



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

14
751

FACULTAD DE DERECHO

**ANALISIS COMPARATIVO DE LOS DERECHOS
A HEREDAR ENTRE CONYUGE
SUPERSTITE Y CONCUBINOS.**



FACULTAD DE DERECHO
SECRETARIA AUXILIAR DE
EXAMENES PROFESIONALES

T E S I S
Que para optar por el título de:
LICENCIADO EN DERECHO
P r e s e n t a :
MARIO ALBERTO SOTO MUÑOZ



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 está 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.

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL



UNIVERSIDAD NACIONAL
AVENIDA DE
MEXICO

Cd. Universitaria, D.F., a 10 de septiembre de 1986

C. COORDINADOR DE LA
ADMINISTRACION ESCOLAR
DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E:

El pasante MARIO ALBERTO SOTO MUNOZ elaboró en este Seminario la tesis denominada ANALISIS COMPARATIVO DE LOS DERECHOS A HEREDAR ENTRE CONYUGE SUPERSUITE Y CONCURSINOS.

La tesis de referencia llena, en opinión del suscrito, los requisitos necesarios correspondientes, por lo que con apoyo en la fracción V del artículo 8o. del Reglamento de Seminarios de la Facultad, le otorgo mi aprobación y autorizo su presentación al jurado recepcional respectivo, en los términos del artículo 7o. del Reglamento de Exámenes Profesionales de esta propia Facultad.

A t e n t a m e n t e
POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU
El Director del Seminario



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE
DERECHO CIVIL

DR. RAUL ORTIZ-URQUIDI

ROU/sc

I N D I C E

	<u>Página</u>
Introducción - - - - -	1
CAPITULO I	
LA HERENCIA	
a).- Concepto de la Herencia - - - - -	2
b).- Antecedentes - - - - -	30
c).- Fundamentación jurídica de la herencia en nuestra legislación vigente - - - - -	39
d).- Exposición analítica del artículo 1281 del Código Civil - - - - -	39
CAPITULO II	
CAPACIDAD Y PERSONALIDAD PARA HEREDAR	
a).- Concepto de los términos - - - - -	41
b).- Partes en la herencia - - - - -	44
c).- Representación - - - - -	46
d).- Substitución - - - - -	46
e).- Legitimación - - - - -	48
CAPITULO III	
EL JUICIO SUCESORIO	
a).- Fundamentación Legal - - - - -	50
b).- Clases de sucesiones - - - - -	50
c).- Períodos en el Juicio Sucesorio - - - - -	66
d).- Partición - - - - -	72

DERECHOS HEREDITARIOS DEL CONYUGE SUPERSTITE

a).- Concepto de cónyuge supérstite y derechos consagrados en el Código Civil para el Distrito Federal - - - - -	76
--	----

CAPITULO V

DERECHOS HEREDITARIOS EN EL CONCUBINATO

a).- Antecedentes - - - - -	78
b).- Concepto de concubina o concubinario supérstite - - - - -	79
c).- Derechos en materia sucesoria consagrados a favor de la Institución de concubinato en el Código Civil para el Distrito Federal - - - -	80
d).- Derechos otorgados en algunas legislaciones de nuestro país - - - -	82
e).- Motivos del legislador de 28 para no otorgar los mismos derechos a heredar a la concubina con el cónyuge supérstite - - - - -	85

Sugerencias o reformas a la legislación, en razón a la desigualdad aún existente en los derechos a heredar entre concubenarios y cónyuge supérstite - - - - -	88
---	----

Conclusiones - - - - -	90
------------------------	----

Bibliografía - - - - -	92
------------------------	----

I N T R O D U C C I O N

Indudablemente, la sucesión intestamentaria del Concubinato es uno de los renglones que interesa en la actualidad a nuestra sociedad, ya que es una situación de hecho para acceder a una herencia.

Hasta antes de la reforma de fecha 12 de diciembre de 1983, en donde se reestructuró en parte al artículo 1635 del Código Civil para el Distrito Federal, existían innumerables problemas, como era el caso del no reconocimiento del concubinario; sin embargo, -pese a estas reformas en la materia- creo que aún faltan de afinar algunas, por ejemplo el requisito drástico de la convivencia por cinco años, término éste, que a mi parecer no debería de existir ya que se está equiparando a la institución del concubinato con una prescripción adquisitiva.

En el presente trabajo trataré varios aspectos, entre ellos la herencia, su procedimiento y consecuencias que en un momento determinado atañe a la sucesión de los concubinos.

Al presentar este trabajo, estoy consciente que adolece de cierta técnica, pero considero que es el resultado de un esfuerzo por presentar una idea diferente del tema que trato.

CAPITULO I

LA HERENCIA

a).- CONCEPTO DE LA HERENCIA.

El término herencia tiene principalmente dos acepciones, una desde el punto de vista etimológico, ya que todas sus raíces provienen del griego *Jeros*, que significa despojado, dejado o abandonado y del latín *Heres*, que significa gramaticalmente, tanto el derecho a heredar, como al conjunto de bienes, derechos y obligaciones que al morir una persona, son transmitibles a sus herederos o legatarios.

Escriche nos define a la herencia en cuanto a la sucesión *mortis cause*, como "la sucesión en los bienes y derechos que tenía alguno al tiempo de su muerte, y el conjunto de los mismos bienes y derechos que deja el difunto deducidas las deudas" (1).

Tomando en cuenta que el patrimonio es el conjunto de derechos y obligaciones pertenecientes a una persona apreciable en dinero, no se adecúa al concepto que nos da Escriche, pues la característica de la herencia a título universal, es la sucesión íntegra en el activo y pasivo del causante, ahora bien en cuanto al último párrafo de la definición de Escriche debe considerarse que toda herencia se tomará a beneficio de inventario.

La Legislación Argentina, en su artículo 3279 del Código Civil, define a la herencia como: "La transmisión de los derechos activos y pasivos que componen la herencia de una persona muerta, a la persona que sobrevive, la cual la ley o el testador llama para recibirla".

(1) Escriche.- Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XIII, Editorial Bibliográfica Argentina.- 30-XI-60.- Pag. 826.

Para Borda, los elementos de la herencia son:

- " 1.- La persona fallecida llamada causante o de cujus.
- 2.- Las personas que son llamadas por Ministerio de ley ó por voluntad del difunto a fin de sucederle, a los que se les conoce con el nombre de sucesores o causahabientes. Si la sucesión es a título universal, se les denomina herederos y si ésta es a título particular, legatarios, y
- 3.- La masa hereditaria de que era titular el difunto, se le conoce con el nombre de herencia, ya que va a ser objeto material de la transmisión" (2).

Sánchez Román, al hacer referencia a la herencia, explica que: "La palabra herencia representa no sólo el acto de heredar, en cuyo caso equivale a sucesión, sino también al patrimonio o conjunto de derechos o relaciones patrimoniales que la constituyen, representando el sentido de la universalidad de los mismos " (3).

Dentro de nuestro derecho, en el artículo 1281 del Código Civil, se define a la herencia como "La sucesión en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte". De la anterior definición deducimos que hay dos tipos de sucesiones, cuando es por la voluntad del testador quien puede disponer de todo o parte de sus bienes, se le conoce con el nombre de Testamentaria; la segunda conocida como Legítima, ya que se hace por disposición de ley, surge cuando el autor de la herencia no pudo o no quiso testar, por lo que la ley llama a los legítimos herederos.

Se ha señalado y consideramos que el derecho hereditario está ligado a la Teoría del Patrimonio, ya que tanto el elemento activo como el pasivo forman una unidad, un todo, al fallecer la persona que era titular del patrimonio, el que forma una unidad y que se transmite a los herederos y legatarios, para

(2) y (3) Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XIII, Editorial Bibliográfica Argentina.- 30-XI-60.- Pag. 827.

que a su vez éstos hagan el pago del pasivo y una vez hecho esto, adquieran el activo hereditario.

El Maestro Leopoldo Aguilar Carbajal, desde un punto de vista objetivo, señala que "No todos los derechos y obligaciones del autor de la herencia se transmiten a los herederos, ya que no todos son patrimoniales y como es natural los derechos no patrimoniales no se transmiten, pero además los derechos que si son patrimoniales, unos se transmiten y otros no" (4), asimismo el propio Maestro señala que el dato fundamental es que mediante la transmisión de la herencia, lo que se transmite es la universalidad del patrimonio.

Rafael Rojina Villegas, realiza un estudio sobre el derecho hereditario y lo divide para su mayor y mejor comprensión, en cinco grandes conceptos jurídicos que son:

- 1.- Sujetos del derecho hereditario.
- 2.- Supuestos del derecho hereditario.
- 3.- Consecuencias del derecho hereditario.
- 4.- Objetos del derecho hereditario.
- 5.- Relaciones jurídicas del derecho hereditario." (5)

Este autor nos dice que el objeto de estudiar el derecho hereditario, tiene como finalidad determinar qué personas intervienen en todas las relaciones que pueden presentarse, tanto en la sucesión legítima, como en la testamentaria, tomando en cuenta los diferentes conceptos que sobre la sucesión hereditaria nos proporcionan los juristas aquí mencionados, analizaremos en primer término al autor de la herencia, ya que su participación es esencial en toda sucesión, sin embargo su función es distinta tanto en la sucesión legítima como en la testamentaria. En la primera se toma como punto de referencia a fin de que se opere la transmisión a título universal, extinguiéndose su perso

(4) Aguilar Carbajal Leopoldo.- Segundo Curso de Derecho Civil. Editorial Porva S.A. 1960, Pags. 273 y 274.

(5) Rojina Villegas Rafael.- Compendio de Derecho Civil, Bienes, Derechos Reales y Sucesiones.- Editorial Porrúa, S.A. 1979.- Pag. 280.

nalidad con su muerte, no siendo admisible la continuidad o supervivencia de dicha personalidad sobre el heredero.

En cuanto a la sucesión testamentaria, la conducta jurídica del testador estará regulada, no sólo para dictar válidamente su testamento, sino también para saber hasta dónde alcanza el poder de su voluntad por reconocimiento de la norma y hasta qué punto debe subordinarse a disposiciones prohibitivas que lo obliguen en cierta forma a disponer de sus bienes dentro de diversas legislaciones que no admitan plenamente la libertad de testar o que ésta sea sometida a necesidades jurídicas de asegurar alimentos, considerándose inoficioso en caso contrario.

Dentro de la sucesión legítima ab intestato, se toma como punto de referencia al de cujus, para que opere ésta a título universal en favor de las personas que por virtud del parentesco, matrimonio, concubinato y a falta de éstos el estado, sean llamados a heredar en los términos y condiciones establecidas por la ley, imponiendo el derecho positivo la transmisión a título universal.

Otros sujetos de derecho hereditario lo constituyen el heredero como los legatarios, éstos últimos con carácter de adquirentes a título particular ya que son los que reciben bienes y derechos determinados asumiendo una responsabilidad subsidiaria con los herederos, a fin de pagar las deudas que existen en la sucesión.

El papel de los herederos se puede determinar por medio de dos sistemas:

- a.- El del beneficio de inventario con separación de patrimonio.
- b.- El que no admite el citado beneficio por ministerio de ley, trayendo consigo la reunión de patrimonios.

En el primer sistema se entiende aceptada la herencia con el beneficio de inventario, aun cuando no se exprese, por lo que no se produce confusión

entre el patrimonio personal del heredero y el que recibe de la herencia. Nuestra legislación ha aceptado este sistema en su artículo 1678 del Código Civil, el que a la letra dice: "La aceptación en ningún caso produce confusión de los bienes del autor de la herencia y de los herederos, porque toda herencia se entiende aceptada a beneficio de inventario, aunque no se exprese". Confirmando lo anterior, el artículo 2208 del ordenamiento invocado es establece: "Mientras se hace la partición de una herencia, no hay confusión, cuando el deudor hereda al acreedor o éste a aquél".

El segundo sistema, en el que no es aceptado el beneficio de inventario, no opera por ministerio de ley, y el heredero responde de las deudas del difunto, tanto con los bienes heredados como con su patrimonio personal, sólo que invoque el beneficio de inventario, se determinará la separación entre su patrimonio personal y el de la herencia.

El artículo 1284 estatuye que: "el heredero adquiere a título universal y responde de las cargas de la herencia hasta donde alcance la cuantía de los bienes que hereda". Por lo anterior, se puede deducir que el heredero es un continuador del de cujus, representando todas sus relaciones activas y pasivas de carácter pecuniario, pero al límite que establece el beneficio de inventario, respondiendo de las cargas de la herencia hasta donde lo permita el activo de la misma, enterándose como cargas de la herencia, las deudas u obligaciones personales del difunto y los que tienen además garantías reales, tales como las hipotecas prendarias o anticréticas.

Asimismo, los herederos pueden instituirse sin sujetar su condición a modalidades, condiciones, términos o cargas, así como también es posible, subordinar las instituciones de herederos a condiciones suspensivas y resolutorias. En el primer caso se le denomina a la institución de herederos: Pura y Simple; y a la segunda se le conoce con el nombre de Institución Condicional o sujeta a modalidades. En este segundo caso, el testador es libre de imponer condiciones al disponer de sus bienes, y por lo tanto, a subordinar las instituciones de herederos legatarios a condiciones suspensivas o resolutorias.

Tanto las condiciones suspensivas o resolutorias, deben ser lícitas y posibles en sentido físico y jurídico, ya que la ilicitud de las condiciones, motivará la nulidad de la institución de herederos o legatarios, toda vez que, conforme al artículo 1943 del Código Civil, en cuanto a lo que se refiere a las obligaciones condicionales, dice que: "Las condiciones imposibles de dar o hacer, las prohibidas por la ley o que sean contra las buenas costumbre, anulan la obligación que de ellas dependa.

La condición de no hacer una cosa imposible se tiene por no puesta". Asimismo sucede con las condiciones imposibles, tanto en sentido físico como en jurídico.

A fin de determinar los efectos de las condiciones, la doctrina distingue tres momentos:

- " 1.- Antes de que la condición se cumpla.
 - 2.- Una vez cumplida la condición, y,
 - 3.- Cuando exista certeza de que la condición no podrá realizarse"
- (6).

En el primer caso, antes de que se cumpla la condición suspensiva, el derecho de heredero o legatario no puede nacer, ya que su existencia depende de un acontecimiento futuro de realización incierta.

En cuanto a la condición resolutoria, ésta, nace como si fuera pura y simple, pero su existencia jurídica dependerá de que no se realice la condición, en este caso el heredero o legatario recibirán lo que les corresponde con los frutos respectivos desde el día y hora de la muerte del autor de la sucesión, con posibilidad de restituirlos si la condición resolutoria se cumple.

En el segundo caso, una vez cumplida la condición suspensiva, se retrotraen sus efectos y los derechos del heredero o legatario, se tienen por existentes desde el día y hora de la muerte del de cujus, además, es neces-

rio que el heredero o legatario vivan cuando se cumpla la condición, ya que si hubieren fallecido antes, caducarán sus derechos, no obstante que después se realice el acontecimiento futuro y que por su alcance retroactivo debiera considerarse como existente el derecho antes de la muerte; en ese sentido señala el artículo 1360 del Código Civil que: "La condición que se ha cumplido existiendo la persona a quien se impuso, retrotrae al tiempo de la muerte del testador, y desde entonces deben abonarse los frutos de la herencia o legado, a menos que el testador haya dispuesto expresamente otra cosa." Asimismo, el artículo 1497 establece que: "Las disposiciones testamentarias caducan y quedan sin efecto, en lo relativo a los herederos y legatarios:

I.- Si el heredero o legatario muere antes que el testador o antes de que se cumpla la condición de que dependa la herencia o el legado;

II.- Si el heredero o legatario se hace incapaz de recibir la herencia o legado;

III.- Si renuncia a su derecho.

En lo que se refiere a las condiciones resolutorias, cuando se cumplen éstas, se destruye o resuelve el derecho del heredero o legatario, existiendo alcances retroactivos, a menos que el testador haya dispuesto lo contrario, por lo tanto, el heredero o legatario tendrá que restituir lo que hubieren recibido con sus frutos, debiendo abrirse la sucesión legítima para los bienes que vuelven a la masa hereditaria, debido al efecto restitutorio de esa modalidad.

En el tercer caso, el derecho del heredero o legatario no llega a nacer y por lo tanto deberá abrirse la sucesión legítima, por la parte que se les hubiese asignado, toda vez que existe certeza de que la condición suspensiva no podrá cumplirse por haber transcurrido el plazo que señaló el testador para su realización, o bien, porque dada su naturaleza no podrá tener verificación fuera de cierta época. En este sentido, el artículo 1599 en su fracción tercera señala que: "Cuando no se cumpla la condición impuesta al heredero".

La certeza absoluta de que ya no podrá cumplirse la condición, es igual al de no cumplimiento definitivo, y por lo tanto debe tener la misma solución jurídica.

Respecto a las condiciones resolutorias, una vez que se tiene la certeza de que la condición ya no podrá cumplirse, motivará que se consolide definitivamente, dado que el derecho del heredero o legatario, produce sus efectos como si la institución fuera pura y simple.

El artículo 1380 establece que: "No obstante lo dispuesto en el artículo 1344, la designación del día en que deba comenzar o cesar la institución de herederos se tendrá por no puesta".

La institución de herederos deberá hacerse de acuerdo a los siguientes puntos:

1.- El heredero debe instituirse siempre respecto a partes alícuotas del patrimonio hereditario, indicando la porción que presente mediante un quebrado, por ejemplo: se dice una mitad o una quinta parte de toda la masa integrada por el activo y el pasivo.

El artículo 1382 nos dice que: "El heredero instituido en cosa cierta y determinada debe tenerse por legatario". No obstante la ley en algunos casos no la aplica en sus términos, tal es el caso del artículo 1770 el que establece que: "Si el autor de la herencia dispone en su testamento que a algún heredero o legatario se le entreguen determinados bienes, el albacea, aprobado el inventario, les entregará esos bienes, siempre que garanticen suficientemente responder por los gastos y cargas generales de la herencia, en la proporción que les corresponda". En este artículo expresamente se alude a la designación de bienes determinados dentro de la institución de herederos.

2.- Por otra parte de acuerdo al artículo 1386 del Código Civil dice que: "El heredero debe ser instituido designándolo por su nombre y apellido, y si hubiere varios que tuvieren el mismo nombre y apellido, deben agregarse otros nombres y circunstancias que distingan al que se quiere nombrar". Asimismo, el artículo 1387 permite que el testador designe al heredero sin dar su nombre, -

siempre y cuando lo identifique de modo indubitable, de lo contrario, la institución no producirá sus efectos. El error en el nombre, apellido o cualidades del heredero, originan la ineficacia de la institución, siempre y cuando al heredero no pueda identificársele a través de otros medios o pruebas.

3.- La institución de heredero puede ser simultánea o sucesiva. En el caso de que sea simultánea, todos los herederos son instituidos para entrar des de luego, en el goce de sus derechos a la muerte del testador; en el caso que sea sucesiva, la adquisición hereditaria se sujeta al orden señalado en el testamento y conforme a las condiciones o requisitos que en el mismo se precisen.

