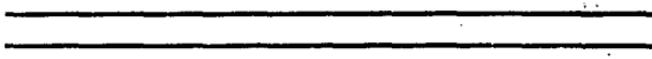


2,1139



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ARAGON"

**LA TRANSMISION HEREDITARIA
Y SU REGULACION FISCAL**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
ALMA DELIA MUÑOZ MARQUEZ

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis 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.

LA TRANSMISION HEREDITARIA Y SU REGULACION FISCAL

I N D I C E

INTRODUCCION -----	I
--------------------	---

CAPITULO I

SUCESION EN GENERAL

A. Concepto de Sucesión -----	1
B. Antecedentes del Derecho Sucesorio-----	8
1. Derecho Romano -----	8
2. Derecho Germánico -----	26
3. Derecho Mexicano -----	33
C. Justificación de la Sucesión Mortis Causa -----	42
D. Tipos de Sucesión -----	48
1. Sucesión Legítima -----	51
2. Sucesión Testamentaria -----	76
3. Sucesión Mixta -----	84

CAPITULO II

SUCESION TESTAMENTARIA

A. La Sucesión Testamentaria en la Doctrina -----	88
B. Clases de Testamentos -----	97
C. Contenido de los Testamentos -----	118
D. Capacidad para otorgar testamentos y capacidad para suceder -----	130
E. De los Herederos y Legatarios y de las Substituciones -	142
F. La Herencia Forzosa frente a la Libre Testamentifacción	157

CAPITULO III
REGIMEN FISCAL

A. Ingresos del Estado -----	170
B. Concepto doctrinario del Impuesto -----	175
C. Concepto legal del Impuesto -----	178
D. Supuestos fundamentales para la causación de impuestos-	181
E. El Impuesto Sucesorio -----	189
F. Legislaciones Aplicables -----	193
CONCLUSIONES -----	200
BIBLIOGRAFIA -----	206

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

La muerte de una persona plantea para el Derecho una problemática enorme, por tal razón el fenómeno jurídico de la sucesión mortis causa ha sido estudiado desde hace siglos, con el fin de establecer qué sucede con las relaciones jurídicas del de cujus, sus derechos personales, su situación jurídica en general, ya que ciertamente sufren con la muerte una transformación total.

Por ello, la elaboración de este trabajo tiene como propósito presentar un panorama del fenómeno sucesorio, sin embargo, dada su extensión, haré hincapié desde mi particular punto de vista en los aspectos de mayor utilidad, desde la concepción de la sucesión en general, pasando por los tipos de sucesiones que regula nuestro Código, las clases de testamentos existentes, analizando tanto el contenido de los mismos como la capacidad de testar, heredar, etc., hasta llegar al aspecto fiscal, en el cual me referiré por una parte a la justificación del impuesto sucesorio, a la legislación vigente en el Distrito Federal, incluyendo la que estuvo en vigor y a la regulación de aplicación federal.

Otra de las pretensiones de esta investigación, es la de subrayar la tendencia individualista de nuestro Código Civil, al establecer la libertad

absoluta del causante como fundamento de la sucesión testamentaria, dejándose el destino de la familia al arbitrio del testador.

Ante esta libertad, vale la pena destacar que uno de los más sólidos apoyos para las instituciones lo constituye la familia y es a ella a quien dirijo mi atención al tratar de expresar los motivos, por los que considero más justa la institución de la herencia forzosa frente a los fundamentos de la libre testamentifacción, recordando que el Derecho debe corresponder, no sólo a una realidad práctica, sino también a consideraciones de índole social, mediante las cuales brinde apoyo y protección a las bases de nuestra sociedad.

CAPITULO I
SUCESION EN GENERAL

A. Concepto de Sucesión

El efecto positivo de la muerte, nos dice Federico de Castro -es que en el momento de la misma, el ser terrestre de la persona se convierte en - la especial cosa mueble que es el cadáver, desaparece la capacidad jurídica y, con ella, la aptitud para tener derechos y obligaciones y el patrimonio personal se transforma en herencia. La muerte extingue los derechos de la - personalidad, los derechos de estado, impide que lleguen a nacer negocios - jurídicos faltos de la aceptación del fallecido; es el elemento indispensa- ble (conditio iuris) para que se abra la sucesión y empiece a surtir efec-- tos el testamento. En consecuencia, la sucesión se abre en el momento de la muerte (día y hora) y la denuncia o inicio del trámite sucesorio es irrele- vante para determinar el momento de la apertura. (1)

"En un sentido amplio la palabra sucesión significa una relación de mo- mento que sigue a otra, y en ese sentido, el tiempo no es otra cosa que un orden de sucesión, y la historia no es más que una sucesión de hechos y - - acontecimientos.

Según la doctrina, sucesión es subentrar una persona en el puesto de - otra, en una relación jurídica que no obstante tal transmisión sigue siendo la misma, no basta pues, para que exista sucesión en sentido técnico, que - una o más personas ocupen el puesto, que antes ha tenido otro, como titular

(1) Cfr. De Castro y Barro, Federico. *Derecho Civil de España, Tomo II*. Ma- drid. Instituto de Estudios Políticos. Gráficas González, 1952, p. 46.

de una relación jurídica activa o pasiva, o de un complejo de relaciones, - es también necesario que al cambio de sujeto no se acompañe la extinción de la relación antigua y la creación de otra nueva. (2)

"En su significación jurídica, es el ocupar una persona el puesto de otra en un determinado fenómeno jurídico. En la sucesión los sujetos de una relación jurídica son los que cambian, pues, ésta pasa de un sujeto a otro, es decir del autor al Sucesor." (3)

Para Betti: "Sucesión en sentido amplio comprende todo fenómeno de subingreso en una posición jurídica ya ocupada por otra persona determinada" (4). Por otra parte el Notario José Arce y Cervantes afirma que es la "sustitución" en la titularidad en los derechos y relaciones que admiten sustitución o - sea, cambio de sujeto e identidad en la relación de derecho." (5)

Savigny, ha definido a la "sucesión como el cambio meramente subjetivo de una relación de Derecho, es decir cambio de sujeto, pero no del objeto - de la Relación." (6)

(2) Cfr. La Cruz, José Luis y Manuel Albaladejo. Derecho de Sucesiones. Parte General. Barcelona. Imprenta Vda. de Daniel Cochs, 1961, p. 7.

(3) Valverde y Valverde Calixto, cit. pos. Rajina Villegas Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo IV. México. Edit. Porrúa, S.A., 5a. ed., 1981, pp. 26 - 27.

(4) Betti, Emilio. Teoría General del Negocio Jurídico. Madrid. Ed. Revista de Derecho. Privado, Gráficas Tejairo, S.A., p. 30.

(5) Arce y Cervantes José. Apuntes de Bienes y Sucesiones. México. Instituto Panaméricano de Humanidades. Escuela de Derecho, 1977, p. 1.

(6) Idém.

Clemente de Diego define la sucesión diciendo que "es un hecho mediante el cual, al morir una persona deja a otra la continuación de todos sus deberes y derechos."⁽⁷⁾

Siguiendo el pensamiento de Binder: "La sucesión hereditaria, no es sólo una sucesión en el patrimonio del causante, como un todo, ni tampoco en una universitas iuris, ni aun en una cosa compleja, sino el ingreso en una situación jurídica completamente nueva y de propio sentido, que sólo comprende al patrimonio del causante con numerosas reservas y cambios."⁽⁸⁾

En el Código Civil Español, "La sucesión se define por la voluntad del hombre, manifestada en su testamento y, a falta de éste, por disposición de la ley..." (art.658).

La sucesión sin embargo no es solamente la simple adquisición de elementos patrimoniales activos y pasivos; es un proceso más complejo, en el que el adquirir un patrimonio es sólo una parte, aunque sin duda el más importante.

No habrá que olvidar, sin embargo que la transmisión patrimonial no produce ninguna modificación, sólo origina el cambio de titular, el sucesor posee la libre disponibilidad de todos los elementos patrimoniales, ingresando también a todas las obligaciones y deudas del causante; esto una vez - -

(7) De Ibarrola, Antonio. *Cosas y Sucesiones*. México, D.F. Edit. Porrúa, S.A., 4a. ed., 1977, p. 617.

(8) Binder, Julius. *Derecho de Sucesiones*, trad. de la 2a. edición alemana por José Luis La Cruz Berdejo, España, Editorial Labor, S.A., 1953, p. 12.

aceptado por el heredero independientemente de su voluntad, en virtud del fin previsto por la ley.

De las definiciones anteriormente expresadas, se puede concluir que para la sucesión son necesarias las siguientes condiciones:

- 1) El autor de la sucesión,
- 2) Que exista una relación jurídica transmisible,
- 3) Que la relación jurídica continúe existiendo, pero que cambie de sujeto,
- 4) Que la transmisión tenga lugar por un vínculo que una jurídicamente al transmitente y al sucesor.

Concluiré que por virtud de la sucesión, el heredero entra en todas las relaciones jurídicas del difunto, quedando investido de todos sus derechos y obligaciones que no se extingan con la muerte, tal como si originalmente en él se hubiesen generado.

El patrimonio del causante es adquirido por el heredero como unidad indivisible, sin que la transmisión produzca modificación alguna, sólo cambia el titular.

Hay que concluir también, que por efecto de la muerte, tiene lugar la transmisión de derechos reales o de crédito y de las obligaciones y cargas de las que el difunto era titular, y que no se extingan con la muerte.

Los efectos principales de una sucesión se producen a partir de la muerte de la persona haciéndose necesario determinar el destino de las relaciones jurídicas del causante. Lo importante para que haya sucesión, no es la voluntad expresa del precedente titular, voluntad que no existe en la sucesión ab intestato, sino la identidad del derecho.

La muerte de un sujeto no solamente genera la sucesión en los derechos, ya que ese mismo hecho determina la extinción de algunos de ellos y la aparición de otros, que no pertenecían al causante.

Resulta importante deslindar el significado de las dos connotaciones de la palabra herencia, que tanto en la doctrina como en la ley se utilizan in distintamente: Herencia, en ocasiones se utiliza para expresar la masa o -- conjunto de bienes o relaciones jurídicas, y en otras se utiliza para refe--rirse a la sucesión o fenómeno sucesorio. En el primer sentido es materia - de la herencia un patrimonio o un conjunto de bienes, derechos o relaciones jurídicas. En la segunda acepción es materia u objeto una transmisión o sucesión que crea una especial situación jurídica. (9)

Nuestra legislación utiliza ambas acepciones, así el art. 1281 del Código Civil define a la herencia de la siguiente manera: "Es la sucesión de todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte." Identificando la herencia con el fenómeno sucesorio, dándole un sentido subjetivo, ya que la refiere a la sustitución en

(9) Cfr. Castán, Tobeñas José. *La Dogmática de la Herencia y su Crisis Actual*. Madrid. Editorial Reus, 1960, p. 75.

la titularidad de los bienes.

El Código de Procedimientos Civiles (cfr.art.859), y título del capítu-
lo VI del título décimo tercero le da a la herencia el sentido de caudal re-
lictivo, o sea el sentido objetivo.

"Herencia, es en sentido objetivo, todo el patrimonio de un difunto, -
considerado como una unidad que abarca y comprende toda relación jurídica -
del causante, independientemente de los elementos singulares que lo inte- -
gran: es la totalidad de las relaciones patrimoniales, unidas por un víncu-
lo que da al conjunto de relaciones de carácter unitario, haciéndolo inde--
pendiente de su contenido efectivo es, en suma una universitas que compren-
de cosas y derechos, créditos y deudas y que puede ser un patrimonio activo
si los elementos activos superan a los pasivos o un patrimonio pasivo en el
caso inverso." (10)

En sentido objetivo se denomina derecho hereditario al derecho de la -
sucesión mortis causa, o sea, el conjunto de normas que regulan la sucesión
o subrogación del heredero en las relaciones patrimoniales transmisibles de
jadas por el causante.

En sentido subjetivo, es derecho hereditario el que corresponde al he-
redero sobre la universalidad de los bienes de la herencia, considerado co-
mo una unidad. Implica pues, una relación jurídica entre el heredero y los
(10) De Ruggiero, Roberto, *cit.pos. Rojina Villegas Rafael. Op.Cit.*, p. 13.

bienes concretos que formen el haber hereditario, en primer lugar, porque - estos bienes pueden faltar (como sucederá en el caso de que la herencia es-
té integrada, exclusivamente de deudas), y en segundo término porque, mien-
tras la herencia está indivisa, cada uno de los herederos sólo tiene un de-
recho abstracto e indeterminado sobre el patrimonio o masa herencial. (11)

Para el Derecho Alemán, la herencia constituye según la definición le-
gal del art. 1992, el patrimonio del causante transmitido como un todo al -
heredero. (12)

En el Derecho Español: "La herencia comprende todos los bienes, dere-
chos y obligaciones de una persona, que no se extingan por su muerte." (ar-
tículo 659).

La herencia forma una masa patrimonial autónoma, en la cual se produce
el fenómeno de la subrogación real.

Está claro que es importante establecer cuando se refiere a la heren-
cia y cuándo a la sucesión, proponiendo las siguientes definiciones:

a) Herencia.- Es el patrimonio del causante en orden a su nuevo sujeto
el heredero, se le identifica con el caudal relicto, o sea la masa heredita-
ria o complejo de relaciones jurídicas, el caudal relicto es el mismo en or-

(11) Cfr. Castán, Tobeñas José. *Op. Cit.*, p. 75.

(12) Cfr. Binder, Julius. *Op. Cit.*, p. 19.

den a su anterior titular, el decuius, y aparece ante la exigencia de un -- nuevo titular producida por su muerte. Tiene pues un claro sentido patrimonial.

b) Sucesión.- Es la participación del heredero en el patrimonio hereditario, entendiéndose también como la relación existente entre el heredero - con los bienes hereditarios, es en suma el derecho al caudal relicto.

B. Antecedentes del Derecho Sucesorio

Siempre que una civilización alcanza un cierto grado de desarrollo, ha inspirado la necesidad de crear normas jurídicas que regulen todas aquellas relaciones que surgen en una sociedad, siendo éstas de muy variados matices.

En este punto haré un análisis de aquellas normas jurídicas que fueron creadas con el fin de hacer posible la transmisión de derechos y obligaciones que no se extinguen con la muerte de su titular, es decir, normas que - nicieron posible la sobrevivencia de derechos como el de propiedad y el de crédito a través de sus "sucesores".

1. DERECHO ROMANO

Al principio, no existía la propiedad individual como tal, la familia era la única propietaria de los bienes y eran los parientes los que sucedían al difunto, en virtud del antiquísimo derecho de copropiedad familiar, conforme al cual sin mayores trámites la viuda, desde la edad de piedra, hizo suyos los objetos de su esposo. Posteriormente empezó a emerger la propiedad

individual de la propiedad familiar, apareciendo asimismo el testamento; se distinguieron entonces las dos sucesiones: familiar e individual. Al inicio, el que tenía hijos no podía hacer testamento, posteriormente se introdujo - la libertad de testar. Así es como a la muerte del pater familias, los hijos y la (uxor in manu), que constituyen prácticamente una asociación (consortium) para el culto de los dioses domésticos y la explotación de la unidad agraria continuaron las titularidades del causante.

Posteriormente las circunstancias cambiaron, en la comunidad continuada de los herederos domésticos, creciendo las familias, el patrimonio era - cada vez más insuficiente para alimentar a todos los comuneros, y la división reiterada, reducía las fincas a parcelas ínfimas, cosa tan inconveniente para el propietario como a la economía del país. La nobleza necesitaba - que la gran propiedad fundaria y los grandes negocios del tráfico fueran recibidos por un solo heredero, para dar a éste una base financiera suficiente, la capacidad de acción en la dirección política de Roma; los labradores por su parte querían conservar unidades de cultivo más rentables.

Es por esto, que probablemente por obra de la jurisprudencia, se permitiera la institución de un único heredero, con desheredación de los restantes sui. A conseguir esta libertad ayudaría también la consideración de que, si al padre le incumbía incluso el derecho de vida y muerte sobre sus hijos, más todavía podía privarlos de su participación en el patrimonio familiar - mediante disposición de última voluntad. Al generalizarse el nombramiento - del heredero único y la desheredación de los restantes sui, el testamento -

ante los comicios (que se reunían dos veces al año y sólo en Roma para aprobarlos) resultó insuficiente, y junto a él empezó a utilizarse, con el fin de nombrar heredero único el testamentum per aes et libram, acto de naturaleza privada, que en tiempo anterior existía como simple medio para el testador, de hacer llegar determinados objetos de su herencia en ausencia del suí a ciertas personas.

En la antigua legislación romana, la madre no podía suceder al hijo o viceversa, porque no había relaciones de autoridad entre ellos. Basta asimismo que el pater familias desherede explícitamente a los hijos, para que estos nada puedan pretender. Los fili familias suceden inevitablemente, -- sin facultad de repudiar la herencia, y son responsables de las deudas hereditarias sin limitación alguna. Por su parte los acreedores del causante, -- por efectos de la confusión hereditaria podían verse privados de su derecho si concurrían acreedores personales del heredero.

Estos principios derivados del ius civile, van desapareciendo. Interviniendo para ello primero el Pretor, creando un nuevo Derecho Sucesorio, correspondiente a las nuevas exigencias sociales: naciendo así el instituto de la bonorum possessio, que integra y corrige el sistema de la hereditas, -- sin abolir el ius civile, el Pretor atribuye la mera posesión de los bienes del causante a ciertas personas --parientes de sangre-- previstas en el edicto, protegiendo su posesión de tal manera que en sustancia resultan equiparados a los herederos.

Según la opinión de Juan Iglesias, "la obra del Pretor no tiene por ob

jeto al principio, reformar el derecho sucesorio civil, sino regular la posesión de las partes en una controversia hereditaria. La bonorum possessio no es sino la adjudicación interna de las cosas hereditarias a fin de facilitar la instauración del proceso, cuando es dudosa o equívoca la situación de hecho sobre la que esta misma ha de centrarse. Importa en tal caso que el Pretor designe al que ha de poseer la herencia, y ha de ocupar por tanto la posición más favorable de demandado."⁽¹³⁾

A la vez simplificó las formas de testamento y admitiendo por medios indirectos, el derecho de determinados descendientes y ascendientes a recibir una parte de los bienes del causante. Los herederos sui pueden prácticamente renunciar a la herencia paterna y los acreedores del difunto son -- provistos de medios para salvaguardar su derecho. Cuando decae la actividad del Pretor, es la del Senado, luego la de los Príncipes, los que transforman el estado de cosas de su tiempo: los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano admiten la sucesión recíproca entre madre e hijos, y la legislación imperial reguló la sucesión ab-intestato, hasta que Justiniano dió a ésta y a la legítima un nuevo aspecto, sentando las bases de un moderno ordenamiento sucesorio.

En los antiguos tiempos romanos hereditas y familia tienen una íntima relación, el heredero no es más que un sucesor del ius en la posesión jurídica unitaria que asumía el antecesor respecto de la familia. El patrimonio que sólo se adquiere como consecuencia de la sucessio, no es allí lo rele--

(13) Iglesias, Juan. *Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado*. Barcelona. Oriol, 6a. ed., 1972, p. 604.

vante, ya que puede existir un heredero, darse una situación sucesoria aun cuando el antecesor carezca de activo patrimonial o sólo tiene pasivo, o ha donado a un tercero el entero patrimonio.

Al heredero romano se le consideraba como un continuador de la personalidad del de cujus, heredaba todo aquello que se conceptúa dentro del subjetivismo de un individuo, aunque cabe mencionar que también comprendía una sucesión patrimonial restringida, ya que el testador tendía a realizar una privación material al heredero, repartiendo su patrimonio en un mayor número de legados; el autor de la sucesión podía instituir como heredero a un tercero o nombrar entre sus legítimos a alguien de manera preferente, todo con la finalidad de que quien sea heredero debe continuar con la personalidad del de cujus.

La única forma de sucesión que concibieron los clásicos, fue la sucesión universal, que implicaba un reemplazo en la posición del antecesor y la adquisición del patrimonio en bloque, en la época postclásica surge la adquisición de derechos singulares. A tal forma de adquisición y no de sucesión en el castizo sentido romano, fue contrapuesta por los justinianos la sucessio bajo la calificación de sucessio in universum. La hereditas en cuanto universitas se identifica con el patrimonium, y se concibe la responsabilidad por las deudas como consecuencia de la adquisición de éste, y el adquirente de los derechos singulares sólo tiene la obligación de tomar o dejar aquel derecho, el adquirente a título universal adquiere la carga del buen nombre de aquél a quien sucede.

El Derecho Romano conoció la sucesión intestada y la sucesión testamen
taria; el maestro Juan Iglesias nos dice que la sucesión regular y prevalen
te es la testamentaria, como resultado de la misma calificación negativa da
da a la sucesión intestada: "Suçessio ab intestato".

La sucesión intestada tiene lugar cuando el difunto no otorgó testamen
to, o el otorgado no es válido, o ninguno de los instituidos llega a ser he
redero. La sucesión ab intestato no se abre siempre con la muerte del cau--
sante, sino también en un momento posterior, cuando se produce la inefica--
cia del testamento. La sucesión intestada se regula en principio por precep
tos de las XII Tablas, posteriormente por normas del edicto pretoriano y --
por leyes imperiales.

Se observa la injusticia del ius civile, ya que los hijos emancipados
no tenían ningún derecho a la herencia del ascendiente, ya que dejan de ser
heredes sui. Tampoco se llama a los agnados que hayan sufrido "capitis de
mi
nutio", ya que ésta extingue la adgnatio, ni a los parientes por línea feme
nina, además la mujer libre no sucede nunca al marido.

Estas injusticias son corregidas por el Pretor, ya que el edicto pre
to
riano llama a heredar a cuatro clases de personas :

1).- Clase unde liberi.- Constituida por los sui emancipados y descen
dientes; quedan fuera los hijos dados en adopción que no hayan sido emanci
pados por el padre que los adoptó, los hijos adoptivos emancipados.

Cuando existen llamados de grado diverso, la sucesión tiene lugar por estirpes y no por cabezas.

2).- Clase unde legitimi.- Formada por los herederos del Derecho Civil. En realidad sólo por los agnados, ya que por una parte los sui heredes son llamados en la clase de los liberi, y por otra la sucesión de los gentiles llegó a desaparecer posteriormente.

3).- Clase unde cognati.- Comprende a los parientes del difunto por línea masculina o femenina hasta el sexto grado, y en el séptimo grado los hijos de primos segundos del causante. Dado a que en este llamamiento se atendía al parentesco natural, nada dicen en este caso las calificaciones civiles: Entre los cognados el más próximo excluye al más lejano, y los de igual grado suceden por cabezas.

4).- Clase unde vir et uxor.- El pretor establece un derecho recíproco de sucesión entre marido y mujer, siempre que se trata de un matrimonio iustum.

Posteriormente el Derecho Imperial otorgó una mayor consideración a los vínculos de sangre. Mucha importancia tuvieron los Senadoconsultos por virtud de los cuales el principio de la consanguinidad penetró en la sucesión agnaticia civil. Justiniano otorgó preferencia a los descendientes sobre cualquier otro agnado, instaurándose un nuevo orden sucesorio, fundado en la Familia Natural, es decir en los vínculos de la sangre.

A la sucesión hereditaria fueron llamados los parientes agrupándolos - en cuatro clases, también como el Derecho Pretoriano y que eran :

1).- Los descendientes del difunto, sin consideración a la patria potestad, al sexo y al grado de parentesco. El descendiente de grado ulterior sólo es llamado en el caso de que no viva el descendiente que le precede. Si los descendientes son de igual grado, la herencia se divide por cabezas, si son de grado distinto por estirpes.

En tanto haya descendientes, no procede el llamamiento de los ascendientes. Pero si el causante estaba sujeto a la patria potestad, conserva el padre el usufructo.

2).- En defecto de descendientes, eran llamados a heredar los ascendientes paternos y maternos del causante, sus hermanos e hijos de los hermanos ya muertos.

Entre los ascendientes, el de grado más próximo excluía al de grado más remoto. Si sólo había ascendientes, la herencia pasaba a estos por entero. Si además existían hermanos y hermanas la división de la herencia entre los ascendientes y estos se hacía por cabezas.

3).- A falta de herederos de la segunda clase, sucedían los medios hermanos. Si únicamente concurren hermanos y hermanas la herencia se dividía por cabezas. Los hijos de los premuertos recibían lo que hubiera correspon

dido a sus padres.

4).- En último término eran llamados todos los parientes colaterales, sin limitación de grado. El más próximo excluía al más remoto. Existiendo varios parientes de igual grado, la herencia se dividía por cabezas.

La Sucesión Testamentaria en Roma se regía por el principio "caput et fundamentum testamenti", toda vez que la institución de herederos era considerada como elemento esencial, ya que, si faltaba dicho acto jurídico adolecía de ineficacia; lo mismo sucedía si el instituido heredero fuese premuerto.

El heredero era considerado como un continuador de la personalidad del difunto; así pues Ulpiano definió al testamento: "...est mentis nostrae iusta contestatio, in id solemniter facta, ut post mortem nostram valeat", es decir como una correcta fijación de nuestra mentalidad hecha solamente para que valga después de nuestra muerte.⁽¹⁴⁾ Al ser otorgado un testamento, debía hacerse mención de las simpatías que gozaba el testador en su sociedad, con la finalidad de que el heredero fuese un proseguidor de la personalidad.

Con el Derecho del Imperio Romano, todas las anteriores ideas se heredaron de generación en generación, pero afortunadamente de manera consuetudinaria el testamento se convirtió única y exclusivamente en una transmisión de carácter patrimonial.

(14) De Ibarrola, Antonio. *Op.Cit.*, p. 645.

La libertad testamentaria, en sentido estricto, nunca existió dentro del pueblo romano, aunque cabe mencionar que en algunas ocasiones quienes no tuvieran descendientes podían hacer uso de ella. La ley de las XII Tabas no admitía una compatibilidad entre una sucesión testamentaria y una ab-intestato, para el caso en que el testador dispusiese de sus bienes de manera parcial, situación que quedó superada únicamente con respecto a los bienes "nec mancipi". La libertad testamentaria fue muy restringida, pues no se permitía que un "paterfamilias" otorgara testamento con respecto al patrimonio de su "domus", en favor de un extraño, ya que tal situación suscitaba un desamparo.

La solemnidad de que se impregnó siempre al testamento se acentuó en la última fase preclásica; pero afortunadamente a fines de la misma se otorgó mayor importancia a la voluntad expresada por el testador que al texto en sí. De manera original se puede expresar que en Roma el testamento nació como una "ley especial", después fue contemplado como un contrato y finalmente se llegó a conceptualizar como una declaración unilateral de la voluntad.

A continuación se analizarán las distintas clases de testamento que fueron regulados por la ya mencionada ley de las XII Tabas:

a) En primer término está el testamento "calatis comitis", que facultaba al testador a realizar dicho acto jurídico dos veces al año ante los comicios, aunque en realidad no se ha descubierto la verdadera función de los comicios. En esta clase de testamento no se llegó a saber con exactitud si podía ser catalogado como una "lex specialis", toda vez que era un acto

que se celebraba públicamente.

b) Testamento "in procinctu", era aquél otorgado por los soldados antes de emprender una batalla, siendo testigos en dicho acto jurídico otros miembros del ejército. A esta clase de testamento se le consideró como limitativo, ya que la ley lo sujetaba al tiempo o circunstancia de su otorgamiento para investirlo de validez. Dicha limitación quedó extinguida al ampliarse la facultad de testar en cualquier momento.

c) Los romanos, al percatarse que se hacía necesaria la creación de nuevas formas de testamento, instituyeron el testamento "mancipatorio", acto que en esencia consistía en la celebración de un contrato de compra-venta ficticia con el "familiae emptor". Esta clase de testamento se enfrentó a multitud de problemas, toda vez que era considerado como un acto irrevocable porque su celebración era bilateral, asimismo era un acto que fue impregnado de publicidad.

Al "emptor familiae", con el tiempo se le consideró como albacea, toda vez que era quien recibía de manos del testador las "tabulae", firmadas por los testigos, documentos que eran portadores de la voluntad del testador; la mancipatio era celebrada en tal forma que al comprador familiar ya no le era entregada la titularidad de los bienes que integraban el acervo hereditario, considerándosele únicamente como un depositario, es decir, ya le había sido retirado el derecho de disponer de esos bienes y, en caso de hacerlo, los instituidos herederos podían repetir, con fundamento en el derecho real que les había sido transmitido. Con el surgimiento de la facu-

dad otorgada al testador de otorgar su voluntad en las "tabulaes", surge la unilateralidad del acto jurídico que se está analizando.

d) Otro tipo de testamento romano era el testamento "nuncupativo", que era celebrado ante siete testigos y de manera oral.

e) Durante el Imperio de Teodosio II y Valentiniano III surgió el testamento "tripartito", documento que, como se desprende del nombre, estuvo integrado por tres elementos: primeramente se encuentra el texto propiamente dicho, enseguida la "subscriptio" de los siete testigos que exigía la ley, toda vez que era necesario hacer constar su comparecencia, y finalmente dicho documento debía contener en sobre cerrado los sellos de los testigos: con este testamento surge entre los romanos la modalidad de que la voluntad del de cujus podía ser emitida en un solo acto, norma que nuestro Derecho Civil adopta en su artículo 1519.

f) La ley permitió que la institución de herederos podía estar contenida en documento distinto al testamento, surgiendo así el "testamentum mysticum".

g) Con la evolución del pueblo romano, se hizo necesaria la regulación del "testamentum militare", que era otorgado por un miembro del ejército y cuya validez se extendía hasta por un año después de que el testador se retirara de las fuerzas armadas en forma honrosa. Más tarde, el emperador Justiniano argumentó que el mencionado testamento sólo era válido durante el -

tiempo en que el testador se encontraba en el campo de batalla; para su celebración se le eximió de ciertas restricciones en cuanto a su elaboración, toda vez que el ejército durante el bajo imperio jugó un papel muy importante.

h) En cuanto al testamento otorgado por el padre en favor de sus descendientes en primer grado, la ley le facultaba para hacerlo en forma oral, ante la presencia de dos testigos, o bien en forma ológrafa para cuyo caso no era necesaria la presencia de ningún testigo.

i) Otra clase de testamento era aquél otorgado en el campo, documento en que por las circunstancias sólo se exigía, para su celebración, la presencia de cinco testigos. Cuando la necesidad de otorgar testamento fuese inminente, los testigos podían comparecer a ratificar dicho acto jurídico de manera diferida, perdiéndose con tal conducta la continuidad, característica esencial del otorgamiento de cualquier clase de testamento.

En muchas ocasiones y de manera común, el de cujus guardaba entre sus papeles su propio testamento, provocando una inseguridad jurídica, por lo que se creyó pertinente facultar a una autoridad para que fungiera como depositaria de tan mencionado documento, surgiendo entonces el "testamentum apud acta conditum", en el cual se notaba ya la prudente intervención de una autoridad.

j) Para finalizar el análisis de los testamentos regulados por la legislación romana, mencionaremos al "testamentum principioblatum", documento

que era depositado ante el emperador con la finalidad de ser custodiado en el seguro del palacio.

Por otra parte, cuando la voluntad del testador era confusa se hacía necesaria la realización de una interpretación, aplicando el principio "causa favorabilis", es decir, con dicha interpretación no debía afectarse la validez del testamento, aunque se daba el caso de que el de cujus impusiera una condición imposible de cumplir, lo cual no traía aparejada la nulidad del testamento, sino sólo se tenía por no puesta, fundamentándose en el de recho preclásico "falsa causa nos nocet", (el error en el motivo no anula el testamento). La evolución del derecho inspiró que se tomaran medidas -- equitativas, surgiendo el principio "excepto doli", cuya finalidad era evi tar que una persona instituida heredera gozara de esos derechos inherentes a su designación, si la causa por la cual se le instituyó fuese errónea.

Por otro lado, debemos señalar todo lo referente a la capacidad de tes tar, es decir, a quienes les era otorgada la "testamenti factio activa", -- exceptuando de ésta a los peregrinos, quienes carecían del "ius commercii", elemento de capacidad; asimismo, los "dediticios" carecían de esta capaci dad; los "iuniani" quienes si contaban con el "ius commercii" pero no en for ma completa y por último podemos mencionar a los "latini veteres o colonia rii".

El emperador Augusto introdujo una novedad en favor de la mujer, al -- otorgarle la facultad de testar, extendiendo Adriano tan preciada facultad a aquellas mujeres que se encontraban bajo tutela con la condición de que -

obtuvieran una autorización de su tutor, autorización que no era sencilla, ya que si la mujer moría ab-intestato, la ley facultaba al tutor a sucederla por vía legítima, situación que desapareció en la época de Teodosio II. La facultad de otorgar testamento le fue retirada a aquellas personas que hubiesen cometido conductas antisociales; los incapaces o impúberes no gozaban de esta facultad, ya que por ser el testamento un acto personalísimo, - sus tutores no podían otorgar testamento en su representación como podía su ceder en la realización de otra clase de actos.

Muy sabiamente, la Ley de las XII Tablas contemplaba la situación de - que un prisionero de guerra no tenía facultad para otorgar testamento, pero con la aplicación de la "Ley Cornelia", se creaba una ficción que hacía vi-gente aquel testamento otorgado antes de partir a la guerra, retrotrayendo sus efectos al momento de iniciarse el cautiverio.

Con respecto a la capacidad exigida por las leyes romanas para heredar, se estableció que gozaban de ésta los "heredes sui", es decir, los descen-dientes en primer grado del de cuius; asimismo gozaban de dicha capacidad - sus descendientes en segundo grado, a quienes también se les consideraba como "heredes sui" si sus padres habían fallecido con anterioridad. Con res-pecto a los hijos póstumos, la ley de las XII Tablas les imponía una condi-ción consistente en que su nacimiento se verificase dentro de los trescientos días contados a partir de la muerte del autor de la sucesión.

En el derecho romano el término "heredes sui" significaba que los here-deros eran ya titulares de ese patrimonio, notándose una copropiedad fami-

liar, retirándose a dichos herederos la facultad de repudiar la herencia, - exclusión que desapareció; al existir una titularidad compartida se provocaban una serie de problemas que se verían concretados en litigios.

