

879309  
12

**UNIVERSIDAD LASALLISTA BENAVENTE**

---

---

FACULTAD DE DERECHO  
CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA  
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MEXICO  
CLAVE 8793-09

“LA FIGURA DEL ALBACEA EN MATERIA SUCESORIA  
ANÁLISIS Y PROPUESTA”

**T E S I S :**  
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:  
**LICENCIADO EN DERECHO**

**P R E S E N T A :**  
**ROGELIO CARRILLO TIRADO**

---

**ASESOR :**  
**LIC. HECTOR GUSTAVO RAMÍREZ VALDEZ**

**CELAYA GTO.**  
**2003**

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

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

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

# INDICE

TESIS CON  
FOLLA DE ORIGEN

# INDICE.

Pág.

## INTRODUCCION.

### CAPITULO PRIMERO.

#### LA FAMILIA. ANTECEDENTES.

1.1.- Concepto de familia.	1.
1.2.- Transformación de la familia.	10.
1.3.- Naturaleza jurídica del derecho de familia.	16.
1.4.- El parentesco y sus consecuencias jurídicas.	20.

### CAPITULO SEGUNDO.

#### ANTECEDENTES HISTORICOS DE DERECHO FAMILIAR EN MATERIA DE SUCESION.

2.1.- Los testamentos en Roma.	31.
2.2.- Los albaceas en el derecho germánico.	46.
2.3.- La petición de herencia en Roma.	47.
2.4.- El Código Civil de 1870.	53.

### CAPITULO TERCERO.

#### LAS SUCESIONES.

3.1.- Concepto de sucesión. Generalidades.	55.
3.2.- Principios de las sucesiones.	59.
3.3.- Elementos de la sucesión.	64.
3.4.- Formas de llamamiento de la sucesión.	71.
3.5.- Formas de los testamentos.	74.
3.6.- De la capacidad para heredar y testar.	101.
3.7.- La sucesión testamentaria.	108.
3.8.- Apertura y supuestos de la sucesión legítima.	111.

**CAPITULO CUARTO.**  
**LOS ALBACEAS.**

4.1.- Albacea, concepto.	128.
4.2.- El albacea conforme al Código Civil de Guanajuato.	131.
4.3.- Quienes pueden ser albaceas.	132.
4.4.- Casos de revocación	137.
4.5.- Casos de remoción	140.
4.6.- Sanciones.	142.
4.7.- Propuesta.	144.

**CONCLUSIONES.**

**BIBLIOGRAFIA.**

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

# INTRODUCCION

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

## INTRODUCCION

La familia es la piedra angular de la sociedad dotada de características peculiares y profundas como origen de toda asociación, de todo gobierno, no hay gobierno sin sociedad y no se concibe a la sociedad sin familias a las que se les debe respetar como el instrumento más sólido de sobrevivencia del hombre mismo.

La familia nacida en el amor, donde el hombre es concebido y donde debe encontrar el profundo y verdadero valor de la vida, la verdad donde se desarrolla y educa fortaleciendo el espíritu para enfrentar los duros golpes de la vida.

Por esto y muchas cosas más, el legislador deberá verla con más respeto, con mayor interés, y por lo mismo cada vez se hace más urgente la política verdaderamente de la familia, que haga posible el desenvolvimiento de las relaciones humanas familiares por medio de una mejor regulación jurídica y protección para los miembros de ella, poniendo especial énfasis en los menores y que los organismos públicos que inciden en la familia deben fortalecer sus funciones.

En ese sentido se ha dicho que la muerte es inevitable y que la sucesión como expresión última de la voluntad del causante realiza como acto jurídico solemne, instituir heredero o herederos, disponiendo a su antojo de sus bienes para después de su muerte incluyendo otras disposiciones tales como legados, fideicomisos, nombramientos de tutores, curadores.

El presente trabajo versará en los conceptos de familia, sucesiones, testamentos y albaceas, entrando en mayor profundidad en el estudio de lo que respecta a la facultad otorgada por nuestra legislación civil al de cujus en nombrar un albacea por el temor que existe de que los herederos sean negligentes o parciales. Ya que este el que representa todos los intereses vinculados con la herencia, y por lo tanto de los legatarios y

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

de los acreedores hereditarios, haciendo hincapié en las funciones de éste y en la protección del caudal patrimonial.

De lo anterior, se concluirá que la ley civil sucesoria deberá establecer condiciones legales y jurídicas apegadas más a derecho, que tendrá que cumplir cada heredero al momento de ejercitar su vía y permita al albacea o interventor defender sus intereses, para lograr así en nuestra legislación civil y en aquél juzgador que conozca del asunto una congruencia en el momento de que dicte resolución.

TRICIS CON ---  
FALLA DE ORIGEN

# CAPITULO PRIMERO

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

## **CAPITULO I.- LA FAMILIA. ANTECEDENTES.**

### **I.1.- CONCEPTO DE FAMILIA.**

La concepción del estado la antigua y moderna consubstancial al hombre, se organiza jurídicamente bajo un régimen de derecho, dando lugar a la trilogía inseparable y conjugada de individuo, familia y estado.

Todo lo que afecta al hombre, afecta a la familia y en consecuencia al Estado y a la sociedad, por lo mismo cuando esta se desintegra o son vulnerados los lazos en que se basa la solidaridad humana, estos disminuyen en tal forma que el Estado se debilita.

La génesis del Estado sólido se encuentra en las familias bien establecidas, por esta razón, el marco jurídico regulador del individuo en su esfera más privada y personal, así como en la esfera familiar, debe ser lo suficientemente moderno para generar un Estado fuerte y bien organizado.

La importancia del derecho de la familia es indispensable, de el se ha dicho que es la piedra angular de la sociedad en que se encienden normas jurídicas del derecho público y privado que la dotan de características peculiares y profundas como origen de toda asociación, de todo gobierno, no hay gobierno sin sociedad y no se concibe a la sociedad sin familias institución creada por Dios y regida por sus leyes y la de los hombres, a la que debe respetarse como el instrumento más sólido de sobrevivencia del hombre mismo.

La génesis de la familia, especie de sociedad minúscula nacida en el amor, y por el mantenida, donde el hombre es concebido y donde debe encontrar el profundo y verdadero valor de la vida, la verdad donde se desarrolla y educa fortaleciendo el espíritu para enfrentar los duros golpes de la vida.

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

Por esto y muchas cosas más, el legislador deberá verla con más respeto, con mayor interés, y por lo mismo cada vez se hace más urgente la política verdaderamente de la familia, que haga posible el desenvolvimiento de las relaciones humanas familiares por medio de una mejor regulación jurídica y protección para los miembros de ella, poniendo especial énfasis en los menores y que los organismos públicos que inciden en la familia deben fortalecer sus funciones.

“Para entender el término “Familia”, como concepto jurídico, es preciso explicar que la palabra procede etimológicamente del grupo de la “Famuli”, (del osco famel, según unos; femes según otros, y según entender de Taparelli y de De Greff, de fames, hombre). Fámulos son los que moran con el señor de la casa y según anota Breal, en osco faamat significa habita, tal vez del sánscrito vama hogar, habitación, indicando y comprendiendo en esta significación a la mujer, hijos legítimos y adoptivos, y a los esclavos domésticos, por oposición a los rurales (servi) llamando pues, familia y famulia al conjunto de todos ellos.”<sup>1</sup>

La idea de familia fue, en el derecho romano, un término conceptual que sufrió muchas transformaciones a lo largo de su historia. Así en la época clásica, “por familia se entendía el grupo constituido por el pater familias y las personas libres sometidas a su potestad o manus de un solo jefe, es decir eran los agnados salidos de la misma casa y que estaban bajo la potestad único de un jefe de familia. El concepto de familia también se interpretaba en un sentido más amplio, como un conjunto de esclavos que pretendían del mismo dueño. Con un enfoque más material, la familia consistía en la totalidad de la masa patrimonial perteneciente a una persona.”<sup>2</sup>

En aclaración a los conceptos anteriores se puede hablar de la familia romana en dos vertientes, una la primitiva, como el compuesto de personas sometidas a la autoridad de un jefe único (jefe descendiente de la esposa in manu aquella considerada como hija), era inminentemente patriarcal, el padre era dueño absoluto de personas y de

<sup>1</sup> Ibarrola, Antonio, Derecho de Familia, 3ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 1984, Pág. 2.

<sup>2</sup> Ib. Ídem.

cosas donde la esposa no tiene ninguna función importante, la segunda menos rígida que la anterior, consideraba a la familia como el conjunto de personas unidas por el parentesco civil o agnaticio.

Los romanos distinguían dos tipos de parentesco: los agnados o parentesco civil y los cognados o parentesco natural.

**AGNADOS:** El parentesco por agnación o civil se formaba en la autoridad paternal o material en algunos casos. Hay quienes afirman que este parentesco se daba solo entre los descendientes de los varones colocados bajo su autoridad en los que se incluían a la mujer "in manu", hay quienes amplían este concepto y explican a la familia agnaticia como todos lo que están bajo la autoridad paternal del jefe de familia, incluidos a los adoptados nietos y descendientes sin limitación. Cabe aclarar que este tipo de parentesco podía prolongarse ad-indefinitum. Solo la descendencia de las hijas la interrumpía, es decir a esta clase de parentesco pertenecían los hijos de hijos varones, no los de mujeres que pasaban a pertenecer a otra familia. No debe olvidarse que la esposa estaba incluida de este tipo de parentesco, a menos que su ingreso a la familia fuera "in manu".

**COGNADOS:** El parentesco con cognación o natural es el que se da entre las personas descendientes unas de otras por línea directa transversal o colateral sin importar el sexo.

La familia civil entre los romanos la constituían solo los parientes por agnación y no por cognación.

De acuerdo con el diccionario de derecho romano de Faustino Gutiérrez Alviz y Armario familia es: "palabra de muy diversos significados, originalmente como afín de famulus, significaba la servidumbre bajo el poder del jefe de la casa, comprendiendo tanto los individuos libres (liberi), como los esclavos. Con posterioridad significa de una parte, el conjunto de esclavos y de otra a veces unida a pecunia, el

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

patrimonio al propio tiempo en su sentido más té y clásico designa el conjunto de personas libres sujetas a la potestad de paterfamilias.”<sup>3</sup>

El diccionario de jurisprudencia romana de Manuel Jesús García Garrido recoge los comentarios de Ulpiano como definición y expone que la palabra familia se entiende en distintos sentidos, pues puede referirse a cosas y a personas, a cosas como por ejemplo, en la ley de las XII, tablas como dice que el agnado próximo tenga para sí la familia. A las personas se refiere cuando la ley habla del patrono y del liberto, al decir de esa familia o a esa familia y consta que aquí la ley habla de personas singulares.

La palabra familia se refiere también a un grupo de personas singulares y a un grupo de personas unidas por un derecho de relación especial o por el derecho común del parentesco.

Por el derecho de una relación especial llamamos familia al conjunto de personas que están bajo una misma potestad, sujetas a ella por nacimiento o por un acto de derecho, con el cabeza de familia, la madre de familia, el hijo de la hija de familia y los sucesivos, como nietos y nietas.

Se llama padre o cabeza de familia al que tiene dominio en la casa, y se llama así propiamente aunque no tenga hijos, pues el término no es sólo de relación personal, sino de posición de derecho, también podemos llamar cabeza de familia los que están sometidos empiezan a constituir distintas familias, y todos empiezan a ser cabezas de familia. Lo mismo ocurre con el que es emancipado, pues también este al hacerse independiente, tiene su propia familia por el derecho común (de parentesco) llamamos familia a la de todos los agnados, porque aunque, al morir el cabeza de familia, todos tienen sus propias familias, sin embargo todos los que estaban sometidos a la misma potestad se pueden llamar propiamente de su familia, pues proceden de la misma casa y estirpe.

<sup>3</sup> Gutiérrez Alviz y Armario, Faustino, Diccionario de Derecho Romano, 3ª. Edición, Ediciones Reus S.A., Madrid, España, 1982, Pág. 43.

Se presenta la familia en sentido estricto (propio iure) como el núcleo de personas que están sometidas a la única potestad del paterfamilias, por razones naturales o jurídicas.

La familia se ha considerado tradicionalmente como la célula básica de la organización política.

“El autor Guillermo Cabanellas nos ofrece diversos conceptos de familia:

**FAMILIA ADOPTIVA:** La constituida por los adoptantes y el adoptado, que luego se extiende a los hermanos adoptivos y a los descendientes del prohijado se entiende que no hay nexo alguno, principalmente de índole sucesoria, entre los padres de los adoptados y el adoptado.

La cuestión se complica cuando la adopción se disfraza como supuesta paternidad de los ascendientes de los adoptantes no impugnan el acto hecho por demás delicado por cuanto entrañaría acusar de un delito a sus auténticos hijos.

**FAMILIA CONSULAR:** En Roma la que tenía o había tenido un cónsul, jefe del Estado entonces, entre sus miembros lo cual le concedía rango social preeminente.

**FAMILIA DE DELINCUENTE:** Por una parte el no llevar los efectos de las penas a los inocentes, y en el otro aspecto pasa no lesionar derechos adquiridos, que equivaldría a darle retroactividad a la perpetración delictiva, además de la razón básica, de no desamparar a grupos sociales respetables, como lo eran los parientes que rodeaban al delincuente, determinó esta clasificación.

En materia militar se declara, que las penas impuestas a los militares no privan a sus familiares de los derechos que tengan adquiridos hasta la sentencia condenatoria del causante.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

**FAMILIA DE DIPLOMÁTICO:** Según el Convenio de Viena de 1941, sobre relaciones diplomáticas los miembros de la familia de un agente diplomático, cuando forman parte de su casa, gozan de los privilegios y humanidades del representante siempre que no sean nacionales del Estado receptor.

**FAMILIA DE NACIONES:** Conjunto de pueblos con unidad o afinidad histórica, geográfica, étnica, cultural, religiosa, idiomática, política, económica, o de otra índole.

**FAMILIA DE ORIGEN:** Esta denominación permite deslindar, en los casos de adopción, la procedencia auténtica o natural del adoptado que por conveniencias o acontecimientos especiales pasa de ella a la familia de adopción, que en lo sucesivo es la única con eficiencia jurídica para él.

**FAMILIA DE PLANTACION:** Género de familia desenvuelto, durante la época colonial inglesa, en las regiones meridionales de los hoy Estados Unidos de Norteamérica, estos hogares constituidos en plena selva, cuya roturación y cultivo iniciaban siguiendo por lo general el curso de los grandes ríos originaron una aristocracia agrícola en las inmensas extensiones algodonzales y tabacales. A su fomento contribuyeron poderosamente la esclavitud que defendieron a sangre y fuego durante la guerra de secesión cuyo desenlace adverso señaló la decadencia de esta casta, fiel a las tradiciones inglesas, de mayorazgos y primogenituras para conservar indivisa y fuerte la propiedad familiar.

**FAMILIA EMPADRONADA:** La que en los censos o padrones constituyen un solo hogar o familia, esta integrada por los parientes que viven bajo un mismo techo, sean consanguíneos o afines y por los servidores de diversa jerarquía y a veces huéspedes o personas de especial efecto.

**FAMILIA ESTRICTA:** Por tal se entiende a los cónyuges y a sus hijos y más especialmente cuando estos son solteros y comparten el domicilio paterno.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

**FAMILIA EXTENSA:** Podría decirse que es una familia de familias o sea, el grupo social de diversas familias emparentadas entre sí, unas y otras.

**FAMILIA LEGITIMA:** La determinada por la procreación de un hijo legítimo, estrictamente exige por los menos tres personas, los amantes y el hijo. En los antiguos códigos civiles la familia ilegítima sólo planteaba las cuestiones de legitimación, alimentos y derechos sucesorios restringidísimos entre el ascendiente y el descendiente ilegítimo, la tendencia jurídica moderna lleva a equiparar, con reservas muy escasas, la familia ilegítima, al menos en la filiación con la legítima. Así por ejemplo el concubinato tiene el Derecho Penal y en el Laboral una equiparación casi absoluta, con el vínculo de familia legítima. Con alguna atenuación se reconocen también esos efectos a relaciones materiales irregulares pero permanentes.

**FAMILIA LABORAL:** El grupo de personas vinculadas por parentesco hasta determinado grado, que realizan trabajos dentro o fuera de la comunidad doméstica o en razón del estado de sujeción de los menores o pupilos, frente a los padres o tutores.

**FAMILIA MATRIARCAL:** La que se supone que le concedía predominio y hasta exclusivo poder en el hogar, a la mujer en la promiscuidad sexual primitiva y hasta conocerse el proceso de la generación por la identificación materna que el parto determina, y la incógnita de la paternidad en aquella promiscuidad real o supuesta.

**FAMILIA NATURAL:** El lineamiento intersexual, el concubinato ampliada la unión libre por la gestión, cualquier grupo humano compuesto por los progenitores y su descendencia, con rigor legislativo, la familia podría haberlo hecho en el momento de la concepción o del nacimiento de su prole.

**FAMILIA NUMEROSA:** La constituida por un matrimonio o el cónyuge o supérstite y muchos hijos especialmente mientras éstos están solteros, menores de edad y viven con los padres según los países y épocas para tal calificación se requieren tres, seis o

TRABAJE CON  
FALLA DE ORIGEN

más hijos, la protección social de las familias numerosas se acentúa progresivamente en la legislación actual esto no excluye el amparo de la maternidad en todo caso.

**FAMILIA PATRIARCAL:** En la antigua Roma, en el pueblo hebreo y en otros organización doméstica y social basada en la autoridad del varón más viejo de la familia de forma tal que, incluso casados y con descendencia los hijos de aquel, aun ancianos se encontraban bajo la potestad del patriarca. Al morir este, o se constituían tantas familias patriarcales como hijos varones, a las atribuciones de aquel pasaban al varón de más edad y mas próximo en grado al tronco común.

**FAMILIA PONTIFICAL:** Denominación de la casa del Papa en la actualidad, para su atención particular, y compuesta por lo general por algunos parientes colaterales y diversos servidores de confianza.

**FAMILIA REAL:** En los regímenes monárquicos, el consorte regio, los hijos y otros descendientes del monarca, los ascendientes y los parientes colaterales inmediatos, y gozan de tratamientos honoríficos como los de príncipe e infante y son mantenidos por la nación mediante la llamada lista civil, disfrutaban además de numerosos privilegios procesales, militares y escolares.

**FAMILIA RURAL:** Se llama también campesina y la forma el conjunto de personas unidas por vínculos de sangre o parentesco de afinidad y por la necesidades o relaciones del trabajo agrícola.

**FAMILIA TÍPICA:** Es la composición familiar más frecuente en la actualidad por efecto de la natalidad más o menos planificada. Se trata de la compuesta por los cónyuges y dos hijos sobre todo si cada uno de ellos es sexo diferente.

**FAMILIA TRONCAL:** Es la que sugiere el francés Le Play para asegurar la continuidad de las explotaciones rurales y de manera económica.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

**FAMILIA URBANA:** Con idéntica escritura, en la Roma antigua el conjunto de esclavos con residencia en una ciudad y dedicados al servicio doméstico de su señor."<sup>4</sup>

También se encuentra la opinión de "Montero Duhalt, en su obra derecho de familia, en forma amplia habla de familia extensa, cuando en la misma se incluye además de la pareja y de sus hijos a los descendientes de uno o ambos miembros, a los descendientes en segundo o tercer grado a los colaterales hasta el quinto o sexto o más grados, a los afines y a los adoptivos."<sup>5</sup>

En forma restringida, llama familia "nuclear o conyugal aquella compuesta por el hombre, la mujer y sus hijos, al grupo que convive bajo el mismo techo sean o no todos parientes entre sí".

Por su parte "Rojina Villegas, nos ofrece abundantes conceptos de familia por ejemplo señala que esta integrada exclusivamente por los parientes consanguíneos excepcionalmente puede comprender al hijo adoptivo. En otro concepto importante nos indica que la familia son todos los que descienden de un antepasado común para alcanzar a los parientes en línea recta colateral hasta determinado grado que el derecho en cada caso va precisando."<sup>6</sup>

También señala que la familia comprende una sociedad solo a los padres e hijos en tanto estos no se casen y constituyan una nueva familia.

"Chávez Ascencio, la define en sentido amplio como el conjunto de personas con las cuales existe algún vínculo de orden familiar y así tomando ideas del

<sup>4</sup> Cabanellas, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, 2da. Edición, Buenos Aires, Argentina, Editorial Heliasta, 1953, Págs. 27, 28 y 29.

<sup>5</sup> Montero Duhalt, Sara, Derecho de Familia, 3ª. Edición, México, Editorial Porrúa, 1987, Pág. 9.

<sup>6</sup> Rojina Villegas, Rafael, Derecho Civil Mexicano, 5ª. Edición, Tomo II, Editorial Porrúa, México, 1980, Pág. 29.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

maestro Castán Tobeñas afirma que la familia comprende tres ordenes de relaciones; las conyugales, los parentescos filiales y los que genéricamente se llaman parentales.”<sup>7</sup>

Como puede observarse, existe una multitud de conceptos y definiciones en torno a la noción de familia. De ahí que al estudioso del derecho convenga, en este plano obtener sus propias conclusiones.

## **1.2.- TRANSFORMACION DE LA FAMILIA.**

Aunque sea someramente, es de vital importancia conocer los orígenes de la familia, las principales mutaciones que esta ha sufrido en el orden jurídico y social y sus características esenciales ya que es la célula social más significativa y de cuya fusión surgen importantes instituciones sociales y jurídicas.

La familia nace con el hombre mismo, ha existido desde que el hombre existe y con el ha evolucionado hasta llegar a tomar lo que hoy conocemos como familia, por lo mismo su estudio no debe limitarse a la manera como se origina porque ya dijimos, surge con el hombre mismo sino a la manera como ha evolucionado como concepto, y se ha presentado en sus diferentes etapas hasta llegar a nuestros días.

El interés mayor en el estudio jurídico y social antropológico de la familia surge en la primera parte del siglo XIX, en el que nacen diversas teorías, no ajustadas con precisión a la realidad histórica, que a su vez generan diversidad de criterios e interpretaciones sobre la familia remota, la primera la primitiva. Así encontramos estudios importantes como los realizados por Bachofen, Morgan y Sunner, Maine, Bonet y particularmente por Engels, el origen de la familia la propiedad privada y el Estado.

---

<sup>7</sup> Chávez Ascencio, Manuel F. La Familia en el Derecho. Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares. 1ª. Edición. Editorial Porrúa, México. 1984, Pág. 199.



Hasta el año de 1860, a decir de Federico Engels, no se podía pensar en una historia de la familia, nadie se había ocupado de ella, el hecho de que al mismo tiempo existiese la monogamia con la poligamia, y la poliandria hacía muy difícil su análisis e impedía el estudio de su orden histórico, precisamente por la contemporaneidad de estas situaciones contradictorias.

“En 1861 el historiador y juriconsulto suizo Bachofen, publica el Derecho Materno, en el que formula la siguiente tesis familiar:

a) Los seres humanos vivieron primitivamente en la promiscuidad sexual a o que el autor llamó heterismo y la que produjo la incertidumbre de la paternidad, que sabía quien era la madre pero no el padre.

b) Por lo mismo las madres eran respetadas y apreciadas, produciendo el dominio absoluto de la mujer, es decir se convierte la comunidad en ginecocrática.

c) Más tarde la familia evoluciona hacia la monogamia en la que la mujer pertenece a un solo hombre.”<sup>8</sup>

Bachofen funda su tesis del paso del heterismo a la monogamia de la lectura de literatura clásica griega en la que deduce la lucha entre la ginecocracia y el derecho paterno que nace y triunfa sobre la primera.

“En 1865 Mac Lennan habla que la familia se iniciaba en el rapto con violencia que se hacía de la mujer es decir el matrimonio por rapto. Los hombres buscaban esposas (tribus exógenas), y las mujeres esposos (tribus endógenas), concluyendo en los mismos términos que Bachofen la ignorancia de la paternidad que no de la maternidad y por ello la ascendencia solo se contaba por la línea materna solo existiendo a su juicio tres tipos de matrimonio, la poligamia, la poliandria y la monogamia.”<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> Ib. Idem.

<sup>9</sup> Ib. Idem.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

En 1871 Morgan publica su obra la Sociedad Antigua, en la que repite la tesis de Mac Lennan acabando con la teoría de las tribus exógenas y endogamas al probar la existencia de matrimonios de grupos que no caían dentro de ninguna de sus clasificaciones.

Dicho autor de la familia dice que ésta se ha desarrollado en tres diferentes etapas:

**I.- Salvajismo:**

a) Estadio inferior; vida del hombre en arboles y convivencia con animales salvajes.

b) Estadio medio; vida del hombre en el mar.

c) Estadio superior; inventa el arco y la flecha desarrollando sus facultades mentales.

**II.- Barbarie:**

a) Estadio inferior; usa la alfarería, arcillas, etc.

b) Estadio medio; domestica animales y cultiva hortalizas.

c) Estadio superior; funde minerales e inventa la escritura alfabética.

Y concluye diciendo que la familia transitó por estos periodos a lo largo de los tiempos.

1.- Promiscuidad sexual.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

Resulta aceptable admitir que en tiempos remotos, la familia no se fundaba en relaciones individuales sino colectivas, y que la relación sexual fundamento organizativo de la familia, existía entre los miembros de la tribu, lo que hacía que se supiera quien era la madre, que no el padre, produciendo ginococracias o matriarcados, a esta primera etapa le llamaremos la de la promiscuidad sexual por ser esta la principal característica.

## 2.- Relaciones incestuosas.

En un segundo momento, quizá las guerras la carencia de mujeres, los problemas genéticos y otras circunstancias produjeron la etapa de la consanguinidad, que se caracteriza por los varones sostenían relaciones con ascendientes, descendientes y colaterales, lo que provoca problemas genéticos graves por razón natural de las relaciones entre consanguíneos directos en esta etapa aún no surge la idea moderna de la pareja conyugal.

## 3.- Familia punalúa.

En una siguiente etapa se da la familia punalúa término este último que significa compañero íntimo. Esta forma de familia se basa en la prohibición de las relaciones incestuosas, se excluyen a los hermanos y hermanas del comercio sexual y aparece un tipo de matrimonio por grupos. Una serie de hermanos, es decir de hombres pertenecientes a una misma generación dentro de una familia e incluyendo primos en segundo y tercer grado eran esposos comunes estaban excluidos sus propios hermanos y demás miembros de la familia.

“Morgan describe con mayor claridad este tipo de familia explicándola como una serie de relaciones sexuales entre hermanos carnales lejanos. Al tener como tronco común una misma madre, no debe perderse de vista que la vía materna era la única que determinaba la composición del núcleo familiar de esta manera se reprobaban las

relaciones entre los hermanos por línea materna, ya que no era posible saber quien era el padre, si bien por lógica razón si se sabía quien era la madre."<sup>10</sup>

Esta composición familiar, que se encontró con mayor frecuencia en algunas islas de la polinesia fue suprimida paulatinamente por los misioneros cristianos, quienes desde siempre han luchado por establecimiento de familias monogámicas.

#### 4.- Familia sindiásmica.

El antecedente más serio de la familia monogámica, que veremos a continuación lo constituye la familia sindiásmica. Ya en la familia punalúa, ciertas parejas conyugales se aislaban por tiempos más o menos largos, lo cual provocaba las relaciones monogámicas de existencia efímera o el hecho de que la promiscuidad de la relación se buscaran ciertos compañeros favoritos. Al ir creciendo el número de mujeres hermanas que en consecuencia, tenían prohibido sostener relaciones sexuales con hermanos se empieza a producir la familia sindiásmica, en la que el hombre vive por un corto tiempo con una sola mujer, pero conserva su derecho a la poligamia es decir a vivir con otra u otras mujeres en tanto que estas tenían la obligación de observar la más estricta fidelidad. Esta relación de vida corta, en la que el adulterio de la mujer era castigado con penas muy severas podía unilateralmente terminarse por cualquiera de las partes.

Debemos reconocer que el tránsito de la familia punalúa a la sindiásmica se hizo gracias a la mujer la cual en su permanente e intemporal esfuerzo por integrar una familia siempre ha luchado por pertenecer a un solo hombre.

En la historia del hombre encontramos muchos ejemplos contrarios a la familia monogámica. Así en Babilonia las mujeres estaban obligadas a prostituirse una vez al año en el templo de Mylita, costumbre que se repite en muchos pueblos de Asia. En otros pueblos amigos y parientes del novio eran los primeros en sostener precisamente en la noche de bodas relaciones sexuales con la desposada quien a partir del día siguiente las

<sup>10</sup> Chávez Ascencio, Ob. Cit. Pág. 172.

mantenía ya exclusivamente con el esposo tal fue el caso de grupos en Abisinia y las islas Baleares, otro ejemplo lo constituye el derecho de pernada que ejercía el señor feudal y que consistía en ser el primero en sostener las relaciones sexuales con las esposas, aún vírgenes de sus vasallos.

“La familia sindiásmica se puede definir como aquella basada en la exclusividad de la relación de una sola mujer con un solo hombre, teniendo este el derecho de vivir en la poligamia y el de repudiar a la mujer, como se puede observar esta forma de familia en características de los pueblos bárbaros la de los pueblos civilizados la constituye la monogamia.”<sup>11</sup>

#### 5.- Familia monogámica.

Como ya se dijo al permanente y constante esfuerzo de la mujer por pertenecer a un solo hombre, así como por problemas genéticos, dificultades sucesorias motivadas por los haberes patrimoniales de la familia sindiásmica y otras circunstancias, la familia evoluciona a estadios de características más civilizadas, como en la monogamia. Esta consiste en la relación permanente de un hombre con una mujer, es sin discusión el único sistema familiar que impone un orden sexual, moral y patrimonial en la vida de las personas y en consecuencia de la sociedad en general.

Esta forma de vida, la monogámica descansa sobre dos elementos fundamentales la libertad amplia de los esposos para sostener relaciones sexuales y el derecho de los cónyuges de sostenerlas en forma exclusiva con el otro. La libertad sexual se ha llevado a ultranza al proteger la decisión de escoger a la pareja y el recíproco deber de los cónyuges de respecto irrestricto al principio de fidelidad.

La familia su concepto y su contenido se halla inmerso en el ser humano mismo, en ella se encuentran los medios adecuados para cumplir su fin supremo que es el

---

<sup>11</sup> Ib. Idem.

medio de perpetuar la especie, con orden, de perfeccionarse, de progresar, de encontrar el bien, la paz y todos los valores éticos que dan razón a la existencia del ser humano.

La institución de la familia debe pues, fincarse en el principio de la unidad en donde se aglutinen los elementos que la constituyen para darle su fin y destino, esto es la naturaleza y condición especial de la mujer y el hombre que deben equilibrar y armonizar de tal manera que la dulzura, paciencia y comprensión de la primera deben templar y compensar la fuerza impaciencia y rudeza del segundo. En el matrimonio y en la familia en general, deben dominar tanto la mujer con la fuerza de la persuasión como el otro con la del poder y mando.

Ambos deben mandar, ambos deben obedecer en una perfecta identificación en la que cada uno desarrolle su papel protagónico e insustituible, el del padre, el de la madre, el del esposo, el de la esposa etc.

Ellos no deben monopolizar la familia porque la moralidad es la base de la institución, porque en sus principios religiosos conoce a Dios, porque en su intelecto desarrolla el principio de la justicia no como fin de una norma jurídica sino como principio de moralidad del hombre, en fin debe nacer en la familia, vivir en la familia y morir en ella, la familia debe ser su principio y su fin.

### **1.3.- NATURALEZA JURIDICA DEL DERECHO DE FAMILIA.**

Por lo que respecta a la naturaleza jurídica del derecho de familia surge el problema de determinar si su regulación pertenece al derecho privado. Cabe hacer notar que esa teoría, la que divide al derecho en público y privado, esta cada vez mas superada y menos aceptada por los estudiosos del derecho, al no poder la misma ciencia jurídica dibujar un parte aguas claro y definitivo que diferencie estas dos grandes ramas.

Si se considera que los derechos privados son aquellos que solo afectan a particulares sin afectar intereses sociales y que el derecho público, en consecuencia sería lo

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

contrario, es decir, aquel que sí afecta los intereses públicos, los de la colectividad aquel que regula la organización y funcionamiento del Estado, nos colocamos en la difícil posición de situar al derecho de familia en uno de estos campos.