4.- Otra forma de institución de heredero, es la conocida con el nombre de Subcausa, en la que el testador declara el motivo que lo indujo a hacer tal designación, por lo que la expresión de una causa contraria a derecho, aunque sea verdadera, se tendrá por no escrita, en razón a una causa ilícita que no sea determinante de la voluntad del testador, si fuese determinante el fin o motivo, deberá anular la institución, toda vez que la ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto, produce su nulidad ya sea absoluta o relativa, según lo disponga la ley; por consiguiente, si la causa contraria a derecho es determinante de la voluntad del testador, se establece la nulidad de la institución y en caso de que no sea determinante en la voluntad del testador, deberá tenerse por no puesta la causa errónea.

La interpretación de la voluntad del testador en la institución de herederos, ha tenido dos tesis que se han venido disputando la primacía a efecto de definir cómo debe interpretarse la voluntad del autor en un acto jurídico.

La primera tesis es la llamada voluntad interna o subjetiva, la que es tablece, que cuando hubiese duda en el sentido literal de las palabras empleadas en la expresión del consentimiento o de la voluntad unilateral, deberá prevalecer la intención verdadera, que en su caso el juez investigará acudiendo a todos los medios conducentes y recibiendo todas las pruebas que en derecho procedan. Esta tesis ha sido aceptada en materia testamentaria, ya que se desprende del primer párrafo del artículo 1302 del Código Civil, el que establece que:

"Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de las palabras, a no ser que aparezca con manifiesta claridad que fue otra la voluntad del testador.

En caso de duda sobre la inteligencia o interpretación de una disposición testamentaria, se observará lo que parezca más conforme a la intención del testador, según el tenor del testamento y la prueba auxiliar que a este respecto pueda rendirse por los interesados".

La segunda tesis, llamada de la voluntad declarada u objetiva, debe estarse a los términos literales del acto jurídico, de tal manera que no es lícito que en caso de duda el juez practique una investigación para desentrañar lo que hubiere sido la verdadera intención de su autor. Esta teoría sostiene que para el caso de duda respecto al alcance literal, el juez si debe interpretar, determinando el sentido del acto jurídico, pues toda hipótesis de duda requiere necesariamente una interpretación, pero no admite que se usen medios o recursos ajenos al acto, o sea su expresión literal, permitiéndole al juez que desentrañe la verdadera intención que como cosa íntima no fue exteriorizada y por lo tanto, permanece fuera del acto jurídico. Si hubiesen elementos que permitan directamente interpretar la voluntad, sujetándola a los términos declarados, el juez debe definir esa voluntad sin salirse de dichos términos, en cambio si se acude a medios o pruebas distintos o complementarios, se estará supliendo la voluntad del autor del acto jurídico, éste se alterará en relación con los terceros que no tuvieron otra base para entrar en relaciones jurídicas con el mismo.

El nombramiento de herederos o la designación del legatario, así como las cantidades que a ellos correspondan, deben ser hechos por el testador sin que pueda dejarlos al arbitrio de un tercero, en esa forma lo estatuye el artículo 1297 del Código Civil.

Dentro de los derechos reales, son transmisibles por herencia, la propiedad, las servidumbres, los derechos de autor, la prenda y la hipoteca; y son extinguidos por la muerte del titular, el usufructo, el uso y la habitación, en cuanto a los derechos personales, es admitida la postura de que todo

derecho personal es transmisible por herencia, sin embargo se debe de hacer una distinción, ya que existen ciertos derechos personales nacidos de contratos que se extinguen con la muerte. Ahora bien todos los derechos personales que nacen de una fuente distinta del contrato, son transmisibles hereditariamente, estas fuentes diversas del contrato son: la declaración unilateral de la voluntad, el enriquecimiento ilegítimo, la gestión de negocios, los hechos ilícitos, la responsabilidad objetiva etc., todos estos derechos de crédito no dependen de la persona del acreedor, es decir se le conceden como derechos personalísimos en atención a su capacidad o aptitud, por consiguiente, son considerados como derechos que si se transmiten hereditariamente.

Respecto a los derechos de crédito que nacen de contrato, se transmiten hereditariamente, pero existen ciertos derechos que dependen exclusivamente de la persona del titular dada su naturaleza y en atención a ciertas cualidades o aptitudes que originan un crédito que le permanecerá ligado exclusivamente durante cierto tiempo o durante su vida. Dentro de los derechos que no se transmiten hereditariamente tenemos los llamados "intuitu personae", que se refieren a cierta confianza, capacidad o aptitud de la persona, como es el caso del depósito, en el que el depositario es acreedor y deudor de ciertas prestaciones mediante un cargo de confianza, asimismo, tenemos el mandato, en el que el mandatario cumple también una misión que se confía a sus aptitudes, capacidad y honradez. En esta clase de contratos, es evidente que la muerte del depositario o del mandatario, originan la extensión de ciertos derechos de crédito tales como el de seguir custodiando el depósito o representando al mandante.

Dentro de la relación jurídica hereditaria tenemos a otro sujeto que es el legatario. Este personaje no continúa con la personalidad del autor de la herencia ni con las relaciones patrimoniales activas o pasivas, quedando obligado a pagar las deudas o cargos con que expresamente el autor de la herencia grave el legado, excepcionalmente, el legatario puede asumir funciones de heredero para representar al autor de la herencia y ser un continuador de su patrimonio, esta situación excepcional se presenta cuando la herencia en su totalidad se distribuye en legados, de tal suerte que no hay institución de herederos, por lo tanto, el activo hereditario se transmite a personas determinadas y a título particular, ya que no podría dejarse el pasivo sin que hubiere un sujeto responsable.

Otra equiparación entre el heredero y el legatario ocurre cuando los bienes dejados al heredero son insuficientes para cubrir las deudas de la herencia, entonces, los legatarios responden subsidiariamente, empero si los bienes que se dejan al heredero alcanzan para cubrir el pasivo hereditario, el legatario recibe íntegro su legado, pero en caso de que los bienes fueran insuficientes, el legatario responde subsidiariamente para cubrir el pasivo hereditario, primero se aplican los bienes al heredero y la parte que falta para cubrir dicho pasivo, habrá que distribuirse proporcionalmente entre los legatarios.

Vista la figura del legatario, nos corresponde ahora entrar al estudio del legado, y observamos que la palabra legado tiene dos acepciones; la primera se refiere al acto de transmisión a título particular de una cosa o derecho, y la segunda se refiere a los objetos transmitidos. Generalmente el legislador al emplear la palabra legado, se está refiriendo al objeto transmitido; el legado consiste en la transmisión gratuita y a título particular hecha por el testador, de un bien determinado o susceptible de determinarse que puede consistir en una cosa, un derecho, un servicio o hecho en favor de una persona y a cargo de la herencia, de un heredero o de otro legatario cuyo dominio o posición se transmite en el momento de la muerte del testador si se trata de cosas determinadas o hasta que éstas se determinen posteriormente.

De lo anterior se desprenden las siguientes consecuencias:

1.- El legado implica siempre una disposición a título particular, por lo que el legatario adquiere un bien determinado o determinable sin responder a las relaciones pasivas patrimoniales del de cujus y como acontece con el heredero, el que adquiere el activo y pasivo, siempre bajo beneficio de inventario ya que es un continuador del patrimonio del autor de la sucesión, en cambio, el legatario no responde del pasivo, ni continúa el patrimonio del autor de la herencia.

2.- El legado constituye una transmisión a título gratuito. Sin embargo se habla también de legados onerosos cuando la cosa legada se transmite-

con una carga o gravámen, o bajo la condición de cumplir otro legado, pero a pesar de que se imponga una carga o condición, siempre existe un valor que se transmite gratuitamente toda vez que la carga no puede ser superior al legado y por lo tanto existirá un remanente por lo que se considera al legado como una transmisión gratuita. Si la carga fuera igual o superior al valor del legado no existiría propiamente éste.

3.- El legado siempre se instituye por testamento, en tanto que la herencia puede transmitirse por testamento o por disposición de la ley, existiendo dos clases de herederos: Los testamentarios y los legítimos. En el caso de los legados sólo por virtud de testamento se pueden instituir y por lo tanto serán legados testamentarios.

4.- Finalmente tenemos que todo legado implica una transmisión de un bien determinado o determinable que puede consistir en un derecho, en una cosa, o en un servicio a cargo de un heredero, de otro legatario, o de la masa de la herencia.

Como se ha dicho, el legado puede consistir tanto en la prestación de un bien, o de un servicio; es decir existen legados de dar y hacer. Los legados de dar tienen por objeto la transmisión del dominio, del uso o goce de una cosa o de un derecho. Los legados de hacer implican una obligación impuesta al heredero o a otro legatario para cumplir un servicio en favor del legatario instituido.

Dentro de los legados de dar se suponen los siguientes requisitos que son:

- 1.- Que la cosa debe existir en la naturaleza.
- 2.- Debe de estar dentro del comercio, y
- 3.- Esta debe ser determinada o determinable.

Cuando el legado es de hacer, o tiene por objeto la prestación de servicios, el hecho debe ser posible tanto física como legalmente, y además lícito.

Se ha señalado como un principio general en materia de herencia, que la propiedad y posesión de los bienes hereditarios se transmiten al heredero en el momento mismo de la muerte del autor de la herencia; y que por lo tanto, desde ese momento tiene derecho a los frutos, aunque no tenga posesión material. Ya que jurídicamente se refuta como poseedor, aunque el albacea posea en su nombre; empero, esta regla general supone excepciones tratándose de legatarios, puesto que cuando la cosa objeto del legado esta determinada, se transmite al legatario en el momento mismo de la muerte del autor de la herencia, adquiriendo el legatario el dominio y posesión jurídica de los bienes.

Cuando el legado recae sobre cosas indeterminadas pero que sean susceptibles de determinación, el legatario no adquiere el dominio ni la posesión, sino hasta en el momento en que la cosa sea cierta y determinada.

Dentro de los legados podemos decir que existen varios tipos de ellos, de los cuales señalamos los siguientes y daremos un pequeño esbozo de los mismos:

- 1.- Legados puros y simples.
- 2.- Sujetos a término.
- 3.- Condicionales.
- 4.- Onerosos.
- 5.- Alternativas.

1.- Los legados puros y simples, son aquellos a los que no se les impone algún término, condición o modo, o sea, cuando el testador no fija ninguna modalidad para la transmisión del legado, el legatario adquiere el dominio y la posesión del bien desde el momento mismo de la muerte del autor de la herencia.

2.- En los legados sujetos a término, se distingue el término suspensivo y extintivo de día cierto o incierto. Los legados sujetos a día cierto, son los que dependen de un plazo prefijado por el testador. El legatario adquiere el dominio y posesión de los bienes, desde el momento de la muerte del testador,

entregándose los frutos hasta que se cumpla el plazo prefijado, en este caso, el término no es para suspender el nacimiento del derecho, -toda vez que éste ya queda creado definitivamente por el testamento- sino para suspender la ejecución del legado hasta que se cumpla el plazo.

En los legados sujetos a término, el legatario adquiere derecho al legado como si fuera puro y simple; pero se extingue al llegar el plazo prefijado, que puede ser cierto o incierto pero de realización forzosa; en este caso, el legatario es únicamente usufructuario del bien legado ya que al extinguirse tendrá que restituirlo a la masa hereditaria o sea un heredero según lo determine el testador.

3.- Los legados condicionales, dependen de un acontecimiento futuro e incierto de cuya realización nacerá el derecho del legatario o habrá de extinguirse.

4.- Los legados onerosos, son los hechos por el testador fijando un gravamen o una carga al legatario, ésta, debe ser menor en su valor o a la cuantía del legado ya que si fuera superior no existiría la transmisión gratuita. El legado oneroso una vez aceptado por el legatario, impone a este la obligación de cumplir el gravamen o carga.

5.- En los legados alternativos, se le dan facultades al heredero o legatario para elegir entre dos o más cosas, cuando no se determina por parte del testador quien deberá de hacer la elección, presume que la elección la tiene el heredero toda vez que es el deudor del legado, y por lo tanto, se sigue la regla de las obligaciones alternativas en los que el deudor elige cuál debe cumplir; por lo que tratándose de legados alternativos, si no se da facultades de elección a favor del legatario, el heredero cumple entregando cualquiera de las cosas y pudiendo entregar la cosa de menor valor. Cuando se le confiere facultades de elección al legatario, éste está facultado para escoger la cosa de mayor valor.

Causas de extinción de los legados:

a).- Los actos del testador, tendientes a la revocación expresa o tácita-

ta que puede llevar a cabo de la cosa legada. La revocación expresa reviste las siguientes formas, cuando de manera categórica lo declara así el testador, o bien cuando inutiliza el testamento para dejarlo sin efecto. En cuanto a la revocación tácita, ésta se presenta en los siguientes casos:

1.- Cuando el testador cambia la forma de la cosa, demostrando con ello que desea hacer un uso distinto de aquel señalado en el testamento para el legado.

2.- Cuando enajena la cosa dada en el legado; pero si se recupera ésta, el legado recobra su eficiencia.

3.- Cuando instituye a otro como legatario de la cosa que anteriormente había dejado a persona distinta, se interpreta debidamente la intención del testador, de dejar sin efecto el primer legado.

b).- En cuanto a la extinción de la cosa legada por actos del legatario, ésta se presenta en los siguientes casos;

1.- Cuando el legatario repudia el legado.

2.- Cuando se hace incapaz de adquirir por alguna de las causas de incapacidad.

3.- Cuando no cumple la condición señalada para la transmisión del legado.

4.- Cuando muere el legatario antes que el testador.

5.- Cuando muere antes que se cumpla la condición impuesta para el legado.

c).- Por lo que toca a la extinción de la cosa legada en relación a la misma, ésta se presenta motivada por su especial naturaleza:

1.- Cuando la cosa queda fuera del comercio.

2.- Cuando la cosa perece, bien sea antes o después de la muerte del testador, por causa no imputable al heredero, y

3.- Cuando la cosa se pierde por evicción.

Dentro de los sujetos de Derecho Hereditario, existen personas quienes por su personalidad, interesan como órganos representativos de la herencia y ejecutores de las disposiciones testamentarias, estos son los albaceas quienes son designados por el testador o por los herederos, para cumplir las disposiciones testamentarias o para representar a la sucesión y ejercitar todas las acciones correspondientes al de cujus, así como para cumplir sus obligaciones, procediendo a la administración y división de la herencia o sea, los albaceas son los órganos representativos de la comunidad hereditaria para proceder a su administración, liquidación y división, y en su caso los ejecutores de las disposiciones testamentarias.

Estos representantes pueden ser designados por testamento y por lo tanto, se les denomina albaceas testamentarios y tienen como fin el cumplir las disposiciones hechas por el testador y representar a la sucesión, cuando no existe testamento o no se designó albacea, teniendo la función de representar a la herencia ejercitando las acciones conducentes y celebrando además, los actos o contratos que sean necesarios para la administración y liquidación de la masa hereditaria, en este caso el albacea puede ser designado por los herederos, con mayoría de votos o en su caso, por el juez, si no hubiere mayoría, con la salvedad de que si hay algunos inconformes con la designación hecha por el juez o por los coherederos, los inconformes tendrán derecho a nombrar un interventor.

Conforme a la Doctrina, existen diversas clases de albaceas, dentro de los que podemos distinguir, siguiendo el orden, las siguientes establecidas por el Maestro Rafael Rojina Villegas:

1.- "Los Albaceas Universales son aquellos que tienen por objeto cumplir todas las disposiciones testamentarias y representar a la sucesión, cuando son designados por el testador. Cuando su nombramiento depende de los herederos o del juez, dichos albaceas sólo tienen la función representativa de la herencia".

2.- "Los Albaceas Especiales son aquellos que tienen una función determinada por disposición expresa del testador, para cumplir una cierta disposición testamentaria, como por ejemplo, haciendo entrega de un bien a un legatario."

3.- "Los Albaceas Mancomunados son aquellos que se designan por el testador o por los herederos (o legatarios en su caso, cuando son considerados como herederos), para que obren de común acuerdo. En consecuencia, no pueden actuar en forma separada y será necesario el consentimiento de la mayoría para la ejecución de actos de dominio o de administración. Si faltare este consentimiento, el acto ejecutado será nulo, a no ser que los demás albaceas lo ratifiquen".

4.- "Los Albaceas Sucesivos son aquellos que el testador designa para que desempeñen el cargo en el orden que se indique en el testamento, bien sea por muerte de alguno de ellos, por renuncia o remoción del cargo".

5.- "Los Albaceas Testamentarios son los que designa el testador y pueden ser universales, especiales, sucesivos o mancomunados".

6.- "Los Albaceas Legítimos son aquellos que designan los herederos, o el juez en su caso, a falta de albacea testamentario, o cuando éste renunciare el cargo, fuere removido o no concluyere en el plazo señalado en el testamento. Los artículos 1682 al 1688 regulan la designación de los albaceas legítimos".(7)

Dentro de las condiciones para ser albacea, sólo pueden serlos las mayores de edad, en pleno uso de sus facultades mentales y con capacidad para disponer de sus bienes.

El artículo 1695 del Código Civil prescribe lo siguiente: "El cargo de albacea es voluntario; pero el que lo acepte, se constituye en la obligación de desempeñarlo", bajo la sanción de pagar los daños y perjuicios que se causen por el no ejercicio del mismo, no obstante el carácter voluntario del cargo, quien lo renuncia pierde el derecho a heredar o a recibir el legado correspondiente, así como a la remuneración del caso; esta misma sanción se aplicará al albacea que haya sido removido del cargo por mala conducta. En los casos en que la renuncia sea por causa justificada el albacea no perderá lo que le hubiere dejado el testador.

(7) Rojina Villegas Rafael.- Obra citada.- Pags. 329 y 330.

Dentro de los derechos y obligaciones de los albaceas, el artículo 1706 del Código Civil vigente dispone las siguientes: "Son obligaciones del albacea general:

- I. La presentación del testamento;
- II. El aseguramiento de los bienes de la herencia;
- III. La formación de inventarios;
- IV. La administración de los bienes y la rendición de las cuentas del albaceazgo;
- V. El pago de las deudas mortuorias, hereditarias y testamentarias;
- VI. La partición y adjudicación de los bienes entre los herederos y legatarios;
- VII. La defensa, en juicio y fuera de él, así de la herencia como de la validez del testamento;
- VIII. La de representar a la sucesión en todos los juicios que hubieren de promoverse en su nombre o que se promovieren contra de ella;
- IX. Las demás que le imponga la ley."

Asimismo el artículo 1717 del Ordenamiento invocado establece que: "Si para el pago de una deuda u otro gasto urgente fuere necesario vender algunos bienes, el albacea deberá hacerlo, de acuerdo con los herederos, y si esto no fuere posible, con aprobación judicial".

