



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES "CAMPUS ARAGÓN"

PROPUESTA DE REFORMA A LA FRACCIÓN V DEL ARTÍCULO 1368 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE : LICENCIADO EN DERECHO PRESENTA : JORGE ALEJANDRO HERNÁNDEZ POBLETE

ASESORA: LIC. ROSA MARÍA MUÑOZ PORTILLO

SAN JUAN DE ARAGÓN, EDO. DE MÉXICO

2002

TESIS CON FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"CAMPUS ARAGÓN"**

**PROPUESTA DE REFORMA A LA FRACCIÓN
V DEL ARTÍCULO 1368 DEL CÓDIGO CIVIL
PARA EL DISTRITO FEDERAL.**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE :
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
JORGE ALEJANDRO HERNÁNDEZ POBLETE

ASESORA:
LIC. ROSA MARÍA MUÑOZ PORTILLO

SAN JUAN DE ARAGÓN, EDO. DE MÉXICO

2002

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

A MIS PADRES
MARÍA POBLETE QUEZADA
Y
RUTILO HERNÁNDEZ VENTURA

A quienes agradezco su apoyo y comprensión durante mi carrera de estudiante, que hoy se ve reflejado con el presente trabajo, personas que con sus sabios consejos me han guiado para ser en compañía de mis hermanos personas responsables y quienes hasta la fecha nos han mantenido dentro de un vínculo de familia armonioso y estable.

A MIS HERMANOS
ANGELICA, JAVIER Y ARTURO

Gracias por estar conmigo en todos los momentos de mi vida pues ellos son las únicas personas que de manera directa o indirecta soportan malos o buenos momentos por los que he pasado en mi vida y a pesar de ello siempre están ahí cuando más los necesito.

A UNA NUEVA FAMILIA INTEGRADA POR MI
HERMANA ANGELICA HERNÁNDEZ Y ALBERTO ROMERO

Quienes espero puedan vencer todas las adversidades que les tiene preparado el destino. Y a quienes agradezco la oportunidad que nos brindan a mi familia y a un servidor de compartir nuestro tiempo con un pequeño ángel que con su sonrisa e inocencia ha cambiado nuestra manera de vivir, es nuestro sobrino SALVADOR ROMERO HERNÁNDEZ.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

A MI ASESOR.

LIC. ROSA MARÍA MUÑOZ PORTILLO

Gracias por brindarme su ayuda y estímulo para la realización del presente tema de investigación. Quien además de ser profesora y litigante es un gran humano que sabe con sus palabras alentar e impulsar a la gente.

A MIS AMIGOS

Salvador González Flores

Miguel Ángel Espinosa Muñoz

y

Aldo León García

A DIOS

Por darme la oportunidad de vivir este gran momento en compañía de mi familia y de mis amigos.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

**PROPUESTA DE REFORMA A LA FRACCIÓN V DEL ARTÍCULO 1368 DEL CÓDIGO CIVIL
PARA EL DISTRITO FEDERAL.**

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN..... 1

CAPÍTULO PRIMERO

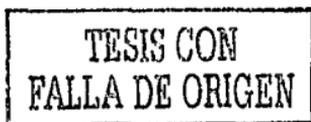
EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONCUBINATO

1.1 El concubinato en el Derecho Romano..... 6
1.2 En el Derecho Francés..... 17
1.3 En el Derecho Español..... 21
1.4 En el Derecho Mexicano..... 25
1.5 En el Código Civil de 1870..... 31
1.6 En el Código Civil de 1884..... 38
1.7 Ley de Relaciones Familiares..... 40
1.8 En el Código Civil para el Distrito Federal de 1928..... 43

CAPÍTULO SEGUNDO

NATURALEZA JURÍDICA DEL CONCUBINATO

2.1 Definición de Concubinato..... 58
2.2 Fundamento y contenido del Concubinato..... 64
2.3 Requisitos del Concubinato..... 66
2.4 El Concubinato con respecto a los derechos y obligaciones inherentes
a la familia..... 70
2.5. El Derecho a recibir alimentos entre concubinos..... 75
2.6. Efectos del Concubinato en relación a los hijos..... 80



CAPÍTULO TERCERO

DERECHOS SUCESORIOS ENTRE CONCUBINOS

3.1	Concepto de sucesiones.....	94
3.2	Tipos de sucesión.....	97
3.3	Sucesión Legítima.....	98
3.4	Derecho a heredar por sucesión legítima.....	102
3.5	De la sucesión entre concubinos.....	106
3.6	Sucesión testamentaria.....	109
3.7	Libre testamentifacción.....	110
3.8	Capacidad para testar.....	111
3.9	Capacidad para heredar.....	113
3.10	De las condiciones que pueden ponerse en los testamentos.....	119
3.11	De los bienes de que se pueden disponer por testamento.....	123
3.12	De los testamentos inoficiosos.....	123

CAPÍTULO CUARTO

OBLIGACIÓN DEL TESTADOR PARA DEJAR ALIMENTOS EN RELACIÓN AL CONCUBINATO.

4.1	Análisis de la fracción V del artículo 1368 del Código Civil para el Distrito Federal.....	129
4.2	Estudio del artículo 1635 del Código Civil para el Distrito Federal.....	135
4.3	Estudio del artículo 291 Bis del Código Civil para el Distrito Federal.....	137
4.4	Jurisprudencia.....	138
4.5	Propuesta de reforma a la fracción V del artículo 1368 del Código Civil para el Distrito Federal.....	146
	Conclusiones.....	152
	Bibliografía.....	156

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

INTRODUCCIÓN

De acuerdo a las reformas al Código Civil publicadas el día 25 de Mayo de 2000, en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, se reglamentó la figura jurídica del concubinato, destinando para ello un capítulo específico, formado por los artículos 291 Bis, 291 Ter, 291 Quater y 291 Quintus, en los que se desprenden los requisitos para considerar a una pareja como concubinos.

Reforma que también trascendió para modificar los requisitos solicitados para que los concubinos tuvieran derechos sucesorios. En el caso de la Sucesión Legítima, los concubinos en el artículo 1635 del Código Civil para el Distrito Federal, tienen derecho a heredarse recíprocamente aplicándose las disposiciones relativas a la sucesión del cónyuge, siempre y cuando reúnan los requisitos a que se refiere el capítulo XI del Título Quinto del Libro Primero del Código en cita.

Requisitos que se encuentran en los artículos 291 Bis al 291 Quintus y a saber son; que la concubina y el concubinario sin impedimentos legales para contraer matrimonio hayan vivido en común en forma constante y permanente por el período mínimo de dos años que precedieron inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones. No siendo necesario el transcurso del período mencionado cuando reunidos los demás requisitos, tengan un hijo en común. Para el caso de que con una misma persona se hayan establecido varias uniones del tipo antes descrito en ninguna se reputará concubinato y el que haya actuado de buena fe podrá demandar del otro una indemnización por daños y perjuicios.

De tal manera que nuestra legislación civil actualmente no se encuentra acorde entre otros requisitos en cuanto al tiempo de convivencia entre concubinos, debido a que la fracción V del artículo 1368 del Código Civil para el Distrito Federal dispone que el testador debe dejar alimentos en su testamento a la persona con quien vivió como si fuera su cónyuge, durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o con quien tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato y que el superviviente esté impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes. Derecho que sólo subsiste mientras la persona de que

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

se trate no contraiga nupcias y observe buena conducta. Si fueren varias las personas con quien el testador vivió como si fueran su cónyuge ninguna de ellas tendrá derecho a alimentos.

Siendo el objetivo principal de esta investigación proporcionar los argumentos necesarios para establecer en lo sucesivo dentro de la fracción V del artículo 1368 del Código Civil, según mi criterio, que el tiempo de convivencia entre los concubinos sea mínimo de dos años que precedieron a la muerte del concubino fallecido para que el concubino sobreviviente pueda percibir o exigir alimentos por testamento. Ahora bien también es menester señalar de que existen requisitos entre la sucesión de los concubinos por vía legítima (Art. 1635) y por vía testamentaria (Art. 1368 fracción V) que siguen siendo los mismos pero que es necesario modificar algunos requisitos en la fracción V del artículo 1368 del Código Sustantivo para que estén totalmente acordes con las reformas al Código Civil para el Distrito Federal en materia de concubinato. Entre ellos el pedir que la unión de los concubinos haya sido sin impedimentos legales para contraer matrimonio, hayan vivido en común en forma constante y permanente por el período mínimo de dos años inmediatos que precedieron a la muerte del autor de la herencia, no siendo necesario el transcurso del tiempo mencionado cuando reunidos los demás requisitos tengan un hijo en común. Y que el superviviente no tenga bienes suficientes.

Derecho que deberá subsistir mientras la persona de que se trate no contraiga matrimonio o se una en concubinato. Y para el caso de que fueren varias las personas con quien el testador vivió como si fueran concubinos ninguno de ellos tendrá derecho a alimentos.

Como se puede apreciar entre los requisitos más importantes se encuentra el período de convivencia de los concubinos de dos años inmediatos a la muerte del testador para que tengan el derecho a recibir alimentos por testamento, es decir se pretende con este trabajo igualar el tiempo de convivencia de los concubinos para tener derechos sucesorios por vía legítima y por otro lado el derecho a percibir o exigir alimentos por testamento. Pero también modificar otros requisitos que necesitan ser congruentes con la figura jurídica del concubinato.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Por tal motivo, el presente trabajo de investigación, tiene su base en el estudio y análisis de la figura del concubinato, para proporcionar los argumentos suficientes, para que la fracción V del artículo 1368 del Código Civil para el Distrito Federal pueda ser reformado en cuanto a los requisitos que se exigen para tener derecho la concubina o el concubinario a percibir alimentos del testamento del concubino fallecido.

Así las cosas, en el capítulo primero se examinarán a grandes rasgos el desarrollo de los antecedentes históricos del concubinato en el Derecho Romano, Francés, Español y Mexicano. En los tres primeros países, el concubinato no tuvo la protección jurídica necesaria para ser reglamentado y en el Derecho Mexicano la base de la familia era en la cultura azteca el matrimonio, aunque también de igual manera era permitido el concubinato y la mancebía, pero a consecuencia de la conquista de los españoles y de la influencia del matrimonio religioso que desconocía al concubinato no se reguló derecho alguno en los Códigos Civiles de 1870, 1884 y menos en la Ley de Relaciones Familiares de 1917 y como estudiaremos más adelante estas leyes solo, contemplaron derechos a los hijos habidos de esta unión, pero fue hasta el Código Civil para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal de 1928 que se reconocieron algunos efectos jurídicos al concubinato en materia de sucesiones.

El capítulo segundo, trata de los diversos conceptos que tratadistas del derecho, le han dado al concubinato. Así también, se estudia de acuerdo a las reformas al Código Civil para el Distrito Federal, publicadas en la Gaceta Oficial el día 25 de mayo de 2000, la reglamentación jurídica del concubinato no solo en cuanto a sus requisitos que se piden para su formación si no también los efectos jurídicos que produce en relación a los concubinos y en los hijos procreados de esta unión, en materia de sucesiones, alimentos, filiación, parentesco, adopción, patria potestad, y patrimonio familiar.

Posteriormente en el capítulo tercero de manera especial se analiza la sucesión entre concubinos, ya sea ésta legítima o por testamento.

Finalmente se llega en el capítulo cuarto, al análisis y estudio de los artículos 291 Bis, 1635 y 1368 fracción V del Código Civil para el Distrito Federal relacionados con la sucesión de los concubinos, en el que a mi criterio es necesario reformar la fracción V del artículo 1368 del Código Sustantivo, para establecer como requisitos para tener los concubinos el derecho a percibir alimentos por testamento del concubino fallecido, cuando fundamentalmente los concubinos acrediten haber vivido sin impedimentos legales para contraer matrimonio de manera común en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años, inmediatos que precedieron a la muerte del autor de la herencia no siendo necesario el transcurso del tiempo mencionado cuando reunidos los demás requisitos tengan un hijo en común. Y que el superviviente no tenga bienes suficientes.

Derecho que sólo subsistirá mientras la persona de que se trate no contraiga matrimonio o se una en concubinato. Si fueren varias las personas con quien el testador vivió como si fueran concubinos ninguno de ellos tendrá derecho a alimentos.

De lo contrario el testamento será inoficioso cuando el concubino no deje alimentos en su testamento a la concubina o concubinario de quien se tiene esta obligación.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPÍTULO PRIMERO
EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONCUBINATO

- 1.1 EL CONCUBINATO EN EL DERECHO ROMANO
- 1.2 EN EL DERECHO FRANCÉS
- 1.3 EN EL DERECHO ESPAÑOL
- 1.4 EN EL DERECHO MEXICANO
- 1.5 EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1870
- 1.6 EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1884
- 1.7 LEY DE RELACIONES FAMILIARES
- 1.8 EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL DE 1928

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

CAPÍTULO PRIMERO

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONCUBINATO

1.1. EL CONCUBINATO EN EL DERECHO ROMANO.

El concubinato en Roma surge, de las restricciones existentes para contraer matrimonio, siendo una de ellas la desigualdad de clases sociales entre el hombre y la mujer, es decir no era bien visto que un ciudadano de condición social alta contrajera nupcias con una mujer de baja extracción, otro impedimento era quizá que los interesados decidían no contraer matrimonio. "Esta unión, constituyó, para aquellos que pertenecían a distintos rangos sociales, una posibilidad de unirse cuando existieran impedimentos para la celebración de las "justae nuptiae."(1). De hecho estas relaciones con personas de condición social inferior eran muy frecuentes.

Al respecto en Roma, se conoció como concubinato a la unión estable y consuetudinaria de un hombre y una mujer, en su mayoría de condición social desigual, a diferencia del matrimonio, no tenían la intención de ser esposos, a esta intención se le llamo "affectio maritales", por lo que no existía el "ánimo de contraer matrimonio".

En un principio el concubinato, no tuvo protección jurídica, pues se consideraba como una clase inferior del matrimonio, en su caso la mujer concubina nunca alcanzaba la calidad de "uxor" (esposa) "de ahí que se designara esta unión con el nombre de "inaequale coniugium", "(2) y menos aun entraba a formar parte de la familia o rango social del marido, cada uno de ellos preservaba su calidad dentro de la sociedad, caso contrario ocurría en el matrimonio, cuando éste se llevaba a cabo "cun manu" la mujer salía por completo de su familia y pasaba a formar parte de la del

(1). HERRERÍAS SORDO, María del Mar. "El Concubinato". Análisis Histórico Jurídico y su Problemática en la Práctica". 1ª edición. Editorial Porrúa. S.A. México 1998. Pág. 2

(2). VENTURA SILVA Sabino, "Derecho Romano", 8ª edición. Editorial Porrúa. S.A. México. 1985. Pág. 109.



hombre, en cuanto a los hijos nacidos en la unión concubinaría, sólo eran "cognados" de la madre siguiendo su condición social, no siendo sometidos a la autoridad del padre.

A pesar de que el matrimonio producía ventajas jurídicas, a veces los interesados preferían una forma de convivencia maridable sin consecuencias jurídicas, en este caso el concubinato. Dos claros ejemplos de esto eran cuando una mujer romana de familia acaudalada, que se casaba con un romano de rango igual pero de menos fortuna o de poca seriedad en los negocios, podía preferir un concubinato, en tal caso sus hijos no caerían bajo la patria potestad del concubinario, de manera que los legados, fideicomisos, donaciones y herencias que sus hijos recibían de sus parientes por línea materna, quedaban fuera del patrimonio y de la administración paterna.

Un segundo supuesto era cuando un viudo con hijos se casaba en segundas nupcias. Por consideración a sus hijos podía optar por un concubinato ya que en tal caso sus hijos futuros no serían legítimos y no tendrían derecho a una porción hereditaria en caso de sucesión "ab intestato", ni tampoco una porción legítima en caso de sucesión testamentaria. Normalmente el padre dejaba algún legado a los hijos del concubinato, pero repetimos estos no tendrían derecho a su porción legítima de cuando menos un veinticinco por ciento de la cuota que le correspondería por vía legítima. Por lo tanto la posición de los hijos del primer matrimonio era mejor si la segunda unión se hacía en forma de concubinato que en caso de un segundo matrimonio justo.

Como ilustración de la decencia del concubinato es el hecho de que tres de los emperadores más virtuosos de los primeros dos siglos de nuestra era Vespasiano, Antonino Pió y Marco Aurelio vivían en concubinato.

"Hasta el fin de la República, el Derecho no se ocupó de estas simples uniones de hecho, pues fue bajo Augusto cuando el concubinato recibió su nombre. La "Ley Julia de Adulteriis" calificaba de "stuprum" y castigaba todo comercio con toda joven o viuda fuera de las "Justae nuptiae", haciendo una excepción en favor de la unión

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

duradera llamada concubinato, que recibió de esta manera una especie de sanción legal" (3)

Esta ley admitió al concubinato, excluyéndolo de las penas que se imponían en los casos de adulterio, demostrando sin embargo su inclinación a proteger la institución del matrimonio, además asignó a manera de desprestigio el nombre de "Pellex" a la mujer que se unía en concubinato, posteriormente recibió el nombre de "concubinis" juzgado como más honorable que el de "Pellex".

A partir de entonces dicha legislación estableció los requisitos impuestos al concubinato los cuales eran; que ambas personas fueran púberes, sin vínculo de parentesco afín o consanguíneo, en caso contrario; la unión entre parientes o personas casadas o habiendo ejercido corrupción o violencia sobre personas honestas para lograr la unión, se consideraba como "incestum", adulterio o "stuprum" respectivamente, debían estar libres de cualquier vínculo matrimonial y por último el consentimiento del jefe de familia no era exigido, por lo que sólo se necesitaba el consentimiento del hombre y la mujer.

Otra disposición legal que se ocupaba del concubinato en la época de Augusto era la "Lex Papia Poppaea", la cual premiaba a los padres que no estuviesen casados y que hubieren procreado hijos, a ser elegidos sobre los demás para desempeñar cargos públicos, también autorizó a esclavos libres ("manumitidas") e "ingenuos" nacidos libres a unirse en concubinato, debiendo manifestar expresamente su voluntad en descender a la calidad de concubina.

"Se podía tomar como concubina, solamente, a una mujer de bajo rango: actrices, mujeres "manumitidas" o "libertas", prostitutas, mujeres sorprendidas en adulterio; así como en las provincias, el gobernador enviado por Roma, a una mujer del lugar sólo podía, tomarla como concubina y no como esposa.

(3) PETIT Eugène, Tratado Elemental de Derecho Romano, 6ª edición. Editorial Porrúa. S.A. México. 1990. P. P. 110 y111.

Si una mujer honrada o "ingenua" consentía en ser tomada por concubina debía ello ser acreditado por un medio formal (bajo riesgo, para el hombre, de ser considerada la unión con ella "stuprum"). Pero aceptando la mujer, y constituyéndose el concubinato, perdía aquélla su posición en el medio social y el título de "mater familiae" que implicaba distinción y honra a la mujer romana" (4)

"En cuanto a los hijos nacidos de una relación concubinaria, no se creaba ningún parentesco con el padre, y como resultado éstos nacían "sul iuris", asumiendo la condición y el nombre de la madre, sin reconocerse aun el lazo natural habido entre el padre y los hijos nacidos de esta unión. Como consecuencia de lo anterior; el padre no podía ejercer la patria potestad sobre los hijos". (5)

En consecuencia los hijos procreados del concubinato no tenían respecto al padre, el parentesco por agnación, pero es el emperador Constantino, quien admitió un lazo natural entre el padre y los hijos habidos en concubinato, asignando a los últimos el nombre de "naturales liberi", incluso para mejorar su condición reconoció para los hijos de esta unión el derecho a recibir alimentos y a participar aunque de manera limitada a la sucesión del padre.

"Los emperadores cristianos buscaron la manera de hacer desaparecer el concubinato. Constantino creyó acertar ofreciendo a las personas viviendo entonces en concubinato y teniendo hijos naturales, legitimarlos, siempre que transformasen su unión en "Justae nuptiae." (6)

Fue el emperador Justiniano la persona que reguló jurídicamente la institución del concubinato pero de ninguna manera, tuvo la importancia del matrimonio, como primer punto la legislación Justiniana abolió los impedimentos matrimoniales basados en la desigualdad de clases sociales, concediendo la oportunidad a mujeres de

(4) BOSSERT Gustavo Alberto. Régimen Jurídico del Concubinato. 3ª Edición. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1990. Pág. 12.

(5) HERRERÍAS SORDO, María del Mar. Op. Cit. P. P. 3 y 4

(6) PETIT Eugéne, Op. Cit. Pág 112.



cualquier condición social unirse con un hombre en concubinato, preservando la intención de no ser esposos y menos aun tener el "ánimo de contraer matrimonio" aunado a lo anterior se conservó el derecho de los padres a legitimar a los hijos nacidos de esta unión contrayendo "Justae Nupcias", en segundo término se ampliaron los efectos jurídicos de los hijos del concubinato, reconociendo el derecho a recibir alimentos, participar en la sucesión del padre, otorgando también un limitado derecho a la concubina para tomar parte de la sucesión del concubino, por último se prohibió la "adrogatio" al padre natural respecto de sus hijos habidos en concubinato.

En relación a las sucesiones, el Derecho Romano, regulaba dos clases de transmisión hereditaria; una de ellas era la sucesión testamentaria, en la que el autor de la herencia, manifestaba su voluntad en un acto llamado testamento por el que designaba heredero y por consiguiente disponía de sus bienes para después de su muerte, la otra era la sucesión "ab intestato" o legítima siendo la designación del heredero conforme a lo establecido por la ley, la cual tenía lugar cuando el "cuius" (abreviatura de la frase latina, de "cuius hereditate agitur", de cuya herencia se trata), no otorgaba testamento o habiéndolo no fuera válido, otras causas se debían a que el heredero no deseaba aceptar la herencia o cuando la persona instituida como heredero fallecía antes que el testador.

Ahora bien sólo por la vía legítima se llamaba a heredar a la concubina y sus hijos nacidos de esta unión, cuyos derechos hereditarios no eran considerados por la Ley de las XII Tablas y menos aun por la sucesión pretoriana, pero fue Justiniano quien otorgó derechos a la concubina para formar parte de la sucesión del concubino.

"La Ley de las XII Tablas llamaba en primer lugar a los "sui heredes", quienes eran los descendientes legítimos o adoptivos bajo la potestad directa del difunto, las mujeres "in manu" y los póstumos suyos.

Sucedían todos sin distinción de grado, y cuando el difunto dejaba un hijo y dos nietos nacidos de otro hijo ya fallecido, estos nietos no eran excluidos por el hijo, pues sucedían en lugar de su padre. La partición se hacía por cabezas, "in capita", siendo todos los herederos suyos del primer grado: tres hijos heredaban cada uno un tercio.

En todos los demás casos se hacía por troncos "in stirpes"; por ejemplo si había un hijo y dos nietos nacidos de otro hijo premuerto, la sucesión se dividía en dos partes, puesto que había dos troncos, el hijo heredaba una mitad y la otra se repartía entre los nietos.

Segundo orden; "agnados".- A falta de heredero suyo, las XII Tablas llamaba a la sucesión "ab intestato" al "agnado" más próximo. Los herederos suyos llamados en primera línea no eran más que "agnados" privilegiados: los descendientes del difunto. Los "agnados" llamados en segundo orden eran los colaterales.

El que sucedía siempre era el "agnado" más próximo. Si había un hermano y dos sobrinos nacidos de otro hermano premuerto, el hermano solo heredaba la sucesión, pues los dos sobrinos no podían ocupar el lugar de su padre. Si había varios "agnados" en el mismo grado, al concurrir éstos se hacía el reparto por cabezas. Los "agnados" además, sucedían "infinitud", cualquiera que fuera el grado que les separara del difunto.

La Ley de las XII Tablas no admitió en este orden la devolución. Este derecho era el que tenía un heredero privado por otro para aceptar la sucesión, cuando la ha repudiado el que le precede. Esta cuestión no podía presentarse para los herederos suyos, que eran llamados todos juntos; y eran también herederos necesarios. Se presentaba para los "agnados", pero no se les concedía la devolución, y si el "agnado" más próximo rehusaba, la sucesión pasaba al orden siguiente, a los "gentiles".

Bastante tiempo después de las XII Tablas, la jurisprudencia vino a restringir el círculo de los agnados llamados a la sucesión "ab intestato", excluyendo a las mujeres "agnadas" que no fuesen hermanas consanguíneas, Esta medida fue tomada después de la Ley Voconia, del año 585, y debió ser inspirada por el mismo espíritu, para impedir la riqueza en las mujeres.

Tercer orden: "Gentiles".- Cuando no había ni herederos suyos ni "agnados" colaterales, la Ley de las XII Tablas llamaba en tercera línea a los "gentiles", que indudablemente venían todos a la sucesión con iguales derechos. Ya hemos indicado la

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

oscuridad que reunía sobre la "gens" y los derechos de "gentilidad". De todos modos, es bien cierto que la "gentilidad" cayó en desuso en la época de Gayo. Desde el siglo VII concedió el pretor a los parientes naturales del difunto, a los "cognados", el lugar de "gentiles" (7)

Como se puede apreciar la Ley de las XII Tablas, llamaba a la sucesión intestada del de "cuius" a personas que formaban parte en la familia civil y no tomaba en cuenta el lazo de sangre que había con el autor de la herencia, en otras palabras excluía a parientes cercanos otorgando la herencia a personas de parentesco muy lejano, claro ejemplo de lo anterior eran los hijos "emancipados" quienes no herederaban porque el "pater familias" los expulsaba del vínculo familiar como castigo por haber resistido su autoridad, adquiriendo el grado de "sui iuris".

Este sistema cambió bajo la influencia del derecho pretoriano, llamando a la sucesión "ab intestato" a parientes omitidos por la Ley de las XII Tablas, heredando aquellas personas unidas por el lazo de sangre; entre ellos, los hijos emancipados y la mujer libre de "manus", por lo que el pretor realizó paralelamente el "Jus Civile", instituciones jurídicas más equitativas que llevaban el nombre de "Bonorum possessio" y fueron creadas tanto para la sucesión testamentaria como "ab intestato", aquí sólo consideraremos la sucesión legítima, en virtud de ser la única vía por la cual heredó la concubina.

Entonces la "bonorum possessio" otorgaba la posesión de la herencia a la persona que se lo pidiera, siempre que no hubiere herederos o personas sin ningún derecho a fin de que la herencia no quedara vacante, por lo que se publicaba un edicto para decidir, quien era preferente para recibir la posesión apoyada siempre en un testamento o demostrara que era el pariente más próximo.

Así tenemos que el pretor estableció cuatro "bonorum possessio" enumeradas de la siguiente manera (por orden de preferencia);

(7) Idem. P.P. 586 y 587

"Bonorum possessio unde liberi".- Se concedía a los descendientes del de "cujus" que estaban bajo su potestad, incluidos los hijos emancipados pero en esta última en ocasiones llegaba a adquirir un patrimonio propio era injusto que entrara a la sucesión con iguales derechos que los herederos propios, creándose la institución del "collatio bonorum" o colocación de bienes, consistente en la obligación del hijo "emancipado" en incluir todos sus bienes a la herencia del de "culus" para compensar el "suus", con excepción de la dote de su mujer y peculios de origen castrense, y por último hijos adoptivos siempre y cuando no formara parte de la familia adoptiva.

"Bonorum possessio unde legitimi".- Eran los "agnados" en segundo orden de la Ley de las XII Tablas (parientes por línea paterna), también tenían derecho de sucesión la madre, los hijos y el ascendiente manumisor.

"Bonorum possessio unde cognati".- Se encontraban comprendidos tanto los parientes por línea materna como paterna.

"Bonorum possessio unde vir et uxor". A falta de las clases anteriores, se llamaba a la sucesión por vía legítima al cónyuge superviviente, viudo o viuda.

Es Justiniano a través de sus Novelas 118 y 127 que reformó todo el sistema hereditario por la vía legítima, considerando como base para heredar el parentesco por ambas líneas sin distinción de grado o sexo, llamando a heredar:

En primer lugar, a los descendientes del autor de la herencia, fueran "emancipados" (personas libres que no están bajo la Patria Potestad o tutela de nadie) ó "allene iuris" (personas sometidas a una autoridad paterna) en su caso la mujer casada "in manu" o la "adrogatio"). Si eran de grado distinto los más próximos excluían a los de grado más lejano. Si habían varios hijos y uno de ellos fallecía, dejando descendientes estos nietos sucedían en el lugar de su padre, los descendientes del mismo grado heredaban por cabezas, los de grado distinto por estirpes.

En segundo lugar. A falta de los descendientes, se llamaba a los ascendientes, hermanos y hermanas, así el más próximo excluía a los demás (el padre a los abuelos

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

maternos) en caso de sólo existir abuelos paternos y maternos en el mismo grado, la herencia se dividía por estirpes y dentro de cada estirpe por cabeza, es decir, los abuelos paternos recibían una mitad y los maternos otra entre los dos, o sea un cuarto cada uno. Si había ascendientes y hermanos la herencia se repartía "per capite" entre todos. Los sobrinos heredaban por estirpes a la parte que hubiere correspondido a su padre o madre si vivieran.

En tercer lugar. Sucedian los medios hermanos uterinos o consanguíneos y en caso de haber fallecido sus hijos.

Por último los demás colaterales.

Justiniano concedió en otras Novelas derechos de sucesión. En la novela 53, se mencionaba que a falta de los demás familiares, heredaban el cónyuge superviviente, viudo o viuda, y por lo que respecta a la novela 89 Justiniano otorgaba derechos hereditarios a la concubina y los hijos habidos en esta unión.

"Justiniano fue más lejos para los hijos nacidos del concubinato. Del lazo de parentesco natural, que las constituciones terminaron por reconocer entre ellos y su padre, hizo derivar un derecho "ab intestato", extendiendo este derecho a la concubina y a sus hijos naturales. Si el padre, al morir dejaba hijos legítimos, los hijos naturales y la concubina sólo tenían derecho a los alimentos en relación con el importe de la sucesión. En los demás casos la concubina y sus hijos heredaban un sexto de la sucesión, que se repartía por cabezas. Se concedían los mismos derechos al padre sobre la sucesión de los hijos.

En defecto de parientes y de cónyuge, la sucesión se atribuía a ciertas corporaciones de las cuales formaba parte el difunto; por ejemplo, a la curia, para los decuriones; a la legión para los soldados de a pie, y a la iglesia, para los clérigos, y en último lugar, era siempre el fisco quien heredaba la herencia vacante." (8)

(8) Idem. Pág. 605

Por otro lado en relación a la sucesión testamentaria podemos decir que no toca el tema del concubinato, pero se puede mencionar que la Ley de las XII Tablas, instituyó en materia de sucesión testamentaria la libertad absoluta para formular testamento, estableciendo limitaciones o restricciones a la libertad de testar mediante la teoría de la desheredación y la "querelle inofficiosi testamenti". Restricciones que estudiaremos en virtud de que la última de ellas se asemeja a lo que actualmente es la inoficiosidad del testamento al no dejar alimentos a determinadas personas entre ellas a los concubinos.

En la primera limitación la ley exigía al "pater familia", que para desheredar a un "Heres suus", debía seguir ciertas reglas; se señalaba que para desheredar a un "suus", era necesario hacerlo para con los hijos en forma individual y de manera expresa. En relación con los demás "sul", hijas, mujer "in manu", nietos la desheredación podía ser global.

En caso contrario, la omisión de un hijo era causa de nulidad del testamento y como consecuencia se daba la apertura de la vía legítima o intestada.

El Derecho Honorario amplió esta desheredación, para los "emancipados" y a los dados en adopción. Para la "manumitida" la desheredación debía ser individual y de manera expresa para los hijos o nietos, y para las mujeres debía hacerse globalmente.

Ahora bien en estos casos el pretor otorgó al hijo omitido la "Bonorum possessio contra tabulas", igual derecho se otorgaba a las hijas mediante la "bonorum possessio".

Pero es el Derecho Justiniano en que la teoría de la desheredación fue abolida por la Novela 115 para quedar fundida como el sistema de la "querella inofficiosi testamenti".

"QUERELLA INOFFICIOSI TESTAMENTI".- Esta institución era un medio que tenían los parientes más próximos, despojados injustamente de sus derechos hereditarios por el testador, para dejar sin efecto el testamento, por ser contrario a la piedad familiar.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Se afirmaba que el testamento era inoficioso, cuando se había hecho contrariando los deberes para con los parientes más próximos. Esta institución fue obra de la jurisprudencia del tribunal de los "centumviro" que tenía competencia en materia de herencias". (9)

Esta acción tenía por objeto dejar sin efecto la disposición testamentaria, que no había dejado bienes, o dejándolos eran insuficientes; para los parientes más próximos del testador. En su caso esta acción era ejercida, por los descendientes en primer término, los ascendientes en segundo lugar y los hermanos consanguíneos.

Para que procediera la acción de "Querella inofficiosi testamenti" era necesario; que el testamento fuere formalmente válido, tener derecho a la sucesión "ab intestato", haber sido desheredado injustamente, no haber recibido la legítima (que consistía en la cuarta parte de la herencia "ab intestato" del reclamante), y carecer de toda otra acción para hacer valer los derechos hereditarios.

Al declararse procedente la acción, el testamento se tenía como inoficioso quedando anulado totalmente no sólo la institución de heredero, sino además se abría la sucesión intestamentaria recogiendo los herederos legítimos la herencia.

Pero es la novela 115 que viene a modificar esta situación por la que ya no invalida al testamento si no que anula únicamente la institución del heredero, reemplazándolo por el legitimario y manteniendo vigente las restantes disposiciones. Justiniano en sus novelas 18,22 y 55, hizo variar la legítima atendiendo al número de hijos, así si los hijos del legitimario no pasaban de cuatro, tenía derecho a un tercio del patrimonio del testador y si tenía más de cuatro hijos le correspondía la mitad del acervo hereditario. La legítima debía dejarse al legitimario a título de heredero.

Con los argumentos expresados anteriormente, concluimos que el Derecho Romano, clasificó dentro de las uniones lícitas al concubinato, bajo un rango inferior al

(9) LEMUS GARCÍA Raúl. Derecho Romano. Personas, Bienes y Sucesiones: Editorial Limsa México 1964. P,P 280 y 281.

matrimonio y en virtud de su práctica social, al paso del tiempo adquirió un estado legal, con limitados efectos jurídicos, concediendo a la concubina y los hijos habidos de esta relación, derechos alimentarios y sucesorios sólo por la vía legítima, por vía testamentaria no se concedieron derechos sucesorios a los concubinos, más sin embargo dentro de las restricciones que tenía el testador, se encontraba la inoficiosidad del testamento que de alguna manera es el principio para que más adelante en nuestra legislación mexicana se considerara como testamento inoficioso el hecho de no dejar alimentos a determinadas personas entre ellas los concubinos.

1.2. EN EL DERECHO FRANCÉS

En Francia se llama concubinato, a las relaciones sexuales fuera del matrimonio de un hombre y una mujer que puede ser constante como efímera, por tal razón esta unión, no necesitaba de un domicilio común y convivencia duradera para hablar de concubinato. Ahora bien esta figura jurídica, frecuente en la sociedad francesa, no fue regulada en el Código Civil, sólo se limitó a hacer referencia de algunos derechos en relación a los hijos naturales habidos en esta unión, pero es la jurisprudencia francesa la que resolvió problemas existentes en torno al concubinato.