Es de utilidad señalar que en casi todo el mundo, las relaciones familiares están principalmente regidas por los códigos civiles, lo cual significa que no deba pertenecer al derecho privado, ya que en la familia inciden normas de una y otra esfera. Encontramos el ejemplo más claro en el matrimonio que representa lo más privado, la relación se basa en sentimientos y decisiones muy personales, y se consume de igual forma, pero para que este exista o en su defecto pueda ser disuelto, se necesita la intervención del poder público, fundado en una serie de normas y reglas formales, solemnes e irrenunciables, de interés general.

Los derechos y deberes de los cónyuges, su obligación de darse alimentos recíprocamente las obligaciones paterno filiales que surgen no pueden ser modificadas al arbitrio de cualquiera de ellos, y a tal grado pertenecen parcialmente al derecho público que el Ministerio Público representa los intereses de los menores y de la sociedad, participa en todos los procedimientos en donde estos indican.

Así mismo no puede incluirse totalmente en el derecho privado, ya que la institución familiar carece de imperium, y no esta sometida como tal a la intervención del Estado.

“Ibarrola sigue sosteniendo que si no forma parte del Derecho Público ni el Derecho Privado, debe crearse una tercera clasificación en donde tuviese cabida el Derecho Familiar.”<sup>12</sup>

Posición contraria es la sostenida por la maestra Sara Montero, quien afirma, que la participación del derecho se ha convertido ya en una realidad con la inclusión del llamado derecho social. Cabría entonces preguntarse ¿pertenece el derecho

---

<sup>12</sup> Ibarrola, Ob. Cit. Pág. 13.

de familia a esta tercera categoría? La respuesta negativa parece contundente si se recuerda las características del llamado derecho social que se refiere a los individuos en cuanto integrantes de grupos sociales o de sectores de la sociedad bien definidos como obreros, campesinos, etc.. ¿pertenece la familia a un grupo especial de individuos? Obviamente no, la sociedad en su totalidad esta configurada por familias de individuos todos pertenecen de una u otra manera a grupos familiares. El derecho de familia no pertenece de manera absoluta al derecho social.

Donde ubicar por lo tanto, a esta importantísima rama de derecho. En una cuarta categoría, quizá, esta solución me parece innecesaria, creo que la inclusión del derecho de familia dentro del derecho privado es lo debido pese a que en este derecho no vemos funcionar a la autonomía de la voluntad como pilar de sus principios. Pero es derecho privado porque rige relaciones de los particulares entre sí como simples particulares.

Es importante incluir dentro de estas reflexiones “a Rojina Villegas que analiza este problema diciéndonos, se puede clasificar los derechos subjetivos familiares, tomando en cuenta el interés público y privado que existe en su constitución y ejercicio. En la teoría fundamental del Derecho se clasifican los derechos subjetivos en públicos y privados pero tomando principalmente como criterio que los primeros son opinables al Estado (derechos políticos, garantías individuales, derechos de petición, derechos de acción derechos de dotación de ejidos), y los segundos son opinables exclusivamente a los particulares (derechos reales, personales del estado civil o familiares en general derecho subjetivo de heredar, derecho de la persona, capaz para crear la relación jurídica, derecho de huelga, etc.). Independientemente de este criterio, se ha clasificado también los derechos subjetivos tomando en cuenta el interés público o privado que respectivamente se reconoce en su constitución y ejercicio evidentemente desde el primer punto de vista, todos los derechos familiares son privados, por cuanto exclusivamente son oponibles a los particulares es decir no pueden ser públicos, porque no existen contra el Estado.”<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> Rojina Villegas, Ob. Cit. Pág. 80.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

En cambio tomando en cuenta el segundo criterio, si podemos distinguir derechos familiares de interés público y derechos familiares de interés privado.

Los derechos familiares de interés público son los que principalmente organiza el derecho objetivo de familia tanto en las relaciones conyugales, como en las que nacen del parentesco, la patria potestad o la tutela. Ya hemos señalado que tanto estos derechos familiares o patrimoniales, como los que sean susceptibles de valorizarse en dinero, principalmente el derecho de alimentos, se constituyen y se ejercitan tomando en cuenta un interés familiar y no un interés particular.

Por consiguiente se puede decir que en términos generales, los derechos subjetivos de familia patrimoniales y no patrimoniales, son de interés público que solo excepcionalmente encontramos ciertos derechos que se confieren en atención a un interés privado, como ocurre en los esponsales en la sociedad conyugal en cuanto a los bienes, en el sistema de separación de los mismos, en las donaciones antenuptiales y entre consortes y en la remuneración que se otorga a los tutores o curadores.

Al respecto opino que el derecho familiar pertenece al derecho público y al privado por poseer características de ambas vertientes, incidiendo en las normas de ambos campos y cobrando por ello su naturaleza mixta.

Si se entiende al derecho como un conjunto de reglas que regulan la conducta de los hombres para convivir pacífica y ordenadamente en una sociedad y que este es dictado por un poder soberano que es el poder legislativo, es incorrecto dividir la naturaleza de las normas jurídicas en públicas o privadas, cuando ambas tienen un idéntico origen, aunque posean campos de aplicación diferentes. No es motivo suficiente para llamar públicas a normas de derecho, solo porque inciden con el carácter público del estado o privadas solo porque afectan a particulares. El derecho todo es público por su carácter general, abstracto y obligatorio sin que la renunciabilidad de ciertas normas sean concluyentes para privatizarlo. De ahí el gran error de considerar las normas de derecho civil como privadas.

ESTOS CON  
FALLA DE ORIGEN

#### **1.4.- EL PARENTESCO Y SUS CONSECUENCIAS JURIDICAS.**

“La palabra parentesco proviene del latín *parens*, pariente, el parentesco es el nexo entre individuos que descienden de un tronco común o que obtienen tal calidad por disposición de la ley.”<sup>14</sup>

La doctrina señala tres fuentes de parentesco:

- 1.- Matrimonio.
- 2.- Filiación.
- 3.- Adopción.

El vínculo familiar primario es el que se deriva de las relaciones sexuales permanentes a través del matrimonio o concubinato.

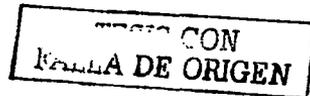
De la relación sexual surge la procreación que a su vez, da origen al parentesco, es decir que de la unión del hombre con la mujer surgen hijos, dando cabida a la relación familiar más cercana, la filiación:

Existen tres grados de parentesco:

- a) De consanguinidad.
- b) De afinidad.
- c) De adopción o civil.

El parentesco de consanguinidad, es el que existe entre ascendiente y descendiente de un mismo tronco, es definido por el artículo 347 del Código Civil vigente para el Estado de Guanajuato que al efecto nos dice:

<sup>14</sup> Elías Azar, Edgar, *Personas y Bienes en el Derecho Civil Mexicano*, 2da. Edición, Editorial Porrúa, México, 1997, Pág. 53.



Art.- 347. El parentesco de consanguinidad es el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor.

Nos dice el artículo 348 que el parentesco de afinidad es el que se contrae por el matrimonio entre el varón y los parientes de la mujer y entre la mujer y los parientes del varón.

Cabe aclarar que el parentesco de afinidad solo se da entre el cónyuge y los parientes consanguíneos del otro cónyuge, no así entre las familias de ambos cónyuges a los que jamás une parentesco de ninguna naturaleza.

El matrimonio no crea parentesco. Los cónyuges no son parientes entre sí de ninguna naturaleza.

El parentesco civil o de adopción es definido por el artículo 349 del mismo ordenamiento, que nos dice que:

Art. 349.- El parentesco civil es el que nace de la adopción plena o de la adopción simple y solo existe entre el adoptante y el adoptado.

El parentesco civil o de adopción sólo crea parentesco entre el adoptante y el adoptado, es decir, en nuestro sistema jurídico en algunas entidades federativas existe la adopción plena, que es aquella que se da por el mismo acto de la adopción y que tiene efectos más generales al permitir que entre de lleno el adoptado en la familia del adoptante con todos sus derechos y limitaciones.

El parentesco por afinidad, nace siempre del matrimonio, son los parientes del o de la cónyuge.

Los desposados nunca adquieren ningún grado de parentesco entre sí y entran en la familia en el mismo lugar y grado que su cónyuge, es decir, se encuentran en

TESE CON  
FALLA DE ORIGEN

parentesco de primer grado con sus suegros, de segundo con los abuelos del esposo y así sucesivamente. En caso de haber contraído segundas o ulteriores nupcias alguno de los cónyuges, su posición familiar originaria, respeto de los parientes del marido, o de la esposa en su caso subsistirá aunque el matrimonio se haya disuelto, considerando siempre la calidad de "hija" de sus suegros o de nieta de los abuelos del esposo y así sucesivamente.

Este tipo de parentesco tiene efectos jurídicos reducidos, no da derecho a heredar, según lo establece el artículo 2842 del Código Civil no produce obligación de dar alimentos y sólo se traduce en la prohibición de contraer nupcias entre parientes de afinidad en línea recta que no así con los colaterales.

Art. 2842.- El parentesco de afinidad no da derecho a heredar.

En relación con el concubinato y con el matrimonio que se realiza sólo por la iglesia , el parentesco de afinidad no se produce.

Por otra parte, el parentesco de afinidad no se extingue por la muerte o divorcio de cualquiera de los cónyuges, muerto o divorciado, la prohibición subsiste.

#### CONSECUENCIAS JURIDICAS DEL PARENTESCO.

- a) Crea el derecho a percibir alimentos.
- b) Crea el derecho a heredar o a demandar alimentos a la sucesión.
- c) Crea derechos sobre los bienes de los hijos y sobre sus personas por efectos de la patria potestad.
- d) Crea la obligación de otorgar alimentos a los hijos.
- e) Incapacita para el matrimonio entre ascendientes y descendientes.
- f) Crea las obligaciones inherentes a la patria potestad.
- g) Crea atenuantes y agravantes en la responsabilidad penal.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

La principal consecuencia del parentesco consanguíneo es la de establecer la prohibición de contraer nupcias entre todos los ascendientes y descendientes sin limitación de grados y entre colaterales hasta el 2º. Grado entre tíos y sobrinos (3º. Grado), se puede realizar con autorización judicial 153, fracción III del Código Civil de Guanajuato.

Art.- 153.- Son impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio.

I.- La falta de edad requerida por la ley cuando no haya sido dispensada.

II.- La falta de consentimiento, del que, o los que ejerzan la patria potestad, del tutor o del juez en sus respectivos casos.

III.- El parentesco de consanguinidad legítima o natural, sin limitación de grado de la línea recta ascendente o descendente, en la línea colateral igual, el impedimento se extiende a los hermanos y medios hermanos. En la colateral desigual el impedimento se extiende solamente a los tíos y sobrinos, siempre que estén en el tercer grado y no hayan obtenido dispensa.

IV.- El parentesco de afinidad en línea recta, sin limitación alguna.

V.- El adulterio habido entre las personas que pretendan contraer matrimonio cuando ese adulterio haya sido judicialmente comprobado.

VI.- El atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre.

VII.- La fuerza o miedo graves, en caso de raptó, subsiste el impedimento entre el raptor y la raptada, mientras esta no sea restituida a lugar seguro, donde libremente pueda manifestar su voluntad.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

VIII.- La embriaguez habitual, la morfinomanía, heteromanía y el uso indebido y persistente de las demás drogas enervantes. Las enfermedades o conformaciones especiales que sean contrarias a los fines del matrimonio, bien porque impidan las funciones relativas, bien porque sean contagiosas e incurables o bien porque científicamente hagan prever algún perjuicio grave o degeneración para los descendientes en ese matrimonio. La impotencia no será impedimento cuando exista por la edad o por otra causa cualquiera, en alguno o en ambos contrayentes y sea conocida de ellos.

IX.- La locura, el idiotismo y la imbecilidad y

X.- El matrimonio subsistente con persona distinta de aquella quien se pretenda contraer.

De estos impedimentos sólo son dispensables la falta de edad y el parentesco de consanguinidad en línea colateral desigual.

Otras prohibiciones pueden ser las señaladas en el artículo 57 mismo código cuando establece que los actos y actas del estado civil del propio oficial, de su cónyuge, ascendientes y descendientes de cualquiera de ellos, no podrán autorizarse por el mismo oficial, otra prohibición la señalada por el artículo 2579, indica la prohibición de heredar por testamento el médico que haya asistido al de cujus durante su última enfermedad, así como el cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos del profesionista a no ser que los institutos sean también herederos legítimos.

Art. 57.- Los actos y actas del estado civil relativos al oficial del registro, a su consorte y a los ascendientes y descendientes de cualquiera de ellos no podrán autorizarse por el mismo oficial, pero se asentarán en las formas correspondientes y serán autorizadas por el oficial de la adscripción más próxima o bien por la persona que para el efecto designe la Dirección del Registro Civil.

TRIS CON  
FALLA DE ORIGEN

**Art. 2579.-** Por presunción contraria a la libertad del testador son incapaces de heredar por testamento, el médico que haya asistido a aquél durante su última enfermedad, si entonces hizo su descripción testamentaria, así como el cónyuge, ascendientes y descendientes y hermanos del facultativo, a no ser que los herederos instituidos sean también herederos legítimos.

Similar a la anterior prohibición, es la prevista por el artículo 2580, del Código Civil Guanajuato, que señala la incapacidad para heredar al notario y testigos que intervinieron en el testamento, sus cónyuges descendientes, ascendientes o hermanos y que no determina la excepción de que esta prohibición no surte efectos cuando los herederos instituidos sean también herederos legítimos.

**Art. 2580.-** Por presunción de influjo contrario a la verdad de integridad del testamento, son incapaces de heredar, el notario y los testigos que intervinieron en él, y sus cónyuges, descendientes, ascendientes o hermanos.

La fracción V del artículo 2758 prohíbe ser testigos del testamento a los herederos o legatarios, sus descendientes, ascendientes, cónyuges o hermanos.

**Art. 2758.-** No pueden ser testigos del testamento.

I.- Los empleados del notario que lo autorice.

II.- Los menores de dieciséis años de edad.

III.- Los que no estén en su sano juicio.

IV.- Los ciegos, sordos o mudos.

V.- Los herederos o legatarios, sus descendientes, ascendientes, cónyuge o hermanos. El concurso como testigo de una de las personas a que se refiere esta fracción,

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

solo produce como efecto la nulidad de la disposición que beneficie a ella o a sus mencionados parientes.

VII.- Los que hayan sido condenados por el delito de falsedad.

Otra prohibición es la contenida por el artículo 1776 del Código Civil, que señala que los hijos sujetos a patria potestad solamente pueden vender a sus padres los bienes del producto de su trabajo.

Art. 1776.- Los hijos sujetos a patria potestad solamente pueden vender a sus padres los bienes comprendidos en la primera clase de las mencionadas en el artículo 481.

Por su parte el artículo 481 distingue dos clases en los tipos de bienes de los hijos sujetos en la patria potestad:

- a) Los que adquieren por su trabajo.
- b) Los que adquieren por cualquier otro título.

Por lo que ve a los primeros pertenecen en propiedad, administración y usufructo al hijo, quien no tiene más limitaciones que las generales impuestos al derecho de propiedad.

Por lo que va a los segundos, la propiedad y la mitad del usufructo pertenecen al hijo, la administración y la otra mitad del usufructo corresponden a las personas que ejercen sobre el la patria potestad. Cabe aclarar que si los hijos adquieren los bienes por herencia, legado o donación, y el autor de la liberalidad ha dispuesto que el usufructo pertenezca en su totalidad al hijo que se destine a un fin determinado, así se cumplirá sin que tenga aplicación la regla general expuesta.

El derecho de los padres a la mitad del usufructo es remunerable debiendo haber por escrito la renuncia, en caso de no desear el pago o en forma tal que no deje lugar a duda sin intención de no cobrar la cantidad a que tiene derecho, esta renuncia la ley la considera como donación.

Así mismo es importante señalar que el menor puede tener la administración, de los bienes cuando por la ley o por la voluntad de sus padres así se determine, en el entendido de que no puede enajenar, gravar o hipotecar bienes raíces, de los demás bienes puede libremente disponer de ellos.

Puede suceder el caso de que se presente la necesidad de que el menor enajene o grave bienes inmuebles preciosos de su propiedad. Si así fuere y se justifica la causa de absoluta necesidad o de evidente beneficio, se deberá solicitar la autorización correspondiente al juez competente, el que si estima justificada la necesidad así lo autorizará.

El juez conceda licencia a los que ejerzan la patria potestad, para enajenar un bien inmueble o un mueble precioso que pertenezca a un menor tomará todas las medidas necesarias tendientes a que el producto no se dilapide y se dedique al objeto a que se destinó y para que el resto se invierta en la adquisición de un inmueble o se imponga con seguro hipoteca a favor del menor.

Al efecto el precio de la venta, se depositará en una institución de crédito y la persona que ejerce la patria potestad no podrá disponer de él, sin orden judicial.

El juez en todo tiempo tiene la facultad de vigilar la operación por el autorizada, pudiendo tomar todas las medidas necesarias para impedir que, por la mala administración los bienes puedan ser dilapidados, se derrochen o se disminuyan, al efecto tienen capacidad para dar impulso, jurisdiccional, a cualquier medida precautoria si cumplió 14 años de edad cuando menos, cualquier interesado o el ministerio público en todo caso.

TESES CON  
FALLA DE ORIGEN

El Código de Procedimientos Civiles tiene muchas prohibiciones con motivo del parentesco, se impide a cualquier magistrado, juez o secretario conocer de los asuntos en que intervengan sus parientes, así como a peritos rendir opiniones en procesos cuando haya parentesco de consanguinidad hasta el 4º grado (artículos 41 y 351 del Código de Procedimientos Civiles).

Art. 170.- todo magistrado juez o secretario se tendrá por forzosamente impedido para conocer en los casos siguientes:

I.- El negocio que tenga interés directo o indirecto.

II.- En los negocios que interesen de la misma manera a su cónyuge o a sus o parientes consanguíneos en línea recta de grados a los colaterales dentro del cuarto grado, y a los afines dentro del segundo.

III.- Siempre que entre el funcionario de que se trate, su cónyuge o sus hijos y algunos de los interesados haya relación de intimidad nacida de algún acto civil o religioso, sancionado y respetado por la costumbre.

IV.- Si fuere pariente por consanguinidad o afinidad, del abogado o procurador de alguna de las partes, en los mismos grados a que se refiere la fracción II de este artículo.

V.- Cuando él, su cónyuge o alguno de sus hijos sea heredero, legatario, donante, donatario, socio, acreedor, deudor, fiador, fiado, arrendador, arrendatario, principal, dependiente o comensal habitual de alguna de las partes, o administrador actual de sus bienes.

VI.- Si ha hecho promesas o amenazas, o ha manifestado de otro modo su odio o afecto por alguno de los litigantes.

TEJIS CON  
FALLA DE ORIGEN

VII.- Si asiste o ha asistido a convites que especialmente para el diere o costearo alguno de los litigantes, después de comenzado el pleito, o si tiene mucha familiaridad con alguno de ellos, o vive con el, en su compañía, en una misma casa.

VIII.- Cuando después de comenzado el pleito, haya admitido él su cónyuge o alguno de sus hijos, dádivas servicios de alguna de las partes.

IX.- Si ha sido abogado o procurador, perito o testigo en el negocio de que se trate.

X.- Si ha conocido el negocio como juez, árbitro o asesor resolviendo algún punto que afecte a la substancia de la cuestión en la misma, instancia en otra.

XI.- Cuando él, su cónyuge o alguno de sus parientes consanguíneos en línea recta, sin limitación de grado, de los colaterales dentro del segundo o de los afines el primero, siga contra alguna de las partes o no ha pasado un año de haber seguido un juicio civil o una casa criminal como acusador querellante o denunciante, o se haya constituido parte civil en causa criminal seguida contra cualquiera de ellas.

XII.- Cuando alguno de los litigantes o de sus abogados es o ha sido denunciante, querellante o acusador del funcionario que se trate, de su cónyuge o de alguno de los expresados parientes, o se ha constituido, parte civil en causa criminal seguida contra cualquiera de ellos, siempre que el Ministerio Público haya ejercitado la acción penal.

XIII.- Cuando el funcionario del que se trate, su cónyuge o alguno de sus expresados, parientes sea contrario a cualquiera de las partes en negocio administrativo que afecte sus derechos.

XIV.- Si el cónyuge o alguno de sus expresados parientes sigue algún proceso civil o criminal en que sea juez, agente del ministerio público, arbitro o arbitrador, alguno de los litigantes.

TECIS CON  
FALLA DE ORIGEN

**XV.- Si es tutor de alguno o curador de alguno de los interesados.**

**XVI.- Estar en una situación que pueda afectar su imparcialidad en forma análoga o más grave que las mencionadas.**

En ese sentido el Código Penal, protege el principio de la familia y le da precisamente al parentesco una connotación especial. Por lo que respecta al parentesco por afinidad, la única consecuencia que produce es que impide contraer nupcias entre los afines con los parientes consanguíneos en línea recta del ex - cónyuge, es decir, no puede la mujer contraer nupcias con el suegro, o con el abuelo del ex - marido, etc.

Por otro lado no produce la obligación de dar alimentos y la prohibición subsiste siempre, aun cuando el vínculo de afinidad haya desaparecido.

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

# CAPITULO SEGUNDO

TRIS CON  
FALLA DE ORIGEN

## **CAPITULO II.- ANTECEDENTES HISTORICOS DE DERECHO FAMILIAR EN MATERIA DE SUCESION.**

### **2.1.- LOS TESTAMENTOS EN ROMA.**

Se ha dicho que “la sucesión también se podía deferir siguiendo la voluntad del causante de acuerdo con lo que hubiera dispuesto en su testamento que se puede definir como el acto jurídico solemne, de última voluntad, por el cual una persona instituía heredero o herederos, disponía de sus bienes para después de su muerte y también podía incluir otras disposiciones tales como legados, fideicomisos, manumisiones y nombramientos de tutores y de curadores.”<sup>15</sup>

Para los romanos el testamento constituyo un acto muy importante, se dice “por ejemplo, que Catón el censor alguna vez expreso que se arrepentía de tres cosas en su vida, de haber compartido un secreto con su mujer, de haber hecho un viaje por barco pudiéndolo hacer por tierra y de haber permanecido intestado un día entero.”<sup>16</sup>

El heredero testamentario no sólo sucedía al de cuius en sus derechos, sino que de algún modo lo sucedía también en sus relaciones sociales y religiosas.

Por eso la sucesión testamentaria prevaleció siempre sobre la legítima, y la doctrina aconsejó siempre la interpretación favorable -favor testamenti-, de la voluntad del testador en caso de duda acerca de las disposiciones testamentarias.

En Roma el testamento revistió diversas formas, que fueron variando según las distintas fases de evolución del derecho, por eso después del testamento el derecho antiguo, estudiaremos la bonorum possessio del derecho honorario, para terminar con las formas testamentarias del derecho imperial y justinianeo.

<sup>15</sup> Morineau Iudarte Marta, Derecho Romano, Editorial Oxford, México, 1998, Pág. 214.

<sup>16</sup> Ib. ídem.

## 1.- Sucesión testamentaria en el derecho antiguo.

“El derecho antiguo reconoció tres formas testamentarias, el testamento calatis comitiis, realizado ante los comicios, el testamento in procinctu, frente al ejercito, y el testamento per aes et libram o testamento mancipatorio.”<sup>17</sup>

### A.- Testamento calatis comitiis.

“Es el testamento que el pater familias hacía en tiempo de paz, frente al comicio curiado cuando la asamblea se reunía por ese fin, dos veces al año, siempre presidida por el pontífice máximo.”<sup>18</sup>

### B.- Testamento in procinctu.

Se realiza en el tiempo de guerra, frente al ejercito.

### C.- Testamento per aes et libram.

Como ninguno de los dos testamentos anteriores podía otorgarse en cualquier momento, fue necesario buscar una nueva forma testamentaria, apareció entonces “el testamento per aes et libram o testamento mancipatorio, que consistía en una venta ficticia, efectuada por medio de la mancipatio, frente al libripens y los cinco testigos.”<sup>19</sup>

El testador mancipaba sus bienes a un tercero, llamado familiae emptor, o sea comprador del patrimonio, al tiempo que designaba a su o sus herederos, y daba instrucciones a la familia sobre la forma en que debía repartir su herencia.

<sup>17</sup> Ob. Cit. Morineau Iduarte, Pág. 215.

<sup>18</sup> Ib. ídem.

<sup>19</sup> Ib. ídem.

El familiae emptor, figura semejante a la del actual ejecutor testamentario o albacea, recibía los bienes en calidad de custodio, para disponer después de ellos conforme a la voluntad del testor.

2.- Sucesión testamentaria en el derecho honorario bonorum possessio secundum tabulas.

El protector redujo las formalidades exigidas por el derecho civil, y así apareció el testamento pretorio, que debía constar de un documento que contuviera la designación del heredero y los sellos de los siete testigos sin exigirse ya el rito de la mancipatio.

El bonorum possessor tenía un exceptio doli al heredero civil intestado que reclamara la herencia.

3.- Sucesión testamentaria en el derecho imperial y el justiniano.

El derecho imperial apareció un testamento redactado por escrito, que debería llevar la firma del testador y la de siete testigos, junto con sus sellos, que además debería realizarse el mismo día y en solo acto.

A.- Testamento tripertitum.

“Justiniano reconoció esta forma testamentaria y le llamo testamento tripertitum, por su triple origen, ya que tomó el derecho antiguo la necesidad de los testigos y su precencia en un solo acto, del derecho honorario, los sellos y el número de testigos, y de las constituciones imperiales, el requisito de las firmas del testador y de los testigos.”<sup>20</sup>

B.- Testamento Nuncupativo. (Designación de Heredero).

<sup>20</sup> Ob. Cit. Morineau Iduarte. Pág. 216.



Este era un testamento oral que se otorgaba frente a siete testigos, que debían oír la voluntad del testador.

#### C.- Testamentos Públicos.

El derecho posclásico también conoció el testamento público bajo dos formas distintas:

El testamento apud acta conditum, realizando de forma oral frente a la autoridad, que luego levantaba el acta correspondiente y el testamento principi oblatum, que se hacía por escrito y era depositado en los archivos imperiales.

#### D.- Testamentos Especiales.

En esta época aparecieron también los testamentos especiales o extraordinarios, que atendiendo a determinadas circunstancias aumentaron en algunos casos o disminuyeron en otros, las formalidades requeridas para este acto.

Entre los que aumentaron las formalidades, figuran los testamentos otorgados por el analfabeto y por el ciego, en el primer caso además de los siete testigos debía firmar una octava persona, cuya firma suplía la del testador; mientras que el ciego, acompañado de los siete testigos, debía dictar su testamento a un oficial público llamado tabularius.

Entre los testamentos que disminuyeron los requisitos formales, está el realizado en tiempos de peste para el que no exigía la presencia simultánea de los testigos con el propósito de evitar el contagio, y el confeccionado en el campo, para el que sólo se requería de cinco testigos.

También tenemos el testamento del padre a favor de los hijos, que podía hacerse de forma oral ante dos testigos o constar en documento ológrafo del testador.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

Finalmente hablare del testamento militar ya que desde épocas anteriores estuvo regido también por normas de excepción relativas tanto a la forma como al contenido.

En primer lugar no exigía forma alguna; era suficiente que la voluntad del testador se manifestara de manera clara.

Por lo que respecta al contenido, el testamento militar fue una excepción al principio que ya conocemos de que nadie puede morir en parte testado y en parte intestado, puesto que si el soldado sólo disponía de una parte de sus bienes, se podía abrir para el resto de la sucesión legítima o ab intestado.

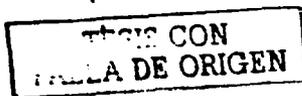
#### 4.- Capacidad para testar y para ser instituido en un testamento.

“La capacidad para testar y para ser instituido en un testamento se llama en latín *testamenti factio*, como formaba parte del *ius commercii* sólo la tenían los ciudadanos romanos.”<sup>21</sup>

La expresión se uso de forma genérica para designar tanto a la capacidad para hacer testamento como a la de ser instituido como heredero o legatario, la diferenciación entre *testamenti factio activa* refiriéndose al primer caso, y *testamenti factio passiva* para aludir a los demás, no procede el derecho romano sino que apareció más tarde y es de derecho común.

La *testamenti factio activa* sólo la poseían los ciudadanos romanos *sui iuris* que gozaran de plena capacidad jurídica, no así los impúberes, ni los pródigos, los locos sólo la tenían en los momentos de lucidez.

<sup>21</sup> Iglesias Juan. Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado. 4ª. Edición, Ediciones Ariel, Barcelona. 1962. Pág. 703.



La mujer sui iuris necesitaba de la autorización de su tutor para hacer testamento.

Los alieni iuris no podían hacer testamento ya que estaban sometidos a potestad y no tenían patrimonio propio, pero se les permitió hacer testamento en relación a sus peculio castrense y cuasicastrense.

La testamenti factio activa debería existir desde el momento en que se otorgaba el testamento hasta aquel en que ocurría la muerte para el testamento del ciudadano romano cautivo de guerra operaba el postliminium, y si moría en cautiverio, la Ley Cornelia introdujo la ficción de que el testamento se había hecho en el último momento de libertad, reconociéndolo como válido.

La testamenti factio passiva la tenían todos los ciudadanos romanos, sin embargo la Lex Voconia de 169 a. c., limitó la capacidad de las mujeres, al prohibir que fueran instituidas como herederas por los ciudadanos de la primera clase del censo, que eran los más ricos, esta ley cayó en desuso en la época imperial.

No se permitió la institución de personas inciertas, es decir; de aquellas de las que el testador no se hubiera hecho una idea precisa, como si el testador instituyera el primero que pase por mi casa.

En el derecho antiguo tampoco se permitió la institución de personas jurídicas, salvo el estado romano, y no fue sino hasta el cristianismo cuando se permitió la institución de la iglesia, de los pobres, de comunidades religiosas, de fundaciones pías y de municipios.

Se podía instituir como herederos a los esclavos, a los propios, si al mismo tiempo se les manumitía y a los ajenos siempre y cuando su dominus que, por otro lado, era quien adquiría la herencia, tuviera la testamenti factio passiva.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

La testamenti factio passiva debería existir en tres momentos distintos al otorgarse el testamento, cuando ocurría la muerte y al aceptarse la herencia.

#### 5.- Contenido del Testamento.

En primer lugar hay que mencionar la institución de heredero, elemento esencial del testamento romano, tan importante que "Gayo la llamo base y fundamento del testamento (caput et fundamentum). A ella me referiré a continuación:

#### A.- Institución de Heredero.

En el derecho antiguo la institución de heredero debía hacerse de forma solemne y usando determinadas palabras, con el tiempo sin embargo, esta exigencia desapareció en el postclásico se permitió que la institución de heredero se hiciera libremente.

El heredero, debería ser instituido por la totalidad de la herencia o por una cuota de ella, y no en relación en cosas determinadas.

Sin embargo, si se instituía a alguien en relación con un objeto determinado, la institución era válida, pero si se trata de un solo heredero universal y si concurría con otros coherederos se consideraba que adquiriría una cuota de la herencia.

La institución de heredero podía sujetarse a condición o a términos suspensivos; por ejemplo, Tito será mi heredero si no hay guerra con Tracia; o bien Mario será mi heredero cuando Ticio fallezca, sin embargo la condición y el término resolutorios no se permitieron pues, contrariaban el principio de que el heredero una vez instituido es siempre heredero. Por tanto no se admitía ninguna disposición que lo privara de tal calidad y en caso de que el testador la hubiera incluido, se tenía por no puesta.<sup>22</sup>

<sup>22</sup> Ob. Cit. Morineau Iduarte, Pág. 219.



Además hay que agregar que no era necesario que el testador instituyera como herederos a los miembros de su familia.

Desde época muy antigua el derecho romano reconoció la libertad testamentaria, y así se podía instituir como heredero a un extraño y a los parientes aún los más cercanos, como los hijos se les podía desheredar.

