchas otras leyes y reglamentos.

De modo que, como destaca el magistrado disidente, “el problema que surge para identificar esa sociedad de hecho entre concubinos no es de interpretación sino de laguna del derecho porque el legislador no previó cómo resolver un conflicto motivado por una situación de hecho a la que ya le ha reconocido efectos jurídicos”; (...) “el legislador sí ha reconocido y ha dotado de efectos jurídicos al concubinato, más allá de los alimentos y de los derechos sucesorios, partiendo de su similitud con el matrimonio, pero no ha reglamentado en forma exhaustiva las solución a todos los conflictos que se pueden presentar como consecuencia del concubinato. Por estas consideraciones resulta indispensable recurrir a la integración de la ley, a través de la fórmula prevista en el último párrafo del artículo 14, en que dispone que a falta de ley y de su interpretación, deben aplicarse los principios generales del derecho”.

Ciertamente, la aplicación analógica y en general la integración de la ley para resolver disputas relacionadas con concubinatos no es obligatoria en todos los casos imaginables; tiene sentido desde el punto de vista de la autonomía individual que haya varios modelos de convivencia entre los que escoger, con consecuencias jurídicas no idénticas. Sin embargo, dado que la existencia de diferencias no excluye la existencia de similitudes patentes, hay casos en los que la equiparación es obligada y el que hemos discutido hoy es uno de los más evidentes entre ellos. Si en el campo de las consecuencias *patrimoniales* de la convivencia el derecho ya regula expresamente la cuestión de los alimentos y los derechos sucesorios, por analogía y –en realidad– *por mayoría de razón* debe entrar en juego cuando lo que está detrás son los mismos principios jurídicos que animan la existencia de esas reglas sobre alimentos y herencias: la necesidad de evitar el enriquecimiento injusto, la necesidad de evitar que los acuerdos entre las personas permitan que las unas abusen o exploten a las otras. Como destaca el magistrado disidente, si en el ámbito de las sociedades mercantiles, que se sitúan en una rama jurídica de estricto derecho, se reconoce la existencia y la producción de efectos jurídicos de una sociedad aun cuando no se ha constituido con todas las formalidades necesarias, hablándose de sociedades de hecho a las que se aplican las reglas normales, *con más razón* hay que aplicar algunas de las normas del matrimonio y el divorcio cuando los bienes jurídicos que están en juego son mucho más importantes desde la perspectiva de la dignidad humana y la igualdad.

Cuando una persona contribuye con su trabajo durante años al bienestar de una familia y ayuda al otro a adquirir bienes que éste formaliza en nombre propio y no de los dos, y después al romperse la convivencia solicita para ella algo cuya recepción no está expresamente prevista en el código, la “integración” del derecho es imprescindible para no desproteger expectativas derivadas de relaciones que la Constitución reconoce como valiosas. La familia protegida por la Constitución es mucho más que la familia tradicional basada en la firma de un contrato matrimonial por dos personas de distinto sexo¹². En este caso, la interpretación errónea de lo previsto por el artículo 14 de la Constitución impidió que esa protección proyectara su eficacia sobre una disputa que había sido impecablemente resuelta por la jurisdicción ordinaria.

Recepción: 1/02/ 2008

Aceptación: 7/02/2008

¹² Véase mi voto concurrente en el amparo directo en revisión 1840/2004, fallado el 9 de febrero de 2005.