En relación con lo citado anteriormente, se encuentra el Código Michaud de 1604, por el que disponía la invalidez de toda donación entre concubinos, más adelante Luis XIII en 1639 con asimilación al concubinato niega todo matrimonio mantenido en secreto a la muerte de su cónyuge. Posteriormente la Ley Brumario del 2 de Noviembre de 1793, reconoció a los hijos naturales iguales derechos sucesorios que a los legítimos. "Para poder hacer valer sus derechos, a los hijos naturales se les imponía la carga de probar su filiación con el fallecido y de este modo recurrir a la posesión de estado de hijo del de "cujus". Para probar la relación filial, debían exhibirse documentos públicos o privados que provinieran del padre o como consecuencia de las atenciones dadas a título de paternidad tales como educación o el mantenimiento sin interrupción."(10)

(10) HERRERÍAS SORDO, María del Mar. Op. Cit. P.P. 8 y 9.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Por otra parte el Código de Napoleón de 1804, consideró el concubinato como un acto Inmoral en contra de las buenas costumbres, el cual no producía efectos jurídicos y menos aun se tenía disposición legal alguna que hablare del concubinato. En cuanto a los hijos naturales, contrario a la Ley Brumario les prohibió investigar la paternidad y les negó el título de herederos. Este mismo Código reguló la herencia forzosa de los parientes por sangre y no permitió tampoco que a base de legados el testador sustrajera las porciones hereditarias que pertenecían a los parientes consanguíneos.

"Así se explica la concluyente sentencia que pronunció Napoleón Bonaparte en el Consejo de Estado: "Los concubinos prescinden de la ley; la ley se desentiende de ellos" ("Les concubines se passent de la loi; la loi se désintéresse d'eux"), y respecto de los hijos habidos de uniones extramatrimoniales en vano trató Cambaceres de lograr que se obligase en ciertos casos a reconocerlos por parte de sus padres a través de las acciones de investigación de la paternidad: "La sociedad - replicó Napoleón no tiene interés en que sean reconocidos los bastardos".(11)

En conclusión los legisladores de esta época creyeron que la mejor manera era dejar al margen del derecho los efectos de esta relación, de tal manera se procuró desalentar a las personas que intentaron vivir al margen del matrimonio, evitando que el concubinato se constituyera como un matrimonio de segundo orden.

En lo concerniente al Derecho Penal las relaciones sexuales efectuadas fuera de matrimonio pero con el consentimiento de ambos de ninguna manera se consideraban delito en virtud del dogma penal que reza. "Nula Poena sine Lege" (no puede haber pena sin ley).

Más tarde la Ley del 16 de noviembre de 1912 amplió los derechos sucesorios de los hijos naturales, pues la ley aceptó declarar judicialmente la paternidad de los hijos naturales habidos en concubinato, siempre y cuando los padres hubieran vivido en

(11) ZANONI Eduardo. A. Derecho Civil, Derecho de Familia Tomo II, 2ª edición. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1989. Pág. 245.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

estado de concubinato notorio durante el período legal de la concepción, de ahí que los hijos podían reclamar legalmente su filiación.

En este mismo orden de ideas la Ley del 5 de agosto de 1914, durante la primera guerra mundial, designó una ayuda económica al jefe de familia que se encontraba incorporado a las armas, beneficiando en este caso, a los integrantes de la familia, disposición que pudo ser aplicable también en beneficio de la concubina, quien fue protegida contra desalojos cuando, acreditaba, que además de convivir en el inmueble, había estado a cargo de su compañero, que se encontraba bajo las armas.

En otra perspectiva, en materia de arrendamiento, se estableció que cuando un arrendatario fallecía, tenía derecho a seguir habitando el inmueble sus familiares, las personas que estuvieren a cargo de él o hubiesen habitado con el durante cierto tiempo, lo cual podía ser aplicable a la concubina. Por otro lado la concubina tenía derecho a reclamar una indemnización con motivo de la muerte accidental de su compañero, siempre que demostrara que era el sostén del hogar.

"En el aspecto patrimonial, la colaboración de los concubinos, dio nacimiento a una sociedad de hecho que a su vez a la acción "pro socio" para dividir capitales y beneficios y la prueba exigida se reducía a la sola testimonial".(12) La Jurisprudencia admitió que los bienes de los concubinos que habían sido integrados por ellos a la sociedad, sin que haya existido documento alguno por escrito, podía la mujer reclamar una indemnización ya que con su trabajo se contribuyó a formar parte de la sociedad. Así también la Jurisprudencia aceptó como lícita la compra venta realizada entre los concubinos pues no tenían más relación que una influencia secundaria en la contratación del acto.

Por lo que respecta a los alimentos, quienes vivían y hasta hoy se encuentran en concubinato no están obligados jurídicamente a cumplir con este deber, puede ser

(12) LÓPEZ DEL CARRIL, Julio J. Derecho de Familia. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1984. Pág. 511

que durante su vigencia se otorgue alimentos a la concubina pero en lo futuro no es obligatorio, siendo en consecuencia, una situación de hecho y un deber moral el dar alimentos a la concubina por la relación que guardaban entre sí.

En cuanto a sucesiones la concubina ni el concubinario, tienen derecho a heredarse recíprocamente, sólo los hijos naturales procreados en esta unión fueron considerados por el Derecho Francés, en lo que se llama sucesiones irregulares, formada por los parientes naturales, que pueden heredarse entre sí, llamando a heredar en el siguiente orden:

"1.A los hijos naturales quienes puedan recibir la herencia de sus padres siempre que hubieren sido reconocidos (voluntaria o forzosamente) y pudieran reclamar la herencia de sus padres aún cuando el reconocimiento haya sido posterior a la muerte. 2.-Los padres naturales que heredan al hijo fallecido, sin descendientes. 3.-Los hermanos y hermanas naturales, hijos de un mismo padre o una misma madre quienes heredaban entre sí, a falta de hijos o ascendientes."(13) Mismos parientes naturales podían hacer valer su derecho, siempre que no procedieran de una relación incestuosa o adulterina, en caso contrario sólo tenían derecho a que se les otorgue alimentos.

Dentro del derecho sucesorio, también heredan los familiares legítimos del de "culus", llamando en primer lugar a los descendientes del de "culus", en segundo término hermanos y hermanas, el tercero integrado por sus ascendientes y finalmente los colaterales ordinarios que no sean los descendientes, hermanos o hermanas o los ascendientes del autor de la sucesión.

Actualmente el concubinato en Francia es objeto de estudio toda vez que los legisladores le han dado ciertos efectos jurídicos, todo lo contrario de lo que fue en el siglo pasado, ya que aunque parezca increíble, las uniones de esta naturaleza se han

(13). PLANIOL Marcel y RIPERT George Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Vol. IV. 12ª edición. Editorial José María Cajlca. La Habana. 1946. Pág. 112.

intensificado por una cuestión de impuesto, toda vez que el derecho fiscal no los obliga a declarar en conjunto, si no separadamente, de esta manera pagan menos impuestos y viven como si fueran esposos.

Así, podemos concluir que el concubinato en el Derecho Francés, no es legislado y su posición abstencionista ha llevado a la jurisprudencia a conceder de manera limitada protección a los concubinos y a los hijos nacidos de esta unión, pero conforme a derecho no hay jurídicamente el amparo de la ley para solicitar alimentos o en su caso tomar parte recíprocamente entre los concubinos del derecho a heredarse entre ellos.

1.3. EN EL DERECHO ESPAÑOL

En España no se reglamentó la figura del concubinato, pues sólo el derecho español, consideraba que "el matrimonio" era la única forma de integrar la familia. Más sin embargo reconoció algunos efectos, en relación a los hijos habidos de esta unión, quienes eran considerados como ilegítimos por haber nacido fuera de matrimonio, clasificándolos en hijos naturales nacidos de una relación de "barragana" o concubinato y por otra parte los hijos de dño que eran los nacidos de adúlteras, relaciones incestuosas y de mujeres prostitutas. En cuanto a la mujer de una relación "barragana" en un principio se le concedió el derecho a participar en compañía de sus hijos de la herencia del concubino.

Así las cosas, en España se conoció al concubinato con el nombre de "Barragania", palabra que viene de "Barra" que en arábigo quiere decir "fuera" y "gana" que del latín significa "ganancia" etimológicamente es "la ganancia hecha fuera del mandamiento de la iglesia". De hecho Alfonso X "El Sabio" en sus Siete Partidas calificó con este nombre a las uniones fuera de matrimonio, y al mismo tiempo expresaba que la "barragania" se toleraba para evitar la prostitución, pues era preferible que hubiere una y no muchas mujeres para la seguridad en la unión de ambos.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Entonces "la barragania" se consideró como la unión sexual de un hombre soltero, clérigo o no, con mujer soltera bajo las condiciones de permanencia y fidelidad"(14)

Por lo tanto para ser considerada esta unión como "barragania" era necesario cumplir con ciertos requisitos, tales como, 1. La existencia de una "barragania" y un hombre, 2. Tanto uno como otro no debían estar casados, ni tampoco existir impedimentos legales entre ellos para casarse, 3. Esta unión debía ser permanente, 4. Debían tratarse como marido y mujer, y 5. Ser considerados en su comunidad como si fueren esposos.

En este mismo orden de ideas esta unión sexual llamada "barragania" estaba prohibida en los mismos grados del parentesco que lo estaba en el matrimonio. Por otro lado los personajes ilustres no podían tomar por "barragana" a una mujer vii por nacimiento u ocupación, si tal hicieran los hijos serán espurios y sin derecho a su herencia ni a alimentos, tampoco se podía tomar como "barragana" a una mujer virgen o a una menor de doce años o que fuera viuda honesta.

Dependiendo del tiempo que hubiere durado la unión, las "barraganas" adquirirían algunos derechos privilegiados como el de conservar sus vestiduras al separarse y el tener derecho en compañía de sus hijos a una parte de la herencia del concubino.

En lo relativo a las sucesiones la Ley de los Visogos. Reglamentaba la sucesión como sigue. "En la sucesión intestada heredaban los parientes hasta el séptimo grado y después correspondía el derecho al cónyuge supérstite, a los clérigos, monjas y monjes, en defecto de parientes con derecho, los heredaba la Iglesia a que servían.

En el Código de las Siete Partidas al igual que las Leyes de los Visogos, tuvieron su inspiración o base en el Derecho Romano. Por medio de una Ley de 16 de Mayo de 1835, llamada de "mostrencos" que vino a modificar el Código de las Siete Partidas, para lo cual se amplió el grado de parentesco de los colaterales con derecho a

(14).CHÁVEZ ASECIO Manuel F. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Conyugales. Editorial Porrúa. S.A. México 1990. Pág. 271

heredar en sucesión legítima, hasta el décimo, asimismo estableció que podían heredar también el cónyuge supérstite, los hijos provenientes de una unión libre y el Estado.

La Ley de las Siete Partidas sólo llamaba al viudo o viuda después de los colaterales en décimo grado, limitaron el llamamiento de los colaterales no habiéndolos pasar del décimo grado. Las Leyes de Toro no fueron explícitas en esta materia; pero en cambio otras leyes posteriores señalaron como límite con la línea colateral el cuarto grado.

A los hijos naturales, les concedió el Código de las Siete Partidas en defecto de legítimos o legitimados por subsiguiente matrimonio o asignados como hijos por decisión de autoridad competente, y en concurrencia con ascendientes y colaterales el derecho a percibir una sexta parte del haber hereditario de su padre; esta sexta parte la debía compartir con su madre por partes iguales, y de esta manera, según la cantidad de bienes que hubiere dejado el de "cujus", resultaba más beneficiada la concubina que la mujer legítima.

Algunos otros efectos de la "barraganía" se encuentran en el Fuero de Zamora que permitía dejar por herederos a los hijos tenidos por "barraganía" siempre que fueren solemnemente instituidos.

El Fuero de Plasencia, establecía que la "barragana" que probare haber sido fiel y buena para con su señor, tenía derecho a heredar la mitad de los gananciales.

"Por su parte el Fuero de la Cuenca, prohibía a los casados legítimamente tener en público "barraganas", so pena de ser ambos ligados y ostigados y la ley del 10 del mismo Fuero, autorizaba a las "barraganas" encinta para solicitar la prestación de alimentos a la muerte de su señor. Considerándosele al mismo tiempo una viuda en cinta". (15)

(15) Ibidem Pág. 271.

Fuero de Soria. Autorizaba al padre a dar a los hijos habidos de "barragana", Hasta la cuarta parte de sus bienes en vida y los que deseara por testamento, siempre y cuando hubieren sido concebidos antes que los hijos legítimos.

Fuero de Burgos y Logroño, concedieron a los hijos habidos de "barragania" el derecho de heredar conjuntamente con los legítimos por cabeza, excepto cuando el padre les hubiera adjudicado una parte determinada de los bienes. Heredaban a falta de descendientes legítimos, siempre que el padre los hubiera reconocido.

Los Fueros Municipales. En la sucesión intestada concedían derechos a falta de hijos o descendientes de bendición de matrimonio o a los hijos de "barragana" o concubina.

Al respecto la Ley IX de Toro estableció que los hijos bastardos no podían heredar a su madre por ninguna de las dos vías (testamentaria o legítima) cuando ésta tuviere hijos legítimos, les podía otorgar en vida hasta la quinta parte de sus bienes. En caso de que la madre no tuviera descendientes legítimos, pero sí ilegítimos, esto no representaba problema alguno pues estos sí podían sucederla ya sea por medio de testamento o "ab intestato". Sólo cuando los hijos fueran producto de una relación vergonzosa por parte de su madre, se les vedaba todo derecho para heredarle. En esta situación se priva de un derecho a los hijos por culpa de su madre y se contraviene el principio que era "los hijos no deben sufrir las consecuencias de sus padres".

La Ley de Bases. La base 18 que se refería a las sucesiones intestadas dispuso lo siguiente "A la sucesión intestada serán llamados; 1. Los descendientes; 2 Los ascendientes; 3. Los hijos naturales; 4. Los hermanos o hijos de éstos y 5. Al cónyuge viudo. No se otorgaba la sucesión a parientes más allá del sexto grado en línea colateral. Desapareció la diferencia respecto a los hijos naturales, entre el padre y la madre, dándoseles igual derecho en la sucesión intestada de uno y otro". Es decir esta ley estableció igual derecho para los hijos naturales habidos fuera de matrimonio, ya sea en "barragania" o concubinato a heredar en igual circunstancia que los legítimos.

Como podemos observar sólo en algunos Fueros se consideró a la concubina el derecho a heredar de la sucesión del concubino, pero conforme avanza la historia este derecho desaparece en el Código Civil Español actual, llamando a heredar por sucesión intestada a: 1. Descendientes legítimos o legitimados; 2. Los padres o los ascendientes; 3. Los hermanos o sobrinos del de "cujus"; 4 los parientes dentro del cuarto grado, y 5 .El Estado. Sucesión que sólo beneficia a los hijos nacidos de concubinato.

Posteriormente con la Constitución Española de 1931, se otorgó la igualdad jurídica para los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, dejando de hacer distinción entre hijos legítimos e ilegítimos, en las inscripciones de nacimiento. Otro de los derechos que incorporó esta Constitución a favor de los hijos ilegítimos fue el de la investigación de la paternidad (disposición que se contraponía con el Código Civil antes mencionado, ya que éste no contemplaba este derecho de los hijos naturales.

Aunque esta Constitución representó un avance importante en cuanto a la protección e igualdad de los menores, no fue del todo eficaz porque únicamente legisló los derechos de los hijos legítimos en vida del padre, dejándolos sin protección en caso de fallecimiento. En efecto, se les reconoció a los hijos naturales el derecho a exigir la porción hereditaria igual a la de los hijos nacidos de matrimonio quedando totalmente desprotegidos cuando moría el progenitor.

En conclusión la figura de la "barragania" o concubinato en un principio tenía ciertos derechos en cuanto a sucesiones, pero al paso del tiempo esta figura fue desapareciendo en los Códigos Españoles actuales, dejando y conservando de manera muy justa solo derechos a los hijos nacidos de esta unión.

1.4. EN EL DERECHO MEXICANO.

En México la vida de los pueblos indígenas transcurría en medio de ritos, ceremonias, y celebraciones de su politeísmo, la mayoría eran religiosos en consecuencia la institución del matrimonio era algo común para ellos. Entre los toltecas sólo se consentía tener una mujer que no debía estar fuera de matrimonio,

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

siendo visible que el concubinato entre estos pueblos no se consentía. Por otra parte la cultura Maya no daba a la mujer un stratus importante y por ello la mujer tenía poca influencia en la familia y en la comunidad.

De acuerdo al Derecho Azteca, la base de la familia era el matrimonio, siendo patriarcal, es decir dentro del vínculo familiar, el padre era la autoridad máxima. Esta familia era de carácter monogámico, aunque también se practicaba la poligamia ejercida sólo por los hombres especialmente los reyes, nobles, guerreros y señores principales quienes además de su mujer legítima, estaban capacitados para contraer dos o más matrimonios, con el sólo requisito de que pudieran sostener a sus esposas. Asimismo estaba permitida a los varones la mancebía que consistía en la vida marital entre un hombre y una mujer pero sin que ésta fuera pedida en matrimonio a prueba.

"El hombre casado o soltero no sacerdote, podía tomar cuantas mancebas quisiera con tal de que fueran libres de matrimonio o religión. Los padres daban mancebas a sus hijos, mientras llegaba la edad de casarlos. Para tal fin pedían las muchachas a sus padres, sin que éstos consideraran deshonoroso darlas, y sin que, ni en este caso ni en el de matrimonio se exigiera igualdad de rango social, confirmándose lo que hemos dicho, que no había nobleza de sangre en aquellos pueblos.

La unión accidental y transitoria entre hombre casado o soltero y mujer soltera no tenía pena". (16)

De igual manera era permitido el concubinato que surgía cuando la pareja se unía mediante su consentimiento sin observar ningún tipo de formalidad. El derecho sólo equiparaba al concubinato con el matrimonio cuando los concubinarios tenían 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.

(16) ESQUIVEL OBREGÓN Toribio. Apuntes para la Historia del Derecho en México, Tomo I, 2ª edición Editorial Polis, México 1984. Pág. 177.

El surgimiento de esta unión se debía casi siempre a la carencia de recursos económicos para poder realizar los gastos de la fiesta para celebrar el matrimonio, se dice que Moctezuma tenía ciento cincuenta concubinas y de Netzahualpilli se llegó a afirmar que tuvo dos mil.

Aunque en todos estos casos la poligamia era permitida, tenía prioridad la mujer legítima que había contraído matrimonio conforme a los ritos. Ahora bien en cuanto a los hijos habidos de la mujer principal o secundaria el derecho azteca en su artículo 383, los consideraba en ambos casos legítimos, pero había preferencia sobre los hijos legítimos de la mujer principal para que éstos pudieran heredar de su padre los cargos y bienes en caso de sucesión legítima.

"No hay duda de que en un principio sólo los hijos de la mujer principal sucedían a su padre: pero en los libros que tratan el tema abundan ejemplos de lo contrario y tal es el caso del emperador Iztcoatl, ilustre como el que más, que fue hijo de una concubina de origen humilde. En todo caso los hijos de las esposas secundarias siempre se consideraron "pilli" y podían llegar si eran digno de ello, a las funciones más altas" (17)

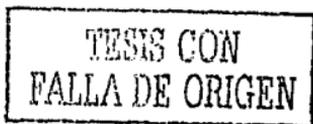
Por lo que respecta a las sucesiones los hijos varones, eran los únicos, con derecho a heredar, las mujeres quedaban excluidas en caso de poligamia.

"El Derecho de sucesión podía ser practicado por todos los hombres, ya fueran éstos nobles o plebeyos, respecto de sus propiedades particulares y bienes muebles o inmuebles y esclavos, con la única excepción de los jueces y magistrados respecto de las tierras donadas por el rey. (18)

La sucesión era voluntaria o legítima, en la primera el autor de la herencia

(17) CHÁVEZ ASENCIO Manuel F. Op. Cit. Pág. 273

(18) ALBA HERMOSILLO, Carlos. Estudio Comparado entre el Derecho Azteca y el Derecho Positivo Mexicano. Ediciones Especiales del Instituto Indigenista Interamericano. Editorial Grafica Panoamericana. México 1949. P.P. 43 y 44.



dejaba voluntariamente sus bienes a una o varias personas que el designaba, en segunda, al no existir voluntad del que faltaba, la ley señalaba a quien correspondía la herencia del difunto, para este último la ley mencionaba que heredaban en primer término; tratándose de varios matrimonios, heredaba el hijo mayor de la esposa principal, de no haber procreado hijos varones con la mujer principal, podía heredar algún hijo de una mujer secundaria, pero si no existían hijos de mujer principal o secundaria, heredaba un hermano mayor del difunto, y a falta de éste, el hermano menor del mismo, pero si no existía el hermano menor, heredaba un sobrino del difunto y en caso de no haberlo, pasaba a propiedad del pueblo o del monarca.

A pesar de que en un principio el derecho azteca aceptaba una libertad marital entre sus habitantes y sobre todo muy en especial permitía que los hombres practicasen la poligamia, el concubinato y la mancebía, fue a partir de la conquista que los españoles además de tratar de imponer por la fuerza una nueva cultura, intento acabar con la poligamia y el concubinato existentes en México, siendo en un principio muy difícil, en virtud de que los indígenas tenían costumbres diferentes a los del pueblo español. La nueva legislación española, trato de arrancar sus costumbres, lo que trajo diversas dificultades al aplicar su derecho con absoluta severidad. "Preguntando un indio principal de México qué era la causa, porque "ahora se habían dado tanto los indios a pleitos si andaban tan viciosos", dijo "porque ni vosotros nos entendéis, ni nosotros los entendemos ni sabemos qué queréis". Habiémos quitado nuestro buen orden y manera de gobierno; y la que nos habéis impuesto no la entendemos e así todo confuso y sin orden y concierto."(19)

Ante tal situación los conquistadores determinaron modificar su derecho y como primer paso decidieron implantar la cristianización, comenzando por convencer a los indígenas en dejar a sus múltiples esposas y conservar sólo una esposa legítima, circunstancia que no fue nada fácil, pues había diversas relaciones entre los mismos indígenas que para la legislación española así como por la Iglesia Católica, eran impedimentos para contraer matrimonio, por otro lado los españoles lejos de su

(19) CHÁVEZ ASENCIO Manuel F. Op. Cit. P.P. 273 y 274.

familia, se relacionaban con mujeres indígenas, con quien no estaban obligados a contraer matrimonio, dejando así mujeres e hijos abandonados pero estos últimos el gobierno los atendía y educaba, sólo en el caso de existir la posibilidad de saber quien era el padre, se obligaba a éste a mantenerlos y educarlos, si eran reconocidos por sus padres, tenían el derecho de suceder siempre y cuando no existieran hijos legítimos.

En cuanto a los diversos matrimonios contraídos por los indígenas, resolvieron, que cada indígena era libre de escoger, entre sus esposas aquella que iba a serlo bajo el rito cristiano. "No fue sino hasta 1537, con la Bula *Altitudo Divini Consilii*, que el Papa Paulo III resolvió definitivamente lo que habría de hacerse en esos casos: el matrimonio celebrado ante la iglesia católica debía de llevarse a cabo con la primera esposa con la que hubiere contraído matrimonio el indio. En caso de no poder resolver este punto, o dada la situación de que el indio no se acordara quién había sido su primera esposa, éste podía elegir a la que quisiera" (20)

Una vez que estaban casados eran bautizados ante la fe de la iglesia católica y de esta forma legitimaban a la ex concubina como a los hijos naturales nacidos de esta unión, en caso de que la mujer se negare a ser católica, el hombre tenía derecho a abandonarla y los hijos seguían siendo ilegítimos.

Todas las demás mujeres que había tomado el hombre dejaron de ser tratadas por igual y pasaron a ser únicamente ex concubinas, quedando tanto ellas como sus hijos desprotegidos y despojados de los derechos que gozaban anteriormente. Fueron marginados de la comunidad, de la familia y de los medios de producción. De estas familias ilegítimas, surgieron las primeras concubinas abandonadas y desprotegidas, considerándose a los hijos que hubieren engendrado como hijos "fomezinos".

Así pues, las mujeres ilegítimas de un sólo hombre fueron expulsadas de la familia desapareciendo todo parentesco, trabajo y residencia, que hubieren guardado

(20) HERRERÍAS SORDO, María del Mar. Op. Cit. Pág. 14.

con el hombre a pesar de conseguir de manera lenta, que la familia, se basara en un solo matrimonio continuaron las relaciones ilegítimas, pues el concubinato se siguió practicando masivamente.

"En efecto, en un principio los indígenas dejaban a sus mujeres ante la exigencia de los misioneros, conservando sólo una, a pesar de ello, seguían conviviendo con las demás esposas clandestinamente, ya que resultaba imposible que abandonaran sus costumbres de un día a otro, y menos por una verdadera convicción cristiana. Los mismos obispos de Oaxaca y México, manifestaron en sus cartas al rey de España que los indígenas más parecían que tomaban una sola mujer "para encubrir adulterios y nefarias costumbres que para tener legítimo matrimonio y no basta las amonestaciones o predicaciones públicas para podérselas quitar, y es necesario algún castigo."(21)

En resumen el derecho azteca aceptaba que sólo los hombres, practicara la poligamia, el concubinato y la mancebía, en otras palabras tenían una libertad marital, en cuanto a sus hijos habidos de estas uniones, tenían derechos sucesorios con respecto del padre, la mujer quedaba excluida, pero en ningún momento las mujeres e hijos de estas uniones fueron marginadas de la comunidad. Pero su forma de vida, costumbres, religión y su derecho se interrumpieron por la conquista que realizaron los españoles en nuestro país, quienes al implantar la cristianización prohibieron a los indígenas seguir con sus relaciones poligámicas por lo que debían conservar sólo una mujer "la legítima" con quien habían contraído matrimonio en caso de no recordarlo la que ellos eligieran, las demás mujeres en compañía de sus hijos quedaban excluidas y desprotegidas, al paso del tiempo se impuso el matrimonio como sacramento y posteriormente la iglesia católica les impuso el bautizo, los hijos habidos dentro del matrimonio serían los herederos de sus bienes, más sin embargo a pesar de los esfuerzos el concubinato siguió practicado por los indígenas, pero ahora eran considerados ilegítimos y quedaban desprotegidos de los derechos que anteriormente gozaban.

(21) Idem. Pág. 16.

1.5. EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1870

Para hablar del Código Civil de 1870 es necesario mencionar que su antecedente fue el proyecto Justo Sierra, que por encargo de Benito Juárez García fue redactado en el año de 1859 por Don Justo Sierra O Ralily sin embargo por la situación política y de guerra que en ese tiempo imperaba, sus disposiciones no entraron en vigor. Pero años después el Presidente de la República Mexicana Don Benito Juárez expidió con fecha 13 de diciembre de 1870 el Código Civil que para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California, realizara la comisión redactora compuesta por los C.C. Licenciados Mariano Yañez, José María Lafragua, Isidro Montiel y Rafael Dondé que comenzó a regir el 1° de marzo de 1871.

Pero en relación a nuestro tema el Código Civil de 1870 se abstuvo de regular la figura del concubinato, por lo que no reconoció derecho alguno de los concubinos para heredar o para exigir alimentos en los casos de herencia testamentaria. Posiblemente su falta de regulación se debió a la influencia del matrimonio religioso que desconocía el concubinato como opción de unión sexual. En cambio sólo reconoció entre sus diversas innovaciones que correspondieron al Libro Primero "De las Personas" "Título Sexto", el tema relativo a los hijos legítimos (habidos en matrimonio); Legitimados (por el subsiguiente matrimonio de los padres) y los hijos procreados fuera de matrimonio subdividiendo a estos últimos en hijos naturales y espurios (o sea adulterinos o incestuosos).

En el caso de los hijos legítimos, que eran los habidos dentro del matrimonio la exposición de motivos del Código en estudio decía " Es legítimo el hijo que nace después de 180 días contados desde el matrimonio o dentro de los 300 siguientes a su disolución, sin que en contra se admita más prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso con su mujer en los primeros 120 días de los 300 que precedieron al nacimiento",⁽²²⁾ supuestos que se encuentran contemplados en los

(22) Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California: edición Económica. Imprenta de Aguilar. México. 1875; Pág.20.

artículos 314 y 315 del mismo ordenamiento.

Aunado a lo anterior el marido no podía desconocer a sus hijos alegando adulterio de la madre, a no ser que el nacimiento se le hubiera ocultado o haya acaecido durante una ausencia de diez meses. En este mismo sentido el padre podía desconocer al hijo nacido después de 300 días contados judicialmente desde que tuvo lugar la separación definitiva del divorcio o la provisional para los casos de divorcio y nulidad. En todos los casos en que el padre o los herederos alegaran el derecho de contradecir la legitimidad del hijo serían oídos la madre y el hijo.

Por último la comisión redactora decidió que para los efectos legales se reputaba nacido el feto, si dentro de las veinticuatro horas era presentado vivo ante el Registro Civil.

Respecto a los hijos legitimados, sólo se concedió a favor de los hijos naturales y sólo por subsiguiente matrimonio, es decir el reconocimiento de los hijos naturales era necesario para su legitimación, y aunque posteriormente se declarara nulo el reconocimiento éste subsistía cuando al menos uno de los cónyuges había actuado de buena fe al momento de celebrarlo.

Esta legitimación del hijo natural podía llevarse a cabo por los padres antes de la celebración del matrimonio, o en el acto mismo de celebrarlo o durante él, haciendo el reconocimiento ambos padres, junta o separadamente. Si el hijo fue reconocido por el padre antes del matrimonio y en su acta de nacimiento constaba el nombre de la madre, no se necesitaba el reconocimiento expreso de ésta, para que la legitimación surtiera sus efectos por el subsiguiente matrimonio. Por lo que una vez legitimados los hijos, éstos tenían los mismos derechos que los legítimos, y eran adquiridos desde el día en que se celebraba el matrimonio de sus padres, aunque el reconocimiento fuera posterior.

En este mismo orden de ideas toca su turno a los hijos naturales. Es decir hijos procreados fuera del matrimonio. Para ellos existían ciertos requisitos para ser

reconocidos, por regla general se pedía que la persona que realizaba el reconocimiento tuviera, un año más de los que se requerían para contraer matrimonio y que hubieren sido libres para contraer matrimonio en cualquiera de los primeros ciento veinte días que precedieron al nacimiento. Este reconocimiento hecho por uno de sus padres sólo producía efectos jurídicos respecto del que lo hacía, por tal situación al momento de realizarse el reconocimiento no podía revelar el nombre de la persona con quien fue habido el hijo, ni exponer alguna circunstancia por donde aquélla podía ser conocida. Este reconocimiento podía ser llevado a cabo por separado o de común acuerdo entre los padres.

Otra manera de producir efectos el reconocimiento del hijo natural era a través del acta de nacimiento, por acta especial ante el juez, por escritura pública, por testamento y por confesión judicial expresa y directa.

De lo contrario al no ser reconocidos los hijos naturales por sus padres, la ley les prohibía de manera absoluta la investigación de la paternidad, tanto a favor como en contra del hijo, salvo excepciones que la misma ley determinaba, sólo se podía reclamar la paternidad en los siguientes casos:

Cuando el hijo se encontraba en posesión de su estado civil, conforme al artículo 335 del Código Civil, pudiendo acreditar esto cuando había sido reconocido constantemente como hijo legítimo y cuando concurrían algunas de las siguientes circunstancias.

"1ª Que el hijo haya usado constantemente el apellido del que pretende ser su padre, con anuencia de éste;

2ª Que el padre le haya tratado como a su hijo legítimo, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento."(23)

(23) Idem. Pág. 42

Un segundo supuesto era de acuerdo al artículo 385 del Código Civil de 1870.

Art. 385.- En los casos de raptó o violación, cuando la época del delito coincidía con la concepción, podrán los tribunales, a instancia de las partes interesadas, declarar la paternidad.

En cuanto a la maternidad, la ley establecía en su artículo 372.

"372. —Solamente el hijo tiene derecho de investigar la maternidad, para obtener el reconocimiento de la madre; y únicamente podrá hacerlo, concurriendo las dos circunstancias siguientes:

1ª Que tenga en su favor la posesión de estado de hijo natural de aquélla;

2ª Que la persona cuya maternidad se reclame, no esté ligada con vínculo conyugal al tiempo en que se pida el reconocimiento." (24)

Las acciones de investigación de la paternidad o maternidad sólo podían intentarse en vida de los padres. Una vez que el hijo era reconocido voluntariamente por el padre o la madre o por ambos, éste tenía derecho a llevar el apellido del que lo reconocía, a ser alimentado por éste, y a percibir la porción hereditaria que le señalaba la ley.

Por lo que podemos concluir, que el hijo natural para tener derechos hereditarios dependía del reconocimiento voluntario hecho por su padre o padres, si se reconocía al que no era hijo, se le daba el carácter de tal. Pero si no se reconocía al hijo, aunque éste comprobara su filiación, por sentencia que declarara la paternidad o se comprobara plenamente que una mujer dio a luz determinado hijo, a pesar de esto, éste no tenía derecho a heredar, pues el derecho hereditario del hijo natural no dependía de la filiación aun declarado por sentencia, porque la ley exigía el reconocimiento. Era necesario un acto jurídico unilateral, o sea una manifestación de

(24) Idem. Pág. 44

voluntad del padre o de la madre, para considerar como hijo a determinada persona y en función de esa declaratoria de voluntad, como acto libre del padre o de la madre se atribuía derechos hereditarios al hijo natural.

Por último, lo referente a los hijos espurios. Si en virtud de una sentencia ejecutoriada en donde se reconoció a un hijo resultare que procede de una unión adulterina o de un incesto, el hijo no tendría más derecho que los que la ley le concede, uno de estos derechos eran en materia de sucesiones como más adelante se podrá estudiar. En cuanto a ser un hijo de adulterio, aunque lo pidieran las partes no se podía asentar el nombre del padre o de la madre casada sólo se asentaba el nombre del padre soltero si alguno lo fuere. En el caso de los hijos incestuosos sólo se permitía asentar el nombre de alguno de los padres.

Ahora bien, para los hijos naturales y espurios el reconocimiento era una condición necesaria para tener derecho a heredar. En este sentido cabe mencionar que la ley contemplaba dos clases de sucesiones la primera era la testamentaria y la segunda conocida como legítima.

La sucesión testamentaria se presentaba cuando una persona disponía para después de su muerte de todos sus bienes o parte de ellos, mediante testamento el cual era un acto personal que no podía desempeñarse por procurador. Respecto a esta clase de sucesión había criterios opuestos, referentes al derecho que los hombres tenían para disponer de sus bienes por testamento, por un lado había quienes se encontraban a favor de que este derecho de testar fuera absoluto y por otro que este derecho fuera limitado. Al respecto la Comisión del Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870, expresó:

"Es justo limitar el expresado derecho; porque la ley debe cuidar de la suerte de todos los ciudadanos, y de la armonía y bienestar de las familias. En efecto: si no hubiere limitación alguna a la libertad de testar, se daría mil veces el escandaloso espectáculo de que al paso que los hijos de un individuo gemían en la miseria, un extraño disfrutaba de la fortuna que había adquirido, no por motivos de justicia o equidad, sino por causas tal vez dignas de castigo.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Y es, por último, conveniente la referida limitación porque la sociedad está interesada en evitar los pleitos y los abusos que sin duda sería necesaria consecuencia de la libertad absoluta, pues los hijos no verían nunca con ojo sereno a un extraño disfrutando los bienes de su familia". (25)

Por lo cual el Código Civil de 1870 ordenaba un sistema de herederos forzosos mediante las "legítimas" que no era más que una limitación al derecho del hombre que disponía de sus bienes por testamento. Según este ordenamiento la "Legítima" era la porción de bienes destinados por la ley a los herederos en línea recta, ascendientes o descendientes, que por esta razón se llamaban forzosos. Por lo que el testador no podía privar a sus herederos de la legítima salvo en los casos expresados por la ley.