El albacea como representante de la sucesión, no tiene plena capacidad para ejecutar toda clase de actos jurídicos; su capacidad se limita a los actos de administración y aún dentro de éstos se dejan ciertas limitaciones.

En cuanto a los actos de dominio, los artículos 1719 y 1720 del Código Civil, prohíben al albacea realizar dichos actos sin el consentimiento de los herederos. Si celebra éstos sin el consentimiento de los herederos, habrá inexistencia, toda vez que el consentimiento se requiere como elemento esencial.

El artículo 1719 prohíbe al albacea gravar o hipotecar los bienes y en el 1720 prohíbe transigir o comprometer en árbitros los negocios de la herencia,

sin el consentimiento de los herederos o legatarios en su caso.

No obstante, existe una excepción a esta regla, la cual ya la hemos señalado al hacer referencia al artículo 1717, que sólo se justifica tomando en cuenta que la venta se presenta necesaria para el pago de deudas o gastos urgentes. En cuanto a la forma en que ha de hacerse la venta, ésta debe ser en pública subasta, conforme a lo señalado por el artículo 1765, a no ser que la mayoría de los interesados acuerde otra cosa, dicha mayoría o la autorización del Juez en su caso, determinarán la aplicación que haya de darse al precio de las cosas vendidas.

Dentro de la rendición de cuentas del albaceazgo, los artículos 1722 al 1725 del Código Civil, regulan esta obligación en los siguientes términos:

Artículo 1722: "El albacea está obligado a rendir cada año cuenta de su albaceazgo. No podrá ser nuevamente nombrado sin que antes haya sido aprobada su cuenta anual. Además, rendirá la cuenta general del albaceazgo. También rendirá cuenta de su administración cuando por cualquier causa deje de ser albacea".

Artículo 1723: "La obligación que de dar cuenta tiene el albacea pasa a sus herederos".

Artículo 1724: "Son nulas de pleno derecho las disposiciones por las que el testador dispensa al albacea de la obligación de hacer inventario o de rendir cuentas".

Artículo 1725: "La cuenta de administración debe ser aprobada por todos los herederos; el que disienta, puede seguir a su costa el juicio respectivo, en los términos que establezca el Código de Procedimientos Civiles".

La terminación del cargo de albacea se da por varios casos, de los que señalaremos los siguientes, según la relación señalada en el artículo 1745 del Código Civil vigente.

"Los cargos de albacea e interventor acaban:

- I. Por el término natural del encargo;
- II. Por muerte;
- III. Por incapacidad legal, declarada en forma;
- IV. Por excusa que el juez califique de legítima, con audiencia de los interesados y del Ministerio Público, cuando se interesen menores o la Beneficencia Pública;
- V. Por terminar el plazo señalado por la ley y las prórrogas concedidas para desempeñar el cargo;
- VI.- Por revocación de sus nombramientos, hecha por los herederos;
- VII. Por remoción".

Respecto a la remoción del albacea, en el artículo 1749 del Ordenamiento señalado establece: "La remoción no tendrá lugar sino por sentencia pronunciada en el incidente respectivo, promovida por parte legítima".

Una causa de remoción será que el albacea no presente el inventario dentro del término de ley.

En la sucesión hereditaria existe otro tipo de personas que desempeñan diversas funciones que en un momento dado son de suma importancia, como es el caso de los Interventores, éstos son de dos tipos; los primeros son provisionales y los segundos definitivos.

1.- Interventores provisionales.- Son aquellos nombrados por el juez en los siguientes casos; el artículo 771 del Código de Procedimientos Civiles establece: "Si pasados diez días de la muerte del autor de la sucesión no se presenta el testamento, si en él no está nombrado el albacea o si no se denuncia el intestado, el juez nombrará un interventor que reúna los requisitos siguientes:

- I. Ser mayor de edad;
- II. De notoria buena conducta;
- III. Estar domiciliado en el lugar del juicio;
- IV. Otorgar fianza judicial para responder de su manejo.

La fianza deberá otorgarse en el plazo de diez días contados a partir de la aceptación del cargo, bajo pena de remoción".

Artículo 836 del Código de Procedimientos Civiles establece: "Si por cualquier motivo no hubiere albacea después de un mes de iniciado el juicio sucesorio, podrá el interventor, con autorización del tribunal, intentar las demandas que tengan por objeto recobrar bienes o hacer efectivos derechos pertenecientes a aquéllas, y contestar las demandas que contra ella se promuevan.

En los casos muy urgentes podrá el juez, aun antes de que se cumpla el término que se fija en el párrafo que antecede, autorizar al interventor para que demande y conteste a nombre de la sucesión. La falta de autorización no podrá ser invocada por terceros".

Finalmente tenemos que cesan las funciones del interventor conforme a lo establecido en el artículo 773 de dicho Ordenamiento que a la letra dice: "El interventor cesará en su encargo luego que se nombra o se dé a conocer el albacea; entregará a éste los bienes, sin que pueda retenerlos bajo ningún pretexto, ni aun por razón de mejoras o gastos de manutención o reparación".

II.- La segunda clase de interventores son los definitivos; éstos están reglamentados por el artículo 1729 del Código Civil que establece: "Las funciones del interventor se limitarán a vigilar el exacto cumplimiento del cargo de albacea", o sea, el interventor es un órgano de control de las funciones del albacea, estos interventores no pueden tener la posesión ni aun interna de los bienes hereditarios, deberán ser mayores de edad y con capacidad general para obligarse; éstos durarán todo el tiempo que dure el albaceazgo por lo que se estatuye en el artículo 1733 que: "los interventores durarán mientras que no se revoque su nombramiento".

Las causas que den fin al cargo del albacea terminan también con el cargo de interventor.

Hasta el momento se ha tratado todo lo concerniente a los sujetos de derecho hereditario que tienen parte importante dentro de la sucesión ya sea

Testamentaria o Intestamentaria, por lo que hablaremos ahora de los Supuestos de Derecho Hereditario.

El maestro Rafael Rojina Villegas, señala lo siguiente: "Los Supuestos del Derecho Hereditario son todas aquellas hipótesis normativas de cuya realización dependerá que se produzcan las consecuencias que regula el citado Ordenamiento* y que pueden consistir en la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos, obligaciones, sanciones o situaciones jurídicas concretas" (8)

Dentro de estas hipótesis normativas tenemos en primer término, la muerte del autor de la herencia como supuesto principal y básico que determina la apertura de la herencia y opera la transmisión de la propiedad y la posesión de los bienes en favor de los herederos y legatarios; a este efecto, el Artículo 1649 del Código Civil nos señala: "La sucesión se abre en el momento en que muere el autor de la herencia y cuando se declara la presunción de muerte de un ausente", podemos decir entonces que al presentarse la muerte del autor de la herencia, a éste técnicamente se le denomina apertura de la sucesión, aun cuando ésta materialmente no se haya radicado en ningún juzgado.

Respecto a la apertura y adquisición de la herencia existen dos formas que son:

La llamada Vocación Legítima o Testamentaria.

El juez que conoce de la sucesión por ministerio de ley hace un llamado a todos lo que se crean con derecho a la herencia.

La segunda forma es la Delación, esta se lleva a cabo en forma de Edictos convocando a los que se creían con derechos a la herencia legítima o citando personalmente a los que aparecían instituidos en el testamento.

Al establecerse la apertura de la herencia existen distintos momentos de los cuales el maestro Rojina Villegas señalo lo siguiente:

(8) Rojina Villegas Rafael.- Obra citada.- Pag. 345.

* El autor se refiere al Código Civil.

1°- "Día y hora de la muerte del de cujus o declaración judicial de presunción de muerte del ausente, que originan la apertura de la herencia.

2°- Vocación hereditaria que por ministerio de la ley se hace el mismo día y hora de la muerte.

3°- Radicación material del juicio sucesorio mediante la denuncia. Lógicamente en fecha posterior a la muerte.

4°- Delación hereditaria, o sea, llamamiento efectivo mediante edicto o notificación judicial.

5°- Reconocimiento judicial de herederos y legatarios.

6°- Adquisición irrevocable de la herencia por su aceptación expresa o tácita o no existencia del derecho por repudiación de la misma.

7°- Administración y liquidación de la herencia, y,

8°- Partición y Adjudicación de la herencia". (9)

Estos momentos, enfocados en el marco jurídico se retrotraen siempre al momento de la muerte del autor de la herencia, que sería, el día y hora de la defunción, asimismo, en cuanto a sus consecuencias legales se retrotraen a la apertura de la herencia.

Hemos hablado de la apertura de la herencia así como de los momentos en que ésta se lleva a cabo, ahora bien, por lo que toca a la Aceptación y Repudiación de la herencia, diremos que éste es un acto jurídico unilateral por el cual, el heredero manifiesta expresa o tácitamente su voluntad en el sentido de aceptar o repudiar los derechos y obligaciones del autor de la sucesión, que como se ha dicho, no se extinguen con la muerte; tal aceptación o repudiación deben ser libres, puras, ciertas y totales, ya que nadie está obligado a aceptar o repudiar una herencia y porque debe aceptarse o repudiarse sin violencia física o moral, de tal suerte que si el heredero fuere víctima de alguno de estos vicios se puede nulificar la aceptación o la repudiación.

(9) Rojina Villegas Rafael.- Obra citada.- Pags. 349 y 350.

En consecuencia, el artículo 1670 del Código Civil señala: "La aceptación y la repudiación, una vez hechas, son irrevocables, y no pueden ser impugnadas sino en los casos de dolo o violencia". Asimismo el artículo 1657 establece que: "Ninguno puede aceptar o repudiar la herencia en parte, con plazo o condicionadamente". Esto se hace con la finalidad de no dejar la herencia vacante, ya que si esto sucediera, el heredero captaría a partir de cierta fecha o dejaría de serlo con la llegada de un término.

Respecto a la aceptación de la herencia, ésta debe ser expresa o tácita, el artículo 1656, del Código Civil señala: "La aceptación puede ser expresa o tácita. Es expresa la aceptación si el heredero acepta con palabras terminantes, y tácita, si ejecuta algunos hechos de que se deduzca necesariamente la intención de aceptar, o aquellos que no podría ejecutar sino con su calidad de heredero".

La aceptación y la repudiación están sujetas a dos situaciones que son:

1º.- Sólo podrá aceptarse o repudiarse una herencia, una vez que ha muerto el autor de la misma ya que nadie puede aceptar o repudiar la herencia de una persona viva, así como de una persona de la cual no se tenga la certeza de que haya muerto; a este respecto el artículo 1666, señala: "Nadie puede aceptar ni repudiar sin estar cierto de la muerte de aquel de cuya herencia se trate".

2º.- Debe haberse llevado a cabo la apertura de la herencia, a efecto de que el heredero pueda dentro del juicio sucesorio hacer la aceptación expresa o tácita.

La Repudiación, es un acto por el cual el heredero testamentario o Ab-intestato renuncia a su calidad de tal y por consiguiente, a los derechos, bienes y obligaciones que se le transmiten por herencia; esta repudiación debe hacerse en forma expresa, observando ciertas formalidades que el artículo 1661 nos señala: "La repudiación debe ser expresa y hacerse por escrito ante el juez, o por medio de instrumento público otorgado ante notario, cuando el

heredero no se encuentre en el lugar del juicio", una vez hecha la repudiación, ésta se considera irrevocable, o sea, el heredero que ha repudiado la herencia no podrá retractarse después de su renuncia.

No obstante esto último, el Código Civil en su artículo 1671 admite un caso para poder revocar la renuncia; "El heredero puede revocar la aceptación o la repudiación cuando por un testamento desconocido, al tiempo de hacerla, se altera la cantidad o calidad de la herencia".

Podemos decir que para poder repudiar a un derecho, es necesario conocerlo, por lo que, cuando se demuestra que existe un testamento que modific que la porción hereditaria consignada, queda sin efecto la repudiación.

Si el que repudia una herencia es a la misma vez heredero y legatario, la renuncia de la herencia no le priva del derecho de exigir el pago del legado, a no ser que se trate de heredero ejecutor o sea, albacea; el artículo 1662 del Código Civil establece: "La repudiación no priva al que la hace, si no es heredero ejecutor, del derecho de reclamar los legados que se le hubieren dejado".

La repudiación de la herencia debe ser hecha por personas mayores de edad, o sea, capaces para disponer de sus bienes; los menores o incapacitados no pueden renunciar a menos que su representante legítimo con autorización judicial y previa audiencia del Ministerio Público, podrá renunciar a la herencia y el juez autorizará ésta, si considera que es perjudicial la calidad de heredero para el incapacitado.

Otros Supuestos de Derecho Hereditario son la capacidad para testar y heredar.

Dentro de la capacidad para testar, existen ciertos requisitos como son: las condiciones de existencia y validez del testamento cuando se trata de una Sucesión Testamentaria y otros, relativos a la capacidad del heredero o legatario si existe un testamento; para que la herencia pueda transmitirse, es necesario que el testamento reúna todos los requisitos, tanto de existencia

como de validez, asimismo, que exista capacidad en el heredero y legatario - para recibir la herencia ya que podrá existir un testamento válido, pero éste caduca por incapacidad del heredero o legatarios.

El artículo 1305 establece como regla general que: "Pueden testar to dos aquellos a quienes la ley no prohíbe expresamente el ejercicio de ese derecho", asimismo, como la regla especial, la incapacidad para testar la encon tramos en los dos siguientes casos que la ley nos señala en su artículo 1306 del Código Civil: "Están incapacitados para testar:

I. Los menores que no han cumplido dieciséis años de edad, ya sean hombres o mujeres;

II. Los que habitual o accidentalmente no disfrutaban de su cabal juicio".

Ante la incapacidad del menor que no ha cumplido los dieciséis años o del enajenado, sólo es posible la transmisión hereditaria por disposición de la ley o sea por sucesión legítima.

En cuanto a la enajenación mental, ésta es una incapacidad relativa ya que se admite la posibilidad de testar siempre y cuando se haga el testamento en un momento de lucidez, ya que lo que importa para determinar la incapacidad del testador es el estado en que se encuentra al confeccionar el testamento y no su estado en general.

El artículo 1307 establece: "Es válido el testamento hecho por un de mente en un intervalo de lucidez, con tal de que al efecto se observen las prescripciones siguientes". Asimismo el artículo 1312 nos señala que: "Para juzgar de la capacidad del testador se atenderá especialmente al estado en que se halle al hacer el testamento".

Las formalidades del testamento que se haga por un enajenado en un momento de lucidez, serán las establecidas para el testamento público abierto, o sea, el otorgado ante un Notario Público y testigos.

Respecto a la capacidad para heredar el artículo 1313 del Código Civil vigente establece: "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 con relación a ciertas personas, y a determinados bienes, pueden perderla por alguna de las causas siguientes:

- I. Falta de personalidad;
- II. Delito;
- III. Presunción de influencia contraria a la libertad del testador o a la verdad o integridad del testamento;
- IV. Falta de reciprocidad internacional;
- V. Utilidad pública;
- VI. Renuncia o renoción de algún cargo conferido en el testamento.

De estas incapacidades para heredar hablaremos más ampliamente cuando se haga mención de la capacidad y personalidad para heredar señalado en el Capítulo II del presente trabajo.

b).- ANTECEDENTES:

A fin de hacer un estudio completo sobre el Derecho Sucesorio es necesario analizar la institución de la herencia y como el antecedente más veraz lo tenemos en la legislación romana, acudiremos a los principales romanistas para realizar dicho estudio.

El Maestro Guillermo Floris Margadant S., señala en su obra que en el Derecho Romano, la herencia era considerada como "los vivos suceden en la situación jurídica de los difuntos" (10). Teóricamente era posible ese sistema jurídico y se utilizaba la palabra sucesión en dos sentidos; en primer lugar para designar la transmisión de un patrimonio inter vivos o mortis causa, y en segundo lugar para indicar el patrimonio mismo que se transmitía.

Las transmisiones mortis causa son típicamente de la categoría de las transmisiones universales, o sea el conjunto de bienes materiales, créditos y deudas pasan en el bloque de un titular a otro, con excepción de algunos derechos y deberes de carácter personalísimo, como es la facultad derivada del derecho de familia y algunos derechos reales etc.

El Maestro Margadant señala que: "En su origen, la sucesión romana no sólo comprendía el patrimonio del difunto, sino que incluía también los ideales, las simpatías y las antipatías del difunto; el heredero continúa la personalidad entera del difunto, y no sólo su personalidad patrimonial" (11). Por otra parte, el citado Maestro señala que, "El derecho romano nos ofrecía tres tipos de sucesión. La "más débil" era la vía legítima; la vía testamentaria era más fuerte que la legítima, ya que ésta se retiraba inmediatamente cuando se presentaba un testamento; pero la más fuerte era la vía oficiosa, ya que ésta corregía inclusive la repartición prevista por un testamento" (12).

Según las doce tablas, la sucesión por vía legítima era la procedente

(10) Margadant S. Guillermo Floris.- Derecho Romano.- Editorial Esfinge S.A. - 1960.- Pag. 45.-

(11) y (12) Margadant S. Guillermo Floris.- Obra citada. Pag. 454.

cuando no había testamento o al haberlo, éste, o no tenía validez o el heredero testamentario no quería o no podía aceptar la herencia, en tal caso se abría la sucesión por la vía legítima y así tenemos que el *ius civile* preveía que por vía legítima la sucesión se ofreciera a los siguientes herederos:

En primer lugar a los "heredes sui", herederos de sí mismos, o sea los que se volvían *sui iuris* por la muerte del autor de la herencia, estos herederos eran los hijos del difunto, los emancipados que ya eran *sui iuris*; los nietos del difunto en caso de muerte previa del padre de ellos y también los póstumos; estos siempre y cuando hubieran nacido dentro de los trescientos días contados a partir de la muerte del *de cuius*.

La herencia se repartía por cabezas, si todos los herederos eran de primer grado; si eran de grados distintos, se repartía por estirpes y dentro de cada estirpe por cabeza.

En segundo lugar la herencia se repartía a los agnados, cuando no existían herederos *sui*, los agnados parientes del *de cuius* por vía masculina contaban para la sucesión legítima del *ius civile* y no así las personas unidas al *de cuius* por vía femenina.

Tratándose de agnados, la herencia no se repartía por estirpes, se ofrecía simplemente al agnado o a los agnados de grado más cercano repartiéndola por cabezas en caso de encontrarse varios agnados dentro del mismo grado, si uno de ellos rechazaba la herencia, obtenían mayor porción los demás y si todos la repudiaban, la herencia no se ofrecía a los agnados del próximo grado sino que se declaraba que ningún agnado tenía derecho a la herencia y ésta se ofrecía a la *gens*.

Se cree que no era la *gens* la que heredaba, sino más bien los miembros individuales de la *gens*, tal es el caso de los que tenían el *derecho occupatio*, este privilegio que tenía la *gens* o sus miembros, desaparece al comienzo de la época Imperial.