La capacidad para heredar debía tenerse en el momento de hacer el testamento o bien en el momento de ofrecer la sucesión al heredero y en el momento en que éste manifestara su aceptación.

Dentro del testamento romano encontramos ya la figura de revocación, - que podía hacerse simplemente otorgando un nuevo testamento o bien destruyendo el documento que contuviera la voluntad del testador, así también la revocación podía ser efectuada ante una autoridad y ante la presencia de - dos testigos.

Con respecto a la aceptación de la herencia se estableció de manera imperativa que el instituido heredero no podía repudiar la herencia. Cuando - era instituida heredera una persona extraña, la ley exigía que ésta otorga - ra su aceptación ya fuera tácita o expresa y como era ilimitado el plazo para su otorgamiento, la herencia se convertía en "yacente", nombrándose en - tal caso al curador como nuevo administrador de los bienes integrantes del acervo hereditario; del análisis de esta figura se desprende que inspiró - la creación del albaceazgo.

Durante el imperio de Justiniano, el plazo para aceptar o repudiar la herencia era de nueve meses, así como también se estableció el "beneficio -

de inventario", lo cual fue una buena innovación, toda vez que el heredero ya no respondía de las deudas del de cujus hasta con su propio patrimonio, sino únicamente solventaba aquellas deudas que cubría el patrimonio heredado; la condición para que operara este principio era que el instituido heredero otorgara su "aditio", después de haber realizado un inventario con intervención judicial.

El "ius adcrendi", se hizo patente en aquella época, ya que si el testamento no abarcaba todos los bienes del testador y éste no hubiese nombrado heredero sustituto, el instituido heredero se convertía en titular de todo el patrimonio sucesorio; lo mismo sucedía cuando la herencia fuese repudiada o hubiere sido atribuida a un incapaz. En cuanto a la sustitución - había dos clases, la establecida por el propio testador y la llamada "sustitución pupilar", que cobraba vigencia cuando un ascendiente en primer grado, además de heredar a su hijo, nombraba heredero sustituto que tomaba fuerza en caso de que el hijo muriera antes de llegar a la pubertad.

Con la evolución del derecho sucesorio, la libertad testamentaria se presentó menos restringida, pudiendo hacer uso de ella en favor de cualquier persona que gozara de la "testamento factio passiva", pero en multitud de ocasiones, llegaba a desheredarse a parientes muy próximos; pues ya la manifestación de voluntad era de manera caprichosa; eso lo vemos cuando el "Tribunal de los Centumviri", tachó a aquellos testamentos que iban en contra del deber moral con un "color insaniae", la lucha porque la libertad testamentaria se viera limitada, se cristalizó al facultar a los descendien

tes a ejercitar la acción de nulidad de testamento a través de la "querela inofficiosi testamenti".

Ahora se analizará lo relacionado con los legados, sin dejar de mencionar que esta figura sólo pudo crearse por vía testamentaria, para ser legatario también se exigía que gozara de la "testamentí factio passiva". En el derecho romano existían cuatro formas de legados: el "per vindicationem" es aquél a través del cual el testador otorgaba la propiedad del bien, porque formaba parte de su acervo hereditario en el momento en que el testamento era otorgado.

En seguida, se encontraba el legado "per damnationem", era aquél que recaía en el bien que no estaba dentro del patrimonio del testador, en el momento de ser otorgado el testamento o bien que sobre dicho bien sólo gozaba de la propiedad bonitaria, en tal caso era el heredero quien debería adquirirlo o en su caso entregar el precio al legatario.

En tercer término encontramos el legado "per praeceptionem", en este caso el legatario debía pertenecer al grupo de los herederos, el cual antes de la división de la herencia tenía derecho a obtener el objeto.

Por último, el legado "siendi mado", del cual se derivaba una acción personal y sólo se limitaba al objeto que se tuviera dentro del acervo hereditario.

En Roma, la diferencia entre heredero y legatario consistía en que el

primero era considerado como un continuador de la personalidad del testador en forma completamente desinteresada; en cuanto al legatario fue el continuator patrimonial del de cujus. Con el paso de las guerras p^unicas, los romanos se convirtieron en materialistas y fue entonces que iniciaron el re--chazo de herencia, que patrimonialmente hablando no les era interesante. La "lex furia testamentaria" impuso una limitación al monto de los legados que consistía en mil ases, norma que jamás fue respetada, haciéndose necesaria la creación de una norma que facultaba al heredero a no entregar aquellos - legados que excedieran del 75% del valor neto de la herencia; nos estamos -refiriendo a la "lex falcidia", que otorgó una protección mayor al heredero frente al legatario.

Cuando al testamento romano se le quería hacer una modificación o in--cluir alguna otra disposición, sin tener que revocar todo el documento, se utilizaban los "codicillos", que eran considerados como un "pequeño testa--mento" y que tenía efectos mortis causa; en el codicilio no podían insti- - tuirse herederos o en su caso desheredar, debía estar contenido en un testamento válido y aquél que no guardara tal relación sólo podía contener fideicomiso.

2. DERECHO GERMANICO

Los derechos llamados Germánicos, es decir, los no romanos del occidente europeo, no pudieron alcanzar el mismo grado de evolución que el Derecho Romano, quedándose en la etapa de la sucesión familiar e inmediata. Pues el estadio siguiente fue cubierto por la influencia del propio Derecho de Roma,

del cual se copiaron o se recibieron las instituciones correspondientes a un período de sucesión no exclusivamente familiar.

Como se ha dicho, en el primitivo Derecho Germánico, el patrimonio venía vinculado a los parientes de sangre, no siendo conocidas las disposiciones de última voluntad, pues aunque el causante no tuviera heredero-nato no podía disponer libremente de su patrimonio por considerarse un atentado contra los derechos de reversión existentes.

Los derechos germánicos partían de una sucesión hereditaria exclusivamente familiar, que fue evolucionando hacia el Derecho Sucesorio stricto sensu paralelamente a la transformación de la propiedad colectiva, primero de la Sippe y luego de la familia, en propiedad privada. Esta es la razón por la cual la sucesión apareció antes en los bienes muebles que en los inmuebles. (15)

En la época de la propiedad familiar, el señor de la casa y los hijos formaban respecto de los bienes de la misma, una comunidad, en la cual el padre tenía una posición preminente de gobierno y disfrute, pero el derecho sobre el patrimonio familiar corresponde a todos en común. La muerte de algún comunero suponía el acrecimiento de las porciones de los demás. Al morir el padre, si existían hijos, podían dividir los bienes entre sí, o continuar como copropietarios, no existiendo estos, el patrimonio se revertía a la Sippe. (16)

(15) Cfr. La Cruz, José Luis y Albaladejo Manuel. *Op.Cit.*, p. 22.

(16) *Idem.*, p. 23.

El paso fundamental hacia el Derecho Sucesorio se dió cuando se atribuyó al padre el derecho de disolver la comunidad, en vida, aun en contra de la voluntad de los hijos. La debilitación de los vínculos entre el causante y la Sippe o tribu, originó que se confirieran derechos hereditarios a los parientes ulteriores, en defecto de los que formaban el círculo más inmediato.

En el Derecho Germánico medieval se admitió que los herederos por la sangre tenían un derecho adquirido sobre la herencia independientemente de la voluntad del de cujus; éste no podía desconocer sus derechos: "Solus Deus facit heredem". Sólo Dios hace al heredero, los herederos nacen no se hacen. (17)

La herencia en los derechos de raíz germánica, no tenía un carácter de generalidad, no existía un sucesor "in universum ius defuncti", al contrario los bienes componían ya en vida del causante diversas masas patrimoniales, que al abrirse la sucesión se dividían entre los herederos en razón de su origen, y de su forma de adquisición: Se separaban la herencia mueble e inmueble; dentro de los inmuebles, entre los ganados por el esfuerzo del causante y los que había recibido de la familia, dividiéndose estos en masas diferentes según su procedencia, existiendo una sucesión especial para los feudos, otra para los objetos de uso personal. Admitieron la existencia en relación al mismo sujeto de varias sucesiones universales.

En contraposición al sistema romano de la sucesión, en la que el heredero

(17) De Ibarrola, Antonio. *Op.Cit.*, pp. 639-640.

dero se subroga y tomaba la misma posición jurídica del de cujus, el sistema germano presentó la adquisitio como principio fundamental, ya que el heredero simplemente adquiría bienes y derechos, así la herencia era simplemente una de las formas de adquirir que el Derecho organizaba.

"El heredero germánico adquiría un patrimonio relicto o una cuota del mismo. A la muerte de una persona, su patrimonio pasa como una universalidad al heredero (art. 1922 del Código Civil Alemán). Pero este patrimonio no es el clásicamente concebido o sea no está formado por los derechos y -- obligaciones del causante, pues tan solo comprende el activo hereditario. El pasivo, las deudas, obligaciones de la herencia, no forman parte de este patrimonio, actuando únicamente respecto de él, como carga del activo."⁽¹⁸⁾

Obviamente que la adquisición germánica es "... per universitatem, y se adquiere un conjunto de bienes en bloque y en virtud de un título jurídico único."⁽¹⁹⁾

La concepción de la herencia germánica es aquella en la que sólo "ve en la sucesión una transmisión de bienes determinados o sumas de los mismos, o del haber líquido dejado por el causante de modo tal, que al heredero sólo afectan las deudas de aquél en cuanto alcanzan a cubrirlas los bienes de la sucesión, constituyendo un gravamen tácito o limitación del activo hereditario."⁽²⁰⁾

[18] Sastre, *loc. cit.* Ramón. *cit. pos.* José Castán Tobeñas, *Op. Cit.* p. 26.

[19] *Idém.* p. 25.

[20] Díez Picazo, Luis y Guillén Antonio. *Instituciones de Derecho Civil*, volumen I. Madrid. Editorial Reus, p. 125.

El antiguo Derecho Germano, no conoció el testamento debido al carácter de comunidad familiar en que se basaba la sucesión de los pueblos bárbaros, donde el heredero no se elegía sino que nacía, inclusive estos pueblos se basaron en la adopción para solucionar el problema de la falta de hijos. Sin embargo, cuando estos pueblos tuvieron contacto con los hispanoromanos, empezaron a comprender las ventajas del testamento, pero quizá la mayor influencia que se tuvo para que dichos pueblos lo adoptaran, fue la influencia canónica. La Iglesia tuvo un gran interés en que estos pueblos acogieran el testamento al modo romano. Se puede decir que los primeros testamentos que existieron, no fueron sino disposiciones "pro anima" y así pudo el clero oponerse a las tendencias de los grupos familiares.

Aún después de desarrollar cierta libertad de disponer, el heredero siguió determinado necesariamente por el parentesco de sangre: mediante testamento o los negocios jurídicos que jugaron el mismo papel, sólo podía favorecerse a título singular. La designación de un heredero por negocio jurídico, solamente era posible a través de aquéllos que tendían a crear un vínculo de parentesco, no directamente a designar un sucesor universal.

Las disposiciones mortis causa, que siempre eran a título particular, se verificaron sobre todo mediante donación. El testamento se recibió primero entre los visigodos y los burgundios, quienes ya lo usaban en el siglo V; sin embargo tenía un carácter absolutamente distinto de la institución que con tal nombre conocieron los romanos.

El testamento, o sea la declaración unilateral de última voluntad, no

contenía institución de heredero, llegó en época muy tardía, y nunca (hasta la total recepción del Derecho Romano) como requisito indispensable del testamento.

Planitz señala que en este caso, el causante podía buscarse un heredero o elegirlo, a fin de que realizara por él las ofrendas a los muertos y a quien transmitía su caudal. Este acto requería el consentimiento de los titulares de la reversión, llevándose a efecto ante la Asamblea General Pública mediante las formas de adopción. El causante entregaba una lanza al fia-
dor, el cual lo ofrecía a su vez al heredero elegido (21)

Posteriormente al convertirse los germanos al cristianismo, la Iglesia se opuso a las ofrendas paganas a los muertos, y por consiguiente a la - - "adoptio in hereditate" la que sufrió una progresiva transformación convirtiéndose el antiguo fiador en un "Salmann" a quien el causante transmitía a mano fiel su patrimonio mediante la festuca para que dicho Salmann lo entregara a su vez al heredero ante la Asamblea Pública en el plazo de un año.

En relación al Salmann, Julius Binder por su parte comenta: "Se ha desarrollado entre nosotros a consecuencia de la recepción del Derecho Romano, pero no puede ser considerada en sus fundamentos como una institución de Derecho Romano, en cuyos principios sucesorios fundamentales se encuentra en abierta contradicción; ni tampoco del Derecho Alemán, si bien se relaciona con una institución del antiguo Derecho Germánico, el Salmann o fiduciario,

(21) Cfr. Puig, Brutau José. Fundamentos de Derecho Civil, Tomo V. Barcelona. Bosch., 2a. ed., p. 34.

que fue puesto dándole una especial configuración, al servicio del Derecho Romano y su testamento, cuya ejecución debía a toda costa conseguir frente a la oposición de la mentalidad de los pueblos alemanes, y así para impedir, que el testamento extraña a la manera de ser alemana, y que ponfa en peli--gro el derecho de sucesión ab intestato de los hijos y demás parientes fue--ra soslayado o permaneciera sin cumplir, formó la práctica, con materiales de la institución del fiduciario. De ella se ha desarrollado la moderna eje--cución testamentaria, que tiene lugar cuando así se ordena en disposición - de última voluntad."(22)

Ennerecus señala al efecto:

"El ejecutor testamentario era desconocido en Derecho Romano, en Alema--nia se encuentra a partir del siglo XII, surgió en las donaciones por causa de muerte como derivación del Salmann del "Treuhandiger" o fiduciario. Es -también conocido en el Derecho Territorial prusiano, en el austriaco, --francés y suizo. En Inglaterra el ejecutor testamentario juega un papel es--pecialmente importante puesto que el Derecho Inglés no conoce la institu--ción de heredero sino únicamente los legados." (23)

La figura medieval del "Salmann" representa la intervención de un in--termediario entre el disponente y el beneficiario, parece haber tenido como misión que el causante pudiese instituir un heredero fuera del círculo de -sus parientes próximos.

(22) Binder, Julius. *cit. pos. Ladaria Caldente y Juan. Legitimación y Apa--riencia Jurídica*. Barcelona, Bosch, 1952, p. 225,

(23) Puig, Brutau José. *Op.Cit.*, p. 77.

3. DERECHO MEXICANO

Amalgama de muchas formas de acontecer cultural es el ser histórico de México, cuyo desarrollo está integrado por varios períodos, siendo el primero aquél referido al florecimiento de las grandes culturas indígenas. El segundo está constituido por la experiencia de la conquista, recibiendo entonces nuestro país el nombre de Nueva España e injertándose en forma violenta a la cultura europea entre nuestros naturales. Finalmente la etapa como Nación Independiente, fase en la que además de los movimientos internos se sumaron las intervenciones extranjeras, triunfando afortunadamente la organización Republicana con una idiosincrasia liberal propia.

En materia de sucesiones, ya consumada la Independencia no existía una legislación autónoma, por lo que "...la legislación española, tanto la aplicable en la península como la redactada con especial destino para las In-dias, seguían siendo derecho vigente entre nosotros..."⁽²⁴⁾

Siendo entonces, hasta la promulgación del Código Civil de 1870, cuando encontramos regulada en forma específica la materia de sucesiones.

El primer esfuerzo serio de codificación fue el iniciado por el Presidente Juárez, al ordenar a Don Justo Sierra la elaboración de un ordenamiento civil, que fue remitido al Ministerio de Justicia en el año de 1859 y revisado por una comisión integrada por Don Jesús Terán, Don José María Lacunza, Don Pedro Escudero y Echánove, Don Francisco Ramírez y finalmente por -

(24) Macedo, Pablo. *El Código Civil de 1870, su importancia en el Derecho Mexicano*. México. Edit. Porrúa, S.A., 1971, p. 14.

Don Luis Méndez. Este trabajo fue oficialmente publicado bajo el Imperio de Maximiliano, pero no llegó a sancionarse, por lo que posteriormente fue relaborado por una segunda comisión en la que figuraban Don Mariano Yáñez, -- Don José María Lafragua, Don Isidro A. Montiel y Duarte, Don Rafael Dondé y Don Joaquín Eguía Lis. Comisión que, según nos expresa Pablo Macedo, envió el 15 de enero de 1870 al Ministerio de Justicia e Instrucción Pública las primicias de su trabajo, concluyendo sus labores el 28 de marzo del mismo año, para finalmente promulgarse nuestro primer Código Civil el 8 de diciembre de 1871, bajo el nombre de Ley del Distrito Federal y Territorio de la Baja California. (25)

Este Código recogió varios postulados del liberalismo; en él se separó claramente la jurisdicción civil de la eclesiástica, siendo aceptado por casi todos los Estados de la Federación.

El Código Civil de 1870, a su vez, había sido redactado tomando como primera fuente al derecho romano, a la antigua legislación española, al código de Cerdeña denominado Albertino, los códigos de Austria, de Holanda y de Portugal, así como al Proyecto del Código Civil mexicano de Don Justo -- Sierra y al español conocido con el nombre de su expositor don Florencio -- García Goveña. (26) Sin olvidar que una mayor fuente para la creación de -- nuestro código de 1870, fue el código de Napoleón.

(25) Cfr. Macedo, Pablo. *Op.Cit.*, pp. 20-28.

(26) Cfr. Macedo, Pablo, *Evolución del Derecho Civil. México. Edit. Stylo*, 1942, p. 14.

Sistema del Código Civil de 1870 (Testamentifacción forzosa)

El Código Civil de 1870 no admitió el régimen de la libre testamentifacción, toda vez que se adoptó como base para su elaboración, al derecho francés, que, a su vez seguía el sistema del antiguo derecho germánico en el que se consagraba el principio eclesiástico respecto de que los herederos son creados por Dios, en virtud del vínculo consanguíneo y es por ello que el autor de la herencia sólo podía disponer de sus bienes, respetando la porción legítima que le correspondía a sus herederos.

Con anterioridad a este código, la institución de la legítima la había mos heredado de las "Leyes del Toro", que habían sido ratificadas por el presidente Comonfort al expedir un Decreto el 1º de agosto de 1857.

Así, vemos que el código de 1870 adoptó el principio "De la Legítima", al establecer que las cuatro quintas partes de una herencia correspondían a los hijos legítimos o legitimados y la quinta parte restante sólo era susceptible de la libre disposición que de aquellos bienes realizara el de cujus.

A la legítima se le ha concebido como aquella parte del caudal hereditario que forzosamente el testador debía respetar en favor de sus parientes consanguíneos en línea recta, ya fuese ascendente o descendente, según se trate; a esta clase de herederos el artículo 3460 del propio ordenamiento los define como herederos forzosos.

Para el caso de que se otorgara testamento disponiendo de los bienes -

que integraban "la legítima", es decir, que ésta se violara, la ley establece que la disposición testamentaria debía reducirse hasta donde fuese necesario.

En el artículo 3463 del código mencionado se prevía que cuando el testador sólo dejase hijos naturales, la legítima únicamente abarcaba las dos terceras partes del acervo hereditario líquido, reduciéndose a la mitad para el caso de hijos espurios.

En cuanto a la legítima que debía otorgarse a los ascendientes en primer grado, estaba comprendida por las dos terceras partes del caudal hereditario.

Asimismo se contemplaba la situación de que el autor de la herencia tuviese ascendientes de otros grados entonces la legítima comprendía la mitad de los bienes que integraban el acervo hereditario.

Esta legislación contempla las distintas situaciones que se originaban al concurrir hijos legítimos o legitimados con ascendientes, o hijos legítimos con espurios o en su caso espurios con naturales, etc..

En la exposición de Motivos del Código Civil de 1870 al referirse al establecimiento de la LEGITIMA; en el mismo ordenamiento se señaló:

"De la Legítima.- Tan antigua como grave y difícil es la cuestión relativa al derecho que los hombres tienen de disponer de sus bienes por testa-

mento; sosteniéndose por unos que ese derecho debe ser limitado y defendiéndose por otros que debe ser absoluto. Pero la mayor parte de los legisladores se han inclinado siempre por el primer extremo, variando sólo en los límites y en el modo y condiciones. Y así parece en efecto que es más natural, más justo y más conveniente."⁽²⁷⁾

De la anterior exposición de motivos se desprende que en caso de que no se respetara la "Legítima", el testamento era declarado inoficioso, trayendo como consecuencia una nulidad parcial, pues únicamente se restituya la legítima en las porciones señaladas por la ley, según el grado de parentesco. En el código de 1870 se puede hablar de una clasificación de herederos: forzosos, voluntarios y extraños, siendo los primeros aquéllos en favor de quienes se debía respetar la porción legítima.

Dentro de esta legislación sólo podemos hablar de libertad testamentaria cuando el de cujus no tuviera herederos forzosos.

Sistemas de los Códigos Civiles de 1884 y 1928 (Libre Testamentifacción)

El individualismo que predominó en México, a fines del siglo XIX, hizo posible que se estableciera entonces una libertad testamentaria prácticamente absoluta.

Así, después de trece años de haber concluido la ardua labor que durara casi medio siglo, encaminada a la elaboración del código de 1870, en el año de 1884 se expidió un nuevo código civil, el cual introdujo como innova

(27) *Rojina, Villegas Rafael. Op.Cit., p. 35.*

ción la abolición de la "legítima", facultando al testador desde entonces - para gozar de una libertad testamentaria.

Primeramente, en junio de 1882 el entonces presidente Manuel González, creó una comisión revisora de los códigos civiles y de procedimientos civiles, que elaboró un proyecto en el que no se trataba ninguna modificación a la testamentifacción forzosa. Nuevamente, son revisados los trabajos realizados y es entonces cuando surgieron las verdaderas polémicas en relación con la legítima. Al enviar Don Joaquín Baranda el 2 de mayo de 1883 el proyecto de reformas al código expresó lo siguiente: "Aunque en la referida -- iniciativa se consultan modificaciones más o menos importantes... no puede ocultarse que la única que tiene un carácter grave y trascendental, es la - que se refiere a la abolición de la herencia forzosa y proclama de una manera franca y determinante la libertad de testar.

Esta libertad no es más que un ensanche de la libertad individual y el complemento del derecho de propiedad.

El individuo que con su trabajo e industria adquiere una fortuna, más o menos considerable, debe tener el derecho de disponer de ella de la manera que crea conveniente y cualquiera restricción que se le imponga enerva - su actitud productora con perjuicio de la riqueza pública, pues así, con la esperanza de que después de su muerte, sus bienes serán de las personas a quienes designe libre y voluntariamente, lo alienta y estimula para redoblar sus esfuerzos y afanes; así también, el temor de que suceda lo contrario, lo decepciona y desanima, inclinándolo cuando menos a la negligencia y

al abandono.

Las leyes romanas y españolas, el código francés y todas las leyes que han impuesto el principio de la herencia forzosa, descansan en una presunción que, por justificada que sea, nunca puede tomar la forma de preceptiva y obligatoria.

No es posible creer que en el Congreso mexicano se pretenda desechar el proyecto que propone la abolición de la herencia forzosa, porque además de las razones expuestas y de otras muchas que militan en favor de ese pensamiento progresista, viene hasta cierto punto a hacer indispensable el texto de la Constitución Política de la República que, en su artículo 27 previene: la propiedad de las personas no puede ser ocupada sin su consentimiento, sino por causa de utilidad pública y previa indemnización... no sucede lo mismo cuando un hombre, queriendo expresarlo en el acto solemne de testar, se encuentra bajo el peso de una ley que se lo prohíbe y le impone por la fuerza herederos que han de ocupar su propiedad...

La libertad de testar es una reforma que se defiende por sí sola... (28)

Así, en tal forma el proyecto fue enviado a la Cámara, como una iniciativa del Ejecutivo, mencionando esencialmente que la libertad de testar se genera en el derecho natural de libertad individual, así como también es un

(28) Macedo, Pablo. Datos para el Estudio del nuevo Código Civil del D.F. y Territorio de la Baja California. México. Imprenta Francisco Díaz de León, 1884, pp. 4-9.

complemento del derecho de propiedad.

A pesar del voto en contrario expresado en la Cámara por el Diputado - Justino Fernández, se autorizaron las reformas conforme a lo propuesto por la Comisión de Justicia, aboliéndose la institución de la legítima y promulgándose el nuevo código civil el 21 de marzo de 1884, vigente desde el 1º de junio del mismo año.

Con esta reforma tan radical, iniciada por el Ejecutivo, se establece la libre testamentifacción, es decir, el derecho que goza toda persona de disponer de sus bienes por testamento, a título de legado o de herencia, -- con la única restricción de asegurar alimentos a sus descendientes, ascendientes o cónyuge supérstite, evitando los abusos que se pudieran cometer -- a la sombra de la naciente figura jurídica, quedando suprimidos, consecuentemente, los artículos 3460 a 3496 del c.c. de 1870. El aseguramiento de -- los alimentos, así como su suministro, debía hacerse de acuerdo con lo señalado por la propia legislación, pues en caso contrario el testamento resultaba inoficioso.

Código Civil de 1928

Para la realización de un proyecto del nuevo Código Civil, se formó -- una Comisión integrada por los licenciados Francisco H. Rufz, Ignacio García Téllez, Angel García Peña y Fernando Moreno; proyecto que, en forma de código, se publicó el 25 de abril de 1928, recibiendo el nombre de "Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en materia común y para toda la República en materia Federal" entrando en vigor el 1º de octubre de 1932.

La mencionada comisión expresó: que las condiciones de la vida moderna imponen la necesidad de crear un nuevo ordenamiento civil; asimismo señala que es necesaria una reforma sustancial, creando normas que armonicen con el concepto de solidaridad, toda vez que en el anterior código predomina un criterio individualista.

En este nuevo código se adoptó la anterior división de las sucesiones; testamentaria y legítima.

Se admitió retirar del proyecto las disposiciones que establecían la herencia forzosa en favor de la Beneficencia Pública en concurrencia con extraños.

También se buscó una mayor simplificación en los juicios sucesorios, para evitar un estancamiento de los bienes al sustraerlos de la libre circulación de la riqueza. Nuestro código actual siguiendo al de 1884, adopta la libertad testamentaria, existiendo únicamente la obligación impuesta al testador en relación con los ALIMENTOS.

El artículo 1295 del código civil vigente es una muestra clara de la libre testamentifacción, al definir al testamento "como 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".

Debe subrayarse que el Código de 1928 corrigió la definición de testamento para que comprendiera no sólo la disposición de los bienes para des--

pués de su muerte, sino también los nombramientos de tutores testamentarios, reconocimientos de hijos y algunos otros actos que pueden ser objeto de disposiciones testamentarias.

C. Justificación de la Sucesión Mortis Causa

La sucesión mortis causa tiene lugar con el fallecimiento de una persona, acto en el cual pierde la personalidad, es en ese momento que el patrimonio se convierte en herencia, y con ella se abre entonces la sucesión.

La sucesión mortis causa tiene un sentido social que ha de conformarse con la índole de la propiedad, que es el principal objeto de la sucesión. Colocado el individuo como fin, pero la sociedad como medio indispensable para su realización, es antes al concepto de sociedad que al individuo al que debemos referir el contenido y límites de la sucesión mortis causa. Al cumplir ésta con una función esencial de garantía de normalidad de la vida económica, y de la continuidad moral y espiritual de la especie humana, mediante la perpetuación de las relaciones jurídicas más allá de los límites de la vida del individuo.

La sucesión mortis causa, se distingue de la sucesión intervivos, por ser inevitable, como el sujeto desaparece y no puede llevarse sus bienes al otro mundo, es indispensable un nuevo titular, y si el causante no ha designado quien deba hacerse cargo de sus relaciones, necesariamente la ley habrá de designarlo: si no existen parientes, o no quieren subentrar en ellas, será el Estado quien suceda.

Por la misma razón, la sucesión mortis causa ha de comprender la totalidad de las titularidades activas y pasivas transmisibles por herencia; - comprende en Derecho los testamentos, donaciones, sucesiones, etc., en los que la transmisión de la totalidad o parte de los derechos está subordinada a la condición suspensiva del fallecimiento de una persona.

Nuestro Derecho no admite las donaciones mortis causa. El artículo - - 2338 del Código Civil establece: "Las donaciones sólo pueden tener lugar entre vivos y no pueden revocarse sino en los casos declarados en la ley." El artículo 2339 señala: "Las donaciones que se hagan para después de la muer-te del donante, se registrarán por las disposiciones relativas al Libro Terce--ro..."

La sucesión tanto universal como particular, puede ser intervivos o -- mortis causa, la diferencia esencial entre éstas últimas especies consiste, en que mientras en la sucesión mortis causa el fenómeno sucesorio gravita - más sobre el sucesor que sobre la persona del precedente titular, dirigién- dose la transmisión, no a disolver una relación sujeto-objeto a fin de ope- rar el subingresso de otro sujeto como sucede en la sucesión intervivos, si- no que se dirige a garantizar sin más a otro sujeto el subentrar en una re- lación precedente ya disuelta.

"En las sucesiones intervivos: el comprador sucede al vendedor, el do- natario al donante, pero allí no se verifica la sucesión más que en determi- nado bien, y no per universitatem como en la sucesión mortis causa. Es en -

ésta donde podemos decir con toda razón Hereditas nihil aliud est. quam - - successio in universum ius quod defunctus habuit no es otra cosa la herencia que la sucesión en el patrimonio universal que tuvo el difunto."⁽²⁹⁾

En el acto intervivos, ambas partes con sus correspondientes voluntades concurren a la celebración, se encuentran presentes por sí o por medio de un apoderado. En cambio en el acto mortis causa, el autor ya no se encuentra entre nosotros, concluyó su personalidad y su patrimonio pasa a un nuevo titular.

El principal objeto de la sucesión: es perpetuar la propiedad, colocado, el individuo como un fin para la sociedad, como medio indispensable para su realización, la sucesión cumple con una función esencial de normalidad de la vida económica, y de la continuidad moral y espiritual de la especie humana, mediante la perpetuación de las relaciones jurídicas.

"La muerte lo mismo que no tiene poder sobre el reino de las almas, -- tampoco lo tiene sobre la mayor parte de las posiciones jurídicas de Derecho Privado. El individuo muere, pero la especie continúa; el individuo es un portador, absolutamente necesario de la especie, pero sólo una encarnación muy transitoria de ella. Aun cuando desaparezca, aquellas relaciones jurídicas que no moran estrictamente en su propia persona, sobreviven a su señor; otros sujetos entran en el lugar que él dejó vacante y colman la laguna causada por su fallecimiento."⁽³⁰⁾

(29) De Ibarrola, Antonio. *Op.Cit.*, p. 609.

(30) La Cruz, José Luis y Albaladejo Manuel. *Op.Cit.*, p. 11.

La sociedad que es lo permanente en la Tierra, no puede existir fuera de sus portadores ocasionales, los individuos. Estos para subsistir, han de ejercer cierto poderío sobre las cosas materiales y anudar relaciones entre sí. Y estos poderes, estas relaciones necesitan un destino al fallecimiento de su titular, pues la extinción de todos sería una fuente de desórdenes sociales y un obstáculo insuperable para el tráfico. Tal sucesión podría atribuirse sólo al Estado, pero la injusticia y los inconvenientes prácticos -- que supone esta solución hacen que ni aun en régimen comunistas se haya -- aceptado del todo.

Es por ello que la figura del heredero satisface una exigencia social a saber, la de poner en el puesto del difunto a una persona que recoja los bienes y que continúe las relaciones jurídicas de éste, que se haga cargo de sus deudas y sirva de garantía a los acreedores.

Esta exigencia de continuidad presenta tres aspectos según se refiere a los derechos o a las obligaciones y a la posesión. La extinción de los derechos y la posesión sería fuente de grave desorden social, determinando una carrera para la ocupación de las cosas sin poseedor actual. Y la extinción de las obligaciones produciría una situación peor que el concurso y la quiebra, pues en ellas aparte de la posible garantía que puede representar un deudor desgraciado pero activo, dispuesto a pagar cuanto pueda, quedan algunos bienes para responder de las deudas, que en todo caso no se han extinguido, mientras que la extinción de las obligaciones por muerte del --- obligado destruiría las bases del crédito. Así a fin de que la relación de crédito y deuda pueda continuar su vida normal, se sustituye el deudor di-

funto por el heredero, e incluso si los acreedores no tienen confianza en él, la ley les consiente concretar la garantía que ofrece el patrimonio hereditario mediante la separación de bienes.

Es a través del heredero que se efectúa una verdadera continuidad patrimonial, ya que al recibir el *universum jus* del difunto en calidad de entidad jurídica distinta de sus elementos, por lo que a pesar de que se extingan algunos derechos u obligaciones estrictamente personales, pasa el patrimonio como universalidad jurídica del causante al causahabiente.

La sucesión mortis causa se basa en la necesidad de que un patrimonio no quede sin titular, de dar a la familia estabilidad y fijeza a la economía; seguridad en el tráfico jurídico y respeto a los legítimos derechos de propiedad. No puede concebirse un orden jurídico equitativo y justo sin la sucesión hereditaria.

May resume la concepción de la sucesión que heredamos del Derecho Romano en la siguiente frase:

La muerte pone fin a la persona física del individuo, pero su patrimonio no desaparece con él, bajo el nombre de hereditas continúa formando una entidad jurídica aparte, un conjunto de derechos, una *universitas iuris* que pasa a un nuevo titular. El heredero -heres- reemplaza al difunto en su soberanía patrimonial. Es el continuador de su persona jurídica, está investido de sus derechos y obligaciones. (31)

(31) Cfr. Arce y Cervantes José. *Op.Cit.*, p. 2.

La necesidad de que exista un heredero que suceda al difunto, en su patrimonio es de interés público y privado, ya que es la misma sociedad, la que requiere estabilidad y fijeza económica, por un lado, a fin de no defraudar a otros, terceros, etc., y en otro aspecto es la familia y su supervivencia lo que origina la necesidad de que el que sobreviva pueda disponer de sus bienes libremente. El mismo derecho de propiedad se vería privado de una de sus atribuciones fundamentales si no se pudieran heredar los bienes después de la muerte, y la economía sufriría grandemente si el propietario no contara que con lo poco o mucho que ha logrado reunir en vida va a parar a su familia o a quien él designe, después de su muerte. No habría incentivo para crear riqueza si todo va a parar al Estado, o a manos de extraños. De ahí que para conseguir lo anterior el Estado disponga y regula la sucesión legítima cuando no haya testamento (art.1599 del Código Civil).