ART." 3463. - La legítima consiste en cuatro quintas partes de los bienes, si el testador solo deja descendientes legítimos o legitimados: en dos tercios, si sólo deja hijos naturales; y en la mitad, si solo deja hijos espurios." (26). Debiendo percibir el total de la herencia si no había individuos más que de una clase, o una parte alícuota si concurrían varias clases. La designación de esas partes fue escrupulosamente calculada con el objeto de que en todo caso fueran, como es justo preferidos los hijos legítimos, cuyos derechos eran más sagrados y por consiguiente más dignos de la vigilancia de la ley.

Para el caso de ser disminuida la legítima en los casos antes expresados la ley consideraba al testamento como inoficioso. Estas disposiciones beneficiaban en parte a los hijos naturales y espurios, siempre que hubieren sido reconocidos legalmente.

Por lo que toca a la sucesión legítima se abría cuando no había testamento otorgado o el que se otorgó era nulo o perdió su fuerza, aunque antes haya sido válido cuando el testador no dispuso de todos sus bienes, por falta de la condición impuesta

(25) Idem. P.P. 128 y 129.

(26) Idem. Pág.303

al heredero o por repudia de la herencia, o cuando el heredero instituido era incapaz de heredar. Aquí los legisladores expresaron que cuando un hombre muere sin hacer testamento, puede muy bien presumir la ley, que la voluntad del difunto debió ser, que gozaran sus bienes sus parientes, atendidos los sentimientos naturales del corazón. Por tal motivo la ley expresaba;

ART "3844.-La Sucesión Legítima se concede:

1º A los descendientes y ascendientes y al cónyuge que sobrevive, con exclusión de los colaterales y del fisco:

2º Faltando descendientes y ascendientes, a los hermanos y sobrinos representantes de hermanos difuntos y al cónyuge que sobrevive; con exclusión de los demás colaterales y del fisco.

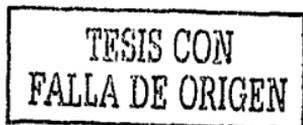
3º Faltando hermanos y sobrinos representantes de hermanos difuntos, al cónyuge que sobrevive, aunque haya otros colaterales.

4º Faltando descendientes, ascendientes, hermanos y cónyuge a los demás colaterales dentro del octavo grado, con exclusión del fisco.

5º Faltando colaterales, al fisco."(27)

El sistema era muy complicado en cuanto a calcular la porción hereditaria, pero principalmente los hijos legítimos tenían el derecho a heredar de la sucesión de su padre o madre, en ausencia de los legítimos heredaban los hijos naturales y espurios, lo anterior tenía sustento en el artículo 3860 que expresaba "Si a la muerte de los padres quedaren sólo hijos legítimos o legitimados, la herencia se dividirá entre todos por partes iguales sin distinción de sexo, ni edad, aunque procedan de distintos matrimonios" de lo que podemos concluir que la herencia se otorgaba tanto al hombre como a la mujer sin importar si eran hijos de uniones irregulares, sólo era exigido para los hijos ilegítimos como condición indispensable para heredar, el reconocimiento hecho en forma debida.

(27) Idem. Pág.336



El Código Civil de 1870, seguía un sistema mixto en parte observaba la tradición Romana de la Libre testamentifacción y en parte la institución de la "legítima", en virtud de la cual sólo el testador podía disponer de una quinta parte de su patrimonio cuando tenía hijos.

Concluyendo, el Código Civil de 1870 no reguló derecho alguno a favor de los concubinos, y menos aun en materia de sucesiones como anteriormente se realizaba en el Derecho Romano, sólo contemplo derechos para los hijos nacidos fuera de matrimonio, en materia de sucesión testamentaria y legítima, mismas porciones hereditarias que eran de manera complicada calcular.

1.6 EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1884.

Este Código tampoco reguló la figura del concubinato, sólo confundía como lo hacía el Código de 1870 el término concubinato con el adulterio, pues en el Capítulo V "Del Divorcio" artículo 228, establecía "que el adulterio de la mujer es siempre causa de divorcio, el del marido lo es solamente cuando; fracción II. Que haya habido concubinato entre los adúlteros dentro o fuera de la casa conyugal". Situación que es diversa, ya que el adulterio se origina cuando una de las dos personas se encuentra casada y mantiene relaciones sexuales con mujer distinta a su cónyuge, y otra cosa es el concubinato, existente de la relación de un hombre y una mujer ambos libres de cualquier impedimento para contraer matrimonio.

En materia de sucesiones no reconocía a los concubinos derecho alguno para heredar por la vía legítima, o para recibir alimentos en caso de sucesión testamentaria. En cuanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio rigieron los mismos criterios contenidos en el Código Civil de 1870.

La única innovación importante que introdujo el Código Civil de 1884 fue el principio de la libre testamentifacción, que abolió la herencia forzosa y suprimió el régimen de las "legítimas", por la cual anteriormente el testador sólo podía disponer de algunos bienes porque los demás estaban asignados legalmente a sus herederos.

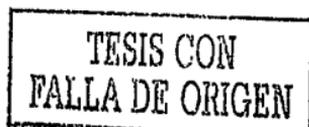
El sistema de la libre testamentifacción se fundamentó en atribuir los derechos hereditarios a la voluntad del autor de la herencia y a falta de esa voluntad, la ley trató de interpretar, de suplir y de reconocer derechos hereditarios pensando lo que el testador hubiese hecho de haber formulado su testamento.

"La razón de esta reforma se hizo pronto del dominio público: "En cuanto al nuevo Código Civil escribió Don Jacinto Pallares, no tiene más novedad importante que haber establecido el principio o sistema de libre testamentifacción, obedeciendo más bien al deseo de favorecer a un altísimo funcionario, cuyas desavenencias de familia exigían esa reforma, que a un sentido de interés general.

Esta versión tenía además, su apoyo en el hecho de que la comisión de 1882 para la revisión del Código Civil de 1870 presentó un primer proyecto de reformas cuyo texto conservaba el sistema de herencia forzosa, pero al ser sometido por el Ministro de Justicia Lic. Joaquín Baranda a un acuerdo especial con el Presidente de la República General Manuel González, se adoptó el principio de la libre testamentifacción en el proyecto definitivo que se presentó como iniciativa del Ejecutivo ante la Cámara de Diputados en el año de 1883.

Fundó también la versión de referencia el sonadísimo juicio de divorcio o de separación personal promovido en 1885 por doña Laura Mantecón de González en contra de su esposo el General Manuel González que fuera Presidente de la República durante el período comprendido de 1880 a 1884, de cuyos autos aparece que dicha señora estuvo separada durante todo ese tiempo de su marido, quien tenía interés personal en hacer participe de su fortuna a varios hijos naturales habidos fuera de su matrimonio, por lo cual necesitaba de la libre testamentifacción que se estableció durante su gobierno en el Código Civil de 1884."(28)

(28). SÁNCHEZ MEDAL Ramón. Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia de México; 1ª edición. Editorial Porrúa S.A. México. 1979; P.P. 13 y 14.



Esta libre testamentifacción tuvo más adelante con reformas al mismo Código Civil de 1884 algunas condiciones, una de ellas era la inoficiosidad del testamento para sancionar el incumplimiento de la obligación alimentaria.

A pesar de que en su momento el sistema de la libre testamentifacción fue objeto de muchas críticas, hasta pensar que su aplicación causaría muchos males, hoy en día en nuestro actual Código se encuentra vigente este principio.

Al igual que en el Código Civil anterior, no se contempla capítulo alguno en relación al concubinato, más sin embargo transcribe los mismos derechos concedidos a los hijos nacidos fuera de matrimonio. Y lo único que sí podemos mencionar es que los legisladores de ese tiempo confunden la figura del concubinato con el adulterio. Por otro lado como una gran innovación en materia de sucesiones se regula la figura de la libre testamentifacción.

1.7. LEY DE RELACIONES FAMILIARES

El 9 de abril de 1917, expide Venustiano Carranza la Ley Sobre Relaciones Familiares, usurpando funciones legislativas que no tenía, por lo que se consideró al ordenamiento como un vicio de origen "por haber sido expedida y promulgada cuando ya existía un congreso a quien correspondía darle la vida "según se hizo notar entonces en el órgano de la Barra Mexicana de Abogados". (29)

La Ley de Relaciones Familiares no hace referencia al concubinato y de nuevo equivoca el término concubinato con el adulterio consagrándolo como una causal de divorcio en su artículo 77 fracción II, pues menciona que procede el divorcio cuando "haya habido concubinato entre los adúlteros dentro o fuera de la casa conyugal" quizás el legislador trato de dar a entender que el concubinato se refería a relaciones sexuales extramaritales entre personas casadas. Por otro lado la ley en estudio toca algunos efectos sobre los hijos, en primer término, suprime la clasificación de los hijos

(29) Idem. Pág. 23

espurios, pero sigue haciendo referencia a los hijos naturales como todo hijo nacido fuera de matrimonio, por lo que dentro de esta clasificación entraban los hijos fruto del concubinato.

"Borró la distinción entre hijos naturales e hijos espurios, o sea adulterinos y los incestuosos, pero en forma de verdad sorprendente dispuso que los hijos naturales sólo tendrían derecho a llevar el apellido del progenitor que los había reconocido, y deliberadamente omitió consignar el derecho a alimentos y el derecho a heredar en relación con dicho progenitor, derechos que ya les otorgaba los Códigos Civiles de 1870 y 1884." (30)

Pero de un análisis del artículo relativo al reconocimiento, que expresa "el hijo natural reconocido sólo tiene derecho a llevar el apellido del que lo reconoce", se desprendió una redacción impropia pues al emplear la ley el término "sólo tiene derecho" se quiso interpretar que se derogaban las disposiciones que en materia hereditaria concedían al hijo natural reconocido una porción hereditaria y el derecho a percibir alimentos. Por este motivo se hicieron estudios de interpretación de ese artículo y el Licenciado Luis Cabrera en 1926, con un trabajo publicado en la revista Ciencias Sociales de la Facultad de Derecho en México, demostró que la Ley de Relaciones Familiares, no pudo derogar ni suprimir, el derecho para el hijo natural reconocido a recibir alimentos como para reclamar la porción hereditaria, en primer lugar porque en el capítulo relativo a los alimentos, se hablaba de la obligación de los padres de alimentar a sus hijos, sin haber distinción; en segundo lugar los artículos referentes a la sucesión legítima no fueron derogados por la Ley de Relaciones Familiares, por estas razones y por el deseo de mejorar la situación de los hijos no se podía desconocer un derecho que desde el Código de 1870, se había venido consagrando para esta clase de hijos. Problema que fue solucionado por el Código Civil de 1928.

"De nada sirvieron las argumentaciones de Don Luis Cabrera para tratar de



demostrar que continuaban vigentes las disposiciones del Código Civil de 1884 que otorgaban aquéllos otros dos derechos a los hijos naturales, ya que según el testimonio de Don Eduardo Pallares, la jurisprudencia interpretó dicho precepto, apegándose al texto expreso de la ley, se pronunció por privar a los hijos naturales de otro derecho que no fuera el de llevar simplemente el apellido del progenitor que lo había reconocido" (31)

En efecto, los hijos naturales podían ser reconocidos por el padre o la madre o por ambos siempre que fuera de manera voluntaria, pero la investigación de la paternidad y maternidad estaba prohibida tanto a favor como en contra de los hijos nacidos fuera de matrimonio, esta regla tenía sus excepciones al tratarse del hijo que estaba en posesión de estado de hijo natural de un hombre o de una mujer y que podía obtener reconocimiento de aquél, o de éste o de ambos siempre que la persona cuya paternidad o maternidad se reclamaban no estaba ligada con vínculo conyugal al tiempo en que se pidiera el reconocimiento; además se debía tener el principio de prueba por escrito. Esto puede indicar que se trataba del padre y la madre unidos sexualmente, pero no ligados al matrimonio, situación que se asemejaba al concubinato sin hacer referencia a él, otra excepción era que los tribunales a instancia de parte interesada tenían la facultad de declarar la paternidad cuando hubiera delito de raptó o violación, siempre que la época del delito coincidiera con la concepción.

Otras vías por las que la ley hizo un reconocimiento fue a través de la partida de nacimiento, ante el juez del registro civil, por medio de acta especial ante el mismo juez, por escritura pública, por testamento, por confesión judicial directa y expresa.

"Las acciones para investigar la paternidad y la maternidad sólo podían intentarse en vida de los padres, por lo que una vez fallecidos éstos, no había forma de que los hijos naturales fueran reconocidos, a menos que los padres hubieran fallecido durante la mejor edad de los hijos naturales, caso en el cual, los hijos podían intentar la acción antes de que se cumplieran cuatro años de su mayor edad.

(31) Idem. Pág. 26.

Para que pudiera darse un reconocimiento de hijo natural por parte de una mujer casada, se requería de la autorización del marido de ésta. Por el contrario, el hombre podía reconocer al hijo sin necesidad de autorización de su cónyuge, pero sí debía contar con esa autorización si pretendía llevar al hijo a vivir al domicilio conyugal" (32)

En relación a sucesiones la Ley de Relaciones Familiares no se ocupó para nada de este tema.

De esta manera, podemos finalizar diciendo que la presente Ley de Relaciones Familiares, estableció como fuente de la familia el matrimonio civil, en consecuencia el concubinato no fue reglamentado ni tomado en cuenta y en relación a los hijos nacidos de esta unión sólo les otorgó como único derecho el llevar el apellido del padre que lo reconoció, privando a éstos de los derechos de alimentos y sucesiones que les otorgaban los Códigos Civiles anteriores.

1.8. EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL DE 1928

En nuestro país la figura del concubinato es una forma de vida cotidiana, que ha ido en aumento al paso del tiempo, de hecho se constituyó como un medio adecuado para formar una familia y sus consecuencias no fueron reconocidas por la ley, al respecto la Comisión redactora integrada por Francisco H. Ruiz, Rafael García Peña e Ignacio García Téllez en el proyecto del Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales en asuntos del Orden Común y en toda la República en asuntos del Orden Federal de 1928, por primera vez hace referencia al concubinato, pero éste fue atacado por la sociedad y los integrantes de la Barra Mexicana de Abogados que fueron los principales críticos de este proyecto pues estimaban era un ataque a la moral y las buenas costumbres el reconocer derechos a la concubina la cual se identificaba equivocadamente como la amante, esto se dijo era un ataque directo a la institución del matrimonio.

(32) HERRERÍAS SORDO María del Mar. Op. Cit. Pág.20



Pero fue el maestro Francisco H. Ruiz figura y cerebro en la comisión redactora del Código Civil de 1928, quien dando su punto de vista al Presidente de la República Lic. Plutarco Elías Calles hizo ver el error en que incurrieron los críticos del proyecto una cosa era el concubinato y otra muy distinta el amasiato "En el primero, la pareja está libre de matrimonio, entre sí, y respecto de terceras personas. Son dos personas solteras que viven como marido y mujer. En el segundo caso, una, o ambas personas cada una tiene celebradas nupcias con una persona tercera ajena a la pareja, y en este caso no hay concubinato sino amasiato." (33) Pero el razonamiento más conveniente para defender el proyecto del Código Civil para el Distrito Federal de 1928 fue el que dio el propio maestro Francisco H. Ruiz al manifestar, que una pareja que contraía nupcias eclesíásticas, sin contraer matrimonio civil, de acuerdo a la ley civil, no estaba casada, pero entre ellos se consideraban marido y mujer, aunque no lo sean por la ley que rige, ante la sociedad son concubinos y no amantes, relación de pareja que era igual de respetable que los que se casaron por la ley civil.

No obstante que esta figura causó agitación en la sociedad quedó incluida en el Código Civil para el Distrito Federal de 1928 reconociendo ciertos efectos por demás limitados a favor de la concubina y de los hijos de ambos, expresando el redactor de 1928 en su exposición de motivos lo siguiente:

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

(33) GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ Ernesto. Derecho Sucesorio Inter. Vivos y Mortis Causa; 2ª edición. Editorial Porrúa S.A. México 1997; Pág. 246.

constituir la familia, y si se trata del concubinato, es como se dijo antes, porque se encuentra muy generalizado, hecho que el legislador no debe ignorar" (34)

En este sentido el Código de 1928 comenzó a regular de manera deficiente la figura del concubinato concediendo ciertos efectos jurídicos de características limitadas en favor de la concubina y de los hijos habidos de esta unión. Se estableció para la concubina y sus hijos derechos hereditarios en la sucesión legítima del concubinario o derechos alimentarios en la sucesión testamentaria del concubinario pero en una porción menor que le correspondería a la esposa, se permitió la investigación de la paternidad e igualmente la presunción de la filiación de los hijos del concubinato y el derecho a demandar alimentos a favor de éstos. Sin embargo si hacemos una comparación con los Códigos Civiles de 1870 y 1884 así como la Ley de Relaciones Familiares de 1917 era un avance enorme en cuanto a la protección de los hijos nacidos de este tipo de uniones y sobre todo de la mujer que la mayoría de las veces es la que resultaba perjudicada. Ahora bien, estos efectos en nada favorecieron al concubinario dejándolo en el más completo desamparo, pero posteriormente nuevas reformas conceden al varón los mismos derechos que a la mujer.

En materia de sucesiones como ya se estudió anteriormente en los Códigos Civiles de 1870 y 1884, no reconocieron derecho alguno a los concubinos para heredar o para exigir alimentos en los casos de herencia testamentaria. Los derechos sucesorios en el Código Civil de 1928 sólo beneficiaron en un principio a la concubina en los casos de sucesión intestada o bien el derecho a exigir alimentos en los casos de sucesión testamentaria, por lo que se refiere a la sucesión legítima la exposición de motivos de 1928 al respecto manifestaba:

"También se creyó justo que la concubina que hacía vida marital con el autor de la herencia al morir éste, y que o tiene hijos de él o vivió en su compañía los últimos cinco años que precedieron a su muerte, tuvieren alguna participación en la herencia

(34) Código Civil para el Distrito y Territorios Federales: 4ª edición. Editorial Porrúa S. A. México. 1958. Pág. 16.



legítima, pues en la mayoría de los casos, cuando se reúnen las expresadas circunstancias, la mujer es la verdadera compañera de la vida y ha contribuido a la formación de los bienes. El derecho de la concubina tiene lugar siempre que no haya cónyuge supérstite, pues la Comisión repite que rinde homenaje al matrimonio" (35)

Siendo esto una gran innovación el reconocer derechos para heredar a la concubina quien para efecto de poder heredar de la sucesión legítima del concubinario debió en este caso la concubina haber tenido vida marital con el de "cujus", durante cinco años que precedieron a su muerte o en su caso haber procreado hijos con él.

Sucesión Legítima que según el artículo 1599 del Código Civil de 1928 se abría, I. Cuando no había testamento o el que se otorgó era nulo o perdía validez; II. Cuando el testador no disponía de todos sus bienes, III. Cuando no se cumplía con la condición impuesta al heredero; IV. Cuando el heredero fallecía antes del testador, repudiaba la herencia o era incapaz de heredar, si no se había nombrado sustituto. En este sentido al concurrir alguna de las anteriores circunstancias se abría la posibilidad para la concubina de tener derecho a heredar de conformidad a lo establecido por el artículo 1602 del Código Civil en cita que literalmente expresaba:

"Art. 1602.- Tiene derecho a heredar por sucesión legítima;

I. Los descendientes, cónyuge, ascendientes, parientes colaterales dentro del cuarto grado y en ciertos casos la concubina;

II a falta de los anteriores, la Beneficencia Pública."

Como textualmente la ley lo decía hereda por sucesión legítima, en ciertos casos la concubina entendiendo por ciertos casos la sucesión legítima y la sucesión testamentaria, en este último la concubina sólo tenía derecho a percibir alimentos para sí y para sus hijos.

(35) Idem. Pág. 27.

A manera de comentario es menester decir que el Código Civil de 1870 y 1884, concedía el derecho a heredar por sucesión legítima a los colaterales del octavo grado, por lo que los redactores del Código Civil de 1928, creyeron el limitar el derecho a heredar hasta el cuarto grado de la línea colateral, porque más allá de este grado los vínculos familiares son muy débiles, pues es infundado suponer que el autor de la herencia quiso dejar sus bienes a parientes remotos que quizá ni conoció, por lo que el legislador determinó que seguramente el que falleció hubiere deseado que lo sucedieran en sus bienes, derechos pecuniarios, que no se extinguen a su muerte, los descendientes, cónyuge, ascendientes, parientes colaterales dentro del cuarto grado y en ciertos casos la concubina a falta de los anteriores el Estado para que lo dedicara a la beneficencia pública.

Continuando con la sucesión legítima, el artículo 1635 establecía los requisitos que debía satisfacer la concubina para heredar en compañía de sus hijos que a la letra decía:

"Art. 1635,-La mujer con quien el autor de la herencia vivió como si fuera su marido durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o con la que tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato, tiene derecho a heredar conforme a las reglas siguientes:

I. Si la concubina concurre con los hijos que lo sean también del autor de la herencia, se observará lo dispuesto en los artículos 1624 y 1625;

II. Si la concubina concurre con descendientes del autor de la herencia, que no sean también descendientes de ella, tendrá derecho a la mitad de la porción que le corresponde a su hijo;

III. Si concurre con hijos que sean suyos y con hijos que el autor de la herencia tuvo con otra mujer, tendrá derecho a las dos terceras partes de la porción de un hijo;

IV. Si concurre con ascendientes del autor de la herencia, tendrá derecho a la cuarta parte de los bienes que forman la sucesión;

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

V. Si concurre con parientes colaterales dentro del cuarto grado del autor de la sucesión, tendrá derecho a una tercera parte de ésta;

VI. Si el autor de la herencia no deja descendientes, ascendientes, cónyuge o parientes colaterales dentro del cuarto grado, la mitad de los bienes de la sucesión pertenece a la concubina y la otra a la Beneficencia Pública.

En los casos a que se refieren las fracciones II, III y IV debe observarse lo dispuesto en los artículos 1624 y 1625, si la concubina tiene bienes.

Si al morir el autor de la herencia tenía varias concubinas en las condiciones mencionadas al principio de este capítulo ninguna de ellas heredará." (36)

Así las cosas, la ley exigía como requisito para que la concubina tuviera derecho a participar de la sucesión legítima del concubinario: haber estado con el autor de la herencia cuando menos cinco años al momento de su fallecimiento, o en su caso haber tenido hijos del concubinario y estar ambos libres de matrimonio, pero en caso de que al morir el autor de la herencia tuviere varias concubinas ninguna de ellas heredaba, pues la ley pedía que al momento de morir el de "cujus" debía existir sólo una concubina y por otro lado posiblemente el legislador no estableció derechos hereditarios cuando existieren varias concubinas, tal vez por los pocos bienes que hubiere dejado el concubinario, o por la mala situación a nadie beneficiaría.

Del mismo análisis de la fracción I del artículo 1635 disponía "Si la concubina concurre con hijos que lo sean también del autor de la herencia, se observará lo dispuesto en los artículos 1624 y 1625 ". Esto quería decir que cuando la concubina se presentaba con hijos del concubinario tendría derecho a heredar de este último sólo en la porción que le hubiere correspondido a un hijo siempre que careciere de bienes o los que poseía no bastaran para igualar la parte a que tenía derecho, en este supuesto se le daría la cantidad que le faltaba para igualar dicha porción.

(36) Idem. Pág. 301

"En la fracción II se disponía "Si la concubina concurre con descendientes del autor de la herencia que no sean también descendientes de ella, tendrá derecho a la mitad de la porción que le corresponda a un hijo". La ley no quería aquí excluir a la concubina frente a los hijos legítimos del autor, en el supuesto de que durante la viudez ocurra el concubinato" (37)

La fracción III. Se refería a que si concurrían la concubina con hijos que fueran suyos y con hijos que el autor de la herencia tuvo con otra mujer, tendrá derecho a las dos terceras partes de la porción de un hijo; se refería en el primero de los casos a los hijos procreados entre la concubina y el autor de la herencia, en el segundo supuesto que habla (de los hijos que el autor de la herencia tuvo con otra mujer) se refería a los hijos habidos de otra mujer, es decir además de la concubina podían concurrir los hijos de esta otra mujer.

La fracción IV, si asistían con ascendientes del autor de la herencia, tenían derecho a la cuarta parte de los bienes que formaban la sucesión, aquí el derecho de la concubina ya no se equiparó al de la esposa, pues la esposa al concurrir con ascendientes heredaba la mitad y la concubina al concurrir con ascendientes se le asignaba una cuarta parte de los bienes de la sucesión.

La fracción V. si concurrían con parientes colaterales dentro del cuarto grado del autor de la sucesión tenían derecho a una tercera parte de ésta; aquí el derecho de la concubina, no se equipara al de la esposa. Por un lado la concubina podía concurrir no sólo con hermanos del autor de la herencia, sino con colaterales del tercero y cuarto grado con derecho a heredar a una tercera parte del acervo hereditario. La esposa sólo podía concurrir con los hermanos del de "cujus" y si no los había los colaterales dentro del tercero y cuarto grado no tenían derecho a heredar, entonces la esposa heredaba el total de la herencia.

(37) ROJINA VILLEGAS Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo IV. Sucesiones: 8ª edición. México. 1997; Pág. 440.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

La fracción VI. Si el autor de la herencia no dejaba descendientes, ascendientes, cónyuge o parientes colaterales dentro del cuarto grado, la mitad de los bienes de la sucesión pertenecían a la concubina y la otra a la Beneficencia pública.

Como se puede apreciar, a la Beneficencia Pública, se le concedían los bienes de la sucesión, cuando se presentaba alguno de los dos supuestos que manejaba la fracción VI del artículo 1635 del Código Civil, el primero surge cuando no existían descendientes, ascendientes, cónyuge, o parientes colaterales dentro del cuarto grado, el total de los bienes quedaban a favor de la Beneficencia Pública. En el segundo supuesto a falta de descendientes, ascendientes, cónyuge o parientes colaterales dentro del cuarto grado pero existiendo la concubina, la mitad de la herencia le correspondía a la Beneficencia Pública y la otra a la concubina.

Situación que fue injusta pues la concubina como única persona con derecho a heredar por sucesión legítima, tenía que compartir la herencia con la Beneficencia Pública, tal vez la concubina es probablemente quien necesitaba más la herencia que la propia Beneficencia Pública, más adelante con reformas al Código Civil la Beneficencia Pública sólo se adjudica la herencia cuando no existe ninguna de las personas reconocidas por la ley con derecho a heredar.

Siendo evidente que no puede darse la hipótesis de concurrencia de la esposa y la concubina a la sucesión legítima, pues la ley pide que durante el concubinato tanto el autor de la herencia como la concubina estén libres de matrimonio, por consiguiente si el varón era casado no podía darse esta situación, además cabe recordar que el derecho de la concubina tenía lugar siempre que no había cónyuge supérstite. "Esto no quiere decir que en los casos de matrimonio, cuando el autor de la herencia enviudo, la concubina quede excluida, si después de la muerte de la esposa ocurre el concubinato, bien sea porque tenga hijos con la concubina o haya vivido con ella maritalmente cinco años anteriores a su muerte, ésta podía concurrir con los hijos del autor habidos en el matrimonio" (38), tal y como lo preveía la fracción II del artículo 1635 del Código Civil para el Distrito Federal de 1928.

(38) Ibidem. Pág. 440

En los casos de sucesión testamentaria el Código Civil de 1928, señalaba escasas consecuencias al concubinato, a saber concedió a la concubina el derecho a recibir alimentos a través del testamento inoficioso en caso de que el testador no dejara alimentos a las personas para quien se estaba obligado, En este sentido el ordenamiento en estudio expresaba:

"Art. 1368.-El testador debe fijar alimentos a las personas que se mencionan en las fracciones siguientes;

I. A los descendientes varones menores de veintiún años;

II. A los descendientes varones que estén imposibilitados de trabajar, y a las hijas que no hayan contraído matrimonio y vivan honestamente, unos y otras aun cuando fueren mayores de veintiún años;

III. Al cónyuge supérstite, siempre que siendo varón esté imposibilitado de trabajar, o que siendo mujer, permanezca viuda y viva honestamente;

IV. A los ascendientes;

V. A la mujer con quien el testador vivió como si fuera su marido, durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o con la que tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato. La concubina sólo tendrá derecho a alimentos mientras que observe buena conducta y no se case. Si fueren varias las concubinas, ninguna de ellas tendrá derecho a alimentos;

VI. A los hermanos y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado, si están incapacitados o mientras que no cumplan dieciocho años, si no tienen bienes para subvenir a sus necesidades."(39)

(39) Código Civil para el Distrito y Territorios Federales. Op. Cit. Pág. 263.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Para que la concubina tuviera derecho a percibir alimentos por testamento, era necesario contar con los siguientes requisitos; en su caso la concubina haber vivido con el testador como si fuera su marido, durante los cinco años anteriores al fallecimiento, es decir que los concubinos convivieran en una misma casa por el lapso señalado y que existiera cohabitación entre ellos, o que hubieren tenido hijos de dicha relación, siempre que hubieran permanecido libres de matrimonio durante el concubinato, habiendo hijos existía la obligación de otorgar alimentos por parte de quien fallecía en cualquier tiempo. Además de cumplir con los requisitos exigidos por la ley anteriormente citada, debía también la concubina observar buena conducta, elemento totalmente subjetivo pues qué es lo que se considera buena conducta, así mismo era necesario que no hubiera contraído nupcias, esto resultaba obvio, porque entonces terminaría su calidad de concubina y adoptaba la calidad de cónyuge, naciendo todos los derechos y obligaciones inherentes al matrimonio. Si fueren varias concubinas ninguna de ellas tendría derecho a alimentos. También era necesario que la concubina no tuviera bienes, en caso contrario si teniéndolos, su producto no igualaba la pensión que debería corresponderles, la obligación se reduciría a lo que faltare para completarla.

Ahora bien se puede observar que la obligación de proporcionar alimentos no solamente era para el cónyuge, los ascendientes, descendientes y hermanos del deudor alimentista si no que se extendió también a favor de los parientes colaterales dentro del cuarto grado tanto durante la vida del deudor alimentista, como después de su muerte en virtud de la obligación de dejar alimentos en el testamento a favor de tales parientes de conformidad con el artículo 1368 del Código Civil de 1928.

Por otro lado el artículo 1373 del Código Civil para el Distrito Federal, señalaba las reglas que han de seguirse cuando la masa hereditaria no era suficiente para proporcionar alimentos a todos los que tenían derecho. En este caso seguía esta línea:

1. Descendientes (no distingue entre legítimos e ilegítimos) y cónyuge supérstite a prorrata;
2. Una vez cubiertas estas pensiones se cubrirían a prorrata las de los ascendientes;

3. Después se ministraban a prorrata las de los hermanos y la concubina;

4. Por último se ministraban a prorrata a los demás parientes colaterales dentro del cuarto grado.

Como se puede apreciar en las sucesiones testamentarias y legítima, sólo se hacía referencia de la concubina y no del concubino a quien dejaba desprotegido.

"Por lo que toca a los hijos, se comenzó por borrar la odiosa diferencia entre legítimos y los nacidos fuera de matrimonio; se procuró que unos y otros gozasen de los mismos derechos, pues es una irritante injusticia que los hijos sufran las consecuencias de las faltas de los padres y que se vean privados de los más sagrados derechos únicamente porque no nacieron de matrimonio de lo cual ninguna culpa tienen; se ampliaron los casos de la investigación de la paternidad, porque los hijos tienen derecho de saber quiénes los trajeron a la vida, de pedir que los autores de su existencia les proporcionen los medios de vivir; pero se procuró que la investigación de la paternidad no constituyera una fuente de escándalo, de explotación por parte de mujeres sin pudor que quisieren sacar provecho de su prostitución.

Se concedió al hijo nacido fuera de matrimonio el derecho de investigar quién es su madre, y se estableció a favor de los hijos nacidos de concubinato la presunción de ser hijos naturales del concubinato y de la concubina."(40)

Al respecto la investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio estaba permitida:

I. En los casos de raptó, estupro, o violación, cuando la época del delito coincidía con la de la concepción.

II. Cuando el hijo estaba en posesión de estado de hijo del presunto padre;

III. Cuando el hijo había sido concebido durante el tiempo en que la madre habitaba bajo el mismo techo con el pretendido padre, viviendo maritalmente:

(40) Idem. Pág. 16.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

IV. Cuando el hijo tenía a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre.

Y desde luego la presunción de la filiación de los hijos nacidos de un concubinato, se encontraba en el artículo 383 que decía;

"Art. 383.- Se presumen hijos del concubinario y de la concubina:

I. Los nacidos después de ciento ochenta días, contados desde que comenzó el concubinato.

II. Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes al en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina."(41)

En lo concerniente a los hijos nacidos de concubinato se situaban en una filiación natural simple pues habían nacido de una relación distinta al matrimonio, pero al ser reconocidos por el padre o la madre o por ambos tenían derecho a llevar el apellido del que lo reconocía, a ser alimentado por éste a percibir la porción hereditaria y los alimentos que fijaba la ley.

Estas investigaciones de la paternidad o maternidad sólo podían intentarse en vida de los padres si éstos hubieran fallecido durante la menor edad de los hijos, tenían éstos, derecho de intentar la acción antes de que cumplieran cuatro años de su mayor edad. En el caso de la maternidad no necesita probarse porque era un hecho notorio.

En cuanto a sucesiones los hijos nacidos fuera de matrimonio tenían derecho a exigir alimentos, si el testador no se los dejaba, de acuerdo al artículo 1368 del Código Civil para el Distrito Federal, siempre que tenían respecto de ellos la obligación legal de proporcionárselos en el momento de su fallecimiento (es decir cuando había sido reconocido, cuando se había iniciado la acción de investigación de paternidad y

(41) Idem. Pág. 115.

había obtenido antes sentencia favorable, o bien cuando había nacido dentro de los plazos en que se presumía hijo de los concubinos).

Si la masa hereditaria no era suficiente para cubrir los alimentos de todos aquellos que tenían derecho a recibirlos, eran preferentes el cónyuge y los descendientes por lo que éste era otro derecho que tenían los hijos fuera de matrimonio.

Respecto a la sucesión legítima los hijos siempre que fueran capaces de heredar tenían derecho de acuerdo a lo establecido en la fracción I del artículo 1602 del Código Civil.

"Si a la muerte de los concubinos únicamente les sobrevivían hijos, cada uno de ellos heredaba por partes iguales. En el caso de que además de los hijos sobreviva un concubino, este heredaba como si se tratara de un hijo, siempre que no tuviera bienes o sus bienes no igualaban la porción que le corresponde a cada hijo.

Cuando únicamente sobrevivían hijos y descendientes de ulterior grado, los hijos heredaban por cabezas y los demás descendientes por estirpes" (42)

En otros aspectos de la relación concubinaria se origino el parentesco consanguíneo entre los concubinos y sus ascendientes así como respecto de los descendientes que provengan de esa unión. Así por ejemplo, los concubinos estaban unidos por un parentesco consanguíneo respecto de sus padres, abuelos, bisabuelos, y demás ascendientes, descendientes. El concubinato, al igual que el matrimonio, no producía ningún parentesco entre la pareja sólo se daba entre descendientes y ascendientes.

Por otro lado hay que destacar que el concubinato no origino el parentesco por afinidad porque para que existiera, era indispensable que las personas se hallaran unidas por matrimonio.