En el derecho pretorio, "el sistema del *ius civile* para la sucesión legítima no satisfizo cuando la antigua ideología religiosa, que era la base

de la agnación, comenzó a perder vigor. Paulatinamente, la conciencia jurídica popular empezó a exigir que la sucesión legítima se inspirara en el presunto afecto que domina las relaciones familiares, y que se le consideraran derechos a los parientes por vía femenina, al hijo emancipado o la madre que no se hubiera casado cum manu y a la viuda "sine manu". (13)

Asimismo, se consideraba injusto que en caso de repudiación de una herencia por los agnados, ésta se ofreciera inmediatamente a la gens, en vez de ser ofrecida al grado siguiente entre los agnados. Por todas estas quejas que se suscitaron, el pretor, intérprete de las mismas contra el ius civile, intervino creando las instituciones de la "bonorum possessio" y del "bonorum possessor".

La "bonorum possessio" se entregaba a las siguientes categorías de personas:

1º.- Los liberi (hijos) corresponde a los antiguos herederos sui y además a los emancipados, puesto que esto ya no era un castigo sino un favor que se hacía a un hijo que quería tener la libertad de trabajar por cuenta propia, el pretor consideraba que no debía excluirse de la sucesión legítima a los emancipados.

2º.- Los legitimi.- Eran todas aquellas personas que podían recibir la herencia por vía legítima de acuerdo con el ius civile, pero como esta categoría ya había absorbido a la de los herederos sui y como la gens no podía recibir herencia por vía legítima, los legitimi correspondían prácticamente a los agnados y por lo tanto se prohibía la sucesión de grados, esta circunstancia no fue inconveniente como había sido en el sistema del ius civile, al contrario era una ventaja, pues a consecuencia de esta prohibición ocurría que se ofreciera más a menudo la herencia al próximo grupo que era el de los cognados.

3º.- Los Cognados.- En este grupo tenemos que al fin la madre sine manu tenía una remota posibilidad de recibir ab intestato la herencia de su propio hijo, este al fin tenía una posibilidad de heredar a su madre casada.

(13) Margadant S. Guillermo Floris.- Obra citada.- Pag. 457.

Por último tenemos que al no existir heredero legítimo de las categorías anteriores, la herencia se ofrecía a la viuda o al viudo.

En el grupo de los liberi se repartía por cabezas si todos eran del primer grado, si eran de grados diferentes por estirpes; no así dentro del grupo de los Ordines y Cognados, que se busca primero los más cercanos subiendo hasta los grados más lejanos hasta encontrar un heredero, aquí vemos que si un heredero legítimo repudia la herencia y no hay otros herederos dentro del mismo grado, los grados quedan excluidos de manera tal que se pasa al *successio ordinum* en vez de continuar con la "*successio graduum*", dentro de este grado se repartía por cabezas y como todos los herederos en cuestión eran del mismo grado, no intervenía aquí la repartición por estirpes.

La intervención del pretor mejoró el sistema de la sucesión por vía legítima, sin embargo el sistema pretorio tenía sus derechos, ya que la sucesión legítima entre madre e hijos o viceversa, se realizaba sólo cuando el difunto no tenía "*legitimi*" o cuando los agnados dentro del grado más cercano se negaba a aceptar la herencia, de manera que un agnado relativamente lejano era preferido más a los propios hijos o a la propia madre.

En la época Imperial, el senado corrigió el sistema pretorio en relación con la vía legítima o sea, la desfavorable posición de los hijos respecto de la madre casada o viceversa.

"En tiempos de Adriano, un Senadoconsulto Tertuliano dispuso que, a falta de testamento y de herederos sui del difunto, se ofreciera la herencia, primero, al padre; luego, a los hermanos; y, si resultare que también éstos faltaban, a la madre conjuntamente con las hermanas, en otras palabras se excluye a la madre, de la categoría de los cognados, para colocarla en una de las primeras filas de *ordo* anterior, de los *legitimi*". (14)

En tiempos de Marco Aurelio, un Senadoconsulto Orfitiano favoreció a los hijos con un privilegio parecido al concedido a las madres por el Senado

(14) Margadant S. Guillermo Floris.- Obra citada.- Pag. 460.

Consulta Tertuliano, consistente en el traslado de los hijos del grupo de los cognados al primer rango de los liberis, considerándolos como si fueran "heredes sui" respecto de su madre.

En el Derecho Justiniano, la vía legítima se cristalizó en las Novellae, que fue la base del nuevo sistema del parentesco moderno por ambas líneas, sin que exista ninguna diferenciación de sexos, la vía legítima del derecho justiniano buscaba como fundamento al afecto que normalmente existe entre parientes.

"Justiniano, unificando y simplificando finalmente esta materia, ofrecía la herencia ab intestato, sucesivamente a los siguientes ordines:

1.- Descendientes (erancipados o no). Dentro de este grupo se repartía por estirpes y dentro de cada grado se repartía por cabezas.

2.- Ascendientes y hermanos.- Este grupo ofrecía las siguientes particularidades:

a) El ascendiente más cercano excluía el más lejano. La madre del difunto excluía, por tanto, a los abuelos paternos.

b) Si los abuelos eran herederos y había abuelos de ambas líneas, se repartía por estirpes.

c) Cada hermano recibía una porción igual a la de cada ascendiente de primer grado.

d) Los hijos de un hermano difunto recibían juntos la porción de su padre.

3.- Medios hermanos, uterinos o consanguíneos.

4.- Los restantes colaterales dentro de este ordo, el próximo pariente tenía derecho a la herencia, sin que encontremos el sistema de representación, es decir el sistema por el cual los hijos de un pariente fallecido de algún gra-

do, concurrían juntos, como una "estirpe", con los parientes vivos de aquel mismo grado.

5.- El viudo o a la viuda. Además si la viuda era pobre y el difunto rico, y si no procedía la entrega de una donación propter nuptias como "ganancia de supervivencia" o la devolución de una dote, la viuda recibía el veinticinco por ciento de la herencia, lo cual significaba una infracción al riguroso sistema de successio ordinum. En caso de concurrir con hijos del difunto, la viuda recibía sobre esta porción sólo el usufructo y, si concurría con cuatro o más hijos, su porción quedaba reducida a la de cualquiera de los hijos.

Además, Justiniano estableció para la concubina y sus hijos, alimentos o un derecho a una sexta parte de la herencia, según que hubiera concurrencia con hijos legítimos o no.

6.- Si no se encontraba ningún heredero legítimo, la herencia vacante, o sea los bona vacantia, iban al fisco, pero si se trataba de un soldado, se aprovechaba la legión correspondiente, y, si de un sacerdote, la iglesia"-(14).

El corpus iuris obligaba al fisco a cumplir con los legados establecidos en el "testamentum destitutum", por lo que se busca primero al heredero testamentario, luego a un heredero legítimo y cuando finalmente se ofrecía la herencia al fisco, se daba nuevamente vigor a parte del "testamentum destitutum"; lo anterior ofrecía una ventaja, la de no dejar totalmente frustrada la voluntad del testador.

Justiniano ofreció a la vida jurídica una base para la sucesión legítima, a la cual el derecho moderno tuvo que aportar pocas correcciones, las principales mejoras fueron:

" 1.- Una porción más favorable para el cónyuge supérstite.

(14) Margadant S. Guillermo Floris.- Obra citada. Pag. 461.

2.- La disposición de que los medios hermanos pertenezcan al mismo ordo que los hermanos, con la diferencia que sólo reciben el cincuenta por ciento de lo que reciban éstos.

3.- La introducción, aún más allá de los hijos de hermanos, del sis tema de la representación, en relación con los colaterales.

4.- Una limitación de la herencia por vía legítima a un máximo de cuatro grados. Si la justificación del sistema Justiniano y moderno era el presunto afecto dentro de la familia, no había por qué tener en cuenta los derechos de un pariente de décimo grado; probablemente, el de cujus ignoraba su existencia; con lo cual faltaba allí el argumento del "presunto afecto".(16)

Respecto a la adquisición de la herencia por el heredero, éste adquiriría la herencia de acuerdo con el ius civile por la mera apertura del testamento y no podía rechazarla. Tal imposición tiene también repercusiones en los derechos germánicos medievales y pasó en parte al Código de Napoleón. Nuestro derecho rechaza este principio, estableciendo que todo heredero acep te o rechace la herencia sea en forma expresa o más bien tácitamente, ya que en caso de que el heredero no se decida, cualquier interesado podrá dirigirse al juez para que fije un plazo dentro del cual el heredero declare si acepta o no.

El pretor concedía el "beneficium abstinendi", si éste lo reclamaba expresamente, la repudiación de una herencia debía ser incondicional y total, la repudiación parcial no valía.

El heredero instituido, irritado ante la gran cantidad de legados es tablecidos en el testamento, podía al repudiar la herencia, sustituir la vía testamentaria por la legítima, quizá más favorable para él a causa de la impo sibilidad de legados por vía legítima, como heredero legítimo podía aceptar la herencia antes repudiada, en su calidad de heredero testamentario.

(16) Margadant S. Guillermo Floris.- Obra citada.- Pags. 461 y 462.

En el caso de que el heredero instituido fuera esclavo del testador, se le calificaba de "heredero necesario" ya que no tenía posibilidad de sustraerse de la herencia, aunque ésta se compusiera de más deudas que bienes y créditos, por lo que en caso de quiebra, ésta se tramitaba a nombre del heredero ex-esclavo y las futuras adquisiciones que tuviese, responderían de los créditos insatisfechos.

El pretor suavizó la severidad de este derecho, concediendo al heredero necesario el "ius separationis", privilegio de poder ser titular de dos patrimonios, el propio y el de la herencia, así pues, las deudas insolutas de la herencia no constituían un gravamen sobre futuras adquisiciones, a pesar de lo anterior, la quiebra se tramitaba a nombre del ex-esclavo.

Si el heredero instituido era un extraño, era necesaria su aceptación expresa o tácita para que adquiriera la herencia, asimismo la ocupación de un bien que el heredero consideraba -equivocadamente- como parte de la herencia, servía como indicio de su voluntad de aceptar.

El heredero extraño podía continuar indeciso durante mucho tiempo, mientras tanto, la herencia quedaba yacente con perjuicio de los acreedores del difunto y del eventual heredero, ya que los esclavos que pertenecieran a la herencia, no podían ser autorizados a recibir herencia o legados, en virtud de que no existía un dueño que autorizase la aceptación de los mismos.

"Para evitar entonces una tardanza excesiva respecto de la aditio, el derecho romano tomó las siguientes medidas:

1. Permitir al testador mismo que fijara en el testamento un plazo máximo para la aditio.
2. Permitir a los acreedores de la herencia que pidieran al pretor que éste obligara al heredero a decidirse en el término de cien días.
3. Permitir que cualquier tercero se apoderara de la herencia, adquiriéndola definitivamente, por el mero transcurso de un año, sin título ni buena fe.

El peligro de tal usucapio pro herede podía servir para impulsar al heredero a una rápida decisión, respecto de la aditio. Bajo Adriano, un senadoconsulto abolió esta institución.

4.- Justiniano obligaba al heredero a decidirse en un plazo de nueve meses (spatium deliberandi; plazo para deliberar). Como la aceptación, y no la repudiación, corresponde al interés público y a la voluntad del difunto, el silencio durante el período fijado se interpretaba como aceptación".(17)

Cuando el heredero señalado en un testamento aún no se decide a aceptar la herencia, ésta queda temporalmente sin titular por lo que se le concede como, "quae iacet", herencia yacente; en la época preclásica no se otorgaba protección alguna a tales herencias yacentes, quien la saqueaba no cometía un robo, ya que los bienes en cuestión eran como "res nullius".

En cambio, el derecho clásico comprendiendo el peligro de exponer el patrimonio, comenzó a corregir la situación y el saqueo de una herencia yacente se convirtió en un delito especial, asimismo se elaboraron varias teorías para darle un titular, algunos decían que ésta seguía siendo del difunto, otros que el heredero aunque incierto ya era el titular del patrimonio sucesorio; por otra parte, existió una corriente que equiparó la herencia yacente a una fundación aunque incompatibles entre sí, dejando estas teorías huellas en el corpus iuris.

En cuanto a lo que se refiere a la herencia vacante, tenemos que ni la vía testamentaria ni la legítima le proporcionaban un heredero, por lo que la sucesión se incorpora al patrimonio del fisco, de la iglesia o del ejército.

(17) Margadant S. Guillermo Floris.- Obra citada.- Pag. 477.

c).- FUNDAMENTACION JURIDICA DE LA HERENCIA EN NUESTRA LEGISLACION VIGENTE.

En nuestra legislación el artículo 1281 del Código vigente nos define a la herencia y establece:

"Herencia es la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte".

d).- EXPOSICION ANALITICA DEL ARTICULO 1281 DEL CODIGO CIVIL.

A este respecto, el Maestro Ernesto Gutiérrez y González, analiza y hace una crítica de la definición que nos da el Código Civil y establece:

"De inmediato se aprecia la equivocada redacción de esta norma, puesto que la herencia no puede ser la sucesión en todos los bienes del difunto, por la sencilla razón de que el difunto es el muerto, y un muerto ya no puede ser titular de bien alguno".

En seguida, el propio Maestro señala lo que la ley quiso decir y que según el mismo, es lo correcto.

"Herencia es la sucesión en todos los bienes, derechos y obligaciones que fueron del autor de la misma, y que no se extinguieron con su muerte".(18)

(18) Gutiérrez y González Ernesto.- El Patrimonio Pecuniario y Moral o Der. de la Persona.- Edt. José M. Cajica J.R. S.A.- 1971. Pags. 497 y 498.

La definición que da el Código Civil, se refiere exclusivamente a la transmisión de los bienes, derechos y obligaciones que fueron de personas físicas, para que les sucedan en la titularidad de la masa hereditaria, otra u otras personas físicas o bien puede ser, que les sucedan varias personas morales, esto último, debe entenderse que cuando se "extingue" la persona moral, no se le aplican las mismas normas que establece el Código Civil en materia de herencia.

Al extinguirse una persona moral, la transmisión de sus bienes, derechos y obligaciones, se hará a través del sistema procesal enmarcado dentro de la ley para la disolución y liquidación de las sociedades.

Asimismo, la definición que da el artículo 1281, señala que la Herencia es la sucesión en todos los bienes del difunto; y precisamente, la muerte del titular de los bienes es la que opera la sucesión mortis causa, ya que si éste no ha fallecido, aunque hubiera hecho su testamento y los que en el mismo hubieran sido designados herederos lo sepan, no tienen por este hecho, de recho alguno sobre los bienes del autor del testamento.

CAPITULO II

CAPACIDAD Y PERSONALIDAD PARA HEREDAR

En este capítulo haré mención de qué personas están en posibilidades de adquirir bienes por medio de la sucesión mortis causa, asimismo, hablaré de ciertas incapacidades a las que se hace acreedor el sujeto de derecho y por tanto puede perder el derecho a heredar.

a).- CONCEPTO DE LOS TERMINOS.

Se entiende por capacidad, a la aptitud jurídica para ser sujeto de derechos, deberes y obligaciones y de poder ejercitar o hacer uso de los mismos; existen dos tipos de capacidad; la primera, es la de goce, que viene a ser la aptitud jurídica con que cuenta la persona para poder ser titular de derechos, deberes y obligaciones; y la segunda, sería la capacidad de ejercicio que es la aptitud de poder ejecutar esos derechos, deberes y obligaciones por sí mismo.

El artículo 1313 del Código Civil, define a la capacidad para heredar estableciendo: "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 con relación a ciertas personas, y a determinados bienes, pueden perderla por alguna de las causas siguientes:

- I. Falta de personalidad;
- II. Delito;
- III. Presunción de influencia contraria a la libertad del testador o a la verdad o integridad del testamento;
- IV. Falta de reciprocidad internacional;
- V. Utilidad pública;
- VI. Renuncia o remoción de algún cargo conferido en el testamento.

El Código Civil determina expresamente quienes son incapaces para heredar

dar, así tenemos como incapacidades especiales:

1).- Falta de personalidad.- Artículo 1314: "Son incapaces de adquirir por testamento o por intestado, a causa de falta de personalidad, los que no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia, o los concebidos cuando no sean viables, conforme a lo dispuesto en el artículo 337"; este artículo se refiere a la vialidad y señala: "Para los efectos legales, sólo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil. Faltando alguna de estas circunstancias, nunca ni nadie podrá entablar demanda sobre la paternidad".

2).- Por delito.- En esta incapacidad existen distintos casos, pero se puede señalar como regla general que estará incapacitado para heredar aquel que cometa un delito en contra del autor de la herencia, de sus ascendientes, descendientes, cónyuge, hermanos, etc., asimismo, estarán incapacitados aquellos que cometan actos inmorales que demuestren una conducta reprobable en contra del autor de la herencia, de sus ascendientes, descendientes, cónyuge o hermanos.

3).- Por presunción de influencia contraria a la libertad del testador o a la verdad o integridad del testamento.- Como se ha establecido anteriormente, el testamento es un acto libre, un acto de voluntad, por lo que esta incapacidad se establece para proteger la voluntad del testador.

El artículo 1323 nos señala: "Por presunción contraria a la libertad del testador, son incapaces de heredar por testamento el médico que haya asistido a aquél durante su última enfermedad, si entonces hizo su disposición testamentaria, así como el cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos del facultativo a no ser que los herederos instituidos sean también herederos legítimos"; asimismo, el artículo 1325 establece: "Los ministros de los cultos no pueden ser herederos por testamento de los ministros del mismo culto o de un particular con quien no tengan parentesco dentro del cuarto grado. La misma incapacidad tienen los ascendientes, descendientes, cónyuges y hermanos de los ministros, respecto de las personas a quienes éstos hayan prestado cual

quiera clase de auxilios espirituales, durante la enfermedad de que hubieren fallecido, o de quienes hayan sido directores espirituales los mismos ministros".

La presunción contraria a la verdad o integridad del testamento, - está señalada por el artículo 1324 que dice: "Por presunción de influjo contrario a la verdad e integridad del testamento, son incapaces de heredar el notario y los testigos que intervinieron en él, y sus cónyuges, descendientes, ascendientes o hermanos".

4).- Por falta de reciprocidad internacional.- Artículo 1328 el cual establece que: "Por falta de reciprocidad internacional, son incapaces de heredar por testamento o por intestado, a los habitantes del Distrito Federal, los extranjeros que, según las leyes de su país, no puedan testar o dejar por intestado sus bienes a favor de los mexicanos", esta incapacidad establece para las personas físicas o morales.

5).- Por utilidad pública.- El artículo 1329 establece que: "La herencia o legado que se deje a un establecimiento público, imponiéndole algún gravamen o bajo alguna condición, sólo serán válidos si el gobierno los aprueba".

6).- Por renuncia o remoción de algún cargo conferido en el testamento.- Artículo 1331, "Por renuncia o remoción de un cargo son incapaces de heredar por testamento los que, nombrados en él tutores, curadores o albaceas, hayan rehusado, sin justa causa, el cargo, o por mala conducta hayan sido separados judicialmente de su ejercicio".