Allara, expresa: que entre la exigencia negativa de que un patrimonio no quede privado de su titular, y la exigencia positiva de que el patrimonio del difunto pase a un determinado sujeto, el objeto de la primera constituye un interés público genérico y está en la base de todo instituto de la sucesión por causa de muerte, mientras que el objeto de la segunda exigencia constituye un interés específico del llamado a la herencia.⁽³²⁾

Ruggiero también nos proporciona la razón última para comprender la necesidad de la sucesión: "La exigencia sentida en toda sociedad jurídicamente organizada, de que las relaciones jurídicas de una persona no se extingan con la muerte, sino que se transmitan a otros que subentren así en el -

⁽³²⁾ Cfr. Arce y Cervantes José. *Op.Cit.*, p. 2.

lugar del difunto, halla cumplida satisfacción en la institución de la herencia. En todo otro campo que no sea el del derecho, puede ser cierto, - - mors omnia solvit, pero en la esfera jurídica exigencias no solamente mora-les y espirituales, sino sociales y políticas y sobre todo, económicas, im-ponen que para seguridad del crédito, para conservación e incremento de la riqueza, las relaciones jurídicas de una persona sobrevivan a su muer-te... "(33)

Resulta evidente, en otro orden de ideas, que no son sólo la familia y la sociedad las entidades que justifican plenamente la necesidad de la suce-sión, el derecho de disponer de los bienes post mortem, se deriva directfisi-mamente del derecho a la propiedad privada. Así, habrá que concordar con -- Kipp quien señala: "que sin el derecho de sucesión, la propiedad privada no se hallaría completa, en cuanto a los bienes que nosotros adquirimos, no -- llegaríamos a ser más que usufructuarios vitalicios." (34)

D. TIPOS DE SUCESSION

Existen en nuestro Derecho, dos formas de transmisión hereditaria, - - aquélla que se efectúa por testamento, y la que opera por la ley. La suce--sión testamentaria es la que se confiere por voluntad del autor de la he-rencia, denominándose también sucesión voluntaria. La sucesión "ab intesta-to", palabra del latín, que quiere decir "como uno que muere sin testar", - se defiere por disposición de la ley y es la más antigua, en la sucesión in

[33] De Ruggiero, Roberto. *Instituciones de Derecho Civil, trad. de la 2a. ed. italiana por Ramón Serrano y José de Santa Cruz Tejeiro, Tomo II, Volumen I. Madrid. Edit. Reus., p. 50.*

[34] De Ibarrola, Antonio. *Op.Cit., p. 61.*

testada los herederos están determinados expresamente por la ley; en la sucesión por testamento es la voluntad del causante la que determina el destino y cantidad de sus bienes; en los intestados, en virtud del parentesco, matrimonio, concubinato y adopción, etc. es la ley quien fija la porción -- que le corresponde a cada heredero en función al grado de parentesco que lo una con el autor.

Se encuentran en el Código Civil vigente dos artículos que señalan los tipos de sucesión que hay; por una parte el art. 1282 establece:

"La herencia se defiere por la voluntad del testador o por disposición de la ley. La primera se llama testamentaria, y la segunda legítima".

Y el art. 1283 dice: "El testador puede disponer del todo o parte de sus bienes. La parte de que no disponga quedará regida por los preceptos de la sucesión legítima".

De lo anterior se desprende, que existen tres tipos de sucesiones: la testamentaria, la intestada y la mixta, ésta consiste en que parte de la sucesión se tramita con testamento y parte sin él.

Antes de hablar más ampliamente respecto de los diversos tipos de sucesión, voy a mencionar algunos de los supuestos del Derecho Hereditario:

a) Muerte del autor de la herencia;

- b) Parentesco, matrimonio y concubinato;
- c) Capacidad de goce de herederos y legatarios;
- d) No repudiación de la herencia o de los legados;
- e) Toma de posesión de los bienes objeto de la herencia o de los legados;
- f) Partición y adjudicación de los bienes hereditarios.

De estos supuestos, es la muerte del autor, el de mayor importancia, - ya que es la condición fundamental, para que pueda producirse todos los --- efectos y consecuencias del fenómeno sucesorio.

El supuesto de la muerte es común, tanto a la sucesión testamentaria, como a la sucesión intestada, es el supuesto básico del derecho hereditario, es la muerte la que determina la apertura de la herencia y opera la -- transmisión de la propiedad y posesión de los bienes a los herederos y legatarios.

La muerte como supuesto fundamental, tanto en la sucesión testamentaria como legítima, origina efectos jurídicos trascendentales tales como:

- a) Se abre la sucesión;
- b) Determina la existencia, capacidad y orden de las personas que han de heredar;
- c) Determina el instante en que la propiedad de los bienes pasa de pleno derecho a los herederos;
- d) Comienza la indivisión entre éstos, y
- e) Regula la ley que ha de reglamentar la transmisión sucesoral y la -

que ha de regular los impuestos que deban pagarse.

La función del autor de la herencia es totalmente distinta en ambas sucesiones, ya que en la sucesión legítima simplemente es un punto de referencia, para que opere la transmisión a favor de aquellos sujetos llamados a heredar por disposición de la ley, extinguiéndose su personalidad con motivo de su muerte. Y en la sucesión testamentaria, la voluntad del testador constituye la suprema ley al dictar válidamente sus disposiciones para después de su muerte.

1. SUCESION LEGITIMA

La sucesión intestada o legítima, apareció mucho antes que el testamento y parece desprenderse de la antigua comunidad familiar, puesto que, como se recordará, el antiguo Derecho Germánico consagró el principio de que los herederos son creados por Dios, en virtud del vínculo consanguíneo, y por ello el de cujus sólo puede hacer liberalidades respetando la porción legítima de los herederos. "Solos Deus heredem facere potest, non homo" (Solo Dios puede hacer al heredero, no el hombre).⁽³⁵⁾

De estos conceptos, es de donde algunas legislaciones recibieron la noción de una herencia denominada la LEGITIMA, de la cual el testador no puede disponer, por que la ley la reserva a determinados herederos, que califica de forzosos.

(35) *De Ibarrola, Antonio. Op.Cit. p. 779.*

Como ya se expresó, en los antecedentes del Derecho Sucesorio, el Código de 1870 adoptó el sistema de la legítima, regulando esta materia en los arts. 3460 y siguientes.

De igual manera, se señaló que el Código de 1884, consagró el principio de la libertad del testador, después de una gran polémica en el seno de la Comisión encargada de su elaboración.

En nuestro Derecho, la ley ejerce una función supletoria de la voluntad del de cujus, se entiende que la sucesión legal tiene una significación negativa, es la que no se funda en la voluntad del causante, y siguiendo a Treilhard, el jurisconsulto que participó en la elaboración del Código de Napoleón, quien expresa: "que cuando la ley traza una sucesión dispone, por los que han muerto sin haber dispuesto." (36)

En mi opinión la sucesión intestada, tiene su justificación en la sociedad y no en el individuo, puesto que al tratar de defender los derechos de los parientes más próximos, en realidad se está salvaguardando a la familia, institución que es el pilar, elemento natural y fundamental de la sociedad, y como tal tiene derecho al amparo y respeto de la sociedad y del Estado.

La sucesión intestada, se abre, cuando una persona antes de morir no dejó disposiciones testamentarias, en cuanto a los bienes que poseía, su per

(36) De Ibarrola, Antonio. Op.Cit. p. 850.

sonalidad jurídica desaparece y entonces otra persona es llamada por la ley a ocupar su puesto, para continuar la vida económica y jurídica del difun--to; también tiene lugar cuando falta disposición eficaz, o esa disposición ha perdido posteriormente su efectividad, o bien si el causante no ha dis--puesto de todo su patrimonio, cuando el llamado por medio de una disposición testamentaria deba adquirir la herencia solamente cuando ocurra determinado acontecimiento (porque evidentemente hasta en tanto no se cumpla con deter--minada condición, los herederos legítimos tienen una expectativa a la heren--cia), cuando una disposición válida al principio no llega a ser eficaz (por indignidad, incapacidad, premorencia o repudiación del llamado).

El Código Civil en su art. 1599 preceptúa en qué casos, se abre la su--cesión intestada, y la enumeración que hace, aunque no lo diga expresamente es meramente enunciativa y no limitativa, ya que pueden presentarse otras -hipótesis.

La herencia legítima se abre:

- I. Cuando no hay testamento, o el que se otorgó es nulo o perdió vali--dez;
- 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.

Por su parte Sánchez Román ⁽³⁷⁾, afirma que estas cuatro causas se con--
(37) Cft. De Ibarrola, Antonio. *Op.Cit.*, pp. 860-862.

vierten en diez:

a) Inexistencia del testamento: No se otorgó o desapareció. La primera es la hipótesis normal. La segunda puede presentarse si el notario perdió - el testamento público cerrado, o lo perdió el depositario; si el Registro Público extravió el testamento ológrafo e igual cosa sucedió con el duplicado; cuando se pierde el documento en que se otorgó el testamento militar; - cuando se pierde el testamento marítimo con todos los documentos de la em-barcación. En estos casos, si hay testamento, no es nulo, ni perdió su validez, pero no se encuentra, y demostrada la pérdida se abre la sucesión in-testada.

b) Nulidad e inexistencia jurídica del testamento. El acto es inexis-tente cuando carece de algún elemento esencial v.gr. el testamento no puede formularse por monosílabos o movimientos de cabeza con los que el testador contesta a las preguntas que se le hacen (art. 1489), en estos casos no se trata de nulidad por falta de forma, sino de inexistencia ya que no hubo manifestación de la voluntad.

c) Por perder el testamento su validez y eficacia, como en los casos - de caducidad o revocación.

d) Por no contener el testamento, institución de heredero.

e) Al existir una institución parcial de heredero: no comprende todos los bienes del testador: entonces concurren como en otras hipótesis herede-

ros legítimos con herederos testamentarios.

f) Existe un testamento en que el testador no ha dispuesto de todos los bienes.

g) Por falta de cumplimiento de la condición impuesta al heredero.

h) Por premorencia del heredero, aunque sea en un solo instante. La -- muerte del legatario no produce el mismo efecto, ya que el legado se refun-- dirá en la masa hereditaria. La muerte del heredero acontecida antes de que se cumpla la condición suspensiva: esta modalidad impide el nacimiento del derecho no producirá aquí estos efectos retroactivos como ocurre en materia de contrato o de obligaciones: es una peculiaridad de la institución heredi-- taria.

i) Por repudiación de la herencia, si se repudia una parte alcuota, - por ella se abrirá la sucesión intestada.

j) Incapacidad de suceder del heredero instituido.

Por otro lado, Araujo manifiesta: que la sucesión legítima se abre - - substituyendo la presunta voluntad del autor suponiendo que si hubiera tes-- tado lo habría hecho en favor de sus descendientes, su cónyuge, sus ascen-- dientes, su concubina, sus colaterales, etc. y que conociendo el derecho he-- reditario legítimo se abstuvo de hacer testamento, a fin de que sus bienes

se transmitieran en la forma establecida por la ley.⁽³⁸⁾

La primera parte del párrafo me parece acertada, puesto que, adecuadamente la ley suple, la probable voluntad del difunto, destinando los bienes que en vida poseía a sus parientes más cercanos, a quienes muy posiblemente hubiese favorecido el autor; pero afirmar que el de cujus omitió otorgar -- testamento porque pretendía que sus bienes se transmitieran en la forma establecida por la ley, paréceme aventurado, ya que la mayoría de las sucesiones intestadas tienen su origen en la escasa planeación, desorganización y falta de previsión de los causantes, y no en la intención de que la ley determine el destino de sus bienes.

Ahora bien, en nuestro país, la sucesión legítima se abre respecto de seis órdenes fundamentales de herederos:

- | | |
|------------------------|------------------------|
| a) Descendientes; | d) Colaterales; |
| b) Cónyuge supérstite; | e) Concubina; |
| c) Ascendientes; | f) Asistencia pública. |

A su vez existen tres formas de heredar:

- a) Por cabezas;
- b) Por líneas;
- c) Por estirpes.

(38) Cfr. Araujo, Valdivia Luis. *Derecho de las Cosas y Derecho de las Sucesiones*. Puebla. Edit. José M. Cajica Jr.S.A., 2a.ed., 1972, p. 456.

La sucesión legítima se rige por los siguientes principios:

- a. Los parientes más próximos excluyen a los más lejanos (salvo lo dispuesto en los artículos 1609 y 1632).
- b. Sólo hay sucesión legítima por consanguinidad y por adopción, no existe la sucesión legítima por afinidad.
- c. El parentesco por consanguinidad da derecho a heredar sin limitación de grado en la línea recta y en la colateral hasta el cuarto grado.
- d. El parentesco por adopción da derecho a heredar entre adoptante y adoptado.
- e. Los parientes que se hallaren en el mismo grado, heredarán por partes iguales (art. 1605).

Herencia por Cabezas

Este tipo de herencia se presenta, cuando el heredero recibe en nombre propio, no es llamado a la herencia en representación de otro. La herencia por cabezas se da en todos los hijos, los padres, cónyuge y hermanos.

Herencia por Líneas

Esta, se da en los ascendientes de segundo ó ulterior grado, procede respecto de los abuelos, bisabuelos, etc. Los padres o ascendientes de primer gra

do no heredan por líneas sino por cabezas. Esta herencia posee la característica que se divide en dos partes, la herencia paterna y la herencia materna, independientemente de que en alguna de las líneas exista un número diferente de ascendientes que en la otra. Al dividirse la herencia en dos partes, cada mitad se subdivide en el número de ascendientes de cada línea.

Herencia por Estirpes

La herencia por estirpes, tiene lugar cuando un descendiente entra a heredar en lugar de un ascendiente. Un hijo puede entrar a heredar en representación de su padre, cuando éste ha muerto antes que el de *cujus*. Esta herencia se da en la línea recta descendente sin limitación de grado; en la línea recta ascendente nunca puede ocurrir, v.gr. el bisabuelo no representará al abuelo, si éste murió antes que el autor de la sucesión, sino que heredará por líneas cuando no exista el abuelo, y a su vez no haya padres, ni descendientes. En cambio en la línea recta descendente, si existe derecho de representación sin limitación de grado.

La herencia por estirpes puede existir también en la línea colateral, limitándose únicamente a favor de los sobrinos del de *cujus*, en el evento de morir los hermanos de éste, sus hijos pueden representarlos.

Para que la herencia por estirpes, en la línea recta descendente, tenga lugar es necesario respetar la proximidad de grado; los nietos heredan sólo a falta de hijos, a su vez los bisnietos sólo heredan a falta de hijos y nietos.

El principio dominante en la sucesión intestada, conforme al cual, los parientes más próximos excluyen a los más lejanos, no es aplicado siempre, ya que en ocasiones parientes de grado más remoto concurren en la sucesión con otros más próximos, aplicándose un principio que la ley, establecía bajo el inadecuado nombre de Derecho de Representación, mediante el cual es posible que parientes de grado más remoto ocupen el lugar de su ascendiente, del mismo modo que si éste viviera o pudiera heredar, por ello la ley afirmaba que no heredaban por derecho propio sino en representación de su ascendiente.

Planol define la representación como "un beneficio de la ley en virtud del cual un heredero de grado más lejano es admitido a recibir la parte que hubieran obtenido su padre o madre premuertos, en concurso con herederos más próximos que él."⁽³⁹⁾

El Código de 1884, definía: "Llámase derecho de representación el que tienen los parientes de una persona para sucederle en todos los derechos -- que tendría si viviera o hubiera podido heredar".

Este derecho mal llamado de representación sólo se presenta en la sucesión intestada. En un testamento, muerto el heredero antes que el testador, aun teniendo hijos, éstos no podrían válidamente invocar el derecho de representación.

[39] De Ibarrola, Antonio. Op. Cit., p. 867.

Rojina Villegas manifiesta que la herencia por estirpes entraña en realidad un mal llamado derecho de representación, en virtud del cual el descendiente representa al ascendiente premuerto, al que ha renunciado a la herencia, o bien se ha vuelto incapaz de heredar. Prosigue apuntando, que el término: "derecho de representación", que se usa en la herencia por estirpes, en realidad no es correcto, ya que sólo debería aplicarse lógicamente a los casos en que el descendiente ocupara el lugar del ascendiente, si éste le transmitiera su derecho; pero no puede afirmarse, que exista representación, si el ascendiente ha repudiado la herencia o es incapaz de heredar.

Para el maestro Rojina, la herencia por estirpes no puede explicarse por el derecho de representación, e indica que tiene su explicación jurídica en una institución reconocida para la sucesión testamentaria, denominada substitución, en virtud de la cual el autor de la sucesión puede prever -- los casos de muerte de un heredero antes que él, su incapacidad, o bien la repudiación de la herencia, nombrando un substituto, para el evento de presentarse cualquiera de esos supuestos.

Al aplicar esa institución a la sucesión legítima, resulta que el problema que el legislador se ha planteado y resuelto es el mismo, y ante las mismas causas se ha dado igual solución, es decir ante los mismos hechos, - iguales consecuencias jurídicas.

Ahora bien, en los casos de herencia intestada, el punto de partida, - es la ausencia de expresión de la voluntad del de cujus, substituyéndola el

legislador, y decreta una substitución legal, que no es un derecho de representación, y no se trata simplemente de una cuestión de nombres, ya que el invocar la representación traería situaciones contradictorias, llegando al absurdo de que el representado actúe en contra de la voluntad del representante. (40)

Sin embargo, la repudiación de la herencia, no debe trascender a la es tirpe, de igual forma, la pena de indignidad, en nuestra legislación, tampoco trasciende a la es tirpe. La explicación depende, como expresa Kelsen: -- "de datos metajurídicos: desde consideraciones netamente económicas, como la de no dejar a la prole en manos del capricho del ascendiente que renunció a la herencia, o bien consideraciones de índole moral como la de no reputar a la es tirpe, como culpable de los actos que produjeron la inhabilitación del ascendiente que perdió la herencia." (41)

Desde luego, me encuentro de acuerdo con el maestro Rojina Villegas -- puesto que afirmar que existe representación cuando el ascendiente ha repudiado la herencia, resulta totalmente erróneo, por que el representado ha renunciado a sus derechos y por ende no tiene nada que transmitir, para el supuesto del ascendiente premuerto, no puede decirse válidamente que el descendiente lo representa, toda vez que la representación supondría la existencia del representante y del representado; tampoco opera en los casos

(40) Cfr. Rojina, Villegas Rafael. Compendio de Derecho Civil, Tomo II. Bienes, Derechos Reales y Sucesiones, México. Edit. Porrúa, S.A., 1978, pp. 422 - 425.

(41) De Ibarrola, Antonio. Op. Cit., p. 872.

de incapacidad del heredero, porque no puede crear derechos, que un incapaz no posee; en efecto la teoría de la substitución, viene a remediar las confusiones que implica denominar "derecho de representación", el que se aplica al permitir que un pariente remoto ocupe el lugar de su ascendiente, en los casos de caducidad, incapacidad, etc..

Asimismo, es necesario coincidir con Antonio de Ibarrola, quien afirma, respecto de la substitución legal mal llamada derecho de representación, lo siguiente:

- 1) La substitución es un derecho concedido por la ley, el representante recibe de ella su derecho y no del representado.
- 2) El substituto adquiere los derechos del substituido, tal y como éste los habría recibido.
- 3) El substituto sucede al substituido en sus derechos y obligaciones.
- 4) La substitución no puede efectuarse por saltos u omitiendo al intermediario.
- 5) Tiene lugar el derecho hasta el infinito en línea recta.
- 6) Es indispensable que el substituto tenga las condiciones necesarias para suceder.

- 7) Un hijo excluido como indigno en la herencia de su padre puede substituirlo en la herencia del abuelo con relación a la cual no es indigno.
- 8) No es condición que el substituto viva al tiempo de fallecimiento del substituido.
- 9) La substitución sólo tiene lugar en la línea recta descendente nunca en la ascendente. En la colateral sólo tiene lugar en favor de los hijos de hermanos.⁽⁴²⁾

Por otro lado y como anteriormente se expuso, se encuentran dentro de las personas que tienen derecho a heredar los descendientes y el cónyuge, - los ascendientes, los colaterales hasta el cuarto grado, los hijos adoptivos y los adoptantes, la concubina en ciertos casos y la Asistencia Pública.

Sin embargo, cabe precisar que son los descendientes y el cónyuge quienes gozan de preferencia absoluta, ya que juntos excluyen a los ascendientes y a todos los parientes colaterales. En el grupo de los descendientes - los hijos excluyen a los nietos, éstos a los bisnietos, es decir el pariente más cercano deja fuera al más lejano.

Herencia de los Descendientes y Cónyuge

Son los descendientes quienes tienen preeminencia dentro de la herencia; al efecto el Código Civil en su art. 1607 dispone:

(42) Cfr. De Ibarrola, Antonio. *Op. Cit.*, pp. 871 - 872.

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

Continúa el art. 1608 :

"Cuando concurren descendientes con el cónyuge que sobreviva, a éste - le corresponderá la porción de un hijo, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 1624".

Art. 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 co--rresponder. Lo mismo se observará si concurre con hijos adoptivos del au--tor de la herencia."

Ante la interrogante, ¿a cuáles hijos se refiere nuestro Código?, habrá que responder que el Código vigente ha eliminado las distinciones que en -- los Códigos anteriores se establecieron entre hijos naturales con las de los legítimos, siempre y cuando se demuestre plenamente la filiación en los tér--minos del art. 360 del citado ordenamiento, respecto del padre y de la ma--dre; para el padre la filiación se prueba por el reconocimiento o sentencia que declare la paternidad; para la madre por el mero hecho del nacimiento. Se suprimió toda distinción legal entre hijos legítimos y naturales.

En el Código actual el derecho a heredar depende sólo de la filiación, a menos que como concluye Rojina Villegas, que el padre haya descorocido al

hijo, puesto que el hijo natural no puede heredar, aun cuando haya obtenido sentencia favorable, si el ascendiente negó la demanda o lo negó en instrumento público. Esta medida tal como afirma Rojina, es tal vez injusta, fuera de lo ideal, pero está basada en la ley.⁽⁴³⁾

Confirmando el sistema adoptado por nuestro Código, se encuentra el -- mencionado art. 1607, que simplemente se refiere a la herencia de los hijos; todos adquieren por partes iguales, sin distinguir entre hijos naturales y legítimos. No obstante no se aceptará plenamente el derecho de los hijos na turales a la herencia, sin que previamente se acredite la filiación.

Para los hijos legítimos, en tanto, la filiación puede acreditarse, -- justificando el matrimonio de los padres, y el hecho de su nacimiento, con el acta del registro civil correspondiente.

Sucesión del Adoptado

El art. 1612 del Código Civil preceptúa:

"El adoptado hereda como un hijo; pero no hay derecho de sucesión en-- tre el adoptado y los parientes del adoptante."

Esto es consecuencia de que la adopción; crea un parentesco directo y exclusivo entre adoptante y adoptado y por lo tanto no concede derechos y obligaciones respecto de los parientes de uno y otro.

⁽⁴³⁾ Cfr. Rojina, Villegas Rafael. cit. pos. Antonio De Ibarrola. Op. Cit. p. 878.

Se sigue la regla de equiparar a los padres adoptantes con los consanguíneos.

El art. 1621, dispone: "Si concurre el cónyuge del adoptado con los -- adoptantes, las dos terceras partes de la herencia corresponden al cónyuge y la otra tercera parte a los que hicieron la adopción."

Del texto de los anteriores preceptos, se desprende que los adoptantes sí heredan, sin embargo, cabe señalar que los arts. 405 y 406 permiten la - revocación de la adopción por mutuo consentimiento o por ingratitud.

Herencia de los ascendientes

Para los ascendientes de primer grado, no es aplicable el mal llamado derecho de representación, en virtud de que heredan por cabezas; y sólo tienen derecho a heredar a falta de descendientes. Si viven los padres, en ausencia de descendientes y cónyuge, la herencia se divide en dos partes, que respectivamente se aplican al padre y a la madre. Estos excluyen a abuelos y ascendientes de ulterior grado.

Si muere alguno de los padres, el que sobreviva recibirá íntegramente la herencia, sin importar que existan ascendientes en la línea del padre -- premuerto.

Al respecto, los siguientes arts. señalan:

1615: "A falta de descendientes y de cónyuge, sucederán el padre y la

madre por partes iguales."

1617: "Si sólo hubiere ascendientes de ulterior grado por una línea, - se dividirá la herencia por partes iguales."

El art. 1618 señala: "Si hubiere ascendientes por ambas líneas, se dividirá la herencia en dos partes iguales y se aplicará una a los ascendientes de la línea paterna y otra a los de la materna."

Este último precepto, no es lo suficientemente claro. Al suponer que - los padres han muerto y sobreviven abuelos y bisabuelos por ambas líneas, - no es claro si la mitad de la herencia, que corresponde a una línea se divide entre el abuelo y el bisabuelo, o bien se aplica el principio de que los parientes más próximos excluyen a los más remotos.

Los arts. 1617 y 1618, resultan muy confusos, del primero parece desprenderse que concurren abuelos con bisabuelos; lo anterior lo apoya el art. 1619: "Los miembros de cada línea dividirán entre sí por partes iguales la porción que les corresponda." Por su parte Rojina Villegas opina, que debe aplicarse el art. 1604 conforme al cual "los parientes más próximos excluyen a los más remotos..."

Esta afirmación la considero la más congruente, toda vez que conforme con todos los Códigos en los que se basa el Código Civil vigente, está la manifestación, que en caso de existir padre, madre o ambos, quedan fuera -- los ascendientes de ulterior grado. Sin embargo, el problema se presenta --

cuando muertos los padres haya ascendientes de diversos grados.

En el Código Español, no existe duda, para la herencia de los ascendientes, ya que si existen éstos en grados diversos, supuesto que determina con toda claridad que el ascendiente más próximo en grado excluye, dentro de cada línea a los demás ascendientes. Este principio se observa, tanto cuando sólo existen ascendientes en una línea, materna y paterna, como cuando existen ascendientes de diferente grado en ambas líneas.

El Derecho español regula la herencia de los ascendientes en los artículos 935 al 937 del Código Civil.

Art. 935: "A falta de hijos y descendientes legítimos del difunto le heredarán sus ascendientes con exclusión de los colaterales."

Art. 936: "El padre y la madre si existieren, heredarán por partes iguales."

Existiendo uno solo de ellos éste sucederá al hijo en toda la herencia."

Art. 937: A falta de padre y madre sucederán los ascendientes más próximos en grado..."

Este art. 937, constituye el precepto del que carece nuestro Derecho,

para solucionar el problema de interpretación que se suscita, y establece:
"... Si hubiere varios ascendientes de igual grado pertenecientes a la misma línea dividirán la herencia por cabezas; si fueren de líneas diferentes, pero de igual grado, la mitad corresponderá a los ascendientes paternos y - la otra mitad a los maternos. En cada línea la división se hará por cabezas."

Se dispone con toda claridad, que a falta de padre y madre sucederán - los ascendientes más próximos en grado; no permite la herencia por líneas, ya que si en la línea paterna, existen los abuelos, en la materna han muerto, pero viven los bisabuelos, los abuelos paternos excluyen a los bisabuelos maternos.

En el art. 937 se ordena, que tratándose de ambas líneas, para la división por mitad se requiere que sean del mismo grado. Este artículo nos dice qué se hará cuando existiendo parientes de ambas líneas, fuesen de diferente grado; en ese caso el precepto anterior tiene aplicación estricta. "A -- falta de padre y madre sucederán los ascendientes más próximos en grado."

En el derecho español se concluye que el pariente más próximo v.gr. el abuelo, excluye a los bisabuelos. En nuestro derecho la regla es distinta: aun cuando los abuelos paternos hayan muerto, la mitad de la herencia se -- aplica al bisabuelo paterno y la otra mitad a los abuelos maternos.

Es decir, que existe una contradicción entre el multicitado principio

de exclusión del pariente más lejano por el más próximo, con el art. que -- dispone: "Si hubiere ascendientes en una sola línea la herencia se dividirá en partes iguales."

Considero que debiera prevalecer el criterio de que dentro de cada línea los parientes más cercanos excluyen a los más lejanos. Esta interpretación está en consonancia con la legislación española y con los códigos europeos en general.

Herencia del cónyuge

Históricamente han cambiado los derechos del cónyuge a heredar. Autores ius-naturalistas no estiman violado ese derecho, en los casos en que el legislador no considera a la mujer heredera por ley en caso de ab intestato.

Sin embargo no puede dejarse a un lado, que tales medidas resultan sumamente injustas, negarle todo derecho a la esposa es olvidar que el hombre es un ser sociable, nace, crece, se desarrolla en un ambiente, en el cual figuran seres con los que se encuentra obligado porque indudablemente reciben de ellos más de lo que puede pensarse, pensemos en la esposa de quien se recibe apoyo y comprensión, estímulo, ayuda y uno de los alicientes humanos que se necesitan para sobresalir.

Volviendo a la regulación que establece nuestra legislación, el cónyuge puede concurrir con otros parientes, como ya se ha expresado, e influye sobre la cuantía de los bienes que reciba, al concurrir con hijos, el hecho

de que tenga o no bienes propios. Cuando concurre con hermanos o con ascendientes, el hecho de que tenga o no bienes, carece de importancia. (art. -- 1624 y ss)

El art. 1629 de nuestro ordenamiento civil establece:

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

Cesan los derechos del cónyuge a heredar cuando causa estado la resolución judicial que decreta el divorcio civil. El derecho del cónyuge a heredar crece en la medida en que concurra con parientes más alejados del autor de la herencia.

Herencia de los colaterales

Nuestra legislación, sumándose a las exigencias del sentido común, redujo el número de parientes colaterales, con derecho a heredar.

El Código Civil de 1884, en su art. 3618, decía: "A falta de ascendientes, descendientes y cónyuge, la ley llama a la sucesión a los colaterales dentro del OCTAVO GRADO." Actualmente estos parientes pueden heredar hasta el cuarto grado, inclusive. "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..." (Art. 1634).

En relación con esta materia, el Código vigente establece:

Art. 1630: "Si sólo hay hermanos por ambas líneas, sucederán por partes iguales."

Art. 1631: "Si concurren hermanos, con medios hermanos, aquéllos heredarán doble porción que éstos."

Art. 1632: "Si concurren hermanos con sobrinos, hijos de hermanos o medios hermanos premuertos, que sean incapaces de heredar o que hayan renunciado a la herencia, los primeros heredarán por cabeza y los segundos por estirpes, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo anterior."

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

Herencia de la concubina

Los Códigos de 1870 y 1884, no reconocieron derechos a la concubina para heredar, ni tampoco se le reconoció derechos para exigir alimentos en los casos de herencia testamentaria. El Código Civil actual, si concede a la concubina estos derechos, esgrimiendo como argumento, que el concubinato no es una situación que la ley prohíba; en la exposición de motivos del proyecto para el Código Civil se explica, que en los casos en que no exista matrimonio, cuando el causante permaneció célibe, tuvo sólo una concubina y vivió con ella durante cierto tiempo anterior a su muerte, o le proporcionó hijos, es justo reconocerle su derecho a la herencia, en los casos de sucesión intestada, o bien el derecho de exigir alimentos en los casos de sucesión testamentaria, si el testador no dispone en favor de ella.

El art. 1635 enuncia las siguientes condiciones para que la concubina pueda heredar:

- a) Que haya vivido con el autor de la herencia... como si fuera su ma-
rido.
- b) Que esa cohabitación haya tenido lugar "durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte.
- c) O bien que haya tenido hijos con ella, pero,
- d) Siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato.

Este mismo artículo señala las reglas de acuerdo a las cuales hereda - la concubina:

"I. Si la concubina concurre con sus hijos, que lo sean también del au-
tor de la herencia, se observará lo dispuesto en los arts. 1624 y 1625 (que se refieren a los casos en que la esposa tiene bienes propios).

II. Si ... concurre con descendientes del autor de la herencia, que - no sean también descendientes de ella, tendrá derecho a la mitad de la por-
ción que le corresponda a un hijo;

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

En esta fracción el maestro De Ibarrola apunta, que implica un proble-

ma de interpretación. Puesto que la concubina puede heredar a pesar de que el art. 1635 exige como requisito que a la muerte del autor de la herencia sólo tenga una concubina, de ello resulta, que la concubina puede heredar, aunque el autor de la herencia hubiese tenido 2 ó más concubinas, siempre y cuando en el momento de la muerte sólo exista una, y que haya vivido con él en los cinco años anteriores a su muerte. (44)

Por razones obvias, nunca puede darse la hipótesis de concurrencia de la esposa con la concubina.

"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 pertenecen 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.

(44) Cfr. De Ibarrola, Antonio. Op. Cit., p. 899.

Concluye el art. 1635: "Si al morir el autor de la herencia tenía va--
rias concubinas en las condiciones mencionadas al principio de este artícu--
lo, ninguna de ellas heredará."

Herencia de la Beneficencia Pública

"A falta de todos los herederos llamados en los capítulos anteriores,
sucederá la Beneficencia Pública." (Art. 1636).

El anterior Código reconocía el derecho de heredar a los parientes co--
laterales hasta el octavo grado, por lo tanto el Fisco no podía heredar - -
existiendo colaterales hasta ese grado.

Expresa acertadamente la exposición de motivos del Código Civil vigen--
te, que los lazos del parentesco colateral después del cuarto grado, ya son
débiles, por lo que no es lógico que a falta de disposición testamentaria,
suponer que la voluntad del autor de la herencia haya sido dejar bienes a -
parientes tan alejados. Por esta razón, en el actual Código se aumentan los
derechos del Estado-heredero.