(42) HERRERÍAS SORDO María del Mar. Op. Cit. P.P 85 y 86.

El parentesco civil o adopción no podía darse en el concubinato ya que el artículo 390 del Código Civil, establecía que el adoptante fuera una buena persona de buenas costumbres por lo que habría de hacer un análisis para determinar si una persona que vivía en concubinato era considerada como una persona de buenas costumbres. Si tenemos la opinión del maestro Chávez Asencio encontraremos que los concubinos no podían adoptar ya que el concubinato era una relación ilícita que iba en contra de la moral y las buenas costumbres.

Así las cosas, para terminar el presente capítulo, debemos mencionar que es hasta el Código Civil de 1928, que el legislador otorga limitados efectos jurídicos a la unión del concubinato en materia de sucesiones, ya sea por vía testamentaria o legítima, así como en relación a los hijos habidos de esta unión. Aunque es de señalarse que no había un capítulo específico en relación a esta figura, que determinara un concepto de dicha unión, pero que para su época era un gran avance haber aceptado bajo ciertos requisitos llamar a heredar a la concubina.

CAPÍTULO SEGUNDO
NATURALEZA JURÍDICA DEL CONCUBINATO

- 2.1 DEFINICIÓN DE CONCUBINATO
- 2.2 FUNDAMENTO Y CONTENIDO DEL CONCUBINATO
- 2.3 REQUISITOS DEL CONCUBINATO
- 2.4 EL CONCUBINATO CON RESPECTO A LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES INHERENTES A LA FAMILIA
- 2.5 EL DERECHO A RECIBIR ALIMENTOS ENTRE CONCUBINOS
- 2.6 EFECTOS DEL CONCUBINATO EN RELACIÓN A LOS HIJOS

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

CAPÍTULO SEGUNDO

NATURALEZA JURÍDICA DEL CONCUBINATO

2.1. DEFINICIÓN DE CONCUBINATO

Para definir el concubinato es necesario hacer referencia al término de concubina proveniente del latín "concubinus" que hace alusión a la manceba o mujer que vive y cohabita con un hombre como si éste fuera su marido, por otro lado la palabra concubinario es para designar al hombre que tiene concubina, por lo tanto concubinato del latín "concubinatus", es la comunicación, trato o comercio carnal y legítima del hombre con su concubina. "Es decir, se trata de la vida que el hombre y la mujer hacen como si fueran cónyuges sin estar casados; de la cohabitación o acto carnal realizado por un hombre y una mujer, cuya significación propia y concreta no se limita sólo a la unión carnal no legalizada, sino también a la relación continua y de larga duración existente entre un hombre y una mujer sin estar legalizada por el matrimonio. Es una comunidad de lecho que sugiere una modalidad de las relaciones sexuales mantenidas fuera de matrimonio" (43)

Definición que considera el concubinato, no sólo como un acto carnal llevado a cabo entre el hombre y la mujer solteros, sino que también exige que esta relación sea continua y duradera. Para algunos autores esta duración puede ser dentro del término de dos años como mínimo, para otros es suficiente el tiempo en que tarda en nacer un niño o quizás puede llegar a considerarse concubinato desde el momento de la concepción. Lo que sí podemos afirmar es que este tipo de relaciones logran ser en ocasiones duraderas y estables, esto excluye desde luego las uniones pasajeras entre un hombre y una mujer sin intención de convivencia maritalmente.

Los autores Edgar Baqueiro Rojas y Rosalía Buen Rostro Báez, establecen como Concubinato "la unión libre y duradera entre un hombre y una mujer, que viven y

(43) CHÁVEZ ASENCIO Manuel F. Op. Cit. P.P 263 y 264

cohabitan como si estuvieran casados, y que puede o no producir efectos legales."

(44)

No es satisfactorio el hecho de mantener una relación duradera como si estuvieran casados, en comparación con nuestra legislación civil, es indispensable haber vivido el hombre como la mujer de manera constante y permanente por un período mínimo de dos años, o en su caso no es necesario el transcurso del tiempo cuando se tenga un hijo en común, requisitos que omite el concepto analizado. En este mismo sentido la figura del concubinato siempre produce efectos jurídicos respecto de la pareja y de los hijos, si no también en relación con otros parientes. Genera entre los concubinos derechos alimentarios, sucesorios y patrimonio familiar, respecto a los hijos origina una relación de filiación, parentesco, alimentos, adopción, patria potestad, patrimonio familiar, etc.

Edgar Elías Azar expresa "se trata de relaciones similares a las del matrimonio, estables, permanentes en el tiempo, con trascendencia jurídica y que muchas veces se identifican por su estabilidad y solidez con el matrimonio". (45)

Efectivamente como lo manifiesta el Magistrado Edgar Elías Azar, el concubinato tiene derechos análogos al matrimonio y como tal tiene consecuencias trascendentales en el tiempo y forzosamente exige estabilidad. Es una pareja monogámica que aparentemente vive en matrimonio y como otra forma generalizada de convivencia familiar, permitida social y jurídicamente, origina entre sus integrantes derechos y obligaciones inherentes a la misma familia.

Gallindo Garfias Ignacio ha definido al concubinato como "la cohabitación entre hombre y mujer (si ambos son solteros) la vida en común más o menos prolongada y permanente, es un hecho lícito, que produce efectos jurídicos, pero

(44) BAQUEIRO ROJAS Edgar Y BUEN ROSTRO BÁEZ Rosalía. Derecho de Familia y Sucesiones. Editorial Harla. 1990. Pág. 121.

(45) AZAR ELÍAS Edgar. Persona y Bienes en el Derecho Civil Mexicano; 2ª edición. Editorial Porrúa S.A. México. 1997. Pág. 118.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

requiere para que el concubinato sea reconocido como tal, que tanto el hombre como la mujer que lleven vida en común sin estar casados entre sí, sean célibes. La unión sexual entre un hombre y una mujer, cuando alguno de ellos o ambos, son casados, constituye el delito de adulterio." (46)

Es importante para el concubinato que el hombre y la mujer sean solteros, de lo contrario estaríamos ante la figura del adulterio, es también cierto que no basta de hablar de un tiempo más o menos prolongado pues son palabras muy subjetivas, que quedan a criterio de cada individuo, para lo cual es necesario tenga una duración específica o procreen un hijo por lo menos. Cabe destacar que es la única definición que considera al concubinato como un hecho lícito y como tal se le dedica en la actualidad un capítulo en específico en el Código Civil para el Distrito Federal.

Sabino Ventura Silva. "Llama concubinato a la unión permanente entre personas de distinto sexo, sin intención de considerarse marido y mujer" (47)

Bossert, Gustavo Alberto "El concubinato es la unión permanente de un hombre y una mujer que, sin estar unidos por matrimonio, mantienen una comunidad de habitación y de vida, de modo similar a la que existe entre los cónyuges." (48)

Ambas definiciones coinciden, en que se trata de una relación monogámica constituida, por una sola pareja, y por consiguiente heterosexual entre un hombre y una mujer solteros, sin embargo hace caso omiso para establecer otros impedimentos para contraer matrimonio, que serían aplicables a la figura del concubinato.

López del Carril Julio J. "El concubinato es la unión del hombre y la mujer, ambos libres de impedimentos para el matrimonio, con permanencia y con estabilidad de

(46) GALINDO GARFIAS Ignacio, Derecho Civil, Parte General, Personas, Familia; 3ª edición. Editorial Porrúa S.A. México 1994. P.P. 503 y 504.

(47) VENTURA, SILVA Sabino. Op. Cit. Pág. 109

(48) BOSSERT, Gustavo Alberto. Op. Cit. Pág.36

aparencia matrimonial" (49)

Definición que no solamente exige para el hombre y la mujer ser solteros, si no de manera general establece que ambos se encuentren libres de impedimentos legales para contraer matrimonio, situación que abarca evitar relaciones entre personas ligadas por parentesco consanguíneo, afinidad o civil, también obstaculiza relaciones de individuos con enfermedades contagiosas, lo anterior posiblemente con el interés de salvaguardar el grupo y evitar el nacimiento de individuos con defectos físicos.

"Para el Maestro Rafael de Pina Vara es la "unión de un hombre y una mujer, no ligados por vínculo matrimonial a ninguna otra persona, realizada voluntariamente, sin formalización legal para cumplir los fines atribuidos al matrimonio en la sociedad. Matrimonio de hecho."

El Maestro de Pina, establece claramente que los concubinos deben estar libres de toda atadura matrimonial para que el concubinato pueda conformarse, sin embargo aún cuando no exista el vínculo matrimonial, existen otros impedimentos como el parentesco que también constituyen una barrera para que nazca la relación concubinaria. Coincido plenamente con su definición en cuanto a que el concubinato nace de la voluntad tanto del hombre como de la mujer ya que de lo contrario ese sentimiento estaría viciado.

Al denominar el concubinato "matrimonio de hecho" estamos en presencia de una unión en la que los integrantes se comportan en todos los aspectos como si fueran marido y mujer, y lo único que faltaría sería darle a esa unión la formalidad exigida por la ley. Es por ello, que la relación concubinaria debe ser tan parecida al matrimonio que inclusive llegue a originar confusión en la sociedad que rodea a los concubinos" (50)

(49) LÓPEZ DEL CARRIL Julio J. Op. Cit. Pág. 502

(50) HERRERÍAS SORDO María del Mar. Op. Cit. Pág. 25

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Para Sara Montero Duhalt, el concubinato es "la unión sexual de un solo hombre y una sola mujer que no tienen impedimento legal para casarse y que viven como si fueran marido y mujer en forma constante y permanente por un período mínimo de cinco años. Este plazo puede ser menor, si han procreado" (51)

En la actualidad el término de cinco años se reduce a dos años, con el fin de proteger a las parejas que han decidido vivir en concubinato, reduciendo los plazos para la generación de derechos y obligaciones. Así, cuando una pareja no realiza la ceremonia matrimonial, pero viven juntos y procrean, desde el momento en que nace el primer hijo se convierten en concubinos y si, no obstante no haber procreado, han permanecido juntos por más de dos años, se entiende que viven en concubinato.

El profesor Jean Carbonnier, "el concubinato, hace referencia a las relaciones sexuales que se mantienen fuera del matrimonio y que se caracterizan por su estabilidad y duración, haciendo el varón y la mujer vida marital. Este mismo autor, estima que el concubinato puede tener diferentes esquemas, ya que estas relaciones pueden mantenerse sin una residencia común o bien de manera secreta."(52)

Argumentos que pueden dar lugar a confusiones, ya que al hablar de las relaciones sexuales mantenidas fuera de matrimonio se puede hacer referencia no sólo al concubinato, sino también a un amasiato, o bien podemos estar en presencia de relaciones sexuales entabladas dentro de un noviazgo, sin que necesariamente sea un concubinato. Ahora bien el concubinato no puede conformarse sin residencia común, pues una de las cuestiones primordiales que se requiere para que se pueda hablar de esa convivencia en la que habitan "como si fueran marido y mujer" es un hogar común. En el matrimonio cuenta con un hogar propio o por lo menos cohabitan en un mismo lugar.

En el Diccionario Jurídico Mexicano al respecto dice, el concubinato "se refiere a la

(51) MONTERO DUHALT Sara. Derecho de Familia; 5ª edición. Editorial Porrúa S.A. México 1992. Pág. 165.

(52) HERRERÍAS SORDO María del Mar. Op. Cit. Pág. 26

cohabitación más o menos prolongada y permanente entre un hombre y una mujer solteros, hecho lícito que produce efectos jurídicos" Se le considera como uno de los problemas morales más importantes del derecho de familia"(53)

De nueva cuenta, se presenta el problema de determinar qué es una cohabitación más o menos prolongada, ya que son términos "subjetivos" y hay diversidad de opiniones acerca, del tiempo que se requiere, para considerarse concubinato. Por otro lado esta definición omite el hecho de que el concubinato se puede dar con el nacimiento del hijo común de ambos concubinos. En este mismo orden de ideas el hablar de mujer y hombre solteros, es uno de los requisitos para la existencia de esta unión, pues debe recordarse que una manera más amplia de enfocar los requisitos sería, no tener ambos impedimentos legales para contraer matrimonio y que abarca entre otros aspectos la prohibición de relacionarse con personas ligadas por parentesco.

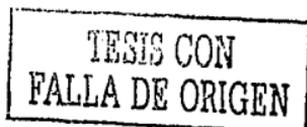
Al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación manifiesta, que el concubinato es una unión libre de mayor o menor duración, pero del que no puede tenerse un conocimiento cierto y verídico en un instante y menos cuando no se penetra al interior de la morada de los concubinos, para cerciorarse de la presencia de objetos que denoten la convivencia común.

El Diccionario de la Lengua Española, concordando con la definición que da el Derecho Romano, nos dice que la concubina, es la "manceba o mujer que vive y cohabita con un hombre, como si éste fuere su marido." (54). Es decir se trata de relaciones similares a las del matrimonio, permanentes y con efectos jurídicos para con las personas unidas en concubinato.

Sin duda las anteriores definiciones, nos llevan a concluir que para conformarse la figura del concubinato, es necesario que la unión sea entre un hombre y una mujer

(53) Instituto de Investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo II. Editorial Porrúa, S.A. México 1985. Pág.191.

(54) AZAR ELÍAS Edgar. Op. Cit. Pág. 117



ambos solteros, que vivan de manera pública como marido y mujer y sin impedimentos legales para contraer matrimonio convivan de manera constante y permanente por el período mínimo de dos años o en su caso haber procreado un hijo para lo cual no se necesita el transcurso del tiempo. En consecuencia esta nueva forma de integrar la familia va a producir consecuencias jurídicas a favor de los concubinos y de los hijos habidos en esta unión.

2.2. FUNDAMENTO Y CONTENIDO DEL CONCUBINATO

Para el presente tema es necesario recordar que anteriormente no existía reglamentación alguna para el concubinato, sólo se reconocían limitados efectos jurídicos, entre ellos los derechos sucesorios y el de alimentos, así como las obligaciones y derechos que se adquirirían sobre los hijos procreados en esta relación. De hecho los artículos 1368 fracción V y 1635 del Código Civil de 1928 que se relacionaban con la sucesión de los concubinos, no tenían como finalidad dar una definición legal o reglamentar el concubinato, sino que de su estudio se desprendían los requisitos bajo los cuales sólo la concubina podía adquirir estos derechos sucesorios ya sea por vía testamentaria o legítima, dejando al concubinario, desprotegido y en total estado de indefensión.

Posteriormente el derecho unilateral de que gozaba la concubina, tuvo reformas en diciembre de 1974, extendiendo al concubinario el derecho a recibir alimentos por testamento pues originalmente sólo se concedía este derecho a la concubina, pero inexplicablemente se omitió extender el derecho a heredar por vía legítima, al varón en el concubinato, omisión que fue corregida en las reformas al Código Civil en el mes de diciembre de 1983, con entrada en vigor el 27 de marzo de 1984, pues a partir de esta reforma se reconoció el derecho de la concubina y el concubinario a heredarse recíprocamente, tanto en la sucesión testamentaria como legítima.

A raíz de las reformas al Código Civil para el Distrito Federal que entraron en vigencia el primero de Junio del año dos mil, se reglamentó la figura jurídica del concubinato, dedicando para ello un capítulo específico.

Así las cosas, el Código Civil para el Distrito Federal en el Libro Primero. Título Quinto, Capítulo XI "Del Concubinato" expresa Art. 291 Bis. La concubina y el concubinario tienen derechos y obligaciones recíprocos, siempre que sin impedimentos legales para contraer matrimonio, han vivido en común en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años que precedan inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones a los que alude este capítulo.

No es necesario el transcurso del período mencionado cuando, reunidos los demás requisitos, tengan un hijo en común.

Si con las mismas personas se establecen varias uniones del tipo antes descrito, en ninguna se reputará concubinato. Quien haya actuado de buena fe podrá demandar del otro, una indemnización por daños y perjuicios.

Hoy en día el concubinato está previsto y reglamentado en la ley, pero de la lectura del precepto citado líneas atrás, no se desprende una definición plena del concubinato, sólo se mencionan los requisitos para considerar a una pareja como concubinos lo cual genera derechos y obligaciones entre los integrantes de esta relación familiar. Entre los aspectos positivos se encuentra el hecho de reducir los plazos de convivencia y generación de derechos y obligaciones entre los concubinos de cinco a dos años.

Estos derechos se refieren a percibir alimentos entre concubinos y a tener derechos sucesorios cuando fallece uno de los concubinos, además hoy en día se considera la figura del concubinato como una nueva forma de integrar la familia y en consecuencia esto genera tener ambos concubinos más derechos en relación a otras figuras jurídicas como la adopción, patria potestad, filiación, parentesco y patrimonio familiar. Aunque definitivamente los cuatro artículos que integran el capítulo destinado para el concubinato son insuficientes para reglamentar en su totalidad esta figura.

Ahora bien, si ante la ley es considerado el concubinato como una forma de

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

integrar la familia, entonces se debe regir por sus propias normas y no equiparar el concubinato a los derechos del matrimonio.

2.3. REQUISITOS DEL CONCUBINATO

Art. 291.-Bis. La concubina y el concubinario tienen derechos y obligaciones recíprocos, siempre que sin impedimentos legales para contraer matrimonio, han vivido en común en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años que preceden inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones a los que alude este capítulo.

No es necesario el transcurso del período mencionado cuando, reunidos los demás, requisitos tengan un hijo en común.

Si con la misma persona se establecen varias uniones del tipo antes descrito, en ninguna se reputará concubinato. Quien haya actuado de buena fe podrá demandar del otro, una indemnización por daños y perjuicios.

De acuerdo al artículo 291.-Bis del Código Civil para el Distrito Federal se desprenden ciertos requisitos, a saber son:

a) El precepto legal en cita, exige que el concubinato se integre por la concubina y el concubinario, es decir se trata de una relación monogámica constituida por una sola pareja y por consiguiente heterosexual entre un hombre y una mujer.

b) A diferencia de la legislación civil anterior, ahora el concubinato genera derechos y obligaciones entre las personas que han decidido vivir bajo esta relación de familia, protegiendo los derechos de los hijos, de la concubina y el concubinario en consecuencia el concubinato al igual que el matrimonio tiene el deber de cohabitación, fidelidad y de socorrerse mutuamente y todo cuanto deber se exige para el matrimonio. También otorga derechos de alimentos y sucesorios a los integrantes del concubinato.

c) Ambos concubinarios no deben tener impedimentos para contraer matrimonio para lo cual nos tenemos que remitir al artículo 156 del Código Civil para el Distrito Federal y establecer así que el concubinato no se puede instituir, cuando carezcan de capacidad legal para contraer matrimonio, la falta de consentimiento del que o los que ejerzan la patria potestad, también se trata de evitar relaciones de los concubinos con personas a las que estén unidos por lazos de parentesco consanguíneo, afinidad o civil en donde el adoptante no puede contraer matrimonio con el adoptado y sus descendientes, se obstaculiza de alguna manera que una o ambas personas casadas se unan en concubinato, pues ambos deben ser solteros, pero no quiere decir que un viudo no pueda vivir en concubinato. Por otra parte el concubinato no se permite cuando se ejerce violencia física o moral en contra de alguna de las personas que van a integrar esta unión, el atentado contra la vida de algunos de los casados para después unirse en concubinato con el que queda libre.

Padecer impotencia incurable para la cópula o una enfermedad crónica e incurable, que sea además contagiosa o hereditaria, para estos dos supuestos existe la posibilidad de ser dispensables, si es conocido por el otro concubino o el contrayente.

Y, por último, es impedimento legal para contraer matrimonio o unirse en concubinato, los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, o sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la suple.

Los impedimentos han sido impuestos por la ley teniendo en cuenta no sólo el interés individual de los concubinos o contrayentes, sino también el interés del grupo; así por ejemplo se procura evitar el nacimiento de individuos con taras o defectos físicos.

d) Al igual que otros autores, para la existencia de esta unión, se requiere que los concubinos vivan en común, en forma constante y permanente, lo que significa que los concubinos deben cohabitar en un mismo lugar implicando con esto, mantener

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

relaciones sexuales o aparenten tenerlas, aspecto íntimo y común para los concubinos y cónyuges.

A su vez esta vida en común debe ser constante y permanente lo que conlleva a pensar, que no debe existir interrupción alguna, no se puede consentir intervalos de separación entre los concubinos, de lo contrario estaríamos ante relaciones sexuales sostenidas esporádicamente o llamadas pasajeras. Por otro lado no se puede desconocer a los concubinos que han cumplido con una vida común constante y permanente por el sólo hecho de separarse de su concubino o concubina por razones justificadas o ajenas a su voluntad, en ocasiones al igual que en el matrimonio hay rupturas breves, seguidas de una pronta reconciliación, lo que no puede afectar el carácter de constante y permanente que requiere el concubinato.

Al respecto Herrerías Sordo María del Mar dice; "Siempre que la constante de la relación sea la vida juntos y las separaciones se den excepcionalmente sin que exista la voluntad de suspender o dar por terminada la relación concubinaría, podemos considerar que la relación concubinaría continúa y es voluntad de los concubinos permanecer así unidos.

Cuando las separaciones son la constante en la relación y la cohabitación se da excepcionalmente, no estamos en presencia de la figura del concubinato, sino de relaciones sexuales esporádicas que pueden darse entre cualquier pareja que no se encuentre casada.

Cuando el tiempo de convivencia es superior al tiempo que duran las separaciones, podemos considerar que sí existe el concubinato.

Cuando el tiempo de separación es superior al tiempo de convivencia física no se configura el concubinato.

Es necesario resaltar que las causas de separación deben ser ajenas a la voluntad

de los concubinos y que no debe existir la posibilidad del que se separe lleve al otro consigo.”(55)

e) Requisito importante es el término de dos años, para que el concubinato pueda considerarse como tal y genere derechos y obligaciones. Entre ellos tener derechos a recibir alimentos y participar en la sucesión del concubino que fallezca.

f) Ahora bien, el concubinato se puede constituir, cuando reunidos los demás requisitos mencionados se tenga un hijo en común, sin necesidad de transcurrir el tiempo mínimo de dos años. Es decir la ley reconoce dos maneras de configurarse el concubinato, por un lado se da cuando el concubinario y la concubina sin impedimento legal para contraer matrimonio han vivido en común en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años que preceden inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones o bien por el simple hecho de tener un hijo en común dentro de esta relación sin necesidad de cumplir con determinado tiempo.

Por último, el legislador estableció como requisito esencial, la existencia de una sola relación de concubinato, en caso de que una de las partes establezca varias uniones del tipo antes descrito ninguna se reputará concubinato. Sin embargo la ley para resarcir esta situación concede a los concubinos que actúen de buena fe, el derecho de demandar del otro, una indemnización por daños y perjuicios.

Requisitos que sin lugar a dudas, son trascendentales para considerarse como concubinato, así para tener derecho a heredar los concubinos por sucesión legítima (Art. 1635), no así para tener derecho a percibir o exigir alimentos por testamento del concubino fallecido, ya que de los requisitos exigidos por la fracción V del artículo 1368 del Código Civil para el Distrito Federal, en comparación con los requisitos del artículo 291 Bis del Código en cita anteriormente analizados, difieren algunos de ellos, uno de gran importancia es el período de convivencia entre concubinos, ya que

(55) HERRERÍAS SORDO María del Mar. Op. Cit. Pág. 35

por un lado se pide el término de cinco años, y por otro el período de dos años, tiempo que no se encuentra uniforme para que los concubinos tengan derecho a recibir alimentos por testamento, pero que más adelante será materia de nuestro estudio. También es menester mencionar que otros requisitos establecidos ya sea para tener acreditado el concubinato, como para tener derecho los concubinos a percibir o exigir alimentos por testamento del concubino fallecido siguen siendo los mismos, tales como el haber procreado un hijo, requisito con el cual no es necesario haber cumplido el tiempo de convivencia entre concubinos. De igual manera son exigidos para ambos casos; el haber permanecido libres de matrimonio durante el concubinato, y en el caso de que el testador vivió con varias personas como si fueren sus concubinas, ninguna de ellas tendrá derecho a heredar.

2.4. EL CONCUBINATO CON RESPECTO A LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES INHERENTES A LA FAMILIA.

Nuestro Código Civil anterior no agrupaba bajo ningún rubro o título especial, preceptos legales referentes al grupo familiar. Sólo existían normas reguladoras de las relaciones familiares colocadas en el Libro Primero, relativas a las "Personas". Hoy en día, existe bajo el mismo Libro Primero. Título Cuarto Bis. Capítulo Único, un apartado dedicado a la "Familia."

Como fuente de familia el concubinato es tan importante como el matrimonio y como tal tiene una regulación jurídica, mediante la inclusión de un capítulo respectivo dentro del Código Civil y como célula primaria de la sociedad, es reconocida como una forma de unión para integrar la familia, al respecto el artículo 138 Quintus del mismo ordenamiento, estima que entre las personas vinculadas por lazo de matrimonio, parentesco o concubinato, existen relaciones jurídicas familiares generadoras de deberes y derechos que van destinados a regir la conducta de los miembros del grupo familiar.

Sobre el particular, antes de continuar es menester conocer el concepto de "familia" que es considerado un núcleo de personas, que como grupo social, ha

surgido de la naturaleza y deriva primordialmente del hecho biológico de la procreación pero más allá del motivo biológico "La familia es el conjunto de personas, en un sentido amplio (parientes) que proceden de un progenitor o tronco común."(56). Derechos y obligaciones que sólo pueden hacerse efectivos realmente con los parientes más cercanos pues es menos fuerte esa relación con aquellos parientes que se encuentran en grados lejanos. Es por ello que desde el punto de vista jurídico, el concepto "familia" ha sido recogido sólo en un sentido más estrecho y comprende únicamente a los padres y ascendientes en línea recta y en la colateral hasta el cuarto grado (padres, abuelos, hermanos, tíos , primos, sobrinos). Sus fuentes como antes lo mencionamos son el concubinato y el matrimonio.

En consecuencia el derecho reconoce el concubinato, atribuyéndole ciertos deberes típicos familiares, como la prestación de alimentos entre concubinos y parientes y por otro lado obligaciones recíprocas semejantes a la de los cónyuges a saber comprenden, la vida en común, deber de fidelidad, asistencia y ayuda mutua entre los concubinos. Y para efecto de proteger el desarrollo de la familia, se establece que el varón y la mujer son iguales ante la ley en consecuencia se puede aplicar que tanto para los cónyuges como para los concubinos tiene derecho a decidir de manera libre responsable e informada, sobre el número y el espaciamiento de sus hijos así como para emplear cualquier método de reproducción asistida para lograr su propia descendencia.

De los vínculos que unen entre sí a los miembros de un determinado grupo familiar forman el parentesco, del cual se derivan derechos y obligaciones muy importantes relativos al derecho de familia.

En este mismo orden de ideas el artículo 138 Quáter. Señala que las relaciones jurídicas familiares constituyen el conjunto de deberes y obligaciones de las personas integrantes de la familia.

(56) GALINDO GARFIAS Ignacio. Op. Cit. Pág. 447



Las normas jurídicas que se ocupan de regular tales relaciones familiares, forman el derecho de familia, que comprenden disposiciones legales, relativas al matrimonio, concubinato, filiación, parentesco, patria potestad, alimentos, patrimonio familiar, etc. Entraremos al estudio únicamente del concubinato como una de las formas de constituir la familia.

La Familia fundamentalmente se encuentra formada por los progenitores, el padre, la madre, los hijos y los nietos que habitan con ellos, fuera de este grupo ya no subsiste por lo menos el mismo rigor, el antiguo lazo de familia extensa. Los efectos principales de la relación familiar consistente en el derecho a alimentos, entre padres e hijos y los parientes más próximos, el derecho a la sucesión legítima y en la prohibición de unirse en concubinato entre ascendiente o entre colaterales del tercer grado en la línea colateral desigual (tío, sobrinos) y sin limitación alguna en la línea recta ascendente o descendente, ya sea por consanguinidad o por afinidad, tampoco puede haber unión de concubinato entre el adoptante y adoptado.

La familia se caracteriza por ser una institución fundada en una relación sexual, suficiente precisa y duradera, que permite la procreación y garantiza la educación y protección de los hijos. Ha de consistir en una relación sexual continuada; normalmente se funda en el matrimonio y el concubinato.

Da lugar a un conjunto de deberes y derechos entre los concubinos, los cónyuges y entre los padres y los hijos. Atribuye a los miembros de familia el derecho a usar el nombre patronímico que corresponde a cada grupo familiar, de esta relación se deriva la manutención y educación de los hijos.

Desde otro punto de vista, las relaciones familiares, en épocas recientes se consideraban como atributivas de derechos subjetivos creadas en interés de su titular. Ahora se han transformado en verdaderos deberes en función de la protección de la persona y de los bienes de los miembros de la familia. Así ocurre hoy en día con la patria potestad que se atribuye en nuestro derecho tanto al padre como a la madre, quienes tienen el deber de educar convenientemente a los hijos que tienen bajo su patria potestad.

Un conjunto de normas jurídicas del derecho de familia, establecen derechos y obligaciones que derivan del simple hecho de la procreación (no del concubinato o matrimonio) es decir, de la paternidad o de la maternidad. Nace así un conjunto de deberes del padre o de la madre o de ambos a la vez, en relación con los hijos que han procreado; así pues el derecho de familia se ocupa de normas sobre la filiación, parentesco, patria potestad, y patrimonio familiar.

En lo concerniente a la filiación ésta existe entre el padre o la madre y su hijo formando el núcleo social primario de la familia, a su vez la ley concede a los hijos para conocer su filiación a falta de su acta de nacimiento, la posesión de estado de hijo, el reconocimiento de su padre, madre o ambos, y la investigación de la paternidad o maternidad a través de los medios ordinarios o de métodos científicos.

Las normas sobre el parentesco, establecen las diversas especies de parentesco (consanguíneo, por afinidad y el civil).

En lo concerniente al parentesco por consanguinidad basado en el vínculo entre personas que descienden de un tronco común, podemos establecer que entre los concubinos al igual que entre los cónyuges de matrimonio, no produce ningún parentesco entre la pareja. Se advierte que los concubinos se encuentran unidos por relaciones maritales y los cónyuges se hayan unidos por la relación conyugal.

El parentesco consanguíneo se crea entre los concubinos y sus ascendientes así como respecto de los descendientes que provengan de esta unión.

Así por ejemplo los concubinos están unidos por un parentesco consanguíneo respecto de sus padres, abuelos, bisabuelos y demás ascendientes y también existe este vínculo respecto de los hijos que procreen, los nietos que nazcan de las uniones entabladas entre los hijos producto del concubinato con su pareja, los bisnietos y así sucesivamente con las siguientes generaciones de descendientes.

También se da parentesco por consanguinidad, en el hijo producto de protección asistida y de quienes la consienten.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

En el caso de la adopción se equipara al parentesco por consanguinidad aquél que existe entre el adoptado, el adoptante, los parientes de éste y los descendientes de aquél, como si el adoptado fuere hijo consanguíneo" De igual manera los concubinos están ligados por parentesco de consanguinidad con los hijos producto de protección asistida.

En cuanto al parentesco por afinidad es el que se adquiere por matrimonio o concubinato entre el hombre y la mujer y sus respectivos parientes consanguíneos.

Este tipo de parentesco no puede darse respecto de los hijos, pero sí entre cada uno de los concubinos y los parientes del otro (yerno, nuera, cuñado, cuñada) parientes que se encuentran en el mismo grado. El parentesco de afinidad en síntesis hace entrar a uno de los concubinos en la familia del otro concubino.

El parentesco de afinidad no da derecho a heredar, ni origina la obligación alimenticia.

En relación al parentesco civil, la ley nos dice, es el que nace de la relación entre adoptante y adoptado.

La patria potestad es una institución protectora de la persona y bienes de los hijos menores de edad no "emancipados" que nace de la filiación. Su ejercicio corresponde en primer término a los progenitores (el padre y la madre del menor) a falta de éstos los demás ascendientes en segundo grado. Esta función protectora, se ejerce sobre la persona y bienes de los hijos, para procurarles la formación intelectual y moral que estos requieren y para administrar el patrimonio de éstos.

Respecto al patrimonio familiar el derecho civil establece la posibilidad jurídica de que los concubinos, miembros de una familia constituyan un patrimonio separado, que formado por ciertos bienes específicos (la casa habitación, el mobiliario de uso doméstico y cotidiano, parcela cultivable o los giros industriales y comerciales cuya explotación se halla entre los miembros de la familia, utensilios propios de su actividad) proporcionen una seguridad económica al grupo familiar. El valor máximo

de los bienes que en conjunto constituyan el patrimonio familiar es multiplicado el factor 10,950 por el importe de tres salarios mínimos general vigente en el Distrito Federal en la época que se constituya el patrimonio.

Disposiciones relativas a la familia que según el artículo 138.-Ter, son de orden público e interés social y tienen por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de los miembros de familia, basados en el respeto a su dignidad. En otras palabras, estas normas relativas a la familia no tienen como finalidad proteger el interés del individuo considerado aisladamente, sino como miembro del grupo familiar.

En resumen la institución de la familia considera como fuente de la misma al concubinato, atribuyendo a los integrantes de esta familia, derechos y obligaciones a favor de los concubinos y de los hijos procreados en esta unión, mismos que son reconocidos y reglamentados por el derecho de familia.

2.5. DERECHO A RECIBIR ALIMENTOS ENTRE CONCUBINOS

En un principio en materia de alimentos el artículo 302 del Código Civil, decía que los concubinos estaban obligados en igual forma a darse alimentos si se cumplían los requisitos señalados por el artículo 1635 del Código Sustantivo, situación que contenía una seria contradicción, pues no existía la obligación de los concubinos a prestarse alimentos entre sí, esta obligación se limitaba a los cónyuges. Para el concubinato se requería que alguno de los concubinos hubiere muerto, para que el otro tuviere derecho a los alimentos.

Actualmente la obligación de darse alimentos, conforme a los artículos 301 y 302 del Código Civil, es recíproca. El que los da tiene a su vez el derecho de pedirlos. En tal sentido los concubinos están obligados recíprocamente a proporcionarse alimentos, a falta o por imposibilidad de alguno de los concubinos, esta obligación recae en los hijos. A falta o por imposibilidad de los hijos lo están los descendientes más próximos en grado, a falta de ellos, los hermanos de padre y madre o en los casos que fueran solamente de madre y padre, faltando los parientes anteriores tienen obligación de ministrar alimentos los parientes colaterales dentro del cuarto grado.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Al respecto el derecho ha reforzado ese deber de mutua ayuda entre los miembros de la familia, imponiendo una sanción jurídica a la falta de cumplimiento de tal deber. Este deber de ayuda mutua entre los concubinos, consortes y los parientes es la "deuda alimenticia" siendo en un principio un deber moral, que se convierte en una obligación jurídica en la que frente a un obligado existe un acreedor alimentista.

Los concubinos tienen el deber del sostenimiento económico del hogar y a proveer a la alimentación de sus hijos en la forma que acuerden en proporción a sus posibilidades. Si cualquiera de los deudores careciere de bienes propios, todos los gastos serán por cuenta del otro.

Este deber de darse alimentos, también corresponde entre los concubinos adoptantes y el hijo adoptivo, en los mismos términos que un padre y su hijo.