Por último, el artículo 1333 señala: "Las personas llamadas por la ley para desempeñar la tutela legítima y que se rehusen sin causa legítima a desempeñarla, no tienen derecho a heredar a los incapaces de quienes deben ser tutores".

b).- PARTES EN LA HERENCIA.

Señalaremos como partes en la herencia a todas aquellas personas que de una u otra forma, toman parte en la sucesión mortis causa, y en primer término diremos que las personas que tienen derecho a la herencia son en primer lugar los descendientes y el cónyuge supérstite, que juntos excluyen a los ascendientes y a todos los parientes colaterales, o sea que el pariente más próximo excluye al más lejano.

En términos generales son llamados a la herencia y forman parte de la misma, los descendientes, el cónyuge, los ascendientes, los colaterales hasta el cuarto grado, los hijos adoptivos y los adoptantes, y la concubina. En caso de no existir ninguno de los mencionados, heredará la beneficencia pública, aparte el Código Civil vigente establece y señala la forma y términos en que suceden cada uno de los herederos antes mencionados, y así tenemos:

1).- Sucesión de Descendientes y Cónyuge.- Son los que tienen preferencia absoluta, dentro de la herencia y que en la misma, puede determinar los distintos grados que les confiere preferencia.

Artículo 1607.-"Si a la muerte de los padres quedaren sólo hijos, la herencia se dividirá entre todos por partes iguales".

Artículo 1624.- "El cónyuge que sobrevive, concurriendo con descendientes, tendrá el derecho de un hijo, si carece de bienes o los que tiene al morir el autor de la sucesión no igualan a la porción que a cada hijo debe corresponder. Lo mismo se observará si concurre con hijos adoptivos del autor de la herencia".

2).- Sucesión de los Ascendientes.- Artículo 1615: "A falta de descendientes y de cónyuge, sucederán el padre y la madre por partes iguales".

Artículo 1616.- "Si sólo hubiere padre o madre, el que viva sucederá al hijo en toda la herencia".

3).- Sucesión de los colaterales.- Como partes de la herencia tenemos la figura de los colaterales quienes tienen en un momento dado participación en la sucesión del de cujus, así lo establece el artículo 1630 que nos señala lo siguiente: "Si sólo hay hermanos por ambas líneas, sucederán por partes iguales".

Artículo 1631.- "Si concurren hermanos con medios hermanos, aquéllos heredarán doble porción que éstos".

Artículo 1632.- "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 cabeza y los segundos por estirpes, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo anterior".

Artículo 1633.- "A falta de hermanos, sucederán sus hijos, dividiéndose la herencia por estirpes, y la porción de cada estirpe por cabezas".

Artículo 1634.- "A falta de los llamados en los artículos anteriores sucederán los parientes más próximos dentro del cuarto grado, sin distinción de línea, ni consideración al doble vínculo, y heredarán por partes iguales".

4).- Sucesión de la Concubina.- El Código Civil establece en su artículo 1635 parte primera lo siguiente:

"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, tienen derecho a heredar conforme a las reglas siguientes". *

* Este artículo está transcrito de acuerdo como se redactó originalmente, ya que en 1983, este precepto fue reformado y por lo tanto, en el Capítulo V del presente se hará mención de estas reformas.

5) 15) Por último, tenemos a la Asistencia Pública como sucesora de los bienes del decausado; ésta sólo concurre cuando faltan los descendientes, ascendientes y cónyuge supérstite, parientes colaterales hasta el cuarto grado y concubinos; así lo establece el artículo 1636 del Código Civil. "A falta de todos los herederos llamados en los capítulos anteriores sucesorá la Beneficencia Pública".

c) .- (c) DEL REPRESENTACION.

En la actualidad, del derecho de representación no está objetivamente definido, sino que nuestra legislación lo fragmenta en cada caso concreto:

1) El Código Civil de 1829 define la representación y decía:

"Se llama derecho de representación el que corresponde a los parientes de una persona para sucederle en todos los derechos que tendría viviese o cuando hubiera podido heredar" (1)

d) .- (d) DE LA SUSTITUCION.

El artículo 1423 del Código Civil nos habla de la sustitución y al respecto dice el Rueda que testador substituir un o más personas al heredero o herederos instituidos y para el caso de que mueran antes que él, o de que no puedan o no quieran aceptar la herencia. "Está esta es la sustitución llamada

(1) (1) Rojas Villegas, Rafael. Obra citada. Pág. 423.

Vulgar, donde el testador nombra a un sustituto para el caso de que el heredero muera antes que él, resulte incapaz, o renuncie la herencia y tiene por objeto evitar, en los tres casos indicados, que se abra la sucesión legítima.

En nuestra legislación, sólo se admite esta sustitución, pero sería conveniente mencionar que en anteriores legislaciones se hacía la clasificación de sustituciones Directas o Indirectas:

I.- Las Directas se subdividían en Vulgares, Pupilares, Ejemplares y Recíprocas.

La Substitución Pupilar era aquella en la que el testador instituía como heredero a un impúber, y que bajo su potestad como testador, le nombraba un sustituto, esto lo hacía el testador con la finalidad de que en caso de que el impúber muriera antes de la edad permitida para testar, no se abriera su herencia legítima, con respecto a los bienes que le dejaba en su testamento.

En la actualidad, si el heredero impúber muere antes de la edad permitida por la ley para testar, esto es, antes de los 16 años, se abrirá su sucesión legítima, no será válida la cláusula inscrita en el testamento por el ascendiente testador, en la que se nombre un sustituto si el heredero muriese antes de la edad establecida.

Substitución Ejemplar.- Esta sustitución se presentaba cuando el heredero mayor de edad instituído en el testamento, estaba incapacitado por enajenación mental declarada judicialmente, se le designaba sustituto, previendo la posibilidad de que la enajenación fuere vitalicia, y éste, no pudiese testar y así poder evitar la apertura de la herencia legítima.

Substitución Recíproca.- Esta simple y sencillamente consistía en que los herederos instituídos eran substituídos recíprocamente, o sea, para el caso de muerte, incapacidad o renuncia de uno de ellos, el testador designa como sustituto al otro.

II.- Substitución Indirecta.- Dentro de ésta tenemos la Substitución Fideicomisaria, que era aquella en la que el testador impone al heredero la obligación de transmitir los bienes hereditarios a determinadas personas, bien sea durante su vida o cuando muere.

Esta substitución, consideraba al heredero simplemente como un usufructuario de los bienes, ya que el dominio de los mismos lo debería de transmitir a su muerte o bien durante su vida.

Volviendo a la Substitución que nuestra ley acepta, diremos que el artículo 1476 establece: "Los substitutos recibirán la herencia con los mismos gravámenes y condiciones con que debían recibirlos los herederos, a no ser que el testador haya dispuesto expresamente otra cosa, o que los gravámenes o condiciones fueren meramente personales del heredero".

Concluyendo con este tema, diremos que nuestra legislación vigente reglamenta solamente la substitución Vulgar, y prohíbe las Substituciones Pupilar, Ejemplar, Recíproca y Fideicomisaria.

e).- LEGITIMACION.

La legitimación constituye un estado jurídico de parentesco consanguíneo, ya sea en línea recta o en línea colateral respecto a personas que descienden de un mismo tronco común. Es el punto de partida para establecer los derechos y deberes que les corresponden a los miembros de un grupo familiar, siendo uno de estos derechos el estar facultados para disfrutar de los bienes, derechos y obligaciones de la Sucesión Hereditaria.

La legitimación se iguala en condición a la filiación legítima e ilegítima.

De la filiación podemos decir que es un acto voluntario y judicial que crea, independientemente de los lazos de sangre, un vínculo entre dos personas ya sea de descendencia o por una voluntad declarada y por lo tanto, adquieren derechos y obligaciones que nacen del parentesco.

Al hablar de descendencia, nos referimos a la consanguínea, ésta puede ser matrimonial y extramatrimonial; en legislaciones anteriores a los hijos nacidos por un vínculo matrimonial se les consideraba hijos naturales o ilegítimos a aquellos que nacían fuera del vínculo matrimonial.

En la actualidad, el Código Civil vigente, coloca en igualdad a los hijos habidos en el matrimonio y a los habidos fuera del mismo, por lo que ahora existe una filiación única pues el legislador ha borrado atinada y justamente el calificativo a los hijos extramatrimoniales de legítimos.

Respecto a la filiación de los hijos nacidos de matrimonio se puede comprobar mediante el acta de nacimiento del hijo y/o de matrimonio de los padres; en cuanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio ésta puede probarse, respecto de la madre por el solo hecho del nacimiento, y respecto del padre, por un acto de voluntad llamado Reconocimiento del Hijo, en este caso la legitimación consistirá en la regularización del estado de un hijo ilegítimo.

Como ejemplo de legitimación, tenemos a la adopción que ha servido para incorporar al adoptado de una manera plena a la situación de un hijo legítimo, produciendo todos los efectos de la filiación consanguínea.

CAPITULO III

EL JUICIO SUCESORIO

a).- FUNDAMENTACION LEGAL.

La Sucesión, es un patrimonio afectado a la realización de un fin jurídico-económico consistente en liquidar el pasivo de la masa hereditaria, y poder así determinar el activo líquido y operar la transferencia de la misma a título universal o particular, en favor de los herederos y/o legatarios por lo que, nuestra legislación en su artículo 1281 del Código Civil nos define de la siguiente manera:

Artículo 1281.- "Herencia es la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte".

Como se verá, la Sucesión consiste en transferir a sujetos determinados los bienes que integran la masa hereditaria con la finalidad de que exista un sujeto responsable de las obligaciones del autor de la herencia y representante del patrimonio.

b).- CLASES DE SUCESIONES.

Nuestra legislación ha adoptado como forma de adquirir la propiedad a la sucesión "mortis causa", esta situación sirve para que una o más personas reciban y adquieran derechos reales, personales o de crédito que pertenecieron a una persona que dejó de ser titular de esos derechos al fallecer.

El artículo 1282 establece: "La herencia se defiende por la voluntad del testador o por disposición de la ley. La primera se llama testamentaria, y

la segunda legítima"; de este artículo podemos decir que existen dos clases de sucesión mortis causa, la primera será la Sucesión Testamentaria o Voluntaria y la segunda, la Sucesión Legal o Legítima.

I.- Sucesión Testamentaria o Voluntaria.- El artículo 1295 del Código Civil establece: "Testamento es un acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos y declara o cumple deberes para después de su muerte".

Esta definición tiene diferentes elementos como son:

1.- Acto Personalísimo.- Se considera como acto personal toda vez que es un acto jurídico unilateral de voluntad, sólo el testador puede confeccionar su testamento y no así otra persona diferente, no obstante, nuestra legislación acepta una excepción relativa en el artículo 1298 del Código Civil que dice: "Cuando el testador deje como herederos o legatarios a determinadas clases formadas por número ilimitado de individuos, tales como los pobres, los huérfanos, los ciegos, etc., puede encomendar a un tercero la distribución de las cantidades que deje para ese objeto y la elección de las personas a quienes deban aplicarse, observándose lo dispuesto en el artículo 1330".

Esta excepción que hace la ley, es en cuanto a la aplicación específica de distribución, quedando al criterio personal del testador, él determina quien o quienes tomarán posesión de sus bienes una vez que él fallezca, asimismo, el testador no necesita decir la causa por la cual designa a una persona su heredero, en caso de que establezca en su testamento alguna causa y ésta fuera errónea, la institución de heredero será nula, así lo establece el artículo 1301 del Código Civil: "Las disposiciones hechas a título universal o particular no tienen ningún efecto cuando se funden en una causa expresa, que resulte errónea, si ha sido la única que determinó la voluntad del testador".

2.-Acto Revocable.-"La Revocación es un acto jurídico unilateral o -

bilateral, por medio del cual se pone fin a sus efectos para el futuro, a otro acto unilateral o bilateral, anterior, plenamente válido, por razones de conveniencia y oportunidad catalogadas subjetivamente por una sola parte o bien en forma objetiva por ambas". (1)

Existen tres tipos de revocación: revocación tácita, expresa y real.

a) Revocación Tácita.- Tiene efecto esta revocación, cuando se otorgue por el testador un nuevo testamento y no hace referencia a la existencia de uno anterior, por lo tanto, el testamento nuevo es el que surte sus efectos, salvo disposición contraria del testador, así lo establece el artículo 1494: "El testamento anterior queda revocado de pleno derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquél subsista en todo o en parte".

Por otra parte, si el segundo testamento es revocado y el testador decide que el primer testamento recobre vida, el artículo 1496 establece: "El testamento anterior recobrará, no obstante, su fuerza, si el testador, revocando el posterior, declara ser su voluntad que el primero subsista".

b) Revocación Expresa.- Tiene lugar cuando se declara fehacientemente que el testamento anterior no tiene valor alguno, esta declaración, puede hacerla el testador en su nuevo testamento, simplemente manifestando su voluntad ante notario, donde declara que revoca el testamento que ya tenía otorgado.

c) Revocación Real.- Esta se da cuando el testador destruye materialmente el documento que contiene su testamento.

3.- Acto Libre.- La persona que otorgue un testamento, debe de encontrarse en plena libertad de manifestar su voluntad, ya que si ésta se encuentra viciada, podrá el testador o sus herederos legítimos, pedir la nulidad del testamento.

(1) Gutiérrez y González Ernesto.- Obra citada.- Pag. 540.

Los vicios de la voluntad son: el error, la violencia y la lesión.

a) El error.- Se entiende por error a la falsa creencia de la realidad, así tenemos que el error puede ser de tres tipos: fortuito, mantenido por mala fe y provocado por dolo.

Se considera como error fortuito a la falsa creencia de la realidad que se adquiere, sin que exista la intervención de otra voluntad que haga ver el equívoco en la voluntad del sujeto que lo sufre.

Respecto a la mala fe y al dolo, el artículo 1815 del Código Civil nos señala: "Se entiende por dolo en los contratos cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes; y por mala fe la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido".

b) La violencia.- Artículo 1819 establece: "Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado".

c) La lesión.- Es aquella que se causa cuando alguno explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otra persona obtiene un lucro, así lo establece el artículo 17 del Código Civil que a la letra dice: "Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro; obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a elegir entre pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación, más el pago de los correspondientes daños y perjuicios. El derecho concedido en este artículo dura un año".

4.- El testamento debe ser hecho por persona capaz.- En materia de testamentos, tenemos que todas las personas físicas son capaces de testar me

nos aquellos que la ley se los impida, así tenemos que el Código Civil en su artículo 1306 establece: "Están incapacitados para testar:

I. Los menores que no han cumplido dieciséis años de edad, ya sean hombres o mujeres;

II. Los que habitual o accidentalmente no disfrutan de su cabal juicio".

Dentro de la fracción segunda del artículo invocado, existe una excepción que la misma ley establece en su artículo 1307: "Es válido el testamento hecho por un demente en un intervalo de lucidez, con tal de que al efecto se observen las prescripciones siguientes", esta situación requiere de ciertos requisitos ya que, al momento en que el demente tenga el intervalo de lucidez y quiera hacer su testamento, es necesario sujetarse a lo que al respecto nos señala el artículo 1308 del Código Civil que dice: "Siempre que un demente pretenda hacer testamento en un intervalo de lucidez, el tutor y, en defecto de éste, la familia de aquél, presentará por escrito una solicitud al juez que corresponda. El juez nombrará dos médicos, de preferencia especialistas en la materia, para que examinen al enfermo y dictaminen acerca de su estado mental. El juez tiene obligación de asistir al examen del enfermo, y podrá hacerle cuantas preguntas estime convenientes, a fin de cerciorarse de su capacidad para testar".

CLASIFICACION DE TESTAMENTOS

Hemos establecido, que el testamento es un acto jurídico formal en virtud de que para su validez, se requiere que la voluntad del testador conste por escrito, por lo que para terminar con esta forma de sucesión "mortis causa", que es la testamentaria, señalaremos los diferentes tipos de testamentos que existen atendiendo a su forma.

"El testamento, en cuanto a su forma es ordinario o especial, así lo

establece el artículo 1499 del Código Civil.

Dentro de los testamentos Ordinarios, tenemos el Público Abierto, el Público Cerrado y el Oligrafo.

En cuanto a los testamentos Especiales, diremos que son los que se hacen cuando existen determinadas circunstancias y sólo por las mismas, la ley permite esta forma que se puede decir, es privilegiada, dentro de estos testamentos Especiales tenemos que son: el privado, el militar, el marítimo y el hecho en país extranjero.

Antes de pasar a ver cada una de las formas de testamento, diremos que existen ciertos impedimentos para ser testigo en un testamento, y así lo especifica el artículo 1502.- "No pueden ser testigos del testamento:

- I. Los amanuenses del notario que lo autorice;
- II. Los menores de dieciséis años;
- III. Los que no estén en su sano juicio;
- IV. Los ciegos, sordos o mudos;
- V. Los que no entiendan el idioma que habla el testador;
- VI. Los herederos o legatarios; sus descendientes, ascendientes, cónyuge o hermanos. El concurso como testigo de una de las personas a que se refiere esta fracción sólo produce como efecto la nulidad de la disposición que beneficia a ella o a sus mencionados parientes;
- VII. Los que hayan sido condenados por el delito de falsedad".

TESTAMENTOS ORDINARIOS

1).- Testamento Público Abierto.- Este tipo de testamento es el más usual ya que el testador declara su voluntad ante la presencia del notario y testigos, así lo establece el artículo 1511: "Testamento Público Abierto es el que se otorga ante notario y tres testigos idóneos".

La redacción o protocolo del testamento, estará a cargo del notario,

el que deberá anotar la voluntad del testador, una vez esto, se leera en voz alta para que el autor manifieste su conformidad con lo redactado, si lo estuviere, firmarán todos los que intervinieron, quedando asentado en el instrumento, el lugar, año, mes, día y hora en que hubiere sido otorgado.

Lo esencial de este tipo de testamentos, es la declaración de voluntad en presencia de las personas que hemos señalado las que en un momento dado, testificarán conocer la voluntad del testador.

Por otra parte, el notario deberá cumplir con una de las formalidades generales como es la de certificar la identidad del testador, así como su capacidad, es decir, que se encuentre en pleno juicio y que esté libre de toda coacción.

Respecto de los testigos que intervienen en la redacción de un testamento, éstos no se deben de encontrar en alguna de las causas que hemos enumerado y que establece el artículo 1502.

El Código Civil nos dá una serie de normas para la confección del testamento Público Abierto, con respecto a los sordos, los ciegos o del testador que ignore el idioma del país o que no sepa escribir.

Artículo 1516: "El que fuere enteramente sordo, pero que sepa leer, deberá dar lectura a su testamento; si no supiere o no pudiere hacerlo, designará una persona que lo lea a su nombre".