La Beneficencia Pública puede concurrir con la concubina a falta de --
descendientes, ascendientes, cónyuge y colaterales hasta el cuarto grado, -
recibiendo la mitad de la herencia. Como el art. 27 Constitucional prohíbe
a las instituciones de beneficencia públicas y privadas, adquirir bienes --
raíces innecesarios para su objeto, en los casos en que la Beneficencia Pú--
blica herede bienes a fin de cumplir con el precepto constitucional, el - -
art. 1637, dispone que esos bienes se rematen y se le aplique su valor.

2. SUCESION TESTAMENTARIA

Quando se analizó, los supuestos del derecho hereditario, sólo se enumeró, aquéllos que producen consecuencias tanto en la sucesión intestada, - como en la testamentaria, omitiéndose, evidentemente citar como tal, al testamento, en virtud de que dicho supuesto sólo adquiere trascendental importancia, en la sucesión que opera por la voluntad del testador, el cual debe conjuntarse con la muerte del autor para que produzca sus consecuencias jurídicas.

"En la sucesión testamentaria, el testador si es un sujeto del derecho hereditario, cuya conducta se encuentra regulada, no sólo para dictar válidamente su testamento, sino que también determina hasta que punto alcanza - el poder de su voluntad, y en que aspectos debe detenerse ante disposiciones prohibitivas o imperativas que lo obligan a disponer en determinada forma de sus bienes, ya sea atendiendo a ciertas legislaciones, que no admiten plenamente la libertad de testar, o bien que lo limiten a la necesidad jurídica de asegurar alimentos a ciertas personas bajo la sanción de que el testamento sea considerado inoficioso en caso contrario."⁽⁴⁵⁾

El derecho de heredar, ha ido evolucionando, de acuerdo con las tendencias que ha sufrido el derecho de propiedad. Conforme con esta transformación, de la etapa colectiva a la individual, pasando por la familiar, el derecho de heredar inicialmente se circunscribió a la familia, y esta limitante se basó en el parentesco, consagrándose, el principio de los herederos -

(45) *Rojina, Villegas Rafael: Compendio de Derecho Civil, Tomo II. Bienes, Derechos Reales y Sucesiones, p. 286.*

como creación de Dios, afianzándose, por ende, la idea del derecho hereditario ligado íntimamente a los vínculos de la sangre, no siendo posible modificar esa situación a través de la libre testamentifacción.

Fue en Roma donde se consagró el régimen de la libertad de testar, la sucesión testamentaria fue introducida por la Ley de las XII Tablas, creándose posteriormente, la convicción de que morir intestado, era un deshonor, y el morir testado un honor, adquiriendo gran trascendencia, dentro de la organización de la familia en Roma, como consecuencia derivada de la potestad ilimitada del pater familias.

Reiteraré brevemente, que el antiguo Derecho Germánico, contrareestó esa libertad de testar, instaurando una sucesión hereditaria, exclusivamente familiar, partiendo del principio de que Dios creaba a los hombres, y en esa forma señalaba a los herederos a través de la sangre. En el Derecho Feudal, el sistema sucesorio se fundó, en la conveniencia de conservación del patrimonio indivisible, a fin de conservar el poderío de las grandes familias; estas vinculaciones fueron radicalmente eliminadas durante la Revolución Francesa, transformando el sistema hereditario, fundándolo sobre la base de igualdad, aboliéndose toda clase de privilegios.

Posteriormente el Código de Napoleón, estableció la sucesión legítima forzosa, sobre la mayor parte de los bienes, permitiéndose la libertad de testar, sólo a falta de herederos legítimos.

Nuestro Derecho como ya se expuso, reguló el derecho a la sucesión he-

reditaria a través de dos corrientes, la de "la legítima" instaurada en el Código Civil de 1870 y la libre testamentifacción, adoptada por el Código Civil de 1884.

Lo anterior representa el cambio de un ordenamiento basado en la idea de una herencia forzosa en favor de los parientes más cercanos; a otro, fundado en la facultad de disponer libremente de sus bienes, por el testamento, sin más limitación que las que la ley determina expresamente.

Pues bien, para retomar el punto central de este tema, diré que la sucesión testamentaria tiene su fuente en el testamento, documento en el cual se contiene la voluntad del testador respecto del destino de sus bienes, el Derecho mediante el testamento autoriza al testador, a declarar su voluntad. La facultad de hacer esa declaración, no podría suprimirla el Estado, sin cometer una grave injusticia.

El fundamento de la sucesión testamentaria, es el mismo que se aplica al testador, mientras vive, el de la propiedad privada, ya que si en vida el individuo puede disponer de sus bienes, con sólo "las limitaciones y modalidades que fijan las leyes" (Art. 830), puede también prever para después de su muerte con la misma libertad.

Alrededor de la sucesión testada, se han generado tres Teorías, todas con la finalidad de explicar la naturaleza jurídica de esta figura:

Teoría Iusnaturalista.- Entre sus máximos exponentes se encuentran Grocio y Pufendorf, quienes afirman que "el derecho de testar deriva del derecho de propiedad" (46), toda vez que el hombre en vida tiene facultades para celebrar todo tipo de negocios jurídicos y de igual manera puede disponer de ellos libremente para después de su muerte.

Esta Teoría es adoptada por la Constitución de la URSS, al establecer en su art. 10, lo siguiente: Los ingresos provenientes del trabajo, constituyen la base de la propiedad personal de los ciudadanos de la URSS. Pueden ser propiedad personal, los utensilios de menaje y uso cotidiano, los bienes de consumo y de comodidad personal, los objetos de hacienda doméstica auxiliar, la vivienda y los ahorros procedentes del trabajo. El Estado protege la propiedad de los ciudadanos y el derecho de heredar.

Frente a esta teoría, Kant desarrolla la llamada teoría individualista, manifestando que una vez acontecida la muerte de una persona, quedan extinguidos, sus derechos, convirtiéndose en ese caso, el acervo hereditario, en "resnullius" otorgándose a los parientes la facultad de tomar posesión de todos los bienes del de cujus. (47) Estas proposiciones indudablemente conducirían al caos y al abuso.

Finalmente, en la Teoría de la Concesión de la ley, sus exponentes, -- sostienen ¿Porqué causa produciría efectos una voluntad cuando ya no existe? (48) Esta afirmación, sin embargo, no me parece muy sólida, puesto que

(46) De Ibarrola, Antonio. Op. Cit., p. 641.

(47) Cfr. Op. Cit., p. 642.

(48) Idém. p. 642.

el hablar de la sucesión testamentaria, entraña lógicamente la expresión de voluntad del autor, en vida, cuando en pleno uso de su voluntad, determinó el destino de su patrimonio.

Confirmando lo anterior, Antonio de Ibarrola, hace un agregado al subdividir a la voluntad en dos; primeramente, el momento de disposición, que es cuando se expresa la voluntad y el de ejecución en donde ya no se hace - necesaria la existencia de la voluntad.

El derecho de testar, no es una simple concesión de la ley. Se basa en principio de filosofía racional que está por encima de la voluntad del legislador.⁽⁴⁹⁾

Respecto de la naturaleza jurídica de la sucesión testamentaria, Kant manifiesta, que la transmisión de la titularidad de un patrimonio necesita, la existencia de un acuerdo de voluntades, acuerdo que no está presente en la sucesión testamentaria, puesto que la transmisión opera por simple efecto de la ley, toda vez que el testamento no debe ser considerado como un -- contrato, sino como un acto unilateral. De aquí que el Derecho Sucesorio, - en términos generales ha sido definido como el conjunto de normas jurídicas dentro del Derecho Privado, cuya finalidad es regular la titularidad del patrimonio de una persona física para después de su muerte, abarcando no sólo el aspecto patrimonial, no tiene el testamento como finalidad transmitir una continuidad económica.

[49] Cfr. De Ibarrola, Antonio. Op. Cit., p. 642.

Así que, el derecho subjetivo de heredar, puede ser entendido, en dos sentidos, el que corresponde al derecho de transmisión, y el relativo al de recho de adquisición; aquél le es inherente al autor, y emana del derecho de propiedad, cuando la transmisión se efectúa, merced a un testamento, la voluntad del autor se erige en la suprema ley, mediante la cual se satisfaca la finalidad social y económica de la sucesión, cumpliéndose los deseos del de cujus y garantizándose el cumplimiento de las obligaciones pendientes a su muerte.

Se ha esbozado, hasta aquí a grandes rasgos los sistemas hereditarios romano y germánico, resulta sin embargo de gran importancia apuntar la influencia que ha tenido sobre el sistema, la doctrina cristiana; ya que en muchas comunidades medievales la sucesión era el medio de adquisición de diversas posiciones, v.gr. los funcionarios públicos eran llamados a su oficio, por normas del Derecho Sucesorio, desde los Notarios, nobles en general, hasta al Jefe de Estado. Fue la Iglesia, la que rompió con el sistema de adquisición de cargos a través del derecho hereditario, en un tiempo en que la transmisión por herencia era general, y lo hizo a través del único medio radical: el celibato. (50)

Volviendo a la repercusión de la doctrina cristiana, ésta no se trata del ordenamiento jurídico de un pueblo, sino que constituye la aplicación de una serie de principios morales o la formación de reglas que pretenden tener validez universal, y que en general están dirigidas a modificar un de recho existente.

50). Cfr. La Cruz, José Luis y Manuel Albaladejo. *Op. Cit.*, p. 12.

El sistema romano y germano, nacen en primera instancia como, derecho consuetudinario, como autorregulación; el derecho canónico viene impuesto por una autoridad espiritual, por lo tanto resulta sumamente importante señalar, que la principal influencia de la doctrina cristiana sobre los Derechos Seculares, es indudablemente, el tema de la libertad de disponer, fundada en dos principios cristianos básicos: "el respeto absoluto a la personalidad humana, en su más alta manifestación, y la afirmación absoluta de la libertad del querer en cualquier sujeto de derecho".⁽⁵¹⁾ Es así como el Derecho canónico tiende a salvar cualquier producto de la voluntad humana, considerando al testamento, como un medio instrumental para recoger y salvar la libertad del testador.

Por otro lado, al analizar el sistema establecido actualmente por nuestra legislación, que es el de la libre testamentación en donde se permite la libre transmisión de los bienes y derechos que no se extinguen con la muerte, encontramos que existe tan solo una restricción: respetar y cumplir las obligaciones alimenticias pendientes en la fecha del fallecimiento, al efecto el art. 1368 dispone en la siguiente forma:

"El testador debe dejar alimentos a las personas que se mencionan en las fracciones siguientes:

- I. A los descendientes menores de 18 años...
- II. A los descendientes que estén imposibilitados de trabajar, cualquiera que sea su edad...

⁽⁵¹⁾ La Cruz, José Luis y Manuel Albaladejo. Op. Cit., p. 25.

- III. Al cónyuge supérstite, cuando esté impedido de trabajar y no -- tenga bienes suficientes. Salvo otra disposición expresa del -- testador, este derecho subsistirá en tanto no contraiga matrimono y viva honestamente.
- IV. A los ascendientes.
- V. A la persona con quien el testador vivió como si fuera su cónyuge durante los cinco años que precedieron a su muerte o con - - quien tuvo hijos...
- VI. A los hermanos y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado, si están incapacitados o mientras no cumplan 18 años, si no tienen bienes suficientes para subvenir a sus necesidades.

Esta limitación al derecho de disposición de los bienes del testador - obedece a que las personas mencionadas son acreedores alimentistas y su derecho debe estar a salvo a pesar de cualquier disposición testamentaria. La ley protege a los acreedores alimentistas, estableciendo la inoficiosidad - del testamento para sancionar y garantizar el cumplimiento de la obligación alimentaria.

Por mi parte concluiré, que en relación con la sucesión testamentaria: que efectivamente, si el Estado suprimiera el derecho de testar cometería no sólo una gran injusticia, sino también un grave error, privaría al hombre - del estímulo indispensable para la utilización provechosa y productiva de - su capacidad creadora, arrancándole una facultad que le es natural, la expresión de su voluntad para disponer de sus bienes para después de su muerte.

Hay que recordar que el individuo, tiene intrínsecamente el derecho de propiedad, no es el Estado quien se lo otorga, por consiguiente el derecho de testar, proviene de un derecho natural al hombre, derivado desde luego - del derecho de propiedad, y es a través de la evolución de ese mismo derecho como se genera la facultad de disponer libremente de sus bienes, es decir nace aparejada a la propiedad individual el derecho de otorgar testamento.

Independientemente del carácter inherente de disposición que el hombre posee en relación con su patrimonio, debe pensarse en los beneficios que -- proporciona una sucesión regulada por la previa voluntad de su autor, ya -- que debe pensarse que en efecto es el medio idóneo para asegurar el orden; y que el hombre no sólo debe pensar en su vida presente, debe preveer para los que vienen detrás, aprovechando en la mejor forma sus bienes, debe asimismo propiciar la concordia, ser ecuánime y justo, pero no en un sentido - de rígorosa igualdad, y el mejor medio será manifestar su voluntad, de la - manera más explícita posible; cuyo cumplimiento se destine para después de su muerte.

3. SUCESSION MIXTA

Al hablar de las diferentes clases de sucesiones, se hizo una clasificación: la sucesión testamentaria, la sucesión legítima y la sucesión mixta, y para definir a esta última, cabe mencionar el contenido del art. 1283, -- que textualmente dice:

"El testador puede disponer del todo o parte de sus bienes. La parte -

de que no disponga quedará regida por los preceptos de la sucesión legítima."

Sin embargo no siempre aconteció en esta forma, y vale la pena recordar que el Derecho Romano proclamó la indivisibilidad de los fundamentos de vocación (supuesto de hecho al que la ley une una consecuencia, el hecho de ser heredero).

Se decretó la incompatibilidad de las clases de sucesión, a través de la regla "Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decere potest", nadie puede morir en parte testado y en parte intestado. No existía la posibilidad de una concurrencia de la sucesión legal, con la testamentaria, de esta imposibilidad de coexistencia, se derivaron, las siguientes consecuencias:

a) Si el testador había dispuesto, sólo de una parte de su patrimonio, instituyendo regularmente un heredero, los herederos legales no eran llamados, mientras existiera un heredero testamentario, quien en virtud del título de heredero adquiriría también aquella parte del patrimonio sobre la que no había dispuesto el de cujus.

b) Si el testador no había instituido heredero, y si sólo legados no valía el testamento.

El Derecho Romano admitió el derecho de acrecer, a fin de evitar que una persona muriera en parte testada y en parte intestada y también con objeto de que el heredero instituido en una fracción de la herencia, pudiera recibir la totalidad de la misma.

Así pues, en tanto valía el testamento, el Derecho Romano concedió al heredero testamentario supremacía, extendiendo la institución de heredero - incluso a límites insospechados para el propio testador.

Posteriormente, la regla de incompatibilidad entre las sucesiones testada e intestada, se atenuó dentro de este Derecho, a través de instituciones tales como el testamento militar y el codicilo.

En nuestra legislación el derecho de acrecer, lo reconoció expresamente el Código Civil de 1884, definiéndolo en su art. 3653: "Derecho de acrecer, es el que la ley concede a un heredero para agregar a su porción hereditaria, la que debía corresponder a otro heredero."

Por su parte el art. 3654 dispuso:

"Para que en las herencias por testamento tenga lugar el Derecho de -- Acrecer se requiere:

I. Que dos o más, sean llamados a una misma herencia o a una misma -- fracción de ella, sin especial designación de partes.

II. Que uno de los llamados muera antes que el testador, renuncie a la herencia o sea incapaz de recibirla."⁽⁵²⁾

Actualmente, en el Código Civil vigente no encontramos preceptos que -- aludan directa o indirectamente al derecho de acrecer, ya que en caso de --

(52) *Rojina, Villlegas Ragacl. Compendio de Derecho Civil, Tomo II. Bienes, Derechos Reales y Sucesiones, p. 418.*

existir varios herederos instituidos y a falta de uno de ellos se abrirá la sucesión legítima, tal como lo previene la fracción IV del artículo 1599.

El artículo 1614 establece: "Si el intestado no fuere absoluto, se deducirá del total de la herencia la parte de que legalmente haya dispuesto el testador y el resto se dividirá de la manera que disponen los artículos que preceden."

Nuestro Código, al rechazar el principio de la indivisibilidad de la vocación (nemo pro parte testatus...), y en virtud de que resulta contrario a la exigencia de la clara y precisa expresión de la voluntad del testador, para que se produzca la sucesión, y puesto que el autor puede ser heredado, parcialmente de acuerdo con sus disposiciones de última voluntad, y en parte conforme con las prescripciones de la ley, se hace innecesario el derecho de acrecer, mediante el cual en caso de no existir uno de los herederos testamentarios, entren en su lugar los demás herederos, ya que en ese supuesto, serán llamados los herederos ab intestato.

Así es, hoy en día, es perfectamente normal, que una parte de la sucesión, se transmita por testamento y la otra lo sea por la ley, ya sea por no haber dispuesto el causante, más que en parte, o bien porque no llegó a ser eficaz su disposición, existiendo simultáneamente un heredero testamentario y otro legal.

CAPITULO II

SUCESION TESTAMENTARIA

A. La Sucesión Testamentaria en la Doctrina

Para una mayor comprensión del derecho sucesorio en general Rojina Villegas nos brinda una clasificación de los conceptos que doctrinalmente se han considerado como fundamentales en una sucesión legítima o testamentaria, según sea el caso y de los cuales haré brevemente un análisis.

Los sujetos del derecho hereditario.- Son aquellas personas que de alguna manera intervienen en una sucesión legítima o testamentaria. En relación a esta última, me refiero en primer término al autor de la sucesión, - quien prácticamente se convierte en un legislador de su patrimonio, toda vez que en forma activa y libre expresa su voluntad, con la única salvedad de que ésta no debe ser considerada ilícita o contraria a las buenas costumbres.

Como segundo sujeto del derecho hereditario, encontramos al heredero, quien es considerado como el sucesor del testador a título universal.

Los legatarios también son sujetos del derecho hereditario, porque adquieren a título particular y asumen, en su caso, una responsabilidad subsidiaria junto con los herederos.

Los albaceas son prácticamente los administradores del acervo hereditario y representantes del testador.

Finalmente, como sujetos del derecho hereditario se encuentran los acreedores y deudores de la herencia.

Con referencia a los supuestos que deben concurrir en una sucesión testamentaria, se encuentran la existencia del propio testamento legalmente válido; así como también que los instituidos herederos y legatarios gocen de la "testamentifactio pasiva" y como último supuesto la no manifestación de un repudio a la herencia o al legado. La principal consecuencia de una sucesión testamentaria, es la creación, modificación, transmisión o extinción de derechos y obligaciones.

En cuanto a los objetos del derecho hereditario, son todos aquellos derechos, deberes y sanciones relacionados con la herencia.

Finalmente, dentro del marco sucesorio, encontramos la multitud de relaciones que se generan entre los sujetos que intervienen, ya se trate de una sucesión testamentaria o legítima. (53)

Cabe mencionar que, dentro de la esfera jurídica, existe una normatividad respecto de negocios realizados *inter vivos* y *mortis causa*, conceptuando a los primeros como aquellos negocios en que las partes comparecen personalmente para su realización, o al través de sus legítimos representantes; y -

(53) Cfr. *Rojina, Villegas Rafael. Compendio de Derecho Civil, Tomo II, Bienes, Derechos Reales y Sucesiones*, p. 418.

como negocios mortis-causa, aquéllos en que el autor ya no comparece, pero que, sin embargo, su patrimonio por efectos de la ley, pasa a poder de otro titular como sucede en la sucesión testamentaria, al través de este acto jurídico, el de cujus deja concretada su última voluntad, con el fin de que sea cumplida por sus herederos o legatarios, según se trate, es decir en una sucesión testamentaria la voluntad del testador es diferida "post mortem".

En la actualidad, toda ley positiva debe respetar la existencia de una sucesión testamentaria, sin tomar como norma que los padres deben hacer una repartición igualitaria de ese patrimonio, toda vez, que deberán privar las distintas circunstancias de los miembros de familia.

Recordemos que para Kant la transmisión de la titularidad de un patrimonio necesita la existencia de un acuerdo de voluntades, acuerdo que no está presente en una sucesión testamentaria, puesto que la transmisión opera por simple efecto de la ley, ya que el mencionado acto jurídico no debe ser considerado como un contrato sino como un acto unilateral.

Rojina Villegas hace las siguientes observaciones al comparar el contrato con el testamento:

El testamento es una forma de transmisión a título universal o a título particular; el contrato es el acuerdo que origina una transmisión únicamente a título particular. El supuesto jurídico también es diferente en el testamento y en el contrato, en el testamento lo constituye la muerte del

autor, y en el contrato es el acuerdo de voluntades.

Existe una diferencia muy significativa, en el contrato, nunca hay una transmisión total de un patrimonio a título universal. El testamento es la única forma de transmisión universal.⁽⁵⁴⁾

Por mi parte estoy de acuerdo en no considerar al testamento como un contrato, ya que éste se perfecciona con el acuerdo de voluntades, acuerdo que no existe en un testamento, pues unilateralmente el testador expresa su voluntad y con posterioridad el instituido heredero o legatario manifiesta su aceptación o negativa.

Al analizar qué derechos son transmisibles por testamento, tenemos que son todos los que tienen un interés pecuniario; las obligaciones de otorgar alimentos no se extinguen con la muerte, por lo que también son transferidas por testamento.

La teoría Ius Naturalista es acogida por nuestra legislación al definir al testamento como "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".

A continuación procederé a efectuar un estudio de las muy distintas formas en que se ha definido al testamento.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. *Rojina, Villegas Rafael. Compendio de Derecho Civil, Tomo II. Bienes, Derechos Reales y Sucesiones.* p. 461.

Modestino expresa: "testamentum est voluntatis nostrae justa sententia de eo quod post mortem suam, fieri velit que significa el testamento es una justa disposición de nuestra voluntad de aquello que alguien desea que sea - hecho después de su muerte". (55)

Para Bonnacasse el testamento es:

a) Un acto jurídico solemne cuyo propósito es dar a conocer por parte - de su autor, su voluntad para la época que seguirá su fallecimiento, tanto - desde el punto de vista pecuniario y extrapecuniario.

b) Es esencialmente revocable; en él el testador a nada se obliga.

c) No es necesario que englobe todos los bienes del difunto. Hace mucho tiempo quedó derogado en la legislación positiva, el principio romano de Nemo partim testatus et partim intestatus decere potest.

d) Surte efectos únicamente en caso de muerte, mortis causa: en tanto, al heredero sólo confiere una expectativa de derecho. (56)

Sánchez Román, lo define como un acto jurídico mortis causa, personalísimo y singularmente individual y unilateral, otorgado por persona con la capacidad especial legalmente necesaria, y con sujeción estricta a las formas de la Ley, esencialmente revocable hasta la muerte, por virtud del cual de--

(55) De Ibarrola, Antonio. Op. Cit., p. 645.

(56) Cfr. Op. Cit., p. 646.

clara su última voluntad acerca de la disposición de todos o parte de sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles, y de cuantas otras manifestaciones de aquélla, se establezcan en el mismo, aunque no tengan aplicación patrimonial.

Nuestro Código de 1884 definía al testamento como "el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o parte de ellos", esta definición no parece ser muy acertada, debido a que el testamento no siempre es sólo un acto de disposición de bienes, se hacen declaraciones de paternidad, reconocimiento o perdón de deudas, etc.. Concepto que atinadamente fue ampliado por nuestra legislación civil vigente al expresar en su artículo 1295: "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"; sin olvidar, aunque así no lo exprese el mencionado artículo, que es un acto solemne y eminentemente unilateral.

De las definiciones antes descritas se desprende que el testamento es:

- a) Un acto jurídico unilateral, porque únicamente necesita la expresión de voluntad del autor, sujetándose a las formalidades y a los requisitos que la ley establece, para que adquiriera existencia y validez, sin que sea necesario el acuerdo o concurrencia de voluntades distintas a las del testador. La aceptación o repudiación de la herencia, son independientes para la existencia o validez del testamento.

- b) Un acto personalísimo, es decir, sólo el autor en persona puede manifestar su voluntad, no debe ser emitido por un procurador, como - ampliamente lo encontramos regulado por las Leyes de Toro y en forma más explícita lo encontramos regulado por el artículo 1297 de -- nuestro Código, al expresar lo siguiente "Ni la subsistencia del -- nombramiento del heredero o de los legatarios, ni la designación de las cantidades que a ellos correspondan, pueden dejarse al arbitrio de un tercero."
- c) Es un acto solemne.
- d) Es revocable, ya que en cualquier momento, hasta antes de la muerte, puede el testador modificar o dejar sin efecto, total o parcialmente las disposiciones testamentarias anteriores. La revocación puede ser expresa o tácita. La ley presupone la revocación del testamento anterior por el posterior perfecto, si el testador no expresa en és te su voluntad de que aquél subsista en todo o en parte.
- e) Es libre, por su característica de ser libre el testamento, cualesquier limitación convenida expresa o implícitamente carece de validez. La libertad de testar, excluye la posibilidad de otorgarlo válidamente bajo la influencia, o amenazas contra la persona o los -- bienes del autor, de su cónyuge o de sus parientes u obligado por -- la violencia o por la privación o restricción de la libertad.
- f) Asimismo, el susodicho acto es considerado como individual, es decir, no pueden otorgar testamento en el mismo momento dos o más personas. A manera de ejemplo, podemos expresar que en el derecho alemán tal forma es permitida, toda vez que existe el llamado testamento mancomunado.

- g) Debe ser ejecutado por persona capaz.
- h) Tiene por objeto la transmisión de bienes, derechos y obligaciones que no extingan por la muerte o la declaración y cumplimiento de deberes.

Como en todo acto jurídico, en el testamento encontramos elementos de validez y de existencia. Toda vez que la falta de alguno de ellos, genera una nulidad, ya absoluta, ya relativa.

Como primer elemento esencial del testamento se encuentra la manifestación de voluntad, esta debe hacerse por el testador en forma clara y precisa, de ninguna manera tácita, en la que se pretenda deducir de hechos, o -- bien tampoco es aceptable que el testador manifieste su voluntad mediante -- señas o monosílabos contestando las preguntas que se le hagan.

Ahora bien, cuando de la lectura del texto del testamento, se desprende que es contrario a la voluntad del testador, puesto que al emitirse se -- hizo uso de palabras que inducen al error y que parecieran ser contrarias a -- lo que el testador quiso expresar. Ante tal situación es admitida análoga-- mente la interpretación que de los contratos se hace, es decir debe prevalecer "la intención sobre el texto del documento."

El segundo elemento esencial de todo negocio jurídico es el objeto y -- en el testamento éste puede consistir en la institución de herederos y legatarios, o en la declaración y cumplimiento de ciertos deberes o ejecución -- de determinados actos jurídicos.

Así, pues, nos percatamos que el objeto de una sucesión testamentaria es muy variado, ya que será válido dicho acto aunque no contenga como objeto institución de herederos, toda vez que el testador puede disponer de sus bienes en legados; los legatarios, en tal situación, son considerados como herederos a título universal, subrogándose en los derechos y obligaciones de un heredero.

Por otro lado, el objeto de todos los negocios jurídicos no debe ser imposible tanto física como jurídicamente, o sea que los bienes que van a ser objeto de la transmisión deben existir en la naturaleza y estar dentro del comercio así como ser determinados o determinables, esta transmisión no debe comprender derechos y obligaciones que se extinguen con la muerte; el objeto también debe ser posible y lícito, además no debe ser contrario a -- las leyes de orden público, ni a las buenas costumbres.

Como tercer elemento de existencia del testamento se encuentra la causa, motivo o fin que origina el acto; alrededor de este elemento se han originado varias tesis, por un lado la llamada Teoría Causalista que considera a la causa como elemento de existencia de todo acto jurídico. Asimismo se encuentra la Teoría Anticausalista, que expresa que la causa es un elemento que va implícito en la manifestación de la voluntad, es decir, el acto ya existe en cuanto hay un objeto y una manifestación de voluntad.

Es por otra parte muy importante subrayar que el testamento, es un acto solemne, porque se la ha rodeado de una serie de formas indispensables -

para la exteriorización de la voluntad, es decir formalidades tan importantes, tratándose del testamento, que no son simplemente para revestir el acto de una forma determinada y después de poder probarlo, sino que entran en composición con el acto mismo, una forma de ser del propio acto, por lo que en realidad se trata de verdaderas solemnidades.

De acuerdo con lo anterior, en el caso de que faltara alguna de las solemnidades al testamento, éste se tiene como jurídicamente inexistente, aun que la ley hable de nulidad en el art. 1491 del Código Civil. Sin embargo, este ordenamiento en los artículos 1310, 1319 y 1520 habla de solemnidades en relación con el testamento.

Ahora bien, hay que tomar en cuenta, que se requiere capacidad de ejercicio, es decir, que en el momento del otorgamiento concurren la "testamenti factio activa y la testamenti factio passiva".

En cuanto a la voluntad, ésta debe estar ausente de vicios, es decir, el testador no debe ser víctima de error o dolo en su voluntad.

B. Clases de Testamentos

Ha quedado establecido que el testamento es un acto jurídico formal, a través del cual, el testador, expresa su voluntad por escrito, y así de las formalidades que la ley imponga al testador al manifestar su voluntad, y dependiendo de las circunstancias que lo rodeen al momento de emitir este acto jurídico, se derivan las distintas clases de testamentos.

La manifestación de la voluntad en toda clase de testamentos debe ser expresa, nunca en forma tácita.

Nuestra legislación vigente en su artículo 1499, clasifica a los testamentos en cuanto a su forma en ordinarios y especiales. A propósito de esta división, debemos considerar que los testamentos ordinarios, son aquéllos - que la ley regula para que sean otorgados en circunstancias y con las formalidades normales; y los testamentos especiales, sólo pueden hacerse en los casos expresamente señalados en la ley. Son especiales, porque las formalidades son mínimas y adaptadas a las circunstancias que en ese momento vive el testador, y con el fin de que no muera intestado.

El testamento ordinario, según el art. 1500 del Código Civil, puede -- ser de tres formas a saber y son:

1. Público abierto
2. Público cerrado
3. Ológrafo

Lo más prudente y razonable, en mi opinión es que se recurra, para testar a cualquiera de los ordinarios, con el fin de que el testador pueda valorar y ponderar bien todas las circunstancias y cumplir con todos los deberes que tiene

De conformidad con el art. 1501 del mismo ordenamiento Civil, el testamento especial puede ser:

- | | |
|------------|------------------------------|
| 1. Privado | 3. Marítimo |
| 2. Militar | 4. Hecho en país extranjero. |

No obstante su simplicidad y precaria vigencia, los testamentos especiales, son tan testamentos como los ordinarios y cumplen las mismas funciones y deben reunir los mismos requisitos de unidad del acto, libre de toda coacción o violencia al testador y que lo exprese claramente.

Testamento Público Abierto

El art. 1511 del Código Civil vigente, lo define en la siguiente forma:

"Testamento público abierto, es el que se otorga ante Notario y tres testigos idóneos." Que conozcan al testador, lo vean y lo entiendan, como lo establece el art. 1504. La idoneidad de los testigos, la tenemos, a contrario sensu, del art. 1502.

Es importante señalar que una interpretación literal de la fracción I del artículo 1502, y dados los tiempos de adelanto tecnológico que vivimos, nos llevaría a pensar que realmente el Notario ya no tiene amanuenses y por tanto sus empleados podrían servir de testigos. Sin embargo, debe entenderse, que el citado artículo se refiere a cualquier empleado del Notario.

Además de la idoneidad de los testigos, es claro que también el Notario debe serlo; porque esté en funciones, que actúe dentro de su jurisdicción, etc.

Ahora bien, este testamento es público, porque se otorga en un instrumento público, y ante una persona investida de fe pública, es abierto porque la voluntad del testador, expresada por medio del testamento, es conocida por el Notario y los testigos que en él intervienen. Cabe señalar que este testamento es, de las escrituras que se autorizan en forma definitiva en el mismo acto y es la ley (art. 1519 de nuestro ordenamiento) la que dispone que se haga en un solo acto.

La intervención del Notario y de los testigos es característica en este tipo de testamentos, y al efecto el art. 1504, dispone: que el Notario y los testigos deberán cerciorarse de la identidad del testador, así como de su capacidad y de que al realizar este acto, esté libre de toda coacción.

Según el art. 1512, el testador, expresará de un modo claro y terminante su voluntad al Notario y a los testigos.

El Notario redactará por escrito las cláusulas del testamento, sujetándose estrictamente a la voluntad del testador, y las leerá en voz alta para que el testador manifieste su conformidad con el documento.

Para comprender mejor esta disposición, es necesario precisar, que es lo que debe entenderse por "Redactará por escrito". Esto no quiere decir -- forzosamente que el Notario lo haga personalmente, sino que puede servirse de los medios que habitualmente emplea para la elaboración de las escrituras; generalmente las actas notariales no son dictadas por las partes, el -

Notario las redacta según las indicaciones que recibe, las partes sólo figuran en el acto por su firma, por el contrario, el testamento lo dicta el -- testador y el Notario escribe lo que se le dicta. ¿Cuál es el motivo de esa excepción?. Pues simplemente, que el testamento debe ser la expresión libre, espontánea de la voluntad del testador, es él su autor directo y exclusivo, el Notario interviene para dar autenticidad a las disposiciones del testador.

Por otra parte, si el Notario debe escribir tal como le es dictado, -- ¿quiere decir esto, que el Notario reproducirá servilmente las mismas expresiones de que se ha servido el testador?. La negativa es evidente, puesto - que el Notario debe redactar de manera que lo expresado por el testador tenga sentido conforme a derecho, debe traducir a expresión más adecuada el resultado de la investigación de la voluntad del testador. Como señala Pacifi-
ci-Mazoni: "El reducir a escrito la declaración de la voluntad del testador, consiste en la reproducción no de todas y cada una de las palabras dichas - por el mismo, sino de la substancia de la declaración misma."⁽⁵⁷⁾

El Código Civil de 1884, establecía en su parte conducente, lo siguiente:

"Se dictará de un modo claro y terminante por el testador, en presencia de los testigos y el Notario, y éste redactará por escrito las cláusulas."

(57) Martínez, Madero Manuel. *Revista de Derecho Notarial*. México. Año XIX. Diciembre, 1975, p. 36 - 37.