Ahora bien, los alimentos en sentido común es lo que el hombre necesita para su nutrición pero en derecho "el concepto "alimentos" implica en su origen semántico, aquello que una persona requiere para vivir como tal persona." (57) Estos alimentos comprenden según el artículo 308 del Código Civil:

I. La comida, el vestido, la habitación, la atención médica, la hospitalaria y en su caso, los gastos de embarazo y parto;

II. Respecto de los menores, además, los gastos para su educación y para proporcionar los oficios, arte o profesión adecuados a sus circunstancias personales;

III. En relación a las personas con algún tipo de discapacidad o declarados en estado de interdicción, lo necesario para lograr, en lo posible, su habilitación o rehabilitación y su desarrollo;

IV. Por lo que hace a los adultos mayores que carezcan de capacidad económica,

(57) Idem. Pág. 478

además de todo lo necesario para su atención geriátrica, se procurará que los alimentos se les proporcionen, integrándolos a la familia.

Los acreedores alimentarios tienen derecho preferente sobre los ingresos y bienes de su concubino para hacerse pago de las cantidades que por alimentos les corresponda recibir, derecho que tendrá respecto de otra calidad de acreedores. También se podrá pedir el aseguramiento de los alimentos mediante hipoteca, prenda, fianza, depósito de cantidad bastante a cubrir los alimentos o cualquier otra garantía que a juicio del juez sea suficiente.

Cuando el deudor alimentario no estuviere presente o estándolo rehusare entregar los alimentos a que está obligado, será responsable de las deudas que los acreedores contraigan para cubrir sus exigencias.

El deber de los alimentos toma su fuente de la ley y por lo tanto su cumplimiento puede exigirse en contra la voluntad del acreedor.

Este deber perdura aun después de terminada la convivencia entre los concubinos bajo ciertas circunstancias. En lo concerniente la ley expresa, "Artículo 291.-Quintus. Al cesar la convivencia, la concubina o el concubinario que carezca de ingresos o bienes suficientes para su sostenimiento tiene derecho a una pensión alimenticia por un tiempo igual al que haya durado el concubinato. No podrá reclamar alimentos quien haya demostrado ingratitud o viva en concubinato o contraiga matrimonio.

El derecho que otorga este artículo podrá ejercitarse sólo durante el año siguiente a la cesación del concubinato."

En consecuencia sólo podrá reclamar alimentos el concubino o la concubina que carezca de ingresos o bienes suficientes, pero no podrá reclamar alimentos quien viva en concubinato o contraiga matrimonio, circunstancia que es lógica pues entre los requisitos para considerarse concubinato es precisamente, que se encuentre el hombre y la mujer libres de matrimonio. No pasa inadvertido que tratándose de

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Ingratitud por parte de uno de los concubinos hacia su pareja tampoco tienen derecho a reclamar alimentos.

También se establece el derecho recíproco de los concubinos a recibir alimentos, dentro de la sucesión por testamento, por el cual el testador de acuerdo al artículo 1368 fracción V, del Código Civil, tiene obligación de dejar alimentos a:

Fracción V. "A la persona con quien el testador vivió como si fuera su cónyuge durante los 5 años que precedieron inmediatamente a su muerte o con quien tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato y que el superviviente esté impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes. Este derecho sólo subsistirá mientras la persona de que se trate no contraiga nupcias y observe buena conducta. Si fueren varias las personas con quien el testador vivió como si fueran su cónyuge, ninguna de ellas tendrá derecho a alimentos."

De lo dispuesto por el ordenamiento citado se desprende que los concubinos tienen derecho a alimentos, por testamento, cuando hayan vivido juntos como si fueren cónyuges durante un período de 5 años previo a la muerte de uno de ellos, o que haya tenido hijos en común, además dicho precepto requiere que el que sobreviva, no contraiga matrimonio y observe buena conducta.

Lo anterior esta sujeto a que el superviviente esté impedido para trabajar y que no tenga bienes suficientes, entendiéndose por esto no tener lo necesario para sobrevivir y por último no tendrá derecho a alimentos si fueren varias las personas con quien el testador vivió como si fueran su cónyuge.

En consecuencia el testamento que no deje pensión alimenticia, a quienes se tiene obligación de darla es inoficioso.

Como se puede apreciar el tiempo de convivencia entre los concubinos para tener derecho a percibir alimentos por testamento es de cinco años, período que no se encuentra hoy en día uniforme en comparación con el tiempo exigido en el

concubinato (Art. 291 Bis, 291 Quater) y (1635, que habla de la sucesión de los concubinos por vía legítima), pues los mismos establecen que los concubinos tendrán derechos sucesorios y alimentarios, cuando la concubina y el concubinario sin impedimentos legales para contraer matrimonio, han vivido en común en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años que precedieron inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones. No siendo necesario el transcurso del tiempo mencionado cuando reunidos los demás requisitos tengan un hijo en común. En caso de que una misma persona establezca varias uniones del tipo antes descrito en ninguna se reputará concubinato, y quien haya actuado de buena fe podrá demandar del otro una indemnización por daños y perjuicios. Ahora bien a pesar de no ser congruente el término de convivencia entre los concubinos para tener derecho a percibir alimentos por testamento, cabe destacar que algunos otros requisitos siguen siendo los mismos para los casos antes mencionados como el requisito de no ser necesario el transcurso del tiempo de convivencia entre los concubinos cuando tengan un hijo en común, y para el caso de que una misma persona tenga varias relaciones del tipo antes descrito en ninguna se reputará concubinato, requisitos que más adelante serán materia del presente estudio.

Por otro lado, el artículo 1373 del Código Civil para el Distrito Federal señala las reglas que han de seguirse cuando la masa hereditaria no es suficiente para proporcionar alimentos a todos los que tienen derecho. En este caso se siguen las siguientes normas:

- I. Se ministrarán a los descendientes y al cónyuge supérstite a prorrata;
- II. Cubiertas las personas a que se refiere la fracción anterior, se ministrará a prorrata a los ascendientes;
- III. Después se ministrarán, también a prorrata, a los hermanos y a la concubina.
- IV. Por último se ministrarán a prorrata, a los demás parientes colaterales dentro del cuarto grado.

Como se puede apreciar la concubina se encuentra en tercer lugar, para tener derecho a prorrata a recibir alimentos, pero si es insuficiente el caudal hereditario, difícilmente, alcanzara a cubrir alimentos a la concubina. Ahora el concubinario no

SECRETARÍA DE JUSTICIA Y FALTA
DE LA SECRETARÍA

tiene este derecho, quedando actualmente desprotegido.

Se puede finalizar argumentando que el derecho a recibir alimentos entre los concubinos es recíproca el que los da tiene a su vez el derecho de pedirlos. Es un principio de deber moral que impide a quien por ello están ligados a abandonar en el desamparo a las personas con quienes tiene la obligación de dar alimentos, deber que se transforma en una obligación jurídica cuando el derecho hace coercible el cumplimiento de esa obligación.

2.6. EFECTOS DEL CONCUBINATO EN RELACIÓN A LOS HIJOS

La figura del concubinato presenta en relación a los hijos diversos temas para su estudio, más sin embargo antes de entrar por completo al análisis de cada uno de ellos, es importante citar que anteriormente nuestra legislación civil clasificaba a los hijos, en aquéllos que habían nacido de matrimonio y los hijos nacidos fuera de matrimonio (hijos ilegítimos, adulterinos, de concubinato), es decir los derechos de los menores dependían de los actos de sus padres o de su estado civil.

Al respecto la H. Asamblea Legislativa del Distrito Federal, en fecha 28 de abril del año dos mil, en análisis de la iniciativa de ley por el que se derogan, reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal, argumentó en sus considerandos lo siguiente:

"Es importante destacar que uno de los fundamentos de protección del menor, está en garantizarlos desde el momento de su nacimiento con el reconocimiento mismo, entendiendo éste como la obligación de los padres, el sentido de la propuesta está encaminado al fomento de la paternidad responsable, es decir buscar y garantizar que los menores sean protegidos verdaderamente por sus padres, ya que los derechos del menor no deben estar en dependencia de los actos de los padres, ni del estado civil de éstos. Todos los hijos tienen el mismo derecho y dignidad independientemente de que hubieren nacido de matrimonio o fuera de éste" (58)

(58) Asamblea Legislativa del Distrito Federal. Diario de los Debates; México 2000. Pág. 84



En tal sentido las reformas fueron encaminadas en buscar y garantizar que los menores fueran protegidos verdaderamente por sus padres y eliminar todo tipo de clasificación respecto de los hijos.

"No es ético pretender que los hijos se vean afectados por ilícitos en los que no tuvieron parte. No es ético responsabilizarlos, de las conductas de sus padres y menos será restringir con éstas sus derechos." (59)

En consecuencia, estas reformas se reflejaron en las figuras jurídicas de filiación, parentesco, adopción, alimentos, sucesiones, patria potestad y patrimonio familiar, temas que están íntimamente ligados con los efectos del concubinato en relación con los hijos habidos de esta unión.

FILIACIÓN

La filiación de los hijos en relación a sus padres es un hecho natural que nadie puede desconocer. Por eso se afirma que la filiación en este sentido existe siempre en todos los individuos, se es hijo de un padre y una madre como ley biológica.

"Rafael Rojina Villegas, distingue dos vertientes de la filiación: una en sentido amplio que se constituye por los vínculos jurídicos existentes entre ascendientes y descendientes sin limitación de grado, es decir entre personas que descienden unas de otras, tanto en dirección ascendente como en dirección descendente; la segunda vertiente se refiere a la filiación en sentido estricto y es aquella relación existente entre el progenitor (ya sea padre o madre) y entre el hijo."(60)

Nuestro Código Civil en su artículo 338 expresa "La filiación es la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo formando el núcleo social primario de la familia, por lo tanto, no puede ser materia de convenio entre partes, ni de transacción, o sujetarse a compromiso en árbitros"

(59) Idem. Pág. 117

(60) HERRERÍAS SORDO María del Mar. Op. Cit. Pág 79

Definición que incluye a los hijos de concubinato y de cualquier otra relación. Al respecto la filiación de los hijos habidos en concubinato se prueba con el acta de nacimiento y a falta del acta o ésta fuera defectuosa, incompleta o falsa, se probará con la posesión constante de estado de hijo por la familia del padre, de la madre y en la sociedad, además deberán concurrir las siguientes circunstancias:

- I. Que el hijo haya usado constantemente los apellidos de los que pretenden ser su padre y su madre, con la anuencia de estos;
- II. Que el padre o la madre lo hayan tratado como hijo, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento; y
- III. Que el presunto padre o madre tengan la edad exigida para contraer matrimonio.

En defecto de esta posesión de estado de hijo, son admisibles para demostrar la filiación todos los medios de prueba que autorice la ley, incluyendo aquéllas que el avance de los conocimientos científicos ofrece; pero la testimonial no es admisible si no hubiera un principio de prueba por escrito o indicios de presunción.

La acción que compete al hijo para reclamar su filiación es imprescriptible para él y sus descendientes.

La filiación también se establece por el reconocimiento de padre, madre o ambos o por una sentencia ejecutoriada que así lo declare. Este reconocimiento hecho por uno de los padres produce efectos respecto de él y no respecto del otro progenitor. La ley exige que la persona que realice el reconocimiento de un hijo debe tener la edad exigida para contraer matrimonio, más la edad del hijo que va a ser reconocido. Mismo reconocimiento que no es revocable por el que lo hizo, y si lo realizó por testamento, aún cuando éste se revoque, no se tiene por revocado el reconocimiento.

El reconocimiento de los hijos puede hacerse, en la partida de nacimiento, ante el juez del registro civil, por acta especial ante el mismo juez; por escritura pública; por testamento; por confesión judicial directa y expresa. El reconocimiento practicado de

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

manera distinta no produce efectos, pero podrá ser utilizado en un juicio de investigación de paternidad o maternidad.

El hijo mayor de edad no puede ser reconocido sin su consentimiento, ni el menor, ni al que está en estado de interdicción, sin el de su tutor.

Del vínculo existente en razón de la filiación, se origina el derecho de los hijos a investigar la paternidad y maternidad que se probará por cualquier de los medios ordinarios. Si se propusiera cualquier prueba biológica o proveniente del avance de los conocimientos científicos y el presunto progenitor se negara a proporcionar la muestra necesaria, se presumirá, salvo prueba en contrario, que es la madre o padre.

Las acciones de investigación de paternidad o maternidad sólo pueden intentarse en vida de los padres. Si los padres hubieren fallecido durante la menor edad de los hijos, tienen éstos derechos de intentar la acción antes de que se cumplan cuatro años de su mayor edad.

En el juicio de impugnación de la paternidad o la maternidad, serán oídos, según el caso; el padre, la madre y el hijo a quien si fuere menor, se le proveerá de un tutor Interino.

Al respecto, para los hijos de concubinato hay presunción de ser hijos de esta unión, según el artículo 383 del Código Civil en los siguientes casos:

I. Los nacidos dentro del concubinato; y

II. Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina.

Si se aplican de manera análoga los derechos de los cónyuges, podemos establecer que en contra de esta presunción se admiten como pruebas las de haber sido físicamente imposible al concubino varón haber tenido relaciones sexuales con la concubina durante los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido

al nacimiento, así como aquéllos que el avance de los conocimientos científicos puede ofrecer.

El concubino no podrá impugnar la paternidad de los hijos alegando adulterio de la madre aunque ésta declare que no son hijos del concubino, a no ser, que el nacimiento se le haya ocultado o que demuestre que no tuvo relaciones sexuales dentro de los ciento veinte días de los trescientos anteriores al nacimiento.

Una vez que el hijo es reconocido por el padre, por la madre o por ambos tiene derecho a llevar el apellido paterno de su progenitor, o ambos apellidos del que lo reconozca, a ser alimentado, por las personas que lo reconozcan; a percibir la porción hereditaria y los alimentos que fije la ley y los demás que se deriven de la filiación.

PARENTESCO

Una vez que la filiación se establece entre el padre o la madre y su hijo, nacen los derechos y obligaciones del parentesco. Al respecto "Antonio de Ibarrola define el parentesco como "el lazo permanente que existe entre dos o más personas por razón de tener una misma sangre, o de un acto que imita al del engendramiento y cuya similitud con ésta se haya reconocida por la ley." (61)

Por su parte la legislación civil en su artículo 292, reconoce como parentesco los de consanguinidad, afinidad y civil.

En lo concerniente al parentesco por consanguinidad basado en el vínculo entre personas que descienden de un tronco común, podemos establecer que entre los concubinos al igual que entre los cónyuges de matrimonio, no produce ningún parentesco entre la pareja. Se advierte que los concubinos se encuentran unidos por relaciones maritales y los cónyuges se hayan unidos por la relación conyugal.

(61) Idem. Pág 81

El parentesco consanguíneo se crea entre los concubinos y sus ascendientes así como respecto de los descendientes que provengan de esta unión.

Así, por ejemplo, los concubinos están unidos por un parentesco consanguíneo respecto de sus padres, abuelos, bisabuelos y demás ascendientes y también existe este vínculo respecto de los hijos que procreen, los nietos que nazcan de las uniones entabladas entre los hijos producto del concubinato con su pareja, los bisnietos y así sucesivamente con las siguientes generaciones de descendientes.

También se da parentesco por consanguinidad, en el hijo producto de protección asistida y de quienes la consienten.

En el caso de la adopción se equipara al parentesco por consanguinidad aquél que existe entre el adoptado, el adoptante, los parientes de éste y los descendientes de aquél, como si el adoptado fuere hijo consanguíneo” De igual manera los concubinos están ligados por parentesco de consanguinidad con los hijos producto de protección asistida.

En cuanto al parentesco de afinidad es el que se adquiere por matrimonio o concubinato entre el hombre y la mujer y sus respectivos parientes consanguíneos.

Este tipo de parentesco no puede darse respecto de los hijos, pero sí entre cada uno de los concubinos y los parientes del otro (yerno, nuera, cuñado, cuñada) parientes que se encuentran en el mismo grado. El parentesco de afinidad en síntesis hace entrar a uno de los concubinos en la familia del otro concubino.

El parentesco de afinidad no da derecho a heredar, ni origina la obligación alimenticia.

En relación al parentesco civil, la ley nos dice, es el que nace de la relación entre adoptante y adoptado.

ADOPCIÓN

En este mismo orden de Ideas y siguiendo con el tema de la adopción el artículo 391, faculta a los cónyuges o concubinos a poder adoptar uno o más menores o aun incapacitado, siempre y cuando consideren al adoptado como hijo y aunque sólo uno de ellos sea mayor de veinticinco años, libre de matrimonio, en pleno ejercicio de sus derechos, y que la diferencia de edad entre cualquiera de los adoptantes y el adoptado sea de dieciséis años de edad cuando menos y que acredite además de los requisitos anteriores; tener medios bastantes para proveer a la subsistencia, la educación y el cuidado de la persona que trata de adoptarse como hijo propio, según las circunstancias de la persona que trate de adoptar. Que la adopción es benéfica para la persona que trata de adoptarse, atendiendo al interés superior de la misma y que el adoptante es persona apta y adecuada para adoptar.

Cuando circunstancias especiales lo aconsejen, el juez puede autorizar la adopción de dos o más incapacitados o de menores e incapacitados simultáneamente.

Para los hijos adoptados por los concubinos, tendrán derecho a llevar el nombre y apellidos de los adoptantes en su caso el de los concubinos, también tendrán para con la persona o personas que los adoptan los mismos derechos y obligaciones que tiene un hijo. A su vez los concubinos que adoptan tendrán respecto de la persona y bienes de los hijos adoptados los mismos derechos y obligaciones que tienen los padres respecto de las personas y bienes de los hijos.

La adopción tendrá lugar cuando de su consentimiento el que ejerce la patria potestad sobre el menor que se trata de adoptar, el padre o la madre del menor que se pretenda adoptar, el tutor del que se va a adoptar; el Ministerio Público del lugar del domicilio del adoptado cuando éste no tenga padres conocidos ni tutor; y el menor si tiene más de doce años. Escuchando en todos los asuntos de adopción la opinión de los menores atendiendo a su edad y grado de madurez.

Una vez que se autorice la adopción, por medio de resolución judicial, el adoptado se equipara al hijo consanguíneo y tendrá en la familia de los adoptantes concubinos

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

los derechos y obligaciones de un hijo consanguíneo, incluyendo los impedimentos para contraer matrimonio. Cabe recordar que en la adopción, el adoptante no puede contraer matrimonio con el adoptado o sus descendientes.

"La adopción extingue la filiación preexistente entre el adoptado y sus progenitores y el parentesco con las familias de éstos, salvo para los impedimentos de matrimonio. En el supuesto de que el adoptante esté casado con alguno de los progenitores del adoptado no se extinguirán los derechos, obligaciones y demás consecuencias jurídicas que resulten de la filiación consanguínea.

La adopción es irrevocable."

ALIMENTOS

En otro aspecto los hijos de concubinato, tienen derecho a recibir alimentos de sus padres y a falta o por imposibilidad de los padres la obligación recae en los demás ascendientes por ambas líneas que estuvieren más próximos en grado. Pero a la vez esta obligación es recíproca el que los da tiene el derecho de pedirlos, es decir los hijos nacidos de esta unión están obligados a dar alimentos a sus padres y a falta o por imposibilidad de los hijos, lo están los descendientes más próximos en grado.

En caso de ser imposible para los ascendientes o descendientes, la obligación recae en los hermanos de padre y madre o en los que fueran solamente de madre o padre. Faltando éstos tienen, obligación de ministrar alimentos los parientes colaterales dentro del cuarto grado.

El adoptante concubino y los hijos del adoptado tienen la obligación de darse alimentos en los casos que la tienen el padre y los hijos.

También los concubinos tiene la obligación recíproca de proporcionarse alimentos o en su caso al cesar la convivencia, la concubina o el concubinario que carezca de ingresos o bienes suficientes para su sostenimiento tiene derecho a una pensión alimenticia por un tiempo igual al que haya durado el concubinato.

PATRIA POTESTAD.

Es turno de hablar de la patria potestad de los hijos de concubinato, al respecto Galindo Garfias dice "la patria potestad toma su origen de la filiación Es una institución establecida por el derecho, con las finalidades de asistencia y protección de los menores no "emancipados" cuya filiación ha sido establecida legalmente ya se trate de hijos nacidos de matrimonio, de los hijos fuera de él o de los hijos adoptivos. Su ejercicio corresponde al progenitor o progenitores, respecto de los cuales ha quedado establecida legalmente la filiación (consanguínea o civil)" (62)

Hoy nuestra legislación civil no distingue la patria potestad en hijos de matrimonio o fuera de matrimonio, simplemente establece de manera general las bases para ejercer sobre cualquier hijo la patria potestad.

En el caso de hijos de concubinato o los procreados en cualquier otra relación, siendo menores de edad no "emancipados" estarán sujetos a la patria potestad que ejercerán sobre ellos los padres, a falta de ejercerla alguno de ellos le corresponde su ejercicio al otro, a falta de ambos padres, ejercerán la patria potestad sobre los menores, los ascendientes en segundo grado, en el orden que determine el juez de lo familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso.

Esta relación que nace entre los ascendientes y descendientes, debe ser de respeto y consideración mutua, cualquiera que sea su estado y condiciones, la patria potestad se ejercerá sobre la persona y los bienes de los hijos y su ejercicio queda sujeto, en cuanto a la guarda y educación de los menores.

En el caso de separación de los que ejercen la patria potestad, ambos deben continuar con el cumplimiento de sus deberes y sólo podrán convenir sobre quien estará a cargo de su guarda y custodia de los menores.

(62) GALINDO GARFIAS Ignacio. Op. Cit. Pág. 689

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Si no hay convenio el juez de lo familiar y de acuerdo al interés superior del menor, decidirá quién de ellos quedará a su cargo el cuidado y atención del o los menores, por lo que el otro estará obligado a colaborar con su alimentación y conservara los derechos de vigilancia y de convivencia con el menor, conforme al convenio establecido o resolución judicial.

Para los hijos adoptados por padres que se encuentran unidos por concubinato la ley expresa "Art. 419 "La Patria Potestad sobre el hijo adoptivo la ejercerán únicamente las personas que lo adopten."

Las personas que tienen al menor bajo su patria potestad o custodia tienen la obligación de educarlo convenientemente y la facultad de corregirlos y la obligación de observar buena conducta que sirva de ejemplo. También son legítimos representantes de los menores y tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen.

Cuando los que ejercen la patria potestad pasen a segundas nupcias, no perderán por ese hecho los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, así como tampoco, el cónyuge o concubino con quien se una ejercerá la patria potestad de los hijos de la unión anterior.

Sólo por mandato judicial podrá limitarse, suspenderse o perderse la patria potestad o el derecho de convivencias que gozan los padres para con sus menores hijos.

DERECHO A HEREDAR.

Por sucesión legítima el artículo 1602 fracción I concede el derecho a heredar a los descendientes, cónyuges, ascendientes, parientes colaterales dentro del cuarto grado y la concubina o el concubinario. Si se satisfacen en este caso los requisitos establecidos en el artículo 1635 del Código Civil.

De lo que podemos decir que al hacer referencia al artículo anterior a "descendientes" habla indistintamente de cualquier hijo, en el que entra sin lugar a

dudas los hijos de concubinato, quienes heredan por las reglas establecidas en la "sucesión de los descendientes."

En el caso de la muerte de ambos concubinos, quedarán sólo hijos, cada uno de ellos hereda por partes iguales.

En el caso de que además de los hijos sobreviva un concubino, a éste le corresponderá, la porción de un hijo, siempre y cuando carezca de bienes, o los que tienen al morir el autor de la sucesión, no igualan a la porción que a cada hijo debe corresponderle.

Cuando sobrevivan hijos y descendientes de ulterior grado, los primeros heredan por cabezas y los segundos por estirpes.

Si sólo quedaren descendientes de ulterior grado, la herencia se dividirá por estirpes y si en algunas de éstas hubiere herederos, la porción a que ella corresponde se dividirá por partes iguales.

Concurriendo hijos con ascendientes éstos sólo tendrán derecho a alimentos, que en ningún caso pueden excederse de la porción de uno de los hijos.

En el caso de hijos adoptados por padres de unión concubinaria también pasan a heredar.

Por otro lado de acuerdo al artículo 1368 del Código Civil para el Distrito Federal, encontramos que el testador debe dejar alimentos a sus "descendientes" sin haber distinción del tipo de calidad de los hijos, generalizando a todos, independientemente de la unión en la que fueron procreados. Por lo cual los hijos de concubinato heredan en este supuesto, así las cosas el testador está obligado a dejar alimentos a;

I. A los descendientes menores de 18 años respecto de los cuales tenga la obligación legal de proporcionar alimentos al momento de la muerte;

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

II. A los descendientes que están imposibilitados de trabajar, cualquiera que sea su edad, cuando existe la obligación a que se refiere la fracción anterior.

Entonces los hijos menores de 18 años y los descendientes imposibilitados de trabajar siendo aún, mayores tiene derecho de pedir alimentos a sus padres cuando estos últimos, tengan la obligación legal de proporcionárselos.

Este derecho puede ser exigido por los hijos, cuando hayan sido reconocidos por sus padres, hayan iniciado la investigación de paternidad o maternidad obteniendo sentencia favorable o bien cuando hayan nacido dentro del plazo en que se presumen hijos de los concubinos.

Cuando no fuere suficiente la masa hereditaria, para dar alimentos de todos aquéllos que tienen derecho a recibirlo, se ministrarán a los descendientes y al cónyuge supérstite a prorrata.

Es inoficioso el testamento en que no se deje la pensión alimenticia, según lo establecido en el artículo 1374 del Código Civil.

PATRIMONIO FAMILIAR

El patrimonio familiar es una institución de interés público, que tiene como objeto afectar uno o más bienes para proteger económicamente a la familia y sostener el hogar.

En efecto los bienes que constituyen el patrimonio familiar, no pueden ser enajenados o gravados, ni pueden ser embargados por los acreedores de los miembros de la familia para hacer pago de sus créditos.

Son considerados como patrimonio familiar la casa habitación y el mobiliario de uso doméstico y cotidiano; una parcela cultivable o los giros industriales y comerciales cuya explotación se haga entre los miembros de la familia; así como los utensilios propios de su actividad. En esta forma los bienes destinados para constituir el

patrimonio familiar quedan definitivamente vinculados a la satisfacción del bienestar familiar.

Pueden constituir el patrimonio familiar la madre, el padre o ambos, la concubina, el concubinario o ambos, la madre soltera o el padre soltero, las abuelas, los abuelos, las hijas y los hijos o cualquier persona que quiera constituirlo para proteger jurídica y económicamente a su familia.

Es decir, anteriormente a este estudio, los integrantes de la familia sólo tenían el derecho a disfrutar de esos bienes, ahora cualquiera de los miembros de la familia además de disfrutar de los bienes pueden constituir el patrimonio familiar, incluso los hijos de concubinato y los mismos concubinos.

La constitución del patrimonio familiar hace pasar la propiedad de los bienes a los efectos que los constituyen, es decir a los miembros de la familia beneficiada.

Los miembros de la familia beneficiada con el patrimonio familiar tienen derecho a disfrutar del patrimonio familiar pero también la obligación de habitar la casa, explotar el comercio y la industria y de cultivar la parcela. Este derecho beneficia a los hijos supervenientes. El valor máximo para constituir el patrimonio familiar es multiplicando el factor 10,950 por el importe de tres salarios mínimos generales vigentes en el Distrito Federal en el momento en que se constituye el patrimonio de familia.

De lo anterior se desprende que los hijos procreados en una unión de concubinato han adquirido igualdad de derechos que los hijos legítimos, y hoy en día no existe clasificación alguna de ningún tipo para considerarlos como hijos habidos fuera de matrimonio, se procuró que tanto unos como otros gozaran de los mismos derechos y que no dependieran éstos de la conducta o ilícitos de sus padres.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPÍTULO TERCERO
DERECHOS SUCESORIOS ENTRE CONCUBINOS

- 3.1 CONCEPTO DE SUCESIONES
- 3.2 TIPOS DE SUCESIÓN
- 3.3 SUCESIÓN LEGÍTIMA
- 3.4 DERECHO A HEREDAR POR SUCESIÓN LEGÍTIMA
- 3.5 DE LA SUCESIÓN ENTRE CONCUBINOS
- 3.6 SUCESIÓN TESTAMENTARIA
- 3.7 LIBRE TESTAMENTIFACCIÓN
- 3.8 CAPACIDAD PARA TESTAR
- 3.9 CAPACIDAD PARA HEREDAR
- 3.10 DE LAS CONDICIONES QUE PUEDEN PONERSE EN LOS TESTAMENTOS
- 3.11 DE LOS BIENES DE QUE SE PUEDEN DISPONER POR TESTAMENTO
- 3.12 DE LOS TESTAMENTOS INOFICIOSOS

CAPÍTULO TERCERO

DERECHOS SUCESORIOS ENTRE CONCUBINOS

3.1. CONCEPTO DE SUCESIONES

En lenguaje común sucesión es una relación de momento, es la continuación de una persona o cosa en lugar de otra. Para el derecho el concepto sucesión significa que una persona sustituye a otra en la titularidad de sus derechos y relaciones jurídicas es decir hay cambio del sujeto pero no del objeto de la relación.

Puede haber sucesiones *inter vivos* entre personas físicas que es siempre a título particular, sobre un determinado bien (el comprador sucede al vendedor, el donatario al donante). En cambio la sucesión "*mortis causa*", el autor ya no se encuentra entre nosotros; concluyó su personalidad y su patrimonio pasa a un nuevo titular, este puede ser a título universal (herencia) y a título particular (legado).

En tal sentido, nuestro estudio se refiere a la sucesión "*mortis causa*", que es el hecho mediante el cual, al morir una persona deja a otra la continuación de todos sus deberes y derechos. Esta concepción de la sucesión, nos viene del derecho romano, que se resume en esta forma: "La muerte pone fin a la persona física del individuo, pero su patrimonio no desaparece con él. Bajo el nombre de "*hereditas*" continúa formando una entidad jurídica aparte, un conjunto de derechos; "*universitas juris*", que pasa a un nuevo titular. Éste, el heredero, reemplaza al difunto en su soberanía patrimonial. Es el continuador de su persona jurídica, está investido de sus derechos y obligado por sus cargas. Es este reemplazo del titular del patrimonio por otro, esta transmisión global de bienes, lo que se llama sucesión,". (63)

En Roma, la sucesión no se limitaba a la esfera patrimonial del difunto sino que el heredero representaba al autor en el ámbito religioso; transmisión de la soberanía

(63) ARCE Y CERVANTES José. De las Sucesiones; 3ª edición. Editorial Porrúa S.A. México. 1992, Pág. 3.



doméstica y en la continuación del culto.

"Planiol define la sucesión como la transmisión del patrimonio entero de un difunto a una o varias personas vivas", El muerto es aquél de "cujus successione agitar" (de cuya sucesión se trata), es el autor de la herencia."(64)

Sucesión que se funda en la necesidad de que el patrimonio no quede desprovisto por muerte de su titular y que este mismo pase a otra o varias personas (que reemplacen, al titular del patrimonio) que jurídicamente les corresponde reemplazar al titular del patrimonio.

José Castán Tobañes, define la sucesión "como la continuación o sucesión por modo unitario, en la titularidad del complejo formado por aquéllas relaciones jurídicas patrimoniales, activas y pasivas, de un sujeto fallecido, que no se extinguen por su muerte; sucesión que produce también ciertas consecuencias de carácter extramatrimonial y atribuye al heredero una situación jurídica modificada y nueva en determinados aspectos.

Para el Código Civil, sucesión es sinónimo de herencia, en este sentido, el artículo 1281 hace referencia a la herencia en los siguientes términos "Herencia es la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos los derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte." Por lo tanto la sucesión o herencia es la transmisión de todos los derechos y obligaciones, activos o pasivos de un difunto que no se extinguen por su muerte.

La regla general consiste en que todos los derechos y obligaciones de las personas trascienden a su muerte, excepto aquéllos en que la ley establece lo contrario. Entre los derechos que se extinguen con la muerte encontramos los siguientes: el usufructo, el uso y el derecho de habitación, los derivados de relaciones

(64) DE IBARROLLA, Antonio. Cosas y Sucesiones; 3ª edición. Editorial Porrúa. S.A. México 1997. Pág. 647.

personálissimas, como el parentesco, el matrimonio, la patria potestad, los provenientes de relaciones "intuitu personae", como el mandato, la prestación de servicios personales, los derechos políticos también se extinguen con la muerte, por ejemplo el derecho de votar.

De lo anterior se puede establecer la existencia de personas esenciales en una sucesión a saber son; el que transmite (causante autor de la herencia). Y el que adquiere (sucesor heredero) recibe a título universal o a título particular.

En este sentido, a la muerte del autor de la sucesión, los herederos adquieren derecho a la masa hereditaria como un patrimonio común, mientras no se hace la división. Para hacer valer estos derechos sucesorios, se debe probar por los medios legales el fallecimiento del de "cujus", habrá de exhibirse el acta de defunción, que contiene la fecha y hora de fallecimiento. Solamente cuando no existan registros, se hayan perdido, estuvieran ilegibles, o faltaran las hojas en que se pueda suponer que se encontraba el acta, se podrá recibir prueba del acto por instrumentos o testigos.

La persona que adquiere bienes específicamente determinados por el autor de la herencia, que recibe el nombre de legatario, es el adquirente a título particular. El legatario sólo puede ser instituido en el testamento, no existen legatarios por disposición de la ley. El legatario no tiene más cargas que las que expresamente le imponga el testador, sin perjuicio de su responsabilidad subsidiaria con los herederos. La adquisición es inmediata; los bienes no pasan nunca a ser por un sólo momento "res nullius".

Para que alguno sea heredero de un causante, no basta que se produzca la apertura de la sucesión, esto es que muera el causante, sino que la persona en cuestión debe ser llamada a la herencia de aquél. Para ello debe existir un llamado fundamento de vocación, es decir un supuesto de hecho de determinada clase, el cual la ley une la consecuencia de que la persona que se encuentra en esta relación de hecho puede heredar del fallecido. Dicho llamamiento puede ser hecho por el testador (sucesión testamentaria), también puede ser hecho por la ley, supliendo la

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

voluntad presunta del de "cujus" (sucesión intestada), o en parte por el testador y en parte por la ley (sucesión mixta).

En conclusión, resulta evidente que la sucesión se produce en el momento de la muerte del autor de la herencia, transmitiendo desde ese instante, su patrimonio, derechos y obligaciones a los herederos y legatarios.

3.2. TIPOS DE SUCESIÓN

La sucesión "mortis causa" se clasifica, en cuanto a la voluntad del testador llamada sucesión testamentaria, o por disposición de la ley, sucesión legítima.

En relación a la primera, deja a la persona en libertad de elegir ella misma a sus sucesores (o sea nombrar herederos y atribuirles su herencia) y dejar determinados bienes a legatarios por medio de un acto jurídico llamado testamento, por el cual se puede disponer de sus bienes para cuando fallezca, como lo estime más conveniente, sin más limitación que la obligación de dejar alimentos en ciertos casos, a las personas que establece la ley. El testamento eficaz, llamado también disposición de última voluntad, da origen a la sucesión testamentaria y a la llamada invitación que reciben los herederos para heredar por testamento se le conoce con el nombre de vocación hereditaria por testamento.

En lo concerniente a la sucesión legítima o "ab intestato" o intestada, se confiere en virtud de la ley y se presenta cuando no hay testamento o de existir no comprende todos sus bienes. Esta situación da origen a la sucesión legítima (porque se origina en la ley "ex lege"). Cuando no hay testamento eficaz o sí el que hubiere no comprende todos los bienes, la ley llama como herederos de todos los bienes a los parientes más próximos (vocación legal) y en caso de falta de parientes próximos en la ley, a la Beneficencia Pública.