Artículo 1517: "Cuando sea ciego el testador, se dará lectura al testamento dos veces: una por el notario, como está prescrito en el artículo 1512, y otra, en igual forma, por uno de los testigos u otra persona que el testador designe".

Artículo 1518: "Cuando el testador ignore el idioma del país, si puede, escribirá de su puño y letra su testamento, que será traducido al español por los intérpretes a que se refiere el artículo 1503. La traducción se transcribirá como testamento en el protocolo respectivo y el original se archivará en el apéndice correspondiente del notario que intervenga en el acto.

Si el testador no puede o no sabe escribir, uno de los intérpretes escribirá el testamento que dicte aquél, y leído y aprobado por el testador, se traducirá al español por los dos intérpretes que deben concurrir al acto; hecha la traducción se procederá como se dispone en el párrafo anterior.

Si el testador no puede o no sabe leer, dictará en su idioma el testamento a uno de los intérpretes. Traducido por los dos intérpretes, se procederá como dispone el párrafo primero de este artículo".

Por último tenemos, que el notario será responsable de daños y perjuicios e incurrirá en la pena de la pérdida del oficio si por su culpa o negligencia carece el acto de alguna de las formalidades que obliga la ley, y en caso de presentarse esta hipótesis, el testamento quedará sin efecto, así lo establece el artículo 1520 del Código Civil.

2).- Testamento Público Cerrado.- Es aquel por el cual, el testador hace sus disposiciones en un documento privado y que guardará en sobre cerrado, una vez que haya rubricado todas las hojas y firmado al calce del testamento.

El Artículo 1521 del Código Civil señala: "El testamento público cerrado puede ser escrito por el testador o por otra persona a su ruego, y en papel común".

Artículo 1522: "El testador debe rubricar todas las hojas y firmar al calce del testamento; pero si no supiere o no pudiere hacerlo, podrá rubricar y firmar por él otra persona a su ruego".

En este tipo de testamento, puede intervenir el notario y testigos con la única finalidad de hacer constar en la cubierta del sobre que en el mismo se encuentra un pliego que contiene la declaración del testador, en forma de testamento; tanto el testador como los testigos y el notario, deberán firmar en la cubierta, poniendo el notario su sello en la misma.

Existen personas incapaces para poder hacer este tipo de testamentos, como es el caso de los que no saben o no pueden leer.

Respecto a los sordo-mudos, el artículo 1531 señala: "El sordo-mudo podrá hacer testamento cerrado con tal que esté todo él escrito, fechado y firmado de su propia mano, y que al presentarlo al notario, ante cinco testigos, escriba en presencia de todos sobre la cubierta que en aquel pliego se contiene su última voluntad y va escrita y firmada por él. El notario declarará en el acta de la cubierta que el testador lo escribió así, observándose, además lo dispuesto en los artículos 1524, 1526 y 1527".

El notario tiene la obligación, una vez que tenga conocimiento de la muerte de quien otorgó el testamento público cerrado, el comunicar este hecho al juez, remitiéndole el sobre cerrado que contenga el testamento.

Artículo 1542: "Luego que el juez reciba un testamento cerrado, hará comparecer al notario y a los testigos que concurrieron a su otorgamiento". Esto se hace con la finalidad de que tanto el notario como los testigos reconozcan ante el juez como suyas las firmas y la del testador, mismas que deben de existir en la cubierta del sobre cerrado, debiendo declarar si en su concepto, el sobre cerrado se encuentra como lo estaba en el acto de la entrega.

Con respecto a la comparecencia del notario y los testigos, si estos últimos no pueden comparecer todos los que firmaron ya sea por estar ausentes o por haber muerto alguno, la audiencia se llevará a cabo con los testigos presentes y el notario, a falta de este último, el juez recibirá información testimonial a fin de que las personas que rindan dicha información, declaren si en su concepto son auténticas las firmas y si las personas mencionadas en la cubierta del sobre se encontraban en el lugar y la fecha cuando se otorgó el testamento público cerrado.

En cuanto a la protocolización de este tipo de testamento, el juez, una vez desahogado lo anterior, decretará la publicación y protocolización del mismo, no siendo así, "El testamento cerrado quedará sin efecto siempre que se encuentre roto el pliego interior o abierto el que forma la cubierta, o borradas, raspadas o enmendadas las firmas que lo autorizan, aunque el contenido no sea vicioso", así lo establece el artículo 1548 del Código Civil".

3).- Testamento Ológrafo.- Como último de los testamentos ordinarios tenemos el llamado Ológrafo, que el Código Civil en su artículo 1550, lo establece: "Se llama testamento Ológrafo al escrito de puño y letra del testador". La confección de este testamento sólo la pueden hacer los mayores de edad, además de ser escrito totalmente por el testador, deberá contener el día, mes y año en que se otorga.

El artículo 1552 establece: "Si contuviere palabras tachadas, enmendadas o entre renglones, las salvará el testador bajo su firma. La omisión de esta formalidad por el testador sólo afecta a la validez de las palabras tachadas, enmendadas o entre renglones, pero no al testamento mismo".

El testamento al confeccionarse por el testador, debe de hacerlo por duplicado imprimiendo en cada uno su huella digital, una vez esto, lo presentará en sobre cerrado al Director del Registro Público de la Propiedad, manifestando ante dicho funcionario y dos testigos que lo identifiquen, que en los sobres que en ese momento entrega, contienen su testamento.

Una de las funciones del encargado del Registro Público, es la de certificar la identidad del testador, así como, que se encuentra en su cabal juicio y libre de toda coacción, al ser satisfechos estos requisitos, el testador de su puño y letra pondrá en el sobre que contenga el original de su testamento la siguiente constancia "Dentro de este sobre se contiene mi testamento", expresándose en el mismo el lugar y la fecha en que se hace el depósito, debiendo firmar la constancia, el testador, el encargado de la Oficina y los testigos de identificación.

En uno de los duplicados, el encargado del Registro Público hará constar que se le entrega al testador copia del pliego que contiene su última voluntad, según declaración del mismo, éste lo podrá conservar o en su defecto depositarlo en el Archivo Judicial.

Respecto a la Protocolización de este tipo de testamento el artículo 1561 establece:

"Recibido el testamento, el juez examinará la cubierta que lo contiene para cerciorarse de que no ha sido violada, hará que los testigos de identificación que residieren en el lugar reconozcan sus firmas y la del testador, y en presencia del Ministerio Público, de los que se hayan presentado como interesados y de los mencionados testigos abrirá el sobre que contiene el testamento. Si éste llena los requisitos mencionados en el artículo 1551 y queda comprobado que es el mismo que depositó el testador, se declarará formal el testamento de éste".

Se tendrá al duplicado del testamento como formal, cuando el original depositado haya sido destruido o robado.

La nulidad del testamento Ológrafo está contemplada en el artículo 1563 que dice: "El testamento ológrafo quedará sin efecto cuando el original o el duplicado, en su caso, estuvieren rotos o el sobre que los cubre resultare abierto, o las firmas que los autoricen aparecieren borradas, raspadas o con enmendaduras, aun cuando el contenido del testamento no sea vicioso".

TESTAMENTOS ESPECIALES

1).- Testamento Privado.- Esta forma de testamento puede ser escrita u oral, ambos casos son válidos pero a fin de que surta efecto la forma verbal, se requiere que haya una imposibilidad absoluta tanto en el testador como en los testigos de redactar las cláusulas del testamento, así tenemos que el Código Civil en su artículo 1565 establece: "El testamento privado está permitido en los casos siguientes:

- I. Cuando el testador es atacado de una enfermedad tan violenta y grave que no dé tiempo para que concorra notario a hacer el testamento;
- II. Cuando no haya notario en la población o juez que actúe por receptoría;
- III. Cuando, aunque haya notario o juez en la población, sea imposible, o por lo menos muy difícil, que concurren al otorgamiento del testamento;
- IV. Cuando los militares o asimilados del ejército entren en campaña o se encuentren prisioneros de guerra".

Como se verá, esta forma de testamentos se autoriza sólo en los casos en que exista imposibilidad de otorgar cualquiera de los tipos de testamento Ordinario.

El testador que quiera manifestar su voluntad en forma de testamento público, lo hará ante la presencia de cinco testigos idóneos, uno de éstos los redactará por escrito si el testador no lo puede hacer, no siendo necesaria la redacción por escrito de la voluntad del testador en los casos de suma urgencia o cuando ninguno de los testigos sepa escribir.

Las formalidades que reviste este tipo de testamentos nos las establece el Código Civil en su artículo 1574: "Los testigos que concurren a un testamento privado deberán declarar circunstanciadamente:

- I. El lugar, la hora, el día, el mes y el año en que se otorgó el testamento;
- II. Si reconocieron, vieron y oyeron claramente al testador;
- III. El tenor de la disposición;
- IV. Si el testador estaba en su cabal juicio y libre de cualquiera coacción;
- V. El motivo por el que se otorgó el testamento privado;
- VI. Si saben que el testador falleció o no de la enfermedad o en el peligro en que se hallaba."

Respecto a la protocolización del testamento Privado, el artículo - 1575 establece: "Si los testigos fueron idóneos y estuvieron conformes en todas y cada una de las circunstancias enumeradas en el artículo que precede, el juez declarará que sus dichos son el formal testamento de la persona de quien se trate".

2).- Testamento Militar.- El Código Civil establece este tipo de testamentos en su artículo 1579 señalando: "Si el militar o el asimilado del ejército hace su disposición en el momento de entrar en acción de guerra, o estando herido sobre el campo de batalla, bastará que declare su voluntad ante dos testigos, o que en tregue a los mismos el pliego cerrado que contenga su última disposición, firmada de su puño y letra".

El militar que se encuentre dentro de las circunstancias a que se refiere el artículo 1579, y que haya otorgado de palabra o por escrito su última voluntad al momento de morir, se le informará de tal acontecimiento al jefe de la corporación a que pertenecía el testador, con la finalidad de que informe a la Secretaría de la Defensa Nacional y ésta a su vez, informará a la autoridad judicial competente.

Respecto a los requisitos establecidos para los testigos así como para la protocolización del testamento militar, son los mismos requeridos para el testamento público, los que ya enunciamos en su oportunidad.

3).- Testamento Marítimo.- Esta clase de testamento especial lo regula el artículo 1583: "Los que se encuentren en alta mar, a bordo de navíos de la marina nacional, sea de guerra o mercante, pueden testar sujetándose a las prescripciones siguientes".

Las formalidades que se establecen para el testamento marítimo son: éste debe constar siempre por escrito ante la presencia de dos testigos y del Capitán de la embarcación, dicha voluntad será leída y firmada por los que en ella intervienen, teniendo el Capitán la obligación de conservar el testamento entre los papeles más importantes del barco, tomando razón en el libro diario del mismo.

Este tipo de testamento se hará por duplicado, con la finalidad de que una vez que el navío arribase a un puerto en donde exista agente diplomático, cónsul o vicecónsul mexicanos, el capitán entregará uno de los ejemplares del testamento fechado y sellado, solicitando, recibo del agente consular.

En el caso de no existir funcionario consular mexicano en el puerto donde arriba el barco, el capitán tendrá la obligación de entregar el original del testamento así como sus duplicados, una vez que haya arribado a territorio mexicano, a la autoridad marítima.

Los efectos legales del testamento marítimo se darán siempre y cuando

do el testador haya fallecido en alta mar o al mes de haber desembarcado.

La Secretaría de Relaciones Exteriores, una vez que ha recibido los ejemplares del testamento marítimo, remitidos por los agentes diplomáticos o por las autoridades marítimas, publicará en los periódicos la noticia de la muerte del testador a fin de que los familiares del mismo, promuevan el juicio correspondiente.

4).- Testamento hecho en país extranjero.- Como último de los testamentos especiales tenemos este tipo de testamento hecho en país extranjero, el que puede sujetarse a las leyes del país en que se otorgue y tendrá plena validez en la República Mexicana, esta forma de testamentos puede otorgarse ante los agentes diplomáticos o consulares mexicanos, debiendo observar en tal caso, las formalidades establecidas por la legislación mexicana.

Estos funcionarios diplomáticos o consulares a su vez, pueden desempeñar funciones notariales o de encargados del Registro, ya que pueden recibir testamentos ológrafos de parte de los nacionales en el extranjero, siempre y cuando las disposiciones testamentarias deban tener su ejecución en la República Mexicana.

El funcionario consular o diplomático, que haga las veces de encargado del Registro Público, deberá cumplir con todas las disposiciones establecidas para los testamentos ológrafos; o sea, exigirá que se le entreguen dos ejemplares en sus respectivos sobres cerrados, para que en uno de ellos, el testador haga constar que contiene su voluntad, firmando la cubierta del sobre en presencia de testigos y del funcionario consular o diplomático, en tanto que en el otro, se asentará que el testador manifiesta que se encuentra una copia del original que se ha quedado en poder del agente consular que se trate.

La obligación de los Agentes Consulares o diplomáticos es la de dar parte a la Secretaría de Relaciones Exteriores, de la existencia del testamento una vez que se ha tenido la noticia de la muerte del testador, a fin de que se publique este hecho y se ponga en conocimiento de los interesados para que pro-

muevan la apertura de la sucesión testamentaria.

Por último diremos que si se trata de testamento Ológrafo, el Código Civil en su artículo 1596 establece: "Si el testamento fuere Ológrafo, el funcionario que intervenga en su depósito lo remitirá por conducto de la Secretaría de Relaciones Exteriores, en el término de diez días al encargado del Archivo General de Notarías".

II.- Sucesión Legal o Legítima.

El Código Civil nos señala cuando se abre la herencia legal o legítima:

Artículo 1599: "La herencia legítima se abre:

- I. Cuando no hay testamento, o el que se otorgó es nulo o perdió validez;
- II. Cuando el testador no dispuso de todos sus bienes;
- III. Cuando no se cumpla la condición impuesta al heredero;
- IV. Cuando el heredero muere antes del testador, repudia la herencia o es incapaz de heredar, si no se ha nombrado substituto".

Analizaremos cada una de estas hipótesis.

I. Cuando no hay testamento o el que se otorgó es nulo o perdió validez.- Se refiere en primer término, a que el autor de la masa hereditaria al morir, no tuvo oportunidad de redactar su última voluntad, este es el caso más usual en nuestra legislación respecto a la sucesión intestamentaria "mortis causa", ya que un gran porcentaje de personas no se preocupan en otorgar testamento en vida, asimismo, se habla de que existiendo un testamento, éste es nulo o perdió su validez, y por lo tanto, da origen a que se abra la sucesión legítima, a este respecto podemos decir que será nulo un testamento en aquellos casos en que no se cumpla con los requisitos que la ley exige; uno de esos requisitos sería la falta de capacidad del testador al momento de relatar su testamento, otra causa sería por falta de voluntad libre del testador, es decir, que la voluntad la haya expresado.

sado en forma viciada, y bajo estos vicios pierde su validez.

II. Cuando el testador no dispuso de todos sus bienes.- Se refiere a que el autor de la masa hereditaria al otorgar su testamento sólo dispone de parte de sus bienes, dejando otra parte de los mismos fuera de la redacción de su testamento, así lo señala el artículo 1601 del Código Civil: "Si el testador dispone legalmente sólo de una parte de sus bienes, el resto de ellos forma la sucesión legítima".

III. Cuando no se cumpla la condición impuesta al heredero.- A este respecto, el artículo 1344 establece: "El testador es libre para establecer condiciones al disponer de sus bienes", asimismo, el artículo 1347 señala: "La condición física o legalmente imposible de dar o de hacer, impuesta al heredero o legatario, anula su institución".

IV. En cuanto a la situación de que el heredero muera antes que el testador, repudia la herencia o es incapaz de heredar si no se ha nombrado substituto, está reglamentada por el Código Civil en su artículo 1497 que dice: "Las disposiciones testamentarias caducan y quedan sin efecto, en lo relativo a los herederos y legatarios:

1. Si el heredero o legatario muere antes que el testador o antes de que se cumpla la condición de que dependa la herencia o el legado;

II. Si el heredero o legatario se hace incapaz de recibir la herencia o legado;

III. Si renuncia a su derecho".

En el encabezado del artículo que precede, se utiliza la palabra "caducan", a este respecto, el maestro Ernesto Gutiérrez y González señala: "Caducidad de Testamento.- Aquí si hay necesidad de detenerse un poco, pues da el caso de que en verdad con una falta completa de tino, el Código habla de "caducidad del testamento", y la terminología es del todo impropia, pues si se hace un análisis sereno y jurídico de lo que es caducidad, se verá que ninguno de los casos que determina el Código como de tal, lo son en verdad, y cómo en cambio, en muchas otras partes de ese Ordenamiento en donde no emplea el término

"caducidad" establece múltiples y variados casos de ella". (2)

"Caducidad es la sanción que se pacta, o se impone por la ley, a las personas que dentro de un plazo convencional o legal, no realizan voluntaria y conscientemente las conductas positivas para hacer que nazca, o para que se man tenga vivo, un derecho sustantivo o procesal, según sea el caso". (3)

Por último tenemos que tienen derecho a heredar por sucesión legítima. Artículo 1602: "Tienen 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".

c).- PERIODOS EN EL JUICIO SUCESORIO.

En este inciso hablaremos de los periodos que en materia procesal se siguen, ya sea para Juicios Sucesorios Testamentarios o bien, para la Sucesión Legítima o Intestamentaria, el Código de Procedimientos Civiles regula este procedimiento y al efecto nos preceptúa.

Artículo 784: "En todo juicio sucesorio se formarán cuatro secciones compuestas de los cuadernos necesarios. Deben iniciarse las secciones simultáneamente cuando no hubiere impedimento de hecho".

Posteriormente, el siguiente artículo nos determina el desglose del Primer Cuaderno al que alude el artículo anterior y nos indica:

Artículo 785.- "La primera sección se llamará de sucesión y contendrá en sus respectivos casos:

(2) y (3) Gutiérrez y González Ernesto.- Obra citada.- Pags. 591 y 592.

- I.- El testamento o testimonio de protocolización o la denuncia del intestado;
- II. Las citaciones a los herederos y la convocación a los que se crean con derecho a la herencia;
- III. Lo relativo al nombramiento y remoción de albacea e interventores, y al reconocimiento de derechos hereditarios;
- IV. Los incidentes que se promueven sobre el nombramiento o remoción de tutores;
- V. Las resoluciones que se pronuncien sobre la validez del testamento, la capacidad legal para heredar y preferencia de derechos".

Al promoverse un juicio, el denunciante deberá justificar el parentesco o lazo que lo haya unido con el autor de la herencia, una vez esto, se citará a los interesados a una junta para que si existiera albacea nombrado en el testamento se les dé a conocer, en caso de no existir, se eligirá éste entre los interesados; el denunciante deberá indicar los nombres y domicilios de los parientes que como ya vimos, tienen derecho en primer término a la herencia legítima.