El Código Civil vigente cambió la palabra díctará, por la de expresará, término que en el diccionario tiene como connotación "decir, manifestar con palabras, lo que uno quiere dar a entender."

Acto seguido, el Notario leerá en voz alta el testamento para que el testador manifieste su conformidad con él, y en este caso, firmarán, todos el instrumento, asentándose, el lugar, año, mes, día y hora en que hubiere sido otorgado.

De acuerdo con el artículo 1513 del ordenamiento en cuestión, si alguno de los testigos no supiera escribir, firmará otro por él, pero siempre deberá constar la firma entera de dos cuando menos.

El art. 1514, previene que en el caso de que el testador no sepa o no pueda firmar, firmará otro testigo más a su ruego.

En relación con lo anterior, conviene indicar, que el artículo 62 de la Ley del Notariado, señala las formalidades que han de observarse en el otorgamiento de toda escritura, y en la fracción XIII inciso d) dispone que en caso de que el otorgante no pueda firmar, además de que firme por él - otra persona a su ruego, deberá imprimir aquél su huella digital, concluyéndose que además de lo dispuesto por el art. 1514 deberá observarse lo -- que establece la Ley del Notariado.

El art. 1515, señala que en caso de extrema urgencia y no pudiendo ser

llamado otro testigo, para que firme por el testador, firmará alguno de los testigos instrumentales, haciéndose constar esa circunstancia.

Los incapacitados del sentido auditivo, pueden otorgar esta clase de testamento, cumpliendo con las formalidades que la ley señala, es decir, el testador deberá leer el testamento y para el caso de que no sepa leer designará a persona de su confianza para que lo haga en su nombre.

Asimismo, una persona invidente, puede otorgar testamento público abierto, y se deberá dar lectura dos veces al documento, una por el Notario y otra en igual forma por uno de los testigos o persona que el propio testador señale.

Cuando el testamento es otorgado por una persona que no habla español, es necesaria la presencia de dos intérpretes, para traducir el testamento escrito por el testador de su puño y letra y dicha traducción se transcribirá como testamento al protocolo respectivo, archivándose el original en el apéndice correspondiente; y en cuanto a los testigos deberán hablar el idioma del testador.

Cuando el testador no sepa escribir, uno de los intérpretes redactará el testamento y leído y aprobado por el testador, se escribirá en el protocolo notarial.

A esta clase de testamento, precisamente por todas las formalidades de que está rodeado y una vez cumplidas, se le otorga autenticidad ipso iure.

Otra de las características del testamento público abierto, es lo que se conoce con el nombre de unidad del acto o unidad de contexto, exigida -- por el art. 1519, del Código Civil, y que literalmente dice:

"Las formalidades se practicarán acto continuo y el Notario dará fe de haberse llenado todas."

¿Qué debe entenderse por esta unidad del acto? al respecto citaré una ejecutoria de la Suprema Corte que dice que es lo que debe entenderse por - "Unidad del acto."

"La circunstancia de que los testigos hayan firmado un testamento en - la pieza contigua a la que tuvo verificativo aquél, no es causa de nulidad del mismo, fundándose en que con ello se rompe la unidad del acto, porque - tal hecho no afecta de modo esencial la voluntad del testador, hecha cons-- tar en el testamento firmado por él mismo, ante el Notario y los testigos, después de manifestarse conforme con su contenido, pues la ley al hablar de la Unidad del acto, se refiere como es natural, a lo que es esencial, esto es, a que la expresión de la última voluntad del testador no se haga en dis-- tintos momentos." (González de López de León Carmen S.J., pág. 742, Tomo -- LVIII 17 oct. 1938).

El artículo 1520 del Código, es muy severo en relación al testamento - público abierto al establecer:

"Faltando alguna de las referidas solemnidades, quedará el testamento

sin efecto, y el Notario será responsable de los daños y perjuicios e incurrirá, además en la pena de pérdida de oficio."

Del análisis de la primera parte del precepto, se deriva la afirmación de que las formalidades que han de observarse en el otorgamiento de los testamentos, y especialmente en los testamentos públicos abiertos, son efectivamente verdaderas solemnidades, cuya inobservancia hace que el testamento resulte o sea inexistente, y así lo da a entender el art. 2228, al decir que la falta de forma establecida por la ley origina la nulidad relativa del acto jurídico, si no se trata de actos solemnes.

En relación con la segunda parte, del indicado artículo, se observa -- qué graves consecuencias puede acarrear al Notario la inobservancia de las solemnidades exigidas por la ley en el otorgamiento de los testamentos, y -- así: "faltando alguna de las solemnidades, quedará el testamento sin efecto, y el Notario será responsable de los daños y perjuicios e incurrirá además en la pena de pérdida de oficio"; en este caso la sanción tiene un doble -- aspecto, el pecuniario y el de la actividad.

En rigor este testamento, es el único testamento notarial, reúne además todas las garantías que proporciona la intervención del Notario en su otorgamiento, contando por añadidura con la fuerza probatoria de los documentos auténticos.

Testamento Público Cerrado.

Es el segundo de los testamentos, en que interviene el Notario, aunque

en éste la actuación del Notario, no alcanza la confección del mismo, por lo menos en esa calidad, ya que sí podría redactarlo, puesto que el artículo 1521, señala que puede ser escrito por el propio testador u otra persona a su ruego.

De Pina, define al testamento público cerrado, como "aquél que escrito por el propio testador u otra persona a su ruego, en papel común, debe ser presentado ante un Notario Público, para que recoja la declaración del testador de que la expresión de su última voluntad, se encuentra en el pliego que va encerrado en el sobre que exhibe para que se haga constar esta declaración por acta notarial en el sobre de referencia."⁽⁵⁸⁾

En este tipo de testamentos, la intervención del Notario y de los testigos es con la finalidad de hacer constar, en la cubierta del sobre que contiene la manifestación de voluntad, que en este mismo se encuentra un pliego que contiene su testamento.

Por lo que toca a la capacidad del testador, para otorgar esta clase de testamento, aparte de la regla de incapacidad para testar, a la que más adelante me referiré, existen incapacidades especiales, en virtud de que de conformidad con el artículo 1530, son incapaces para otorgar este tipo de testamentos, los que no saben o no pueden leer.

El sordomudo podrá otorgar testamento público cerrado, con la condi--

[58] De Pina, Rafael. *Elementos de Derecho Civil*. México. Edit. Porrúa, S.A., 1975, p. 128.

ción de que el testamento se encuentre escrito, fechado y firmado por él, y que ante el Notario y los 5 testigos, escriba en la cubierta que el contenido del sobre es su testamento.

Una vez que se ha cerrado y autorizado el testamento por parte del Notario, será entregado al testador. El Notario debe poner la razón correspondiente en su protocolo, anotando el lugar, día, hora, mes y año en que fue autorizado el testamento. En cuanto a la custodia de dicho documento, la ley otorga al testador tres opciones:

- a) Puede conservarlo el mismo testador.
- b) Puede darlo a persona de su confianza, adquiriendo ésta última la obligación de dar aviso a la autoridad cuando el autor falleciera.
- c) Puede depositarlo en el Archivo Judicial.

Nuestra legislación sustantiva, en su artículo 1533, previene, que aquél que sea solamente mudo o sordo puede otorgar este tipo de testamento con tal de que esté escrito de su puño y letra o si lo ha escrito otro, lo anote así el testador y firme la nota de su puño y letra, observándose también las demás solemnidades.

El testador deberá rubricar todas y cada una de las hojas y firmarlo al calce, y si no puede o no sabe, deberá firmar otra persona a su ruego, la cual comparecerá junto con el testador a la presentación del pliego en sobre cerrado, ante Notario y allí, el testador deberá declarar esta cir-

cunstancia, debiendo firmar la mencionada persona la cubierta, con los testigos y el Notario presentes.

El testador de acuerdo con el artículo 1524, exhibirá el papel en el que consta escrito el testamento, al Notario, en presencia de tres testigos y deberá estar cerrado y sellado; en su defecto, el testador lo hará cerrar y sellar en el acto del otorgamiento.

Al hacerse la presentación el testador declarará que en aquel pliego, obra asentada su última voluntad; el Notario dará fe del otorgamiento, con la expresión de las solemnidades anteriores, lo cual deberá hacerse constar en la cubierta del testamento, la que irá firmada por el testador, testigos y el Notario, quien además pondrá su sello de autorizar. Para todo lo relativo a este testamento, el Notario debe vigilar que se observen todas las solemnidades señaladas por la ley, y la violación acarrea la misma sanción que en el caso del testamento público abierto, es decir responsabilidad de daños y perjuicios y pérdida de oficio.

Los artículos 1542 y siguientes, establecen la necesidad de realizar ante el Juez, con posterioridad a la fecha del fallecimiento del testador, unas diligencias de apertura y protocolización del testamento, en donde deben concurrir el Notario y los testigos que intervinieron, a ratificar sus firmas y la del testador y a declarar que en su concepto, el testamento se encuentra cerrado y sellado, como lo estuvo en el acto de entrega. En caso de que no pudieran comparecer ante el Juez, el Notario y los testigos, se

observará lo que previenen los artículos 1544 y 1545.

De conformidad con el artículo 1547, una vez que se hayan cumplido los requisitos anteriores, el Juez decretará la publicación y protocolización del testamento.

En el art. 1548, se establece que: "El testamento cerrado quedará sin efecto siempre que se encuentre roto el pliego interior o abierto el que -- forma la cubierta, o borradas o raspadas o enmendadas las firmas que lo autorizan, aunque el contenido no sea vicioso."

El artículo 80 de la Ley del Notariado establece la obligación por parte del Notario ante quien se otorgue un testamento público abierto o público cerrado, de dar aviso, a la Sección del Archivo de Notarías, de la Dirección General del Registro Público de la Propiedad. En este caso deberá expresarse lo siguiente :

- a) Fecha del otorgamiento del testamento.
- b) Nombre y generales del testador.
- c) En caso de que se trate de testamento público cerrado, se expresará además la persona en cuyo poder se haya depositado.
- d) Si el testador expresa ante el Notario el nombre de sus padres, también se dará este dato a la Sección.

Asimismo, se impone la obligación a los Notarios y jueces ante quienes

se tramite una sucesión, de recabar informes previos de dicha sección.

Testamento Ológrafo.

Es otra de las formas ordinarias para testar que contempla el Código Civil y que el artículo 1550 define como aquel "escrito de puño y letra del testador"

Es característico en este testamento, la autografía. Todo en él debe estar elaborado en esa forma, no valdría si sólo lo estuviera en parte por el testador y en parte escrito por otro. Asimismo debe señalarse que debe emplearse la escritura autógrafa, no valdría si se empleara un medio mecánico para hacerlo v.gr: máquina de escribir.

El medio empleado debe permitir que se pueda probar que fue escrito -- por el testador, se busca, que sea la escritura que habitualmente emplea el testador y pueda verse el sello de la propia personalidad del testador, no unos caracteres copiados simplemente.

Este tipo de testamentos no producirán efecto legal alguno si no están depositados en el Archivo General de Notarías. Es decir, que su depósito en dicha dependencia es un requisito sine qua non para que sea legalmente válido.

Dentro de las formalidades para estos testamentos se encuentran las siguientes :

Como ya se indicó, deberá ser escrito totalmente por el testador, quien lo firmará con la expresión del día, mes y año en que se otorgue. En el caso de extranjeros, lo otorgarán en su propio idioma.

Así pues, el primer párrafo del artículo 1551 del Código Civil dispone: "Este testamento sólo podrá ser otorgado por las personas mayores de edad, y para que sea válido, deberá estar totalmente escrito por el testador y -- firmado por él, con expresión del día, mes y año en que se otorgue..."

En realidad, no es verdad que los datos antes señalados son los únicos que deben observarse para la validez de este testamento. Sin embargo, por -- ahora se analizarán los aspectos señalados en el primer párrafo del artículo 1551 antes transcrito.

Aun, cuando la edad para testar, de acuerdo con la regla general señalada en el artículo 1306 es de 16 años cumplidos, y por lo que se refiere -- al testamento ológrafo, la ley señala como fecha límite inferior la mayoría de edad, o sea 18 años cumplidos (artículo 646 del Código Civil).

Por lo que toca a la fecha del otorgamiento se debe precisar, cuando -- fue escrito el testamento. Al respecto es oportuno recordar cómo para el -- testamento autógrafo no hay, como para los demás, la exigencia de que sea -- otorgado en un solo acto, y, por tanto, podrían presentarse dudas para sa-- ber cuál es la fecha, en el caso de haber sido escrito en varios días e in-- cluso firmado en día diferente. Sobre esto me parece clara y contundente la

opinión del Maestro Antonio Cicu: "Es dominante la opinión de que la fecha debe referirse al día de la firma, por considerarse ésta como el acto que da el sello a toda la voluntad testamentaria, haciéndoa actual y definitiva". (59)

En el caso de que contenga palabras testadas, enmendadas o entrerenglonadas, siempre deben de ser salvadas por el testador bajo su firma, si no se observa esta formalidad, se afectará la validez de dichas palabras.

La aparente facilidad respecto a la forma, de este testamento, ha preocupado al legislador y ha reglamentado para cuidar dos aspectos fundamentales: la fidelidad del testamento o mejor dicho la certeza de que el documento que se presenta es el elaborado por el testador, y la conservación de dicho documento en el período comprendido entre la fecha en que fue hecho y cuando debe tramitarse la sucesión por fallecimiento del testador.

Por ello, en la exposición de motivos del Código Civil para el Distrito Federal se indica: "Para evitar los dos graves inconvenientes que presenta el testamento ológrafo y que son: la facilidad con que puede falsificarse y lo frecuente que es su destrucción, se dispuso que se hiciera por duplicado y que uno de los originales se depositara en el Registro Público, con la nota puesta por el testador y autorizada por el encargado de la oficina de que el respectivo pliego cerrado contiene el testamento. El otro original debe guardarlo el testador, y también en la cubierta que lo contiene

[59] Cfr. Cicu, Antonio. cit. pos. Manuel Fairen Martínez, Revista de Derecho Privado. Madrid, 1959, p. 61.

ne se pondrá la nota utilizada por el registrador de que recibió uno de los originales, del cual es reproducción exacta el que contiene el pliego de -- que se trata."

En este orden de ideas, el Código Civil del Distrito Federal es más -- congruente y sobre todo explícito en la sanción que otros. El segundo párrafo del artículo 1550 del Código citado dice: "Los testamentos ológrafos no producirán efecto si no están depositados en el Archivo General de Notarías en la forma dispuesta por los artículos 1553 y 1554."

Hecho el testamento, en la forma antes indicada, debe presentarlo, personalmente, el testador al Archivo General de Notarías artículo 1554, y ante el Encargado de la Oficina, en el sobre que contiene el pliego en donde está escrito el testamento, escribirá, de su puño y letra, la siguiente -- constancia: "Dentro de este sobre se contiene mi testamento."

De acuerdo con este artículo, en el caso de que el testador estuviera imposibilitado para hacer personalmente la entrega, el encargado de la oficina correspondiente, deberá concurrir al lugar en que se encuentre el testador para cumplir así con las formalidades del depósito mencionadas anteriormente. Hecho el depósito, el encargado de la citada dependencia, tomará nota de él en el libro respectivo, conservando el original bajo su directa responsabilidad.

En el sobre cerrado que contenga el duplicado, según lo que dispone el artículo 1555, el encargado de la oficina pondrá la constancia a que se re-

fiere dicho precepto.

Posteriormente se pondrá el lugar y la fecha en que se extienda la - -
constancia, la firma del testador y en su caso la de los testigos.

El testador tiene el derecho de retirar del Archivo General de Nota- -
rías, cuando así lo desee, su testamento personalmente o por medio de manda-
tario con poder especial, de conformidad con lo establecido por el artículo
1558 del Código Civil.

Para que este tipo de testamentos puedan surtir sus efectos, es indis-
pensable que a la muerte del testador, el juez competente, observando lo --
prevenido por los artículos 1560 y siguientes del Código Civil, declare for-
mal dicho testamento.

Con todo lo anterior, no parece que se dé aquéllo que con tanto eufe-
mismo se indica en la exposición de motivos del Código Civil para el D.F.,
sobre este testamento"... y sin que el testador esté obligado a observar la
enorme cantidad de ritualidades con que la Ley rodea a los testamentos, bas-
tando que exprese de una manera clara y terminante su voluntad respecto al
destino que quiera dar a sus bienes para después de su muerte".

A mi me parece más complicado e inseguro y con Julius Binder opino que
el más seguro es el público abierto.

Existen también, además de las formas ordinarias de los testamentos, -

formas especiales, que se encuentran contenidas en el artículo 1501 del Código Civil. Este tipo de formas obedecen a la necesidad de que las formalidades o solemnidades ordinarias, sean dispensadas en razón de las circunstancias especiales en que se encuentra el testador en el momento del otorgamiento del testamento.

Testamento Privado

Entre las formas especiales para testar, se encuentra en primer lugar el testamento privado, que es aquél en el que el testador declara su voluntad en presencia de cinco testigos idóneos, y uno de ellos deberá redactarlo si el testador no lo pudiera escribir.

Cuando ninguno de los testigos sepa escribir, no será necesario que se redacte por escrito y en caso de suma urgencia bastarán tres testigos idóneos.

Para que se pueda otorgar este tipo de testamento, según el artículo 1566, es necesario que al testador no le sea posible hacer un testamento ológrafo y que se encuentre en alguno de los casos que previene el artículo 1565 y que son los siguientes:

- I. Cuando el testador es atacado de una enfermedad tan violenta y grave que no dé tiempo para que concurra 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 concurran al otorgamiento del testamento;

IV.- Cuando los militares o asimilados del ejército entren en campaña o se encuentren prisioneros de guerra.

Según el artículo 1571, el testamento privado sólo surtirá sus efectos, cuando el testador fallece de la enfermedad o en el peligro en que se hallaba, o dentro de un mes de desaparecida la causa que lo autorizó.

Otro de los requisitos para que surta sus efectos este tipo de testamentos, es que el juez lo declare formal siguiendo los lineamientos que marcan los artículos 1574 y siguientes.

Testamento Militar

Otra de las formas especiales que prevee nuestro Código Civil es el llamado testamento militar.

De acuerdo con el artículo 1579, el testador debe declarar su voluntad ante dos testigos o bien entregar a los mismos un pliego cerrado que contenga su última voluntad firmada de su puño y letra.

Este testamento sólo se puede otorgar cuando el militar o asimilado - al ejército, hace su disposición en el momento de entrar en acción de guerra, o estando herido sobre el campo de batalla.

Una vez que ha fallecido el testador, en caso de testamento escrito,

la persona en cuyo poder haya quedado el testamento, lo entregará al jefe de la corporación, quien lo remitirá a la Secretaría de la Defensa Nacional y ésta a su vez a la autoridad judicial competente.

En caso de que haya sido verbal, los testigos instruirán de él al jefe de la misión y se procederá en la misma forma. En todo caso, se debe de tomar en cuenta lo dispuesto por los artículos 1571 a 1578 de nuestro Código Civil.

Testamento Marítimo

El testamento marítimo es otra de las formas especiales de testar que están comprendidas en el Código Civil.

Según los artículos 1583 y siguientes de la ley en consulta, pueden otorgar este tipo de testamentos aquéllos que se encuentren en alta mar a bordo de navíos nacionales.

Las formalidades que hay que seguir para el otorgamiento de este testamento son las siguientes:

- 1.- Deberá ser escrito ante el capitán del navío y en presencia de dos testigos, observándose las formalidades previstas en los artículos 1512 a 1519.

En caso de que el testador sea el Capitán, hará sus veces la persona -

que le siga en el mando.

2.- Deberá hacerse por duplicado, conservándose entre los papeles más importantes de la embarcación y de él se hará mención en el diario o bitácora.

En relación a la entrega y depósito de este testamento se deberá observar lo que disponen los artículos 1587 y siguientes.

Este testamento sólo producirá sus efectos legales falleciendo el testador en el mar o dentro de un mes de que desembarque, en donde haya podido ratificar u otorgar nuevamente su disposición testamentaria, ya sea éste -- conforme a las leyes mexicanas o extranjeras.

Testamento hecho en país extranjero

Por último y para concluir este punto, trataré brevemente el testamento hecho en país extranjero. El Código Civil en sus artículos 1593 y siguientes, contempla este testamento como aquél que se otorga ante los Secretarios de legación, Cónsules y Vicecónsules mexicanos, siempre y cuando se hayan formulado de acuerdo a las leyes del país en donde se otorgaron. Esos funcionarios tendrán funciones notariales y pueden recibir testamentos ológrafos, debiendo remitir dichos documentos a la Secretaría de Relaciones Exteriores.

C. Contenido de los Testamentos

En Roma, la designación del heredero, preponderaba sobre el contenido

del testamento. Era característica esencial su institución, se concebía como decía Gayo "caput et fundamentum totius testamenti" (Gayo II, 229) la cabeza y el fundamento del testamento. (60)

En la institución de heredero, se basaba la existencia del testamento, anulada ella, el testamento dejaba de existir; desde luego podían incluirse en el testamento otras disposiciones mortis causa, pero el requisito verdaderamente esencial era la institución de heredero.

En tanto que hoy, el testamento, ya no es un acto de nombramiento de heredero, sino de disposición de los propios bienes, derechos y obligaciones, y la validez o nulidad del testamento, no está vinculada a la validez o nulidad de la institución de heredero, y para confirmar esa aseveración, el artículo 1378, previene:

"El testamento otorgado legalmente será válido, aunque no contenga institución de heredero y aunque el nombrado no acepte la herencia o sea incapaz de heredar."

En cuanto a la composición de la herencia, el artículo 1281 expresa:

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

(60) De Ibarrola, Antonio. *Op. Cit.*, p. 726.

Como se ve, este precepto no determina cuales son los bienes, derechos y obligaciones que se extinguen con la muerte de una persona, es decir, no fija el contenido de la herencia; por lo que resulta necesario determinar - qué derechos, bienes u obligaciones son heredables.

Fundamentalmente son transmitidos por herencia todos los derechos pa-
trimoniales, por lo tanto para determinar lo que pertenece a la herencia, - es preciso deslindar: qué son derechos patrimoniales y que según su conteni
do no están ligados a la personalidad individual, y que por ello pueden ser transmitidos a otro.

Es indudable que las disposiciones sobre el patrimonio del causante, - forman el contenido más importante de la mayoría de los testamentos, aun -- cuando de la misma definición que el Código Civil da del testamento, no im-
pone como consecuencia ineludible que su contenido tenga que ser exclusiva-
mente patrimonial, y junto a las disposiciones de esa índole, se pueden con-
cluir otras que no tengan carácter de disposición de bienes, entre ellas se puede mencionar de manera ilustrativa: el nombramiento de tutor, reconoci-
miento de un hijo natural, reconocimiento de deuda, revocación de un testa-
mento anterior, nombramiento de albaceas, etc.

Las disposiciones de índole no patrimonial, pueden constituir el único contenido de un testamento, y no parece existir inconveniente en admitir -- que las disposiciones no patrimoniales, pueden ser establecidas en la forma prevenida para los testamentos, independientemente de la existencia de dis-

posiciones de contenido pecuniario, puesto que sería injusto subordinar la validez de las determinaciones no patrimoniales a su coexistencia con las disposiciones de este tipo.

En el caso de que en un testamento se incluyan disposiciones tales como la declaración o cumplimiento de deberes, ésta se realiza de la manera en que el testador desee hacerlo; en este sentido es un acto que se efectúa generalmente con el ánimo de satisfacer exigencias o valores de índole moral, y bien pueden tener o no efectos patrimoniales. De este modo, el testamento, puede tener como finalidad, revelar la verdad acerca de hechos desconocidos, o bien confesar la comisión de un delito imputado a otra persona, puede también reconocer a un hijo nacido fuera de matrimonio, en este caso, en caso de revocarse el testamento, no se tiene por revocado el reconocimiento, y así lo determina el art. 367 del Código Civil. De igual manera, si en el testamento se han cumplido o declarado deberes, consistentes en la confesión de hechos, la revocación del testamento no dará lugar a la revocación de la confesión, la cual producirá los efectos que correspondan.

Si bien el objeto del testamento, puede consistir en la institución de herederos y legatarios o en la declaración y cumplimiento de ciertos deberes o ejecución de determinados actos jurídicos, no quiere decir esto, que sea necesario reunir estos distintos aspectos en el testamento, basta con que exista uno de ellos, para que haya testamento.

Rojina Villegas opina que a pesar de la naturaleza compleja en el obje

to del testamento, la ley regula su objeto principal, o sea la institución de herederos o legatarios, tomando en cuenta que ésta es la situación de un testamento normal, el legislador reglamenta este elemento en base a que es su manifestación principal, pero desde luego admite, la posibilidad de que el objeto del testamento pueda ser diverso, aceptando incluso la existencia del mismo, aun cuando no contenga institución de herederos y legatarios. -- (art.1378).⁽⁶¹⁾

Cuando en los testamentos el objeto es la transmisión de los bienes -- que forman el patrimonio, es necesario que éstos, existan o puedan existir en la naturaleza; además deben existir jurídicamente, ya que no es suficiente, que los bienes se encuentren en la naturaleza, es indispensable que estén en el comercio, y que sean determinados o determinables.

Como ya se expresó, el fenómeno hereditario, tiene por objeto el de -- mantener la continuidad del patrimonio perteneciente al de cujus, de igual manera, se ha dicho que en el testamento pueden contenerse disposiciones en las que el testador ordena, tanto por lo que se refiere a sus bienes, como a sus derechos y obligaciones; en virtud de ello, el derecho de propiedad y todos los demás bienes que forman el patrimonio se transmiten a los herederos o legatarios según sea el caso, con todas sus cargas y obligaciones. -- Son transmisibles, todos los bienes corpóreos e incorpóreos de contenido patrimonial, existentes al ocurrir el fallecimiento, la intransmisibilidad, -- es la excepción y debe estar fundada en la ley, en la naturaleza vitalicia

(61) Cfr. *Rojina, Villegas Rafael. Compendio de Derecho Civil, Tomo II. Bienes, Derechos Reales y Sucesiones, p. 384.*

o estrictamente personal del bien de que se trata.

Los únicos derechos que no se transmiten, son los que se extinguen con la muerte, como los derechos reales de usufructo, uso y habitación, porque son esencialmente temporales. No obstante, si se transmiten los derechos -- que el de cujus como usufructuario hubiere adquirido por el incumplimiento de las obligaciones del titular y de la nuda propiedad, porque esos derechos formaban parte del patrimonio del usufructuario al ocurrir su fallecimiento.

Tampoco se transmiten los derechos propios de las personas, intransm~~i~~bles porque sólo pueden ser ejercitados por su titular y se extinguen por la muerte de éste; entre ellos mencionaré los derechos provenientes de con~~tr~~atos "intuitu personae", ya que éstos se deben al individuo en particular, en atención a sus características; y las acciones sin contenido patrimonial, que la muerte del titular extingue.

Los derechos originados en favor de terceros, con motivo de la muerte de una persona, pueden ser creados, ordenados o repartidos, mediante un ac~~to~~ de voluntad del difunto, y como claro ejemplo, se encuentran los diver~~so~~s tipos de seguros, cuyos beneficios han sido dispuestos a través de una disposición que en vida ha efectuado el asegurado, sin embargo estos dere~~ch~~os son totalmente distintos a los hereditarios.

Es muy importante aclarar en este punto, que no están comprendidos en la herencia los derechos que por ley o contrato adquieran los familiares o

los herederos del autor con motivo de la muerte de éste, puesto que esos de rechos tienen su origen en la muerte de aquél, y por consiguiente el autor no era titular de esos derechos, porque no formaban parte de su patrimonio.

El heredero substituye al autor de la sucesión, adquiere las relacio-nes jurídicas del de cujus, en la misma forma que él las tenía. Será por -- tanto: deudor, vendedor, comprador, accionista, etc., según lo haya sido el autor de la sucesión. Lo único que se requiere en las relaciones transmis-ibles es que no se extingan con la muerte del autor de la sucesión.

Se terminan los derechos llamados personalísimos, significando con es-to, que los mismos no trascienden al titular, se acaban con él, por ejemplo, las calidades de: padre de familia, apoderado, empleado, etc.

Entre los bienes que se transmiten por sucesión, queda incluida la po-sesión, que aunque es un hecho, surte efectos jurídicos entre el poseedor y los terceros, sobre los frutos, y desde luego para prescribir, pudiendo el causahabiente completar el plazo para ello, si el causante no había comple-tado el que correspondía al bien de que se trate, como lo señala el artículo 1149.

En la relación de los testamentos, no se exige unas formas sacramenta-les, sino que puede expresarse como el testador desee, sin embargo debe pro-curarse que las cláusulas sean claras y no dejen lugar a dudas, siendo acon-sejable, evitar frases ambiguas, que se presten a confusión y así evitar --

cláusulas nulas, mismas que conforme con el artículo 1390, son aquéllas en favor de persona incierta o sobre cosa que no pueda identificarse.

A pesar de que el artículo 1344, manifiesta: "El testador es libre para establecer condiciones al disponer de sus bienes"; existen cláusulas, -- que aun cuando no son nulas, se tienen por no puestas, no afectarán en nada el testamento, como son aquélla en la que se señala el día en que debe comenzar o cesar la institución de heredero (artículo 1380); la que imponga la condición de no dar o de no hacer, o de no impugnar el testamento, (artículo 1355); la impuesta al heredero para tomar o dejar de tomar estado, (artículo 1358).

En ocasiones se otorgan testamentos en los que se incluyen cláusulas, en las cuales el testador libera al albacea de la obligación de otorgar fianza, y le proroga el plazo de duración. El testador evidentemente es muy dueño de sus bienes, y puede otorgar o no testamento, puede instituir a X o a Y, o ambos como herederos, puede nombrar a la persona que quiera como albacea y será respetada su voluntad; pero al morir, los bienes ya no le pertenecen, son de los herederos, y por ende dueños para decidir sobre sus cosas; ellos sí pueden dispensar al albacea de otorgar fianza, y después de aprobar las cuentas anuales, prorrogar por un año el cargo de albacea.

El testamento puede contener cláusulas que anulen la institución de heredero o legatario: como aquéllas que fijen una condición física o legalmente imposible tal como se establece en el artículo 1347, o aquélla que con--

tenga la condición que el heredero o legatario haga en un testamento alguna disposición en favor del testador o de otra persona, en términos del artículo 1349.

Así tenemos, que en relación con las condiciones que pueden incluirse en los testamentos, las mismas están contempladas en los artículos 1344 al 1347 inclusive, y el artículo 1345 remite a lo dispuesto en el Código sobre las obligaciones condicionales y en todo lo no previsto, en el capítulo que comprende los artículos citados.

Resulta frecuente encontrar personas que desean tenga validez de testamento, los documentos privados que tienen indicaciones en ese sentido, u otras que al hacer testamento, quieren que sus herederos o el albacea observe para cumplir, indicaciones que harán en una carta. Esto no es posible, - al tenor de lo dispuesto en el artículo 1484. El documento en el cual puede contenerse disposiciones testamentarias eficaces, para surtir efectos como tales es el testamento.

El artículo 1301, previene, que las disposiciones hechas a título universal o particular, no tienen ningún efecto, si se fundan en una causa expresa, que sea errónea, si ésta ha sido la única que determinó la voluntad del testamento, aceptando así para los testamentos, la teoría de la causa impulsiva como supuesto o motivo determinante de la voluntad.

El artículo 1304, ordena que la expresión de una causa contraria a de-

recho, aunque sea verdadera, se tendrá por no escrita. Esta aparente contradicción se resuelve en el sentido de que la causa contraria a derecho, aunque expresada en el testamento, carece de importancia y se tendrá por no escrita, siempre que no sea determinante de la voluntad del testador, pues si lo fuere deberá anular la institución.

El maestro de Ibarrola, menciona qué derechos no son transmisibles:

- a) Los derechos derivados de contratos celebrados intuitu personae, tales como: el mandato, la sociedad.
- b) Los derechos que nacen del usufructo, esto, a causa de una expresa disposición de la ley, no porque exista algo especial en su naturaleza, que impida la transmisión.
- c) Los derechos públicos, v.gr. el derecho de pertenecer a una cámara.
- d) Los derechos que confiere al socio el contrato de sociedad en nombre colectivo, ya que conforme al artículo 230 de la Ley General de Sociedades Mercantiles ésta "... se disolverá, salvo pacto en contrario por la muerte... de uno de los socios."
- e) Los derechos derivados de una cualidad personal y ligados íntimamente a la personalidad, como la patria potestad, el derecho a reconocer al hijo natural, el de legitimar, el de adoptar, y el derecho a alimentos entre otros.
- f) El derecho a demandar la nulidad del matrimonio, en virtud a que éste: "... corresponde a quienes la ley lo concede expresamente, y no es transmisible por herencia ni de cualquier otra manera. Sin embargo, los herederos podrán continuar la demanda de nulidad entablada

por aquél a quien heredan". (art. 251).

- g) El derecho de contradecir un reconocimiento, tal como lo dispone el art. 368, al establecer: "... En ningún caso procede impugnar el re conocimiento por causa de herencia, para privar de ella al menor re conocido".
- h) Los derechos que otorga el contrato de comodato, puesto que como -- dispone el artículo 2515: "... termina por la muerte del comodata--rio."
- i) La responsabilidad penal, la que no pasa de la persona y bienes de los delinquentes..." (artículo 10 del Código Penal). (62)

Por otra parte existen derechos que a pesar de carecer de contenido pa trimonial son transmitidos por herencia, entre ellos los siguientes:

a) El art. 332 de nuestro ordenamiento civil, habla del desconocimiento de la paternidad y expresa: "... cuando, el marido, teniendo o no tutor ha muerto sin recobrar la razón, los herederos pueden contradecir la paternidad en los casos en que podría hacerlo el padre." El artículo 335, dispone: "El desconocimiento de un hijo, de parte del marido o de sus herederos, se hará por demanda en forma ante el juez competente. Todo desconocimiento practicado de otra manera es nulo."

b) El artículo 347, establece que la acción de reclamación de estado - del hijo legítimo, es "imprescriptible para él y para sus descendientes". Por su parte el artículo 348, señala los casos en que "los demás herederos (62) *Cfr. De Ibarrola, Antonio. Op. Cit., p. 623.*

del hijo, podrán intentar la acción de que se trata el artículo anterior" y el art. 349, expresa los casos en que "los herederos podrán continuar la acción intentada por el hijo..."

c) En cuanto a la investigación de la maternidad, el artículo 385 ordena: "Está permitido al hijo nacido fuera de matrimonio y a sus descendientes, investigar la maternidad, la cual puede probarse por cualquiera de los medios ordinarios; pero la indagación no será permitida cuando tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada."

d) Atendiendo al artículo 405, en su fracción II, se infiere que una vez iniciada, una acción de revocación de la adopción por el autor, podrán proseguirla sus herederos.