"Pueden coexistir los dos supuestos en una misma sucesión o sea que, al propio tiempo, sea testamentaria y legítima (sucesión mixta) lo que no quiere decir que existan dos sucesiones de una misma persona porque no puede haberlas, sino una

sola sucesión basada en dos supuestos o llamamientos. Lo que sucede en este caso es que unas personas son herederas o legatarias de aquellos bienes de que dispuso el testador en su testamento y otras son llamadas por la ley como herederos legítimos de aquellos otros bienes de los cuales no dispuso.”(65)

El supuesto de la muerte es común para la sucesión testamentaria y legítima. La sucesión se abre en el momento en que muere el autor de la herencia, a la muerte se le llama técnicamente apertura de la herencia, aún cuando materialmente no se haya radicado el juicio en ningún juzgado la herencia se ha abierto en el instante mismo de la muerte. Pero no hay que olvidar que también se tiene derecho a la sucesión testamentaria o legítima cuando se declara la presunción de muerte de un ausente.

3.3. SUCESIÓN LEGÍTIMA

La sucesión legítima, legal o intestada, se da cuando el autor de la herencia, ha fallecido, sin haber expresado mediante testamento su última voluntad en relación a quién o quiénes hubiere deseado dejar sus bienes; por lo cual otra persona es llamada por la ley a ocupar su lugar, para continuar las relaciones patrimoniales del difunto “ En tal evento, el legislador “ pensó” o “imaginó”, cuál podría ser la voluntad de una persona que fallece sin haber hecho testamento, y a quiénes hubiere deseado que se le dejaran sus bienes y derechos pecuniarios que no se extinguen con su muerte. Es así entonces, que el legislador establece una relación de sucesión “mortis causa”, atendiendo básicamente a los sentimientos que se sabe son comunes o normales, creados por el parentesco y por el matrimonio o el concubinato”. (66)

Así las cosas el legislador suple la voluntad y presume que la intención del autor de la herencia, hubiere sido que lo sucedieran en sus bienes para después de su muerte; sus descendientes, por ser parientes consanguíneos más próximos; junto con ellos en su caso su cónyuge supérstite (viuda); a falta de estos seguramente hubiera

(65) ARCE Y CERVANTES José. Op. Cit. Pág. 31

(66) GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ Ernesto; Op. Cit. Pág. 223

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

deseado que lo sucedieran sus ascendientes y después sus colaterales más próximos y también la concubina o el concubinario. Si faltare alguna de las personas antes citadas, el Estado lo recibirá todo para dedicarlo a la Beneficencia Pública.

Es así como el artículo 1602 del Código Civil dispone lo siguiente:

Art. 1602. Tienen derecho a heredar por sucesión legítima

I. Los descendientes, cónyuges, ascendientes, parientes colaterales dentro del cuarto grado y la concubina y el concubinario, si se satisfacen en este caso los requisitos señalados por el artículo 1635;

II. A falta de los anteriores la Beneficencia Pública.

La ley establece que la sucesión legítima ha de abrirse cuando el autor de la herencia, no haya dejado testamento; cuando el que se otorgó es nulo o perdió su validez (claro ejemplo es haber otorgado testamento siendo menor de dieciséis años, por error o violencia o por falta de forma); cuando el testador no dispuso de todos sus bienes (este caso se puede presentar cuando el testador revoca su testamento y no otorga uno nuevo o si revocando un primer testamento, otorga un segundo, pero en este último no dispone de todos sus bienes), cuando no se cumpla la condición impuesta al heredero; y cuando el heredero instituido muere antes que el testador y no tiene designado sustituto o el heredero instituido repudia la herencia o es incapaz de heredar y tampoco se le ha nombrado sustituto. Por lo que el intestado puede ser total o parcial, según la falta o ineficacia del testamento o que la disposición testamentaria, abarque todo o parte de los bienes del autor.

De acuerdo con lo anterior, si el concubino al fallecer deja una situación que se encuadre en algunas de las mencionadas hipótesis tiene el concubino sobreviviente derecho a heredar siempre que éste también llene los requisitos establecidos en el artículo 1602 fracción I del Código Civil, que a su vez nos remite a los artículos 1635 y 291 Bis del citado ordenamiento, en los cuales se establecen que los concubinos tienen derecho a heredar siempre y cuando la concubina y el concubinario sin impedimentos legales para contraer matrimonio, han vivido en común en forma constante y permanente por el período mínimo de dos años sin ser necesario el transcurso del

período señalado cuando reunidos los demás requisitos tengan un hijo en común. Si con una misma persona se establecen varias uniones del tipo antes descrito en ninguna se reputará concubinato.

Una vez mencionados los casos en que se abre la sucesión legítima, es menester hablar de las reglas generales que rigen a toda sucesión intestada; como primer punto, señalare que sólo tienen derecho a heredar las personas designadas por la ley a saber son: los descendientes, cónyuges, ascendientes, parientes colaterales dentro del cuarto grado, la concubina y el concubinario a falta de todos ellos la Beneficencia Pública. El orden establece un criterio de preferencia de modo que la existencia de un solo pariente de orden preferente excluye totalmente la herencia a los de orden posterior, y dentro de cada orden, hay preferencia de grados, es decir los parientes más próximos excluyen a los más remotos excepto en los casos de sustitución legal cuando concurren hijos del autor de la herencia y descendientes de ulterior grado del mismo o sólo estos últimos por premuerte de los padres de tales descendientes o porque hayan sido incapaces de heredar o hayan repudiado la herencia; y cuando concurren hermanos del de "cujus", con sobrinos del mismo, hijos de hermanos o de medios hermanos premuertos, que sean incapaces de heredar o que hayan renunciado a la herencia. En estos casos los nietos y los sobrinos (o descendientes de otros grados) heredan por estirpes y entre ellos por cabezas. Tampoco es aplicable esta regla en el caso de concurrir ascendientes con descendientes pues los ascendientes tienen derecho a recibir alimentos.

En este mismo orden de ideas, existe la regla de que los parientes del mismo grado heredan por partes iguales, excepto habiendo entrado a la herencia por estirpe, también es aplicable esta regla en el caso de la herencia por líneas de los ascendientes de segundo o ulterior grado.

Los parentescos que dan derecho a heredar por sucesión intestada son el consanguíneo y el civil, ya que el parentesco por afinidad no da derecho a heredar, tal y como lo establece el artículo 1603 del Código Civil.

El parentesco por consanguinidad da derecho a heredar sin limitación de grado en



la línea recta y en la colateral hasta el cuarto grado.

Las líneas y grados de parentesco se arreglarán por las disposiciones relativas al parentesco.

La línea recta excluye a la colateral, en el caso por ejemplo de que concurriera un abuelo y un hermano del de "cujus", aunque ambos son parientes en segundo grado, el abuelo excluye al heredero.

A su vez, tenemos tres formas de heredar; puede ser por cabezas o por derecho propio; por líneas y por estirpes o derecho de representación, estas tres formas rigen generalmente, con algunas excepciones:

Se hereda por cabezas o por derecho propio, cuando el heredero es llamado directamente por la ley a suceder, es decir no es llamado a la herencia en representación de otro. La herencia por cabezas la tenemos en todos los hijos, en los padres y en los colaterales. Pero en los descendientes de segundo o ulterior grado y en los sobrinos la herencia es por estirpes.

"La herencia por líneas se presenta en los ascendientes de segundo o de ulterior grado; es decir procede respecto de los abuelos, bisabuelos, etc. Los padres o ascendientes de primer grado no heredan por líneas, sino por cabezas. La herencia por líneas se caracteriza en que se divide en dos partes: herencia paterna y materna; independientemente de que en una línea paterna sólo haya un abuelo y en la materna los dos abuelos. La herencia se divide en dos partes y después cada mitad se subdivide en el número de ascendientes de cada línea."(67)

En el caso de la herencia por estirpes o por representación o sustitución, se da cuando la ley determina que en lugar del probable heredero, que había sido llamado por cabeza, deben entrar otra u otras personas a heredar, la porción que le hubiere

(67) ROJINA VILLEJAS Rafael. Op. Cit. Pág. 411

correspondido al sustituto. Hay herencia por estirpes cuando un descendiente entra a heredar en lugar de un ascendiente. El hijo puede entrar a heredar en representación de su padre, cuando éste ha muerto antes que el de "cujus". En estos casos sus descendientes tienen en la línea recta el derecho de sustituirlo y en la colateral sólo existe a favor de los sobrinos, es decir hijos de hermanos del autor de la sucesión.

3.4. DERECHO A HEREDAR POR SUCESIÓN LEGÍTIMA

Art. 1602. Tiene derecho a heredar por sucesión legítima:

I. Los descendientes, cónyuges, ascendientes, parientes colaterales dentro del cuarto grado y la concubina o el concubinario si se satisfacen en este caso los requisitos señalados por el artículo 1635;

II. A falta de los anteriores la Beneficencia Pública.

Este orden en la norma, es riguroso e inalterable, no pueden heredar primero los colaterales, o los ascendientes, sino que siempre en primer lugar deben heredar los descendientes y el cónyuge supérstite.

SUCESIÓN DE LOS DESCENDIENTES

Las personas que tienen derecho a la herencia legítima son los descendientes, es decir los hijos quienes excluyen a los nietos; éstos a los bisnietos, por lo que se cumple la regla general el pariente más próximo excluye al más remoto, salvo algunas excepciones que, más adelante señalaremos. Entonces podemos señalar que si a la muerte de los padres quedaren sólo hijos, la herencia se dividirá en partes iguales.

Si concurrieren descendientes con el cónyuge supérstite a éste le corresponderá una parte igual al de los hijos, si no tiene bienes; si los tiene pero su cuantía es inferior a esa parte, tiene derecho a recibir la cantidad necesaria para igualar la parte de su hijo.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Si el autor de la herencia al momento del fallecimiento le sobreviven hijos, con descendientes de ulterior grado (nietos, bisnietos, chosnos etc.). Los hijos heredan por cabeza y los de ulterior grado por estirpe. Aquí se presenta una excepción a la regla de los parientes más próximos excluyen al más remoto, pues en el caso de los nietos, estos heredan en representación de su padre muerto.

Es importante hacer notar que la estirpe de los descendientes no tiene límite, pensemos que el primer nieto también falleció antes que el autor de la herencia, habiéndole sobrevivido un hijo, o sea un bisnieto del de "cujus", en este caso la parte que le iba a corresponder al primer nieto le corresponderá al bisnieto. Si sólo quedaren descendientes de ulterior grado la herencia se divide en estirpes y si en algunas de estas hubiere varios herederos, la porción que a ella le corresponde se dividirá por partes iguales.

Por otra parte, si concurren descendientes (hijos, nietos, bisnietos, etc.) con ascendientes del de "cujus" (padres, abuelos, etc.), los descendientes serán los herederos, pero los ascendientes tendrán derecho a una pensión alimenticia.

El adoptado hereda como hijo. Concurriendo padres adoptantes y descendientes del adoptado los primeros sólo tendrán derecho a alimentos.

SUCESIÓN DEL CÓNYUGE O CONCUBINO

Debemos recordar que el artículo 1635, dispone que la concubina y el concubinario tienen derecho a heredarse recíprocamente aplicándose las disposiciones relativas a la sucesión del cónyuge, siempre que se cumpla con los requisitos a que se refiere el Capítulo XI del Título Quinto del Libro Primero del Código Civil relativos al concubinato, en tal sentido las reglas para heredar ambos concubinos son las mismas que se aplican para el cónyuge supérstite, por lo que al mencionar al cónyuge también estaremos refiriendo al concubino.

Si concurre el cónyuge con descendientes del autor de la herencia, se puede dar dos supuestos;

Que el cónyuge no tenga bienes propios. En este caso heredará como si fuese un hijo. En consecuencia la herencia se dividirá entre los hijos del de "cujus" y el cónyuge supérstite, por partes iguales. Si el cónyuge tiene bienes pero la cuantía de estos no iguala el monto de la porción que le corresponde a cada hijo. En este caso tiene derecho de heredar, pero su porción hereditaria no será igual que las correspondientes a los hijos, sino que recibirá lo que basta para igualar sus bienes propios más los heredados, con la porción que le corresponda a cada hijo.

Si sólo concurre cónyuge supérstite con ascendientes del de "cujus", el caudal hereditario deberá repartirse en dos mitades, una de ellas será para el cónyuge y la otra mitad será para los ascendientes, sin importar en este caso el que el cónyuge tenga o no bienes propios.

Si concurre el cónyuge del adoptado, con los adoptantes dos terceras partes de la herencia serán para el cónyuge y el tercio restante será para los adoptantes.

En el caso de que concurra cónyuge supérstite con hermanos del autor de la herencia, serán dos terceras partes para el cónyuge y el tercio restante para los hermanos. A falta de descendientes, ascendientes y hermanos el cónyuge sucederá en todos los bienes.

SUCESIÓN DE LOS ASCENDIENTES

Si viven los padres, a falta de descendientes y cónyuge, la herencia se dividirá en dos partes que respectivamente se aplican al padre y a la madre. Éstos excluyen a los abuelos y ascendientes de ulterior grado. Si muere alguno de los padres, el que sobreviva recibirá íntegramente la herencia, no importando que existan ascendientes en la línea del padre premuerto.

Si sólo hubiere ascendientes de ulterior grado (abuelo, bisabuelo) la herencia se dividirá en dos líneas, una para los ascendientes de línea paterna y otra a la línea materna, siempre y cuando los ascendientes paternos y maternos sean en el mismo grado, puesto que si concurren ascendientes más cercanos de una línea con

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

ascendientes más lejanos de la otra; los primeros excluyen a los segundos. Los miembros de cada línea se dividirán por partes iguales la porción que le corresponda.

Si sólo hubiere ascendientes de ulterior grado por una línea, se dividirá la herencia por partes iguales. Aquí hay una excepción al principio de los parientes más próximos excluyendo a los más remotos, en virtud de que muertos los padres, la herencia se distribuye por partes iguales entre los ascendientes de la línea relativa.

Si concurren ascendientes del adoptado (padres, abuelos, etc.) con adoptantes la herencia se dividirá por partes iguales entre los adoptantes y los ascendientes. Si concurre el cónyuge adoptado con los adoptantes, las dos terceras partes de la herencia corresponden al cónyuge y la otra tercera parte a los que hicieron la adopción.

SUCESIÓN DE LOS COLATERALES

Cuando concurren a la herencia descendientes o ascendientes del autor de la misma, los colaterales quedan excluidos.

Si concurren hermanos del autor de la herencia se dividirán entre ellos el caudal hereditario. Si concurren hermanos con medios hermanos, aquéllos heredarán doble porción que éstos.

Si concurren hermanos con sobrinos, hijos de hermanos o de medios hermanos premuertos que sean incapaces de heredar o que hayan renunciado la herencia, los primeros heredarán por cabezas y los segundos por estirpes. De nuevo nos encontramos con la excepción a la regla de los parientes más próximos excluyen a los más remotos, pues la estirpe entra a adquirir la porción que le hubiere correspondido a la cabeza que sustituye, en este caso la estirpe la forman los hijos del hermano al que sustituyen, sin continuarse hacia los demás descendientes del hermano.

"El artículo 1634 dispone la regla final en relación con los parientes del autor de la herencia, indicando que los demás parientes, dentro del cuarto grado, del autor de la

herencia, se repartirán el caudal hereditario por partes iguales, sin olvidar la regla de que los parientes más próximos excluyen a los más lejanos. Por ejemplo los tíos excluyen a los sobrino-nietos, a los primos, a los tíos abuelos, etc.

Los parientes en la línea colateral que sean más allá del cuarto grado no tienen derecho a heredar al autor de la herencia.”(68)

SUCESIÓN DE LA BENEFICIENCIA PÚBLICA.

Los artículos 1636 y 1637 del Código sustantivo dispone que a falta de todos los herederos llamados por la ley, entonces heredera la Beneficencia Pública, disponiendo que si la Constitución en su artículo 27 le prohíbe adquirir bienes inmuebles y dentro del caudal hereditario hubiere bienes de dicha especie, deberán subastarse dichos bienes para entregar a la beneficencia el producto de los mismos.

De lo que podemos concluir que por vía de sucesión legítima a falta de descendientes, cónyuges, ascendientes y colaterales dentro del cuarto grado, pasan a heredar la concubina y el concubinario con las mismas reglas a que tiene derecho a heredar los cónyuges, bastando como requisitos que ambos concubinos sin impedimento legal alguno para contraer matrimonio hayan vivido en común en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años, no siendo necesario el transcurso del tiempo antes señalado cuando tengan en común un hijo. Pero sin embargo habiendo varias relaciones de este tipo en ninguna se reputará concubinato y por consiguiente no tendrán derecho a heredar ninguna de las personas que se unieron en concubinato.

3.5. DE LA SUCESIÓN ENTRE CONCUBINOS

En un principio por vía de sucesión legítima sólo tenían derecho a la herencia la mujer en el concubinato, su participación en el haber hereditario era menor al de la

(68) ASPRON PELAYO Juan M. Sucesiones: 1ª edición. México. Editorial Mc. Graw-Hill. 1996.



esposa. Pero debido a una substancial reforma al artículo 1635 del Código Civil en fecha 27 de diciembre de 1983, con entrada en vigor el 27 de Marzo de 1984, se concedió el derecho del concubinario y de la concubina a heredarse recíprocamente, aplicándose las disposiciones establecidas para el cónyuge. Lo cual resultó del todo lógico; pues si el varón y la mujer para ser concubinos necesitaban vivir como si fueran esposos, debía seguirse la misma regla para la sucesión. De hecho el mismo precepto legal; nos establecía los requisitos necesarios para ser considerado concubino con derecho a heredar, a saber eran:

Que al momento de la muerte del autor de la herencia, los concubinos vivieran juntos, como si fueran cónyuges durante los cinco años anteriores al deceso de uno de ellos, pudiendo ser dicho plazo menor sólo en el caso de que hubieren tenido hijos en común, siempre que ambos estuvieren libres de matrimonio durante el concubinato y que el sobreviviente no tenga otras concubinas o concubinarios. Por lo tanto era inconcuso que para que la relación sexual que se entabla entre un hombre y una mujer pueda dar origen al derecho de heredarse entre ellos, necesariamente debía tener las características del matrimonio, al exigirse que los concubinos hayan vivido juntos como si fueran cónyuges.

Posteriormente nuevas reformas al artículo 1635 del Código Civil para el Distrito Federal con publicación en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el día 25 de mayo del 2000, cambio la redacción del precepto citado, hoy en día quedo de la siguiente manera:

"Art. 1635. "La concubina y el concubinario tienen derecho a heredarse recíprocamente aplicándose las disposiciones relativas a la sucesión del cónyuge, siempre que reúnan los requisitos a que se refiere el capítulo XI del Título Quinto del Libro Primero de este Código" En el mencionado capítulo se desprenden los requisitos que deben satisfacer los concubinos para tener derechos sucesorios y que consisten:

En que la concubina y el concubinario, sin impedimento legal para contraer matrimonio, hayan vivido en común en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años, sin ser necesario el transcurso del tiempo señalado,

cuando reunidos los demás requisitos tengan un hijo en común y de igual manera si con una misma persona se establecen varias uniones del tipo antes descrito en ninguna se reputará concubinato.

Como se puede observar es menor el plazo de 5 a 2 años, para que los concubinos por vía legítima tengan derechos sucesorios en caso de muerte de alguno de ellos.

Ahora bien, para regular las sucesiones en este tipo de figura, se aplican las disposiciones que rigen las sucesiones de los cónyuges, por lo que siguiendo esta línea el concubino sobreviviente tiene el derecho de un hijo cuando concurra con descendiente y será así cuando carezca de bienes o los que posee no igualen a la porción que corresponda a los hijos. Si el concubinario tiene bienes pero la cuantía de éstos no iguale al monto de la porción que le corresponda a cada hijo. En este caso tiene derecho de heredar, pero su porción hereditaria no será igual que las correspondientes a los hijos, sino que recibirá lo que baste para igualar sus bienes propios más los heredados, con la porción que le corresponda a cada hijo.

Cuando concurre el concubino con ascendientes, la herencia se dividirá en dos partes iguales, de ellas se aplicará una mitad a los ascendientes y la otra a la concubina o el concubinario.

Cuando el concubino fallecido tenga hermanos, al que sobreviva se le aplicarán dos tercios de la herencia y el tercio restante será para los hermanos de conformidad con los artículos 1627 y 1628 del Código Civil. Tratándose de concurrencia con ascendientes o hermanos del concubino fallecido, el sobreviviente tendrá derecho a heredar aun cuando tenga bienes propios.

A falta de descendientes, ascendientes y hermanos, el concubino sucederá en todos los bienes.

En lo que se refiere a la sucesión testamentaria, el artículo 1368 fracción V del Código Civil para el Distrito Federal, nos señala que entre las personas a quien el

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

testador está obligado a dar alimentos es a la persona con quien el testador vivió como si fuera su cónyuge durante los 5 años que precedieron inmediatamente a su muerte o con quien tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato y que el superviviente esté impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes. Este derecho sólo subsistirá mientras la persona de que se trate no contralga nupcias y observe buena conducta. Si fueren varias las personas con quien el testador vivió como si fueren su cónyuge, ninguna de ellas tendrá derecho a alimentos.

Por lo que podemos argumentar que la concubina y el concubinario tienen derechos recíprocos a heredarse por vía de sucesión legítima y testamentaria con la única diferencia que para la sucesión intestada o legítima se requiere del término de dos años de vivir de manera constante y permanente para que se repunte concubinato y en la sucesión testamentaria el requisito del período de convivencia entre concubinos es de cinco años, términos que no se encuentran congruentes para ambas sucesiones y que es materia de nuestro estudio que más adelante analizaremos con más detenimiento. No se debe olvidar que para los dos casos anteriores no es necesario el transcurso del tiempo cuando se tenga un hijo en común además de cumplir con los requisitos que para el caso en concreto nos señale la ley.

3.6. SUCESIÓN TESTAMENTARIA

"La sucesión testamentaria encuentra su fundamento sustancial en la necesidad de garantizar al individuo el completo dominio de los propios bienes, no sólo durante la vida, sino después de la muerte, para satisfacer sentimientos de afecto, de gratitud, de caridad que no pueden y no deben tener su límite insalvable en la muerte"(69)

En otras palabras toda persona capaz puede disponer de sus bienes por su libre voluntad, después de su muerte, por medio de un acto jurídico llamado testamento.

(69) ARCE Y CERVANTES José. Op. Cit. Pág.36

3.7. LIBRE TESTAMENTIFICACION

El sistema de la libre testamentificación constituye la base fundamental del derecho testamentario, toda vez que permite la disposición de los bienes y derechos de una persona física para después de su muerte, sin más limitaciones que las que la ley establece expresamente sólo por la protección de los intereses particulares que pudieren resultar afectados en perjuicio del interés general.

Para el profesor Ernesto Gutiérrez y González, la libre testamentificación es "la libertad absoluta, sin limitación alguna, para disponer de sus bienes y derechos pecuniarios que no se extinguen con su muerte, a favor de la o las personas que él desee, sin consideración de parentesco o determinación de la ley."(70)

Esta libertad de disponer de todos los bienes y derechos de índole pecuniario se realiza a través del testamento, acto que va a surtir efectos "post mortem", esto es para después de su muerte. Actualmente el sistema de la libre testamentificación permite la transmisión de los bienes y derechos que no se extinguen por la muerte a las personas que designa el testador, con la condición de respetar y cumplir las obligaciones alimenticias pendientes a la fecha del fallecimiento en los términos señalados en el artículo 1368 del Código Civil.

Como anteriormente se señaló, la libertad de testar se realiza a través de un testamento, al cual podemos definir como el acto jurídico en donde se constituye la expresión de la voluntad del autor, manifestada con la intención de producir consecuencias de derecho. Es unilateral, porque basta la expresión de la voluntad del autor sujeta a las formalidades y a los requisitos que la ley establece, para que adquiera existencia y validez, sin que sea necesaria y aun excluyendo totalmente el acuerdo o la concurrencia de otras voluntades. Si el heredero acepta o repudia la herencia, el testamento producirá o dejará de producir los efectos deseados por el autor, sin que por ello se afecte su existencia y su validez. Finalmente el testamento

(70) GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ Ernesto. Op. Cit. Pág. 177

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

es un acto jurídico "sui generis" porque la voluntad del autor, que es la suprema ley de la sucesión testamentaria, tiene que sujetarse a un conjunto específicamente determinado de normas jurídicas relativas a la capacidad para testar, a las formalidades para otorgar el testamento, a la licitud en el objeto y fin de las instituciones que haga y a la validez de las condiciones que pretende imponer. Todas esas normas son de tal modo específicas para el testamento que como en el caso de las condiciones y de las nulidades, se apartan a veces irreconciliablemente de las reglas aplicables a los demás actos jurídicos.

3.8. CAPACIDAD PARA TESTAR

La regla general es que pueden testar todas aquellas personas a quienes la ley no prohíbe expresamente ese derecho. La capacidad de testar a que se refiere la ley es la capacidad de ejercicio cuyas limitaciones provienen de la edad, de la falta o de la deficiencia del cabal juicio o de los casos expresamente señalados por la ley.

Tienen incapacidad general para hacer testamento de conformidad con el artículo 1306 del Código Civil las personas que no han cumplido 16 años ya sea hombre o mujer; y las personas que habitualmente o incidentalmente no disfrutan de su cabal juicio.

En materia de sucesiones se permite que una persona menor de edad pueda testar. "Aquí la ley reduce la edad con respecto a la capacidad para contraer obligaciones. La razón de esto es que el menor de edad al testar no contrae ninguna obligación ni compromete su patrimonio y, por otra parte, la ley lo considera con criterio suficiente para hacer disposición "mortis causa."(71)

La duda es si debe entenderse cumplidos los 16 años de momento a momento o por años, para Polacco y Planiol, la edad deber contarse de momento a momento por lo que habría que atender a la hora del nacimiento para determinar la capacidad del testador.

(71)ARCE Y CERVANTES José. Op. Cit. Pág. 62

Lo referente a la incapacidad de las personas que habitualmente no disfrutan de su cabal juicio hay una excepción a la regla, pues la ley permite el testamento hecho por un demente en un intervalo de lucidez, para tal efecto su tutor o la familia de aquél presentaran por escrito una solicitud al juez, y este nombrara dos médicos de preferencia especialistas en la materia para que examinen al enfermo y dictaminen su estado mental, el resultado del reconocimiento se hará constar en acta formal. Si este fuere favorable se procederá a la formación del testamento ante notario público con todas las solemnidades que requieren los testamentos públicos abiertos, mismo que será firmada por el notario, los testigos, médicos y juez que intervinieron en el reconocimiento, poniendo al pie del testamento que durante el acto conservo el paciente lucidez del juicio, sin este requisito, será nulo el testamento.

No están privados de la capacidad general para testar los ebrios consuetudinarios, los pródigos, los que no puedan o no sepan leer, los sordos que puedan escribir, mientras no entren dentro de los casos de incapacidad por minoría de edad o demencia.

Hay pues incapacidades relativas en cuanto a la forma: no pueden otorgar testamento público abierto el que no puede expresar cumplida y claramente su voluntad; los que no saben o no pueden leer, son inhábiles para hacer testamento público cerrado; el demente en un intervalo de lucidez, no puede hacer otro testamento que el público abierto; el menor de edad no puede hacer el ológrafo.

El testamento del incapaz, sigue siendo nulo aún cuando éste recobre la capacidad.

En el caso del concubinato la ley no señala edad alguna para tener derecho a testar, pero sin embargo siguiendo la regla que establece el artículo 1305 del Código Civil, toda persona tiene capacidad de testar con el sólo hecho de ser mayor de 16 años, ya sea hombres o mujeres, prohibiendo el ejercicio de este derecho a los menores de 16 años y a los que habitualmente o accidentalmente no disfrutan de su cabal juicio salvo la excepción de que el demente tenga un intervalo de lucidez y en ese momento realice su testamento el cual será perfectamente válido.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

3.9 CAPACIDAD PARA HEREDAR.

Ninguna persona está privada absolutamente de la capacidad de ser heredera pero ciertas personas no pueden serlo, al respecto el artículo 1313 del Código Civil, establece lo siguiente "Todos los habitantes del Distrito Federal de cualquier edad que sean, tienen capacidad para heredar, y no pueden ser privados de ella de un modo absoluto, pero en relación a ciertas personas y a determinados bienes, pueden perderla por alguna de las causas siguientes: falta de personalidad, delito, presunción de influencia contraria a la libertad del testador, o a la verdad o integridad del testamento, falta de reciprocidad internacional, utilidad pública, renuncia o remoción de algún cargo conferido en el testamento. Por tanto podemos afirmar que la capacidad es la regla y las incapacidades las excepciones.

INCAPACIDAD POR FALTA DE PERSONALIDAD

Por falta de personalidad no pueden ser herederos, los que hayan fallecido antes que el autor de la herencia (fenómeno llamado premoriencia) puesto que la personalidad se adquiere por el nacimiento. También son incapaces de heredar, los que no están concebidos al momento del fallecimiento del autor de la herencia, o aún cuando estándolo no nazcan vivos y viables.

Los concebidos antes que muera el autor de la herencia y que nazcan viables tienen capacidad jurídica para heredar. De lo que resulta, " que desde la concepción a esos sujetos se les considera personas para efectos sucesorios, esto es, aptos para ser titulares de derechos y obligaciones hereditarios, de donde resulta que el concebido adquiere la calidad de heredero desde el momento de la muerte del autor de la herencia, y la condición a que está sujeto dicho carácter consiste en dejar sin efecto dicha adquisición, volviendo las cosas al estado que tenían como si nada hubiese pasado, si el concebido no nace vivo y viable."(72)

La capacidad para heredar debe tenerse al momento de abrirse la sucesión. No

(72) ASPRON PELAYO Juan M. Op. Cit. Pág. 30

existe ningún inconveniente en que el testador nombre herederos a personas que en el momento de testar, no tengan personalidad.

La ley considera que las personas morales, tiene capacidad para ser herederas, puesto que tienen personalidad jurídica, un ejemplo es el artículo 1668 que a la letra dice: "Las personas morales capaces de adquirir pueden, por conducto de sus representantes legítimos, aceptar o repudiar herencias, pero tratándose de corporaciones de carácter oficial o de instituciones de asistencia privada, no pueden repudiar la herencia, las primeras, sin aprobación judicial, previa audiencia de Ministerio Público, y las segundas sin sujetarse a las disposiciones relativas de la ley de instituciones de asistencia privada para el Distrito Federal." Los establecimientos públicos no pueden aceptar ni repudiar herencias sin aprobación de la autoridad administrativa superior de quien dependan." Recordemos también que las asociaciones religiosas antes llamadas iglesias ahora ya tienen personalidad jurídica, y que pueden ser aptas de heredar, conforme a la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público.

Esta incapacidad es aplicable a las sucesiones testamentarias o intestadas.

POR RAZÓN DE DELITO

Algunos autores consideran que ésta no es una incapacidad, sino indignidades que inhabilitan a alguien a heredar, lo que trae consigo el ser excluido de la sucesión del autor de la herencia por haber cometido actos que afecten la situación personal o moral del afectado. Las incapacidades para heredar nunca podrán ser suprimidas por la voluntad del hombre, mientras que las indignidades sí pueden ser suprimidas por voluntad del autor de la herencia, el indigno puede ser rehabilitado para heredar mediante el perdón que le haya otorgado el autor de la herencia.

"Art. 1316. Son incapaces de heredar por testamento o por intestado:

I. El que haya sido condenado por haber dado, mandado o intentado dar muerte a la persona de cuya sucesión se trate, o a los padres, hijos, cónyuge, o hermanos de él;

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

II. El que haya hecho contra el autor de la sucesión, sus ascendientes, descendientes, hermanos o cónyuges, acusación de delito que merezca pena capital o de prisión, aún cuando aquella sea fundada, si fuere su descendiente, su ascendiente, su cónyuge o su hermano, a no ser que ese acto haya sido preciso para que el acusador salvara su vida, su honra, o la de sus descendientes, ascendientes, hermanos o cónyuge;

III. El cónyuge que mediante juicio ha sido declarado adúltero, si se trata de suceder al cónyuge inocente;

IV. El coautor del cónyuge adúltero, ya sea que se trate de la sucesión de éste o de la del cónyuge inocente;

V. El que haya sido condenado por un delito que merezca pena de prisión, cometido contra el autor de la herencia, de sus hijos, de su cónyuge, de sus ascendientes, o de sus hermanos;

VI. El padre y la madre respecto del hijo expuesto por ellos;

VII. Los ascendientes que abandonaren, prostituyeren o corrompieren a sus descendientes, respecto de los ofendidos;

VIII. Los demás parientes del autor de la herencia que, teniendo obligación de dar alimentos, no le hubieren cumplido;

IX. Los parientes del autor de la herencia que, hallándose éste imposibilitado para trabajar y sin recursos, no se cuidaren de recogerlo, o de hacerlo recoger en establecimiento de beneficencia;

X. El que usare la violencia, dolo o fraude con una persona para que haga, deje de hacer o revoque su testamento.

XI. El que conforme al Código Penal, fuere culpable de supresión, substitución o

suposición de infante, siempre que se trate de la herencia que debió de corresponder a este o a las personas a quienes se haya perjudicado o intentado perjudicar con esos actos.

XII. El que haya sido condenado por delito cometido en contra del autor de la herencia.

En los anteriores supuestos, el agraviado u ofendido (autor de la herencia) puede perdonar al ofensor indigno, el cual recobrará la capacidad de heredar.

En los casos de sucesión testamentaria el perdón opera sólo si después de conocido el agravio el autor de la herencia instituye como heredero al ofensor mediante un testamento, o mediante uno nuevo en caso de existir uno previo. En la sucesión intestada el perdón debe otorgarse mediante una declaración auténtica o por hechos indubitables, hechos que no dejen lugar a dudas acerca de la intención de perdonar al ofendido, también se dispone, que si los descendientes del incapaz fuesen los llamados a la herencia, la pena no trascenderá a ellos pero el incapaz, padre de los herederos del de cujus, no podrá gozar del usufructo, ni de la administración de los bienes heredados. El perdón del incapaz o indigno una vez otorgado es irrevocable.

INCAPACIDAD POR PRESUNCIÓN DE INFLUJO CONTRARIO A LA LIBERTAD DEL TESTADOR.

No son aptos para heredar, el médico, el cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos que hayan asistido al testador en su última enfermedad y en ese entonces otorgó el testamento a no ser que dichas personas (sean simultáneamente los herederos legítimos) además de ser herederos instituidos serán también herederos legítimos.

Los ascendientes, descendientes, cónyuge y hermanos de los ministros de los cultos son incapaces de heredar por testamento, de aquellas personas a quienes dichos ministros hayan prestado cualquier clase de auxilios espirituales durante la enfermedad de que hubieren fallecido o de quienes hayan sido directos espirituales.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Esta incapacidad, también se da entre los ministros del mismo culto, que quieran heredar a otro ministro del mismo culto o de un particular hacia los ministros, con quien no tenga parentesco dentro del cuarto grado. Recordemos que los ministros de los cultos son incapaces de heredar por falta de personalidad.

Los tutores y curadores también son incapaces de heredar por testamento, excepto que hubiesen sido instituidos antes de su nombramiento o después de la mayor edad y le hayan sido aprobadas las cuentas de su gestión. Esta incapacidad no es aplicable a los ascendientes ni a los hermanos del incapaz.

INCAPACIDAD POR PRESUNCIÓN DE INFLUJO CONTRARIO A LA VERDAD E INTEGRIDAD DEL TESTAMENTO.