Sin embargo y en atención a la protección de esos parientes, es cierto que también desde muy temprano aparecieron restricciones que limitaron la libertad de disposición del testador.

Estas limitaciones se refirieron en un principio sólo a la forma en que deberían hacerse las desheredaciones, pero posteriormente exigieron que el testador reservara una porción de sus bienes para sus parientes más próximos.

#### B. Sustituciones.

“La sustitución es una institución de heredero sujeta a condición suspensiva en la que se nombraba a un heredero sustituto para el caso de que el primeramente instituido no llegara a heredar.”<sup>23</sup>

El heredero clásico se conocieron dos clases de sustitución: la vulgar y la pupilar, más tarde en la época justiniana se agregó una tercera, la cuasipupilar.

##### a.- Sustitución vulgar.

La sustitución vulgar era aquella en la que se nombraba un sustituto prevenido que el primeramente instituido por alguna circunstancia no llegara a heredar.

##### b.- Sustitución pupilar.

<sup>23</sup> Ob. Cit. Morineau. Pág. 219.



En este tipo sustitución, al instituir como heredero a su hijo impúber, el padre también designaba al heredero de este, para el caso de que el hijo muriera antes de llegar a la pubertad y por tanto sin poder hacer testamento.

c.- Sustitución cuasipupilar.

En este caso se nombrara sustituto para el hijo loco, que aunque púber muriera sin otorgar testamento por no haber recordado la razón.”<sup>24</sup>

6.- Nulidad del Testamento.

El testamento podía ser nulo desde un principio (testamentum nullum) cuando no se tuviera el testamenti factio, cuando no se hubiera observado la forma exigida o cuando adoleciera de algún defecto en su contenido, si faltaba la institución de heredero o si al hacerla se hubiera pasado por alto a un hijo, sin instituirlo o desheredado de la forma expresa.

Un testamento válido en su origen, podía ser invalidado posteriormente por las siguientes causas:

A.- Por la capitis diminutio del testador (testamentum irritum).

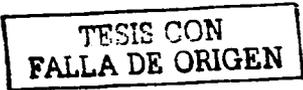
B.- Por ninguno de los heredero instituidos llegara a adquirir la herencia (testamentum destitutum).

C.- Por nacimiento de un postumus suus que no hubiera sido tomado en cuenta, ya que para instituirlo o para desheredarlo (testamentum ruptum).

7.- Revocación del testamento.

---

<sup>24</sup> Ib. ídem. Pág. 220.



El autor de un testamento podía revocarlo en cualquier momento antes de su muerte y para hacerlo establecieron distintas formas. El derecho civil consideró que el otorgamiento de un nuevo testamento revocaba al anterior. La destrucción intencional del testamento hecha por su autor fue considerada como revocación por el derecho honorario; finalmente, con Justiniano, se aceptó que el testador revocara expresamente el testamento frente a tres testigos.

### EL CODICILO.

“Junto al testamento, que es el acto de disposición mortis causa más importante, existió en Roma otro acto menos solemne y que también se usó para hacer disposiciones por causa de muerte, el codicilo, que igualmente requería de la testamenti factio. El codicilo se hacía por escrito, muchas veces en forma de carta. El nombre proviene de codicilli que eran las tablillas utilizadas para escribir cartas.”<sup>25</sup>

El codicilo podía existir anexo a un testamento o sin este, al primero se le dio el nombre de codicilo confirmado y podía contener legados, manumisiones, fideicomisos y nombramientos de tutores y curadores, el segundo sólo podía contener fideicomisos, ninguno podía contener la institución de herederos o consignar desheredaciones.

El codicilo apareció en la época de Augusto, cuando un famoso general que murió en el extranjero le pidió al emperador que si su testamento no valía como tal, se cumpliera de cualquier forma las disposiciones fideicomisarias ahí consignadas. El emperador autorizó la medida y así apareció el codicilo, en donde frecuentemente se consignaban los fideicomisos. Desde entonces fue muy frecuente también que las personas agregaran a su testamento la cláusula codicilar por la cual pedían que en el testamento no era eficaz se le considerara como codicilo y así los fideicomisos conservaran su eficacia.

La sucesión contra el testamento.

<sup>25</sup> Ob. Cit. Morineau. Pág. 221.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

En Roma en materia testamentaria, existieron limitaciones a la libertad de disposición del testador, limitaciones que tuvieron por objeto proteger los intereses de los parientes más cercanos y cuya violación podía dar origen a la sucesión contra el testamento, o sucesión forzosa, que provoca la modificación del testamento y a veces su anulación con la subsecuente aplicación de la vía legítima o intestada.

La sucesión contra el testamento en su evolución a lo largo de la historia del Derecho Romano, se conformo de acuerdo a las siguientes épocas:

1.- El Derecho Antiguo, que exigió una forma determinada para hacer las desheredaciones.

2.- En la bonorum possessio contra tabulas del Derecho Honorario.

3.- En la evolución de la sucesión forzosa en el derecho imperial.

4.- En el derecho justiniano, fundamentalmente de la Novela 115.

1.- Sucesión contra el testamento en el Derecho Antiguo.

El antiguo Derecho Civil consagró la libertad testamentaria, congruente con la gran autoridad del paterfamilias y con el carácter individualista del pueblo romano sin embargo, exigió al testador que si quería desheredar a un suus, la desheredación, debía hacerla conforme a ciertas reglas.

Por otro lado las desheredaciones en esta época no siempre implicaban un castigo para los sui a quienes era probable que el pater favoreciera de otra manera a través de legados, por ejemplo la causa debe buscarse más bien en la necesidad de dejar el patrimonio, sobre todo los bienes raíces, bajo el control de una persona y no ocasionar con su división un desequilibrio económico entre los grupos familiares.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

De esa manera se acostumbro dejar un solo heredero universal probablemente el hijo mayor que además como sucesor del de cuius también continuaría a la cabeza del culto doméstico.

Para desheredar a los sui era necesario hacerlo de forma expresa; no se les podía repetir o sea olvidar o pasar por alto, ya que la omisión podía ocasionar la anulación o la modificación del testamento.

La desheredación de un hijo debía hacerse designándolo individualmente como, por ejemplo, "que mi hijo Tito sea desheredado"; en relación con los demás sui, hijas, mujer in manu, nietos, etc., la desheredación podía hacerse de forma global, como que todos los otros sean desheredados.

Además, en ningún caso se exigió que la desheredación fuera motivada.

La preterición (omisión) de un hijo traía como consecuencia la anulación de todo el testamento y la apertura de la vía legítima o intestada.

La preterición de los demás sui no anulaba el testamento, pero los preferidos podían concurrir con los herederos testamentarios obteniendo una parte igual si estos eran también sui, o todos juntos la mitad de la herencia si concurrían con extraños.

La preterición de un postumi sui, hombre o mujer, de cualquier grado, acarrea la nulidad del testamento.

2.- Sucesión contra el testamento en el Derecho Honorario, Bonorum Possesio contra Tabulas.

El pretor ensancho el círculo de aquellas personas a quienes se debía desheredar en forma expresa incluyendo a los sui, y a los emancipados: es decir, los liberi, el grupo que integraba el primer orden de herederos de la sucesión intestada pretoria.

TECIS CON  
FALLA DE ORIGEN

Las desheredaciones de los liberi varones deberían hacerse de forma individual (nominatim), las de las mujeres podían hacerse globalmente.

La preterición de un heres suos provoca la anulación del testamento, la de los demás liberi sólo la participación de los pretores, manteniéndose en lo demás las disposiciones testamentarias.

También reglamento el pretor la sucesión forzosa otorgada al patrono del testador, así si un liberto no tenía liberi o los hubiera desheredado, debía dejarle al patrono o a sus hijos, cuando menos la mitad de su herencia y, si no la hacía el patrono o sus hijos podían pedir la bonorum possessio contra tabulas.

### 3.- Sucesión contra el testamento en el Derecho Imperial.

Desde finales de la época republicana surgió la idea de que el testamento que no contemplara cuando menos en una porción a los parientes más próximos, era impugnabile por inoficioso, ya que no cumplía con el officium pietatis, o sea el deber familiar.

La idea penetró la práctica judicial y así vemos que el tribunal de los centumviri, en algunos casos aislados declaró inoficiosos los testamentos que no favorecieran en algo a los parientes más cercanos, pero el ulterior desarrollo de la institución lo encontramos en la jurisprudencia clásica y la legislación imperial que crearon un verdadero derecho de legítimas que se podía pedir a través de la acción de los parientes para impugnar el testamento que los hubiera desheredado u omitido injustamente.

Podían querrellarse los descendientes del testador, así como los ascendientes y los hermanos y hermanas, pero no podían ejercer la querrela si el causante les hubiera dejado cuando menos una cuarta parte de la cuota que les hubiera correspondido en la sucesión interesada, el testador debía reservar esa cantidad, como mínimo para los parientes

TECIS CON  
FALLA DE ORIGEN

más cercanos, se le llamó porción legítima o simplemente legítima, porque se fijaba en relación con lo que les hubiera tocado.

En la sucesión legítima o ab intestato, y se podía atribuir también por legado o por donación mortis causa. Tampoco procedía la querrela cuando el testador por justa causa no hubiera dejado nada o hubiera dejado menos de la cuarta parte situación sobre la cual el tribunal decidía de forma discrecional.

Si el testamento era declarado inoficioso también quedaba al arbitrio judicial declarado nulo o anular solamente la institución de heredero, sin embargo, en ambos casos el querellante lograba no la cuarta parte sino su porción intestada completa, situación absurda, ya que de habersele atribuido la legítima hubiera obtenido menos y sin la posibilidad de impugnar el testamento. Para remediar lo anterior el derecho postclásico creo la acción de redistribución del patrimonio hereditario para completar la legítima.

Desde entonces, el legitimario que hubiera percibido algo en virtud del testamento sólo podía ejercer esta acción y no la querrela.

#### 4.- Sucesión contra el testamento en el Derecho Justiniano.

Justiniano en diversas constituciones, en el lapso de los años 528 al 531, introdujo algunos cambios a la legítima entre los más importantes figuraban el haber establecido que todas las desheredaciones se hicieran individualmente, y el haber incrementado a un tercio de la porción intestada si los herederos forzosos no pasaban de cuatro, y la mitad si eran más, imputándose a la legítima cualquier beneficio que el legitimario hubiera recibido del testador. Además, redujo la porción debida al patrono, de la mitad de un tercio de la herencia de liberto, finalmente en su novela 115, del año 542 sistematizó y unificó todas las reglas relativas a la sucesión forzosa, haciendo las siguientes reformas:

- Suprimió el sistema formal de pretericiones, estableciendo que los descendientes y ascendientes que tuvieran derecho a la sucesión intestada no podían quedar excluidos, y sólo se les podía desheredar alegando alguna de las causas taxativamente enumeradas por la propia constitución. Entre ellas sobresalían el atentado contra la vida del causante, la herejía, el adulterio con la mujer del testador, el no pagar el rescate del cautiverio para liberarlo, el poder impedimento artificioso al otorgamiento del testamento estas causas se aplicaban a los ascendientes en relación con los descendientes y viceversa. La desheredación, como se puede apreciar, se convirtió entonces en un castigo para el heredero que hubiera incurrido en alguna de esas faltas.
  
- Si el heredero era privado de la legítima, sin mencionarse la causa, tenía la querela, para impugnar el testamento y lograr la caída de la institución de heredero, si hubiera recibido menos de lo que por ley le correspondía sin que existiera causa para ello, tenía como recurso la actio ad supplendam legitimam.

De lo expresado encontramos las siguientes definiciones de testamento:

A) “La de Modestino: Es una justa disposición, decisión de nuestra voluntad de aquello que alguien desea que sea hecho después de su muerte.

B) La de Ulpiano: Es una afirmación justa de nuestra mente, hecha en forma solemne para que valga después de la muerte.

C) El Código de 1884 definía el testamento en su artículo 3237: “acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos”. Comparemos con el artículo 895 del Código de Napoleón que define el

testamento como un acto revocable, por medio del cual el testador dispone, para el tiempo en que ya no existía, de todos sus bienes o de parte de ellos.”<sup>26</sup>

D) “Para Bonnacase el testamento es un acto jurídico solemne cuyo propósito es dar a conocer por parte de su autor, su voluntad para la época que seguirá a su fallecimiento, tanto desde el punto de vista pecuniario como extrapecuniario.”<sup>27</sup>

Tenemos en la historia en otros ejemplos, el del testamento del virrey de Nueva Granada, antes de gobernador y capitán general de Yucatán, Benito Pérez Valdelomar, que fue otorgado por su apoderado Benito Aznar y Peón (año 1813).

En la legislación alemana, que lo admite el testamento mancomunado puede consistir en que ambos cónyuges recíprocamente se favorezcan en sus disposiciones “testamentum reciprocum”, dependiendo unas disposiciones en las otras y acarreado la decadencia de una de las otras y acarreado la decadencia de una de las otras “testamentum correspectivum”, empero no debe consistir necesariamente en esto. La mancomunidad en sí se refiere sólo a la forma testamentatum simultaneum, por consiguiente, este testamento en tal forma puede contener todas las declaraciones de voluntad que sean concebibles como disposiciones de última voluntad, su mecanismo especialmente en cuanto a disposiciones que favorecen a tercero, y en cuanto a la posibilidad de su revocación, es complicado.

## 2.2.- LOS ALBACEAS EN EL DERECHO GERMANICO.

En el derecho sucesorio hay dos sistemas fundamentales para determinar el momento en que los sucesores a título universal o a título particular, adquieren los respectivos bienes que les corresponda recibir: el sistema romano que estableció como elemento esencial para dicha trasmisión la aceptación de la herencia expresa o tácitamente

<sup>26</sup> De Ibarrola Antonio, Cosas y Sucesiones, Editorial Porrúa, 7ª Edición, México, D.F., Pág. 683.

<sup>27</sup> Bonnacase, Julián, Elementos de Derecho Civil, Puebla, Traducción del Lic. Cajica, Jr. Pág. 427.

y el sistema germánico o francés en el que hasta la muerte del autor de la herencia que unida a la delación, produce la adquisición de la propiedad o titularidad y de la posesión de los bienes sin perjuicio de la facultad que tiene el heredero de repudiar la herencia. En el primer sistema la aceptación es indispensable porque si no la hay tampoco hay adquisición de la herencia, si bien una vez hecha la aceptación esta se retrotrae a la fecha del fallecimiento del autor en el segundo la aceptación tiene el carácter de presunta mientras no se destruya por la repudiación, caso en el cual esta tiene también efectos retroactivos.

“Aunque este punto no tiene gran trascendencia práctica siguiendo las indicaciones de Castán de quien son los enunciados anteriores, podemos afirmar que el Código Civil para el Distrito Federal sigue el sistema romano como se desprende de los artículos 1288, 1289, 1656, 1660, (2544, 2546, 2894, 2898 Código Civil Guanajuato), aunque en materia de legados, parece ser que sigue el germánico como se desprende de los artículos 1290, 1429 y 1430 del Código Civil para el Distrito Federal (2546, 2685, 2686 Código Civil Guanajuato), en cuanto a la posesión parece seguir también el sistema germánico (1704 y 812, Código Procedimientos Civiles D.F. y 2942 y 1060 Código Civil Guanajuato).”<sup>28</sup>

### 2.3.- LA PETICION DE HERENCIA EN ROMA.

Los herederos pasan a ocupar el lugar del autor de la sucesión, esto es, lo suceden en su situación jurídica.

“La palabra sucesión, que proviene del latín *successio*, se usa precisamente para designar la transmisión que tiene lugar a la muerte de una persona.”<sup>29</sup>

<sup>28</sup> Arce y Cervantes, José, De las sucesiones, 2da. Edición Editorial Porrúa, México, 1988, Pág. 182.

<sup>29</sup> Ob. Cit. Morineau, Pág. 209.

“Conforme al derecho hereditario romano, la sucesión universal mortis causa se puede definir como la transmisión a uno o varios herederos, de un patrimonio perteneciente a un difunto.”<sup>30</sup>

Al difunto autor o causante de la herencia se le ha designado como el de cuius, por abreviatura de la frase latina, de cuius hereditate agitur, o sea, de cuya herencia, se trata.

“La herencia es una transmisión universal porque el heredero no recibe cosas particulares sino la totalidad del patrimonio o una cuota de este, por ello debía responder de las deudas de la misma manera que respondía su antecesor Gayo, se trata de la herencia de hablar de las transmisiones a título universal y la concibe como una unidad, al clasificarla como una cosa incorpórea.”<sup>31</sup>

#### DELACIÓN DE LA HERENCIA, VIAS SUCESORIAS.

“La delación de la herencia o llamamiento a los herederos se podía efectuar de diferentes maneras, siguiendo la voluntad del causante conforme a lo que hubiera dispuesto en su testamento o en defecto de este, la ley suplía la voluntad del de cuius, estableciendo quienes eran los herederos y cómo debía repartirse la herencia.”<sup>32</sup>

En el primer caso hablamos de la sucesión o vía testamentaria, en el segundo, de sucesión o vía legítima o ab intestato. Ambas se excluían no podían aplicarse al mismo tiempo, principio que expreso con la frase latina: “que nadie puede morir en parte testado y en parte intestado”.

Por lo anterior si el causante en el testamento al instituir heredero o herederos sólo lo hiciera para una parte de sus bienes, no se abriría la sucesión legítima

<sup>30</sup> Ib. idem, Pág. 210.

<sup>31</sup> Ib. idem. Pág. 210.

<sup>32</sup> Ib. idem. Pág. 210.

para el resto, sino que los herederos testamentarios verían acrecentadas sus cuotas en la misma proporción en que hubieran sido instituidos el acrecimiento, tenía lugar siempre que alguno de los herederos no adquiriera la herencia, en cuyo caso su cuota venía a aumentar la de los demás.

El principio fue suavizado por el derecho clásico cuando sufrió algunas excepciones, como en el caso del testamento militar o cuando era impugnado un testamento, y caía la institución de heredero, partiéndose la herencia por vía legítima pero conservándose otras disposiciones testamentarias.

En lo tocante a las vías sucesorias se encuentra que junto a la reglamentación del *ius civile* apareció complementándola, la reglamentación del *ius honorarium* que fue muy importante en esta materia.

De esta manera junto a la *hereditas* del derecho civil tenemos la *bonorum possessio*, o sea, la sucesión del derecho honorario creada por el pretor, y junto al *heres* del *ius civile*, al *bonorum possessor* del *ius honorarium*, a quien el pretor reconocía como titular del patrimonio hereditario.

La *bonorum possessio*, podía ser testamentaria, en cuyo caso hablamos de *bonorum possessio secundum tabulas*; también podría ser legítima o intestada, *bonorum possessio sine tabulis* o *ab intestato*; y finalmente la *bonorum possessio* también se podía otorgar en contra de lo dispuesto en un testamento, o sea, la *bonorum possessio contra tabulas*.

La sucesión legítima.

La sucesión por vía legítima tenía lugar cuando no había testamento, cuando habiéndolo no fuera válido, o el heredero testamentario no quisiera o no pudiera aceptar la herencia, como en el caso de que hubiera muerto antes que el testador.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

La sucesión legítima quedó consagrada en el derecho romano antiguo en la Legislación de las XII Tablas, fue corregida más tarde por el pretor y también por el derecho imperial, para terminar con la reglamentación que de ella hizo Justiniano.

#### 1.- Sucesión Legítima en el Derecho Antiguo.

“Las XII tablas disponían que si el causante moría intestado se llamará a los siguientes herederos:

Primero a los herederos sui, o sea los descendientes del de cuius, que estuvieran bajo su potestad al momento de su muerte, incluyendo aquí a los póstumos; es decir a los sui, nacidos después de muerto el causante, la mujer del difunto, que hubiera entrado a su familia por una conventio in manum, ocupaba el lugar de una hija, la nuera in manu, el de nieta por lo que a la herencia se refiere.

Entre los herederos del mismo grado la división del patrimonio se hacía por cabezas, y en cuanto a los de grado distinto, se repartía primero por estirpes y dentro de cada estirpe por cabezas.”<sup>33</sup>

Así por ejemplo, el de cuius X tuvo tres hijos: A, B y C a su muerte lo sobrevivieron A y B; C había muerto con anterioridad, dejando a su vez, dos hijos C1 y C2, también bajo la potestad de X. A y B, C1 y C2 son los herederos sui; A y B son hijos del de cuius, C1 y C2 nietos. A y B concurren por un tercio cada uno, el tercio que le hubiera correspondido a C se reparte entre sus hijos C1 y C2 obteniendo un sexto cada quien.

En segundo lugar, cuando no había herederos suyos la herencia se ofrecía a los próximos agnados, excluyendo el más cercano al más remoto.

Si el agnado más próximo no aceptaba la herencia, ésta no era ofrecida sucesivamente a los de ulterior grado, sino que, en tercer lugar, se llamaba a la gens.

<sup>33</sup> Ib. idem. Pág. 212.

## 2.- Sucesión Legítima en el Derecho Honorario, Bonorum Possessio Sine Tabulis o ab Intestato.

La sucesión legítima ordenaba por el pretor llamaba a los siguientes herederos:

En primer lugar a los *liberi*, o sea los descendientes del difunto, tanto los *sui* como los que hubiera sido de no haber salido la familia, y siempre que no estuvieran bajo la potestad de otro, de esta manera quedaban incluidos también los emancipados.

Con la concurrencia de los emancipados creaba a veces una situación injusta por los herederos *sui*, que no podían tener un patrimonio propio ya que todo lo que hubiera adquirido la hacían para el pater el derecho honorario creó una institución especial, la colación de bienes, por la cual el emancipado que concurría a la herencia del pater, debía aportar a la sucesión una parte de su propio patrimonio para compensar al *sui*.

En segundo lugar el pretor llamaba a los *legitimi*, que eran los agnados del segundo orden de las XII tablas.

Finalmente el cuarto lugar, el cónyuge superviviente.

## 3.- Sucesión Legítima en el Derecho Imperial.

Dos senadoconsultos, el Tertuliano y el Orficiano, del Siglo II de nuestra era, junto con dos constituciones posteriores, una Valentiniana y otra Anastasiana, continuaron la tendencia iniciada por el pretor, de incluir a los cognados, tomando en cuenta el parentesco de sangre que no tuvo mayor relevancia en el antiguo derecho civil.

El senadoconsulto tertuliano le dio derechos a la madre en la sucesión de los hijos y el orficiano otorgó esta misma facultad a los hijos en relación con la sucesión de la madre.

TRABAJOS CON  
FALLA DE ORIGEN

La Constitución Valentiniana admitió la concurrencia de los nietos nacidos de una hija prematura y la Constitución Anastacia llamaba a las hermanas y hermanos emancipados a la sucesión de un hermano fallecido.

#### 4.- Sucesión Legítima en el Derecho Justiniano.

Justiniano reglamentó casi todo lo relativo a esta materia en sus novelas 118 y 127, sustituyendo de forma definitiva a la agnación por la cognación, equiparando en esta aspecto a los hombres y mujeres, al tomar en cuenta el parentesco por ambas líneas.

Estableció cuatro ordenes de herederos:

En primer lugar los descendientes, en su defecto llamaba en segundo lugar al padre, a la madre, a los demás ascendientes o a los hermanos carnales.

En tercer lugar sucederían los medios hermanos y por último los demás colaterales.

No se menciona aquí al cónyuge superviviente, sin embargo la viuda o del viudo, quedaron incluidos, siempre que no hubiera habido divorcio y falta de los demás familiares.

También, incluyó a los hijos naturales y a la concubina, concediéndoles una sexta parte de la herencia a condición de que no hubiera viuda ni descendientes legítimos en cuyo caso sólo tendrían derecho a una pensión alimenticia.

#### 5.- Sucesión Legítima del Liberto.

Antes de dar por terminado el tema que ahora terminamos, hay que agregar que la sucesión legítima del liberto siempre fue objeto de una reglamentación especial.

Las XII Tablas disponían que si el liberto moría intestado, la herencia pasara a los herederos sui y, de no tenerlos, pasaría al patrono, a sus descendientes, a sus agnados más próximos a los gentiles del patrono.

El pretor dispuso que la herencia del liberto se ofreciera primero a sus descendientes, en segundo término al patrono y sus agnados y gentiles en tercer lugar, a los cognados del liberto, en cuarto término a los demás familiares del patrono no incluidos en el segundo orden, en quinto lugar al patrono del patrono, en sexto a la viuda o al viudo y en séptimo a los cognados del patrono.

Con Justiniano se fijó el siguiente orden:

En primer lugar los descendientes del liberto, en segundo lugar el patrono y sus parientes, en tercer lugar los cognados del liberto, y en cuarto y último lugar, el cónyuge superviviente.

#### **2.4.- EL CODIGO CIVIL DE 1870.**

Al independizarse México de España sobrevino un caos legislativo por la diversidad de incertidumbre de las leyes. Se ignoraba si las disposiciones españolas seguían vigentes no se sabía cuáles ni en qué orden lo seguían estando, ya que por muy diversas causas, se omitió sustituir las disposiciones españolas con leyes nacionales. Existen varios antecedentes de códigos civiles en México el Código Civil para el Gobierno del Estado Libre de Oaxaca de 1828 el proyecto de Código Civil presentado al segundo Congreso Constitucional del Estado libre de Zacatecas por la Comisión encargada, de redactarlo de 1829 el proyecto Justo Sierra. Este proyecto es de gran importancia pues constituye el antecedente del Código Civil de 1870. Fue encargado por Benito Juárez a Justo Sierra padre quien lo elaboró en el convento de la Mejorada en Mérida, Yucatán el proyecto Lacunza, producto de los trabajos realizados, Pedro Escudero y Echanove y Luis Méndez, Código Corona de 1868 el Código Civil del Estado de México de 1870 estos son

los antecedentes del Código Civil de 1870 formado por los señores Mario Yañez, José María Lafragua, Isidro Montiel y Rafael Condé.

Tiene gran influencia sobre el Código francés o Código de Napoleón inspirado capitalmente en las enseñanzas de Pothier.

Este fue adoptado por Jalisco en marzo de 1876, en Puebla el 11 de mayo de 1871, en el Estado de México interesa un Código de 7 de Enero de 1870, cuyos autores fueron Pedro Ruano y Manuel Alas en Coahuila también se adoptó el Código de 1870 y Chihuahua a su vez lo hizo suyo el 12 de abril de 1883. En Nuevo León, fue adoptado el 5 de enero de 1878, en Tabasco el 9 de junio de 1874 y en Sonora el 31 de mayo de 1871.

Dice la exposición de motivos del mismo que se hizo teniendo en cuenta los principios del Derecho Romano la antigua legislación española los Códigos de Francia, Cerdeña, Austria, Holanda, Portugal y otros y los proyectos de Código formulados en México y en España el proyecto de la primera Comisión y el español de 1851, inspirado en su mayor parte en el Código Francés.

Por lo mismo con frecuencia encontraremos, salvedad hecha de los capítulos de Sucesiones y Registro Público la fuente de los preceptos de nuestro Código de 1870 y los de los subsiguientes en el Código Francés y en el Derecho Francés.

TRABAJOS CON  
FALLA DE ORIGEN

# CAPITULO TERCERO

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

## CAPITULO III.- LAS SUCESIONES.

### 3.1.- CONCEPTO DE SUCESION. GENERALIDADES.

“Sucesión significa acción de suceder, y en el sentido jurídico, situación en la titularidad en los derechos y relaciones, que admiten sustitución o sea, cambio de sujeto e identidad en la relación de derecho. Sucesión dice Savigny es el cambio meramente subjetivo en una relación de derecho, es decir cambio del sujeto, pero no del objeto de la relación. Puede haber sucesión inter vivos entre personas físicas que es siempre a título particular, o mortis causa que puede ser a título universal (herencia) y a título particular (legado).”<sup>34</sup>

Para que se genere la sucesión se requiere la coexistencia de estos elementos.

1° Que haya un conjunto de bienes y relaciones que pertenecían a una persona física, transmitibles por causa de muerte (cosas, derechos, obligaciones) y que tengan un valor económico apreciable.

2° Que la persona física que encabeza este conjunto, por su muerte, haya dejado de ser persona (autor de sucesión, causante o de cujus o sea is de cujus sucesione agitur).

3° Que haya otra persona o (varias) que reemplaza a la fallecida en la titularidad del patrimonio acéfalo (sucesor, causahabiente heredero).

4° Que el sucesor o heredero este llamado a suceder al causante o sea que haya una vocación hereditaria (llamada a la herencia), porque para que exista sucesión no basta que donde estaba uno se coloque otro, sino que es necesario que la causa por la que el

<sup>34</sup> Arce y Cervantes, Ob. Cit. Pág. 1.

segundo entra a reemplazarlo se deba a que el primero haya fallecido y jurídicamente le corresponda reemplazarlo. Debe existir un fundamento de vocación o sea un supuesto hecho al cual la ley de una consecuencia de que la persona se haya en esta relación de hecho puede ser heredado del fallecido.

La conexión que existía de tal patrimonio con la persona física que lo encabezaba (conexión que se llama titularidad) ha quedado suspendida por la falta del titular. Como no es posible en la vida jurídica que esas relaciones, y cosas, derechos reales, derechos de crédito, obligaciones, posesión queden sin un sujeto a la que están ligados es imprescindible que otra persona sub-entre en el lugar del faltante para que, en lo posible, no se interrumpan esas relaciones.

Si el monto de las deudas que tenía el de cujus fuera igual que el valor de los bienes que deja, entonces el heredero no recibiría ningún bien porque deberá dedicar todos los bienes al pago de esas deudas. Si las deudas superan a los bienes, se está ante la herencia damnosa, y en este caso algunos acreedores del difunto quedarían sin cobrar sus créditos o todos los acreedores recibirían solamente el pago de una parte sus respectivos créditos. Pero si no se está en ninguno de estos casos, el heredero además de asumir el carácter de nuevo titular del patrimonio del difunto, tendrá el beneficio de adquirir los bienes de este patrimonio (una vez pagadas las cargas y obligaciones, si las hubiere), por lo que recibe el provecho, a título gratuito, de aumentar su propio patrimonio.

La sucesión en los regímenes jurídicos que admiten la propiedad privada y su transmisión mortis causa, se funda en la necesidad de que un patrimonio no quede desprovisto de su titular, de dar estabilidad a la familia y fuerza en la economía.

No puede concebirse el orden jurídico sin esta sucesión hereditaria. "Expresa Allara que entre la exigencia negativa que un patrimonio no quede privado de su titular y la exigencia positiva 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

TECIS CON  
FALLA DE ORIGEN

sucesión por causa de muerte, mientras que el objeto de la segunda exigencia constituye un interés específico del llamado a la herencia.”<sup>35</sup>

“Esta concepción de la sucesión, nos viene del Derecho Romano, que se resume en esta forma: La muerte pone fin a la persona física del individuo, pero su patrimonio no desaparece con él bajo el nombre de hereditas, continua formando una entidad jurídica aparte un conjunto de derechos universitas, juris, que pasa a un nuevo titular. Este el heredero, reemplaza al difunto en su soberanía patrimonial.”<sup>36</sup>

“Es el continuador de su persona jurídica, esta investido de sus derechos y obligado por sus cargas. Es este reemplazo del titular del patrimonio por otro, esta transmisión global de bienes, lo que se llama sucesión.”<sup>37</sup>

Pero en Roma la sucesión no se limitaba a la esfera patrimonial del difunto sino que el heredero representaba al autor también el ámbito religioso, transmisión de la soberanía doméstica y en la continuación del culto familiar.

Nuestro derecho actual no se ajusta del todo a la concepción romana, la sucesión hereditaria, no es una sucesión en el patrimonio del causante como un todo en una universitas juris, sino en el ingreso en una situación completamente nueva, con su propio sentido que sólo comprende el patrimonio del causante con numerosas reservas y cambios.

El patrimonio hereditario debe ser considerado, en cierto sentido, como un patrimonio separado, pese a la pluralidad y diversidad de sus partes integrantes. Este carácter de patrimonio separado se nota, por ejemplo en lo que dispone el artículo 2,481 del Código Civil de nuestro Estado y que establece la separación de ciertos bienes de la herencia en caso de concurso, si estaban obligados por el autor a ciertos acreedores, todo esto, sin embargo no quiere decir que la herencia se convierta en persona moral.