Una vez que el juez conoce de la sucesión, y que ha desahogado las formalidades que enumera el artículo 785, tendrá por radicado el juicio y procederá a enviar sendos oficios, al Archivo General de Notaría, al Archivo Judicial, al Registro Público de la Propiedad y a la Secretaría de Salubridad y Asistencia; esto es con el objeto de que las mencionadas dependencias tengan conocimiento de la radicación del juicio sucesorio, asimismo, las tres primeras informarán al Juzgado si existe o no testamento alguno otorgado por el de cujus.

El segundo cuaderno está contemplado en el artículo 786 del Código de Procedimientos Civiles que establece:

Artículo 786: "La sección segunda se llamará de inventarios y contendrá:

- I. El inventario provisional del interventor;
- II. El inventario y avalúo que forme el albacea;
- III. Los incidentes que se promuevan;
- IV. La resolución sobre el inventario y avalúo.

Este Capítulo esencialmente se refiere a la obligación que tiene el albacea, el que ya vimos todo lo concerniente al mismo en el inciso a) del Capítulo I del presente trabajo por lo que haré mención de lo esencial en cuanto a su función en esta sección:

Como lo señala el artículo 786 del Código de Procedimientos Civiles, ésta sección es de inventarios donde el albacea una vez que ha aceptado el cargo, tiene diez días para proceder a la formación del inventario y concluir éste en un plazo de sesenta días. Teniendo la obligación de informar al juez a efecto de que designe un perito dentro de los propuestos, en caso de que los herederos no se pongan de acuerdo por mayoría.

Nuestra legislación acepta dos tipos de inventario, uno será el inventario simple y otro será el inventario solemne, así tenemos como inventario simple el que señala el artículo 818 que dice: "Deben ser citados por correo para la formación del inventario, el cónyuge que sobrevive, los herederos, acreedores y legatarios que se hubieren presentado. El juez puede concurrir cuando lo estime oportuno", en cuanto al inventario solemne, el artículo 817 del Ordenamiento invocado señala: "El inventario se practicará por el actuario del juzgado o por un notario nombrado por la mayoría de los herederos cuando ésta la constituyan menores de edad o cuando los establecimientos de beneficencia tuvieren interés en la sucesión como herederos o legatarios".

Si el albacea designado no presenta el inventario dentro del término que para el efecto marca la ley, motivará esto la remoción a su cargo como tal.

Por último diremos que el Código de Procedimientos Civiles, nos señala el orden en que se debe hacer un inventario, así tenemos que el artículo - 820 establece: "El escribano o el albacea en su caso procederá, en el día señalado, con los que concurren, a hacer la descripción de los bienes con toda claridad y precisión por el orden siguiente: dinero, alhajas, efectos de comercio o industria, semovientes, frutos, muebles, raíces, créditos, documentos y papeles de importancia, bienes ajenos que tenía en su poder el finado en comodato, depósito, prenda o bajo cualquier otro título, expresándose éste".

El tercer Cuaderno está reglamentado por el Artículo 787 del Código de Procedimientos Civiles que establece: "La tercera sección se llamará de administración y contendrá:

- I. Todo lo relativo a la administración;
- II. Las cuentas, su glosa y calificación;
- III. La comprobación de haberse cubierto el impuesto fiscal".

Esto último, en la actualidad carece de aplicación, ya que la ley de impuestos sobre herencias y legados quedó derogada.

A este respecto el artículo 1707 del Código Civil establece: "Los albaceas, dentro de los quince días siguientes a la aprobación del inventario, propondrán al juez la distribución provisional de los productos de los bienes hereditarios, señalando la parte de ellos que cada bimestre deberá entregarse a los herederos o legatarios.

El juez, observando el procedimiento fijado por el Código de la materia, aprobará o modificará la proposición hecha, según corresponda.

El albacea que no presente la proposición de que se trata o que durante dos bimestres consecutivos, sin justa causa, no cubra a los herederos o legatarios lo que les corresponda, será separado del cargo a solicitud de cualquiera de los interesados".

Otra obligación del albacea es garantizar el manejo de los bienes, ya sea con fianza, hipoteca o prenda, quedando esto a su elección, no surtiendo efecto esta obligación cuando sea coheredero en la sucesión y su porción baste para garantizar el manejo de su cargo.

Respecto a los gastos de administración, el artículo 1716 establece: "El albacea, dentro del primer mes de ejercer su cargo, fijará, de acuerdo con los herederos, la cantidad que haya de emplearse en los gastos de administración y el número y sueldos de los dependientes".

Por último, tenemos que si alguno de los herederos no está conforme con las cuentas que deba rendir el albacea, los inconformes podrán ejercitar el incidente respectivo, siendo indispensable señalar en qué consiste la objeción, debiendo nombrar un representante común.

Finalmente tenemos que el Cuarto Cuaderno o sección está reglamentado por el artículo 788 del Código de Procedimientos Civiles que establece:

"La cuarta sección se llamará de partición y contendrá:

- I. El proyecto de distribución provisional de los productos de los bienes hereditarios;
- II. El proyecto de partición de los bienes;
- III. Los incidentes que se promuevan respecto a los proyectos a que se refieren las fracciones anteriores;
- IV. Los arreglos relativos;
- V. Las resoluciones sobre los proyectos mencionados;
- VI. Lo relativo a la aplicación de los bienes".

A este respecto el artículo 854 del Código de Procedimientos Civiles señala: "El albacea, dentro de los quince días de aprobado el inventario, presentará al juzgado un proyecto para la distribución provisional de los productos de los bienes hereditarios, señalando la parte de ellos que cada bimestre deberá entregarse a los herederos y legatarios, en proporción a su haber. La distribución de los productos se hará en efectivo o en especie".

Artículo 855: " Presentado el proyecto, mandará el juez ponerlo a la vista de los interesados por cinco días. Si los interesados están conformes o no da exponen dentro del término de la vista, lo aprobará el juez y mandará abonar a cada uno la porción que le corresponda. La inconformidad expresa se substanciará en forma incidental".

El proyecto de distribución que señalan los artículos invocados, se refieren a la forma en que se ha de liquidar la herencia, así tenemos que en primer lugar se pagarán las deudas mortuorias que serían los gastos que se originaron en el funeral o causados en la última enfermedad del autor de la sucesión que

hayan causado su muerte.

En segundo lugar se pagarán las deudas que se hayan originado por la administración y conservación de los bienes, asimismo, las pensiones alimenticias, estas últimas, junto con las deudas mortuorias, podrán ser pagadas por el albacea antes de la formación del inventario, dada su naturaleza. La forma en que el albacea podrá hacer el pago será en efectivo; en caso de que no existiera efectivo dentro de la masa hereditaria, podrá solicitar la venta de bienes suficientes con acuerdo de los herederos, si no existiere acuerdo de éstos, el juez podrá autorizar la venta de los bienes para el pago de las deudas.

A este tipo de deudas que por su naturaleza deben pagarse primordialmente, se les conoce como Preferentes, una vez pagadas éstas, se procederá a pagar las deudas contraídas por el autor de la herencia antes de morir o las reconocidas en el testamento.

No se podrán pagar los legados existentes en un testamento, ni podrá hacerse la partición a los herederos de la porción que les corresponda, si el albacea no ha garantizado todas las deudas que el autor de la sucesión haya contraído antes de su muerte o que hubiere reconocido en su testamento.

TRAMITACION DE LA MASA HEREDITARIA ANTE NOTARIO.

Por último tenemos que nuestra legislación contempla otra forma de sucesión que la reglamenta el Código de Procedimientos Civiles, esta forma en la práctica se ha considerado más costosa para los que van a suceder al de cujus pero más rápida, así tenemos:

Artículo 872: "Cuando todos los herederos fueren mayores de edad y hubieren sido instituidos en un testamento público, la testamentaria podrá ser extrajudicial, con intervención de un notario, mientras no hubiere controversia alguna; con arreglo a lo que se establece en los artículos siguientes".

Artículo 873: "El albacea, si lo hubiere, y los herederos exhibiendo la partida de defunción del autor de la herencia y un testimonio del testamento, se presentarán ante un notario para hacer constar que aceptan la herencia; se reconocen sus derechos hereditarios y que el albacea va a proceder a formar el inventario de los bienes de la herencia. El notario dará a conocer estas declaraciones por medio de dos publicaciones, que se harán de diez en diez días en un periódico de los de mayor circulación en la República".

Artículo 874: "Practicado el inventario por el albacea y estando conformes con él todos los herederos, lo presentarán al notario para que lo protocolice".

Artículo 875: "Formado por el albacea con la aprobación de los herederos el proyecto de partición de la herencia, lo exhibirán al notario, quien efectuará su protocolización. Siempre que haya oposición de algún aspirante a la herencia o de cualquier acreedor, el notario suspenderá su intervención".

d).- PARTICION.

Dentro del procedimiento sucesorio, tenemos como última etapa la Partición y Adjudicación de los bienes a favor de los herederos instituidos o reconocidos dentro del procedimiento, a este respecto, el Maestro Gutiérrez y González, establece: "Puede decirse que la partición de la herencia es la ejecución de la voluntad del autor de la sucesión, o bien el acto convencional o sujeto a la decisión judicial, por el cual se fija la porción de bienes hereditarios que corresponde a cada uno de los herederos".(4)

El Código Civil vigente reglamenta esta parte del proceso sucesorio, señalando:

(4) Gutiérrez y González Ernesto.- Obra citada, Pag. 627.

Artículo 1767: "Aprobados el inventario y la cuenta de administración, el albacea debe hacer en seguida la partición de la herencia".

Artículo 1779: "La partición legalmente hecha fija la porción de bienes hereditarios que corresponde a cada uno de los herederos".

Artículo 1777: "La partición constará en escritura pública, siempre que en la herencia haya bienes cuya enajenación deba hacerse con esa formalidad".

El artículo 869 del Código Procesal, nos señala las formalidades que debe tener la escritura que se otorgue.

"La escritura de partición cuando haya lugar a su otorgamiento deberá contener, además de los requisitos legales:

I. Los nombres, medidas y linderos de los predios adjudicados, con expresión de la parte que cada heredero adjudicatario tenga obligación de devolver si el precio de la cosa excede al de su porción o de recibir si falta;

II. La garantía especial que para la devolución del exceso constituye al heredero en el caso de la fracción que precede;

III. La enumeración de los muebles o cantidades repartidas;

IV. Noticia de la entrega de los títulos de las propiedades adjudicadas o repartidas;

V. Expresión de las cantidades que algún heredero quede reconociendo a otro, y de la garantía que se haya constituido;

VI. La firma de todos los interesados".

Respecto a la adjudicación, el Código de Procedimientos Civiles en su artículo 864 señala:

"Concluido el proyecto de partición, el juez lo mandará poner a la vista de los interesados en la secretaría por un término de diez días. Vencido sin hacerse oposición, el juez aprobará el proyecto y dictará sentencia de adjudicación, mandando entregar a cada interesado los bienes que le hubieren sido a-

plicados con los títulos de propiedad, después de ponerse en ellos, por el secretario, una nota en que se haga constar la adjudicación.

Con la adjudicación de los bienes que constituyen la masa hereditaria a favor del heredero, se va a realizar la confusión de patrimonios, es decir, el patrimonio del de cujus con el propio del heredero, por supuesto, tomando en cuenta la característica que presupone el legislador en el sentido de que, toda herencia se presupone recibida a beneficio de inventario, a fin de que el heredero no pague deudas que no le correspondan.

CAPITULO IV

DERECHOS HEREDITARIOS DEL CONYUGE SUPERSTITE

El concepto esencial que tenemos del matrimonio es primero, la ayuda recíproca entre los cónyuges para realizar los fines individuales, particulares o para compartir su común destino, y segundo, la perpetuación de la especie.

Para poder hablar del cónyuge supérstite, del porqué se da esta relación del cónyuge que sobrevive, tenemos que hablar de la situación que lo origina, y así tenemos como origen de esta hipótesis al matrimonio, éste se considera desde diversos puntos de vista.

1º.- El matrimonio como acto jurídico.- Da nacimiento a un conjunto de relaciones jurídicas entre los cónyuges.

2º.- El matrimonio como estado civil.- Da nacimiento a un complejo de deberes y facultades, derechos y obligaciones, que traen como fin la protección de la familia que sería la protección a los hijos y la mutua colaboración y ayuda de los cónyuges.

3º.- El matrimonio como un contrato.- Nuestra constitución General de la República, en su artículo 130, y los Códigos Civiles de 1870, 1884, así como el vigente, se refieren al matrimonio calificándolo de contrato; es decir, es un acuerdo de voluntades que producen derechos y obligaciones entre los consortes y sus hijos.

A este respecto, el Maestro Ignacio Galindo Garfias nos cita en su obra la crítica que se hace al matrimonio como un contrato y nos dice:

"Se ha criticado esta posición doctrinaria, con plena justificación diciendo:

(a).- El contrato de matrimonio carece de objeto desde el punto de

vista jurídico. El objeto de los contratos es una cosa o un derecho que se encuentra en el comercio. Si se juzga el matrimonio como contrato, la entrega recíproca de los cónyuges, no puede ser objeto de un contrato.

(b).- En los contratos, la voluntad de las partes es la que, dentro de los límites de la ley, fija los derechos y obligaciones de cada una de ellas. Tratándose del matrimonio, si bien hay un acuerdo de voluntades entre los contrayentes para celebrarlo, todos los derechos y las obligaciones que jurídicamente adquieren, están establecidos en la ley (artículo 182 del Código Civil). Sólo son libres para establecer, también dentro de ciertos límites, el régimen matrimonial respecto de sus bienes. Pero no lo son en cuanto a la reglamentación del estado mismo del matrimonio.

(c).- Como contrato de adhesión.- En vista de las últimas críticas mencionadas en el apartado (b) se dice del matrimonio que es un contrato de adhesión, pero se olvida que en los contratos de adhesión, una de las partes impone a la otra el conjunto de derechos y obligaciones derivados del mismo contrato, en tanto que, en el matrimonio ninguna de las partes por sí misma, puede imponer a la otra el conjunto de deberes y derechos propios de tal estado civil" (1).

a).- CONCEPTO DEL CONYUGE SUPERSTITE Y DERECHOS CONSAGRADOS EN EL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

A.este respecto, el concepto de cónyuge supérstite es aquella persona que contrajo matrimonio con el autor de la herencia y que sobrevive al de cujus, asimismo, el cónyuge supérstite tiene los siguientes atributos y responsabilidades; primero, ejercitar la patria potestad sobre los hijos menores de edad no emancipados, este ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores; segundo, tendrá el cónyuge supérstite la guarda y manejo de los bie

(1) GALINDO GARFIAS IGNACIO.- Derecho Civil.- Ed. Porrúa, S.A.- México 1976. Pag. 464.

nes, tanto muebles o inmuebles hasta en tanto no se abra la sucesión del de cujus.

Ahora bien, el Código Civil nos señala en su articulado los derechos y porciones que le corresponden al cónyuge supérstite, por lo que señalaremos estos:

Artículo 1624: "El cónyuge que sobrevive, concurriendo con descendientes, tendrá el derecho de un hijo, si carece de bienes o los que tiene al morir el autor de la sucesión no igualan a la porción que a cada hijo debe corresponder. Lo mismo se observará si concurre con hijos adoptivos del autor de la herencia".

Artículo 1625: "En el primer caso del artículo anterior, el cónyuge recibirá íntegra la porción señalada; en el segundo, sólo tendrá derecho de recibir lo que baste para igualar sus bienes con la porción mencionada".

Artículo 1626: "Si el cónyuge que sobrevive concurre con ascendientes, la herencia se dividirá en dos partes iguales, de las cuales una se aplicará al cónyuge y la otra a los ascendientes".

Artículo 1627: "Concurriendo el cónyuge con uno o más hermanos del autor de la sucesión, tendrá dos tercios de la herencia, y el tercio restante se aplicará al hermano o se dividirá por partes iguales entre los hermanos".

Artículo 1628: "El cónyuge recibirá las porciones que le corresponden conforme a los dos artículos anteriores, aunque tenga bienes propios".

Artículo 1629: "A falta de descendientes, ascendientes y hermanos, el cónyuge sucederá en todos los bienes".

Como se verá, nuestra legislación protege desde el momento mismo en que se presenta la muerte del autor de la herencia a la cónyuge supérstite, en cuanto a sus derechos ya sea en una sucesión testamentaria o legítima.

CAPITULO V

DERECHOS HEREDITARIOS EN EL CONCUBINATO

a).- ANTECEDENTES.

Desde el derecho romano, a la institución del concubinato se le reconocía ciertos efectos de hecho más no de derecho. Esta figura para el derecho romano consistía en la unión entre un varón y una mujer, que sin haber contraído *justae nuptiae* llevaban una vida en común; por lo que era necesaria la cohabitación por un tiempo prolongado como marido y mujer, siempre y cuando, ambos fueran púberes y celibes; por lo que al darse esta hipótesis, fue suficiente para que en Roma se aplicara una figura particular que se podía comparar en un determinado momento a la institución del matrimonio, creándose así, el matrimonio por usus, o sea, que a través de esta figura podría regularizarse ante el derecho las relaciones entre quienes vivían en esa situación; adquiriendo así aquel estado de hecho, carta de legitimidad ante el derecho, creándose de este modo consecuencias propias del matrimonio.

En el México independiente no se reconoció el derecho de la concubina para poder heredar, tampoco se le reconoció el derecho de exigir alimentos en los casos de herencia testamentaria, es decir, los Códigos de 1870 y de 1884 no aceptaban a la Institución del concubinato. Sin embargo, en nuestro Código Civil vigente ya se contempla esta figura y así tenemos que en la exposición de motivos del proyecto para el Código Civil vigente se nos dan las bases que tuvo el legislador para insertar en ese cuerpo legal la institución del concubinato.

Respecto a la exposición de motivos del Código Civil en 1928 tenemos:

"Hay entre nosotros, sobre todo en las clases populares, una manera peculiar de formar la familia; el concubinato. Hasta ahora se había 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 el concubinato, 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 la familia.

Estos efectos se producen cuando ninguno de los que viven en con cubinato 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". (1)

b).- CONCEPTO DE CONCUBINA O CONCUBINARIO SUPERSTITE.

En el Código Civil vigente no se reglamenta esta situación de hecho, como una situación de derecho, ya que el Código de referencia sólo se ocupa de algunas de las consecuencias que se derivan de uniones irregulares.

Se considera concubinato a aquella relación de cohabitación entre un hombre y una mujer, ambos solteros que tengan una vida en común prolongada y con deseos de permanencia; así tenemos que la redacción del artículo 1635 del Có digo Civil antes de las reformas, reglamentaba solamente el estado en que se encontraba la concubina y decía:

"De la sucesión de la concubina

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".

Este artículo en la actualidad ha tenido reformas de fondo, que haré mención en el inciso (C) del presente capítulo.