Como se desprende de todo lo anterior, considero correcta la concepción de que el testamento puede contener muy variadas disposiciones, aquellas en las que el testador ordena todo lo relativo a la designación de las personas que han de sucederle, en sus bienes, derechos y obligaciones - enumerando entre otras la prestación de un servicio, nombramiento de cargos, declaración o cumplimiento de deberes, etc., y no solamente circunscribiéndose a aquellas que tengan relación con el patrimonio del causante; a través del testamento se transmiten derechos transmisibles; aunque en efecto - principalmente se contienen derechos económicos y pecuniarios.

Aun cuando, la muerte extingue gran parte de la esfera jurídica del au

tor de la sucesión, incluso muchos deberes y derechos patrimoniales del difunto, en virtud de ella también se transmiten las obligaciones al igual -- que se transmiten los derechos.

Se consideran derechos patrimoniales los que según su contenido, no están ligados a la personalidad individual de su titular y que por lo tanto - pueden ser separados de él y transmitidos a otro.

Podemos entonces reconocer que el objeto del testamento, no es sólo en globar la disposición de un conjunto de bienes (que bien pueden estar gravados por deudas), sino una situación mucho más compleja en la que es parte - muy importante (pero sólo parte) el derecho al caudal relicto.

D. Capacidad para otorgar testamentos y capacidad para suceder.

Para otorgar testamento, la regla general es: la capacidad, la incapacidad para testar es la excepción y debe ser probada. Pueden testar todos - aquéllos a quienes la ley no prohíbe expresamente ese derecho, así lo establece el art. 1305.

La capacidad a la que la ley se refiere es la capacidad de ejercicio - cuyas limitaciones se derivan de la edad, de la falta o deficiencia del cabal juicio, o de los casos expresamente señalados por la ley.

La capacidad depende en primer lugar de la existencia de una voluntad inteligente y libre, que esté en condiciones de discernir, en segundo térmi

no depende de la edad del testador, actualmente se requiere contar con 16 años.

Respecto a la capacidad para testar, Binder señala:

"La capacidad para testar no significa ni la libertad para hacer entrar en el contenido del testamento toda disposición imaginable -que tendría su correspondencia con la libertad contractual-, ni el derecho a declarar la última voluntad en forma arbitraria. En la actualidad la mayoría de los Códigos vincula la efectividad de las últimas voluntades a la observancia de ciertas formas que hoy se encuentran notablemente simplificadas."⁽⁶³⁾

Atendiendo al contenido del art. 1306, están incapacitados para testar:

- I. Los menores que no han cumplido 16 años, ya sean hombres o mujeres;
- II. Los que habitual o accidentalmente no disfrutan de su cabal juicio."

Además de las incapacidades mencionadas, existen algunas para hacer -- cierto tipo de testamentos, como la establecida por el art. 1530, según el cual los que no saben o no pueden leer son inhábiles para hacer testamento cerrado, la que contempla el art. 1551 conforme al cual el testamento ológrafo sólo podrá ser otorgado por las personas mayores de edad. Los sordomudos que no pueden leer ni escribir aun cuando no son propiamente incapaces

(63) Binder, Julius. *Op. Cit.*, p. 44.

de derecho, se hallan imposibilitados para observar las formalidades requeridas por la ley.

La capacidad se requiere en el momento de testar, y esto lo confirma el art. 1312 al establecer que:

"Para juzgar la capacidad del testador se atenderá especialmente al estado en que se halle al hacer el testamento". Al efecto el Lic. Luis Araujo apunta: La disposición legal debe interpretarse, en el sentido de que la capacidad del testador ha de ser apreciada según el estado en que se encuentre antes, en y después del acto testamentario.⁽⁶⁴⁾ Sin embargo, esta afirmación, no me parece que sea del todo cierta, puesto que cabe la pregunta, ¿qué sucede con los testamentos otorgados durante un intervalo de lucidez, o bien en relación al testamento hecho por un incapaz, que posteriormente adquiere o recobra la capacidad? es por ello que pienso que conforme con la ley, deberá atenderse al estado del testador, al hacer el testamento.

La incapacidad para testar, no es relativa, nos dice Araujo, para los que habitualmente o accidentalmente no disfrutan de su cabal juicio, pues aunque se admita el testamento hecho por un demente en un intervalo de lucidez, de acuerdo con los requisitos que establecen los artículos 1307 al 1312 del Código Civil, porque en ese momento la incapacidad deja de existir aunque sea sólo durante el intervalo de lucidez que la ley alude.⁽⁶⁵⁾

(64) Cfr. Araujo, Valdivia Luis. Op. Cit., p. 541.

(65) Cfr. Op. Cit., pp. 540 - 541.

Siempre que un demente pretenda hacer testamento en un intervalo de lucidez, el tutor o en su defecto la familia de aquél, presentará por escrito una solicitud al Juez de Primera Instancia que corresponda al lugar en donde se encuentre el demente. El Juez nombrará dos médicos especialistas en la materia preferentemente, a fin de que examine al enfermo y dictaminen -- acerca de su estado mental. El Juez debe asistir al examen del enajenado -- mental, y podrá hacerle todas las preguntas que considere convenientes para cerciorarse de su capacidad para testar, haciendo constar en un acta formal el resultado del reconocimiento, si el mismo fuese favorable, se procederá al otorgamiento del testamento público abierto, debiendo estar presentes y firmar la escritura respectiva, además del Notario y los testigos, el Juez y los médicos que efectuaron el reconocimiento, poniéndose al pie del testamento razón expresa de que durante todo el acto el enfermo conservó perfecta lucidez, puesto que la falta de este requisito y su constancia relativa, producirá la nulidad del testamento.

La ley niega la capacidad de testar, básicamente porque siendo el testamento un acto de voluntad, no pueden realizarlo quienes no la tengan plena, o quienes no la tengan en grado suficiente. No pueden testar el loco, - el imbécil, por consiguiente, según nuestro Derecho, el enajenado que jamás tuvo momentos lúcidos o la persona que muere antes de haber alcanzado la capacidad de testar, sólo podrán ser heredadas conforme con las normas que regulan la sucesión legítima. Y por otra parte, siendo el testamento un acto -- emanado de la personalidad, la ley exige determinada edad para el otorga- - miento del acto, resultando completamente razonable, el hacer depender la -

posibilidad de otorgar testamento al hecho de haber llegado a una edad en la cual puede presumirse haber alcanzado una cierta madurez de juicio.

Es necesario, como ya se expresó, que el testamento como todo acto jurídico, reúna todos los elementos de existencia y validez, pero además, se necesita que haya capacidad en el heredero o legatario, para que puedan recibir la herencia; pudiendo presentarse casos en los que existiendo un testamento válido legalmente, caduque la disposición testamentaria por incapacidad del heredero o legatario.

Por lo que se refiere a la capacidad o incapacidad para heredar, debe tomarse en cuenta, si ésta se posee en el momento de la muerte del de cujus, indudablemente que en ese momento se necesita ser capaz.

La capacidad para suceder, De Ibarrola la define de la siguiente manera:

"No es más que la aptitud para la vida jurídica en materia sucesoral, y esta aptitud se descompone en tres elementos:

- a: Existencia - No puede adquirir quien no es sujeto de derecho.
- b: Capacidad - La cual es la regla, la incapacidad es la excepción.
- c: Dignidad - Este requisito supone la existencia y la capacidad fundándose en causas de orden moral, particularmente dependientes de la persona que ha de suceder."⁽⁶⁶⁾

⁽⁶⁶⁾ De Ibarrola, Antonio. Op. Cit., pp. 903 - 904.

La regla general es: 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; así lo establece la primera parte del artículo 1313. No obstante con relación a ciertas personas y a determinados bienes, la capacidad de heredar puede ser perdida por alguna de las causas que establece este precepto y que a continuación menciono:

I. Falta de personalidad.- Lo primero que se requiere para poder heredar es existir con vida jurídica (se necesita la existencia simultánea de - causante y heredero para que éste suceda a aquél). Se refiere a los que no están concebidos al tiempo de la muerte del autor o los concebidos cuando - no sean viables, -conforme a lo dispuesto por el artículo 337- para los - - efectos legales, sólo se reputa nacido el feto que desprendido enteramente del seno materno vive 24 horas o es presentado vivo al Registro Civil. La - viabilidad del heredero es el hecho del cual depende el cumplimiento de la condición implícitamente establecida por el testador al instituir como heredero a quien ya está concebido, pero que aún no ha nacido, pues si no fuere viable, deja de cumplirse el hecho necesario para que herede, esto tiene el carácter de una condición suspensiva. Así pues, se considera válida la disposición hecha en favor de los hijos que nacieren de ciertas y determinadas personas durante la vida del testador, siempre que a la muerte de éste ya - hubiesen sido concebidos y nazcan viables.

II. Delito.- Esta forma de incapacidad se presenta en diversos casos. En general puede decirse que todo delito cometido en contra del autor de la

herencia, sus ascendientes, sus descendientes, su cónyuge o hermanos, origina incapacidad para heredar, así como, todo acto inmoral (no solamente delito) que demuestre una conducta reprochable en contra del autor de la herencia y sus parientes.

Esta incapacidad para heredar ya sea por testamento o en caso de intestado, afecta a las siguientes personas :

a. El que haya sido condenado, por haber dado o haber mandado, o intentado dar muerte, a la persona de cuya sucesión se trate, o a los padres, hijos, cónyuge o hermanos de ella. (art. 1316 f.I).

b. El que haya hecho acusación, aunque sea fundada de delito que merezca pena capital o de prisión contra el autor de la sucesión, sus ascendientes, descendientes, hermanos o cónyuge, si fuere su descendiente, su ascendiente, su cónyuge o su hermano y aunque no lo fuera, si la acusación es declarada calumniosa, a no ser que ese acto haya sido preciso para que el acusador salvara su vida, su honra o la de sus propios descendientes, ascendientes, hermanos o cónyuge. (arts. 1316 F. II y 1317).

c. El cónyuge hombre o mujer, que mediante juicio ha sido declarado --adúltero, si se trata de suceder al cónyuge inocente. (art. 1316 f.III).

d. El coautor del cónyuge adúltero, en la sucesión de éste o en la del otro cónyuge. (art. 1316 f. IV).

e. El que haya sido condenado por un delito que merezca pena de prisión cometido contra el autor de la herencia, de sus hijos, de su cónyuge, de sus ascendientes o de sus hermanos. (art. 1316 f. V).

f. El padre y la madre respecto del hijo expuesto por ellos -entendiéndose por "expuesto" el hijo abandonado, sin protección alguna y sin dejar noticia a través de la cual pueda identificarse a los padres- (Art. 1316 f. VI).

g. Los padres que abandonaren a sus hijos, prostituyeren a sus hijas o atentaren contra su pudor, respecto de los ofendidos, entendiéndose por "abandono" el incumplimiento del deber de asistencia y de cuidado que debe cumplirse personalmente; por "prostitución", la incitación o conducción a la vida deshonesta o en libertinaje y por "atentar al pudor" la ejecución de los actos que le ofendan. (art. 1316 f. VII).

h. Los demás parientes del autor de la herencia que, teniendo obligación de darle alimentos, no la hubieren cumplido. (art. 1316 F. VIII).

i. Los parientes del autor de la herencia que hallándose éste imposibilitado para trabajar y sin recursos, no se cuidaren de recogerlo o hacerlo recoger en establecimiento de beneficencia. (art. 1316 f. IX).

j. El que usare de violencia, dolo o fraude con una persona para que haga, deje de hacer o revoque su testamento. (art. 1316 f. X)

k. El que conforme al Código Penal fuere culpable de supresión, substitución o suposición de infante, siempre que se trate de la herencia que debió corresponder a éste, o a las personas a quienes se haya perjudicado o - intentado perjudicar con esos actos. (art. 1316 f. XI).

Estas incapacidades únicamente se quitan por el perdón hecho en forma clara por el autor de la sucesión o por hechos indubitables que lo presumen, según se desprende de los artículos 1318 y 1319.

III. Presunción de influencia contraria a la libertad del testador o a la verdad e integridad del testamento,

Esta incapacidad, evidentemente, atañe sólo a la sucesión testamentaria y comprende a los tutores y curadores en general, a no ser que sean instituidos herederos o legatarios antes de ser nombrados para el cargo, o después de la mayor edad del pupilo, y siempre que en el acto de la institución, ya se hubieren aprobado las cuentas de la tutela. (art. 1321). Esta incapacidad no es aplicable a los ascendientes o hermanos que hubiesen desempeñado el papel de tutor o curador. (art. 1322). Por presunción de influencia contraria a la libertad del testador, es incapaz de heredar por testamento, el médico que haya asistido al testador, durante su última enfermedad, si en ese entonces se efectuó la disposición testamentaria, esta incapacidad incluye a los descendientes, ascendientes, cónyuge y hermanos del médico, sin embargo si tanto el médico como sus parientes, también son herederos legítimos, esta incapacidad desaparece.

La incapacidad por presunción de influencia contraria a la verdad e integridad del testamento, afecta al Notario y a los testigos del acto, así como a sus cónyuges, ascendientes, descendientes o hermanos. (art. 1324).

Tienen incapacidad para suceder los ministros de cualquier culto, ya sea a un particular o a otro ministro del mismo culto, siempre que no tengan parentesco dentro del cuarto grado, respecto de las personas a quienes se haya prestado cualquier clase de auxilios espirituales antes o durante la enfermedad de que hubiesen fallecido. Esta incapacidad afecta inclusive a los ascendientes, descendientes, cónyuge o hermanos de los ministros.

Y al efecto el art. 130 constitucional ordena:

"No podrán por sí o por interpósita persona, ni recibir por ningún título un ministro de cualquier culto, un inmueble ocupado por cualquier asociación de propaganda religiosa o de beneficencia..."

Independientemente de la ineficacia de la disposición testamentaria, - el Notario que a sabiendas autorice un testamento en los casos señalados sufrirá la pena de privación de oficio. (art. 1326).

IV. Falta de reciprocidad internacional.

Esta incapacidad, se aplica tanto a las sucesiones testamentarias, como a las intestadas, y se establecen respecto de los extranjeros que según

las leyes de su país no pueden testar o dejar por intestado sus bienes a favor de los mexicanos. (art. 1328).

La regla general establece: los extranjeros y las personas morales son capaces de adquirir bienes por testamento o por intestado, con las limitaciones que establece el interés público en la Constitución y en las respectivas leyes reglamentarias. (art. 1327).

V. Utilidad Pública.

Se establece solamente, respecto de la sucesión testamentaria, ya que la ley ordena 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 (art. 1329) y que las disposiciones testamentarias hechas en favor de los pobres en general o del alma, se registrarán por los preceptos relativos de la Ley de Beneficencia Privada, bien entendido que las que se hicieren en favor de las iglesias, sectas o instituciones religiosas estarán sujetas a lo dispuesto en la Constitución y en la Ley de Beneficencia. Cabe señalar que la fracción II del art. 27 Constitucional niega capacidad para adquirir, poseer o administrar bienes raíces o capitales impuestos sobre ellos a las asociaciones religiosas denominadas iglesias.

VI. Renuncia o remoción de algún cargo conferido en el testamento.

Afecta esta incapacidad a la persona que ha rehusado sin causa justifi

cada a algún cargo conferido en el testamento, ya sea tutor, curador o albacea, o bien que por mala conducta haya sido separado judicialmente de su ejercicio. (art. 1331). También son incapaces de heredar a los incapaces de quienes debieran ser tutores legítimos, los que sin causa legítima se nieguen a desempeñar ese cargo. (art. 1333). Sin embargo, la incapacidad no comprenderá a los que desechada por el Juez la excusa, hayan servido el cargo.

En estos casos, vale la pena recordar que a pesar de que la regla general establece que para que el heredero pueda suceder, basta que sea capaz al tiempo de la muerte del autor, no obstante, sólo en los casos previstos por el citado art. 1331. el instituido puede ser capaz al momento de la muerte del causante, pero surge una incapacidad posterior que lo incapacita para heredar.

También, la regla general debe ser relacionada con el artículo 1335, - el cual por sí solo se explica, disponiendo :

"Si la institución fuere condicional se necesitará además que el heredero sea capaz al tiempo en que se cumpla la condición."

Sin embargo, la incapacidad no se decreta de pleno derecho, es menester seguir un juicio en contra del que se presume incapacitado, debe probarse la causa por el que tiene interés en la herencia y que exista una resolución judicial.

E. De los herederos y legatarios y de las substituciones.

La sucesión se divide en universal y particular. "El heredero adquiere a título universal y responde de las cargas de la herencia hasta donde alcance la cuantía de los bienes que hereda." (art. 1284).

"El legatario adquiere a título particular y no tiene más cargas que las que expresamente le imponga el testador, sin perjuicio de su responsabilidad subsidiaria con los herederos." (art. 1285).

El heredero es algo más que un adquirente de bienes y derechos: es la persona que viene a hacerse cargo de todas las relaciones del autor de la sucesión, activos y pasivos transmisibles mortis causa, salvo los bienes especialmente destinados (que son los legados).

Para Ferrara: "el heredero recoge un universum jus del difunto o una cuota, o una fracción de esa universalidad, califica la adquisición del heredero de colectiva, simultánea y unitaria. Colectiva porque recibe todos los bienes transmisibles; simultánea porque entran al mismo tiempo en el nuevo patrimonio; y unitaria, porque la adquisición se realiza uno ictu (de un solo golpe)." (67)

La sucesión universal, es una adquisición en conjunto, de todos los derechos comprendidos en un patrimonio, igualmente se transmiten las deudas, pero el heredero no responde de ellas en persona, sino con los mismos bienes heredados, es decir, es la herencia quien responde.

(67) De Ibarrola, Antonio. Op. Cit., p. 619.

En el derecho romano, la herencia fue la subrogación de la personalidad, actualmente el heredero no es ya un representante del de cujus, en efecto, continúa la personalidad económica del difunto y en el caso de ser varios - los herederos, la representación la tienen todos.

La muerte extingue gran parte de la esfera jurídica del difunto, incluso muchos deberes y derechos patrimoniales del autor, y no debe considerarse que exista una continuidad en la personalidad jurídica del difunto para que sobreviva en el heredero. Lo que existe es una continuidad patrimonial, a través del heredero, quien recibe el universum jus del difunto.

Heredero, es aquél a quien la ley o el testador atribuyen todos los -- bienes, es por ello que para determinar quien es heredero en opinión de Cicu este hecho "resulta de la ley no de la voluntad del testador." (68) A diferencia de lo que acontecía en el derecho romano, donde era heredero, quien era llamado como tal por el testador.

En nuestros días, heredero es aquél al que el testador o la ley atribuyan la universalidad o una cuota de los bienes del difunto. En las disposiciones testamentarias, cualquiera que sea la expresión o denominación usada por el testador, son a título universal y atribuyen la cualidad de heredero, si comprenden la universalidad o una cuota de los bienes del testador; y si las demás disposiciones son a título particular, atribuyen la cualidad de legatario.

(68) Cicu, Antonio. Derecho de Sucesiones Parte General. Barcelona. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1964, p. 33.

Para que se pueda ser calificado como heredero, se ha de reunir un do
ble requisito:

- a) Carácter universal del llamamiento.
- b) Que tenga lugar el llamamiento a título de herencia y no de legado.

Puesto que, si en lugar de atribución universal, el llamamiento a una sucesión, se limita a cosa cierta y determinada no habrá heredero sino lega
tario.

No debe olvidarse, la figura de coheredero, cuya noción es simple, ya qué se trata de la existencia de varios herederos de una misma persona, hay varios herederos, cuando la ley o la voluntad del causante, atribuyen la to
talidad de los bienes a varias personas. De aquí la idea de cuota, conside
rándose heredero, tanto a aquél a quien se atribuye la universalidad de los bienes, como a aquél a quien le es atribuida una cuota de los mismos.

"El heredero... responde de las cargas de la herencia, hasta donde al
cance la cuantía de los bienes que hereda." (art. 1284). Este precepto con
firma la noción de heredero como continuador del patrimonio del de cujus, y representa todas sus relaciones activas y pasivas de carácter pecuniario, pero con el límite que establece el beneficio de inventario. Sólo responde de las cargas de la herencia hasta donde lo permita el activo.

Los herederos pueden ser designados, sin que su institución se sujete

a modalidad alguna, en este caso, la institución se denomina como pura y -- simple, pero puede aquélla sujetarse a condiciones suspensivas o resolutu-- rias, las cuales deberán ser lícitas y posibles en sentido físico y jurfídico. En este aspecto el Maestro Rojina Villegas opina que la ilicitud de las condiciones motivará la nulidad de la institución, asimismo manifiesta que en el caso de que una condición suspensiva fuese imposible, la institución de heredero debe ser inexistente, ya que jamás podrá llegar a nacer su derecho, puesto que de antemano se sabe que el acontecimiento futuro e incierto nunca tendrá realización. Si es la condición resolutoria imposible, enton-- ces la institución debe ser válida, pues por adelantado se tiene la certeza de que jamás se realizará la condición, de la cual depende que se resuelva el derecho del heredero. (69)

Los artículos 1381 a 1390, de nuestro ordenamiento civil, determinan - el modo y forma en que deberá hacerse la institución de heredero:

a. El heredero deberá siempre instituirse respecto a partes alfcuotas del patrimonio, indicando, mediante un quebrado, la fracción que represente.

Sí el heredero se instituyere respecto de cosas o bienes determinados deberá tenerse por legatario, -de acuerdo con el art. 1382-. No obstante es ta disposición, la ley en algunos casos no la aplica en sus términos, como sucede con el art. 1770, en el que expresamente se refiere a la designación de bienes determinados en la institución de heredero.

(69) Cft. Rojina, Villegas Rafael. Compendio de Derecho Civil, Tomo II, Bie nes, Derechos Reales y Sucesiones, pp. 291-292.

b. El heredero debe ser instituido, designándolo por su nombre y apellido, en términos del art. 1386; y si hubiere varios que tuvieren el mismo nombre y apellido deben agregarse otros nombres y circunstancias que distinguan a quien se quiere instituir.

El artículo 1387, permite que se designe heredero, sin dar su nombre, siempre que el testador lo identifique de manera indubitable, en caso contrario la institución no producirá efectos. El error en el nombre, apellido o cualidades del heredero, originará la ineficacia de la institución, si no es posible la identificación del heredero a través de otros medios.

c. La designación de heredero, puede ser individual o colectiva. En la primera el testador designa nominalmente al heredero, y en el segundo caso, se refiere a un conjunto de personas, debiendo expresar claramente que es el grupo, el designado como heredero.

d. La institución de heredero puede ser simultánea o sucesiva. En la primera todos son instituidos a un tiempo a fin de adquirir los bienes a la muerte del testador; en la segunda la adquisición hereditaria se sujeta al orden señalado en el testamento.

e. La designación de heredero puede ser subcausa, es decir, el testador indica el motivo que lo impulsó a hacer la designación. Y en atención al art. 1304: "La expresión de una causa contraria a derecho, aunque sea verdadera, se tendrá por no escrita"; la causa ilícita, no debe ser deterni

nante de la voluntad del testador, ya que si ella fuese el motivo determinante deberá anular la institución.

Para el caso de una causa falsa, se establece la nulidad de la institución, si resulta determinante de la voluntad del testador.

En relación a la eficacia de la institución, para que ésta sea eficaz, se requiere:

a. Que como ordena el art. 1297: "Ni la subsistencia del nombramiento del heredero, o de los legatarios, ni la designación de las cantidades que a ellos correspondan, pueden dejarse al arbitrio de un tercero." Debe hacer la personalmente el testador, sin embargo puede: "encomendar a un tercero - que haga la elección de los actos de beneficencia, o de los establecimientos públicos o privados a los cuales deban aplicarse los bienes que legue - con ese objeto, así como la distribución de las cantidades que a cada uno correspondan." (art. 1299).

b. La institución de heredero, debe contenerse en un testamento, quedan prohibidas las memorias secretas y los codicilos.

c. Que la institución de heredero, se haga nominalmente. Si no se puede averiguar de ningún modo el verdadero heredero, será nula la institución o el legado, como hecho a persona incierta. Y al respecto el artículo 1390, dispone: "Toda disposición en favor de persona incierta o sobre cosa

que no pueda identificarse será nula, a menos que por algún evento puedan resultar ciertas."

Complementarias a las expresadas disposiciones, se encuentran las siguientes:

Art. 1300: "La disposición hecha en términos vagos en favor de los parientes del testador, se entenderá que se refiere a los parientes más próximos, según el orden de la sucesión legítima."

Art. 1336: "El heredero por testamento, que muera antes que el testador o antes de que se cumpla la condición; el incapaz de heredar y el que renuncie a la sucesión no transmiten ningún derecho a sus herederos."

Art. 1381: "Los herederos instituidos sin designación de la parte que a cada uno corresponda, heredarán por partes iguales."

Ahora bien, en cuanto al momento en que se transmite la propiedad a los herederos, el art. 1288 señala: "A la muerte del autor de la sucesión, los herederos adquieren derecho a la masa hereditaria como a un patrimonio común, mientras no se hace la división."

La doctrina está de acuerdo en considerar que la transmisión de la propiedad y de la posesión de los bienes que el heredero adquiera, se producen así desde el momento de la muerte del autor, sin embargo, nuestro ordena-

miento positivo no afronta con claridad, el problema relativo al momento de la adquisición de los bienes en propiedad y sus preceptos en ese sentido no son claros.

En cuanto a la extinción de la institución de heredero ésta se produce:

- a. Por morir el heredero antes que el testador.
- b. Por no aceptar, o repudiar la herencia.
- c. Por falta de cumplimiento oportuno de la condición.

Pasando al segundo tema de este punto, relativo a los legados, *Rojina Villegas*, nos proporciona una muy completa definición de ellos:

"Consisten 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, en un derecho, en un servicio o hecho, en favor de una persona y a cargo de la herencia de un heredero, o de otro legatario, cuyo dominio y posesión se transmite en el momento de la muerte del testador si se trata de cosas determinadas o hasta que éstas se determinen posteriormente." (70)

Legado, como herencia tiene dos acepciones: el acto de transmisión a título particular de una cosa o de un derecho, y el o los objetos transmitidos.

(70) *Rojina, Villegas Rafael. Compendio de Derecho Civil, Tomo II. Bienes, Derechos Reales y Sucesiones, p. 302.*

Pueden ser objeto de un legado, todas las cosas susceptibles de propiedad particular y transmisibles.

El legatario no debe ser considerado heredero aun cuando literalmente así sea nombrado por el testador, atribuyéndole objetos singulares de la herencia. El legatario es sólo adquirente de derechos patrimoniales y en esa adquisición agota todas su relaciones con el causante; el heredero tiene la representación jurídico-patrimonial del autor de la herencia, el legatario normalmente no la tiene. El legado significa siempre una disminución del patrimonio que ha de recibir el heredero, y a veces es una liberalidad, y -- otras es una forma jurídica de cumplir con una obligación.

El Maestro Antonio de Ibarrola realiza las siguientes consideraciones en relación a los legados:

a. A partir de la disposición a título particular, el legatario adquiere un bien determinado o determinable, sin responder de las relaciones pasivas patrimoniales del autor, como acontece con el heredero.

b. El legado significa siempre una liberalidad: una transmisión a título gratuito ya que aun en el caso de los legados onerosos, siempre existe un valor que se transmite gratuitamente, puesto que la carga no puede ser superior al legado.

c. A diferencia de la herencia, que puede deferirse a través del testa-

mento o por la ley, los legados siempre son instituidos en el testamento.

d. El legado implica la 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.

e. No es menester, que mediante legado, se incremente el patrimonio -- del favorecido y disminuya el del gravado: basta por ejemplo el simple aseguramiento de anteriores pretensiones, por medio de reconocimiento, fianza, constitución de prenda, etc. Sin embargo, si resulta indispensable que el -- favorecido tenga una pretensión autónoma e independiente para reclamar lo -- atribuido. Este requisito diferencia al legado de la carga, según Dernburg y Binder.

f. El enriquecimiento del legatario en el legado, no es indispensable aunque sí normal; la ley no le exige, y hasta reconoce la posibilidad de -- que se imponga al legatario un gravamen que iguale o supere el valor de lo -- atribuido. (esto desde luego, se contrapone a lo señalado en el inciso b. -- anterior, puesto que no puede ser mayor la carga que el legado, o bien no -- existirá éste.)

Sin embargo, también existen legados que carecen de trascendencia económica (cartas de familia, recuerdos sin valor) o no suponen a priori un enriquecimiento (legado de venta de una cosa al precio corriente, el legado -- de deuda).⁽⁷¹⁾

⁽⁷¹⁾ Cfr. De Ibarrola, Antonio. *Op. Cit.*, pp. 788 - 789.

Por otra parte, a pesar de que se ha dicho que el legatario no posee la representación patrimonial del causante, en ocasiones, la ley excepcionalmente regula situaciones que convierten al legatario en continuador del patrimonio del autor, y al efecto el art. 1286 dispone: "Cuando toda la herencia se distribuye en legados, los legatarios serán considerados como herederos."

Art. 1411: "Si toda la herencia se distribuye en legados, se prorratarán las deudas y gravámenes de ella entre todos los partícipes, en proporción de sus cuotas, a no ser que el testador hubiere dispuesto otra cosa."

Lo anterior, sucede, porque no podría dejarse al pasivo sin responsable, sin representante, sin continuador. Análoga situación se presenta si a pesar de la existencia del heredero, los bienes transmitidos no alcanzan a cubrir el pasivo: entonces los legatarios responden, y por eso su responsabilidad se denomina subsidiaria.

Para los herederos, el legado, es un gravamen, si solamente existe un heredero, obviamente él pagará el legado; si son varios a cada quien le corresponderá pagar su cuota.

No sólo el heredero puede ser gravado, con un legado, puede también serlo un legatario y así lo dispone el art. 1394.

La distinción entre heredero y legatario, no es cuantitativa, es cualitativa, el título de heredero, no está vinculado necesariamente a la adqui-

sición de bienes, ya que la institución es válida, incluso cuando no se encuentra activo en la sucesión, o peor aún cuando sólo contenga un conjunto de relaciones pasivas.

En suma, el legatario adquiere a título particular, bienes concretos y determinados, no sustituye al autor de la sucesión. El legatario adquiere, el heredero principalmente sustituye, y como consecuencia puede o no adquirir bienes según los haya o no en la herencia.

Uno y otro adquieren al momento de la muerte del autor de la sucesión, este dato es importante, no sólo para efectos de la sustitución del causante, por el heredero, sino también para efectos fiscales como se tratará posteriormente.

La responsabilidad del heredero, por las deudas del autor de la sucesión es total, respecto de los bienes que adquiere por este medio, pues los adquiere a beneficio de inventario; la del legatario es responsabilidad subsidiaria y evidentemente la misma se reduce a lo que adquiere y no responde con sus propios bienes.

El heredero adquiere a beneficio de inventario, lo cual significa entre otras cosas que el patrimonio del autor de la sucesión, no forma uno solo con el del heredero.

Precisada la distinción entre heredero y legatario, se observan las mismas reglas para la institución de uno u otro.

Para concluir con el último tema del presente punto es importante atender al contenido de nuestro artículo 1472, el cual textualmente prevé: "Puede el testador substituir una o más personas al heredero o herederos instituidos, para el caso de que mueran antes que él, o de que no puedan o no --quieran aceptar la herencia."

De Ibarrola defina la substitución como "el nombramiento, por acto de última voluntad de un heredero, en subrogación del nombrado en primer lugar. Normalmente se presenta en el caso de substitución una pluralidad de instituciones sucesivas y subsidiarias, puede haber substituciones hasta el infinito." (72)

Existen las siguientes clases de substituciones:

La substitución directa o vulgar, que consiste en la designación que hace el testador de una o más personas para que adquieran en lugar del instituido, en el caso de que éste muera antes que aquél o de que no pueda o no quiera aceptar la herencia, y así lo establece el citado artículo 1472. En esta substitución se produce la delación directa, es decir el llamamiento y ofrecimiento de la herencia, el testamento puede llamar a un heredero en substitución de otro: caduca una delación, como si nunca hubiera existido y surge otra. El substituido recibe la parte de la herencia que habría correspondido al primer instituido.

(72) De Ibarrola, Antonio. *Op. Cit.*, p. 765.

La substitución recíproca consiste en la institución de herederos que se substituyen recíprocamente, para el caso de muerte, incapacidad o renuncia de alguno de ellos, de esta institución habla el artículo 1477 que establece textualmente: "Si los herederos instituidos en partes desiguales fueren substituidos recíprocamente, en la substitución tendrán las mismas partes que en la institución; a no ser que claramente aparezca haber sido - - otra la voluntad del testador."

En la substitución indirecta, el substituto recibe la herencia por intermedio del substituido, se llama también, oblicua, gradual o fideicomisaria. El substituto la recibe después de haberla tenido en sus manos el substituido; el heredero está obligado a conservar y transmitir los bienes, la persona favorecida en primer término no es más que un heredero o legatario aparente, encargado de restituir los bienes, después de haberlos conservado como un depósito.

Para Planiol y Ripert la substitución fideicomisaria es "toda disposición por la que el autor de una liberalidad, encarga a la persona beneficiada conservar por toda su vida los bienes legados o donados y transmitidos a su muerte a una segunda persona, designada por el disponente." (73)

Lo anterior traduce el deseo del testador no sólo de arreglar su propia sucesión, sino también la de su heredero, en cuanto a los bienes transmitidos.

(73) Araujo, Valdivia Luis. *Op. Cit.*, p. 532.