---

<sup>35</sup> Ib. ídem.

<sup>36</sup> Ib. ídem.

<sup>37</sup> Ib. ídem.

“Define Castán la sucesión como la continuación o sucesión por modo unitario, en la titularidad del complejo formado por aquellas relaciones jurídicas patrimoniales, activas y pasivas de un sujeto fallecido, que no se extinguen por su muerte, sucesión que produce también ciertas consecuencias de carácter extra patrimonial y atribuye al heredero una situación jurídica modificada y nueva en determinados aspectos.”<sup>38</sup>

Mientras vive la persona física, no puede hablarse de sucesión en el patrimonio por acto entre vivos porque la unidad patrimonial subsiste mientras su titular. Solamente cuando este desaparece, su unidad patrimonial, que potencialmente al menos era una fuerza en continuo movimiento, en continua evolución, se detiene hasta cierto punto y se vuelve posible que otro se coloque en lugar del titular desaparecido haciendo su propia persona, que era ya centro directivo de su propio patrimonio, pese a serlo también de la masa patrimonial abandonada. Así como la muerte no tiene ninguna potencia en el mundo del espíritu, tampoco la tiene sobre el organismo del derecho, de manera que las relaciones jurídicas, en armonía con el hecho de la continuidad de la especie que sobrevive al individuo que pasa, deben transmitirse de persona a persona por lo que el derecho sucesorio es un triunfo de la especie y no del individuo sobre la muerte.

La transmisión a título universal ha dicho Ferrara es la forma más simple y elegante para realizar la transmisión sin que sea necesario realizar, en ningún caso una forzosa liquidación del patrimonio que conduciría a una disgregación antieconómica, de sus elementos con pérdida de valores y de otra parte, tal forma garantiza, del modo más completo y perfecto, los derechos de terceros y de los acreedores, los cuales no se preocupan nada de que sobrevengan la muerte de su contratante y obligado, por su condición jurídica permanece intacta.

La expresión “herencia” tiene dos sentidos: I.- Uno subjetivo y equivale a sucesión hereditaria en el sentido de transmisión de bienes por causa de muerte, como esta definida en el digesto, la herencia no es otra cosa que la sucesión en todos los derechos que

<sup>38</sup> Castán Tobeñas, José. Derecho Civil Español. Común y Foral, Tomo VI, Ediciones Reus. Madrid, 1969, Pág. 29.

hubiera el difunto, y este es el sentido en que la toma el artículo 2537 (C.C. Gto.) al definir la herencia como una sucesión en derechos y bienes del difunto. II.- Y otro objetivo que es estático el de masa o conjunto de bienes y relaciones patrimoniales que se transmiten por causa de muerte y hace relación al nuevo sujeto que recibe esa masa. Así en el artículo 2542 (C.C. Gto.), al referirse en la herencia que se distribuye en legados y también en el 2540 (C.C. Gto.), al hacer mención de las cargas que pesan sobre ese conjunto de bienes llamado herencia, en este último sentido, como masa de bienes y en relación al de cuius se llama también caudal hereditario.

### 3.2.- PRINCIPIOS DE LA SUCESIONES.

“Con Cicu y Barassi, el patrimonio hereditario no constituye una universitas juris, porque si no lo era cuando vivía el autor de la sucesión, no hay razón para que lo sea a su fallecimiento lo que sucede es que ese patrimonio (que está integrado por muchos elementos) tiene una cierta coherencia que le da la ley, como patrimonio separado o sea que debe distinguirse del patrimonio del heredero para efectos de garantía de acreedores y deudores y del heredero.”<sup>39</sup>

La idea tradicional de la continuación de la persona del difunto por el heredero da una explicación tan clara como lógica, el heredero queda investido de los derechos y obligado en las obligaciones que constituyen el activo y el pasivo de la sucesión, porque su personalidad se constituye a la del difunto en todas las relaciones jurídicas de las que era titular el difunto. El acrecimiento de bienes o derechos que se aprecia en el interior del patrimonio del heredero no es sino consecuencia de esta sustitución de personalidad.

Pueden señalarse los siguientes principios o reglas que rigen la sucesión:

I.- Como el heredero sucede al titular desaparecido, es decir, lo sustituye o sub-entra en el lugar que éste ocupaba, no puede haber solución de continuidad entre el

<sup>39</sup> Arce y Cervantes, Ob. Cit. Pág. 5.

titular faltante y el sucesor porque nunca puede quedarse un patrimonio sin titular, aún cuando el nuevo titular, por de pronto no pueda ser determinado, porque si la herencia hay bienes, siempre habrá un heredero, esto se desprende de los propios conceptos del código: si hubiere varios herederos, éstos adquieren derechos a la masa hereditaria como a un patrimonio común desde la muerte del autor (artículo 2545 mismo ordenamiento), el legatario adquiere derecho al legado puro y simple, así como al de día cierto.

Desde esa muerte, (Art. 2546 C.C. Gto.) cuando el legado es de cosa específica y determinada propia del testador, el legatario adquiere su propiedad desde que aquel muere (Art. 2685 C.C. Gto.); el derecho a la posesión de los bienes hereditarios que transmite desde esa muerte (Art. 2942 C.C. Gto.), los efectos de la aceptación o repudiación de la herencia, hechos que ocurren forzosamente después de la muerte del autor, se retrotraen, a la fecha de está (Art. 2898 C.C. Gto.).

II.- Por la misma razón, la calidad de heredero, del sucesor no puede ser condicionada ni temporal y de ahí la máxima, (una vez heredero, siempre heredero), como se explicará con más extensión al hablar de la condición de heredero. Esto se desprende también de nuestro código, no se puede aceptar o repudiar la herencia en parte, con plazo o condicionalmente (Art. 2895 C.C. Gto.), la aceptación y la repudiación son irrevocables (Art. 2908 C.C. Gto.) la designación en el testamento del día en que deba comenzar o cesar la institución de heredero, se tiene por no puesta (Art. 2636 C.C. Gto.). Sin perjuicio de lo anterior, el heredero puede ceder los derechos que tenga como heredero en cuanto representan un valor económico como esta previsto en los artículos 1535 y 2545, 2547, 2548, C.C. Gto.

III.- La unidad que tiene el patrimonio hereditario, es decir, la cohesión, que tiene entre los elementos que lo componen, no se disgrega aunque haya varios herederos, porque este hecho implica solamente la participación de varias personas en esta unidad ya que la parte de cada heredero es cualitativamente igual de la misma calidad, a los demás herederos, aunque puede no ser cuantitativamente igual en la misma cantidad que la de otros. Se está entonces, en caso semejante a la copropiedad porque los herederos tienen

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

derecho a la masa común hereditaria (Art. 2544 C.C. Gto.) tampoco se pierde la unidad del patrimonio ni el carácter de universalidad en la transmisión por el hecho de que haya transmisiones a título particular (legados) a favor de quienes sean o no herederos, porque los legados son liberalidades aisladas que dispone el testador para el provecho de los beneficiarios, pero siempre que estos legados no agoten el patrimonio hereditario porque en caso contrario si toda la herencia se distribuye en legados, tales legados pierden este carácter y los legatarios se consideran como herederos (Art. 2542 C.C. Gto.), lo cual tiene el efecto que todos los designados como legatarios, tendrán entonces los derechos y obligaciones de herederos y responderán de las deudas hereditarias. Esta situación se asemeja a la partición de sus bienes que puede hacer el propio testador en su testamento (Art. 3010 C.C. Gto.).

IV.- En principio todos los derechos y obligaciones y la posesión se transmiten tales y como los tenía el autor de la sucesión, sin modificación porque se busca que las relaciones no se interrumpan ni modifiquen por el hecho de la muerte.

La posesión no se interrumpe por la muerte. Sin embargo, por ciertas circunstancias relativas a las personas a los bienes y derechos, se tienen que hacer excepciones. He aquí alguna:

a) El crédito del acreedor solidario se vuelve mancomunado en sus herederos (Art. 1481 C.C. Gto.); b) Si hay varios herederos del deudor solidario que muere, cada uno de aquellos responde de la deuda en proporción a su haber hereditario, salvo que la obligación sea indivisible (Art. 1486 C.C. Gto.);

V.- Así como el autor de la sucesión respondía a sus obligaciones con todos sus bienes (Art. 2455 C.C. Gto.), su patrimonio hereditario sigue afectado a la responsabilidad de las mismas deudas, por lo que la sucesión del de cuius, en cuanto representa ese patrimonio, puede ser declarada en quiebra.

En consecuencia los acreedores del causante no deben tener para cubrirse sino el patrimonio dejado por su deudor, como en la vida de este, y los acreedores del heredero no deben caer sobre ese patrimonio sino una vez liquidado, es decir, descargado de las deudas.

VI.- De lo suyo, la sucesión va a producir la fusión del patrimonio neto, que dejo el autor de la sucesión con el patrimonio del heredero, aún cuando el proceso sucesorio y el beneficio de inventario impidan temporalmente esa confusión para ciertos efectos. Antes de esa fusión deberá procederse a la liquidación de la herencia determinación del patrimonio, cobro de créditos y pago de legados y deudas, ( Arts. 2973, 2992, y sgtes. C.C. Gto.) y la participación de la misma (Art. 3006 C.C. Gto.) si es que hay más de un heredero.

Esta situación del autor no puede hacerse en forma instantánea. Las limitaciones humanas exigen que se lleve a cabo mediante un proceso, (proceso o juicio sucesorio) que tiene que recorrer muchos pasos desde luego debe comprobarse la muerte del autor de la herencia, si dispuso legalmente de su patrimonio, o en caso contrario, indicar sucesores. Debe llamar a los sucesores, ver si son capaces de heredar y esperar su aceptación o repudio de la herencia, hacer la determinación del patrimonio (bienes y deudas), avaluar los bienes, protegerlos y cuidar los intereses de los acreedores, velar por la administración de los bienes resolver los pleitos que surjan con motivo de la herencia y entregar los bienes a quienes corresponda.

A diferencia de otros procesos, los casos de sucesión deban resolverse cuando y precisamente porque el autor ya no vive o se encuentre ausente o sea, que ya no se puede contar con él. Desde que se inicia el procedimiento hasta que termina, todos los pasos procesales están determinados como en cadena de modo que cuando se da uno, le sigue otro forzoso y, si dependen de la voluntad de alguno, hay otro previsto para ese caso.

El fin del derecho es ordenar las relaciones sociales conforme a la justicia y esta consiste en dar a cada uno lo que es suyo. Las normas jurídicas referentes a la herencia

tendrán por objeto dar lo suyo a cada quien en esta coyuntura del fallecimiento de una persona, ahora bien decimos que es de alguien lo que al mismo esta ordenado.

Corresponde entonces al orden jurídico positivo determinar a quien o quienes corresponde, en justicia ser él o los nuevos sujetos del patrimonio acéfalo y los derechos que otras personas tengan sobre el mismo patrimonio.

Debe pues establecer, por medio de normas generales el modo de determinar esos sujetos, para lo cual deberá atender a estos factores: I.- El derecho de disposición sobre sus bienes por causa de muerte que tenía en el *cujus* y por consiguiente su facultad de disponer, en vida la distribución de su patrimonio para el caso de su muerte. II.- Las obligaciones que tenía el mismo con respecto a su cónyuge y a sus hijos y demás parientes cercanos, por consiguiente reconocer cierta vocación natural que tienen estos a participar del patrimonio del fallecido. III.- Los derechos que tiene el Estado sobre el mismo patrimonio en virtud de que ha establecido y mantenido un orden jurídico que hizo posible al *cujus* al tener derechos reales, posesión y derechos de crédito, protegidos por ese orden.

Con el manejo de estos factores en forma equilibrada, toca al derecho establecer la forma para determinar los herederos y la proporción y el modo en que en justicia, deben recibir los bienes relictos para lo cual se deberán tomar en cuenta las circunstancias, el lugar y el tiempo de aplicación de la ley.

Una vez que se haya determinado esos derechos de cada uno se procederá fijar la composición de ese patrimonio que viene a ser el mismo que tenía el fallecido, con excepción de aquellos derechos y obligaciones que se extinguieron por su muerte y esto se logra por la elaboración del inventario que deberá incluir la parte del activo de ese patrimonio derechos reales y de crédito y la posesión si los hubiere, y la parte del pasivo obligaciones, o sean las deudas mortuorias y las hereditarias.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

Por último una vez hecho lo anterior, si hubiere varios herederos, por los medios que establece la ley o por convenio de los herederos, se fijarán los bienes a la porción de los bienes concretos que corresponde a cada uno de ellos, se pagarán los legados y se protegerá o pagará a los acreedores.

A esto se llama liquidación y participación de la herencia, en virtud de la cual las partes alícuotas ideales que tenían los herederos en común sobre el patrimonio del de cuius, se transforman en determinados bienes específicos que se les adjudican, con lo cual termina el proceso sucesorio.

### **3.3.- ELEMENTOS DE LA SUCESION.**

Se pueden cambiar las diversas posibilidades de intervención de los diferentes sujetos del derecho hereditario para poder determinar relaciones jurídicas en todos ellos entre sí tomando como base tres de dichos sujetos, o sea, los herederos, los legatarios y los albaceas, pueden formarse las siguientes relaciones:

a) Relaciones de los herederos entre sí y con los legatarios, el o los albaceas, los acreedores hereditarios, los deudores de la herencia y los acreedores y deudores personales de los herederos.

b) Relaciones de los legatarios entre sí y con los acreedores y deudores de la herencia, o el de albaceas y sus acreedores y deudores personales.

c) Relaciones de los albaceas entre sí y con los interventores de la herencia, los acreedores y deudores hereditarios.

La relación jurídica implica la articulación de todos los elementos simples que intervienen como conceptos jurídicos fundamentales en todas las disciplinas del derecho. Podemos considerar que tales elementos simples son los sujetos, los supuestos, las

consecuencias y los objetos jurídicos derechos subjetivos, deberes jurídicos, sanciones y coacciones.

En toda relación jurídica necesariamente deben intervenir esos elementos simples, pero su función consiste en articularlos en una situación jurídica concreta. En las normas de derecho tales elementos están enunciados de manera potencial, solo pueden actualizarse a través de la relación jurídica que conjuga en una situación concreta los supuestos, las consecuencias, los sujetos y los objetos del derecho, por medio de la realización de los supuestos jurídicos a través de hechos, actos o estados jurídicos se transforman las situaciones jurídicas abstractas en situaciones jurídicas concretas y por lo tanto los elementos contenidos potencialmente en la norma (supuestos consecuencias, sujetos y objetos), se actualizan en formas actuantes y vivientes de conducta jurídica estas formas que constituyen manifestaciones dinámicas o en movimiento, suponen siempre que se realiza un hecho, un acto o un estado jurídico que producirán consecuencias consistentes en la actualización de derechos y obligaciones o de sanciones y coacciones, que se imputarán a sujetos determinados, refiriéndose siempre a formas concretas de conducta intersubjetiva que puede ser conducta pura y simple o conducta referida a bienes o universalidades patrimoniales.

El papel o función que van desempeñando cada uno de los elementos simples obedece a un desarrollo lógico para que se cambien o articulen esos diversos elementos integrantes de la relación.

Las relaciones jurídicas del derecho hereditario necesariamente, deben articular todos los supuestos específicos de ese derecho, las consecuencias inherentes a los mismos la imputación de ellas a los sujetos y con relación a los objetos directos o indirectos que he precisado. Es así como se producen como consecuencias necesarias, las relativas a la transmisión de su patrimonio a sus herederos y a la liquidación de la herencia con pago preferente a los acreedores de la misma. Si suponemos que además de la muerte de un sujeto, interviene otro supuesto jurídico más, o sea, la existencia de un testamento se producirán consecuencias propias de este último tales como la de instituir herederos y

legatarios, o sólo los segundos, con la creación, transmisión, modificación y extinción de derechos y obligaciones.

Por la realización de los supuestos esenciales mencionados, se producirán consecuencias jurídicas diferentes en las sucesiones intestadas o testamentarias con la diversidad de relaciones de derecho entre todos los posibles interesados.

En la sucesión legítima las consecuencias únicas consistirán en la transmisión del patrimonio hereditario como universalidad jurídica a los herederos de aquí la necesidad de limitar los sujetos excluyendo a legatarios para concretar las relaciones entre los herederos, acreedores y deudores de la herencia, albacea o interventores y excepcionalmente acreedores y deudores personales de los herederos.

Una consecuencia importante en la sucesión legítima, que se presenta también en la testamentaria respecto a los herederos, que consiste en crear la indivisión en cuanto al patrimonio del de cujus que pasa como entidad a sus sucesores aún cuando algunos derechos reales y personales se extingan.

Por la indivisión hereditaria se crean relaciones jurídicas entre los herederos y entre estos y el o los albaceas. En el primer caso, se trata de relaciones semejantes a las de la copropiedad que originan derechos y obligaciones íntimamente vinculados a la aparte alícuota de cada quien. De aquí el principio declarado por el (artículo 2545 C.C. Gto) en el sentido de que cada heredero puede disponer del derecho que tiene en la masa hereditaria, pero no de los bienes o cosas que integren la sucesión.

Es para que se respete el derecho del tanto de que gozan los herederos y también la obligación de cada uno de ellos, cuando quiera enajenar su parte alícuota a un extraño, es decir, su derecho hereditario, de notificar a sus coherederos por medio de notario, judicialmente o por medio de testigos la base o condiciones en que se haya concertado la enajenación, a fin de que usen dentro del término de ocho días del derecho del tanto o sea, de la facultad de ser preferidos al extraño en las mismas condiciones,

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

concertadas si los herederos hacen uso de esa facultad el enajenante estará obligado a realizar la venta a favor de aquel que haya optado por adquirir conforme a las bases concertadas, si dos o más coherederos quisieren hacer uso del derecho del tanto, se preferirá al que represente la mayor porción, y si fueren iguales la suerte decidirá quien será el elegido en el caso de que la enajenación se hiciere a algún coheredero por pacto celebrado desde un principio, los otros no gozarán del derecho del tanto, aún cuando representen mayor porción hereditaria de la que corresponda a aquel con quien se concreto la operación primitivamente.

En la sucesión testamentaria las consecuencias jurídicas son más complicadas que en la legítima por cuanto que no sólo se refieren a la transmisión a título universal del patrimonio sucesorio y de sus bienes y derechos, sino que comprenden la creación, transmisión modificación y extinción de derechos y obligaciones reales y personales, por virtud de la institución de legatarios.

El alcance además de las relaciones propias de los herederos entre sí, de estos con los acreedores y deudores de la herencia y con el o los albaceas, tenemos también las relaciones de los legatarios entre sí, de estos con los herederos, con los acreedores y los deudores hereditarios, con sus acreedores y deudores personales y con el o los albaceas.

Además el contenido mismo de las relaciones en variadísimo por cuanto que la institución del legado permite al testador crear o modificar tal número de situaciones jurídicas concretas, que vinculan de manera especial a los herederos con los legatarios o la sucesión como conjunto de herederos con aquellos, pudiendo afirmarse sin hipérbole que se trata de la rama del derecho civil en donde existe la amplitud más variada para combinar todas las relaciones y figuras jurídicas posibles.

En los contratos cabe también una gran amplitud pero siempre subordinada a la necesaria limitación de que las partes son limitadas y por lo tanto las relaciones se originan sólo entre esos sujetos pudiendo consignarse estipulaciones a favor de terceros. En cambio con motivo, de los legados entran en juego todos los sujetos a que antes hemos

hecho referencia y no sólo consisten en crear o transmitir derechos y obligaciones, como acontece con los contratos cuyo ámbito material es definido, sino también en modificarlos o extinguirlos tal como ocurre con los convenios en sentido estricto.

Coinciden los contratos con los legados en que ambos pueden operar transmisiones a título particular y nunca en nuestro derecho, transmisiones a título universal, pero difieren en cuanto a que en el contrato son transmisiones por actos entre vivos y en los legados por causa de muerte.

La complejidad de las relaciones hereditarias comprendiendo también en el término en que se originan por los legados ha quedado por consiguiente exhibida tanto en lo que se refiere a la pluralidad de sujetos, cuanto a la pluralidad de objetos directos e indirectos, permitiendo también las clásicas modalidades de términos (se exceptúan los herederos), condiciones y modos o cargas.

También son las posibilidades específicas de mancomunidad, solidaridad, individualidad y las que se refieren a las obligaciones alternativas conjuntivas y facultativas. Es decir, la sucesión testamentaria permite que el testador imponga esas modalidades al instituir herederos o legatarios.

Sólo en el derecho hereditario podemos combinar herederos, legatarios acreedores y deudores de la herencia, albaceas, interventores, acreedores y deudores personales de herederos y legatarios y en algunos casos terceros que con anteriores sujetos constituyen verdaderos cuerpos sistemáticos de relaciones jurídicas cuya complejidad puede ir en ascenso según partamos del tipo más simple entre dos de los sujetos relacionados o lleguemos en el orden progresivo de las combinaciones hasta integrar jurídicamente vínculos que abarquen todos los sujetos mencionados, persiguiendo cada uno su especial interés jurídico por la regulación que impone el derecho hereditario para definir la posición de todos y cada uno y sus posibilidades normativas de interferencia recíproca o de no interferencia, en una palabra cabe deslindar esas diversas esferas jurídicas en contacto regulando las posibilidades de intersección o de separación para que se den respectivamente

las facultades de interferencia legítima, de no interferencia y de repulsión o rechazo de toda invasión ilícita.

Elementos por los cuales está integrado el patrimonio hereditario.

A.- Se transmiten por herencia.

a) Todos los derechos reales de que era titular el autor, salvo aquellos que nacen de una desmembración de la propiedad que deba cesar a la muerte como el usufructo, el uso y la habitación cuya duración por ser vitalicios termina con el fallecimiento de su titular.

b) Todas las relaciones nacidas del derecho de crédito en su lado activo o sea de carácter de acreedor y en su lado pasivo o sea su carácter de deudor, siempre que no se extingan por la muerte. Aquí quedan incluidos los derechos de recibir una prestación y la obligación de pagarla ya que hubiesen nacido en cabeza y en vida del autor y que a su muerte, hubiesen quedado aun incumplidas no sería posible la seguridad de la vida social y jurídica si estos derechos y obligaciones por el sólo hecho de la muerte quedaran extinguidos.

c) La posesión que tenía el autor, aunque la posesión es un hecho da lugar a una relación jurídica entre el poseedor y las demás personas y además es causa de derechos para el poseedor tales como los interdictos, derecho a los frutos de la cosa, la posibilidad de percibir, etc. Así como los terceros estaban obligados a respetar esa posesión en vida del poseedor, lo están también con relación al heredero que ocupa un puesto.

d) Aquellas cuotas o primas que el autor de la sucesión, en vida hubiere acumulado, y que a modo de reintegro o devolución deban ser entregadas por la persona o institución que las hubiere recibido y cuya devolución o exigibilidad dependa del acontecimiento de la muerte del autor ya que estas fueron desembolsadas por el autor

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

sujetas a esa modalidad y ya formaban parte de su patrimonio. Podían considerarse incluidas en esta situación las devoluciones de ciertas cajas de ahorro y quizá las que hace el Infonavit de las cuotas que el autor (o su patrón en cumplimiento de la ley) había ido pagando a esta institución y que esta misma reintegra por no haber proporcionado casa al empleado.

e) Los bienes que le hubieren correspondido al autor de la herencia por la disolución de la sociedad conyugal si la hubiere, de modo que a título de dicha disolución, se aplicará lo que corresponda conforme a las capitulaciones matrimoniales, tanto al cónyuge supérstite como a la sucesión del cónyuge fallecido. Serán materia de la herencia del cónyuge fallecido, solamente los bienes o porciones de estos que le hubiere correspondido recibir y que ahora le corresponden a su sucesión por disolución de la sociedad conyugal.

Los bienes o porciones de los mismos que se aplican al cónyuge supérstite no los adquiere este a título de liquidación de la sociedad conyugal.

B. No se Transmite por Herencia.

A) Los derechos públicos como lo son los derechos humanos que garantiza la constitución en su capítulo de garantías individuales, ni el derecho al sufragio.

B) Los personalísimos ligados al titular por sus cualidades personales de parentesco, de confianza, cargo, como son los cargos de los derechos y deberes familiares (patria potestad, tutela y curatela) el derecho y deber de alimentos de carácter demandante y mandatario, el de comodatario y el de carácter de asociado de una asociación civil.

C) Los derechos patrimoniales de duración limitada a la vida de la persona tales como el usufructo, la pensión o renta vitalicia y la obligación cuyo cumplimiento no es fungible, por ser personalísima del obligado.

D) El importe de las prestaciones (pensiones, indemnizaciones, etc), que empiecen a causarse precisamente por la muerte del autor de la herencia, porque nacen por primera vez en cabeza del beneficiario aunque sea como efecto directo o indirecto de la muerte de una persona. Se adquieren directamente por el beneficiario y surgen con motivo de la muerte que es el evento que determina su nacimiento. Por tanto nunca formaron parte del patrimonio del fallecido, por lo que los acreedores hereditarios no tienen derecho sobre ellas.

### **3.4.- FORMAS DE LLAMAMIENTO DE LA SUCESION.**

Nuestro sistema legal en el Estado de Guanajuato, en cuanto a la apertura de la sucesión, esta contemplado en los siguientes preceptos:

- a) Artículo 2544 (C.C. Gto.), a la muerte del autor de la sucesión los herederos adquieren derecho a la masa hereditaria como un patrimonio común, mientras que no se hace la división.
- b) Artículo 2545 (C.C. Gto.), cada heredero puede disponer del derecho que tiene de la masa hereditaria, pero no puede disponer de las cosas que forman la sucesión.
- c) Artículo 2898 (C.C. Gto.), los efectos de la aceptación o repudiación de la herencia se retrotraen siempre al momento de la muerte de la persona a quien se hereda.
- d) En cuanto a los efectos de la apertura de la sucesión, el artículo 2903 (C.C. Gto.), nos dice que ninguno puede renunciar la sucesión de una persona viva, ni enajenar los derechos que eventualmente pueda tener para su herencia.
- e) Artículo 2547 (C.C. Gto.), el heredero o legatario no puede enajenar su parte en la herencia, sino después de la muerte de aquél a quien hereda.
- f) Los artículos siguientes reglamentan el importe derecho de tanto en la materia sucesoria.

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

Artículo 2548.- El heredero de parte de los bienes que quiera vender a un extraño su derecho hereditario, debe notificar a sus coherederos por medio de notario, judicialmente o por medio de dos testigos, las bases o condiciones en que se ha concertado la venta, a fin de que aquéllos, dentro del término de quince días hagan uso del derecho de tanto; si los herederos hacen uso de este derecho el vendedor está obligado a consumir la venta a su favor, conforme a las bases concertadas. Por el transcurso de los quince días se pierde el derecho del tanto.

Si la venta se hace omitiéndose la notificación prescrita en este artículo, los demás coherederos gozarán del derecho de retracto, en virtud del cual se subrogan, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en el lugar del que había adquirido dicha parte, reembolsándosele la cantidad que hubiese pagado y los gastos legales originados por la transmisión. El término para ejercer el retracto es de quince días contados a partir de la fecha en que el retrayente haya tenido conocimiento de la enajenación.

Artículo 2549.- Si dos o más coherederos quisieran hacer uso del derecho del tanto o del retracto en su caso, será preferido al que representa mayor porción en la herencia, y siendo iguales el designado por la suerte, salvo convenio en contrario se decidirá quien hace uso del derecho.

Artículo 2550.- Los derechos concedidos en el artículo 2548 cesan si la enajenación se hace a un coheredero.

Para el caso de ausencia, en el artículo 717, establece que cuando haya transcurrido dos años desde la declaración de ausencia, el juez a instancia de parte interesada, declarará la presunción de muerte, presentará el testamento del ausente al juez, dentro de los quince días contados de la última publicación de que hable el artículo 725. (art. 727 C.C. Gto.).

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

Es importante precisar el momento de la apertura de la herencia hay que recordar al efecto que aun debe señalarse lo establecido por el art. 122 Fracción VI (C.C. Gto.) la hora en que ocurrió la muerte, en efecto:

- a) Se determina así quienes son los que deben heredar.
- b) En el mismo momento comienza entre todos los coherederos el estado de indivisión, *communio incidens*.
- c) Se define si la herencia causa o no el impuesto, y conforme a qué ley.

“Se llama delación de la herencia al llamamiento efectivo del heredero, o sea la posibilidad concreta y actual que el llamado tiene de hacer propia la herencia. Desde el fallecimiento del autor, insiste de Gásperi, la herencia queda deferida, como si dijésemos que queda asignada al vocatus, convidado o llamado por el testamento o por la ley.”<sup>40</sup>

Para que alguno sea heredero de un causante, no basta que se produzca la apertura de la sucesión, esto es, que muera el causante, sino que la persona en cuestión debe ser llamada a la herencia de aquél, para ello debe existir un llamado fundamento de vocación, es decir, un supuesto de hecho de determinada clase, al cual la ley une la consecuencia de que la persona que se encuentra en la relación de hecho puede heredar del fallecido. Se distinguen ordinariamente dos clases de fundamentos de vocación: la ley de la disposición por causa de muerte. Ser llamado significa, por consiguiente, el supuesto de hecho ser heredero. la consecuencia jurídica de este supuesto de hecho.

El concepto de la sucesión de vocaciones, la delación de la herencia se verifica siguiendo una determinada serie de personas primeramente a las que ocupan el primer lugar de esta serie si estas no adquieren la herencia, se defiere a las que ocupan en segundo lugar, y así sucesivamente.

“Difiere actualmente la delación de la apertura de la sucesión y de la adquisición de la herencia en la apertura se toma en cuenta solamente el fenómeno de un

<sup>40</sup> De Gásperi, Derecho Hereditario, Pág 162.

patrimonio que deja de tener titular, en la adquisición subentra un titular, que acepta libremente, en lugar del primitivo en cambio la delación significa que hay un llamado por la ley o por el testamento una persona llamada que puede adquirir la herencia; crea un derecho a favor de aquel en quien recae la delación el llamado Jus Delationis: la alternativa, a favor de la persona llamada, de aceptar o de rechazar la herencia: esa facultad entra dentro del patrimonio de su titular, pudiendo ser transmitida de esta a otros, cuando no tenga carácter estrictamente personal.”<sup>41</sup>

En cuanto a la delación diremos:

- a) Los herederos pueden ser designados en un testamento, acto de fundamental importancia.
- b) El parentesco, el matrimonio el concubinato son supuestos especiales de la sucesión legítima que, combinados a la muerte operan la trasmisión a favor de ciertos parientes o personas.
- c) La capacidad de goce en los herederos y legatarios es esencial. La ley expresamente puede inhabilitar a un heredero o legatario por determinadas causas.

Después de haber comentado los anteriores párrafos, Rojina Villegas habla de la vocación y delación hereditarias y alude a la actuación del juez cuando fija edictos convocando a aquellos que creen con derecho a la herencia. Es sutil distinguir la delación de la adquisición en realidad ambos momentos se confunden cuando el llamado por la ley acepta, si no acepta, entonces habrá habido delación pero no adquisición, efectiva pues no la aceptación se retrotrae al momento de la muerte.

### **3.5.- FORMAS DE LOS TESTAMENTOS.**

El testamento es un acto jurídico unilateral, personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz transmite sus bienes, derechos y obligaciones que no se

<sup>41</sup> Ruggiero, instituciones de Derecho Civil pp. 985 y 986.

extinguen por la muerte a sus herederos o legatarios, o declara y cumple deberes para después de la misma.

Los elementos de esta definición son:

1°.- El testamento es un acto jurídico unilateral.

2°.- El personalísimo, revocable y libre.

3°.- Debe ser ejecutado por persona capaz.

4°.- Tiene por objeto la transmisión de bienes derechos y obligaciones que no se extingan por la muerte o declaración y cumplimiento de deberes.

En esta última parte se prevé su doble objeto, generalmente se piensa que por el testamento se transmiten únicamente bienes, derechos y obligaciones pero también puede tener por objeto la declaración y cumplimiento de deberes, como reconocer a un hijo, nombrar un tutor aunque nada se disponga respecto a los bienes o a pesar de que el testador no tenga bienes de ninguna clase.

El Código Civil define en los términos indicados, aunque no dice que sea un acto jurídico unilateral, sino simplemente que es un acto.