"Por esta causa son incapaces de heredar por testamento el notario y los testigos que han intervenido en su realización, así como el cónyuge, los ascendientes, descendientes, y hermanos de dichas personas." (73)

El notario que autorice un testamento sabiendo que se está designando como heredero al médico, a los ministros de los cultos, al propio notario, a los testigos o a los familiares de cualquiera de ellos, se le impondrá la sanción de privación de oficio.

INCAPACIDAD POR FALTA DE RECÍPROCIDAD INTERNACIONAL

"Son Incapaces de heredar, tanto en la sucesión intestada, como en la testamentaria, los extranjeros que según las leyes de sus respectivos países prohíban dejar por ley o por testamento sus bienes a mexicanos."(74)

(73) Idem. Pág. 33

(74) Ibidem. Pág. 33

INCAPACIDAD POR CAUSA DE UTILIDAD PÚBLICA

Los extranjeros y las personas morales tienen capacidad de adquirir bienes por testamento o intestado, pero esta capacidad tiene límites de acuerdo a la Constitución Mexicana y que son, que el extranjero sea titular de todos los bienes del de cujus excepto de los que se encuentren en zona prohibida (50 kilómetros de las playas y 100 de las fronteras).

En los casos del artículo 1329 la ley expresa "la herencia o legado que se deje a un establecimiento público, imponiéndole un gravamen o bajo alguna condición, sólo serán válidos si el gobierno los aprueba".

En este supuesto no se trata de un caso de incapacidad, si no de la reserva que tiene el gobierno de aceptar o repudiar la herencia.

Las disposiciones testamentarias hechas a favor de las personas de escasos recursos económicos, se registrará por lo dispuesto, en la Ley de Instituciones de Asistencia Privada para el Distrito Federal y las hechas a las iglesias o instituciones religiosas, se sujetaran a lo dispuesto en los artículos 27 de la Constitución y 24 de la citada ley.

INCAPACIDAD POR RENUNCIA O REMOCIÓN DE ALGÚN CARGO CONFERIDO EN EL TESTAMENTO.

Son incapaces de heredar por sucesión testamentaria, aquellas personas que siendo nombrados en el testamento tutores, curadores o albaceas, no acepten sin justa causa el cargo o hayan sido separados judicialmente de su ejercicio por mala conducta. Esta incapacidad se llama sobrevenida ya que la incapacidad se da por causa posterior al fallecimiento del de "cujus". Si lo que el autor de la herencia le dejó al heredero-albacea era con el exclusivo objeto de remunerarlo por el desempeño del cargo, el que renunció perderá lo que se le hubiese dejado, también por incapacidad sobrevenida.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Esta incapacidad no priva al incapaz de recibir lo que se le hubiere dejado, si no después de declarada en juicio, a petición de algún interesado. El Juez no puede promoverlas de oficio. La acción para declarar la incapacidad, prescribe en tres años desde que el incapaz esté en posesión de la herencia o legado. Cuando esta incapacidad afecte al interés público la acción es imprescriptible (por ejemplo la incapacidad de los extranjeros para heredar bienes inmuebles ubicados en la zona prohibida).

La incapacidad una vez que ha sido declarada tiene efectos retroactivos pero se establece la debida reserva a favor de terceros de buena fe, pero queda el heredero declarado incapaz obligado a resarcir al verdadero heredero los daños y perjuicios.

De lo que resulta que los concubinos y cualquier otra persona tienen capacidad para heredar sin importar su edad sólo con las limitantes a que hace referencia la ley. Que no son más que las incapacidades a que nos hemos referido líneas atrás.

3.10. DE LAS CONDICIONES QUE PUEDEN PONERSE EN LOS TESTAMENTOS.

El Código Civil establece que el testador es libre de poner condiciones al disponer de sus bienes, que pueden ser aplicables en los testamentos.

Estas condiciones no son más que acontecimientos futuros que pueden o no suceder, del cual depende la eficacia o la resolución de derechos y obligaciones.

La condición puede ser suspensiva, cuando el acontecimiento es futuro que puede o no suceder, del cual depende de la eficacia o exigibilidad de la obligación. En caso de que se cumpla con la condición suspensiva, la obligación se vuelve exigible y su efecto se retrotrae al tiempo en que la obligación fue formada, a menos que el efecto de ésta por la voluntad de las partes o por la voluntad del acto no lo permitan. Si esta condición no se cumple lo único que sucede es que la obligación no se vuelva exigible.

Es de condición resolutoria, cuando el acontecimiento es futuro que puede o no suceder, del cual depende la resolución o extinción de la obligación. Al cumplirse con

la condición impuesta sus efectos se retrotraen. Si por el contrario no se realiza el acontecimiento al cual se sujetó la vida de la obligación, esta se convierte en pura y simple como si nunca hubiera estado sujeta a una modalidad.

A su vez la condición suspensiva o resolutoria podrá ser casual, potestativa o mixta, positiva, negativa, posible, imposible o ilícita.

DE LAS CONDICIONES CASUALES

Las condiciones casuales o mixtas se tendrán por cumplidas, por el simple hecho de que se hayan realizado, estando vivo o muerto el testador, incluso se tendrán por cumplidas las que se hubieran realizado aún antes del otorgamiento del testamento, siempre y cuando el testador ignorara su cumplimiento o si lo sabía se tendrán de todos modos como cumplidas, si ya no pueden existir o cumplirse de nuevo.

CUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES POTESTATIVAS

"La condición puramente potestativa, o sea, la que depende en exclusivo de la voluntad del heredero o legatario, se le tendrá por cumplida cuando el obligado a cumplirla ofrezca hacerlo, aunque aquél a cuyo favor se haya establecido rehusé aceptar la cosa o el hecho en que consista." (75)

Es condición potestativa cuando depende además de la voluntad del heredero o legatario, de la voluntad de un tercero.

Si el heredero o legatario emplea todos los medios necesarios para cumplir la condición, ésta no perjudicará a éstos. Estas condiciones se tendrán por cumplidas, cuando el heredero haya prestado el hecho o entregado la cosa.

(75) Idem. Pág.64



CONDICIÓN POSITIVA O NEGATIVA

Es condición positiva la que consiste en supeditar el cumplimiento del acto, a que un acontecimiento llegará y negativa la que lo supedita en su exigibilidad o resolución, a que no sucederá el acontecimiento.

Las condiciones negativas las de no dar o de no hacer sean posibles o imposibles se tienen por no puestas, las condiciones imposibles, anulan la institución y las negativas se tienen por no puestas.

La condición de no impugnar el testamento o alguna de las disposiciones que contenga, so pena de perder el carácter de heredero o legatario se tendrá por no puesta, lo que es congruente con lo dicho respecto de las condiciones negativas.

CONDICIÓN POSIBLE

Es la condición común que se viene estudiando, y se presenta si el acontecimiento futuro y contingente puede o no suceder.

CONDICIÓN IMPOSIBLE

Si es imposible no podrá ser condición nunca llegará a realizarse y se tiene la certeza de ello.

"Así, la condición imposible es la que supone un acontecimiento que no puede realizarse porque es contrario a las leyes de la naturaleza o a una norma de derechos, que necesariamente debe regirlo, de ello resulta que la condición imposible es de condición físicamente imposible y de condición jurídicamente imposible.

Físicamente imposible. Es la que considera o toma de referencia un acontecimiento que va contra una ley de la naturaleza que necesariamente debe regirlo y por lo mismo resulta un obstáculo insuperable para su realización.

Jurídicamente imposible. Es la que se considera como base una relación jurídica que resulta irrealizable de acuerdo con los principios del derecho vigente". (76)

CONDICIÓN ILÍCITA

Por ella debe entenderse la que va como dice la norma, contra una ley prohibitiva o contra las buenas costumbres, y persigue por ello un fin ilícito en la obligación sujeta a esa condición.

Es ilícita esta condición, si una persona que realiza su testamento nombra a un heredero quien recibirá la herencia, pero con la condición de que no contraiga matrimonio con su novia si no que deberá contraer matrimonio con otra persona distinta a su novia, esta condición de tomar o dejar de tomar estado, es ilícita, porque atenta contra la libertad de otra persona esta condición se tendrá por no puesta,

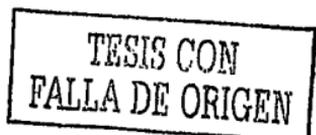
Sin embargo es válido dejar el uso o habitación, o una pensión o el usufructo exclusivamente que equivalga a esa pensión, a una persona por el tiempo que permanezca soltero o viudo.

Por otra parte, es importante hacer notar que si el testador establece que será heredera una persona, si al momento de su fallecimiento tiene determinado estado civil, esta disposición será perfectamente válida, ya que el testador no impone ninguna condición de tomar o dejar de tomar estado, sino que establece cual es el presupuesto para designar a sus beneficiarios, por ejemplo podía establecerlo del siguiente modo: nombrar como herederos a los hijos que al momento del fallecimiento del testador, se encuentran solteros (o casados).

CONDICIÓN DE TESTAR

La ley establece que es nula la institución hecha bajo la condición que el heredero o legatario haga en su testamento alguna disposición a favor del testador o de otra

(76) GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ Ernesto. Op. Cit. Pág.214



persona. Es oportuno aclarar que el testador tiene permitido imponer al heredero o legatario la condición de que realice su testamento, lo que está prohibido es que se le imponga alguna disposición en su favor o a favor de un tercero, pero si la condición es únicamente que haga su testamento libremente, la condición deberá cumplirse.

PLAZO PARA EL CUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES

Las condiciones que imponga el testador deben estar sujetas a un plazo, para su cumplimiento en caso de no hacerlo el juez puede señalar el plazo para cumplirse la condición, atendiendo a las circunstancias del testador y del obligado a hacerlo, así como la naturaleza misma de la condición. Mientras el plazo transcurre tratándose de legados, la cosa legada permanecerá en poder del albacea, incluso pudiendo realizarse la partición de los bienes, dejando pendiente el bien materia del legado condicional.

3.11. DE LOS BIENES QUE PUEDEN DISPONERSE POR TESTAMENTO.

El testamento puede tener por objeto la disposición de los bienes y derechos del autor y la declaración o cumplimiento de deberes del mismo para después de su muerte. La disposición de los bienes y derechos se hace mediante la institución de herederos y legatarios; la declaración y el cumplimiento de deberes, del modo en que el autor quiere hacerlo. En su primer aspecto el testamento es un acto jurídico patrimonial; en el segundo es un acto que se realiza jurídicamente casi siempre con el propósito de satisfacer valores o exigencias de carácter moral, que pueden tener o no efectos patrimoniales.

3.12. DE LOS TESTAMENTOS INOFICIOSOS

Si bien es cierto el derecho de testar es libre, la ley impone al testador el deber de dejar alimentos a las personas de quienes tiene esta obligación de lo contrario el incumplimiento de este deber se traduce en una obligación a favor de las personas que tienen derecho a esos alimentos. Este derecho de alimentos en materia de sucesiones, solamente nacerá cuando el acreedor alimentista tenga necesidad de la pensión y además no tenga un pariente más próximo a quien le corresponda dicha obligación, o

en caso de sí tenerla se halle imposibilitado para cumplir esa obligación respecto a las personas que tienen derecho a los alimentos, al respecto el Código Civil dispone:

Art. 1368. El testador debe dejar alimentos a las personas que se mencionan en las fracciones siguientes:

I. A los descendientes menores de 18 años respecto de los cuales tenga obligación legal de proporcionar alimentos al momento de la muerte;

II. A los descendientes que están imposibilitados de trabajar, cualquiera que sea su edad, cuando exista obligación a que se refiera la fracción anterior;

III. Al cónyuge supérstite cuando esté impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes. Salvo otra disposición expresa del testador, este derecho subsistirá en tanto no contraiga matrimonio y viva honestamente.

IV. A los ascendientes

V. A la persona con quien el testador vivió como si fuera su cónyuge durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o con quien tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres del matrimonio durante el concubinato y que el superviviente esté impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes. Este derecho sólo subsistirá mientras la persona de que se trate no contraiga nupcias y observe buena conducta. Si fueren varias personas con quien el testador vivió como si fueran su cónyuge, ninguna de ellas tendrá derecho a alimentos.

VI. A los hermanos y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado si están incapacitados o mientras que no cumplan dieciocho años, si no tienen bienes para subvenir a sus necesidades.

Como se puede apreciar la fracción V del citado artículo hace referencia a los concubinos, quienes tienen el derecho de percibir alimentos del testador fallecido. Por lo tanto el testamento en que no se deje alimentos no es nulo sino inoficioso, En este

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

caso la ley no puede admitir que el testador ahora muerto, haya incumplido su deber de dejar alimentos a los que tienen derecho a recibir. En consecuencia la ley establece que el testamento es plenamente válido pero de los bienes que dejó el autor de la sucesión, se va a tomar una parte de ellos, para el pago de los alimentos, sólo en cuanto baste a satisfacer esa deuda y el testamento sigue surtiendo efectos en todo lo demás.

"No debe pensarse que el testamento sea nulo, pues el acto nulo implica una falta de forma, una voluntad viciada, un objeto, motivo o fin ilícito o una voluntad incapaz y aunque el testamento está hecho por una sola persona capaz, que cumple con las formas que marca la ley, que externa su voluntad libremente, y que además no busca ningún fin ilícito. El acto es perfecto, por lo cual no se puede pensar que sea nulo si no se deja alimentos a los que tienen derecho."(77)

El derecho a la pensión alimenticia sucesoria nace en el momento mismo de la muerte del autor de la herencia y cesa al extinguirse el supuesto de causación, o de que el acreedor observe mala conducta, tenga o adquiera bienes. Pero si teniéndolos, su producto no iguala a la pensión que debería corresponderle, la obligación se reducirá a lo que falte para completarla.

Por otro lado, los requisitos a que hace referencia la fracción V del artículo 1368, para que el concubino sobreviviente tenga derecho a percibir alimentos del testamento del concubino fallecido, se reitera, no son congruentes en relación a los requisitos establecidos por el artículo 291 Bis y 1635 del Código Civil para el Distrito Federal, sobre todo en el período de convivencia entre los concubinos y en algunos otros requisitos que más adelante analizaremos para su estudio.

En otro orden de ideas, de acuerdo al artículo 1372 del Código Civil, la pensión alimenticia sucesoria no es renunciable, ni puede ser objeto de transacción, está se fijará y asegurará conforme lo dispuesto a los artículos 308, 314, 316 y

(77) Idem. Pág.179

y 317 del Código Sustantivo, y por ningún motivo excederá de los productos de la porción que en caso de sucesión intestada correspondería al que tenga derecho a dicha pensión, no baja de la mitad de dichos productos. De lo que se desprende, en cuanto a la pensión alimenticia, es que su fijación de la cuantía no depende de la regla en materia de alimentos, esto es en la relación entre la posibilidad del obligado y la necesidad del acreedor, sino que la ley establece el monto de la pensión de acuerdo a los casos de sucesión intestada.

Podemos concluir que el derecho a la pensión alimenticia sucesoria corresponde a aquellas personas que habrían sido herederos en caso de que el autor de la herencia no hubiere hecho testamento "es decir, sólo se establece a favor de los "preteridos" de la sucesión legítima por haberse hecho un testamento. El legislador uso la palabra "preterido", puesto que no podía usar la palabra desheredado, puesto que nadie puede ser desheredado, simplemente o se es heredero o no se es.

Por otra parte el legislador señala que en caso de que la masa hereditaria no sea suficiente para pagar todas las pensiones alimenticias sucesorias, se observaran las siguientes reglas.

I. Se ministrarán a los descendientes y al cónyuge supérstite a prorrata;

II. Cubiertas las pensiones a que se refiere la fracción anterior, se ministrarán a prorrata a los ascendientes;

III. Después se ministrarán, también a prorrata a los hermanos y a la concubina;

IV. Por último, se ministrarán, igualmente a prorrata, a los demás parientes colaterales dentro del cuarto grado.

De nueva cuenta en el caso a estudio sólo la concubina tiene derecho a percibir alimentos a prorrata en caso de no alcanzar la masa hereditaria a cubrir las pensiones alimenticias. Pero en relación al varón concubinario éste no tiene derecho a recibir

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

alimentos a prorrata, pues la ley no lo contempla dejando al concubinario desprotegido y en total desamparo.

En lo concerniente al hijo póstumo (el que nace con posterioridad a la muerte del de "cujus") tiene derecho a recibir íntegra la porción que le correspondería como heredero legítimo si no hubiere testamento, a menos que el testador hubiere dispuesto expresamente otra cosa, se debe entender necesariamente que puede figurar que se le entregue al hijo póstumo una porción superior, pero no inferior, ya que el derecho que fija el artículo transcrito es a favor del hijo póstumo, no a favor del autor de la herencia, es decir no se puede privar al hijo póstumo de su herencia en ningún caso, pero sí se le podrá mejorar la porción que le habría de corresponder. Esta disposición a favor del hijo póstumo, tienen semejanza con las porciones llamadas legítimas, heredero forzoso, es una excepción al principio de la libertad de testar.

En conclusión podemos decir que es muy importante el deber de dejar alimentos a las personas de quienes se tiene la obligación y que su derecho no puede ser burlado a través de disposición testamentaria alguna. Además, la sucesión comprende la universalidad del patrimonio del de "cujus" con cargo a la cual deben ser pagados los alimentos de las personas a quienes la ley protege, entre ellos los concubinos, estableciendo así la inoficiosidad del testamento para sancionar el incumplimiento de la obligación alimenticia.

CAPÍTULO CUARTO
OBLIGACIÓN DEL TESTADOR PARA DEJAR ALIMENTOS EN RELACIÓN AL
CONCUBINATO

- 4.1 ANÁLISIS DE LA FRACCIÓN V DEL ARTÍCULO 1368 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.
- 4.2 ESTUDIO DEL ARTÍCULO 1635 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL
- 4.3 ESTUDIO DEL ARTÍCULO 291 BIS DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL
- 4.4 JURISPRUDENCIA
- 4.5 PROPUESTA DE REFORMA A LA FRACCIÓN V DEL ARTÍCULO 1368 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPÍTULO CUARTO

OBLIGACIÓN DEL TESTADOR PARA DEJAR ALIMENTOS EN RELACIÓN AL CONCUBINATO.

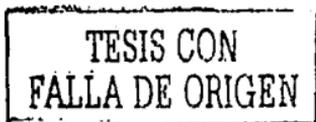
4.1. Análisis de la fracción V del artículo 1368 del Código Civil para el Distrito Federal.

El Código Civil para el Distrito Federal, en materia de sucesión testamentaria, adoptó el sistema de la libre testamentifacción; por lo que el testador puede disponer libremente a favor de sus herederos y legatarios, de sus bienes y derechos que no se extinguen con la muerte; sin embargo la ley impone como deber a cargo del testador, dejar alimentos a favor de las personas respecto de quienes tiene la obligación, es por ello que el artículo 1368 del Código Sustantivo en cita dispone que el testador debe dejar alimentos a determinadas personas entre ellos a;

Fracción V. A la persona con quien el testador vivió como si fuera su cónyuge durante los 5 años que precedieron inmediatamente a su muerte o con quien tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato y que el superviviente esté impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes. Este derecho sólo subsistirá mientras la persona de que se trate no contraiga nupcias y observe buena conducta. Si fueren varias las personas con quien el testador vivió como si fueran su cónyuge, ninguna de ellas tendrá derecho a alimentos;

Dentro de esta misma fracción se hace referencia de los elementos necesarios para que un sujeto de relación de concubinato tenga derecho a percibir alimentos por testamento del otro que ha fallecido, a saber son:

1). Que los concubinos hayan vivido juntos como si fueran cónyuges durante los cinco años anteriores al fallecimiento o que hayan tenido hijos de dicha relación. En la primera hipótesis es necesario que exista cohabitación, es decir que los concubinos convivan en una misma casa por el lapso señalado, pues no se considera como concubinato las relaciones pasajeras entre hombre y mujer ya que para que produzca



efectos es necesario la vida en común y permanente. En el segundo supuesto no se requiere de la cohabitación durante cinco años para que exista derecho de ser acreedor alimentario del sujeto de la relación concubinaria fallecido, es decir, habiendo hijos, existe la obligación de otorgar alimentos por parte de quien fallece en cualquier tiempo. Aunque esta fracción habla de "hijos" en plural, no necesariamente se requiere más de uno, si no que bastará con que haya uno solo para que se entienda por constituido el concubinato y se tenga derecho a recibir alimentos del concubino fallecido.

II. Que hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato situación que es muy clara, no se puede hablar de la existencia de una relación de concubinato, si alguno de ellos ha contraído matrimonio y éste subsiste. Es requisito indispensable que durante el tiempo que conviven no tenga ninguna relación matrimonial. De lo contrario se tendría por terminado el concubinato y estaríamos ante una relación de matrimonio.

III. Que el sobreviviente esté impedido para trabajar o carezca de bienes suficientes para procurarse su alimentación. Esta situación deberá ser acreditada ante el Juez de lo Familiar que conozca de la sucesión testamentaria. Es necesario que la incapacidad para trabajar sea notoria para que no exista dificultad alguna, lo cual es muy difícil de probar tal situación. En cuanto a que no tenga bienes suficientes, a este respecto habría que determinar a qué se refiere el legislador con el término "suficientes" posiblemente esto implica, no tener los recursos necesarios para sobrevivir (habitación, vestido, y comida).

IV. Que el que reciba los alimentos no contraiga nupcias y observe buena conducta. Esto resulta obvio, porque entonces cesará su calidad de concubina o concubinario y adoptará la calidad de cónyuge naciendo todos los derechos y obligaciones inherentes al matrimonio. En relación a observar buena conducta es un elemento subjetivo, pues que se considera buena conducta, la misma ley no lo especifica.

Finalmente, se niega el derecho de percibir alimentos a las personas que con el

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

concubinario o la concubina vivió como si fuera su cónyuge, si está fuera más de uno.

Ya se ha señalado que el concubinato tiene la característica de ser monogámica, y que de este requisito se desprende a su vez el deber de fidelidad entre los concubinos.

No es posible decir que una persona vivió con varias personas a la vez como si fueren cónyuges cohabitando bajo el mismo techo. Esta relación se da entre un solo hombre y una sola mujer por lo que no pueden existir varias relaciones de concubinato a la vez. Debemos distinguir entre concubinatos simultáneos (aquellos que se verifican al mismo tiempo). Nuestra ley no prohíbe las relaciones sucesivas pero no contempla la posibilidad de que una persona pueda vivir con varias bajo la misma modalidad.

Requisitos necesarios para que los concubinos tengan derecho a recibir alimentos por testamento, de lo contrario, el testador al incumplir el deber de no fijar pensión alimenticia a cargo de la masa hereditaria, a las personas de quienes tiene la obligación, tal testamento debe ser considerado inoficioso en tanto alcance a cubrir las pensiones alimentarias de las personas con quienes tiene la obligación, quedando vigente en todo lo restante. Solamente que el pago de las pensiones alimentarias involucre el total del patrimonio, entonces el testamento será inoficioso en su totalidad.

Ahora bien, como se ha estudiado, se pide que la concubina o el concubinario hayan vivido con el testador un tiempo mínimo de cinco años anteriores a la muerte de alguno de ellos, para tener el derecho a exigir alimentos, o en su caso no es necesario el transcurso del tiempo cuando se hayan procreado hijos. En lo concerniente considero que ese lapso de 5 años es exagerado pues resulta que si muere uno de los concubinos debieron de haber pasado 5 años antes de esa muerte (para que haya transmisión hereditaria o que haya tenido un descendiente) para que el sobreviviente tenga derecho a percibir alimentos del testamento del concubinario o concubina fallecido.

Situación que no es congruente a las reformas al Código Civil para el Distrito Federal, publicadas en la Gaceta Oficial para el Distrito Federal de fecha 25 de Mayo

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

de 2000, pues la intención del legislador fue reducir el plazo de 5 a 2 años para que los concubinos tengan derechos hereditarios, intención que se plasmó, en el Código Civil de 2000, al dedicar los legisladores un capítulo específico dedicado al "concubinato", que se integra con cuatro artículos a mi criterio insuficientes, titulados Artículos 291 Bis, 291 Ter, 291 Quáter, y 291 Quintus en donde se desprende que para constituirse la figura del concubinato se requiere de 2 años y no de 5 años como anteriormente se establecía, generando en consecuencia derechos y obligaciones, entre los que encontramos los derechos sucesorios.

Reformas que en materia de sucesiones sólo trascendió para el concubinato en relación a la sucesión legítima, al señalar como algunos de los requisitos para heredar recíprocamente entre los concubinos con las reglas de los cónyuges, el haber vivido sin impedimentos legales para contraer matrimonio de manera común en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años, sin ser necesario el transcurso del período mencionado cuando tengan un hijo en común. No así para la fracción V del artículo 1368 del Código Civil para el Distrito Federal, como anteriormente se ha analizado, se desprende de la fracción citada, como requisito para que la concubina o el concubinario tengan derecho a exigir alimentos por testamento, que el sobreviviente haya vivido con el testador como si fueren su cónyuge durante los 5 años que precedieron inmediatamente a la muerte de uno de ellos, término que no es exigible cuando haya habido hijos. Es decir conserva el término de 5 años de convivencia marital para ambos concubinos, como anteriormente se exigía para la sucesión legítima. Por lo que debe estimarse para la fracción V del artículo 1368 del Código Civil, el mismo criterio que existe hoy en día para la figura del concubinato y el derecho a heredar por sucesión legítima, en el sentido de establecer entre otros requisitos un período mínimo de dos años de convivencia que precedieron a la muerte de uno de ellos para que la concubina o el concubinario tengan derecho a percibir alimentos por testamento, sin ser necesario el transcurso del tiempo cuando se tenga un hijo en común.

También es menester a mi criterio modificar algunos requisitos de la fracción V del artículo 1368 del Código Civil para que éstos sean congruentes a los establecidos por el concubinato (artículo 291 Bis). Siendo necesario transcribir de nuevo la citada

fracción para poder señalar qué requisitos deberán ser modificados.

Fracción V. A la persona con quien el testador vivió como si fuera su cónyuge durante los 5 años que precedieron inmediatamente a su muerte o con quien tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato y que el superviviente esté impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes. Este derecho sólo subsistirá mientras la persona de que se trate no contraiga nupcias y observe buena conducta. Si fueren varias las personas con quien el testador vivió como si fueran su cónyuge, ninguna de ellas tendrá derecho a alimentos;

Por lo que debe estimarse para la fracción V del artículo 1368 además de reducir el plazo de convivencia de 5 a 2 años requerir para los concubinos que sin impedimentos legales para contraer matrimonio hayan vivido de manera común en forma constante y permanente por el período mínimo de 2 años que precedieron a la muerte de uno de ellos. Con lo anterior ya no es necesario pedir como requisito el haber vivido como si fueran cónyuges en virtud de que al mencionar que vivan de manera común constante y permanente significa que entre los miembros de esta relación debe existir un deber de cohabitación, fidelidad y permanencia situación que se asimila a los deberes de los cónyuges.

Por otro lado el hecho de señalar haber vivido sin impedimentos legales para contraer matrimonio, significa entre otras cosas que ambos concubinos deben ser solteros, no siendo necesario el requisito de que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato, porque entra dentro de los supuestos del requisito de los impedimentos legales para contraer matrimonio.

Derecho que sólo subsistirá mientras la persona de que se trate no contraiga matrimonio o se una en concubinato. Si fueren varias las personas con quien el testador vivió como concubinos ninguno de ellos tendrá derecho a alimentos.

Y de la misma manera que se establece en la ley, no hay obligación de dar alimentos, sino a falta o por imposibilidad de los parientes más próximos en grado y

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

en caso de que los concubinos tengan bienes. Tratándose de bienes si estos igualan a la pensión que debería corresponderles la obligación se reducirá a la que faltare para completarla.

En el caso de incumplimiento de otorgar alimentos a las personas de quienes se tiene la obligación, el testamento debe considerarse inoficioso. Y en caso de que el caudal hereditario no fuere suficiente para dar alimentos a las personas enumeradas en el artículo 1368 del Código en cita, se ministrarán a prorrata, en primer lugar, a los descendientes y al cónyuge, en segundo lugar a los ascendientes, en tercer lugar a los hermanos y a la concubina y por último se ministrarán igualmente a prorrata a los demás parientes colaterales dentro del cuarto grado.

Pensión alimenticia que no beneficia al concubinario, pues la ley sólo establece la pensión alimenticia a favor de la concubina, dejando al concubinario en total desamparo, sin el derecho de recibir alimentos a prorrata en caso de que el caudal hereditario no fuere suficiente para dar alimentos, a las personas señaladas en el artículo 1368 del Código Sustantivo.

En conclusión el objetivo de mi trabajo es, se pidan como requisitos necesarios para tener derecho a percibir alimentos por testamento de la concubina o el concubinario fallecido, que los concubinos hayan vivido sin impedimentos legales para contraer matrimonio, de manera común en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años que precedieron inmediatamente a la muerte de uno de ellos, no siendo necesario el transcurso del tiempo señalado cuando reunidos los demás requisitos tengan un hijo en común, y que el sobreviviente no tenga bienes suficientes. Derecho que subsistirá mientras la persona de que se trate no contraiga nupcias o se una en otra relación de concubinato. Si fueren varias las personas con quien el testador vivió como si fueren concubinos ninguno de ellos tendrá derecho a alimentos.

4.2. ESTUDIO DEL ARTÍCULO 1635 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Como anteriormente se ha señalado el artículo 1635 del Código Civil ha sufrido diversas modificaciones, en un principio en 1928, sólo se otorgaba el derecho a heredar por sucesión legítima y testamentaria a la concubina, dejando al concubinario desprotegido y en total estado de indefensión. Posteriormente el derecho unilateral de que gozaba la concubina, tuvo reformas en diciembre de 1974, extendiendo al concubinario el derecho a recibir alimentos por testamento pues originalmente se concedía este derecho a la concubina, pero inexplicablemente se omitió extender el derecho a heredar por vía legítima al varón en el concubinato, omisión que fue corregida en las reformas al Código Civil en el mes de diciembre de 1983 con entrada en vigor el 27 de marzo de 1984, pues a partir de esta reforma se reconoció el derecho de la concubina y el concubinario a heredarse recíprocamente.

Por consiguiente el artículo 1635 del citado Código expresaba en esa fecha lo siguiente: "La concubina y el concubinario tienen derecho a heredarse recíprocamente, aplicándose las disposiciones relativas a la sucesión del cónyuge, siempre que hayan vivido como si fueran cónyuges durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o cuando hayan tenido hijos en común siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio.

Si al morir el autor de la herencia le sobreviven varias concubinas o concubinarios en las condiciones mencionadas al principio de este artículo, ninguna de ellas heredará."

Precepto legal que fue reformado por los legisladores de la I Asamblea Legislativa del Distrito Federal y publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el día 25 de Mayo de 2000, para establecer dentro de la sucesión de los concubinos lo siguiente:

"Art. 1635 La concubina y el concubinario tienen derecho a heredarse recíprocamente, aplicándose las disposiciones relativas a la sucesión del cónyuge, siempre que se reúnan los requisitos a que se refiere el capítulo XI del Título Quinto del Libro Primero de este Código".

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Es decir, como nuestros legisladores establecieron un capítulo específico en relación al concubinato, era innecesario que el citado artículo señalara los requisitos que se necesitaban para heredarse recíprocamente los concubinos, por ello y en base a las nuevas reformas nos remiten a los artículos 291 Bis, 291 Ter, 291 Quáter y 291 Quintus, los cuales establecen que el concubinato genera derechos alimentarios y sucesorios siempre y cuando la concubina y el concubinario sin impedimentos legales para contraer matrimonio, han vivido en común en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años que preceden inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones. No es necesario el transcurso del período mencionado cuando, reunidos los demás requisitos tengan un hijo en común. Si con una misma persona se establecen varias uniones del tipo antes descrito, en ninguna se reputará concubinato. Quien haya actuado de buena fe, podrá demandar del otro una indemnización por daños y perjuicios.

Como se puede observar hoy en día los concubinos, para tener derecho a heredar por sucesión legítima, sólo es necesario el transcurso de dos años como mínimo, no siendo necesario el transcurso del tiempo si reunidos los demás requisitos se tenga un hijo en común. Caso contrario pasa en la fracción V del artículo 1368 del Código Civil en el que se pide como requisito el tiempo de 5 años de convivencia de los concubinos para tener derecho por testamento a percibir alimentos del concubino fallecido. Situación que los legisladores omitieron pues lo más recomendable era que el término de 2 años también se estableciera para el derecho a percibir alimentos por testamento entre los concubinos, pues actualmente hay discrepancia en uno de los requisitos para tener derecho a heredar por un lado en la sucesión legítima artículo 1635 señala como requisito 2 años para tener derecho a heredar y por otro lado la fracción V del artículo 1368 menciona como requisito para que los concubinos tengan derecho a percibir alimentos por testamento el plazo de cinco años de convivencia anteriores a la muerte de uno de ellos.

Término que debe ser acorde para ambas sucesiones ya sea legítima o testamentaria en relación a la fracción V del artículo 1368 del Código Civil para el Distrito Federal, ya que la intención del legislador fue reducir el término para

constituirse el concubinato y en consecuencia para la generación de derechos y obligaciones entre ellos los derechos sucesorios.

4.3. ESTUDIO DEL ARTÍCULO 291 BIS DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Las reformas al Código Civil para el Distrito Federal del pasado 25 de mayo de 2000, tienen la virtud en dedicar un capítulo específico a la figura jurídica del concubinato señalando como plazo para considerarse concubinato, el término de 2 años, que va a generar derechos y obligaciones entre los concubinos, como alimentarios y sucesorios, al respecto la ley establece:

Art., 291 Bis. La concubina y el concubinario tienen derechos y obligaciones recíprocos, siempre que sin impedimentos legales para contraer matrimonio, han vivido en común en forma constante y permanente por un período mínimo de 2 años que preceden inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones a los que alude este capítulo.

No es necesario el transcurso del período mencionado cuando, reunidos los demás requisitos tenga un hijo en común.

Si con la misma persona se establecen varias uniones del tipo antes descrito, en ninguna se reputará concubinato. Quien haya actuado de buena fe podrá demandar del otro una indemnización por daños y perjuicios."

Artículo del que se desprenden los siguientes requisitos:

- a). Exige que el concubinato se integre por la concubina y el concubinario.
- b). Ambos concubinos, no deben tener impedimentos para contraer matrimonio.
- c). Para la existencia de esta unión se requiere que los concubinos vivan en común, en forma constante y permanente.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

d). Requisito importante es el término de dos años, para que el concubinato pueda considerarse como tal y genere derechos y obligaciones.

e). Se puede considerar concubinato cuando reunidos los demás requisitos mencionados se tenga un hijo en común, sin necesidad de transcurrir el tiempo mínimo de dos años.

f). Genera entre las personas que han decidido vivir bajo esta relación de familia derechos y obligaciones.

Si con la misma persona se establecen varias uniones de concubinato, ninguna se reputará concubinato, sin embargo la ley para resarcir esta situación concede a los concubinos que actúen de buena fe, el derecho de demandar del otro una indemnización por daños y perjuicios.

Requisitos que están íntimamente ligados y son de gran importancia para que los concubinos tengan derecho a heredarse recíprocamente por vía legítima, y como en repetidas ocasiones lo he manifestado se omitió extender este derecho a los concubinos en el caso de tener derecho a percibir alimentos del testamento de la concubina o el concubinario fallecido, pues el término que se necesita según la fracción V del artículo 1368 del Código Civil es de 5 años de vivir juntos como si fueran cónyuges anteriores a la muerte de uno de los concubinos, plazo de dos años que como requisito debe ser igual para los concubinos en la sucesión legítima y para la fracción V del artículo 1368 del Código Sustantivo en relación al derecho de los concubinos de percibir pensión alimenticia por testamento del concubino fallecido.