La substitución pupilar, era un Derecho Romano, la designación hecha por el padre, la madre u otro ascendiente, que en el supuesto de que el impúber muriese antes de cumplir la edad en que pudiera hacer testamento. Era como el testamento del hijo, hecho por el padre a fin de evitar que aquél muriera intestado.

La substitución ejemplar, concebida como la designación hecha por un ascendiente de un segundo heredero, para el caso de que el descendiente incapaz por enajenación mental instituido heredero muera dentro del estado de locura: viene a ser el testamento del incapaz, hecho por su representante legítimo.

Son tres las substituciones que nuestro Código reglamenta, la directa o vulgar, señalada en el artículo 1472, la recíproca, mencionada por el artículo 1477, la indirecta o fideicomisaria, prevista por el artículo 1473, que está prohibida, las otras dos señaladas en el Derecho Romano, la pupilar y la ejemplar, nuestro Código no las menciona, que admite solamente la directa o vulgar, prohibiendo expresamente el artículo 1473, cualquier otra, independientemente de la forma de que se las revista.

Nuestro Derecho considera a las substituciones en la forma siguiente:

La substitución no es una institución condicional, aun cuando, para que opere el llamamiento sea necesario la ineficacia del primer llamamiento, sin embargo, es una característica propia.

La substitución es una institución de heredero, y por lo tanto le son aplicables las mismas reglas.

El substituto, de un heredero sucede al instituido, quien no será sucedido por los coherederos, ya que no existe el derecho de acrecer de los herederos, y si no hay substituto, se abre la sucesión legítima por la parte que le habría correspondido al instituido.

La substitución vulgar, se aplica tanto a los legados como a la institución de heredero.

Una de las utilidades que presenta la substitución, además de que siempre existirá heredero testamentario, -desde luego si el instituido acepta- está en lo relativo a impuestos sobre inmuebles, que es el único que actualmente se cobra en las sucesiones, de lo cual con mayor amplitud se tratará en el capítulo subsecuente.

F. La herencia forzosa frente a la libre testamentifacción.

Al tratar en la sucesión testamentaria, la libertad para testar, se ha reconocido que no existe una libertad plena, puesto que al dictar el testador su última voluntad, ésta alcanza sólo cierto grado, debiendo subordinarse a ciertas disposiciones imperativas.

Existen algunas legislaciones que no admiten la libertad para testar, no es el caso de la nuestra, en la que sólo se impone como sanción, que el

testamento sea inoficioso al no haberse asegurado los alimentos a ciertas personas.

Como ya se ha expuesto, nuestro Código Civil de 1870, no admitió el régimen de la libertad de testar, consagrando el principio denominado "De la legítima". Por legítima se consideraba, la porción que forzosamente debía respetar el testador a sus parientes consanguíneos en línea recta, descendente o ascendente. Si no se respetaba esta porción, la disposición testamentaria se reducía hasta el límite que fuese necesario para cumplir con ella.

También se manifestó, que el Código Civil de 1884, abolió la institución "De la legítima", estableciéndose la libertad del testador para disponer de sus bienes por testamento, con la única obligación de asegurar alimentos a sus descendientes, cónyuge supérstite o ascendientes.

Asimismo el Código Civil de 1928, adoptó el sistema de la libre testamentación, estableciéndose que para que realmente se lleve a cabo la transmisión hereditaria, no sólo es necesario que el testamento, como todo acto jurídico, reúna los requisitos esenciales y de validez, sino que no debe omitir dejar alimentos a aquellas personas que por ley tengan ese derecho, bajo la pena de declarar inoficioso al testamento, como se recordará, el efecto que origina el carácter inoficioso del testamento, no es la renovación de las disposiciones testamentarias, sino exclusivamente el aseguramiento de la pensión alimenticia.

Frente a la sucesión intestada, se alza la sucesión testamentaria, no obstante, no en todas las legislaciones, es omnimoda la voluntad del testador; hay legislaciones, en las que el Estado, contra el testamento, establece la herencia forzosa de determinado porcentaje de la herencia.

Siguiendo a Antonio de Ibarrola, deberá entenderse por legítima "la porción de los bienes, que por reservarla la ley a cierta clase de herederos, que se denominan forzosos, el testador no puede disponer de ella, en favor de otras personas, aunque si mejorar a algún heredero forzoso." (74) Como puede verse la legítima constituye una reserva de bienes a favor de ciertos herederos.

Los Códigos, holandés, español, suizo, italiano y alemán reconocen la legítima: varía el monto de la reserva y la lista de los favorecidos; en América Latina solamente Costa Rica y México han suprimido la legítima.

Dentro de los principios, que toda ley debe respetar, en aras del mejoramiento individual y social, se encuentra el derecho de testar; sin embargo, es innegable que debe prevalecer el derecho de los hijos de heredar a sus padres, no sólo ab intestato, sino también en la sucesión voluntaria, empero, cabe señalar que los padres no siempre repartirán su caudal entre sus hijos, por partes iguales, sino que tomando en cuenta, las diferentes necesidades, comportamiento e intereses se producirá la partición.

(74) De Ibarrola, Antonio. *Op. Cit.*, p. 782.

No obstante, no debe privarse, del derecho que los padres tienen para desheredar a sus hijos, por causas graves, ya Justiniano especificó las causas de desheredación, catorce para los descendientes y ocho para los ascendientes, fundados parte en la ofensa a la persona del causante, y parte en la conducta indigna del allegado, aunque sería más adecuado no hablar de desheredación sino de privación de legítima.

Este mismo autor, nos dice que nuestro actual Código, siguiendo al de 1884, adoptó el sistema de la libertad testamentaria, y los motivos fueron los siguientes :

a) Los hijos tienen una mejor garantía, en el ánimo de sus padres, que la que la ley pueda otorgarles, para ser considerados como herederos.

b) El poder del padre, crece a medida de que se afianza la libertad -- testamentaria.

c) Stuart Mill, afirma que los padres han hecho suficiente por los hijos, asegurándoles la subsistencia, para que aún se considere la obligación de instaurarlos como herederos forzosos.

d) Ahrens y Montesquieu, se pronuncian a favor de la obligación de asegurar los alimentos, pero no a dejar como herederos a los hijos.

e) Schaffle, apunta que el testador debe ser el árbitro fiel de los---

destinos de su familia. (75)

Una vez apuntados, los motivos que impulsaron a nuestros legisladores a adoptar, la libre testamentifacción, considero oportuno señalar que ninguno de ellos es totalmente convincente, ya que ponen de manifiesto situaciones - que si bien son ciertas, tan solo representan un aspecto, que no logra con-
vencer plenamente, en una cuestión tan fundamental. Por que el tratar de jus
tificar la libre testamentifacción, basándose en el acrecentamiento de la au
toridad paterna, -no por lo que ella representa, sirviendo para propiciar ar
monía y respeto-, sino que supone que se utilice como un medio de presión y poder entre la familia no parece motivo suficiente, ni plausible para negar la legítima.

Por otra parte, los autores que se pronuncian en contra de la insti-
tu-
ción de la legítima, siempre argumentan en contra del derecho a heredar, de los hijos, olvidándose de los demás herederos, que podrían considerarse for
zosos.

Los padres, ciertamente faltan a sus deberes naturales, y morales siem-
pre que sin razón grave arrebatan a sus hijos el derecho de heredarlos; es -
lamentable, que el testador, quien, por causas necias, señale como herederos a extraños, desamparando a su familia, y que por motivos que no merezcan res
peto, los herederos naturales vean frustradas sus legítimas esperanzas, de -
heredar y continuar en la posesión y propiedad de los bienes familiares.

[75] Cfr. De Ibarrola, Antonio. Op.Cit., p. 783.

El Código Agrario de 1942, deja en absoluta libertad de testar al ejidatario; en el anteproyecto esa libertad se daba, cuando no se tuviera mujer e hijos y como comenta, Lucio Mendieta y Núñez: No debe dejarse, la suerte de la familia, que generalmente, colabora con el jefe de la misma en la explotación de la parcela, al arbitrio de éste, que en un momento dado podría designar a persona extraña para que le suceda en los derechos ejidales, dejando a su esposa o concubina y a sus hijos en la miseria. (76)

De lo anterior se desprende que es indiscutible, que la economía familiar, es la que interesa proteger, procurándose el orden social, al impedir la posibilidad de que terceros extraños, puedan disfrutar de los bienes, -- que por razones económicas y afectivas pertenecen a los miembros de la familia, sobre todo el cónyuge que sobrevive y los hijos, tienen una legítima expectativa sobre el patrimonio formado por bienes adquiridos o conservados, por todos.

En algunos países, el derecho de testar, se encuentra limitado, por el sistema de sucesión forzosa, con el propósito de evitar quebrantos a la familia, si el testador hace uso de su libertad de transmisión, en favor de extraños confundiendo el uso del derecho, con el abuso del mismo, toda vez que el testamento debe ser la aspiración, de quien a través de sus bienes -premia, lo que estima que es debido y garantiza la estabilidad económica de la familia.

(76) Cfr. De Ibarrola, Antonio. *Op.Cit.*, p. 876.

El derecho español, reconoce la institución de la legítima, definiéndola en el art. 806 del Código Civil, que al efecto dispone:

"Legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto -- forzosos."

De igual forma, el art. 807 de ese ordenamiento establece:

"Son herederos forzosos:

Primero. Los hijos y descendientes legítimos respecto de sus padres y ascendientes legítimos.

Segundo. A falta de los anteriores, los padres y ascendientes legítimos, respecto de sus hijos y descendientes legítimos.

Tercero. El viudo o viuda, los hijos naturales legalmente reconocidos y el padre o madre de éstos, ..."

Es decir, se entiende a la legítima, como un derecho de adquirir bienes, propio del cónyuge o de determinados parientes muy próximos, que afecta el patrimonio del causante.

José Luis La Cruz expresa muy apropiadamente, como se concibe "La legítima" en el Derecho Español:

La ley entiende que a la muerte del causante, sus allegados más cercanos, han de participar en sus riquezas, pero, no por eso los llama en principio, como sucesores, sino que espera que el amor del causante a su familia, haya distribuido equitativamente su fortuna entre los suyos.

Sin embargo, si el difunto, no ha distribuido el caudal, con el mínimo de equidad que la ley espera de él, pueden presentarse diversas posibilidades:

a) Puede el causante haber dilapidado en vida sus bienes, a través de donaciones, identificables, en ese caso "los legitimarios" tienen acción para reducir tales liberalidades y hacer que se les atribuya su importe. Pero es una mortis causa capio independiente de la sucesión hereditaria.

b) Puede el causante disponer de sus bienes, en testamento, favoreciendo a extraños, olvidándose de sus allegados, y entonces corresponde a estos la acción de preterición, mediante la cual anulan la institución de heredero.

c) Acaso, aunque en el testamento, se hallen instituidos los legitimarios, se han dispuesto en él, legados que menguan su legítima. Tales legados son objeto entonces de reducción, heredando el legitimario la porción que asigna la ley.

d) Si en el caudal relicto, hay bienes suficientes para satisfacer las

pretenciones de los legitimarios, y estos aunque sin estar preteridos (olvidados por el causante), perciben menos de lo que les corresponde, pueden pedir un complemento que constituya la porción preceptuada por la ley. (77)

No debe confundirse, la sucesión intestada, con la institución del legatario, ya que éste hereda, llamado por la ley, contra el testamento y opera por ministerio de la ley, siendo diversa a la sucesión ab intestato.

El derecho español, a pesar de aceptar, la autonomía de la voluntad -- del testador, no la concede absoluta, prevalece, en efecto la voluntad del causante, pero no se excluye la intervención de la ley, y le pone ciertos límites, fundamentalmente en las legítimas, restringe la libertad de disposición del causante, es decir no puede éste convertir en herederos, a quien no ofrezca las condiciones indispensables para serlo.

La legislación española, permite la libertad de disposición de bienes, mediante testamento; primeramente la ley cede la palabra al causante, para que disponga a su arbitrio, y si lo hace infringiendo los intereses familiares, toma de nuevo la palabra para ordenar la sucesión; considera la ley la sucesión forzosa, limitada a ciertos supuestos, de jerarquía superior a la sucesión testamentaria. Dándose el caso de una sucesión contra la voluntad del causante, porque una disposición que infrinja el derecho de los legitimarios, propiamente herederos, puede ser totalmente inválida.

En México, la sucesión legítima, atiende, básicamente al interés de la

(77) *Cfr. La Cruz, José Luis y Manuel Albaladejo. Op.Cit., p. 161.*

familia, y afirmar que esta sucesión se funda en la presunta voluntad del de cujus, y que al no existir disposición testamentaria, la sucesión se regula pensando en la voluntad que hubiese expresado el causante, es puramente imaginario lo mismo que tratar de encuadrar, esta sucesión como supletoria, ya que no lo es, sino que en realidad es un sistema independiente que la ley consagra, provisto de una función eminentemente social. En tanto que la sucesión testamentaria, responde a un interés individual, la libertad -- testamentaria, sólo se ve limitada, por las obligaciones que expresamente -- señala el art. 1368 de nuestra legislación sustantiva.

Esta libertad para testar, fue deplorada por el gran tratadista, Castán Tobeñas, al expresar: "Los legisladores mexicanos, llenos de optimismo y romanticismo jurídico, han querido hacer realidad el bello sueño que ya se iba considerando irrealizable de Enrico Cimbali: se han propuesto dar al mundo y a su país un Código de Derecho Privado Social...

Hay en la nueva obra legislativa, al igual que en la reciente de los soviets rusos, un contrasentido muy común también en las corrientes ideológicas hoy imperantes. Al lado del derecho patrimonial, si no socialista, -- cuando menos socializado, se instauró o se quiere instaurar, un Derecho de familia desenfrenadamente individualista. El divorcio por mutuo consentimiento, la libertad absoluta de testar el desconocimiento de la interdicción por causa de prodigalidad, y tantas otras soluciones del Código Mexicano, -- ¿qué son si no una regresión a las épocas más rígidamente individualistas -- del Derecho Romano?" (78)

(78) Castán, Tobeñas José. El Nuevo Código Civil Mexicano., un Ensayo de Código Privado Social. Revista General de Derecho y Jurisprudencia. México, 1930. pp. 47 y ss.

Esta libertad testamentaria, preocupa en ocasiones a los cónyuges que desean mientras ellos vivan poder disponer de los bienes, y al fallecimiento de ambos, que sean los hijos quienes los disfruten.

Para ello, al otorgar su respectivo testamento, disponen en esa forma, sin embargo, sobre todo cuando son jóvenes, les preocupa que el cónyuge superviviente contraiga nuevas nupcias y pueda hacer testamento dejando todos los bienes al nuevo cónyuge, con lo cual muy probablemente los hijos de ambos no adquieran los bienes.

Lo anterior, es un claro ejemplo, de lo poco afortunado de nuestra legislación, que con su exagerado individualismo, nos lleva a permitir tales situaciones, esta tendencia, que es presentada como un logro, como una conquista del individuo, y que es en realidad, todo lo contrario, y que nos hace fijarnos sólo en la norma, en la ley, dada por el hombre, quien facilita el camino para ser injusto, pero que sin embargo actúa conforme a la ley.

Cuán humano sería pensar en lo válido del deseo de esos esposos, el tener la certeza de que serían considerados como herederos forzosos, de los bienes adquiridos por herencia del cónyuge premuerto, a los hijos de ambos.

Es por ello, que parece razonable, que podría frenarse en algo esa marcha exagerada del individualismo, y dentro del enfoque general de nuestro Código, pensar en lo útil y justa que resulta la figura de la legítima o de herencia forzosa, en un porcentaje de los bienes en favor, principalmente -

de los hijos y del cónyuge supérstite.

No obstante, podría aducirse, que esto no hace falta, que es un retroceso a los logros obtenidos, y que finalmente con la libertad de testar - existente, puede dejar sus bienes a esas personas, pero lo importante sería lograr un criterio que lograra equilibrar los intereses familiares dentro - de la tendencia de nuestra legislación.

Hechas las anteriores consideraciones, es oportuno puntualizar: No - existe duda, que dentro de nuestro sistema, la sucesión testada ostenta primacía, lo cual no es censurable, por el contrario, la ley necesita a un sucesor, y a éste no se le dejará paso mientras exista alguno nombrado por el autor, no importando privar de los bienes a la familia; desde luego, no es deseable eliminar la facultad de testar, la cual es inherente al hombre, ya que cada individuo es libre de disponer de sus bienes, pero no como mejor - le parezca, puesto que cualquier persona normal tiene gran aprecio por su - familia y por los principios y valores derivados de ella, dentro de los cuales ha vivido, y a los que seguramente mucho debe, es por eso lógico esperar que una persona que tiene descendientes, ascendientes, o cónyuge pretenda favorecerlos en su testamento, en caso de no presentarse esa situación, debería existir un medio que garantizara a esos parientes una participación justa en el caudal hereditario, a través de la institución de la legítima, mediante la cual, se rectificaran las disposiciones testamentarias.

Empero, no debe tomarse como norma, que el testador deba hacer una re-

partición igualitaria de su patrimonio, deberán imperar las distintas circunstancias de los miembros de la familia; pero pensar en la posibilidad de que impulsado por poco edificantes sentimientos o criterios poco éticos prive a su familia de los bienes que esperan heredar, no contribuye en nada a mejorar nuestra ya deteriorada sociedad, ya que la familia es la fuente natural para la conservación de la especie humana, y el pilar más sólido para el desarrollo de la sociedad, en ella descansan los valores más altos de la patria, es por esto que la ley debe apoyar esas instituciones, no al individuo que sólo es transitorio.

Vivimos en un mundo, en el que la libertad no debe manifestarse, haciendo lo que no se debe, frenar la libre testamentifacción, no sería nada nuevo, nos encontramos ya llenos de frenos, de obstáculos, cada individuo es tan libre, en la medida que su libertad no perjudique a nadie, entonces porqué auspiciar situaciones que no aportan nada a la protección y consolidación de la familia, institución sin la cual, ninguna nación puede progresar y cabe la interrogante ¿porqué si la ley determina herederos y regula diversas situaciones, ante la falta de expresión de la voluntad del causante, calla ante la expresión de esa voluntad, es acaso más importante el interés de un individuo que el que la ley trata de proteger?.

C A P I T U L O I I I

REGIMEN FISCAL

A. Ingresos del Estado

Puede parecer extraño, tratar en un tema de Derecho Civil, materias -- fiscales, sin embargo la inclusión de este capítulo, obedece a que el Derecho como ciencia, es un todo cuyo objeto es la regulación de las relaciones entre seres humanos. Las relaciones entre el Derecho Fiscal y el Derecho - Común, son muy numerosas. Estas relaciones no tienen una naturaleza de Derecho Privado y otra de Derecho Fiscal. Así por ejemplo, una compraventa, para quien desea adquirir un automóvil y para quien quiere recibir su precio, sigue siendo una compraventa. No obstante, la operación está regida por disposiciones de derecho privado y por leyes fiscales y de igual manera una sucesión, para quien va a adquirir un inmueble, está regida por disposiciones de derecho privado y por leyes fiscales; el hecho jurídico es el mismo, sólo que está regulado por diferentes ramas del Derecho que le atribuyen consecuencias jurídicas diferentes.

Todas las ramas del Derecho gozan de una naturaleza común, algunas están más relacionadas entre sí que otras, encontrando que la cercanía existente entre el Derecho Fiscal y el Derecho Común es muy grande y recordemos que los sujetos de las relaciones jurídicas realizan operaciones reguladas por el Derecho Privado y el Tributario, y que la gran mayoría de los hechos jurídicos resultan ser a la postre hechos imponibles.

Por otra parte, la defensa del derecho de testar y el de suceder, hace necesaria la consideración del problema tributario de sucesiones, y para -- ello haré más adelante una exposición de las legislaciones que son aplica-- bles en este aspecto.

Hay que considerar que no debe abrumarse la propiedad privada con enor-- mes tributos e impuestos, puesto que el derecho de propiedad emana de la -- misma naturaleza humana, no de las leyes; y por ello la autoridad no debe -- abolirla, sólo atemperar su uso y conciliarla con el bien común.

Por ello son de la mayor importancia los estadfos fiscales y financie-- ros, a través de los cuales se realizarán aportaciones para las arcas públi-- cas, y éstas se obtienen por medio de la contribución de cada uno de noso-- tros, en la forma proporcional y equitativa, de la que nos habla el precep-- to constitucional.

Hechas las anteriores consideraciones, abordaré el tema de los ingre-- sos del Estado.

Y antes de entrar en la materia, considero necesario determinar en pri-- mer término en que consiste la actividad estatal.

"La actividad del Estado, es el conjunto de actos materiales y jurídi-- cos, operaciones y tareas que realiza en virtud de las atribuciones que la legislación positiva le otorga. El otorgamiento de dichas atribuciones obe

dece a la necesidad de crear jurídicamente, los medios adecuados para alcanzar los fines estatales." (79)

El sostenimiento de la organización y funcionamiento del Estado implica, necesariamente gastos que éste debe atender, procurándose de recursos, es decir de ingresos, que son todas las percepciones en numerario que por diversos conceptos entran a las arcas del Estado. Los ingresos del Estado se originan normalmente por los impuestos que decreta, por los derechos, -- los productos y aprovechamientos que obtiene por sus actividades, y excepcionalmente por los financiamientos que contrata dentro o fuera del país. El Estado tiene un importantísimo papel financiero, pues no basta con recaudar fondos, hay que saberlos invertir aplicando las reglas generales sobre las que reposan las finanzas públicas, y que de acuerdo con el Maestro De Ibarrola, son las siguientes :

- a) El Estado debe tener un patrimonio, para hacer frente a los crecidos gastos públicos que demanda la consecución del bien común;
- b) Todos debemos colaborar para suplir el dinero necesario para los gastos públicos, dentro de la medida de nuestras posibilidades;
- c) Siendo el Estado un simple administrador de los fondos públicos, de
be rendir cuentas detalladas y pormenorizadas de su gestión;

(79) Fraga, Gabino. *Derecho Administrativo*, rev. Manuel Fraga. México, D.F. Edit. Porrúa, S.A., 1987, p. 13.

- d) El Estado nunca debe distraer los gastos públicos para solucionar - problemas ajenos a los que demanda la correcta administración del - bien común;
- e) Los funcionarios, parte integrante del Estado, que emplean los caudales públicos fuera de las normas de una sana política fiscal, roban al pueblo que están gobernando;
- f) Nunca debe el Estado, ni remotamente aparentar que ataca por medio de impuestos, instituciones que son básicas en la vida social. Sería atentatorio v.gr., consagrar el derecho de propiedad y después reducirlo a la nada con impuestos exorbitantes, o bien proclamar la existencia del Derecho Sucesorio, y aniquilarlo mediante un exagerado tributo que grave la adquisición;
- g) El Estado debe conceder al pueblo amplios poderes para revisar las cuentas públicas y escuchar atentamente su voz por lo que se refiere al monto e inversión del tributo;
- h) El Estado no es una institución de beneficencia que deba sostener - en las oficinas una nube de empleados improductivos;
- i) El Estado no debe invertir los fondos públicos, para nulificar pérdidas de empresas estatales o semifatales. (80)

[80] Cfr. De Ibarrola, Antonio. *Op. Cit.*, pp. 1007 - 1008.

El artículo 1º del Código Fiscal, somete todos los ingresos del Estado a la regulación de las leyes fiscales al señalar, que los impuestos, derechos y aprovechamientos, al igual que los productos, se regularán por las leyes fiscales, respectivas. Nuestro Código Fiscal, considera fiscal, todo ingreso del Estado.

El Tribunal Fiscal, desde 1937 ha sostenido que debe atribuirse el carácter de fiscal a cualquier ingreso del erario, a toda prestación pecuniaria en favor del Estado, sin que interese distinguir si el deudor es un particular persona física o moral, algún establecimiento público, ya sea entidad federativa u organismo municipal. Lo que da carácter de fiscal a un crédito, es la circunstancia de que el sujeto activo de él sea el poder público, y no afecta al sujeto pasivo para precisar el carácter de la prestación adecuada; el sujeto activo y no el pasivo proporciona el criterio necesario para precisar si la relación jurídica es de naturaleza fiscal.

Dentro de los ingresos del Estado, los impuestos ocupan un grado importantísimo, tanto por la frecuencia de su operatividad, como por el cuantum de ingresos que proporcionan.

No obstante, si bien el impuesto es la principal fuente de recaudación fiscal, desde luego no es la única, y además de él figuran como ingresos ordinarios del Estado, los derechos, productos y aprovechamientos, mismos que brevemente se definen de la siguiente manera :

Derechos.- Son las prestaciones establecidas por el Poder Público, con

forme a la Ley, en pago de un servicio.

Productos.- Son los ingresos que percibe el Estado, por actividades -- que no corresponden al desarrollo de sus funciones propias de derecho público o por la explotación de sus bienes patrimoniales.

Aprovechamientos.- Los recargos, multas, y los demás ingresos de derecho público, no clasificables, como impuestos, derechos o productos.

B. Concepto doctrinario del Impuesto

Existen diversas teorías que tratan de explicar la naturaleza jurídica de los impuestos:

1. Teoría jurídica de la equivalencia. Esta teoría, afirma que el impuesto que pagan los sujetos pasivos corresponde a los servicios públicos - que el sujeto activo, el Estado, les presta a aquéllos.

2. Teoría que sostiene que el impuesto es una prima de seguro. Según - esta teoría el Estado al recibir el impuesto, presta un seguro al sujeto pasivo, en otras palabras, que el Estado está obligado a proteger, la vida, - posesiones y derechos del gobernado. Esta teoría es falsa, ya que el Estado de nuestros días, no es el Estado gendarme, que se concrete exclusivamente a cuidar la vida y el interés de la sociedad.

3. Teoría que sustenta que el impuesto es un deber social. Esta teoría

sostiene que todos los miembros de la comunidad, de acuerdo con sus posibilidades, tienen el deber de contribuir para el sostenimiento del Estado y sus gastos públicos.

Por su parte Adam Smith afirmaba: "Todo impuesto debe recaudarse en la forma y época en la que es más probable que convenga su pago al contribuyente." (81)

Existen, también algunos principios que son aplicables a los impuestos:

1. Principio del impuesto progresivo, según el cual, el impuesto debe ser, en lo posible proporcionado a la capacidad económica, la cual crece según una progresión más rápida que la renta.

2. Principio de la finalidad presupuestaria: hay que procurar extraer de las economías particulares aquella cantidad de riqueza, cuyo empleo en fines públicos, sea más rentable que el que pudiera tener en la esfera privada.

3. Principio de economía: todo impuesto debe planearse de modo que la diferencia de lo que se recauda y lo que ingresa en el Tesoro Público del Estado, sea lo más pequeña posible.

4. Principio de aplicación estricta: las normas del Derecho Tributario

[81] *Tribunal Fiscal de la Federación. Cuarenta y cinco años al Servicio de México, Tomo I, México, D.F., 1982, p. 129.*

que establezcan cargas a los particulares y las que señalen excepciones a - las mismas, serán de aplicación estricta, y así lo establece el artículo - 11 del Código Fiscal.

En cuanto a las clases de impuestos que tenemos, Margain Manatou explica que los impuestos directos, gravan situaciones que más bien son hipotétícas, como lo es la utilidad fiscal, v.gr. la posesión de un capital o el goce de una renta.

Los impuestos indirectos por su parte gravan hechos o situaciones reales, concretos, como la producción, la adquisición, la enajenación, esto es, la circulación, la producción o el consumo de las riquezas.

Los impuestos directos, a su vez, pueden ser generales o especiales. - General es el impuesto sobre la renta; especial es el impuesto personal, -- que se presenta en herencias, legados, donaciones.

La doctrina, sostiene que la propiedad individual, no puede mantenerse en un campo de derecho absoluto, tiene pues límites, los que le señalan los intereses generales de la comunidad, los cuales se alcanzan a través de los impuestos. Hasta este punto es muy aceptable la anterior afirmación. Prosigue la doctrina diciendo: El Estado actual absorbe una considerable cantidad del Producto Nacional Bruto, en forma de impuestos, y otros ingresos, a fin de distribuir luego lo obtenido en prestaciones sociales en favor de toda la población; es en esta parte, por la que me pronuncio totalmente a fa-

vor, sin embargo, la actual situación que afrontamos, nos ofrece otra realidad.

Por último, se ha sostenido, que los impuestos tienen dos finalidades básicas:

- 1) La obtención de medios económicos suficientes para hacer posible el bien común.
- 2) Realizar, a través de esa obtención, una adecuada distribución de la riqueza.

C. Concepto legal del Impuesto.

La legislación mexicana, en el artículo 2º del Código Fiscal define -- los impuestos dictando que son prestaciones en dinero o especie que fija la ley con carácter general y obligatorio a cargo de las personas físicas o morales para cubrir los gastos públicos.

Esta definición, conjunta los elementos básicos e inseparables de los impuestos; efectivamente la materia fundamental del impuesto es el dinero, operando excepcionalmente el pago en especie; los obligados a pagar los impuestos son las personas físicas y morales, y la finalidad de los impuestos, es la de cubrir los gastos públicos:

Se afirma que el Código Fiscal define con simplicidad el concepto de -

impuesto. Sin embargo, toca a la doctrina del Derecho Fiscal su desarrollo y profundización, y al efecto puede decirse que el impuesto, es el medio -- normal que unilateralmente -es decir un acto de autoridad- emplea el Estado para obligar coercitivamente al gobernado a cumplir una obligación pecuniaria que tiene como finalidad el sostenimiento económico de la entidad estatal misma, y el funcionamiento de los servicios públicos a cargo de ella, - de sus dependencias y organismos.

El artículo 31 de la Constitución, consigna entre las obligaciones de los mexicanos, la de contribuir para los gastos públicos, así de la Federación, como del Estado y Municipio que dispongan las leyes, y con arreglo a lo dispuesto, por este precepto, se desprenden los siguientes elementos:

- 1) El impuesto constituye una obligación de derecho público.
- 2) El impuesto debe ser establecido por una ley.
- 3) El impuesto debe ser proporcional y equitativo.
- 4) El impuesto debe establecerse para cubrir gastos públicos.

El pago de impuestos es un acto que tiene el carácter de obligación jurídica, y así lo dispone la fracción IV del artículo 31 Constitucional, en la que se impone a los mexicanos la obligación de contribuir para los gastos públicos.

Por lo anterior, jurídicamente, un determinado individuo está obligado a conducirse de cierta manera, siempre que para una conducta sea exigible, exista una disposición jurídica que establezca un acto coactivo para sancio

nar la conducta contraria. En este caso, la conducta prescrita consiste en contribuir para los gastos públicos, evidentemente tiene un sentido normativo de constituir una obligación jurídica, esta categoría se manifiesta, en la medida en que existe una disposición con arreglo a la cual, la conducta contraria, "no pagar impuestos" esté prevista como condición para la aplicación de una sanción.

Asimismo, conforme a la fracción IV del artículo 31 de la Constitución, las exigencias de la equidad y proporcionalidad, funcionan u operan como limitaciones al poder tributario de la Federación, Estado, o Municipio, en tanto que los mexicanos están obligados a contribuir para los gastos públicos, siempre que las prestaciones que se les impongan se estructuren (jurídicamente hablando) de manera proporcional y equitativa.

Continuando, con el análisis de la citada fracción IV del artículo 31 de la Carta Magna, para la validez constitucional de un impuesto, se requiere la satisfacción de tres requisitos fundamentales.

- 1) Que sea proporcional.
- 2) Que sea equitativo.
- 3) Que se destine al pago de los gastos públicos.

El impuesto, requiere ser proporcional, y esa proporción para ser justa, se fundará, en primer término en el ingreso del contribuyente, punto de partida para aquilatar su capacidad contributiva, puesto que para el que ob

tiene mayores ingresos, más alto será el impuesto que tendrá que satisfacer.

Todo impuesto afecta directa o indirectamente, la capacidad contributiva personal o real del deudor fiscal. Más, para que el impuesto, no sea un acto indebido, ni esté sujeto a arbitrariedades, es indispensable que sea - proporcional y equitativo, con lo cual queda limitada la soberanía del Poder Legislativo de un Estado en la imposición de cargas fiscales.

En cuanto a la función económica que cumple el impuesto, en el seno de la sociedad, si mayor es el potencial económico del contribuyente, mayor -- tendrá que ser el impuesto, aunque invariablemente en proporción a la capacidad contributiva; éstas son en efecto las dos bases fundamentales, para - fijar el impuesto, que encuentra en el escalonamiento de la cuota tributaria, una proporción, cuyos resultados deberán repercutir en la necesidad de una redistribución de la renta nacional.

En materia de impuestos, existen dos clases de disposiciones:

- 1) Las que fijan el monto del impuesto, los sujetos del mismo, y las formas de causarse y recaudarse.
- 2) Las que enumeran anualmente cuáles impuestos deben causarse.

D. Supuestos fundamentales para la causación de impuestos.

Empezaré por señalar algunos conceptos que sirven de base para el desarrollo del presente punto.

Crédito fiscal, es el vínculo jurídico, por virtud del cual, el Estado, tiene derecho de exigir del causante o del contribuyente una prestación pecuniaria, excepcionalmente en especie, encaminada a sufragar el gasto público.

La determinación del crédito fiscal se realiza, en tres principales fases: la fijación de la base imponible, la aplicación del tipo a la misma y - el pago de la cuota. Esta consiste en la aplicación del tipo a la base automáticamente, o a través de una declaración del interesado.

Sujeto activo de los créditos fiscales, el Estado actuando como Fisco, es el sujeto activo y beneficiario inmediato de todo crédito fiscal.

El Estado, como sujeto activo de la relación tributaria, puede manifestarse de dos diferentes maneras: a través de un conjunto de normas creadoras de los tributos y como titular de la relación tributaria.

El Estado ejerce este derecho por medio de sus representantes expresamente autorizados que pueden ser incluso organismos descentralizados. En caso de incumplimiento por parte del sujeto pasivo, el Estado tiene la facultad económico-coactiva.

Sujeto pasivo del crédito fiscal: tomando como punto de referencia las disposiciones del Código Fiscal, éste señala en su art. 13 que el "sujeto pasivo de un crédito fiscal, es la persona física o moral mexicana, o extranjera, que de acuerdo con las leyes, está obligada al pago de una prestación de

terminada al fisco federal". Corresponde al sujeto pasivo cumplir con la -- prestación que determine la ley.