Naturalmente que se caracteriza como acto jurídico porque es una manifestación de voluntad que se hace con una intención de producir consecuencias de derecho, y es unilateral porque solo interviene una manifestación de voluntad. Los demás elementos si se reconocen en la definición del art. 2551 (C.C. Gto.).

En el estudio que haré del testamento tratare sucesivamente los elementos de la definición que hemos indicado.

2.- El testamento es un acto jurídico. Tiene importancia tratar del testamento como acto jurídico tanto para aplicar la teoría del mismo, cuanto para tratar de sus elementos esenciales y de validez; esto nos permitirá hacer un estudio de los testamentos validos nulos e inexistentes, precisando cuales son los elementos esenciales para su existencia y cuales son los elementos de validez que traen consigo la nulidad absoluta o relativa de este acto jurídico.

Como se recordara solo la definición del acto jurídico este es una manifestación de voluntad que se hace con la intención de producir consecuencias de derecho siempre y cuando la norma jurídica ampare esa manifestación de voluntad. De esta definición se desprenden los siguientes elementos: a) Una manifestación de voluntad, b) La intención de producir consecuencias de derecho; c) Que la norma jurídica sancione esa manifestación de voluntad; d) Que tenga un objeto o sea producir consecuencias de derecho.

En el primer elemento se caracteriza un acto volitivo, manifestación de voluntad. Es por consiguiente elemento esencial al acto jurídico ser un acto de voluntad pero no es un elemento específico y propio del acto jurídico pues existen infinidad de actos de voluntad que no son actos jurídicos. Solo los actos que produzcan consecuencias de derecho y que impliquen la intención de que se originen estas consecuencias, son actos jurídicos.

Hay actos voluntarios que producen consecuencias de derecho y que no son actos jurídicos, porque no tienen el segundo elemento, o sea la intención de que nazcan esas consecuencias, como ocurre en los hechos jurídicos voluntarios. El hecho jurídico se distingue fundamentalmente del acto, en que el primero no implica una manifestación de voluntad con intención de producir efectos de derecho. En el hecho jurídico puede haber la manifestación de voluntad o puede no existir esa manifestación es decir pueden haber hechos jurídicos voluntarios simplemente naturales, o sea, acontecimientos de la naturaleza a los que la ley atribuye efectos de derecho.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

En los hechos voluntarios existe el fenómeno volitivo, pero no la intención de producir consecuencias jurídicas, en el delito es un hecho jurídico. Es un fenómeno de voluntad en el que existe una intención pero no de producir consecuencias de derecho, sino de dañar a otro. En cambio en el acto jurídico la intención debe ser producir consecuencias jurídicas.

El delincuente no se propone que en virtud del acto que lleva a cabo se apliquen en una persona las consecuencias jurídicas de la pena y reparación del daño, la intención es otra causar perjuicio a un tercero.

En cambio en el acto jurídico además de ser un acto de voluntad, es necesario que su autor se proponga obtener determinadas consecuencias de derecho, el contratante se propone por ejemplo, transmitir el dominio en la compraventa y manifiesta su voluntad con la intención de que se transmita el dominio del vendedor al comprador, el testador se propone manifestar la voluntad con la intención de transmitir sus bienes a los herederos y legatarios y esta intención de transmitir los bienes a los mismos es reconocida por el derecho.

3.- El testamento es un acto personalísimo, revocable y libre. Hasta ahora hemos analizado el primer elemento en la definición del testamento como acto jurídico, veremos los demás:

He dicho que el testamento es un acto jurídico unilateral, personalísimo, revocable y libre por virtud del cual una persona dispone de sus bienes para después de su muerte, o declara y cumple deberes.

Se dice que el testamento es un acto personalísimo porque no puede desempeñarse por conducto de representante, la mayoría de los actos jurídicos se pueden ejecutar por medio de un representante y excepcionalmente algunos deben ser personales, es decir directamente el interesado debe ejecutarlos.

CON  
FALLA DE ORIGEN

En el testamento el carácter de personalísimo estriba en que el testador en persona es el que debe manifestar su voluntad, instituyendo herederos y legatarios asignando cantidades y distribuyendo bienes. No puede encomendarse a un tercero ni la designación de herederos y legatarios ni la asignación de bienes o cantidades, únicamente puede encomendarse a tercero la distribución de cantidades o bienes que hubiese dejado el testador para ciertas clases, como huérfanos ciegos, pobres, etcétera, fijando una cantidad global o un acervo de bienes. Como se trata de clases con número ilimitado de personas se encomienda al albacea, como ejecutor, o a un tercero como albacea especial, la distribución simplemente en ciertos bienes o cantidades que hubiese asignado el testador, o bien cuando el testador deja sus bienes a determinadas instituciones, generalmente de beneficencia, y encomienda a un tercero la elección de estas, o respecto de ciertos actos de beneficencia que deban realizarse.

En estos casos la intervención del tercero es secundaria. El testamento en su disposición fundamental es que instituir herederos y legatarios, al asignar determinado acervo, valor o cantidad, es ejecutado personalmente por el testador.

Además el testamento es un acto revocable, no puede el testador celebrar pacto o convenio por el cual renuncie a la facultad que tiene de revocar el testamento, pues tal pacto no sólo cuando implica renuncia, sino restricción o modificación, es inexistente por una imposibilidad jurídica.

Se dice que hay inexistencia por imposibilidad jurídica, cuando el acto no puede llevarse a cabo, porque una norma de derecho constituye un obstáculo insuperable para la realización del mismo, en este caso el pacto por el cual se renuncia a la facultad de modificar el testamento, esta en contra de una norma de derecho positivo que constituye un obstáculo insuperable para que ese acto llegue a tener ejecución. La norma dice que el testador puede, en cualquier momento, revocar su testamento, y no puede renunciar a esta facultad ni tampoco restringirla o modificarla. Todo pacto en este sentido es nulo, dice el Código Civil, hablando impropriamente de nulidad porque no se trata de un acto ilícito

ejecutado contra una ley, sino de un acto inexistente que ni siquiera llega a tener realización porque una norma jurídica de plano lo impide.

Como acto revocable el testador puede llevar a cabo la revocación en forma expresa o tácita, en forma expresa, declarando de plano que revoca el testamento o la modifica. En forma tácita haciendo un nuevo testamento, y este solo hecho implica la revocación del anterior, a no ser que el testador declare que subsiste con determinadas modificaciones.

Cuando el segundo testador que revoque al anterior caduca, porque los herederos o legatarios mueren antes que el testador no acepten la herencia, sean incapaces de heredar o no se cumplan las condiciones estipuladas no obstante esta caducidad, el segundo testamento revoca al anterior, y es que la caducidad en el caso no implica nulidad del segundo testamento, que es perfectamente válido sino una circunstancia posterior que no afecta al acto jurídico en ningún elemento de validez, impidiendo solo que surta efectos: por la muerte de los herederos, anterior a la del autor de la herencia, no obstante esta caducidad del segundo testamento, el primero queda sin efecto, por ser revocable el testamento el artículo 2552 del Código Civil de Guanajuato, dispone no pueden testar en el mismo acto dos o mas personas, ya en provecho recíproco, ya a favor de un tercero.

También es testamento es un acto libre no puede el testador obligarse por contrato o por convenio o no testar bajo ciertas condiciones o bien a transmitir por testamento solo parte de sus bienes y reservar otra parte para sus herederos legítimos cualquier pacto que en este sentido restrinja la facultad libre de testar o que implique renuncia de ella, es también inexistente por una imposibilidad jurídica, en virtud de que hay una norma en el derecho positivo que impide que el acto de renuncia o de restricción a la facultad de testar se lleve a cabo.

Estas características del testamento, además de estar reconocidas en la definición se reglamentan en artículos posteriores, en el capítulo denominado de la nulidad, revocación y caducidad de los testamentos, el 2551, dice que 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 la muerte.

En el Código anterior la definición del testamento era muy incompleta, no habla de estas características; pero posteriormente las reconocía en otros preceptos. Dice el artículo 3237 del Código del D.F. anterior, que el acto por el cuál una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o parte de ellos, se llama testamento.

Nos dice que sea personalísimo, revocable y libre y además restringe el objeto del testamento solo a la disposición de bienes, y ya hemos visto que el testamento tiene como objeto también declarar y cumplir deberes para después de la muerte y ejecutar ciertos actos jurídicos como reconocimiento de hijos, designación de tutor, etc.

No obstante en el Código de 1884 se reglamentan después las características mencionadas, en el vigente se establecen en los arts. 2748 a 2752 (C.C. Gto.).

4.- Los elementos esenciales del testamento; manifestación de voluntad si no hay manifestación de voluntad no hay testamento pero pueden entenderse en dos sentidos, falta absoluta de disposición testamentaria por cuanto que una persona manifieste haber hecho un testamento, y no se contenga en él ninguna disposición de las que la ley reconoce para este acto jurídico, de tal manera que solo tenga de testamento el nombre o bien puede no existir la manifestación de voluntad desde el punto de vista jurídico por tratarse de un enajenado mental privado totalmente de voluntad de un sujeto en completo estado de ebriedad o bien de un niño.

La manifestación de voluntad debe hacerse por el testador en forma clara y expresa, es decir no se acepta una manifestación de voluntad táctica que se pretenda deducir de hechos, ni tampoco puede el testador manifestar su voluntad mediante señas o monosílabos contestando a las preguntas que se le hagan. En tanto que en otros actos jurídicos en el contrato por ejemplo, puede existir una manifestación de voluntad expresa o táctica, en cambio en el testamento, no puede aceptarse ninguna manifestación táctica de

voluntad que se infiera de ciertos actos o bien de señas o respuestas a preguntas que se hagan al testador cuando se encuentra imposibilitado para declarar claramente su voluntad. (art. 1489).

5.- Interpretación.- Con relación a este primer elemento, el Código fija reglas para definir la interpretación y el alcance que debe darse a la manifestación expresa de la voluntad del testador. A pesar de que se exige que en todo testamento se manifieste en una forma clara y expresa la voluntad del testador pueden presentarse problemas de interpretación que la ley resuelve fijando normas generales.

Cuando del texto claro del testamento se desprenda en una forma también manifiesta la intención del testador, no existe problema de interpretación, es decir coinciden la letra con la intención en la manifestación de la voluntad, el problema se presenta cuando el texto resulta distinto o contrario a la voluntad del testador que se desprende del contenido total del mismo testamento, es decir cuando se emplean palabras que inducen a error o duda y que aparecen contrarias con lo que el testador a querido significar, según se infiere de todo el texto del mismo documento, en este caso se cita como regla de interpretación la misma que se admite para los contratos en el Código vigente, debe prevalecer la intención sobre el texto del documento, nuestra legislación ha elegido entre la interpretación objetiva y la subjetiva, es decir entre la voluntad declarada y la interna, y acepta a esta última prefiere interpretar un contrato o un testamento según la intención que se revela o se manifieste a través de todo el acto y no lleva a cabo una interpretación simplemente objetiva, sujetándose a los términos literales de un testamento o contrato.

Además de esta regla general de interpretación, se contienen en el Código disposiciones especiales en los casos en los que el testador designa a varias personas individualmente y a otras colectivamente, por ejemplo cuando designa como herederos a Pedro y Pablo y a los hijos de Francisco en este caso la ley presume que los nombrados colectivamente deben considerarse como individualmente designados, es decir que a los hijos de Francisco se les asignará una parte igual que a Pedro y Pablo y no se comprendiera que el testador quiso señalar tres partes, la de Pedro, la de Pablo y la de los hijos de

**Francisco pero si en el testamento existen elementos para juzgar que ha sido otra voluntad del testador, entonces aplicando la primera regla, se estará a la voluntad de este.**

**Otra regla dice que cuando el testador designe a una persona y a sus hijos se entenderá que hace una institución simultánea y no sucesiva, es decir, todos quedarán nombrados herederos al mismo tiempo y por partes iguales.**

**Cuando el testador instituye a sus hermanos y a sus medios hermanos se presume que los hermanos heredarán doble que los medios hermanos.**

**A través de todas estas disposiciones contenidas en los artículos 2558 (C.C. Gto.), que fija la regla general y 2639 a 2646 (C.C. Gto.), debe interpretarse un testamento y queda reglamentado el primer elemento esencial en todo acto jurídico la manifestación de la voluntad.**

**6.- El segundo elemento esencial en el acto jurídico consiste en el objeto para el testamento hemos dicho que el objeto puede consistir en la institución de herederos y legatarios o en la declaración y cumplimiento de ciertos deberes o ejecución de determinados actos jurídicos. Por consiguiente el testamento tiene un objeto variado, diverso, no es menester que se reúnan estos distintos aspectos del objeto en el testamento, basta con que exista alguno de ellos para que haya testamento, es decir el testamento existe por la simple institución de herederos o legatarios o bien puede faltar ésta, si el testador ejecuta otros actos jurídicos, como reconocimiento de hijos designación de tutor o finalmente puede existir el testamento para el reconocimiento de ciertos deberes a efecto de que se ejecuten después de su muerte.**

**A pesar de esta naturaleza compleja en el objeto del testamento, la ley regula el objeto principal, o sea la institución de herederos o legatarios. Normalmente se supone que todo testamento tiene disposición de bienes y, por consiguiente, institución de herederos o legatarios, tomando en cuenta que esa es la situación de un testamento regular, el legislador reglamenta este elemento a través de su manifestación principal, pero admite**

la posibilidad de que el objeto en el testamento puede ser diverso y que exista a pesar de que no haya institución de herederos o legatario.

En todo testamento la manifestación de voluntad debe ser expresa y nunca táctica. No es válido el testamento si el testador manifiesta su voluntad contestando por medio de monosílabos a preguntas que se le hagan o bien respondiendo por señas, en otros actos jurídicos se acepta la manifestación de voluntad táctica que se desprende de hechos que necesariamente hacen presumirla. Por ejemplo en los contratos puede formarse el consentimiento como acuerdo de voluntades derivado en forma táctica de la conducta de las partes sin que se exprese en forma oral. Existen contratos que por costumbre se ejecutan sin hablar. Las ventas pequeñas en las que se toma la cosa y se paga u otros actos en los que se deduce en forma evidente la voluntad de las partes, permiten su otorgamiento por manifestación táctica del consentimiento.

Para el testamento existe disposición especial que requiere para su validez que el autor de la herencia exprese su voluntad, esta voluntad puede expresarla en forma verbal, solo en determinados casos y circunstancias muy especiales o bien en forma escrita y dentro de esta se admite el testamento privado también en casos y circunstancias excepcionales.

Clasificación de los testamentos en atención a su forma.- En cuanto a su forma, en el código vigente se distinguen dos clases de testamentos: Ordinarios y especiales.

Los ordinarios son el público abierto, el público cerrado y el ológrafo.

Testamentos especiales son aquellos que se hacen tomando en cuenta determinadas circunstancias y solo en atención a las mismas se permite recurrir a esa forma privilegiada, no siendo eficaz en los casos ordinarios, estas circunstancias especiales las indicaremos después.

TECIS CON  
FALLA DE ORIGEN

Los testamentos especiales son: el privado, el militar, el marítimo y el hecho en país extranjero.

La sola enumeración de estas diversas denominaciones demuestra que el testamento especial obedece a circunstancias determinadas relativas a la persona del testador o al lugar en que se encuentre.

El testamento privado por ejemplo, se admite siempre que haya imposibilidad de testar en forma ordinaria, o sea por el testamento público abierto, cerrado u ológrafo; esta imposibilidad puede deberse a enfermedad del testador, grave y urgente que impida la concurrencia del notario a la falta de notario en la población, o la imposibilidad de que concurra por algún hecho, en los casos por ejemplo, de epidemia, sitio etc.

El testamento militar obedece a la circunstancia especial de que el militar o el asimilado al ejército entre su campaña, peligrar su vida, o se encuentre herido en el campo de batalla.

El testamento marítimo obedece al hecho de encontrarse el testador en alta mar, solo es válido si muere el testador o no hace testamento una vez que haya desembarcado en lugar en que pueda otorgarlo dentro del término de un mes.

El testamento hecho en país extranjero tiene por objeto permitir a los mexicanos y a los que tengan bienes en la República, que puedan sujetarse a las formalidades de la ley mexicana al hacer su testamento, compareciendo ante los funcionarios consulares que tienen, además, atribuciones notariales.

En el Código Civil para el D.F., anterior no hacía la distinción indicada de testamentos ordinarios y especiales, sino que se distinguían los testamentos solemnes y los privados. Testamentos solemnes eran aquellos en los que se exigían determinadas formalidades con la intervención de notario y testamentos privados eran aquellos que

podían ejecutarse tomando en cuenta las circunstancias especiales del testador o el lugar en que hacía el testamento, para evitar la intervención notarial.

En la legislación anterior se hacía subdivisión a su vez, en los testamentos según fueran solemnes o privados. Los solemnes comprendían el testamento público cerrado, los testamentos privados eran: el privado, el marítimo, el militar y el hecho en país extranjero. En otras palabras el Código vigente solo agrega una categoría, la del testamento ológrafo y hace una nueva clasificación. Agrupa bajo el nombre de testamentos ordinarios al público abierto, al público cerrado y al ológrafo que introduce, y bajo el nombre de testamentos especiales a los que ya reconocía la legislación anterior.

Desde otro punto de vista se clasifican también los testamentos en abiertos y cerrados.

Testamentos abiertos son aquellos en los que el testador declara en presencia del notario y testigos o simplemente ante estos, su voluntad. Puede el testamento abierto redactarse por el notario, por los testigos o por el mismo testador, según los casos, no quiere decir esto que en toda clase de testamento abierto, cualquiera de esas personas pueda redactarlo según las clases de testamentos abiertos que pueden presentarse, la redacción se podrá ejecutar o no por las personas que intervengan para autorizar el acto. Lo esencial es la declaración de voluntad en presencia de esas personas que conocen y testifican sobre esa declaración. En cambio el testamento cerrado se caracteriza por ser desconocido por las personas que concurren a autorizar el acto, bien sea notario o testigos, se encuentra redactado previamente por el testador o bien por otra persona a su ruego, y se entrega en un sobre cerrado. El testamento cerrado, puede ser público cerrado, ológrafo y en ciertos casos el hecho en país extranjero.

Se estatuyen ciertas formalidades generales para todos los testamentos y especiales para cada categoría o clase de testamento.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

Las formalidades generales para todos los testamentos, dichas formalidades son las siguientes:

1.- Continuidad en el acto, es decir no haya interrupción en la práctica de las formas exigidas, según se trate de testamentos ordinarios o especiales. No puede por consiguiente, llevarse a cabo cualquier testamento interrumpido el acto para continuarlo en la misma fecha o en otra distinta de la que fue indicado.

2.- Presencia de testigos. Cualquiera que sea el testamento, ordinario o especial se hará ante testigos, para algunos testamentos se exige la intervención del notario, pero este ya será un requisito especial.

Los testigos que deben concurrir para cualquier clase de testamentos deben cumplir a su vez con ciertas condiciones exigidas. En forma general, no pueden ser testigos los amanuenses del notario, los menores de dieciséis años, los enajenados, los que hayan sido declarados reos por el delito de falsedad, los sordos, los ciegos o mudos, los herederos o legatarios o los parientes por línea recta o colateral de estos herederos, es decir, ascendientes, descendientes, hermanos incluyéndose también al cónyuge. Si concurren como testigos los herederos, legatarios o sus parientes, no se nulifica el testamento en general, pero si la disposición que favorezca a estas personas. En el Código Civil anterior se exigía la mayoría de edad para poder ser testigo de testamento y se incapacitaba a las mujeres para desempeñar esta función: se consideraba que era una función pública que solo podía ser ejecutada por los varones mayores de edad.

3.- Identidad del testador y su capacidad que debe ser conocida y apreciada por los testigos, o bien por el notario y testigos. En todo testamento, sea ordinario o especial, es necesario que se declare o certifique sobre la identidad del testador manifestando los testigos conocerlo y además que se encuentra en su cabal juicio y libre de toda coacción. Sin embargo este requisito general, esta formalidad no origina siempre la nulidad del testamento, si no se hace esa certificación respecto a identidad capacidad o libertad por cuanto que no haya coacción, puede probarse posteriormente la identidad del

testador, pero si no se llega a justificar, no produce ningún efecto el testamento otorgado, ante la incertidumbre de quien fue la persona que testo.

Además de estas formalidades generales para el otorgamiento de testamentos, se exige un conjunto de requisitos en su redacción, evitando que haya hojas en blanco, abreviaturas, que se borren palabras o que se corrijan en forma que induzca a duda, estos requisitos están sancionados imponiéndose multas a todos aquellos que intervengan en la redacción de los testamentos, especialmente a los notarios.

Para el caso en que el testamento se haga en idioma extranjero, se exige como formalidad general la presencia de testigos que hablen el idioma del testador y después la intervención de dos intérpretes para llevar a cabo la traducción.

4.- Testamento público abierto.- es un testamento ordinario y formal en el cual el testador manifiesta claramente su voluntad ante notario y tres testigos y el notario redacta por escrito esa manifestación sujetándose estrictamente al tenor de ella, una vez hecha la redacción, dará lectura al testamento si el testador da su conformidad, será firmado por este, el notario y los testigos.

A propósito del requisito exigido para el testamento público abierto de que el notario la redacte por escrito, surgió una controversia que fue resuelta por la Suprema Corte de Justicia, interpretando que redactar por escrito no quiere decir que el notario escriba el testamento, puede simplemente dictarlo a un amanuense y cumple con esta formalidad exigida por la ley.

Además de este requisito, de señalar el lugar, la fecha y la hora en todo testamento público abierto, el notario debe cumplir con la formalidad general que hemos enunciado, certificando sobre la identidad del testador, y su capacidad, es decir que se encuentra en pleno juicio y que esta libre de toda coacción (art. 2760 C.C. Gto.).

Respecto a los testigos que deben intervenir en el testamento, se observaran las prohibiciones que hemos enunciado para los testigos en general y que estatuye el art. 2758 (C.C. Gto.). En seguida se regulan en el Código una serie de detalles para el caso en que el testador no pueda firmar o sepa firmar será preciso entonces un nuevo testigo autorice el acto y por imposibilidad absoluta, se permitirá que lo haga uno de los amanuenses del notario.

Se reglamenta también el testamento público abierto cuando se otorga por un sordo mudo. En este caso manifestara su voluntad, el notario redactara por escrito el testamento y lo leerá el testador, y si no sabe leer, designará persona de su confianza que lea el testamento para determinar si el notario interpretó fielmente su voluntad.

Cuando el testamento público abierto es hecho por un ciego, se dará doble lectura del testamento, una por el notario y otra por persona que determine el testador.

Cuando el testamento público abierto es otorgado por quien no hable español, será necesaria la presencia de dos interpretes y los testigos deberán hablar el idioma del testador, este redactará su testamento por escrito, y si no supiere o no pudiere escribir, declarará su voluntad a los interpretes, quienes escribirán el testamento que dicte aquél y harán la traducción al castellano; esta se asentará en el protocolo del notario, mandándose agregar al apéndice correspondiente a dicho protocolo, el documento privado en que se encuentre redactado el testamento, que deberá ser firmado por el testador en su caso.

La forma es documento público es la mas antigua conocida, en nuestro antiguo derecho en las regiones de derecho escrito se empleaba especialmente el testamento nuncupativo, o sea la declaración oral hecha en presencia de siete testigos, pero por costumbre se utilizaba a un notario para redactar un escrito, de este modo se había convertido el testamento privado en testamento público. En las regiones de costumbres (coutumes), se empleaba el mismo método más simplificado aun el testamento se otorgaba por ante dos notarios o un notario y dos testigos o ante un cura o un vicario general, asistido

de tres testigos. La ordenanza de 1735 (art. 23) consagro las normas de las costumbres conservando solamente a los notarios y a los testigos. El Código Civil (de 1804 y 1807) mantuvo este sistema agravándolo el testamento ha de otorgarse ante dos notarios, a presencia de dos testigos, o por un notario a presencia de cuatro testigos.

La edición de 1816 expresa que el testamento público es aquel que se otorga por ante dos notarios a presencia de cuatro testigos, se ha omitido un inciso de la frase pero la primera edición es la que vale, siendo procedente de la ley del 30 ventoso del año XI.

El testamento auténtico presenta ciertas ventajas sobre el ológrafo en primer lugar, esta al alcance de todos aquellos que no saben o no pueden escribir, por ejemplo los heridos, los moribundos, además su fuerza probatoria es la de todos los documentos auténticos, y en este sentido, es superior a la del ológrafo.

Pero por otras razones, el testamento notarial no puede compararse el ológrafo. El testador forzosamente ha de revelar sus disposiciones, no solamente al notario, sino también a los testigos, requiere el cumplimiento de tantas formalidades y condiciones, que las anulaciones son frecuentes, con los consiguientes perjuicios para los notarios responsables.

“De este modo se comprende que no obstante una copiosa jurisprudencia producto de los numerosos casos de nulidad planteados, el testamento notarial tenga poca importancia práctica, los testadores no gustan de recurrir a el temor a las posibles indiscreciones, y los notarios tratan en lo posible de disuadir a sus clientes a fin de no arriesgarse ellos; prefieren redactar una minuta de testamento ológrafo habrá de copiar y depositar después en poder del notario mismo. Este procedimiento, si el testador sabe escribir, concilia todos los intereses y hace casi inútil el testamento notarial, que apenas se emplea fuera de los casos de imposibilidad absoluta de redactar el testamento ológrafo.”<sup>42</sup>

<sup>42</sup> Planíol y Ripert, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, traducción de Mario Díaz Cruz Habana 1935, T. V. págs. 278 y 579.

5.- Testamento público cerrado. Es aquel el cual el testador hace sus disposiciones en un documento privado, que guarda en un sobre cerrado y que es escrito por el mismo testador o por otra persona a su ruego, firmando al calce y rubricando todas las hojas y si no sabe o puede firmar lo hará otro a solicitud suya, arts. 2776 a 2781 del Código Civil de nuestro Estado. En este testamento interviene el notario y testigos pero solo para hacer constar en la cubierta del sobre que lo contiene, la declaración del testador, en presencia de los testigos de que en dicho sobre se encuentra un pliego que contiene su testamento tanto el testador como los testigos, de que en dicho sobre se encuentra un pliego que contiene su testamento, tanto el testador como los testigos y el notario deberán firmar en la cubierta y este último pondrá su sello.

Una vez que el notario tenga conocimiento de que ha muerto el que otorgo un testamento público cerrado, comunicara este hecho al juez y le remitirá el sobre en que se contenga el testamento. El juez citará al notario y a los testigos que hayan intervenido para que den fe de que el sobre se encuentra en las mismas condiciones en que fue entregado por el testador, que no ha sido alterado o abierto, y también para que reconozcan sus firmas, si no fuere posible citar a todos los testigos por estar ausentes o por haber muerto alguno de ellos, la audiencia se llevará a cabo con los testigos presentes y con el notario y a falta del notario el juez deberá recibir información testimonial para las personas que conozcan las firmas de aquellos que intervinieron como testigos y del notario, declaren si en su concepto esas firmas son auténticas y si las personas mencionadas se encontraban en el lugar y en la fecha en que se refiera la constancia que aparezca en la cubierta del testamento cerrado, después de cumplir estas formalidades y una vez demostrada la autenticidad del sobre, porque no haya sido abierto o en alguna forma violado, el juez lo abrirá y mandará protocolizar el testamento.

“Testamento místico cerrado es aquel que redactado por el testador bajo su dirección personal, se presenta cerrado y sellado a un notario, quien levantará acta del testamento suscribiéndola a continuación, es una combinación de testamento ológrafo y del testamento por documento público o abierto.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

El testamento ofrece las ventajas del ológrafo y del notarial toda persona que sepa escribir puede redactar por si sola su testamento, que será tan secreto como los testamentos ológrafos. Y aún en los que no supieren escribir, siempre que supieren leer, encontrarán en estos testamentos cierta ventaja, con solo obtener el auxilio de un amigo fiel, a quien privadamente, le dicten el testamento por otra parte se evita la inseguridad de los ológrafos, la intervención del notario afirma ante todo el mundo la existencia de un testamento y frecuentemente el mismo notario se encargará de su conservación por tanto esta forma de testamento presenta todas las ventajas y debiera en la práctica ser más usado, lo que no sucede es en cambio, la forma empleada, el testamento cerrado requiere tal serie de complicadas formalidades, que atemoriza a los testadores por esas formalidades son frecuentes los casos de nulidad y la abundancia de jurisprudencia en relación con el reducido número de esos testamentos demuestra que en esta materia son frecuentes los litigios. Por otra parte en nuestra época un tanto escéptica se sonríe ante esas formalidades misteriosas que rodean el testamento, cuyas disposiciones, o muchas de las cuales, se dice son desconocidas por todo el mundo en fin hay un modo de lograr aproximadamente los mismos resultados, y que consiste en redactar un testamento ológrafo y depositarlo en poder de un notario.”<sup>43</sup>

6.- Testamento ológrafo. El testamento ológrafo que reconoce el Código Civil vigente, considerado como testamento ordinario, es el escrito por el testador de su puño y letra, siempre y cuando sea mayor de edad y sepa naturalmente, leer y escribir este testamento debe otorgarse por duplicado y guardarse en un sobre cerrado cada uno de los ejemplares, se presentará ante el director del Registro Público de la Propiedad y se manifestará ante dicho director y en presencia de testigos que en ese sobre se contiene el testamento. Debe comparecer directamente el testador y hacer esa manifestación. El director del Registro Público exigirá que se compruebe la identidad del testador, también certificará que se encuentra en su cabal juicio y libre de toda coacción, una vez cumplidos estos requisitos hará constar que uno de los sobres contiene un pliego según declaración del interesado, en el cual se encuentra manifestada su última voluntad, quedando depositado

<sup>43</sup> Ob. Cit. Planniol y Ripert, Págs. 610 y 611.

ante el citado director el otro sobre hará constar este último que se entrega al testador y que contiene una copia del testamento según manifestación de este, deben firmar la constancia el director del Registro Público y dos testigos. El otro sobre que se entrega al testador podrá conservarse o depositarlo en el archivo judicial. Para el caso de depósito en el archivo judicial se levantará la constancia de entrega del sobre y se entregará al testador una copia certificada por el director del archivo de esa razón el testador puede en cualquier momento retirar del Registro Público y del Archivo Judicial, el testamento ológrafo o por medio de apoderado especial que nombre. Cuando se retire un testamento ológrafo se debe tomar razón tanto por el director del registro Público en el libro correspondiente, como en los casos en que se haya depositado en el archivo judicial.

Tomando en cuenta esta nueva forma de testamento se prescribe, para radicar un intestado como obligación del juez, la de pedir informe al Registro Público de la Propiedad para saber si el autor de la sucesión otorgó o no testamento ológrafo y además se impone al director la obligación de informar al juez, en el caso de que conozca la muerte del que ha otorgado un testamento ológrafo también las personas que tengan conocimiento de este hecho, están obligadas a informar al juez.

Testamento ológrafo es aquel escrito totalmente, fechado y firmado por la mano del testador (art. 2805 C.C. Gto.).

Este testamento es de origen romano, en nuestro antiguo derecho, en las regiones de derecho escrito no se conocía en términos generales en cambio era muy usado en las regiones de derecho consuetudinario que lo habían tomado del derecho germánico la ordenanza de 1735 (artículo 19) había respetado esa variedad de usos el Código Civil hizo extensivo a toda Francia el testamento ológrafo.

En la forma ológrafa no deja de ofrecer inconvenientes, con ella es más fácil la sugestión, la capacitación de voluntad y la destrucción del mismo testamento, propicia falsificaciones que los peritos están muy lejos de descubrir de modo terminante. Sin embargo ofrece gran comodidad, especialmente para las personas enfermas, que no siempre

siempre tienen a su disposición tiempo, o medios para procurarse un notario y las personas indecisas o tímidas, que gustan de leer y volver a leer sus disposiciones antes de considerarlas definitivas. Los perjuicios han desaparecido y el testamento ológrafo, por fin ha pasado completamente a ser de uso diario.

Es la forma más sencilla para testar, ya que basta con saber escribir y es el mejor modo de mantener secretas las disposiciones de última voluntad, en cuanto a los riesgos de pérdida o destrucción, la práctica los ha suprimido, con el depósito de los testamentos en poder de un notario.