4.4. JURISPRUDENCIA.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido algunas ejecutorias sobre el derecho sucesorio de los concubinos al respecto señala:

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CONCUBINATO, DERECHO A HEREDAR POR RELACIÓN DE. SÓLO TIENE LUGAR CUANDO NO HAY CÓNYUGE SUPÉRSTITE.

El concubinato es un hecho social caracterizado por la unión, convivencia y trato sexual entre un varón y una mujer, con capacidad legal para contraer matrimonio. En los Códigos Civiles anteriores al vigente con anterioridad a la reforma del 25 de mayo del año dos mil, no se reconocía el derecho de la concubina o el concubinario para heredar al causante, y tampoco tenía derecho a pedir alimentos en los casos de transmisión de bienes por testamento. El Código Civil para el Distrito Federal anterior al vigente ya establece ese derecho, que se encuentra plasmado en el artículo 1635 y que regula el derecho a heredar de la concubina y el concubinario con arreglo a las disposiciones aplicables para el cónyuge, siempre y cuando la concubina y el concubinario hayan vivido juntos como si fueran marido y mujer durante los cinco años que precedieron inmediatamente a la muerte del causante o cuando hayan tenido hijos en común, y hayan permanecido libres de matrimonio. Conforme a ese precepto, se trata de dos hipótesis para que una persona pueda ser considerada concubina o concubinario y tenga derecho a heredar, la primera se da cuando los concubinarios han vivido juntos haciendo vida marital durante los cinco años que precedieron inmediatamente a la muerte de uno de ellos; la segunda se refiere al supuesto en que se hayan procreado uno o más hijos entre los concubinarios. Esta última hipótesis no exime del primer elemento, o sea, la convivencia entre los padres, como si fueran cónyuges, ya que el simple nacimiento de un hijo no da lugar a presumir la existencia del concubinato, pues el hijo puede ser producto de una relación transitoria, lo que no da lugar a que se produzca las consecuencias jurídicas que establece el citado artículo 1635; y lo único que este precepto implica, al señalar la segunda hipótesis, cuando haya habido hijos, es que en ese caso no es exigible que se cumpla cabalmente el término de cinco años de convivencia marital, pues basta con un lapso menor, con la condición de que se demuestre objetivamente ese propósito de formar una unión más o menos estable, permanente, y su subsistencia inmediatamente anterior a la muerte del concubinario, Esa disposición legal responde a una realidad social, conforme a la cual se considera justo que la concubina o el concubinario que hacía vida marital con el autor de la herencia al morir éste, y que tiene hijos de él o vivió en su compañía los últimos cinco años que precedieron a su muerte, tenga una

participación en la herencia legítima , pues en la mayoría de los casos, cuando se reúnen las expresadas circunstancias, la concubina o el concubinario es el verdadero compañero de la vida y ha contribuido a la formación de los bienes. Sin embargo, el derecho de la concubina o concubinario tiene lugar siempre que no haya cónyuge supérstite. Luego, para que tenga derecho a heredar, la concubina y el concubinario deben haber permanecido libres de matrimonio porque el cónyuge los excluye.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo Directo 8663/2000. Leticia Robles Mendoza. 6 de abril de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: Rómulo Amadeo Figueroa Salmorán.

Novena época. Instancia Tribunales Colegiados. Fuente Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XIV, Agosto de 2001.

CONCUBINOS. REQUISITOS PARA TENER DERECHO A HEREDARSE ENTRE SÍ.

Es cierto que el Código Civil para el Distrito Federal no define el concubinato; sin embargo, el artículo 1635 del ordenamiento citado exige para que los concubinos tengan derecho a heredarse entre sí, que hayan vivido juntos como si fueran cónyuges durante un cierto período previo a la muerte de uno de ellos, o que hayan tenido hijos en común; además, dicho precepto requiere que el que sobreviva no tenga otras concubinas o concubinarios. Por tanto, es inconcuso que para la relación sexual que se entabla entre un hombre y una mujer pueda dar origen al derecho de heredarse entre ellos, necesariamente debe tener las características del matrimonio, al exigirse que los concubinos hayan vivido juntos como si fueran cónyuges. Consecuentemente, en la especie, la acción de petición de herencia ejercitada por quien se dice concubina del de cujus resulta improcedente, porque en ninguna parte de su demanda señaló con precisión el tiempo que duró la relación con el finado, la manera pública y permanente de la convivencia entre ellos como marido y mujer, ni el lugar donde quedó establecido el domicilio común; bastando esas omisiones, para declarar improcedente la acción de que se trata.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo Directo 3275/94. Olga Chequer Sahab y otro. 7 de julio de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Efraín Ochoa Ochoa. Secretario: Eduardo Francisco Núñez Gaytán.

Octava época. Instancia. Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente. Semanario Judicial de la Federación. Tomo XIV, Septiembre de 1994. Página 293.

De lo que podemos resumir que la concubina y el concubinario tienen derechos recíprocos para heredarse, conforme a las reglas de los cónyuges, esto es hablando de sucesión legítima. Ahora bien este derecho subsiste para ambos concubinos mientras no haya cónyuge superviviente, de lo contrario está excluido a estos últimos.

Derecho sucesorio por vía legítima que para los concubinos está sujeto a ciertos requisitos, entre los más importantes, destacan que la concubina y el concubinario sin impedimentos legales para contraer matrimonio hayan vivido de manera común en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años, plazo que en comparación con las ejecutorias emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación es menor al que señalan en las tesis citadas con antelación, esto es debido a las nuevas reformas al Código Civil para el Distrito Federal publicadas el 25 de Mayo de 2000, por el cual se establece un capítulo a la figura del concubinato, reduciendo el plazo de 5 a 2 años para considerarse concubinato y en consecuencia se dé la generación de derechos y obligaciones, entre ellos los derechos sucesorios de los concubinos. Por otro lado sigue vigente el requisito de no ser necesario el transcurso del tiempo en este caso el de 2 años, cuando tengan un hijo en común. Pero si con una misma persona se establecen varias uniones del tipo antes descrito en ninguna se reputará concubinato, y para resarcir esta situación los legisladores adicionaron lo siguiente. Quien haya actuado de buena fe podrá demandar del otro, daños y perjuicios.

ALIMENTOS.

Tratándose de la sucesión legítima no existe el problema de la pensión alimenticia, puesto que en ella no puede sostenerse que alguna de las personas de las comprendidas en el artículo 1368 del Código Civil del Distrito, hayan podido ser preferidas. Esto explica por que todos los preceptos de la ley que traten de la obligación de dar alimentos, después de la muerte del deudor, se hallan comprendidos en el capítulo que trata de los bienes de que se puede disponer por testamento y de los testamentos inoficiosos, y no en alguno de los capítulos correspondientes al Título Quinto del Libro Tercero, del Código Civil, que trata de las disposiciones comunes a las sucesiones testamentaria y legítima, en que seguramente se habrían colocado todos estos preceptos, si la mente del legislador hubiera sido establecer una pensión alimenticia a favor de determinadas personas, independientemente del derecho de las mismas, a disfrutar de una porción de los bienes hereditarios, por voluntad expresa del testador o por disposición de la ley, según se trate de sucesión testamentaria o legítima, respectivamente.

Amparo Civil Directo 3666/36. Sucesión de Weiss y Díaz Barroso Adolfo. 19 de febrero de 1938. Unanimidad de cuatro votos.

Quinta época. Instancia tercera sala. Fuente Semanario Judicial de la Federación. Tomo LV. Página 1672.

TESTAMENTO INOFICIOSO, ACCIÓN DE, EJERCITADA POR LA CONCUBINA PORQUE NO SE LE DEJÓ PENSIÓN ALIMENTICIA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE NAYARIT).

El artículo 1368, fracción V, del Código Civil para el Estado de Nayarit, expresamente dice: "Artículo 1368. El testador debe fijar alimentos a las personas que se mencionan en las fracciones siguientes:...V. A la mujer con quien el testador vivió como si fuera su marido, durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o con la que tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato. La concubina sólo tendrá derecho a alimentos

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

mientras que observe buena conducta y no se case. Si fueran varias las concubinas, ninguna de ellas tendrá derecho a alimentos", y el artículo 1374 del mismo cuerpo de leyes, por su parte señala que: "Artículo 1374. Es inoficioso el testamento en que no se deje la pensión alimenticia, según lo establecido en este capítulo. Del texto de los dispositivos legales anteriores transcritos, se desprende que para que exista tal concubinato, se requiere que un hombre y una mujer libres de matrimonio convivan como si fueran esposos o sea que no se trata de un estado vago, indeterminado, sino preciso y determinante. Y para que la concubina tenga derecho a que el concubinario le fije alimentos en su testamento, según la segunda hipótesis de la fracción V del citado artículo 1368, es menester que aunque no hayan convivido durante los cinco años que precedieron inmediatamente a la muerte del último de los nombrados, de tal unión libre hubiere habido hijos, pues si se cumple este requisito, sin que el testador deje alimentos a su concubina, el testamento es inoficioso.

Amparo Directo 1903/72. María del Refugio Gutiérrez Castro. 14 de Octubre de 1976. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: David Franco Rodríguez. Secretario Efraín Ochoa Ochoa.

Séptima época. Instancia Tercera Sala. Fuente Semanario Judicial de la Federación. Volumen 91-96 Cuarta parte. Página 77.

INOFICIOSIDAD DEL TESTAMENTO. ACCIÓN DE. ELEMENTOS QUE LA INTEGRAN.

Conforme a lo dispuesto en los artículos 1371 y 1374 del Código Civil para el Distrito Federal, los elementos de la acción de inoficiosidad de testamento son: a) la existencia de un testamento; b) la obligación del testador de dejar alimentos a determinadas personas, y c) el incumplimiento de tal obligación al otorgar el testamento. De modo que, si falta alguno de estos elementos, no puede prosperar dicha pretensión.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo Directo 1139/92. Aura Solórzano Morales y otros. 4 de junio de 1992.

Unanimidad de votos. Ponente: Leonel Castillo González. Secretario: José Juan Bracamontes Cuevas.

Octava Época. Instancia Tribunales Colegiados. Fuente Semanario Judicial de la Federación. Tomo XI, Febrero de 1993- Página 269.

Como se desprende de las anteriores ejecutorias, la concubina era la única persona que tenía derecho a recibir alimentos del testamento de su pareja hoy en día ambos concubinos también tienen derecho a percibir de manera recíproca alimentos del testamento del concubino fallecido, derecho que se establece en la fracción V del artículo 1368 del Código Civil para el Distrito Federal siempre y cuando hayan vivido como cónyuges durante los cinco años que precedieron inmediatamente a la muerte de uno de ellos o con quien tuvo hijos, estén libres de matrimonio y que el concubino superviviente esté impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes. Derecho que sólo subsistirá mientras la persona de que se trate no contraiga nupcias y observe buena conducta. Si fueren varias las personas con quien el testador vivió como si fueran su cónyuge ninguna de ellas tendrá derecho a alimentos.

El testador que no deje alimentos a las personas con quienes tiene esta obligación, el testamento será inoficioso pero sólo en la parte que alcance a cubrir la pensión alimenticia, lo restante es válido.

ALIMENTOS ENTRE CONCUBINOS. CESA LA OBLIGACIÓN DE DARLOS CUANDO CUALESQUIERA DE ELLOS CONTRAE MATRIMONIO.

De lo dispuesto por el artículo 302 del Código Civil se desprende que los concubinos deben darse alimentos si se satisfacen los requisitos señalados por el artículo 1635 del Código Civil. Entre esos requisitos destaca el de que se encuentren libres de matrimonio. No pasa inadvertido que, en tratándose de los cónyuges, el artículo precitado previene que la ley determinará cuando queda subsistente esa obligación en los casos de divorcio y otros que la ley señale; pero tal regla no se establece en relación con los concubinos, pues aun cuando en la exposición de motivos del Código Civil el legislador reconoce que "... produce efectos jurídicos el concubinato,

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

ya en bien de los hijos, ya en favor de la concubina, que al mismo tiempo es madre, y que ha vivido por mucho tiempo con el jefe de familia". En seguida se sostiene que: "... Estos efectos se producen cuando ninguno de los que viven en concubinato es casado, pues se quiso rendir homenaje al matrimonio, que la comisión considera como la forma legal y moral de constituir la familia, y si se trata del concubinato, es como se dijo antes, porque se encuentra muy generalizado, hecho que el legislador no debe ignorar".

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo Directo 4843/93. María de Lourdes Castañeda Martínez. 23 de septiembre de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: José Becerra Santiago. Secretario: Marco Antonio Rodríguez Barajas.

Octava época. Instancia Tribunales Colegiados de Circuito Fuente Semanario Judicial de la Federación. Tomo: XII, Diciembre de 1993. Página 790.

CONCUBINATO, LOS DERECHOS QUE PRODUCE ENTRE LOS CONCUBINOS SÓLO DURAN MIENTRAS LA RELACIÓN SUBSISTA.

A diferencia de lo que ocurre con el matrimonio, relación civil en que los cónyuges se unen con el propósito de constituir una familia, de forma permanente, tanto así que para crearlo o disolverlo se requiere seguir ciertas formas establecidas por el derecho, y sólo puede conseguirse si lo sanciona una autoridad competente, el concubinato es la relación que se crea entre un hombre y una mujer, por el hecho de vivir como marido y esposa durante el término preestablecido por la ley, la que no puede dejar de reconocer que también de esta forma se constituyen lazos familiares de afecto y ayuda mutua, sobre todo si se procrean hijos; pero esta clase de vínculo sólo es reconocida por el derecho, mientras perdure la situación de hecho así creada. En este sentido, Marcel Planiol y George Ripert sostienen en el Libro Derecho Civil, Editoria Harla, 3ª edición, Librería General del Derecho Jurisprudencial, Paris, 1946, página 8, quien vive en estado de concubinato, puede ponerle fin según su voluntad, sin que la otra persona con quien viva en este estado pueda invocar esa ruptura como

fuelle de daños y perjuicios." Por lo tanto, los efectos que emanan del concubinato, tales como el derecho a heredar o a recibir alimentos, sólo se producen si esa relación subsiste al momento del deceso de uno de ellos, o al en que se solicitan los alimentos.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO

Amparo Directo 9374/97. Pedro Antonio López Ríos. 12 de Febrero de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Gilda Rincón Orta. Secretaria: Georgina Vega de Jesús.

Novena época. Instancia Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo VII, Junio de 1998. Página 1.4º.C.20 C.

También es menester decir que anteriormente el concubinato, era reconocido por el derecho mientras subsistía esta relación, pero una vez terminada la relación, no había derechos para los concubinos. Actualmente en el artículo 291 Quintus otorga al concubinario o la concubina que carezca de ingresos o bienes suficientes para su sostenimiento el derecho de reclamar alimentos por un tiempo igual al que duró la relación de concubinato. Siempre y cuando no se unan en otra relación de concubinato o contraiga nupcias, o haya demostrado ingratitud hacia el otro concubino. Inclusive ya es aceptado el concubinato como otra forma de integrar la familia.

4.5. PROPUESTA DE REFORMA A LA FRACCIÓN V DEL ARTÍCULO 1368 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Es evidente que para entender la idea de reformar la fracción V del artículo 1368 del Código Civil para el Distrito Federal, es necesario transcribir de nuevo esta fracción que actualmente a la letra reza:

Art. 1368 El testador debe dejar alimentos a las personas que se mencionan en las fracciones siguientes:

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

V. A la persona con quien el testador vivió como si fuera su cónyuge durante los 5 años que precedieron inmediatamente a su muerte o con quien tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato y que el superviviente esté impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes. Este derecho sólo subsistirá mientras la persona de que se trate no contraiga nupcias y observe buena conducta. Si fueren varias las personas con quien el testador vivió como si fuera su cónyuge, ninguna de ellas tendrá derecho a alimentos;

Resultando evidente que los requisitos exigidos por esta fracción no son congruentes a los señalados en el artículo 1635, precepto legal que hace referencia a la sucesión de los concubinos por vía legítima y que a su vez nos menciona que los concubinos tendrán derecho a heredarse recíprocamente cuando reúnan los requisitos a que se refiere el Capítulo XI del Título Quinto del Libro Primero del Código Civil para el Distrito Federal. Capítulo XI que esta formado por los artículos 291 Bis, 291 Ter, 291 Quáter y 291 Quintus, cuatro artículos que son insuficientes para reglamentar la figura del concubinato. De ellos se desprenden los siguientes requisitos para que los concubinos tengan derechos sucesorios.

La concubina y el concubinario tienen derechos y obligaciones recíprocos, siempre que sin impedimentos legales para contraer matrimonio, han vivido en común en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años que preceden inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones a los que alude este capítulo. No es necesario el transcurso del período mencionado cuando, reunidos los demás requisitos, tengan un hijo en común. Si con una misma persona se establecen varias uniones del tipo antes descrito en ninguna se reputará concubinato. Quien haya actuado de buena fe podrá demandar del otro una indemnización por daños y perjuicios.

Situación por la cual me parece adecuado y es precisamente lo que propongo de acuerdo a los requisitos señalados en la figura del concubinato artículos 291 Bis, 291 Ter, 291 Quáter y 291 Quintus y 1635 que habla de la sucesión de los concubinos a heredar por vía legítima, establecer el siguiente proyecto de reforma a la fracción V del

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

artículo 1368 del Código Civil para el Distrito Federal, que deberá quedar de la siguiente forma:

Art. 1368 El testador debe dejar alimentos a las personas que se mencionan en las fracciones siguientes:

V. A la concubina o concubino con quien el testador vivió sin impedimentos legales para contraer matrimonio, de manera común en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años que precedieron inmediatamente a la muerte de uno de ellos, no siendo necesario el transcurso del tiempo señalado cuando reunidos los demás requisitos tengan un hijo en común. Y que el sobreviviente no tenga bienes suficientes. Derecho que subsistirá mientras la persona de que se trate no contraiga matrimonio o se una en otra relación de concubinato. Si fueren varias las personas con quien el testador vivió como si fueren concubinos ninguno de ellos tendrá derecho a alimentos.

En consecuencia los requisitos que deben reunir los concubinos para tener derecho a percibir alimentos por testamento del concubino fallecido, bajo la propuesta de reforma a la fracción V del artículo 1368 del Código Civil, son:

a). La existencia de una sola concubina o concubinario, quien tendrá derecho a exigir una pensión alimenticia del testamento dejado por el concubino o concubina fallecido, cuando éste no cumpla con la obligación de dejar alimentos.

b). Haber vivido la concubina o el concubinario con el testador sin impedimentos legales para contraer matrimonio, requisito que sin lugar a dudas prohíbe entre otras cosas las relaciones de personas casadas que quieran unirse con otra persona en concubinato por lo cual ambos deber ser solteros, también trata de evitar las relaciones de concubinos con personas a las que estén unidos por lazos de parentesco consanguíneo, afinidad o civil. Por lo que haciendo una comparación con los requisitos de la fracción V del artículo 1368 del Código Civil antes de mi propuesta de reforma, ésta sólo se limitaba a requerir para que los concubinos percibieran alimentos por testamento, el que ambos concubinos permanecieran libres de matrimonio durante el

concubinato, situación que es muy clara, no se puede hablar de una relación de concubinato cuando alguno de ellos ha contraído matrimonio y este subsiste, supuesto que encuadra dentro del requisito de haber vivido los concubinos sin impedimentos legales para contraer matrimonio.

c). Que los concubinos hayan vivido de manera común en forma constante y permanente. Lo que significa que los concubinos deben cohabitar en un mismo lugar implicando con esto mantener relaciones sexuales o aparenten tenerlas aspecto íntimo y común para los concubinos y cónyuges. A su vez esta vida en común debe ser constante y permanente lo que conlleva a pensar que no exista interrupción alguna, salvo excepciones que se encuentren verdaderamente justificadas. En consecuencia el concubinato al igual que el matrimonio tiene deberes de cohabitación, fidelidad y ayuda mutua. Por lo que ya no es necesario emplear el requisito de vivir los concubinos como si fueran cónyuges pues es claro que dentro del análisis del presente requisito existen deberes que deben cumplirse como si fueran cónyuges.

d). Que el tiempo de vivir juntos sea por el período mínimo de dos años que precedieron inmediatamente a la muerte de uno de los concubinos. Término que fue reducido de 5 años a 2 años para que los concubinos tengan derecho de percibir o exigir alimentos por testamento del concubino fallecido, tiempo de dos años que genera derechos y obligaciones, entre ellos los derechos sucesorios.

Ahora sí podemos hablar que con esta reforma a la fracción V del artículo 1368 del Código Civil, en relación con el período de convivencia entre concubinos de dos años, resulta congruente con el término establecido para la figura del concubinato, artículo 291 Bis, y con los requisitos para heredarse recíprocamente los concubinos por vía legítima que también es de dos años.

e). No siendo necesario el transcurso del período de dos años cuando tengan un hijo en común. Es decir ambos concubinos podrán percibir alimentos por testamento, cuando sin impedimentos legales para contraer matrimonio han vivido en común de manera constante y permanente por un período mínimo de dos años que precedieron inmediatamente a la muerte de uno de ellos o bien por el simple hecho de tener un

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

hijo en común dentro de esta relación sin necesidad de cumplir con determinado tiempo.

Si bien es cierto la fracción V del artículo 1368 del Código Civil, antes de mi propuesta de reforma al citado precepto legal requería de la existencia de "hijos" en plural, no necesariamente se requería más de uno, si no que era suficiente la existencia de un solo hijo para tener derecho a recibir alimentos por testamento del concubino fallecido, criterio que fue sustentado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En tal sentido se propone modificar este requisito, para que sin lugar a confusión se establezca que no es necesario el transcurso del tiempo cuando tengan un hijo en común.

f). Que el sobreviviente no tenga bienes suficientes, lo que implica no tener los recursos necesarios para sobrevivir (habitación, vestido, comida). En este caso se omiten los requisitos de que el sobreviviente esté impedido de trabajar y observe buena conducta, pues en el primero de los casos la incapacidad para trabajar debe ser muy notoria, lo cual es muy difícil de probar, y en el segundo se considera como un elemento subjetivo, en el cual la misma ley no especifica qué considera por buena conducta.

g). Derecho que subsistirá, mientras la persona de que se trate no contraiga matrimonio o se una en concubinato. Lo que resulta lógico porque al contraer matrimonio cesará la calidad de concubina o concubinario y adoptará la calidad de cónyuge naciendo todos los derechos y obligaciones inherentes al matrimonio. Por otro lado si hay una segunda unión de concubinato después de terminado uno, es injusto que el concubino sobreviviente reciba alimentos por testamento cuando otra persona adquiere esta nueva obligación.

h). Si fueren varias las personas con quien el testador vivió como si fueran su concubina o concubinario, ninguna de ellas tendrá derecho a alimentos, ya se ha señalado anteriormente que el concubinato tiene como característica ser monogámico y que de este requisito se desprende a su vez el deber de fidelidad entre los concubinos. No es posible decir que una persona vivió con varias personas a la vez

como si fueren concubinos, cohabitando bajo el mismo techo. Estas relaciones se dan entre una mujer y un solo hombre por lo que no pueden existir a la vez varias relaciones de concubinato.

Requisitos que son necesarios para que la concubina o el concubino sobreviviente tengan derecho a pedir alimentos del testamento del concubino fallecido, de lo contrario el testador al incumplir el deber de no fijar pensión alimenticia a cargo de la masa hereditaria a las personas de quienes tiene la obligación, tal testamento será inoficioso en tanto alcance a cubrir las pensiones alimentarias a las personas con quienes tiene la obligación.

CONCLUSIONES

PRIMERA. Como se ha estudiado, en el Derecho Romano, la figura del concubinato surge de la desigualdad de las clases sociales, por ello se presentan uniones de un hombre y una mujer, que no tenían la intención de contraer matrimonio. Siendo considerado el concubinato, bajo un rango inferior al matrimonio que en un principio el derecho no se ocupó de estas relaciones, pero al transcurso del tiempo generó a favor de la concubina y los hijos procreados de esta unión derechos alimentarios y sucesorios.

SEGUNDA. En México, durante la época prehispánica, algunos pueblos indígenas, practicaban el concubinato, la mancebía y la poligamia, de manera común, especialmente ejercida por los hombres que ocupaban un nivel social alto. En lo concerniente a sucesiones, sólo tenían derecho a heredar, los hijos de la mujer principal y a falta de ellos los hijos de la mujer secundaria, no heredaban las mujeres en caso de poligamia. Pero es con la llegada de los españoles y la imposición de la religión católica, que se desconoce el concubinato marginando de la sociedad a las mujeres e hijos integrantes de dicha unión, reconociendo como la única forma de constituir la familia, el sacramento del matrimonio.

TERCERA. Debido a la influencia del matrimonio religioso que desconocía el concubinato, el Código Civil de 1870 y 1884, así como la Ley de Relaciones Familiares, no reglamentó la figura del concubinato y menos en materia de sucesiones, sólo contemplaron derechos para los hijos nacidos fuera de matrimonio. Ahora bien, los legisladores de esa época, sólo confundieron el término concubinato con amasiato que son dos cosas diferentes.

CUARTA. Fue hasta el Código Civil de 1928 que el legislador a pesar de no incluir la figura del concubinato en un capítulo específico, sólo otorgó a sus integrantes, limitados efectos jurídicos, estableciendo ciertos requisitos para tener derecho a heredar del concubino fallecido ya sea por sucesión testamentaria o legítima. Derecho que sólo beneficiaba a la concubina y a los hijos procreados de esta unión no así al concubinario quien quedaba en total estado de indefensión.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

QUINTA. Con motivo de las reformas al Código Civil para el Distrito Federal en el mes de diciembre de 1974 se reconoció para ambos concubinos el derecho a recibir alimentos por testamento (Fracción V artículo 1368 del Código Civil) pero también se reconoció para la concubina y el concubinario el derecho a heredarse recíprocamente por vía legítima (Artículo 1635 del Código Sustantivo). Para ello debían cumplir con los siguientes requisitos; acreditar haber vivido como cónyuges durante cinco años previo a la muerte de uno de ellos o que hayan tenido hijos en común, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato y en caso de existir varias concubinas o concubinarios ninguno de ellos heredará. Este derecho sólo subsistirá, si el concubino sobreviviente esté impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes.

SEXTA. A raíz de las reformas al Código Civil para el Distrito Federal publicadas el 25 de mayo de 2000 en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, se estableció un capítulo específico a la figura del concubinato señalando como requisitos para la generación de derechos y obligaciones entre los concubinos, haber vivido, en común sin impedimentos legales para contraer matrimonio, en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años, no siendo necesario el transcurso del período mencionado cuando reunidos los demás requisitos tengan un hijo en común. Si con la misma persona se establecen varias uniones del tipo antes descrito en ninguna se reputará concubinato. Quien haya actuado de buena fe podrá demandar del otro una indemnización por daños y perjuicios.

SÉPTIMA. Como se puede apreciar el lapso del tiempo que se requiere para la constitución del concubinato es menor, anteriormente el plazo de tiempo era de 5 años, ahora se reduce a sólo dos años, tiempo en el cual se generan derechos y obligaciones entre los concubinos, entre ellos los derechos sucesorios.

OCTAVA. Ahora bien, con motivo de las reformas al Código Civil para el Distrito Federal del 25 de mayo del año 2000, el matrimonio y el concubinato, son los únicos medios legales y naturales para la constitución de la familia.

NOVENA. El concubinato a su vez genera el parentesco consanguíneo respecto de

los hijos, el parentesco por afinidad con la familia de la concubina o el concubinario y también permite adquirir ambos concubinos el parentesco civil que es el que nace en virtud de la adopción. También existe la posibilidad de constituir un patrimonio familiar ya sea por parte de la concubina, el concubinario, ambos o los propios hijos habidos de esta unión

DÉCIMA. El concubinato presenta en relación a los hijos habidos de esta unión derechos y obligaciones en relación al parentesco, adopción, alimentos, sucesorios, patria potestad y patrimonio familiar.

DÉCIMA PRIMERA. De esta manera, nuestro Código Civil en materia de sucesiones y sólo por la vía legítima, requiere para que los concubinos tengan derecho a heredar conforme a las reglas de los cónyuges, haber vivido sin impedimentos legales para contraer matrimonio en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años, no siendo necesario el transcurso del tiempo mencionado, si reunidos los demás requisitos se tenga un hijo en común. Si con una misma persona se establecen varias uniones del tipo antes descrito en ninguna se reputará concubinato.

DÉCIMA SEGUNDA. Caso contrario se presenta en la fracción V del artículo 1368 del Código Civil, al señalar que los concubinos, tienen derecho a percibir alimentos por testamento cuando hayan vivido juntos como si fueren cónyuges durante un período de 5 años previo a la muerte de uno de ellos, o que haya tenido hijos en común siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato y que el superviviente esté impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes. Derecho que sólo subsistirá mientras la persona no contraiga nupcias y observe buena conducta. Si fueren varias las personas con quien el testador vivió como si fueren su cónyuge ninguna de ellas tendrá derecho a alimentos.

DÉCIMA TERCERA. Una vez hecho el análisis del concubinato en materia de sucesiones, se llega a la conclusión de que el término de dos años que se establece para la constitución del concubinato y para tener derecho a heredar en la sucesión de

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

los concubinos por sucesión legítima, debe ser acorde al término que se requiere para que los concubinos tengan derecho a percibir alimentos por testamento de acuerdo a la fracción V del artículo 1368 del Código Civil para el Distrito Federal. En caso de incumplimiento de esta obligación por parte del testador a la persona de quien tiene la obligación, el testamento es inoficioso.

DÉCIMA CUARTA. Además de reducir el plazo de 5 a 2 años para que los concubinos tengan derecho a percibir alimentos por testamento, también es necesario modificar algunos requisitos de la fracción V del artículo 1368 del Código Civil, para que sean congruentes con los señalados en la sucesión de los concubinos por vía legítima y que fueron materia de estudio en el presente tema, para llegar a la conclusión de que la fracción V del artículo 1368 del Código Civil para el Distrito Federal con la propuesta de reforma debe quedar de la siguiente manera:

Art. 1368 El testador debe dejar alimentos a las personas que se mencionan en las fracciones siguientes:

V. A la concubina o concubino con quien el testador vivió sin impedimentos legales para contraer matrimonio, de manera común en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años que precedieron inmediatamente a la muerte de uno de ellos, no siendo necesario el transcurso del tiempo señalado cuando reunidos los demás requisitos tengan un hijo en común. Y que el sobreviviente no tenga bienes suficientes. Derecho que subsistirá mientras la persona de que se trate no contraiga matrimonio o se una en otra relación de concubinato. Si fueren varias las personas con quien el testador vivió como si fueren concubinos ninguno de ellos tendrá derecho a alimentos.

BIBLIOGRAFIA.

ALBA, HERMOSILLO Carlos. Estudio Comparado entre el Derecho Azteca y el Derecho Positivo Mexicano; ediciones Especiales del Instituto Indigenista Interamericano. México. Editorial Grafica Panoamericana, 1949; 140 págs.

ARAUJO, VALDIVIA Luis; Derecho de las Cosas y de las Sucesiones; 2ª edición. México. Editorial José María Cajica, 1967; 567 Págs.

ARCE y CERVANTES José; De las Sucesiones; 3ª edición, México. Editorial Porrúa, S.A. 1992. 245 Págs.

ASPRON PELAYO Juan M. Sucesiones; 1ª edición. México. Editorial Mc. Graaw-Hill, 1996. 214 Págs.

AZAR ELÍAS Edgar; Personas y Bienes en el Derecho Civil Mexicano; 2ª edición. México. Editorial Porrúa S.A. 1997; 578 Págs.

BAQUEIRO ROJAS Edgar y BUEN ROSTRO BÁEZ Rosalía; Derecho de Familia y Sucesiones; México. Editorial Harla, 1990; 492 Págs.

BOSSERT, Gustavo Alberto; Régimen Jurídico del Concubinato; 3ª edición. Buenos Aires. Editorial Astrea, 1990; 278 Págs.

CHÁVEZ, ASECIO Manuel F; La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Conyugales. México. Editorial Porrúa S.A. 1990; 604 Págs.

DE IBARROLLA, Antonio; Cosas y Sucesiones; 3ª edición. México. Editorial Porrúa S.A. 1997. 1120 Págs.

ESQUIVEL, OBREGÓN Toribio; Apuntes para la Historia del Derecho en México; Tomo I, 2ª edición. México. Editorial Polls, 1984.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

GALINDO, GARFIAS Ignacio; Derecho Civil. Parte General. Personas. Bienes, 13a edición. México. Editorial Porrúa S.A. 1994. 790 Págs.

GUTIÉRREZ y GONZÁLEZ Ernesto; Derecho Sucesorio Inter. Vivos y Mortis Causa; 2ª edición. México. Editorial Porrúa S.A. 1997; 373 Págs.

HERRERÍAS, SORDO María del Mar; El Concubinato, Análisis Histórico Jurídico y su Problemática en la Práctica; 1ª edición. México. Editorial Porrúa S.A. 1998; 159 Págs.

LEMUS, GARCÍA Raúl; Derecho Romano. Personas, Bienes y Sucesiones; México. Editorial Limsa, 1964; 341 Págs.

LÓPEZ DEL CARRIL Julio J; Derecho de Familia; Buenos Aires. Editorial Abeledo-Perrot. 1984; 859 Págs.

MAGALLÓN IBARRA Jorge Mario; Instituciones de Derecho Civil. Tomo III, Derecho de Familia; 1ª edición. México. Editorial Porrúa S.A. 1988; 586 Págs.

MONTERO, DUHALT Sara; Derecho de Familia; 5ª edición. México. Editorial Porrúa S.A. 1992; 429 Págs.

PETIT, Eugene; Tratado Elemental de Derecho Romano; 6ª edición. México. Editorial Porrúa S.A. 1990, 717 Págs.

PLANIOL, Marcel y George RIPERT; Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Vol. IV; 12 a edición. La Habana 1946. Editorial José María Cajica. 112 Págs.

ROJINA VILLEGAS Rafael; Derecho Civil Mexicano. Tomo IV. Sucesiones; 8ª edición. México. 1997; 578 Págs.

SÁNCHEZ MEDAL Ramón; Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia de México; 1ª edición. México. Editorial Porrúa S.A. 1979; 126 Págs.

VENTURA, SILVA Sabino, Derecho Romano; 8ª edición. México. Editorial Porrúa S.A. 1985; 453 Págs.

ZANONI, Eduardo A. Derecho Civil de Familia. Tomo II; 2ª edición. Buenos Aires. Editorial Astrea. 1989; 898 Págs.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

LEGISLACIONES

Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California; edición económica, México. Imprenta de Aguilar, 1875; 753 Págs.

Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales; 4ª edición. México. Editorial Porrúa S.A. 1958; 615 Págs.

Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales, 8ª edición, México. Editorial Porrúa, S. A 1962; 610 Págs.

Código Civil para el Distrito Federal; México. 1996, 239 Págs.

Código Civil para el Distrito Federal; México. 2001, 382 Págs.

Diario de los Debates. Asamblea Legislativa del Distrito Federal I Legislatura. Segundo Período Ordinario. Tercer Año, de Fecha 28 de Abril del 2000.

Consulta de Jurisprudencia en las instalaciones del Palacio de Justicia Federal.