(1) Galindo Garfias Ignacio.- Derecho Civil, Editorial Porrúa, S.A., México 1976. Pag. 469.

c).- DERECHOS EN MATERIA SUCESORIA CONSAGRADOS A FAVOR DE LA INSTITUCION DEL CONCUBINATO EN EL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Al hablar del concubinato, el Código Civil limitaba los derechos otorgados específicamente a la concubina hasta antes de las reformas al artículo 1635, estos cambios sufridos son de fondo, queriendo el legislador reglamentar estos derechos en un plano igualitario a los del cónyuge supérstite, asimismo, otra innovación dentro de las reformas que se hicieron al artículo invocado, es que se había ya de la sucesión de los concubinos, creando así derechos al concubinario, estas reformas que se señalan fueron promulgadas por decreto de fecha 12 de diciembre de 1983, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 27 de diciembre del mismo año.

Así tenemos, que el Código Civil de 1928 reglamentaba estos derechos de la siguiente forma:

"De la sucesión de la concubina

Artículo 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 corresponda a un hijo;
- III. Si concurre con hijos que sean suyos y con hijos que el autor de la herencia hubo 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;
- 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 mitad 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."

Reformas al Artículo 1635, por decreto de fecha 12 de diciembre de 1983.

"De la sucesión de los concubinos

Artículo 1635: "La concubina y el concubinario tienen derecho a heredarse recíprocamente, aplicándose las disposiciones relativas a la sucesión del cónyuge, siempre que hayan vivido juntos 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 durante el concubinato.

Si al morir el autor de la herencia le sobreviven varias concubinas o concubinarios en las condiciones mencionadas al principio de este artículo, ninguno de ellos heredará". (2)

Como se verá, las reformas que se hicieron al artículo citado son:

1).- Se le reconocen derechos de heredar al concubinario;

2).- Antes, al concurrir la concubina con hijos del de cujus, tenía derecho a la mitad de la porción que le correspondía a un hijo; con la reforma, la concubina o el concubinario superviviente, tendrá el derecho a la porción de un hijo.

(2) Decreto de fecha 12-XII-83.- Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 27-XII-83.- México, D.F.- A fojas 21.

3).- Al concurrir la concubina con hijos de ella y con hijos del de cujus, tenía derecho a dos terceras partes de la porción de un hijo; con la reforma, la concubina o el concubinario supérstite tendrá derecho a la porción de un hijo.

Estas porciones se respetan siempre y cuando carezcan de bienes, o bien, éstos no igualen la porción que a cada hijo corresponda, sólo recibirá lo que baste para igualar los bienes que tenía con la porción mencionada.

4).- Al concurrir la concubina con ascendientes del autor de la su cesión, tenía derecho ésta a una cuarta parte, adjudicándose tres cuartas partes a los ascendientes; con la reforma, la herencia se dividirá en dos partes iguales, correspondiéndole una parte al concubinario o a la concubina y la otra a los ascendientes.

5).- La concubina, al concurrir con parientes colaterales dentro del cuarto grado, se le aplicaba una tercera parte de la herencia, y el resto a los parientes colaterales; con la reforma, se aplicará a la concubina o al concubinario supérstite dos tercios de la herencia y el tercio restante a los parientes colaterales dentro del cuarto grado.

6).- Por último tenemos que a falta de descendientes, ascendientes, cónyuge o parientes colaterales dentro del cuarto grado, se le reconocía a la concubina la mitad de la herencia, y la otra mitad se le adjudicaba a la Beneficencia Pública; con la reforma, a falta de familiares del autor de la herencia, se adjudicará ésta en su totalidad al concubinario o a la concubina supérstite.

d).- DERECHOS OTORGADOS EN ALGUNAS LEGISLACIONES DE NUESTRO PAIS.

Respecto a los derechos que otorgan algunas legislaciones de nuestro país, haré mención de los que hemos señalado, como es el caso del Código Civil del Estado de Guerrero, el del Estado de México, y el del Estado de Veracruz; -

éste último, al parecer fue el primer Código que reglamentó los derechos del concubinato de la misma forma como se ha reglamentado a partir de la reforma que sufrió el artículo 1635 del Código Civil para el Distrito Federal.

El Código Civil para el Estado de Guerrero, reglamenta los derechos a heredar de la concubina en su artículo 1635, tal como lo hace el Código Civil para el Distrito Federal de 1928, antes de la reforma.

El Código Civil del Estado de México establece en su artículo 1464 los derechos de la sucesión de la concubina de igual forma a los otorgados por el artículo 1635 del Código Civil de 28, la única variante que existe, es que a falta de descendientes, ascendientes, cónyuge o parientes colaterales dentro del cuarto grado, la mitad de la herencia que se le adjudica a la Beneficencia Pública en el Código Civil para el Distrito Federal; en el Código Civil para el Estado de México, se le reconoce al Instituto de Protección a la Infancia del Estado de México.

Por último, el Código Civil del Estado de Veracruz, expedido el 4 de julio de 1931, le otorgó derechos al concubinario, reconociendo en forma parcial algunos derechos con relación a los otorgados al cónyuge supérstite; así tenemos:

"De la Sucesión en el Concubinato

Artículo 1508: Las personas que hayan convivido bajo un mismo techo, como marido y mujer, durante los tres años que precedieron inmediatamente a la muerte, o un tiempo menor si ha tenido hijos siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato, tienen mutuo y recíproco derecho a heredarse conforme a las siguientes reglas:

I. Si el heredero concurre con sus hijos que lo sean también del autor de la herencia, se observará lo dispuesto en los artículos 1557 y 1558;

II. Si concurre con descendientes del autor de la herencia, que no sean también descendientes de la concubina o del concubinario, tendrá derecho a

la mitad de la porción que le corresponde a un hijo;

III. Si concurre con hijos que sean suyos y con hijos que el autor de la herencia hubo con otro progenitor, tendrá derecho a la misma porción que corresponde a un hijo;

IV. Si concurre con descendientes (*) del autor de la herencia tendrá derecho a la mitad de ésta, si uno sólo de aquellos deduce esos derechos, y a una tercera parte si los dos ascendientes deducen derechos ya sea por cabezas o por estirpes;

V. Si concurre con parientes colaterales dentro del cuarto grado del autor de la sucesión, tendrá derecho a las dos terceras partes de ésta;

VI. Si el autor de la herencia no deja descendientes, ascendientes, cónyuge o parientes colaterales dentro del cuarto grado, las tres cuartas partes de los bienes de la sucesión, pertenecen a la concubina o concubinario, y el resto al fisco del Estado.

En los casos a que se refieren las fracciones II, III y IV debe observarse lo dispuesto en los artículos 1557 y 1558, si el heredero tiene bienes."

Las variantes que existen en el Código Civil de Veracruz, con relación a las reformas al artículo 1635 del Código Civil vigente, son las siguientes:

1º.- El Código Civil de Veracruz, señala que para poder heredar el concubinario a la concubina superviviente, deben haber tenido como mínimo tres años de haber vivido como marido o mujer bajo un mismo techo, o bien, un tiempo menor si hubo hijos; en tanto, el Código Civil para el Distrito Federal, señala cinco años siempre y cuando hayan vivido juntos o bien, cuando hayan tenido hijos en común.

(*) La editorial que imprimió el Código Civil de Veracruz, se equivocó en la redacción ya que la fracción IV, trata de los ascendientes, y no de los descendientes.

2°.- El Código de Veracruz establece, que si el concubinario o la concubina supérstite concurre con hijos del autor de la herencia que no sean hijos de aquél, tendrá derecho a la mitad de la porción que le corresponde a un hijo; en tanto, el artículo 1635 del Código Civil para el Distrito Federal les concede la porción que le corresponde a un hijo.

3°.- El Código de Veracruz señala, que tendrá derecho el concubinario o la concubina supérstite, a una tercera parte de la herencia al concurrir con ascendientes, si ambos éstos, deducen sus derechos, y a la mitad de la herencia, si uno solo de los ascendientes ejercita sus derechos; en tanto, con la reforma al artículo 1635, se le concede al concubinario o concubina su párstite la mitad de la herencia al concurrir con ascendientes.

4°.- Si el autor de la sucesión no deja descendientes, ascendientes, cónyuge o parientes colaterales dentro del cuarto grado, el Código de Veracruz, le reconoce al concubinario o concubina supérstite, tres cuartas partes de la herencia, y el resto al Fisco del Estado; en tanto, el Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 1635 reformado, le concede en su totalidad la herencia al concubinario o concubina supérstite.

5°.- Por último, tenemos que el artículo 1635 del Código Civil en su parte última establece:

"Si al morir el autor de la herencia le sobreviven varias concubinas o concubinarios en las condiciones mencionadas al principio de este artículo, ninguno de ellos heredará". En tanto, el Código Civil de Veracruz en su artículo 1568, no establece esta condición.

e).- MOTIVOS DEL LEGISLADOR DE 28 PARA NO OTORGAR LOS MISMOS DERECHOS A HEREDAR A LA CONCUBINA CON EL CONYUGE SUPERSTITE.

En cuanto a los motivos que tuvo el legislador para no reconocer en plenitud los derechos hereditarios de la concubina en la época en que se trató de reglamentar éstos, diremos que en el año en que se establecen, en el ar-

título 1635 del Código Civil de 1928, causó conmoción en el medio, puesto que se estaba creando derechos a la concubina, misma que en el Código Civil de 1884 la etiquetaba como la amante.

Se consideró tremendamente avanzada esta resolución tomada por el legislador de 28 al grado tal, de que el proyecto de Código en cuanto a este punto se refiere, se vió atacado tremendamente por la sociedad de esa época, quienes estimaban que era una burla y un ataque a la moral y a las buenas costumbres establecidas; consideraban, que no era posible crear derechos a la amante puesto que era un ataque directo a la institución del matrimonio.

A este respecto, la comisión encargada de redactar este Código Civil, dió sus puntos de vista diciendo que el concubinato y el amasiato eran dos cosas muy diferentes, ya que en el concubinato la pareja está libre de matrimonio entre sí, y respecto de terceras personas, o sea que son dos personas solteras que viven como marido y mujer; en tanto que en el amasiato, una o ambas personas tienen celebradas nupcias con una tercera persona ajena a los mismos.

El Maestro Ernesto Gutiérrez y González comenta lo siguiente:

"Hizo ver el Maestro D. Francisco H. Ruíz al señor Presidente, cómo la gran mayoría de las parejas de personas del pueblo, forman sus hogares sobre la base del concubinato, y viven unidos así, años y más años, engendran sus hijos, y se presentan uno al otro como "mi esposa" y "mi esposo", aunque no lo sean". (3)

Por lo tanto, diremos que los motivos del legislador fueron principalmente, la oposición que hubo por parte de la sociedad al no aceptar esta figura tal como era, sino que esta sociedad se encargó de desvirtuarla de tal forma que la consideraba como amante, por tal razón, en la exposición de motivos de 28 se estableció lo siguiente:

(3) Gutiérrez y González Ernesto.- Obra citada.- Pag. 597.

"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, tuviera alguna participación en la herencia 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" (4)

Como se verá, el redactor del Código Civil de 1928 plasmó por primera vez en un Código Mexicano, el Derecho de la Concubina.

(4) García Téllez Ignacio.- Motivos, colaboración y concordancias del nuevo Código Civil Mexicano.- México 1932.- Pags. 37 y 38

SUGERENCIAS O REFORMAS A LA LEGISLACION EN RAZON A LA DESIGUALDAD AUN EXISTENTE EN LOS DERECHOS A HEREDAR ENTRE CONCUBINARIOS Y CON YUGE SUPERSTITE.

La comisión encargada en reformar el artículo 1635 del Código Civil, quiso poner en un plano igualitario a la institución del concubinato con la del matrimonio, lo cual no creo que proceda, ya que sigue existiendo esa barrera de tiempo a que está sujeto, y que no ha podido en su totalidad derrumbar la institución del concubinato, asimismo, debemos hacer notar que cómo puede ser posible que un Código Civil de una Entidad Federativa, como es el caso de Veracruz, reglamente con un mayor criterio los derechos en el concubinato antes que nuestro Código Civil para el Distrito Federal.

SUGERENCIAS O REFORMAS.

1).- La reforma que se hizo al artículo 1635 del Código Civil para el Distrito Federal establece que: "para poder heredar el concubinario o la concubina, debieron de haber vivido juntos como cónyuges durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte.

La reforma que propongo, consiste en reducir o de plano eliminar el término de cinco años que señala el artículo invocado, toda vez que establece que la concubina o el concubinario supérstite tienen derecho a heredarse recíprocamente, aplicándose las disposiciones relativas a la sucesión del cónyuge.

Como se verá, la reforma que sufrió el artículo citado no es del todo cierta, ya que al morir el autor de la sucesión, el cónyuge supérstite automáticamente entra en posesión de la masa hereditaria sin estar sujeto a un término de tiempo, como es el caso en la actualidad a la que está sujeto el concubinario o la concubina supérstite.

Este término que se sigue estableciendo para que pueda heredar, no - debe existir, ya que como en el caso del matrimonio, existe la voluntad en el concubinato de convivir mutuamente con la finalidad de procrear la especie o bien,

de llevar mutuamente las cargas de la vida.

Esta situación debe ponerse a tono con la época, ya que si la finalidad del legislador es la de poner en igualdad de circunstancias a la sucesión de los concubinos, con la del cónyuge supérstite, ésta no se da por la simple redacción del artículo 1635 del Código Civil; al parecer, sigue existiendo cierto recelo con respecto al concubinato, se sigue creyendo que va en contra del matrimonio.

II).- Considero impropia la redacción que emplea el legislador al referirse que la concubina o el concubinario tienen derecho a heredarse recíprocamente "Cuando hayan tenido hijos en común", el término hijos me hace pensar que se trata de más de un hijo, al modificar esta redacción, puede traer consigo la solución al problema del término establecido para heredar en el concubinato; si tomamos en cuenta, que en el matrimonio se considera hijo de los cónyuges a aquél que nace después de los 180 días, esta situación se puede dar en el caso del concubinato.

La sugerencia o reforma que considero se debería hacer consiste, que en vez de hablar de hijos, se tendría que decir: "Que hubieran procreado uno o más hijos".

C O N C L U S I O N E S

- PRIMERA.- La sucesión hereditaria consiste en la transmisión de todos los bienes del difunto y de todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte.
- SEGUNDA.- En nuestra legislación existen dos clases de sucesión mortis causa, la primera se conoce con el nombre de sucesión testamentaria o voluntaria y la segunda, como sucesión intestamentaria o legítima.
- TERCERA.- Dentro de la sucesión testamentaria tenemos que el Testamento es un acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos y declara o cumple deberes para después de su muerte.
- CUARTA.- Respecto a la sucesión intestamentaria o legítima, ésta se abre:
- I. Cuando no hay testamento, o el que se otorgó es nulo o perdió validez;
 - II. Cuando el testador no dispuso de todos sus bienes;
 - III. Cuando no se cumpla la condición impuesta al heredero;
 - IV.- Cuando el heredero muere antes del testador, repudia a la herencia o es incapaz de heredar, si no se ha nombrado substituto.

QUINTA.-

Las personas que tienen derecho a adquirir bienes por medio de la sucesión mortis causa son: los descendientes, el cónyuge supérstite, los ascendientes, los colaterales hasta el cuarto grado, los hijos adoptivos y los adoptantes, la concubina y concubinario y por último, la Beneficencia Pública.

SEXTA.-

Respecto a la sucesión intestamentaria en el concubinato, tenemos que la concubina y el concubinario tienen derecho a heredarse recíprocamente aplicándose las disposiciones relativas a la sucesión del cónyuge, siempre que hayan vivido juntos como si fueran cónyuges durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o cuando hayan tenido hijos en común.

SEPTIMA.-

En mi concepto, el término a que están sujetos la concubina o el concubinario, no debería de existir, toda vez que las causas de la unión en el concubinato serían las mismas que las del matrimonio, cuyo fin es la ayuda mutua y la procreación de la especie.

OCTAVA.-

La redacción del artículo 1635, debería de reformarse ya que primeramente exige la existencia de dos o más hijos en el concubinato para considerarlo como tal y en segundo término, alude a un plazo de cinco años para el mismo efecto, pero en la actualidad el legislador ha equiparado a los concubinos con los cónyuges, por lo que considero que debería cambiarse el texto.

NOVENA.-

Estimo que la redacción adecuada sería ... que hayan tenido uno o más hijos en común, o que hayan vivido juntos y se hayan tratado como marido y mujer entre ellos como ante la sociedad.

DECIMA.-

El legislador se contradice al señalar: "la concubina y el concubinario tienen derecho a heredarse recíprocamente aplicándose las disposiciones relativas a la sucesión del cónyuge supérstite", lo cual no es cierto, ya que al morir el autor de la herencia, el cónyuge supérstite entra automáticamente a la sucesión del de cujus, no así el concubinario o la concubina supérstite, por el simple hecho de estar sujeto a un término o condición que se establece.

DECIMA
PRIMERA.-

Considero que la reforma al artículo 1635 debería ser: "De la sucesión de los concubinos"

Artículo 1635: La concubina y el concubinario, tendrán derecho a heredarse recíprocamente, aplicándose las disposiciones relativas a la sucesión del cónyuge supérstite, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato. Si al morir el autor de la herencia le sobreviven varias concubinas o concubinarios, ninguno de ellos heredará.

B I B L I O G R A F I A

- 1.- ROJINA VILLEGAS RAFAEL.- COMPENDIO DE DERECHO CIVIL, BIENES, DERECHOS REALES Y SUCESIONES.- Edit. PORRUA.- México 1979.
- 2.- GUTIERREZ Y GONZALEZ ERNESTO.- EL PATRIMONIO PECUNIARIO Y MORAL O DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.- Edit. JOSE M. CAJICA J.R. S.A. 1971.
- 3.- AGUILAR CARBAJAL LEOPOLDO.- SEGUNDO CURSO DE DERECHO CIVIL.- Edit.POREVA,S.A. México 1960.
- 4.- MARGADANT S. GUILLERMO FLORIS.- DERECHO ROMANO.- Edit. ESFINGE, S.A. 1960.
- 5.- GALINDO GARFIAS IGNACIO.- DERECHO CIVIL.- Edit. PORRUA, S.A. 1976.
- 6.- GARCIA TELLEZ IGNACIO.- MOTIVOS, COLABORACION Y CONCORDANCIAS DEL NUEVO CODIGO CIVIL MEXICANO. México 1932.

LEGISLACION CONSULTADA

- 1.- CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.- Edit. PORRUA, S.A. 1982.
- 2.- CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE MEXICO.- Edit. PORRUA, S.A. 1980.
- 3.- CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE VERACRUZ.- Edit.CAJICA, S.A. 1980.
- 4.- CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE GUERRERO.- Edit.CAJICA, S.A. 1981.
- 5.- CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL.- Edit.PORRUA,S.A. 1983.
- 6.- DECRETO DE FECHA 12 DE DICIEMBRE DE 1983, PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION, EL 27 DE DICIEMBRE DE 1983.

ENCICLOPEDIA.

- 1.- ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA.- EDITORIAL BIBLIOGRAFICA ARGENTINA.- 1960.