7.- El testamento Privado. El testamento privado puede ser escrito u oral, en ambos casos es válido, pero para que se acepte la manifestación verbal se requiere que haya una imposibilidad absoluta del testador o de los testigos redacten por escrito las cláusulas del testamento. El testamento privado se autoriza solo en los casos que exista imposibilidad de otorgar testamento ordinario, es decir público abierto, público cerrado u ológrafo, en estos casos de imposibilidad se refieren a enfermedad grave, o cuando no exista en la población notario o juez que actúe con funciones notariales, o bien que haya imposibilidad de que concurran al otorgamiento del testamento, bien sea por la urgencia del caso o por las circunstancias que imposibiliten su presencia, fuerza mayor, enfermedad, epidemia, etc para que sea válido el testamento privado, es indispensable que el testador, sino pudo otorgar un testamento ordinario, por la gravedad de su enfermedad o por las causas antes indicadas, este después también imposibilitado de hacerlo, porque muera en virtud de la enfermedad o bien fallezca dentro del mes siguiente al otorgamiento del testamento.

El testamento privado debe ser redactado por el testador, escrito por este, o bien si no sabe o no puede escribir, por uno de los testigos que concurran.

Deben ser cinco testigos idóneos, es decir con todos los requisitos idóneos, es decir con todos los requisitos que hemos indicado para ser testigo, de testamento. Si los testigos no saben o no pueden escribir o por la urgencia del caso es imposible hacer la redacción antes de que muera el testador, valdrá la simple manifestación verbal, pero para

ello se requiere que los testigos declaren de ciencia cierta sobre las siguientes circunstancias.

1.- Lugar, día y hora en que se otorgó el testamento.

2.- La causa por la que no fue posible hacer el testamento por escrito.

3.- La enfermedad o causa que impidió al testador otorgar testamento ordinario.

4.- Si el testador murió de la enfermedad que padecía y en que fecha.

5.- Si el testador se encontraba en pleno juicio y si manifestó claramente su voluntad, en este caso los testigos dirán los términos más o menos textuales de la declaración de voluntad que hizo el autor de la herencia.

6.- Que el testador no se encontraba sujeto a ninguna coacción artículo 2829 mismo ordenamiento.

La sentencia pronunciada por la Segunda Sala del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal el catorce de diciembre de mil novecientos cincuenta y siete en el toca 162/56 formado con motivo del recurso de apelación interpuesto por el C. Agente del Ministerio Público en contra de la resolución dictada el quince de octubre de mil novecientos cincuenta y cinco por el C. Juez Quinto de lo Civil la capital de la República en las diligencias sobre declaración de ser válido un testamento privado del señor Antonio Stedile Borgo.

“El testamento privado, como forma excepcional, es admitido por el legislador siempre que haya verdadera imposibilidad de testar en la forma ordinaria imposibilidad que puede tener su origen en la enfermedad del testador de carácter grave, en la urgencia que impida la concurrencia ante el notario, en el caso de que no exista notario

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

en la población o en la imposibilidad de que concurra por algún hecho calificado de fortuito o fuerza mayor. Esta especie de testamento existía ya en las agrupaciones formadas por el Código de 1884 y aparece también en la legislación española en la que se habla, principalmente, de su forma más conocida, esto es del testamento nuncupativo, en el artículo 572, fundamentalmente similar al artículo 3535 del 1884 y el 1656 del Código Civil para el Distrito Federal, conserva esta especie de testamento que puede llamarse rigurosamente nuncupativo, solo para casos de absoluta necesidad en los que al cesar esta, también terminan los justificantes, por lo que el precepto habla de cuando el testador se encuentre en peligro inminente que haga temer la muerte sin testamento, acabado el cual o transcurrido un cierto plazo sin que acaezca la defunción, pierde su razón de ser dicho testamento.”<sup>44</sup>

“En verdad que la doctrina romana de los actos mortis causa, la nuncupatio tiene especial importancia al extremo de dar su nombre de las más antiguas formas de testar, pero además de que en aquel sistema jurídico el nombramiento público (nuncupar) obedecía a la facilidad de designar y confirmar en conjunto lo escrito detalladamente en las tablas del testamento, ya en el testamento pretorio se redujo a una declaración solemne de que el documento presentado por el testador contenía su última voluntad”<sup>45</sup> “por ello el testamento nuncupativo quedo convertido en testamento abierto para distinguirlo del testamento cerrado en que se hizo costumbre expresar la última voluntad, por lo tanto en realidad el clásico testamento nuncupativo ya no se reconoce en la legislación mexicana y en la forma verbal a que se refiere el artículo 1501 del Código Civil corresponde al testamento excepcional que consiste en probar con testigos el otorgamiento de esta libertad que no por ello deja de revestir la indispensable solemnidad.”<sup>46</sup>

“Entre los testamentos especiales que deben ser otorgados, dentro de las garantías adecuadas a la auténtica expresión de la última voluntad de cualquier persona, la fracción I del artículo 1565 del propio cuerpo de leyes, regula el testamento privado para el

<sup>44</sup> Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español. Florencio García Goyena explica, tomo II, pags. 27.

<sup>45</sup> R. Sohm, Instituciones de Derecho Romano, pág. 541.

<sup>46</sup> Ignacio de Caso Romero, Francisco Cervera y Jiménez Alfaro, Diccionario de Derecho Privado, pág. 2780.

caso en que el testador es atacado de una enfermedad tan violenta y grave que no de tiempo para que concurra notario al hacer el testamento".<sup>47</sup>

De lo anterior se desprende que la primera cuestión a resolver en la especie estriba en determinar si el documento exhibido es cabalmente, un testamento especial que se hizo en circunstancias que sólo permitieron recurrir a la forma privilegiada del testamento privado, por no haber sido posible otorgarlo en los términos ordinarios, esto es si el documento, presentado provino de un caso de imposibilidad de testar por medio de testamento público abierto, cerrado u ológrafo. Precisamente por las condiciones en que se otorga el testamento privado, es menester hacer aplicación de las reglas que atañen a la prueba documental y a la prueba testimonial. Como no todo escrito constituye una prueba documental, por documento entiende la doctrina la declaración consciente, personal, escrita e irreductible oralmente, destinada a dar fe de los hechos declarados por ser el documento una prueba personal y no real, es preciso que se de conscientemente de manera que no basta que el escrito contenga una declaración, sino que es necesario que se presente como testificación destinada a hacer fe de los hechos atestados. Como caso opuesto, el documento falsificado no alcanza sino la naturaleza de prueba material.

Por otra parte el término de irreductible oralmente alude a la circunstancia de que el documento es una prueba que aunque personal, tiene vida propia, se valúa y considera independientemente de la persona que la ha escrito, en este sentido se habla de prueba completa por cuanto no necesita la reproducción verbal. Pero el testamento privado exige la presencia y colaboración de los testigos, por ello se habla del testimonio, doctrinariamente, como prueba específica, cuando se refiere al atestado personal, no separable del testigo que lo ha dado, y en cuya naturaleza específica como prueba esta determinada por la presencia real o posible del testigo en el juicio es decir, "testimonio escrito, y no documento, en el sentido jurídico es aquel que puede ser oralmente reproducido ante el juez del debate".<sup>48</sup>

<sup>47</sup> De Ibarrola Antonio, cosas y sucesiones págs. 353 - 368.

<sup>48</sup> S. Moreno Cora, tratado de pruebas judiciales, págs. 244 y 246.

“Como los testigos intervienen en la formación del testamento, la doctrina los ha clasificado como instrumentales testamentarios, en cuanto sirven para verificar un acto jurídico y tienen la calidad de requisitos necesarios para la validez del mismo, al asistir al otorgamiento del testamento, bajo pena de nulidad del mismo.”<sup>49</sup>

“La intervención de los testigos en la formación de este documento privado que incluye un atestado personal es propiamente un requisito de existencia del testamento, por cuanto si no hay escrito, no hay testamento”<sup>50</sup>. “Es verdad que el artículo 2823 (C.C Gto.), autoriza el testamento verbal pero como en este juicio se trata de un testamento privado escrito, solo debe analizarse la naturaleza de este último que no por revestir forma diversa a la de los testamentos ordinarios, puede carecer de las formalidades generales que son la continuidad en el acto, la presencia de los testigos, la identidad del testador y su capacidad que deben ser conocidas y apreciadas por los testigos, así como de los requisitos de redacción y sobre todo de las condiciones atinentes a la excepcionalidad del caso”<sup>51</sup>. Desde luego el testamento privado debe ser redactado por el testador y escrito por este, de modo cuando no sabe o no puede escribir podrá hacerlo a ruego suyo uno de los testigos.

“Además todos los testigos deben ser idóneos y cumplir los requisitos generales debiendo estar capacitados, para declarar de ciencia cierta, el lugar día y hora en que se otorgo el testamento escrito, la enfermedad o causa que impidió al testador otorgar testamento ordinario, si el testador murió de la enfermedad que padecía y en que fecha, si el testador se encontraba en pleno juicio y manifestó claramente su voluntad, caso en que los testigos dirán los términos más o menos textuales de la declaración de voluntad que hizo el autor de la herencia y que el testador no se encontraba sujeto a ninguna coacción”.<sup>52</sup>

8.- Testamento Militar.- El testamento militar es un testamento especial que se permite solo en casos en que el militar o el asimilado al ejército entra en campaña o

<sup>49</sup> Pallares Eduardo, Diccionario del Derecho Procesal Civil, págs. 650 y 651.

<sup>50</sup> F. Laurent, Derecho Civil Francés, tomo XIII, p. 114

<sup>51</sup> Rojina Villegas, Ob. Cit., 321.

<sup>52</sup> Rojina Villegas, ob. Cit., pág. 333, al comentar el artículo 1574 del Código Civil del D.F.

resultas herido en el campo de batalla. También este testamento especial se acepta para los prisioneros de guerra. Puede otorgarse en forma verbal o escrita, ante dos testigos. Puede el testador, en el momento de encontrarse herido en el campo de batalla, entregar su testamento escrito y firmado de su puño y letra o bien al entrar en batalla. Si no tiene testamento escrito y por la urgencia del caso no es posible que el testador o los testigos lo escriban, es suficiente la manifestación verbal que lleve a cabo en presencia de dos testigos que deben concurrir siempre en esta clase de testamentos.

En el caso en que únicamente exista declaración verbal, los testigos informarán al jefe de este de parte al Secretario de la Defensa Nacional y a su vez este denuncie el caso al juez competente. El juez citará a los testigos para que en caso del testamento privado cuando se otorga oralmente, declaren de ciencia cierta sobre los siguientes hechos;

- 1.- Lugar, día, hora, mes y año en que se otorga el testamento verbal.
- 2.- Haber conocido al testador, así como haberlo identificado y reconocido en el acto en que se hizo el testamento.
- 3.- Indicarán el tenor de la disposición testamentaria, en este caso informarán al juez sobre las palabras y deseos del testador.
- 4.- Declararán si el testador se encontraba en su pleno juicio y libre de coacción.
- 5.- Indicarán la causa por la cual no pudo haber testamento por escrito.
- 6.- Si el testador murió de la enfermedad o en el peligro en que se hallaba.

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

Después de haber recibido declaración sobre todos estos hechos, si las informaciones de los testigos coinciden el juez considerará que existe legalmente testamento al tenor de la información reproducida por los testigos.

Este testamento solo producirá efectos, como en el caso anterior si el militar muere de la enfermedad o herida, en el momento de peligro en que se encontraba o bien dentro de un mes. La razón es la siguiente, es preferible el testamento ordinario y por consiguiente, el especial solo se acepta en casos justificados que impidan hacer el primero. Si el testador no muere de la enfermedad o peligro en que se encontraba y transcurre más de un mes se supone que estuvo en condiciones de hacer testamento ordinario. Por este motivo, la ley requiere que tampoco hubiera podido hacer testamento ológrafo, es decir la clase más sencilla del ordinario, para el testamento militar se aplican las reglas del privado, contenidas en los artículos 2826 a 2833 C.C. Gto. (art. 2837 C.C. Gto).

9.- Testamento Marítimo. Es un testamento especial que se otorga estando el testador en alta mar o a bordo de un buque nacional, bien sea de guerra o mercante. Este testamento debe constar siempre por escrito y otorgarse ante dos testigos y el capitán de la embarcación extendiéndose dos ejemplares que conservará el propia capitán y tomará razón en el libro diario del buque. Se exigen dos ejemplares en virtud de que se impone el capitán la obligación de entregar uno de ellos en el primer punto que toque, si existe un funcionario consular mexicano o un agente diplomático, y en el otro lo remitirá al tocar territorio nacional a la primera autoridad marítima o bien, a esta enviará los dos ejemplares si no puede entregar el primero a ningún agente consular o diplomático mexicano. Exigirá el capitán recibo del agente consular o de la autoridad marítima. Esta dará parte al funcionario judicial competente para que se proceda a la apertura de la sucesión como citación de los interesados.

El testamento marítimo se caracteriza, por consiguiente como testamento especial en forma escrita, en tanto que el privado y el militar son los únicos testamentos especiales que pueden revestir la forma escrita o la oral.

10.- Testamento Hecho en País Extranjero. Es un testamento especial que puede sujetarse a las formalidades de la ley extranjera cuando tenga su ejecución en la República Mexicana, o bien puede otorgarse ante los agentes diplomáticos o consulares mexicanos, observando las formalidades de la ley mexicana. A este efecto los agentes diplomáticos y consulares tienen funciones notariales y pueden recibir testamentos ológrafos.

El testamento hecho en país extranjero puede sujetarse a las leyes del país en que se otorgue y tiene plena validez en la República, en virtud del principio de que el lugar rige al acto (locus regit actum) reconocido por el artículo 15 del Código Civil para el D.F. conforme al cual los actos jurídicos en cuanto a su formalidad se sujetarán a la ley del lugar en donde se otorguen. Este mismo artículo admite la posibilidad de que si el acto va a tener ejecución en el Distrito Federal, quedará su autor en libertad de sujetarse a las formalidades prescritas por dicho Código Civil.

Este precepto es idéntico en los Códigos de los Estados el artículo 1594 mismo ordenamiento, estatuye que los secretarios de legación, los cónsules y los vicecónsules mexicanos podrán hacer las veces de notarios de los nacionales en el extranjero, en los casos en que las disposiciones testamentarias deban tener su ejecución en el Distrito Federal.

Es el único caso en que se permite que el agente diplomático o consular ejerza funciones de encargado del Registro Público, ya que hemos visto que los testamentos ológrafos, es decir los que son hechos de puño y letra del testador, mayor de edad, deben depositarse ante el citado registrador público, entregándole el testamento por duplicado, para que se conserve un ejemplar, en poder del registro Público y otro se entregue al testador. El agente diplomático o consular que haga las veces de encargado del registro cumplirá con todas las disposiciones que requiere el Código para el otorgamiento de estos testamentos, es decir exigirá que se entreguen dos ejemplares en sus respectivos sobres cerrados, en que uno haga constar el testador que en el se contiene su voluntad, firmado en presencia del funcionario consular o diplomático, en la cubierta del sobre y en unión de los

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

testigos y en el otro se asentará que el testador manifestó que en el mismo se encuentra una copia del original que ha dejado en poder del agente consular de que se trate.

Para los casos en que se otorgue testamento ante los funcionarios mencionados, se les impone la obligación de dar parte a la Secretaría de Relaciones para que en caso de muerte del testador, publique este hecho a fin de ponerlo en conocimiento de los interesados, así como que otorgó testamento en país extranjero ante determinado agente consular o diplomático, para que promuevan la apertura del testamento. La Secretaría de Relaciones, no tiene en este caso que dar parte a la autoridad judicial. Serán los interesados en el testamento los que ocurran ante la autoridad judicial competente para solicitar la apertura de la sucesión.

Por conducto de la Secretaría de Relaciones se entregará el testamento público abierto o cerrado que se hubiere otorgado ante el agente diplomático o consular, pero si el testamento es ológrafo, este se remitirá por la Secretaría al encargado del Registro Público de la propiedad que corresponda al domicilio señalado por el testador, para que a su vez este lo remita al juez competente.

### **3.6.- DE LA CAPACIDAD PARA HEREDAR Y TESTAR.**

Capacidad es todo acto jurídico, que requiere una capacidad que en materia de obligaciones la capacidad para testar es la regla general; pueden testar todos aquellos a quienes la ley no prohíbe expresamente en el ejercicio de ese derecho (2561 C. C. Gto.).

Como ya se dijo esta capacidad general no implica que cualquiera que la tenga pueda hacer testamento mediante cualquiera de las formas establecidas por la ley. Hay pues incapacidades relativas en cuanto a la forma, no puede otorgar testamento público abierto el que no pueda expresar cumplida y claramente su voluntad (2745 y 2768 Gto.); los que no saben o no pueden leer, son inhábiles para hacer testamento público cerrado (2785 Gto.), el demente es un intervalo de lucidez, no puede hacer otro testamento que el público

abierto (2563 Gto.), el menor de edad no puede hacer el ológrafo (2806 Gto.). Para usar las formas de los testamentos especiales, es necesario estar en las particulares circunstancias previstas para esos casos (2757 Gto.).

#### Tienen incapacidad general de hacer testamento:

Primero.- Los que no han cumplido los 16 años, sin distinción de sexo (2562-I C.C. Gto.). Aquí la ley reduce la edad con respecto a la capacidad para contraer obligaciones ni compromete su patrimonio, y por otra parte, la ley lo considera un criterio suficiente para hacer disposiciones "mortis causa". Es un criterio semejante al que se sigue para el matrimonio (145 C.C. Gto.).

Surge la cuestión de saber cuándo debe entenderse "cumplidos de 16 años", o sea si el tiempo se cuenta de momento o por años.

La ley nos da reglas para esto, ni cuando se trata del matrimonio ni de la mayoría de edad (694). Por una parte en el acta de matrimonio debe hacerse constar la hora (66). Por otra en materia de prescripción se cuenta por años y no de momento a momento (1274), y del día que comienza la prescripción debe contarse completo aunque no lo sea (1277). Para Polacco y Planiol, opinan que la edad debe contarse de momento a momento por lo que habría que atender a la hora del nacimiento para determinar la capacidad del testador pienso que este no es criterio estrecho porque, de todas maneras habría que referirse a una hora. Si se cree que hasta la llegada del día en que cumplan 16 años y no la hora, habría que atender a la hora en que empieza ese día y entre fijarse en uno o en otra, es lógico que sea la del nacimiento, otros opinan que el día del cumpleaños debe ser completo.

Segundo. Los que habitualmente o accidentalmente no disfrutan de su cabal juicio (2562-II). Las expresiones son incorrectas porque en los artículos 2563, y siguientes permite y reglamenta el testamento del demente en un intervalo de lucidez.

TESIS CON  
FOLLA DE ORIGEN

En consecuencia el código debería decir que están incapacitados los privados de su cabal juicio o que no tengan intervalos de lucidez.

No están privados de la capacidad general para testar los ebrios consuetudinarios, los pródigos, los que no pueden o sepan escribir (2770), los sordos que sepan leer (2772), los sordomudos que puedan escribir (2786), mientras no entren dentro de los casos de incapacidad por minoría de edad o demencia, aunque algunos de estos tendrán que sujetarse a formas determinadas para testar.

Por último la capacidad no puede ser suprimida por sentencia civil ni penal (De Pina). El sordomudo que no sabe leer y escribir no puede sujetarse a la forma.

El testamento del incapaz, sigue siendo nulo aun cuando este recobre la capacidad.

Momento en que debe juzgarse de la capacidad. En derecho Romano, el testamento suponía un querer subsistente hasta la muerte, por lo que si el testador caía en la "capitis diminutio", su testamento era ineficaz. El código establece que para esto, se atenderá especialmente al estado en que se halle el testador al hacer el testamento (2568). La palabra señalada es absurda porque implicaría que, además del momento nombrado, habría que atender a algún otro. Ahora bien, el código no establece en ninguna parte que debe tenerse en cuenta ningún otro momento por lo que estamos de acuerdo con Ibarrola se trata de un error de copia además esta disposición esta tomada del artículo 666 del Código Civil Español que en su lugar, tiene de adverbio únicamente.

Puesto que se trata del otorgamiento de un acto jurídico que ya en si es perfecto, es necesario que se atienda únicamente al momento de otorgarlo. Los posteriores no interesan una interpretación lógica nos dice que esta es la palabra que debería estar en la disposición comentada, por lo que en lo que se refiere a la capacidad no habrá de atender al momento de la muerte ni al tiempo transcurrido entre esta y la fecha del otorgamiento.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

### Capacidad en los Testigos.

Se ha discutido si la asistencia de los testigos al otorgamiento de testamento es un requisito AD PROBATIONEM, o de lo contrario, AD SOLEMNITATEM.

Me inclino a creer lo último, los testigos son uno de los elementos esenciales, integrantes de la solemnidad, Valverde opina que es un requisito de solemnidad más que de prueba un requisito esencial de la forma el autor esta de acuerdo con nuestro pensamiento, delo contrario se aplicaría simple y sencillamente la regla jurídica de Santo Tomás: fides est de non visis: la fe se refiere a las cosas que no vemos, de las que ven nuestros ojos, no necesitamos testigos. Si el testigo testamentario fuere requerido por el Código simplemente ad probationem, bastaría al interesado probar en cualquier forma el contenido de un testamento.

Aún cuando los testigos del testamento sean meros testigos de solemnidad con todo esto no prueba que sean simples figuras decorativas. Antes bien el significado de la exigencia de esta solemnidad, es crear una garantía de la autenticidad y verdad del negocio aduciendo personas que puedan dar testimonio del proceso del otorgamiento y el contenido de lo declarado durante él Así los testigos testamentarios no se diferencian de los otros medios de prueba, sino en que su aducción ha sido convertida en un elemento constitutivo esencial del negocio, a fin que la prueba no pueda faltar regularmente, del artículo 2774 se deduce que las personas que participan en el otorgamiento han de estar presentes durante todo el (unitas actus). La intervención de los testigos instrumentales en número y calidad, no solo es exigible en razón de su testimonio, sino precisamente como rigurosa y rigida solemnidad formal por lo que el defecto extrínseco que a la misma se refiere se transforma en vicio esencial que anula radicalmente el testamento, si los testigos no concurren a la manifestación de voluntad del causante en el testamento abierto o a la entrega y consiguiente declaración en el cerrado, propiamente no llegar a nacer el negocio jurídico mortis causa. Tampoco basta la mera presencia física, sino que es preciso que el testigo vea y entienda lo que ante el se realiza.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

En materia de testigos en los testamentos debe hacerse resaltar el principio filosófico de *nom tam numeranda quam ponderanda sunt testimonia*. En los testamentos se trata de los testigos llamados en derecho procesal contemporáneos presenciales, pues ante ellos se verifica o realiza el hecho o la cosa de que se trate y el testimonio de estos es indispensable para que en derecho civil tenga valor el mismo hecho, y aun para que exista, clase a la que pertenecen los testigos instrumentales y algunos de los judiciales.

Los testigos instrumentales deben: A) Ver y oír a los otorgamientos, según la ley 21, título 1º, libro 28 del digesto, para poder precisar los dichos y circunstancias del acto. B) Entender el contenido del instrumento que autorizan con su presencia intervención y firma, pues de lo contrario se expondrían a ser testigos falsos. C) Que mientras se verifica el otorgamiento y lectura del instrumento o la autorización de él, estén dos presentes, según el párrafo 8º, de la Ley 20, título 1º, libro 28 del digesto, pues deben cerciorarse de que la voluntad de las partes no ha variado en todo ni en parte, y en caso contrario como en que y bajo que nuevas condiciones. D) En algunas legislaciones, cuyo criterio no seguimos responden de la identidad de las personas.

Actualmente puede ser testigo todo aquel que no este excluido expresamente por la ley.

Hay casos de incapacidad absoluta:

1.- Esta incapacidad absoluta la imponía injustamente el Código de 1884 art. 3489, fr. IV, a las mujeres, el Código actual ha suprimido dicha incapacidad, poniéndose a tono con las corrientes modernas del derecho obró correctamente ya que en esta materia y en muchas otras no hay desigualdad alguna entre el hombre y la mujer, ni debe haberla en derecho.

Fundaban las partidas (III, 16, 17, VI, 9, 1) la incapacidad de las mujeres para ser testigos en la debilidad de su sexo, en las consideraciones en que todo se les guarda y aun porque su razón esta poco formada por el descuido o empeño de los hombres en que no se las eduque con toda la cultura necesaria, y además porque aun muy bien educadas son

TESES CON  
FALLA DE ORIGEN

seres que más se guían, gobiernan y resuelven a obrar por el corazón y por el sentimiento que por el raciocinio, tales circunstancias históricas han dejado de tener consistencia jurídica.

“Uno de los éxitos de la religión cristiana, al establecer en el mundo, fue rehabilitar a la mujer, esta en las civilizaciones antiguas, carecía de libertad y de derechos, y era una esclava del hombre, un animal sin pudor, como la llama Séneca. Las leyes romanas la consideraron siempre como a una menor, sometida a tutela perpetua”<sup>53</sup>. En su matrimonio estipulado entre sus padres y los de su futuro esposo, no se les daba intervención y a veces se reducía a una compraventa, la mujer en la antigüedad no era una persona sino una cosa, por eso en el mundo pagano se quedo estupefacto al oír a Jesucristo desterrar la poligamia y el libelo de repudio, que estuvo siempre al arbitrio del varón y siguió extrañándose, al ver que la iglesia exigía la libertad de ambos cónyuges para la validez del contrato matrimonial y declaraba lícito a la esposa que permitía al esposo y pecado en este lo que en ella era pecado.

“La iglesia sencillamente introdujo en el mundo la igualdad jurídica matrimonial entre los dos sexos. Llega la hora se dice que la última importante llamada, ha llegado la hora en que la vocación de la mujer se cumple en plenitud, la hora en que la mujer adquiere en el mundo una influencia, un peso un poder jamás alcanzados hasta el presente, las mujeres llenas del espíritu del evangelio pueden ayudar tanto a que la humanidad no decaiga, mensaje papal a las mujeres, 8 de diciembre de 1965.”<sup>54</sup>

2.- Los menores de dieciséis años antiguamente (art. 3489 fr. VII) se exigía la mayor edad. Esto también se suprimió considerándose que si el menor de edad, mayor de dieciséis años, puede hacer testamento no hay razón para que no sea testigo no pueden ser testigos del testamento art. 1520 fr. II, los menores de dieciséis años.

3.- Los ciegos, sordos o mudos (Fr. IV).

<sup>53</sup> Gayo Inst., 5, 144, 190; Ulpiano fr. XI

<sup>54</sup> Ricardo V. Feliú, Lutero P.568.

4.- Los que no estén en su sano juicio (Fr. III).

5.- Los que hayan sido condenados por el delito de falsedad.

Esta prohibición nos viene de la legislación de partidas y se basa en la naturaleza misma del delito cometido por el individuo.

Otros casos que son de incapacidad relativa.

a) Los amanuenses del notario que lo autorice no pueden ser testigos.

b) Los que no entienden el idioma que habla el testador. En tal caso veremos que el testamento se redacta conforme lo dispone el artículo 2759 (C.C. Gto.).

c) Los herederos o legatarios: sus descendientes, ascendientes, cónyuges o hermanos, el concurso como testigo de una de las personas a que se refiere esta fracción, solo produce como efecto la nulidad de la disposición que beneficie a ella o a sus mencionados parientes. La inhabilitación para que los herederos o legatarios funjan como testigos nos viene del Fuero Real.

La capacidad para suceder no es más que la aptitud para la vida jurídica en materia sucesoria, y esta aptitud se descompone en tres elementos.

A) Existencia: Porque no puede adquirir quien no es sujeto de derecho.

B) Capacidad: La cual en materia sucesoria es la regla siendo la incapacidad la excepción se basta en motivos de orden social, que suelen ser independientes de la voluntad del testador, la incapacidad es una medida de prevención social y la capacidad en materia sucesoria.

C) Dignidad: Este requisito supone la existencia y la capacidad, pero se funda en causas de orden moral, particularmente dependientes de la persona que ha de suceder.

### 3.7.- LA SUCESION TESTAMENTARIA.

Se basa en un negocio por causa de muerte que se llama testamento en virtud del cual una persona capaz por su sola voluntad libre, dispone de sus relaciones transmisibles para después de su muerte.

Esta facultad de disponer mortis causa tiene a su favor, en primer lugar el consentimiento universal en el tiempo y en el espacio.

Impone a los padres el deber de proveer a su existencia y a la formación y educación de los hijos, no solamente durante la vida de los progenitores sino hasta donde es posible aun en caso de su fallecimiento.

Para satisfacer sentimientos de afecto, de gratitud de caridad que no pueden y no deben tener su límite insalvable en la muerte.

La voluntad del testador sólo aparentemente se vuelve eficaz cuando el ya no existe ya que ella, en realidad se dirige directamente, a disponer de la suerte de los bienes que le pertenecen para el tiempo posterior a su muerte que puede considerarse como el término inicial de la eficacia de aquella voluntad, no se trata pues a un juicio, de una voluntad que se vuelve eficaz cuando ya no existe, sino de una voluntad que esta dirigida a dar vida actual a un acto jurídico que se llama testamento que por la naturaleza particular que la ha atribuido el ordenamiento jurídico positivo no puede desplegar sus efectos sino después de la muerte del testador.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

La libre testamentación y sus limitaciones en principio el testador tiene libertad para hacer sus disposiciones testamentarias en la forma que juzgue más conveniente como dice Betti el orden jurídico, en el campo de la iniciativa privada, no tienen más que una función negativa

Limitadora y ordenadora y no pretende sustituir al individuo en el contenido que propiamente es suyo. Por tanto en esta materia no es la limitación la que se presupone, sino la libertad, si algo no esta prohibido legalmente puede hacerse sin necesidad de un precepto que expresamente lo autorice.

“El legislador ha dejado libre a la persona para atender el deber social de disponer de sus bienes según su propia conciencia y según sus propias inclinaciones como expresa. Sin embargo la libertad del testador no es ni puede ser absoluta. Desde luego esta otorgada a un ser dotado de razón que esta ligado a la vida y a las instituciones de la sociedad para que la ejercite en forma razonable y que no perjudique la vida social. El derecho, no concede una sanción al mero arbitrio, al capricho individual sino a funciones que estime socialmente relevantes y útiles para la comunidad por tanto la facultad de hacer testamento no implica la de hacer entrar en el toda la disposición imaginable, ni el derecho de hacerlo por cualquier forma ya que el derecho dada la trascendencia del acto vincula la eficacia del testamento a cauces determinados y a formas establecidas por el mismo de un modo rígido.”<sup>55</sup>

La libertad para testar esta regulada por normas pueden clasificarse de acuerdo con los siguientes aspectos:

1.- Las que velan por la libertad de los sucesores. 2.- Las que se refieren a la forma testamentaria en relación con determinadas situaciones. 3.- Las que protegen a ciertas personas para que reciban alimentos. 4.- Las que prohíben ser herederos a determinadas personas por su relación especial con el testador o por motivos políticos.

---

<sup>55</sup> Ib. idem.

Normas que velan por la libertad de los sucesores tienden a proteger a los herederos y legatarios con el fin de que las disposiciones testamentarias no disminuyan la justa libertad que deben tener los sucesores, como la tiene el testador mismo.

Las normas que se refieren a la forma, una cosa es tener la facultad de hacer testamento y otra la de hacerlo por medio de cualquiera de las formas establecidas por la ley.

En algunos casos, que se verán al tratar de la solemnidad testamentaria, el código basado en circunstancias especiales del que deseas testar, establece que ciertas personas no podrán hacer testamento más que en alguna forma determinada o que no podrán hacerlo en otras. Esto tiene por objeto, que dadas esas circunstancias especiales la voluntad testamentaria del testador quede fielmente expresada y autenticada.

Normas protectoras de personas para que reciban alimentos, afectan la facultad de disponer de bienes al testar.

La única restricción a esta facultad de disponer es la obligación de dejar alimentos a las personas.

I.- A los descendientes menores de 18 años o a los de cualquier edad que estén imposibilitados para trabajar.