Para caracterizar el ámbito de aplicación de la relación tributaria, - es preciso identificar a quien va dirigido el tributo, es decir quien es el contribuyente, quien es el sujeto pasivo de la relación impositiva o deudor tributario; esta figura se define particularmente para cada impuesto en el Derecho positivo, y así v.gr. el propietario de un inmueble, es el deudor - del impuesto predial; ya que el Impuesto al Valor Agregado, lo debe en principio, aquél que obtiene la renta gravada.

Sin embargo, de acuerdo con Mehl: "un examen más consciente del concepto de persona imponible, es decir la persona sometida a la obligación tributaria, revela que podemos poner de manifiesto tres conceptos diferentes:

- 1) El de deudor fiscal o contribuyente de iure -concepto jurídico-.
- 2) El de contribuyente real, efectivo o de facto -concepto económico-.
- 3) El obligado o responsable al pago del impuesto -concepto técnico-.

Los tres conceptos, pueden o no coincidir en una misma persona" (82)

Desde el punto de vista económico, el sujeto pasivo es el titular del bien o de la riqueza gravada; desde el punto de vista jurídico, es el titular de la deuda impositiva. A la ley sólo le importan las personas deudoras

(82) *Tribunal Fiscal de la Federación. Op.Cit. p. 667.*

del gravamen, en los términos establecidos en el Derecho Positivo, no quienes de facto pueden cubrir su importe.

La circunstancia de que surjan los presupuestos materiales a los que la ley vincula la obligación tributaria, determina el nacimiento de la deuda impositiva. Para Fonrouge, la obligación tributaria es el vínculo jurídico en virtud del cual un sujeto, (deudor), debe dar a otro sujeto que actúa ejercitando el poder tributario (acreedor), sumas de dinero o cantidades de cosas determinadas por la Ley. (83)

La responsabilidad tributaria, contiene en suma, dos elementos:

- 1) El responsable que es la persona obligada al pago del gravamen y
- 2) La obligación tributaria que es el contenido de esa relación jurídico-tributaria.

En las leyes tributarias, no se contiene disposición alguna de lo que debe entenderse por relaciones jurídico-tributarias. El Código Fiscal de la Federación y diversos ordenamientos tributarios especiales aceptan la existencia de la obligación tributaria, pero no definen expresamente la relación jurídico tributaria; sin embargo implícitamente admiten la existencia de ésta última, al explicar y definir los diferentes elementos que la conforman, tales como los sujetos, el objeto, la base, el tipo de gravamen, la deuda impositiva, etc.

(83) Cfr. Tribunal Fiscal de la Federación. Op.cit. p. 356.

Al referirse al impuesto Lucien Mehl, dice que "es un concepto complejo que sólo puede concebirse claramente, tras haberlo descompuesto en sus elementos: El impuesto grava una materia imponible, en la persona de un contribuyente, en ocasión de una acción o de una situación que constituye el hecho generador de dicho impuesto. La base imponible es el resultado obtenido mediante la enumeración de los componentes de la materia imponible, o mediante la valoración de la misma. Aplicando a la base imponible una tarifa se tiene el importe de la exacción fiscal. Los tres primeros elementos son cualitativos: caracterizan la naturaleza del impuesto y determinan su dominio o su campo de aplicación. Los dos siguientes son cuantitativos y estos definen la importancia pecuniaria de la exacción." (84)

El primer elemento estructural es el presupuesto de hecho o situación gravada por la ley, que determina el nacimiento de la obligación tributaria, es el hecho imponible. Esta a su vez se compone de dos partes, un elemento objetivo o situación de realidad y uno subjetivo, ya que el sujeto pasivo ha de estar en contacto de algún modo con el hecho imponible.

El hecho imponible es una situación económica o financiera correlativa a los fenómenos de producción, circulación, distribución y consumo de riqueza. La aparición del hecho generado, no convierte inmediatamente al contribuyente, al menos en ciertos casos, en deudor del crédito fiscal.

O dicho en otras palabras, se trata de la conducta o situación que se

(84) Tribunal Fiscal de la Federación. Op. Cit., p. 666.

ubica en el supuesto previsto por una disposición de contenido impositivo, por lo que se aplican las consecuencias establecidas por la norma.

Otro elemento fundamental del contenido de la relación tributaria lo configura la base impositiva que es la cantidad neta en relación con la cual se aplican las tasas del impuesto. El concepto de base imponible es genérico, por lo que se utiliza para diversos gravámenes, si se dividen los impuestos en tres grandes categorías: al ingreso, al consumo y a la riqueza, se detecta que la base imponible es la cuantía real que sirve para determinar la tasa correspondiente del impuesto. Esto es la cuantía específica, -- después de deducciones y exenciones, si los hay, de los ingresos en la imposición sobre la renta del consumo de bienes y/o servicios en la imposición al consumo, o de ciertos bienes de una persona en la imposición a la riqueza. En este último caso, se aclara que los impuestos a la riqueza, sólo gravan determinados bienes, ya que en México no existe el impuesto al patrimonio. Tanto la base imponible como su forma de cálculo están determinados -- por la ley para cada gravamen.

También es importante en la relación tributaria, el período de tiempo de imposición, en aquellos tributos, en que el hecho imponible guarda relación con el transcurso del tiempo, pues la renta gravada, es el resultado económico en un momento determinado.

Para cubrir la prestación tributaria, existen diferentes tipos de responsabilidad:

- 1) La directa u originaria;
- 2) La indirecta o por sustitución a cargo de retenedores o recaudadores;
- 3) La solidaria, y;
- 4) La objetiva que asumen los adquirentes.

1) Responsabilidad directa u originaria: recae en la persona a quien la ley le impone la carga tributaria derivada del hecho imponible, es la persona llamada a soportar el gravamen como titular de la capacidad económica vinculada a una persona y establecida por la ley como hecho gravable. Si la obligación pasa a un tercero, antes de que el sujeto pasivo de la relación tributaria pueda cumplirla, estaremos ante la presencia de una sucesión; la sucesión entendida como la subrogación total de una persona en la relación impositiva, en la posición de un nuevo sujeto pasivo, sin embargo, como señala Giannini, hay que distinguir el fenómeno de la sucesión de la deuda, seguida del nacimiento de otra deuda nueva, a cargo de una persona diversa. (85)

La sucesión de la deuda impositiva se refiere a la desaparición del deudor original y de la correspondiente translación de aquélla hacia un nuevo deudor, sin que deje de existir la deuda tributaria.

2) La responsabilidad substituta, opera por disposición legal, recae en aquellas personas que conocieron del crédito fiscal y pasaron ante él sin haber exigido al responsable contribuyente el pago respectivo, sin que

(85) Cfr. Tribunal Fiscal de La Federación. Op. Cit., p. 673.

se hubiese tenido una participación personal y directa en la obligación tributaria. Quedan comprendidos en esta categoría los funcionarios públicos, - los notarios, los retenedores y los recaudadores, entre otros.

3) De esta manera, se prevé en el artículo 14 del Código Fiscal fracción IX, como caso de responsabilidad solidaria, aquella en que incurren -- los funcionarios públicos y notarios que autoricen algún acto jurídico o -- den trámite a algún documento, si no se cercioran de que se han cubierto -- los impuestos o derechos respectivos, o no den cumplimiento a las disposi-- ciones correspondientes que regulan el pago del gravamen.

La Ley General del Timbre, en vigor hasta 1979, disponía en su artículo 8º fracción II que tendrían responsabilidad solidaria: "los notarios, corredores públicos, jueces y demás fedatarios que por disposición legal tengan funciones notariales, cuando autoricen los actos o contratos, sin que se encuentre cubierta la prestación fiscal respectiva."

El artículo 6º de la Ley del Impuesto sobre Adquisición de Inmuebles, señala que: "en las adquisiciones que se hagan constar en escrituras públicas, los notarios, jueces, corredores y demás fedatarios, que por disposición legal tengan funciones notariales, calcularán el impuesto bajo su responsabilidad, lo harán constar en la escritura y lo enterarán mediante declaración en la oficina autorizada que corresponda a su domicilio."

4) En cuanto a la responsabilidad objetiva, recae, sobre cualquier per

sona o empresa que se encuentre con el inmueble en la relación de hecho prevista por la ley; refiriéndose a situaciones en las que la propiedad o aun la simple posesión del bien hacen que el propietario o poseedor sea responsable para con el fisco del pago del gravamen que hubiese recaído en el pasado, sobre el valor del predio, a pesar de que debió ser cubierto por el anterior propietario o poseedor en la época en que se generó.

La obligación tributaria se caracteriza en este caso, porque no recae sobre un sujeto pasivo determinado, sino que constituye una carga real que debe ser cubierta, por quien se encuentre en una relación de propiedad o posesión con el bien mismo.

E. El Impuesto Sucesorio

Antes de hablar de la aplicación de las leyes que gravan las sucesiones, se impone analizar la naturaleza del impuesto sucesorio y al respecto Julius Binder opina que: "constituye una obligación de la herencia, y lo desprende de las siguientes afirmaciones :

El heredero es responsable por las deudas de la herencia, con ello no se hace la afirmación teórica de que tales deudas, al lado de las cosas u objetos de la herencia, pertenezcan como parte integrante de la herencia, considerada como un todo, sino sólo establece la consecuencia práctica de que el heredero ha adquirido con el caudal relicto, también responsabilidades -- que pesaban sobre aquél.

Y enuncia como obligaciones de la herencia :

1.- Las obligaciones del causante, en tanto no se han extinguido excepcionalmente por su muerte (deudas del causante).

2.- Las obligaciones que afectan al heredero como tal, es decir las -- llamadas deudas de la apertura de la sucesión, y ante todo :

- a) Las obligaciones de pago de legítimas, legados y cargas.
- b) Los llamados legados legales, entre ellos, el derecho del cónyuge.
- c) La obligación de alimentos con relación a la madre encinta del heredero reconocido.
- d) Los gastos de sepultura con arreglo a la posición social del causante.
- e) Los gastos de la declaración del fallecimiento.

3.- Las obligaciones ocasionadas por la gestión de un administrador -- del caudal relicto.

4.- Las obligaciones que nacen por causa de los derechos o cosas pertenecientes a la herencia, o bien de la gestión de una empresa industrial o -- comercial en las mismas condiciones.

5.- Los gastos de apertura de testamento, de curatela judicial de la -- herencia, de convocatoria de los acreedores, etc.

6.- La obligación de pago de los impuestos sucesorios." (86)

En nuestro derecho, diremos que se entiende como período propiamente sucesorio, aquél que corre desde la aceptación de la herencia hasta la partición o adjudicación en el caso de un solo heredero; sin embargo antes que esto, es necesario que se sigan los pasos del proceso sucesorio, en primer lugar, se precisará la composición del patrimonio mediante el inventario correspondiente, junto con esto hay que cubrir las deudas y hacer efectivos los derechos, satisfacer a los terceros, que como el fisco, tiene derechos nacidos por la sola muerte del autor de la sucesión.

El heredero, a decir de Cicu, viene gravado con las llamadas cargas hereditarias, las cuales se presentan en relación a la adquisición de la herencia.

Con la adquisición de la herencia, el heredero subentra definitivamente en el puesto del difunto en la titularidad activa y pasiva de todas las relaciones jurídicas, que no se extingan por efecto de la muerte. Al subentrar en las relaciones jurídicas preexistentes, el heredero resulta ante todo, titular de los derechos de los que era titular el difunto, sin embargo, el derecho continúa con la misma configuración que tenía en manos del difunto. Pero además del efecto de subentrar en las relaciones jurídicas preexistentes, la adquisición tiene por efecto hacer surgir a cargo del heredero los gravámenes que la ley denomina cargas. Son cargas hereditarias aquéllos gravámenes que por la ley o por voluntad del testador gravan al heredero a (86) Binder, *Julius. Op. Cit.*, pp. 215 - 217.

consecuencia de la adquisición de la herencia.

Respecto de ellas no hay continuación de relaciones jurídicas, sino -- constitución de ellas en la persona del heredero, con efecto retroactivo al momento de la apertura de la sucesión.

Por voluntad del testador, grava sobre todo al heredero la carga de -- los legados, otras cargas que también derivan de la voluntad del testador, son aquéllos gravámenes que no siendo legados, se ponen a cargo del heredero bajo forma de condiciones o de modos de la institución; en tal caso por la conexión de ésta con aquéllas, la inobservancia provoca o puede provocar la resolución de la institución.

Por lo que se refiere a las cargas derivadas de la ley, debe mencionarse en primer término al impuesto sucesorio, que grava solidariamente a los herederos. Sin embargo, ¿es verdaderamente el impuesto sucesorio una carga hereditaria?, en relación a esto, Cicu nos dice: "las cargas hereditarias -- efectivamente se constituyen en cabeza del heredero, no se sucede en ellas, y respecto a los impuestos sucesorios, estos en realidad, no son carga hereditaria sino obligación personal, generalmente de los adquirentes, o bien a cargo de los herederos." (87)

Y antes de abordar de lleno, las disposiciones aplicables en materia -- de sucesiones, cabe señalar, que felizmente el Estado Mexicano derogó por -- (87) Cicu, Antonio. Op. Cit., p. 475.

decreto de 29 de diciembre de 1961 la última Ley Federal de Impuestos sobre Herencias y Legados, es deseable que la misma nunca se restablezca, para -- que México no entre en el número de los países para los cuales, se convertiría en seria y exacta la siguiente profecía: "Posiblemente la creciente - - desorganización de nuestras finanzas públicas y el progresivo aumento de -- los impuestos que gravan las adquisiciones por causa de muerte, deban conducir a poner en todos los casos la administración y liquidación de la herencia en manos de órganos públicos, arrebatándola a los herederos. La consequencia de ello sería que los herederos solamente sucederían en el excedente de la liquidación, con lo cual el Derecho de Sucesión Universal sería -- conducido al sepulcro." (88)

El maestro De Ibarrola, expresa su opinión respecto a este punto: "El Estado no debe nunca volver a poner en vigor el impuesto en cuestión -antes ya se había manifestado a favor de que se atemperara o se suprimiera dicho impuesto- estos deseos se vieron colmados con la Ley de 28 de diciembre de 1958 que atemperó el impuesto y, por último, el decreto de 29 de diciembre de 1961, lo derogó." (89)

F. Legislaciones Aplicables

Como ya se ha indicado, la muerte del autor de la sucesión, determina la apertura de la sucesión, transmitiendo la propiedad de los bienes. A partir de este hecho, se define si la herencia causa o no impuestos y conforme a que Ley. A mayor abundamiento hay que recordar que la muerte es el he

(88) De Ibarrola, Antonio. Op. Cit., p. 1005.

(89) Op. Cit., p. 1009.

cho que origina efectos jurídicos trascendentales tales como :

- 1) Se abre la sucesión, se determina la existencia, capacidad y orden de las personas que han de heredar;
- 2) En ese instante la propiedad pasa de pleno derecho a los herederos;
- 3) Comienza la indivisión;
- 4) Y en lo relativo a impuestos, regula la ley que ha de reglamentar - la transmisión sucesoral y la que ha de regular los impuestos que - deben pagarse.

A continuación procederé a señalar las diversas leyes que gravan en el Distrito Federal, las sucesiones.

La Ley Federal de Impuestos sobre Herencias y Legados.

Publicada en el Diario Oficial el 30 de diciembre de 1959, en vigor a partir del 1º de enero de 1960: Esta ley en el artículo 1º señala que ese impuesto se causa a la muerte del autor de la sucesión, por la transmisión de los bienes heredados o legados y deberá quedar cubierto dentro del término de un año, contado a partir del fallecimiento del autor de la sucesión, salvo que se hubiere pagado antes.

El artículo 2º de esa misma ley señala que son sujetos del impuesto -- los herederos y legatarios por los bienes que reciban.

El artículo 3º señala que son objeto de este impuesto: los bienes in--

muebles y derechos reales, sobre los mismos ubicados en México; los muebles que se encuentren en territorio nacional; los muebles ubicados en México o fuera del País con la condición de que el último domicilio del causante hubiere estado en México; los muebles que procedan de fuente de riqueza situada en territorio nacional.

El artículo 4º señala la tarifa del impuesto que puede llegar hasta el 64% dependiendo el grado de parentesco con el autor de la sucesión.

En esta misma ley está señalado el procedimiento para el pago, la facultad del Notario para formular la liquidación, asimismo señala que no puede otorgarse ninguna escritura sobre bienes de este tipo de sucesiones sin que previamente esté pagado el impuesto.

Como el plazo para pagar es de un año, pienso que puede quizá haber la prescripción de este impuesto.

Finalmente por lo que a esta ley se refiere, los artículos 2º y 3º - transitorios señalan lo siguiente :

Artículo 2º "Se derogan la Ley Federal del Impuesto Sobre Herencias y Legados de fecha 25 de agosto de 1926 y la Ley del Impuesto Sobre Herencias y Legados para el Distrito y Territorios Federales de fecha 7 de septiembre de 1940, así como todas las disposiciones que se opongan a la presente."

Artículo 3º "Las sucesiones abiertas con anterioridad a esta ley, pondrán acogerse a la aplicación de la misma, siempre y cuando los representantes legales de ellas lo soliciten por escrito a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público."

La Ley anterior quedó derogada para el Distrito Federal por Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 30 de diciembre de 1961, en vigor desde el 1º de enero de 1962. El artículo 2º transitorio de esta Ley señala: "En las sucesiones abiertas con anterioridad al 1º de enero de 1962, se liquidará el Impuesto sobre Herencias y Legados de conformidad con las leyes federales y locales que sean aplicables".

A partir de 1962, ya no se gravan impositivamente las sucesiones y el gobierno ha recurrido a incluir entre las operaciones gravadas con impuestos las transmisiones de inmuebles, cualquiera que sea la causa de ellas, incluyendo las sucesiones y a veces equiparándolas a la compraventa. En los puntos siguientes y por orden de vigencia, me referiré a dichas disposiciones.

La Ley de Hacienda del Departamento del Distrito Federal.

A partir del 1º de enero de 1964, gravó con impuesto de traslación de dominio los inmuebles que se transmiten por sucesión en el artículo 444 - fracción VI, con la tasa que del 1.5% al 4% dependiendo el valor del inmueble señalado en avalúo bancario.

La Ley General del Timbre.

Publicada en el Diario Oficial el 31 de diciembre de 1975, en vigor -- desde el 1° de enero de 1975, en vigor desde el 1° de enero de 1976), gravó con ese impuesto la transmisión de inmuebles por herencia, equiparándola pa-ra ese efecto a la compraventa en la tarifa del artículo 4° fracción VI y - tasa que fluctúa del 2% al 8% dependiendo el valor del inmueble.

La Ley del Impuesto sobre Adquisición de Inmuebles.

Abrogó la Ley del Timbre y fue publicada en el Diario Oficial el 31 de diciembre de 1979, en vigor desde el 1° de enero de 1980, la cual en el artículo 3° incluye como causal de impuestos la adquisición por herencia y a una tasa del 10% sobre el valor del avalúo y el plazo para pagar el impues-to es de 15 días a partir de la adjudicación, (artículo 5°).

El artículo 5° transitorio de esta ley establece: "Cuando con posterio-ridad al 1° de enero de 1980 se protocolice o inscriba el reconocimiento ju-dicial de una prescripción positiva o la adjudicación de bienes de una suce-sión, que se hubieren efectuado con anterioridad a esa fecha, los contribu-yentes deberán determinar y pagar el impuesto correspondiente en los térmi-nos de la presente Ley o conforme a la Ley General del Timbre del 24 de di-ciembre de 1975."

La Ley del Impuesto sobre Adquisición de Inmuebles, está suspendida en el Distrito Federal por la Coordinación de este con la Federación, de con--formidad con la Ley de Coordinación Fiscal en vigor desde el 1° de enero de

1980. Se ha intentado por diversos medios coordinar la participación del Gobierno Federal, Estados y Municipios, en los ingresos tributarios, para así evitar el sistema de múltiple imposición, el último intento se contiene en la citada Ley de Coordinación Fiscal.

La Ley de Hacienda del Departamento del Distrito Federal.

Entró en vigor el 1° de enero de 1983 y derogó la anterior ley de 31 de diciembre de 1941, y no contiene ningún artículo transitorio sobre el impuesto de traslación de dominio que se refiere a supuestos anteriores lo cual es causa de ambigüedades en el impuesto por inmuebles de sucesiones abiertas de 1964 a la fecha de la nueva ley.

Al reformarse la anterior Ley de Hacienda, cuando las reformas entraron en vigor, el 1° de enero de 1982, si se señaló un artículo que aclarara esa situación y en el artículo 2° transitorio se estableció: "Las operaciones de traslación de dominio que se hayan realizado hasta el 31 de diciembre de 1981, causarán el Impuesto de Traslación de Dominio conforme a las disposiciones de la Ley de Hacienda del Departamento del Distrito Federal vigentes en la fecha de su realización."

El Impuesto fijado por la Ley de Hacienda es del 10% sobre el valor más alto de los siguientes conceptos: precio de operación, avalúo o valor catastral, a este valor se deduce el importe equivalente a 5 años el salario mínimo general, como regla general, pues si dicho valor no excede del equivalente al importe de 10 años de dicho salario, la deducción se hace por el equivalente a 8 años si se trata de un inmueble dedicado para habitación.

El Impuesto de Adquisición de Inmuebles debe pagarse al adjudicar o -- vender los inmuebles de la sucesión o a los 3 años contados a partir de la fecha de fallecimiento, si antes no se han celebrado cualquiera de los ac-- tos jurídicos mencionados en el artículo 28 de la Ley de Hacienda.

Actualmente, de acuerdo con el Decreto por el que se reforma la Ley de Hacienda del Departamento del Distrito Federal publicado el 31 de diciembre de 1987, se dispuso:

Art. 23.- Están obligados al pago del impuesto sobre adquisición de inmuebles establecido en este capítulo, las personas físicas o morales que adquieran inmuebles que consistan en el suelo o en el suelo y las construcciones adheridas a él, ubicadas en el Distrito Federal...

El impuesto se calculará aplicando la tasa del 10% al valor del inmueble después de deducir a éste una cantidad equivalente a cinco veces el salario mínimo general, elevado al año, de la zona económica que corresponda el Distrito Federal, vigente en el mes de enero del año en que el impuesto se cause. Tratándose de viviendas cuyo valor no exceda de 10 veces dicho salario mínimo, la reducción será de 8 veces el salario mínimo mencionado...

En cualquier caso, se pagará al menos una cuota mínima de veinte mil - pesos, que se actualizará mensualmente con la aplicación del factor de 1.05.

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

- 1.- Al fallecer un individuo, se hace necesario regular la suerte que seguirán sus relaciones jurídicas y la determinación de los efectos que sobre ellas produce el hecho de la muerte, facultándose a otro sujeto para que se coloque en el lugar del titular desaparecido.
- 2.- Por efecto de la muerte, el patrimonio del causante, es adquirido, por otra persona, como una unidad indivisible; la transmisión no produce ninguna modificación, sólo cambia el titular. No se transmiten los derechos personalísimos, los cuales se extinguen con la muerte.
- 3.- En virtud de la sucesión, se adquieren todos los bienes y derechos del difunto y de igual forma se subentra en todas las deudas y obligaciones del difunto, pudiendo incluso surgir algunas nuevas, creadas precisamente con motivo de la sucesión.
- 4.- Es evidente la necesidad de mantener la titularidad del patrimonio, de tal manera que no pueda encontrarse sin titular, ya que se así aconteciera, cualquier persona podría apropiarse de ese patrimonio, es por ello que el Derecho Sucesorio tiene una función esencial de garantía social y económica, mediante la perpetuación de las relaciones jurídicas más allá de los límites de la vida del individuo, asegurándose el cumplimiento de las obligaciones pendientes a la muerte, evitándose así el caos social.

- 5.- La transmisión hereditaria básicamente se funda en la intervención de la voluntad del testador, en la designación de un sucesor de su patrimonio y si no existe esa designación, en el llamamiento de la ley hacia los familiares, la concubina o el Estado.

- 6.- La sucesión legítima o intestada se da, cuando el causante no otorgó testamento, o cuando el testamento otorgado es nulo o perdió validez, o bien en el caso de haberse otorgado válidamente, no se encuentra éste, o si la disposición testamentaria ha perdido efectividad, o cuando el causante no ha dispuesto sobre todo su patrimonio.

- 7.- La sucesión legítima, es una forma de sucesión que suple la voluntad que el causante no llegó a expresar, la ley pretende sustituir la expresión de la voluntad del causante, interpretándola en el orden lógico de sus afectos, pretendiendo consolidar la tranquilidad familiar, llamando en primer término a los parientes más cercanos.

- 8.- La sucesión testamentaria descansa en la voluntad del autor de la sucesión, expresada previamente a su muerte, el fundamento de la sucesión testamentaria, es el mismo que el de la propiedad, ya que si en vida puede disponer de sus bienes con las limitaciones y modalidades que fijan las leyes, también puede disponerse en esa forma para después de su muerte, constituyendo la voluntad del testador la suprema ley al efectuar válidamente sus disposiciones para después de la muerte.

- 9.- La sucesión testamentaria, se inicia siempre por un testamento, que es una declaración unilateral, personalísima, solemne, libre y revocable, realizada a fin de que produzca determinados efectos jurídicos.

- 10.- En relación a la distinción de los testamentos que la ley establece, consiste básicamente en que los testamentos ordinarios son aquéllos que la ley regula para que sean otorgados en las circunstancias y con las formalidades que la ley determina, los testamentos especiales son establecidos para casos excepcionales, en los que no es posible hacer uso de las formas ordinarias de testar y su existencia radica en la necesidad que tiene el Derecho de facilitar la expresión de la última voluntad de cualquier persona.

- 11.- Entre las diversas clases de testamentos, a mi juicio destaca el testamento ordinario público abierto, que es el más seguro que existe, por estar elaborado por un profesional del Derecho, posee plena autenticidad, reuniendo toda la clase de seguridades que otorga la intervención de un notario público.

- 12.- Es importante destacar que el objeto del testamento, no consiste únicamente en disposiciones de carácter patrimonial, aun cuando éstos indudablemente forman el contenido más importante de la mayoría de los testamentos, sino que junto a las disposiciones patrimoniales, se pueden incluir otras, que no tengan carácter de disposición de bienes, incluso éstas pueden constituir el único contenido de su testamento.

- 13.- Para que proceda la capacidad de testar, es determinante constatar la existencia de una voluntad, libre, inteligente y que esté en condiciones de discernir, las limitaciones para testar, principalmente se derivan de la edad, de la falta o deficiencia del cabal juicio, o de los casos expresamente señalados por la ley.
- 14.- La capacidad para heredar, es la cualidad jurídica que debe poseer la persona llamada a heredar, se basa en motivos de orden social o causas de orden moral provenientes de la persona que ha de suceder y que son independientes de la voluntad del testador.
- 15.- Heredero, es aquél al que el testador o la ley atribuye la universalidad o una cuota de los bienes del difunto, independientemente de la denominación empleada por el testador, será heredero si a él corresponde la universalidad o una cuota de los bienes del testador, si la disposición es a título particular se atribuirá la cualidad de legatario. La distinción entre heredero y legatario, no se hace por las cantidades que cada uno recibe, sino por el modo en que es llamado a gozar y recoger la herencia.
- 16.- Otra distinción entre heredero y legatario la encontramos, en la diversa responsabilidad del pasivo hereditario, el heredero responde de las cargas de la herencia hasta donde alcance la cuantía de los bienes que va a heredar, el legatario no tiene más carga que la que expresamente le imponga el testador, sin perjuicio de su responsabi-

dad subsidiaria con los herederos.

- 17.- Nuestro Código establece la libertad absoluta para disponer por tes-
tamento de todos los bienes, con la única limitación de suministrar -
alimentos, esa libertad se nos presenta como un logro, sin embargo no
debemos olvidar, la trascendencia e influencia que desde el punto de
vista humano representa la familia, de quien el testador seguramente
recibió amparo, protección y apoyo, por ello parece justo y razonable
pensar, en la existencia en nuestro Derecho, de una figura de heren--
cia forzosa en un porcentaje a favor de los parientes más cercanos.
- 18.- No trato de pronunciarme en contra de la sucesión testamentaria, la -
cual ofrece, un sinnúmero de ventajas y seguridades, pero no para de-
jar totalmente la suerte de la familia a criterio del testador, ya --
que el testamento, debiera ser la aspiración para evitar quebrantar a
la familia, evitándose que los bienes caigan en manos de extraños.
- 19.- Debe entenderse por legítima, la porción de los bienes que la ley des-
tina a cierta clase de herederos, a quienes se denomina forzosos, de
esa porción el testador no podrá disponer de ella en favor de otras -
personas.
- 20.- La legítima debe concebirse como la libertad que posee el causante pa-
ra disponer de sus bienes, sin embargo se espera que esa disposición
se produzca con el mínimo de equidad que la ley ordena, si esto no su-

cede, la ley intervendrá para que opere la distribución en la forma prevista por ella. Para cumplir con lo anterior, se requiere la instauración de acciones, mediante las cuales se faculte a los herederos forzosos a solicitar la reducción de las disposiciones testamentarias que mengüen la porción asignada a ellos por la ley.

21.- El impuesto sobre sucesiones grava la transmisión gratuita de riqueza por herencia o legado, señalándose que la imposición en el Distrito Federal opera de la siguiente manera:

- Que las sucesiones abiertas a partir del 1° de Enero de 1962 a la fecha, no están gravadas con impuesto por herencia o legado.
- Que del 1° de Enero de 1962 al 31 de Diciembre de 1963, no se causó ningún tipo de impuesto por sucesiones.
- Que del 1° de Enero de 1964 a la fecha está gravada la transmisión de dominio de inmuebles por sucesión. Solamente los -
inmuebles.
- En esta materia, el impuesto de adquisición de inmuebles debe pagarse al adjudicar o enajenar los inmuebles de la sucesión, o lo que ocurra primero; a los tres años contados a partir de la fecha de fallecimiento, o bien, si antes no se han celebra
do cualquiera de los actos jurídicos mencionados por el Ar--
tículo 28 de la Ley de Hacienda del Departamento.

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

Araujo Valdivia Luis. Derecho de las Cosas y Derecho de las Sucesiones. Puebla. Editorial José M. Cajica Jr. S.A., 2a. edición, 1972.

Arce y Cervantes José. Apuntes de Bienes y Sucesiones. México. Instituto Panamérica de Humanidades. Escuela de Derecho, 1977.

Betti Emilio. Teoría General del Negocio Jurídico. Madrid. Editorial Re vista de Derecho Privado. Gráficas Tejairo, S.A., sin fecha.

Binder Julius. Derecho de Sucesiones, trad. de la 2a. edición alemana por José Luis La Cruz Berdejo. España. Editorial Labor, S.A., 1953.

Castán Tobeñas José. La Dogmática de la Herencia y su Crisis Actual. Madrid. Editorial Reus, 1960.

Castro y Barro Federico De. Derecho Civil de España, Tomo II. Madrid, Instituto de Estudios Políticos. Gráficas González, 1952.

Cicu Antonio. Derecho de Sucesiones Parte General. Barcelona. Publicaci ones del Real Colegio de España en Colonia, 1964.

Diez Picazo Luis y Antonio Guillén. Instituciones de Derecho Civil, vo lumen I. Madrid. Editorial Reus, 1960.

Fraga Gabino. Derecho Administrativo, rev. Manuel Fraga, México, D.F. Editorial Porrúa, S.A., 1987.

Ibarrola Antonio De. Cosas y Sucesiones. México, D.F. Editorial Porrúa, S.A., 4a. edición, 1977.

Iglesias Juan. Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado. Barcelona. Oriel, 6a. edición, 1972.

La Cruz José Luis y Manuel Albaladejo. Derecho de Sucesiones. Parte General. Barcelona. Imprenta Vda. de Daniel Cochs, 1961.

Ladaria Caldente y Juan. Legitimación y Apariencia Jurídica. Barcelona Bosch, 1952.

Macedo Pablo. Datos para el Estudio del Nuevo Código Civil del D.F. y Territorio de la Baja California. México. Imprenta Francisco Díaz de León; sin fecha.

Macedo Pablo. El Código Civil de 1870, su importancia en el Derecho Mexicano. México. Editorial Porrúa, S.A., 1971.

Macedo Pablo. Evolución del Derecho Civil. México. Editorial Stylo, -- 1942.

Pina Rafael De. Elementos de Derecho Civil. México, Editorial Porrúa, S.A., 1975.

Puig Brutau José. Fundamentos de Derecho Civil, Tomo V. Barcelona. Bosch, 2a. edición; sin fecha.

Rojina Villegas Rafael. Compendio de Derecho Civil, Tomo IV. Bienes, Derechos Reales y Sucesiones. México. Editorial Porrúa, S.A., 1978.

Rojina Villegas Rafael. Derecho Civil Mexicano, Tomo IV. México. Editorial Porrúa, S.A., 5a. edición, 1981.

Ruggiero Roberto De. Instituciones de Derecho Civil, trad. de la 2a. edición italiana por Ramón Serrano y José de Santa Cruz Tejeiro, Tomo II, volumen I. Madrid. Editorial Reus. 1953.

E N C I C L O P E D I A S

Tribunal Fiscal de la Federación. Cuarenta y cinco años al Servicio de México, Tomo I, México D.F., 1982.

R E V I S T A S

Castán Tobeñas José. El Nuevo Código Civil Mexicano; un Ensayo de Código Privado Social. Revista General de Derecho y Jurisprudencia.

México. Abril 1930.

Fairen Martínez Manuel. Revista de Derecho Privado. Madrid, Julio 1959.

Martínez Madero Manuel. Revista de Derecho Notarial. México. Año XIX.
Diciembre 1975.

L E G I S L A C I O N

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la
República en materia federal.

Código Civil Español.

Código Fiscal de la Federación.

Ley del Notariado para el Distrito Federal.

Ley Federal de Impuestos sobre Herencias y Legados.

Ley de Impuesto sobre Adquisición de Inmuebles.

Ley de Hacienda del Departamento del Distrito Federal.