II.- Al cónyuge supérstite cuando esté impedido de trabajar y no tenga bienes mientras no contraiga matrimonio y viva honestamente, salvo otra disposición del testador.

III.- Los ascendientes.

IV.- A la persona con quien el testador vivió como si fuera su cónyuge durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o con quien tuvo hijos.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

V.- A los hermanos y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado si están incapacitados o mientras no cumplan 18 años y no tengan para subvenir a sus necesidades.

Normas que prohíben ser herederos a determinadas personas por su relación especial con el testador o por motivos políticos. A. Por presunción de influjo contrario a la libertad del testador y a la verdad de integridad del testamento son incapaces de adquirir por testamento:

a) Los tutores y curadores del menor si son instituidos cuando ya están nombrados para ese cargo.

b) Los que fueren tutores y curadores del que ya es mayor de edad si son instituidos antes de aprobarse las cuentas de la tutela.

### **3.8.- APERTURA Y SUPUESTOS DE LA SUCESION LEGITIMA.**

En la apertura de la sucesión legítima o intestada primero enunciaremos todos los casos en que puede abrirse, para después agruparlos en clasificaciones generales.

1º.- Cuando no se otorgó testamento, que es la hipótesis normal.

2º.- Cuando habiéndose otorgado el testamento este ha desaparecido, puede presentarse esta hipótesis cuando siendo el testamento público cerrado el notario no la haya perdido, o lo mismo ocurra al testamento ológrafo que se entrega al director del Registro Público de la Propiedad. En los testamentos militares también puede ocurrir la pérdida del documento. Serán raros los casos en los que el testamento público abierto se destruyera pues consta en protocolo del notario. El marítimo pudiera extraviarse con todos los documentos de la embarcación, sin embargo excepcionalmente pueden presentarse estos casos, y una vez que se ha demostrado la pérdida, se abrirá la sucesión. Legítima.

3º.- Cuando el testamento es jurídicamente inexistente, este es un problema que tiene un interés jurídico, el testamento es un acto jurídico y como tal puede ser existente o inexistente. El acto jurídico es inexistente cuando le falta alguno de sus elementos esenciales.

El testamento no puede regularse por monosílabos del testador responsable por monosílabos del testador respondiendo a las preguntas que se le hagan, jurídicamente en estos casos, aún cuando haya voluntad, para el derecho no existente, no se trata de una nulidad por falta de forma, sino de una inexistencia, porque no se manifestó jurídicamente la voluntad. Si el testador contesta mediante movimientos de cabeza positivos o negativos, a las preguntas que se le hagan, tampoco existe el testamento.

También el testamento será inexistente cuando no se observe la solemnidad que como hemos explicado está constituida por el molde formal que sólo se integra con todo el conjunto de formalidades que constituyen cada categoría o especie de testamento.

Puede faltar el objeto, cuando la manifestación de voluntad del autor no se proponga instituir herederos o legatarios, ni declarar o cumplir deberes para después de la muerte. Son dos los objetos en todo testamento, transmitir bienes a título universal o particular, instituyendo herederos o legatarios, o bien declarar y cumplir deberes con trascendencia jurídica para después de la muerte. En ambos casos se cumple la definición del objeto en el acto jurídico que puede constituir en crear, transmitir, modificar o extinguir situaciones de derecho.

Cuando la manifestación de voluntad no realiza ni el objeto principal, ni el secundario, jurídicamente no existe, puede haber una declaración de voluntad que tenga otras finalidades, pero no la jurídica de crear, transmitir, modificar o extinguir derechos.

Supongamos la declaración que hiciera el testador manifestando su profesión de fe, su credo político o las disposiciones si dictará respeto a la forma en que deben educarse sus hijos.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

4°.- Cuando el testamento es nulo, la nulidad puede ser total, referirse al acto jurídico en todos sus aspectos, o simplemente parcial, refiriéndose a determinada institución de heredero o legatario.

Cuando el testamento es nulo, si la nulidad es parcial, se abre la sucesión legítima por lo que toca a las disposiciones nulas y subsiste la testamentaria por lo que se refiere a las cláusulas válidas.

5°.- Cuando el testador revoca su testamento, la revocación puede simplemente derogar un testamento anterior, sin hacer uno nuevo o bien ser parcial derogando determinadas disposiciones. en uno y otro caso se abre la sucesión legítima, cuando la revocación implica un nuevo testamento se abrirá la sucesión testamentaria, por lo que se refiere a esta última disposición de voluntad.

6°.- Cuando en el testamento solo se dispone de parte de los bienes, esto puede ocurrir porque se haga solo una institución de heredero respecto de ciertos bienes y de la otra parte nada se diga; por ejemplo cuando dice el testador, dispongo de la mitad de mis bienes se apliquen a mi hijo. También hay sucesión legítima cuando el testador designa únicamente legatarios que no abarquen la totalidad del activo, sin instituir herederos. La parte no dispuesta del activo, junto con el pasivo, será materia de sucesión legítima pero los legatarios responderán subsidiariamente a beneficio de inventario.

En cambio la sucesión legítima no se abrirá cuando el testador disponga de todo su activo mediante legados, porque entonces el pasivo se entiende a cargo de los legatarios que responderán como herederos a beneficio de inventario.

7°.- Cuando el heredero testamentario repudia la herencia, si es heredero universal, la sucesión legítima se referirá a todo patrimonio, si es una parte alcuota la que se repudia, por ella se abrirá la sucesión legítima. Cuando el legatario repudie el legado no se abrirá la sucesión legítima, porque el legado es una deuda del heredero. Si el legatario

renuncia a un legado que sea a cargo de toda la herencia, lo único que querrá decir es que el bien materia del mismo entrará a la masa hereditaria para ser distribuido entre los herederos, pero si el legado es un gravamen a cargo de un heredero, su repudiación beneficiará exclusivamente a este heredero.

8º.- Cuando el heredero testamentario muera antes que el testador, si el heredero testamentario muere antes que el testador, no puede, por consiguiente heredar, el principio fundamental que se ha explicado, supone que el heredero sobreviva, aunque sea un instante, después del testador, si el legatario muere antes que el testador, la caducidad del legado implicará, como en el caso que antecede, la liberación de la deuda impuesta al heredero gravado o a la masa hereditaria, es decir la muerte del legatario, anterior a la del testador no es motivo para abrir la sucesión legítima.

9º.- Cuando el heredero muere antes que se cumpla la condición suspensiva, a pesar de que su muerte sea posterior a la del testador, la condición suspensiva es una modalidad que impide el nacimiento de los derechos, hasta que se realiza el acontecimiento futuro e incierto. Por consiguiente una institución, de heredero sujeta a condición suspensiva, impide que adquiera derechos en el momento de la muerte y esos derechos quedarán subordinados a que se cumpla el acontecimiento futuro e incierto. Si el heredero muere antes de que se cumpla la condición suspensiva, aunque este llegare a realizarse después este hecho no le otorgará efectos retroactivos, como ocurre en materia de contratos y de obligaciones. Aquí tenemos una peculiaridad de la institución hereditaria, en nuestro derecho, cumplida la condición se retrotraen los efectos a la fecha del acto jurídico, pero en el testamento si la condición se cumple después de que murió el heredero, no hay retroactividad para decir en realidad el heredero por la ficción de la retroactividad adquirió, y esta herencia pasa a su vez a sus herederos legítimos, nuestro derecho exige que la condición se cumpla viviendo el heredero, en cambio para el legatario volvemos a aplicar el razonamiento expuesto, si este muere antes, como el legado es una obligación a cargo de la masa hereditaria o de un heredero, esta obligación se extinguirá a favor de la masa o del heredero personalmente gravado.

10°.- Cuando siendo condicional la institución hereditaria, no surte efectos debido a que la condición no llega a realizarse, es decir si no se cumple la condición impuesta al heredero, caduca su derecho hereditario y la caducidad de su parte alícuota obliga a la apertura de la sucesión legítima, se aplica también el principio de que los derechos condicionales son simples expectativas que no tienen vida jurídica sino sobre la base de que la condición se cumpla.

La condición no es una nulidad que difiera los efectos como el término, la condición afecta la existencia misma del acto jurídico o derecho en cambio el término es una modalidad de realización cierta, un acontecimiento futuro que solo afecta la exigibilidad de un derecho ya existente y como su realización es necesaria, solo se aplazan los efectos pero necesariamente llegarán a producirse.

11°.- En los casos de incapacidad de goce del heredero testamentario, ya hemos dicho que el heredero puede quedar privado del derecho de heredar, por circunstancias que afectan su personalidad, que implican indignidad en el heredero, por ejemplo si ha cometido un delito o acto inmoral contra el testador o sus parientes, etc., etc.

Clasificación de los Casos de la Apertura de la Herencia Legítima.- Los casos anteriores deben clasificarse a fin de comprender en determinados conceptos generales, diversas hipótesis, como son las enumeradas.

Fundamentalmente podemos considerar que la sucesión legítima se abre:

I.- Cuando no hay disposición testamentaria comprendiendo tres casos: 1°.- Cuando no se otorgó testamento, 2°.- Cuando se revocó el testamento, y 3°.- Cuando existiendo un testamento este ha desaparecido.

II.- En los casos de ineficacia del testamento. Es decir, que no se producirá efecto la ineficacia del testamento tiene lugar: 1°.- Cuando es inexistente, 2°.- Cuando esta afectado de nulidad absoluta y 3°.- Cuando esta afectado de nulidad relativa.

III.- Cuando el testador dispone sólo de parte de los bienes, este tercer grupo supone: 1º.- Que se dispuso de parte de los bienes, por lo que la otra deberá ser materia de sucesión legítima, 2º.- Que solo se hizo una institución de legatarios respecto de parte del activo, y nada se dijo del resto, ni del pasivo, en cuyo caso se abrirá la sucesión legítima por la parte no dispuesta. 3º.- Que solo hubo una institución parcial de heredero, es decir, se instituyó heredero por parte alicuota.

IV.- En los casos de caducidad de la herencia la caducidad de la herencia supone a su vez las siguientes hipótesis: 1º.- Que el heredero testamentario repudió la herencia caduca de su parte alicuota que será materia de sucesión legítima, 2º.- Que el heredero murió antes que el de cujus, 3º.- Que el heredero murió antes de que se cumpliera la condición suspensiva, a pesar de que haya muerto después del testador se abre la sucesión legítima, 4º.- Incumplimiento de la condición suspensiva de que dependa la institución hereditaria, 5º.- Incapacidad del heredero que los casos siguientes: falta de personalidad, delito actos inmorales, falta de reciprocidad internacional, motivos de orden público, presunción de influencia contraria a la voluntad del testador o la integridad del testamento, renuncia y renovación de un cargo conferido en testamento.

3.- Clasificación Legal.- El Código Civil Vigente del Estado pretende agrupar con un criterio científico las causas que motivan los casos de herencia legítima en el artículo 2838 consagra cuatro casos que a su vez comprenden una serie de hipótesis.

La herencia legítima se abre:

- I.- Cuando no hay testamento, o el que se otorgó es nulo o perdió su validez;
- II.- Cuando el testador no dispuso de todos sus bienes.
- III.- Cuando no se cumpla la condición impuesta al heredero, y

IV.- Cuando el heredero muere antes del testador, repudia la herencia o es incapaz de heredar si no se ha nombrado sustituto.

En los casos de las fracciones tercera y cuarta en realidad el legislador hace una división innecesaria, porque sus formas de caducidad de la herencia y no existe razón para distinguir por una parte el incumplimiento de la condición y por otra la repudiación de la herencia, la muerte del heredero antes que el testador o la incapacidad para heredar, el mismo legislador enumera cuales son los casos de caducidad de una herencia, y esto nos permite modificar la clasificación del art. 2838.

En el artículo relativo a la nulidad, revocación y caducidad de los testamentos del art. 2753 (C. C. Gto.) dice:

Las disposiciones testamentarias caducan y quedan sin efecto, en lo relativo a los herederos y legatarios:

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

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

III.- Si renuncia a su derecho.

La sucesión legítima en México se abre respecto a los siguientes grupos o series. 1°.- Descendientes. 2°.- Cónyuge superstite. 3°.- Ascendientes. 4°.- Colaterales. 5°.- Concubina. 6°.- Asistencia Pública, pero normalmente tenemos los cuatro primeros.

A su vez tenemos tres formas de heredar, por cabezas, por líneas y por estirpes, en estas tres formas rigen generalmente con algunas excepciones que después veremos los siguientes principios, los parientes más próximos excluyen a los más lejanos

solo hay herencia legitima por consanguinidad y por adopción no existe la herencia por afinidad.

El parentesco por consanguinidad en la línea recta y en la colateral hasta el cuarto grado.

El parentesco por adopción da derecho a heredar entre adoptante y adoptado.

En el derecho francés se hace la siguiente distinción de herederos:

Distinción de dos categorías de herederos: Herederos propiamente dichos, por una parte, y sucesores irregulares por la otra. Idea de continuación de la persona fundamento de esta diferencia en el sistema puro del Código Civil, Intervención de las naciones de causabiente y patrimonio. Los herederos se dividen en dos grandes categorías: los herederos propiamente dichos y los sucesores irregulares. Los primeros son continuadores de la persona y están provistos del derecho a la posesión ipso jure, de los bienes del autor (art. 1042 C.C. Gto.), los segundos son sucesores en los bienes y no tienen tal derecho. Veremos que la jurisprudencia no ha respetado escrupulosamente, en sus consecuencias, esta distinción, no obstante que fue considerada por el Código Civil como esencial las nociones del patrimonio y de causahabiente universal. Se aplican también en esta materia.

“Distinción entre los herederos legítimos y los naturales, en el sentido estricto del término, los herederos legítimos se oponen a los naturales, como el parentesco legítimo natural, en efecto los herederos legítimos son los parientes legítimos del difunto, llamados a heredarlo en tanto que los naturales, únicamente están ligados con el difunto por los lazos del parentesco natural, pero lato sensu, el término herederos legítimos se emplea, a veces por lo demás erróneamente, para designar a los herederos, en oposición a los sucesores irregulares. En las aplicaciones siguientes opondremos los herederos legítimos a

los naturales, situándonos por consiguiente, desde el punto de vista del sentido de estos términos".<sup>56</sup>

2.- Herencia por Cabezas.- La herencia puede ser por cabezas o por derecho propio, por líneas, y por estirpes o derecho de representación.

Se dice que hay herencia por cabezas cuando el heredero recibe en nombre propio, es decir no es llamado a la herencia en representación de otro. La herencia por cabezas la tenemos en todos los hijos, en los padres y en los colaterales, pero en los descendientes de segundo o ulterior grado y en los sobrinos la herencia es por estirpes.

3.- Herencia por Líneas.- La herencia por líneas se presenta en los ascendientes se segundo o del ulterior grado, es decir procede respecto de los abuelos, bisabuelos, etc. Los padres o ascendientes de primer grado no heredan por líneas sino por cabezas, la herencia por líneas se caracteriza en que se divide en dos partes, herencia paterna y materna, independientemente de que una línea haya diferente número de ascendientes que en la otra.

No importa que en la línea paterna sólo haya un abuelo y en la materna los dos abuelos. La herencia se divide en dos partes, y después cada mitad se subdivide en el número de ascendientes de cada línea. En el ejemplo propuesto para la línea paterna recibirá el abuelo la mitad de la herencia, y en la línea materna cada abuelo recibirá la cuarta parte.

4.- Herencia por Estirpes.- La herencia por estirpes es la que presenta mayores dificultades en su régimen, dando derecho a la herencia por representación. Podemos definirla en la siguiente manera, hay herencia por estirpes cuando un descendiente entra a heredar en lugar de un ascendiente.

<sup>56</sup> Ob. Cit. Bonnacuse, III pág. 454.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

Este sería el concepto más general. El hijo puede entrar a heredar en representación de su padre cuando este ha muerto antes que el de *cujus*. Se presenta la herencia por estirpes en la línea recta descendentes, sin limitación de grado, en la línea recta ascendente nunca puede ocurrir, es decir, el bisabuelo no representa al abuelo, cuando este 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 den la línea recta descendente si hay derecho de representación, sin limitación de grado, quiere esto decir que el hijo representa a su padre, si este muere antes que el de *cujus* o el nieto representa a su abuelo, si a su vez murieron su padre y su abuelo; o el bisnieto puede heredar por estirpes si a su vez murieron su padre abuelo y su bisabuelo.

La herencia por estirpes puede existir también en la línea colateral, pero limitada solo a favor de los sobrinos de *cujus*, es decir cuando mueren los hermanos del autor de la herencia, sus hijos como sobrinos del de *cujus*, pueden representarlos.

De lo expuesto resulta que la herencia por estirpes tiene lugar cuando un descendiente ocupa el lugar del ascendiente premuerto por esta palabra debemos entender muerto antes que el autor de la sucesión, que haya repudiado la herencia, o se haya vuelto incapaz de heredar. En estos casos, sus descendientes tienen en la línea recta el derecho de sustituirlo, y en la colateral solo existe a favor de los sobrinos, es decir hijos de hermanos del autor de la sucesión.

Se ha dicho que la herencia por estirpes entraña por realidad un derecho de representación, en virtud del que el descendiente representa al ascendiente premuerto, al que ha renunciado la herencia, o se ha vuelto incapaz de heredar. El término derecho de representación que se usa para la herencia por estirpes, en realidad no es correcto, porque solo debería aplicarse lógicamente en los casos en que el descendiente ocupara el lugar del ascendiente, si este le transmitiera su derecho, pero no puede decirse que haya representación cuando el ascendiente ha repudiado la herencia o es incapaz de heredar porque en esos casos el representado no puede tener derechos. En el caso de que el ascendiente muera antes que el autor de la herencia, por una ficción se dice que el

descendiente lo representa, la representación supone la existencia del representante y del representado, y solo por una ficción se puede decir que el descendiente representa al ascendiente premuerto.

La herencia por estirpes tiene lugar en la línea recta descendente sin limitación de grado, es decir si uno de los hijos del autor de la herencia ha muerto y deja sus hijos, su estirpe lo representa. O también en el caso de que renuncie la herencia o se haga incapaz de heredar, pero si suponemos que los hijos del descendiente premuerto, que ha renunciado o que es incapaz, también murieron, sus nietos entonces los sustituirán y podemos seguir sin limitación de grado a los bisnietos y así sucesivamente.

Para que la herencia por estirpes en la línea recta descendente tenga lugar, es necesario respetar la proximidad del grado, los nietos heredan solo a falta de los hijos a su vez los bisnietos solo heredan a falta de hijos y de nietos. Tiene solo lugar por estirpes concurriendo descendientes de primer grado con descendientes de ulteriores grados, en los casos en que se representa a un determinado hijo premuerto, que se ha vuelto incapaz de heredar, o que ha renunciado a la herencia, en otras palabras, si todos los hijos del autor de la herencia viven, los nietos no tienen derecho de representación, porque entonces se aplica el principio de que el más próximo en grado hereda, los nietos no tienen por que heredar cuando todos los hijos del de cujus sobreviven pero si suponemos que un hijo a muerto, si pueden concurrir a la herencia los otros hijos del autor y los descendientes del hijo prematuro. Solo en esta caso es admisible, por virtud del derecho de representación, que concurren descendientes de diversos grados, a su vez faltando todos los hijos, heredarán los estirpes de los nietos del de cujus, se divide el haber hereditario en tantas partes como hijos hubo y que dejaron descendencia, para después dividir cada parte entre su estirpe, es decir entre el número de nietos en relación con cada hijo. Un ejemplo aclarará esta cuestión suponemos que el autor de la herencia tenía cuatro hijos y estos han muerto, y a su vez cada uno de los hijos ha tenido diversos descendientes que imaginaremos en número distinto, la herencia se dividirá en cuatro partes y a su vez, cada cuarta parte se habrá de subdividir en el número de nietos correspondientes a cada hijo, no importa que esos nietos sean en

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

diverso número y que, en definitiva, los nietos del autor de la herencia tengan partes desiguales.

5.- Régimen Legal de la Herencia por Estirpes.- En los artículos 2846, 2849 y 2850 de nuestro Código Civil vigente en el Estado, se reglamenta la herencia por estirpes tratándose de los descendientes. El art. 2848 provoca por su defectuosa redacción, un problema muy serio, dice así si quedaren hijos y descendientes de ulterior grado, los primeros heredarán por cabeza y los segundos por estirpes. Lo mismo se observará tratándose de descendientes de hijos pre- muertos incapaces de heredar o que hubieren renunciado la herencia.

La primer parte de este artículo parece admitir que si todos los hijos del auto viven y además tienen hijos y descendientes de ulterior grado, los hijos heredarán por cabezas y los descendientes de segundo o ulterior grado heredarán por estirpes. Ahora bien según explicaremos, esto es falso cuando todos los hijos del autor viven la herencia solo es por cabezas, porque los nietos o bisnietos no tienen porque heredar, ya que los hijos excluyen a todos los demás descendientes, así se confirma el principio general expuesto en el artículo 2843: los parientes más próximos excluyen a los más remotos, salvo lo dispuesto en los artículos 2848 y 2870. Y el 2846, si la muerte de los padres quedaren solo hijos, la herencia se dividirá entre todos por partes iguales.

Sin embargo el error del Art. 2848 podría provocar una confusión, conforme a dicho precepto, si hubiera hijos y nietos, estos tendrán derecho a heredar a pesar de que todos los hijos del autor vivieran. Y la segunda parte vuelve a confirmar el error porque dice, lo mismo se observará tratándose de descendientes de hijos pre- muertos, incapaces de heredar o que hubieren renunciado a la herencia. Parece que hay dos hipótesis cuando todos los hijos viven y cuando uno de los hijos ha muerto antes que el autor es incapaz o ha renunciado la herencia, la defectuosa redacción del artículo 2848 debe seguir en este caso las reglas generales de la interpretación de la ley, en el sentido de que cuando hay dos textos aparentemente contradictorios, debe prevalecer el texto que este de acuerdo con el sistema general consagrado en la ley. Y ese sistema general, tanto en la ley como en la

doctrina, en la jurisprudencia y en los distintos derechos, dice que los parientes más próximos excluyen a los más lejanos, y que si solo existen hijos, la herencia se habrá de dividir en partes iguales, por esto debemos interpretar al Art. 2848 en el sentido de que la herencia por estirpes, solo tiene lugar para que el descendiente represente al ascendiente pre-muerto, incapaz de heredar o que ha repudiado la herencia.

El art. 2849. Se refiere al caso en que los hijos del autor hubiesen muerto y quedaren solo descendientes de ulterior grado: si solo quedaren descendientes de ulterior grado, la herencia se dividirá por estirpes, y si en algunas de estas hubiere varios herederos, la porción que a ella corresponda se dividirá por partes iguales.

La herencia por estirpes tiene también lugar en la línea colateral, pero limitada solo al derecho que tienen los sobrinos que representan a un hermano del autor de la herencia muerto antes que este, incapaz de heredar o que ha repudiado, es decir en la línea colateral el derecho de representación no se extiende a ulteriores grados, solo se reconoce en beneficio de los sobrinos del autor de la herencia. Art. 2870 si concurren los hermanos con sobrinos hijos de hermanos o de medio hermanos pre-muertos, 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. De esta suerte si suponemos que el autor de la herencia no dejó descendientes, ascendientes o cónyuge, sus hermanos tienen derecho a heredar si todos los hermanos viven, los sobrinos naturalmente no tendrán el derecho de representación pero si uno de los hermanos ha muerto, su estirpe el derecho de representarlo y a su vez, la parte que se asigne a esa estirpe, se dividirá en el número de sobrinos.

Herencia por Líneas.- Ya se ha dicho que el derecho por representación tiene lugar a favor de la estirpe tanto en la línea recta descendente hasta lo infinito o en línea colateral, limitando este derecho solo a los sobrinos del autor de la herencia, la representación no tiene lugar en la línea ascendente, por tanto si faltan los padres, los abuelos no pueden representar a estos, ni tampoco ascendientes de ulterior grado pueden representar al ascendiente más próximo.

En la línea ascendente tiene lugar la herencia por líneas siempre y cuando se trate de ascendientes de segundo grado o ulterior grado. Los ascendientes de primer grado heredan por derecho propio, es decir por cabezas de tal suerte que si solo existe el padre o la madre a ellos corresponderá la herencia en el supuesto de que no existan descendientes ni cónyuge los ascendientes de segundo o ulterior grado heredaran por líneas, de tal manera que en la herencia por líneas vuelve a aplicarse el principio de que los parientes más próximos excluyen a los más lejanos, principio que queda derogado para la herencia por estirpes, en la herencia por líneas si solo quedan ascendientes de una línea paterna o materna y en caso de que esos ascendientes tengan derecho a heredar por falta de descendientes, de cónyuge y de padres, toda la herencia se aplicará a los ascendientes de la línea paterna o materna, pero surge el problema, de saber si los parientes más próximos excluyen a los más lejanos, de tal manera que no quedan los bisabuelos en la línea paterna compartir la herencia con los abuelos, sino que exclusivamente a estos se aplicará la herencia en el supuesto de que sean los representantes de la línea paterna y que no haya ascendientes en la línea materna. Si concurren ascendientes de ambas líneas la herencia se divide en dos partes y después cada mitad se subdivide entre los miembros de cada línea, discutiéndose nuevamente si los parientes más próximos excluyen a los más lejanos.

Supongamos que a falta de descendientes, cónyuge y padres, existen los ascendientes por ambas líneas de segundo y tercer grados, abuelos y bisabuelos, la herencia se divide en dos partes, y después cada mitad se subdivide entre los miembros de cada línea conforme al artículo 2858 en el artículo 2843 se dice:

Los parientes más próximos excluyen a los más remotos, salvo lo dispuesto en los artículos 2848 y 2870.

Solo hay dos excepciones que se refiere al derecho de representación en la herencia por estirpes.

Como en la herencia de los ascendientes de segundo o ulterior grado no encontramos esa excepción expresa, cabría interpretar los arts. 2856 y 2857 que resultan confusos en su redacción, aplicando ese principio general dice el art. 2856.

Si solo hubiere ascendientes de ulterior grado por una línea, se dividirá la herencia por partes iguales.

Este artículo aislado y sin conocer el principio general, nos facultaría a interpretar que la herencia deberá dividirse por partes iguales entre abuelos, bisabuelos y demás ascendientes de una línea literalmente el precepto dice:

Si solo hubiere ascendientes de ulterior grado por una línea.

Con los ascendientes podrían ser abuelos y bisabuelos paternos o maternos este artículo facultaría a repartir la herencia entre todos los ascendientes violando el precepto general de que los abuelos deben excluir a los bisabuelos en el art. 2857 se dispone:

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 por otra a los de la materna. De una línea a otra no se aplica el principio contenido en el artículo 2843.

Los miembros de cada línea dividirán entre sí por partes iguales la porción que les corresponda art. 2858.

Tal parece entonces que el caso de ascendientes por ambas líneas nuevamente la mitad que corresponda a cada línea sería subdividida entre todos los ascendientes por partes iguales, siendo así que el artículo 2843 no nos permite hacer esta excepción a la regla general.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

La herencia en el caso de adopción.- Había dicho que el parentesco por adopción si da derecho a heredar, en tanto que el de afinidad no otorga ese derecho, es decir el parentesco establecido por virtud del matrimonio entre la mujer y los parientes de su esposo, o entre el esposo y los parientes de su mujer.

El parentesco por adopción origina un derecho limitado para heredar por una relación directa entre el adoptante y el adoptado, es decir no da lugar a heredar por adopción entre el adoptado y los parientes del adoptante o viceversa, solo el padre o la madre adoptivos tienen derecho a heredar pero los descendientes de estos, los ascendientes o los colaterales de los adoptantes no tienen derecho a la herencia del adoptado.

A su vez el adoptado tiene derecho a heredar solo a sus padres adoptivos y sus descendientes, ascendientes o colaterales, no tienen derecho a heredar a aquéllos. Todo esto es una consecuencia de que la adopción crea un parentesco directo y exclusivo entre adoptante y adoptado, y por tanto no otorga derechos ni obligaciones en relación con los parientes de uno u otro.

El código vigente, al tratar de la herencia de los descendientes incluye al hijo adoptivo y al reglamentar la herencia de los ascendientes menciona a los padres adoptivos dice el artículo 2851.

El adoptado hereda como un hijo pero no hay derecho de sucesión entre el adoptado y los parientes del adoptante.

Se sigue también la regla de equiparar a los padres adoptantes con los consanguíneos y así como los padres no tienen derecho a heredar cuando existan hijos del autor de la herencia, por la misma razón los adoptantes no pueden heredar al adoptado cuando este tenga hijos, teniendo solo derecho a recibir alimentos. En el art. 1120 se estatuye.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

Concurriendo los adoptantes con ascendientes del adoptado la herencia de este se dividirá por partes iguales entre los adoptantes y los ascendientes.

Supone el precepto que pueden concurrir los padres y los adoptantes o estos con ascendientes de ulterior grado, en este caso la herencia se divide en dos mitades una para los adoptantes y otra para los ascendientes, si los ascendientes son los padres, a su vez esa mitad se divide en dos partes o se aplica íntegra al ascendiente que sobreviva, pero si los ascendientes son de segundo o ulterior grado, supongamos abuelos o bisabuelos entonces la mitad que se reserva a estos se dividirá por líneas quedando en cuarta parte de la herencia para la línea paterna y la otra para la materna.

Si concurre el cónyuge del adoptado con los adoptantes, las dos terceras partes de la herencia corresponden al cónyuge y la otra tercer parte a los que hicieron la adopción.

Aquí se rompe la regla de igualdad, porque en los demás casos se ha considerado a los adoptantes como padres, se les otorguen iguales derechos, al grado que se divide la herencia por mitad pero los adoptantes frente al cónyuge solo tienen derecho a una tercera parte y este a las otras dos. En cambio, si concurre el cónyuge con los padres del autor de la herencia, tiene derecho a la mitad, y a los padres corresponde la otra mitad.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

# CAPITULO CUARTO

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

## CAPITULO IV. LOS ALBACEAS.

### 4.1.- ALBACEA CONCEPTO.

“Los albaceas, llamados también cabezaleros, testamentarios o ejecutores, son las personas designadas por el testador para asegurar la ejecución y el cumplimiento de lo mandado por él. El albacea es también un órgano representativo de la comunidad hereditaria.”<sup>57</sup> En nuestro derecho también hay albaceas en los intestados.

Se concede al testador la facultad de nombrar un albacea por el temor que existe de que los herederos sean negligentes o parciales.

“Se cree, que el albaceazgo nació en Grecia otros que existió en el derecho bizantino. Otros que en una institución de derecho germánico que tiene su antecedente en los Salmann institución común al derecho franco y al longobardo, que más tarde se transformaron en ejecutores llamados en esa época erogadores o dispensadores. Seguramente que en España se introdujeron para cumplir la parte piadosa del testamento, por la intervención muy común de los eclesiásticos en la ejecución de las últimas voluntades, en la época de los emperadores cristianos se multiplicaron las mandas piadosas.”<sup>58</sup> Bien interesa hacer notar que la institución del executor testamentario afecta a la situación jurídica del heredero, en cuanto a que mediante ella se le arrebatan a este y se transmiten a un tercero importantes funciones relacionadas íntimamente con dicha situación, de modo que la institución puede ser configurada como una tajante limitación de la situación normal del heredero.

“La palabra albacea nos viene del idioma árabe; aluací alvaciya, aluazir: lugarteniente”<sup>59</sup>.

<sup>57</sup> De Ibarrola Ob. Cit. Pág. 867.

<sup>58</sup> Ib. ídem.

<sup>59</sup> Ib. ídem.

Se ha discutido constantemente en la doctrina el papel o función que desempeñaba el albacea, tanto legítimo como testamentario habiéndose ensayado todas las soluciones posibles, pues sucesivamente se ha considerado al albacea como un mandatario del testador o de los herederos, como un representante legal de la herencia, también se ha dicho que es un mandatario post mortem, o bien que hay un mandato sui generis con el objeto de poder explicar múltiples anomalías o especialidades que no comprende el mandato ordinario, principalmente la relativa a la extinción por muerte del mandante, finalmente se ha creído también que el albacea es un representante de los acreedores de la herencia, de los legatarios de los herederos y del testador (en la hipótesis de albacea testamentario), por considerarlos todos conjuntamente, de tal manera que se ve en la herencia una comunidad de intereses cuyo órgano representativo sería el albacea, para quienes consideran a la sucesión como una persona jurídica, el albacea sería un representante de la herencia misma en tanto y cuanto es una entidad moral con vida independiente de los distintos sujetos antes mencionados.

Por otro lado, no es posible determinar la naturaleza jurídica del albaceazgo a través de un concepto unitario en el cual se pretenda explicar al mismo tiempo las funciones del albacea testamentario y del albacea legítimo. Solo cabría decir que en este caso es un órgano representativo de los herederos o legatarios, pero sin poder comprender las funciones específicas del ejecutor especial o el albacea testamentario general que cumple mandatos expresos del testador.

Por lo tanto explicare sucesivamente la función del albacea, la función del albacea testamentario y del albacea legítimo.

Parto de que la sucesión no es persona jurídica y por lo tanto que el albacea no puede ser un representante de esa entidad considerada como sujeto de derechos.

Así mismo se niega que el albacea pueda ser un representante del testador pues toda representación exige tanto jurídica como lógicamente que existan el representante y el representado ahora bien por hipótesis en el albaceazgo, el representado ha muerto, por

consiguiente sería elaborar una ficción contraria a la realidad jurídica el pretender explicarlas funciones del albacea testamentario, suponiendo que existe un representante del testador, ya que este deja de existir para el derecho y desde estos todos puntos de vista sería falsa la tesis que lo dé por existente para poder proporcionar una solución jurídica al problema.

Sujetándonos a la realidad jurídica y lógica como debe hacerlo toda tesis que pretenda consistencia, se tendrá que reconocer que tanto el albacea testamentario como el legítimo representan a los herederos a los legatarios y a los acreedores de la herencia.

Para el caso del albacea legítimo no hay problema jurídico dado que la ley determina que los herederos designarán al albacea en su caso los legatarios cuando toda la herencia se hubiere distribuido en legados.

No obstante que en principio son los herederos quienes designan al albacea sostenemos que este es órgano representativo de todos los intereses vinculados por la herencia, y por lo tanto de los legatarios y de los acreedores hereditarios. Ahora bien esto se explica que si toma en cuenta que el heredero como causahabiente a título universal, es un continuador de las relaciones jurídicas activas y pasivas del de cujus, y por lo tanto, al elegir albacea lo hace en su doble calidad de sujeto activo y pasivo de la herencia, es decir no solo por su propio interés al ser un adquirente de bienes y derechos, sino también por la obligaciones que le impone la ley para pagar las deudas hereditarias hasta donde lo permita el activo que reciba.

En cuanto a los legatarios, si es verdad que estos sólo pueden designar albacea definitivo cuando son considerados como herederos, porque toda la herencia se hubiere distribuido en legados o bien albacea provisional, en tanto se hace el nombramiento de herederos también no es menos cierto que en la hipótesis de que estos últimos designen albacea, no por ello los legatarios dejan de estar representados por los herederos que tienen un interés jurídico dada la responsabilidad subsidiaria de los legatarios para designar al albacea que habrá de representar a todos los sujetos que hemos venido mencionando,

acreedores, legatarios y herederos, por otra parte se puede explicar que se trata de un albacea impuesto por los herederos debido a la autorización expresa contenida en la ley por ser es los continuadores del patrimonio hereditario los representantes genuinos del mismo y del os sujetos de mayor responsabilidad en la comunidad de intereses que se constituye a la muerte del autor de la herencia, en esa virtud domina el mayor interés para que los sujetos con mayores responsabilidades nombren al órgano representativo de la comunidad hereditaria.

Por lo que se refiere a los albaceas testamentarios son aplicables las consideraciones que anteceden, en cuanto a su función representativa de la herencia habiéndose admitir que existe una representación de intereses múltiples después de la muerte del testador y que por lo tanto excluye la idea de mandato, esta representación aún cuando es voluntaria por derivar del testamento no por ello implica un mandato que por definición es un contrato y por lo tanto exige el consensus o acuerdo de voluntades.

#### **4.2.- EL ALBACEA CONFORME AL CODIGO CIVIL DE GUANAJUATO.**

“Los albaceas son las personas designadas por el testador o por los herederos para cumplir las disposiciones testamentarias o para representar a la sucesión y ejercitar todas las acciones correspondientes al de cujus, así como para cumplir sus obligaciones procediendo a la administración liquidación y división de la herencia. Es decir, los albaceas son los órganos representativos de la comunidad hereditaria para proceder a su administración, liquidación y división y en su caso los ejecutores de las disposiciones testamentarias”<sup>60</sup>.

Del concepto que antecede se desprende que los albaceas pueden ser designados por testamento en cuyo caso se llaman albaceas testamentarios y su misión consiste en cumplir las disposiciones hechas por el testador y representar a la sucesión

<sup>60</sup> Rojina Villegas, Ob. Cit. Pág. 175.

cuando no existe testamento o el testador no designó albacea, este tiene fundamentalmente la función de representar a la herencia, ejercitando las acciones conducentes y celebrando, además los actos o contratos que sean necesarios para la administración y liquidación de la masa hereditaria este albacea puede ser designado por los herederos o el juez en ciertos casos.

En nuestro derecho civil, el albacea es un elemento obligatorio de las sucesiones testamentarias o intestadas sus funciones son complejas pero las fundamentales son las de administrar y proteger el caudal relicto en beneficio de los herederos y legatarios y de los acreedores del de cujus y como el patrimonio encomendado a su administración es un patrimonio destinado a liquidarse a proceder esa liquidación y a entregar los bienes a quienes corresponda.

El albacea no actúa en representación del de cujus actúa sobre una esfera jurídica ajena y en sustitución o en lugar del de cujus según esta teoría el albacea puede actuar en esa esfera ajena y ejercer su función porque esta limitado por la ley.

#### **4.3.- QUIENES PUEDEN SER ALBACEAS.**

a) Es un cargo testamentario en donde, el testador puede nombrar uno o más albaceas art. 2919 (Código Civil de Guanajuato y los subsecuentes que se enuncian en los siguientes incisos) cuando es el testador quien lo nombra, entendemos que el testador debe hacer el nombramiento en su testamento precisamente y no en otra forma cuando el testador no hace la designación se aplica el artículo 2920, cuando el testador no hubiere designado albacea o el nombrado no desempeñare el cargo, los herederos elegirán albacea por mayoría pues en México pueden elegir albacea por herederos o designarlo el juez.

b) Es cargo voluntario. El cargo de albacea es voluntario, pero el que lo acepte, se constituye en la obligación de desempeñarlo (art. 2933) veremos luego que

existen excusas (art. 2936), que el juez debe calificar. Existen sanciones (art. 2587), por renuncia o remoción de un cargo, son incapaces de heredar por testamento lo que nombrados en él tutores, curados o albaceas hayan rehusado sin justa causa, el cargo o por la mala conducta hayan sido separados judicialmente de su ejercicio, artículo 2934, el albacea que renuncia sin justa causa perderá lo que le hubiere dejado el testador, lo mismo sucederá cuando la renuncia sea por justa causa si lo que se deja al albacea es con el exclusivo objeto de remunerarlo por el desempeño del cargo.

c) Entre nosotros no es gratuito el cargo, como lo es en España el testador puede señalar la retribución que quiera (art. 2978). Art. 2979 si el testador no designare la retribución, el albacea cobrará el dos por ciento sobre el importe líquido y efectivo de la herencia y el cinco por ciento sobre los frutos industriales de los bienes hereditarios. Art. 2980 el albacea tiene derecho a elegir entre lo que deja el testador por el desempeño del cargo y lo que la ley le concede por el mismo motivo, art. 2981, si fueren varios y mancomunados los albaceas la retribución se repetirá entre todos ellos; si no fueren mancomunados, la repartición se hará en proporción al tiempo que cada uno haya administrado y al trabajo que hubiere tenido en la administración art. 2982, si el testador legó conjuntamente a los albaceas alguna cosa por el desempeño de su cargo, la parte de los que no admitan éste, acrecerá a los que lo ejerzan.

d) Es cargo personalísimo, conforme a lo establecido en el artículo 2938 el albacea no podrá delegar el cargo que ha recibido, ni por su muerte pasa a sus herederos, pero no está obligado a obrar personalmente. Puede hacerlo por mandatarios que obren bajo sus órdenes, respondiendo de los actos de éstos, en cambio la obligación que de dar cuentas tiene el albacea, pasa a sus herederos (art. 2961).

e) Es un cargo temporal. Art. 2975: el albacea debe cumplir su encargo dentro de un año contando desde su aceptación o desde que terminen los litigios que se promovieron sobre la validez o nulidad del testamento. Artículo 2976, solo por causa justificada pueden los herederos prorrogar al albacea el plazo señalado en el artículo anterior y la prórroga no excederá de un año. Pero para prorrogar el plazo de

TFCIS CON  
FALLA DE ORIGEN

albaceazgo, es indispensable que haya sido aprobada la cuenta anual del albacea, y que la prórroga la acuerde una mayoría que represente las dos terceras partes de la herencia (art. 2977).

No requiere declaración solemne del juez de lo civil, para que quede discernido. Ha dicho la Suprema Corte de Justicia de la Nación que en atención a que el Código Civil vigente en el Estado de Hidalgo y el de Procedimientos Civiles correspondiente a aquél no exigen más requisitos para que el albacea entre en funciones con todos los derechos y obligaciones inherentes a su cargo que el de su mera aceptación, se sigue que al producirse esta, en el acto en que el juez de la sucesión le nombra albacea, ipso jure se produce el discernimiento de tal cargo en su favor, ya que la legislación aplicable, apartándose de fórmulas sacramentales que están reñidas con la moderna concepción del procedimiento, no estatuye que para ese discernimiento se produzca, sea menester una declaración solemne del juez.

d) Capacidad para ser albacea.

Pueden desempeñar el cargo de albacea todos aquellos quienes la ley no lo prohíbe aquí también la capacidad es la regla, la incapacidad es la excepción artículo 2917 no podrá ser albacea el que no tenga la libre disposición de sus bienes, la mujer casada mayor de edad podrá serlo sin la autorización de su esposo. Esta última proposición es una consecuencia de los dispuesto por el artículo 169 que da plena capacidad a cada cónyuge sin que para tal objeto necesite el esposo del consentimiento de la esposa, ni esta de la autorización de aquél, salvo lo que se estipule en las capitulaciones matrimoniales sobre administración de los bienes, entiéndose sobre los bienes de los cónyuges. Notemos que la aceptación de cargo de albacea no puede hacerse a plazo, ni condicionalmente. Si quedo nombrado en el testamento con tal carácter algún heredero o algún legatario, podrá repudiar la herencia o el legado, en su respectivo caso, y aceptar el cargo, aun cuando este lleve consigo alguna remuneración, pero en cambio no podrá rechazar el cargo y aceptar la herencia o el legado (art. 2934).

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

**Hay incapacidades absolutas: La que afecta al que no tiene la libre disposición de sus bienes.**

**Hay incapacidades relativas: Como aquellas de que habla el artículo 2980 que dice no pueden ser albaceas, excepto en el caso de ser herederos únicos. I.- Los magistrados y jueces que estén ejerciendo jurisdicción en el lugar en que se abre la sucesión; II.- Los que por sentencia hubieren sido removidos otra vez del cargo del albacea; III.- Los que hayan sido condenados por delitos contra la propiedad, y IV.- Los que no tengan un modo honesto de vivir.**

**Clases de albaceas.- Por lo que hace a las atribuciones el albacea podrá ser general o especial (art. 2929). El código no los define deja ese cuidado a la doctrina.**

**Por la forma que actúan pueden ser albaceas ser mancomunados sucesivos artículo 2930.- cuando fueren varios los albaceas nombrados albaceazgo será ejercido por cada uno de ellos, en el orden en que hubiesen sido designados o no ser que el testador hubiere dispuesto expresamente que se ejerza de común acuerdo por todos los nombrados pues en este caso se considerarán mancomunados en este caso, solo valdrá lo que todos hagan de consumo lo que haga uno de ellos legalmente autorizado por los demás o lo que en caso de disidencia acuerde el mayor número. Si no hubiere mayoría decidirá el juez (art. 2931). Artículo 2932.- en los casos de suma urgencia puede uno de los albaceas mancomunados practicar, bajo su responsabilidad personal los actos que fueren necesarios, dando cuenta inmediata a los demás.**

**Los albaceas generales tienen a su cargo el cumplimiento del testamento, hasta dejar consumada la sucesión con la participación hablo de los testamentarios el albacea especial lo nombra el testador para dar cumplimiento a alguna disposición especial: Entregar una cosa a algún legatario solo el testador lo puede nombrar los herederos el juez únicamente pueden nombrar albaceas universales.**

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

Se llama albacea legítimo al nombrado por los herederos cuando no hay albacea o el nombrado no desempeña el cargo cuatro artículos hablan de el:

Artículo 2920.- Cuando el testador no hubiere designado albacea o el nombrado no desempeñare el cargo, los herederos elegirán albacea por mayoría de votos. Por los menores votarán sus legítimos representantes.

Artículo 2921.- La mayoría, en todos los casos de que habla este capítulo, y los relativos a inventario y partición, se calculará por el importe de las porciones y no por el número de las personas.

Cuando la mayor porción esté representada por menos de la cuarta parte de los herederos, para que haya mayoría se necesita que en ellos voten los herederos que sean necesarios para formar, por lo menos, la cuarta parte del número total.

Artículo 2922.- Si no hubiere mayoría, el albacea será nombrado por el juez, de entre sus propuestos.

Artículo 2923.- Lo dispuesto en los dos artículos que preceden se observará también en los casos de intestado, y cuando el albacea nombrado falte, sea por la causa que fuere.

Cuando solo hubiere legatarios, el albacea será nombrado por estos art. 2926, pero entonces este albacea, al igual que el judicial durará en su encargo mientras que declarados los herederos legítimos estos hacen la designación de albacea (art. 2927) en cambio cuando toda la herencia se distribuya en legados, los legatarios nombrarán el albacea artículo 2928, en el caso de este último precepto el albacea elegido por los legatarios es definitivo.

TECIS CON  
FALLA DE ORIGEN

Se llama albacea judicial o dativo el nombrado por el juez, artículo 2925 cuando no haya heredero o el nombrado no entre la herencia, el juez nombrará el albacea si no hubiere legatarios.

#### **4.4.- CASOS DE REVOCACION.**

Los cargos de albacea o interventor acaban.

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

a) Por término natural del encargo debe entenderse la conclusión de todos los asuntos y negocios relacionados con el albaceazgo, bien sea antes del término legal de un año o su prórroga si la hubo o después del mismo, pues cualquiera que sea la época en la cual se lleve a cabo la partición de la herencia, que es conforme a los Códigos Civiles y Procesal la última etapa en los juicios sucesorios termina la actuación del albacea. Por consiguiente las relaciones jurídicas que pudieran originarse con posterioridad a la partición de la herencia, ya no requieren ni tampoco permiten la intervención del albacea, son los herederos o legatarios en su caso, quienes tienen que actuar directamente para todas aquellas cuestiones relacionadas con la herencia ya provengan de causas de responsabilidad de herederos o legatarios ya se motiven como consecuencia de la misma partición según se exija la rescisión, nulidad o cumplimiento de las participaciones en las distintas hipótesis previstas por los artículos 3032 a 3035 del (C.C. Gto.).

b) Por la muerte del albacea termina también el cargo que se le hubiere conferido, pero no el albaceazgo ya que este continúa hasta que llegue la

**TRIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

conclusión definitiva de los negocios de la herencia, para el caso de muerte del albacea, el artículo 2930 regula la hipótesis de albaceas sucesivos, pues precisamente el cargo será ejercido por quien siga al albacea difunto, en el orden que hubiere señalado el testador, también los herederos pueden hacer una designación de albaceas sucesivos dado el testamento general del citado precepto y de acuerdo con el principio general de derecho conforme al cual lo que no está prohibido, es decir el caso queda comprendido dentro del sector de lo lícito potestativo en cuanto al ámbito de acción de los herederos.

c) Por incapacidad legal del albacea, declarada en forma termina su encargo, pero no el albaceazgo, exigiéndose por el artículo 2917 que el albacea tenga capacidad para disponer de sus bienes, es evidente que si posteriormente se declara su incapacidad, no podrá ya continuar en el desempeño de su cargo, y por lo tanto deberá procederse a la designación de un nuevo albacea.

d) Por excusa que el juez califique de legítima termina también el cargo de albacea, pero no el albaceazgo, ya que este caso como en los dos inmediatos anteriores deberá procederse a la designación de un nuevo albacea, al efecto determinamos ya en casos el artículo 2936 admite la excusa y que personas pueden presentarla, dado su carácter de empleados o funcionarios públicos, militares en servicio activo, pobres que estén imposibilitados para atender el albaceazgo, enfermos personas que no sepan leer ni escribir, mayores de setenta años o sujetos que desempeñen ya otro albaceazgo. Cuando estén interesados menores o la beneficencia pública en la herencia la excusa deberá ser calificada por el juez con audiencia de los interesados y del ministerio público.

e) Por la terminación del plazo por la ley o las prórrogas concedidas por el desempeño del albaceazgo concluye el cargo pero conforme a la jurisprudencia se ha considerado que dicha terminación no opera ipso facto, pues quedaría la sucesión acéfala. En consecuencia no obstante la conclusión del plazo deberá continuar el albacea atendiendo los negocios de la herencia, como judiciales como extrajudiciales, hasta que se designe a un nuevo albacea, sin que se puedan impugnar de nullos los actos

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

jurídicos que hubiere concluido en el ejercicio de sus funciones y dentro de los límites que impone la ley a su capacidad.

f) La revocación del nombramiento hecho por los herederos, termina también el cargo de albacea, en este sentido el artículo 2984 permite que la revocación se haga en cualquier tiempo, pero en el mismo acto deberá nombrarse un sustituto en consecuencia aplicando las consideraciones anteriormente expuestas, debe decirse que si los herederos no designan un nuevo sustituto la revocación no surtirá efectos, debiendo continuar en el ejercicio del cargo el albacea repudiado, hasta que se haga nueva designación. Los albaceas especiales que hubieren recibido algún encargo del testador, además de presentar a la herencia y seguir el juicio sucesorio, no quedarán privados de la comisión expresa que les hubiese asignado el testamento por la revocación que hicieren los herederos, en este caso el artículo 2985 determina que el albacea será considerado como ejecutor especial aplicándose lo dispuesto en el artículo 2939, es decir, el nuevo albacea deberá entregar al citado ejecutor las cantidades o cosas necesarias para que cumpla la parte del testamento que estuviere a su cargo.

La revocación puede ser justificada, en ambos casos los herederos pueden hacerla pero el albacea removido tendrá derecho de exigir lo que le hubiese dejado el testador como remuneración por el desempeño del cargo o el tanto por ciento que le corresponda conforme al artículo 2979, cuando dicha revocación sea injustificada. Al efecto prescribe el artículo mencionado que si el testador no asignare una retribución al albacea, este podrá cobrar el dos por ciento sobre el importe líquido y efectivo de la herencia, y el cinco por ciento sobre los frutos industriales de los bienes hereditarios, pero si fueren varios los albaceas, y además mancomunados, la retribución se repetirá entre todos ellos si no fueren mancomunados la división se hará en proporción al tiempo que cada uno haya administrado y el trabajo que hubiera tenido en dicha administración.

#### **4.5.- CASOS DE REMOCIÓN.**

Por remoción termina también el cargo de albacea debe distinguirse la remoción que supone siempre una causa justificada por haber faltado el albacea al cumplimiento de sus obligaciones de la remoción que libremente pueden acordar los herederos en todo tiempo, independientemente de que haya o no causa para ello en consecuencia, la revocación dependerá exclusivamente del arbitrio de los herederos en tanto que la remoción debe fundarse en una causa que conforme a la ley sea suficiente para privar al albacea en el desempeño de su cargo.

El artículo 2987 estatuye:

La remoción sólo tendrá lugar por causa justificada y por sentencia pronunciada en el incidente respectivo, promovido por parte legítima.

En consecuencia toda remoción, para cumplir con la garantía consagrada en el artículo 14 constitucional debe ser pronunciada por sentencia en un incidente en el cual sea oído el albacea, debiendo además promoverse por parte legítima.

Entre las causas de remoción el artículo 2991, dispone que si el albacea no presenta el inventario dentro del término de ley, será removido.

El artículo 2989 del Código Civil del Estado estatuye lo siguiente: el albacea definitivo, dentro del término que fije el Código de Procedimientos Civiles, promoverá la formación del inventario.

Si pasamos los términos que señala el artículo anterior y si el albacea no promoviere o no concluyere el inventario, se estará a lo dispuesto por los artículos 2990 y 2991 del Código Civil, la remoción a que se refiere el ultimo precepto, será de plano.

**ACERCA CON  
FALLA DE ORIGEN**

Es evidente la contradicción existente entre el artículo 2987 y 2950 del Código Civil y el 617 del de Procedimientos Civiles, pues este último precepto permite que la remoción del albacea cuando no presenta el inventario procederá de plano, dando a entender que no será necesario que se promueva incidente en el cual sea oído y vencido el citado representante de la herencia.

En este sentido la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia se ha definido en los términos del artículo 2987 del Código Civil, exigiendo siempre y en todo caso de remoción, que se promueva el incidente respectivo por parte legítima, en el cual se dicte sentencia declarando la causa de remoción para que no se viole al albacea la garantía consagrada en el artículo 14 de la Constitución General de la República.

“Albaceas remoción de los, por haber terminado el plazo legal de su gestión ya sea que se trate de la remoción o de la cesación del albacea en cualquiera de los dos casos es siempre necesaria la declaración expresa del juez, para que el representante de la sucesión deje su encargo, la diferencia radica en el procedimiento de cada caso, es decir la cesación de un albacea, cuando expira el caso concedido por el testador o por la ley puede ser declarada de plano por el juez, en vista de las constancias existentes con los autos, sin que por eso se lesionen derechos de alguna especie y en cuando se trata de la remoción que obedece a faltas en el desempeño del albaceazgo, precisa seguir un procedimiento judicial, en el cual sea oído el interesado y pueda defenderse de las imputaciones que se le hagan más en uno y otro casos mientras no se compruebe que por declaración judicial expresa, ha dejado su encargo un albacea, ninguna autoridad puede desconocerle su carácter” (Tesis 78, pág. 162 de la última compilación de jurisprudencia definida de la Suprema Corte de Justicia de la Nación publicada en el apéndice de 1955 del semanario judicial de la federación a las ejecutorias que obran en los tomos XXXIV, pág.1090, XXXVII, pág. 1139, XLI, pág. 1719, XLII, pág. 1918 y XLIV, pág. 26)

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

#### 4.6.- SANCIONES.

El cargo de albacea es voluntario, pero una vez aceptado se tiene la obligación de desempeñarlo bajo las sanciones de pagar los daños y perjuicios por el ejercicio del mismo, no obstante el carácter voluntario del cargo quien lo renuncia pierde el derecho a heredar o a recibir el legado correspondiente así como a la remuneración del caso en este sentido el artículo 2587 (C.C. Gto) dispone:

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

Igual sanción se aplicará al albacea que haya sido removido del cargo por mala conducta, si el albacea hubiese presentado excusas y estas fueron desechadas, no incurrirá en la sanción del artículo 2587 si desempeña su encargo faculta el artículo 2980 al albacea para optar entre la remuneración que le deja el testador o la que la ley le concede en el caso de ser varios los albaceas la retribución se repetirá entre todos ellos si no fueron mancomunados la distribución se hará en proporción al tiempo que cada uno haya administrado y al trabajo que hubiere tenido en la administración, artículo 2981 (todos del Código Civil de Guanajuato).

Para el caso de que la renuncia sea por causa justificada, el albacea no perderá lo que le hubiere dejado el testador, a no ser que aparezca que se le benefició exclusivamente con el objeto de remunerarlo por el desempeño de su encargo (art. 2934).

Las excusas que tenga el albacea deberá presentarlas durante el término de quince días siguientes a la fecha en que tenga conocimiento de su nombramiento si ya conociere esta antes de la muerte del testador, el citado término se contará a partir de la cita de defunción en el caso de que las excusas fueren presentadas después del término indicado, el albacea responderá de los daños y perjuicios que origine.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

**Derechos y obligaciones del albacea. Tomando en cuenta que el albacea ejerce una función representativa de la herencia, puede decirse que las mismas obligaciones que la ley impone constituyen derechos para el ejercicio de su cargo.**

**En este sentido el artículo 2944 (C.C. Gto.) dispone:**

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

**Cada una de las obligaciones enumeradas en el mencionado artículo implica como es evidente, un derecho en el albacea pues este esta facultado para presentar el testamento, asegurar los bienes de la herencia formar los inventarios, administrar los citados bienes y rendir cuentas, hacer el pago de las deudas mortuorias, hereditarias y testamentarias proceder a la partición y adjudicación de los bienes entre los herederos y legatarios, defender en juicio y fuera de el tanto la herencia como la validez del testamento y representar a la sucesión en todos los juicios en que deba comparecer como actora o como demandadora.**

**También es interesante la disposición del artículo 2945 (C.C. Gto.) que obliga a los albaceas, dentro de los quince días siguientes a la aprobación del inventario, a proponer al juez la distribución provisional de los productos de los bienes hereditarios, señalando la parte que corresponda a cada heredero o legatario bajo la sanción de que no fuere presentado el proyecto correspondiente o durante dos bimestres consecutivos sin justa causa, no se pagare a los herederos o legatarios lo que les corresponda, será separado del cargo a solicitud de cualquiera de ellos.**

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

**El albacea tiene también un conjunto de obligaciones especiales consistentes en presentar el testamento, pedir el aseguramiento de los bienes que constituyan el caudal hereditario, pagar las deudas mortuorias y testamentarias y proceder a la liquidación de la herencia pagando a los acreedores de la misma.**

En caso de incumplimiento de las mencionadas obligaciones será removido de su encargo.

#### **4.7.- PROPUESTA.**

En los casos marcados en la legislación civil de nuestro Estado, tocantes al modo en que acaba el nombramiento del albacea e interventor, específicamente, a la revocación de sus nombramientos hecha por los herederos. Surge un vacío legal al no establecerse en el citado ordenamiento en forma descriptiva y concreta las causales de revocación que pudieran ser aplicables y exigibles por los demás herederos jurídicamente hablando, sino que se deja al prudente arbitrio de los herederos dicha revocación, tal y como se desprende del artículo 2984 del Código aludido, en el que se sostiene lo siguiente "La revocación puede hacerse por los herederos en cualquier tiempo, pero en el mismo acto debe nombrarse el sustituto".

Como se desprende, no se contempla precepto alguno de cuales son las causas o motivos suficientes para facultar a los herederos a dar por concluido el cargo de albacea, sino que se deja al capricho de que si un heredero no tiene buena relación familiar o simplemente no goza de una amistad íntima con el albacea, por sí y sin más, puede proponer la conclusión de su encargo. Situación que se puede manejar como un negocio que permita dejar grandes ganancias económicas, a ciertos herederos por convenir que a quién propongan como nuevo albacea les permita lograr ciertos manejos para obtener beneficios sin importarles los restantes en conjunto.

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

Ciertamente se requiere el consentimiento de todos los herederos, pero también lo es que muchas de las veces carecen de conocimientos técnicos- jurídicos debido a la complejidad de las leyes, lo que los pone en una situación precaria en cuanto a determinaciones precisas sobre lo mejor para su beneficio personal y patrimonial que para estos casos se requieren y favoreciendo por otro lado a los herederos que con mayor ventaja procuran que todo sea favorable a sus intereses particulares.

Significa que el legislador tiene la obligación de estudiar a fondo si la revocación en materia de albaceazgo, es procedente en cualquier tiempo y sin que medie causa justificada, así como el establecimiento de las causas que se tendrán que aplicar al caso específico y también la vía procesal por la cual debe conducirse la parte accionante cuando lo considere conveniente, determinando si se vulneran o no las garantías del albacea.

Se desprende que en esta parte del derecho sucesorio, propiamente en nuestra legislación civil del Estado exista un apartado (artículo) especial, en donde se planteen en forma pormenorizada aquellos aspectos que resulten aplicables a la revocación, tales como mencionar que: "La Revocación podrá ejercitarse cuando el albacea pierda sus derechos civiles y políticos, por ingratitud hacia los herederos en el mal manejo del patrimonio o por ocultar información indispensable sobre la situación legal en que se encuentren los bienes, en tratándose de arrendamiento y ocultar el precio real de la renta o destinar a un uso distinto a la propia naturaleza del bien o bienes en dicho caso, o cuando cometa algún delito intencional que merezca pena privativa de libertad, cause una afectación patrimonial y moral en contra de los herederos."

En ese sentido, el juez no valorará a su prudente arbitrio las pretensiones del accionante o promoventes, sino que aquél tendrá la obligación de estudiar en forma fundada y motivada, si son o no los supuestos procedentes para llevar a cabo la revocación cuestionada.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

# CONCLUSIONES

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

## CONCLUSIONES.

**PRIMERO.-** La familia como grupo de personas singulares y unidas por un derecho de relación especial o por el derecho común del parentesco, gozan de una relación especial que están bajo una misma potestad, sujetas a ella por nacimiento o por un acto de derecho, con el cabeza de familia, la madre de familia, el hijo de la hija de familia y los sucesivos, como nietos y nietas. Se ha considerado tradicionalmente como la célula básica de toda organización política y social.

**SEGUNDO.-** La familia nace con el hombre mismo, ha existido desde que el hombre existe y con el ha evolucionado, por lo mismo su estudio no deberse limitado a la manera como se originado, sino es preciso estudiar su evolución como concepto, y su transformación que ha presentado en sus diferentes etapas hasta llegar a nuestros días.

**TERCERO.-** El vinculo familiar primario es el que se deriva de las relaciones sexuales permanentes a través del matrimonio o concubinato. De la relación sexual surge la procreación que a su vez, da origen al parentesco, es decir que de la unión del hombre con la mujer surgen hijos, dando cabida a la relación familiar más cercana, la filiación.

**CUARTO.-** Las consecuencias jurídicas del parentesco es crear obligaciones recíprocas entre los parientes consistiendo en una serie de derechos tales como: el derecho a percibir alimentos, a heredar o a demandar alimentos a la sucesión, derechos sobre los bienes de los hijos y sobre sus personas por efectos de la patria potestad, la obligación de otorgar alimentos a los hijos, impedimentos para el matrimonio entre ascendientes y descendientes, crea obligaciones inherentes a la patria potestad, crea atenuantes y agravantes en la responsabilidad penal.

**QUINTO.-** Corresponde a las normas jurídicas referentes a la herencia determinar a quien o quienes corresponde, en justicia ser él o los nuevos sujetos del

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

patrimonio acéfalo y los derechos que otras personas tengan sobre el mismo patrimonio. Estás tendrán por objeto dar a cada quién lo suyo en esta coyuntura del fallecimiento de una persona.

Se debe pues establecer, por medio de esas normas el modo de determinar esos sujetos, para lo cual deberá atender a los siguientes elementos:

I.- El derecho de disposición sobre sus bienes por causa de muerte que tenía el *cujus* y por consiguiente su facultad de disponer, en vida la distribución de su patrimonio para el caso de su muerte.

II.- Las obligaciones que tenía el mismo con respecto a su *cónyuge* y a sus hijos y demás parientes cercanos, por consiguiente reconocer cierta vocación natural que tienen estos a participar del patrimonio del fallecido.

III.- Los derechos que tiene el Estado sobre el mismo patrimonio en virtud de que ha establecido y mantenido un orden jurídico que hizo posible al *cujus* al tener derechos reales, posesión y derechos de crédito, protegidos por ese orden.

Con el manejo de estos elementos, toca al derecho establecer la forma para determinar los herederos, la proporción y el modo en que en justicia, deben recibir los bienes relictos para lo cual se deberán tomar en cuenta las circunstancias, el lugar y el tiempo de aplicación de la ley.

**SEXTO.-** Se hace necesario que exista el testamento como un acto jurídico unilateral, personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz transmite sus bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte, a sus herederos o legatarios, o declara y cumple deberes para después de la misma, y a falta de testamento se iniciará el procedimiento sucesorio mediante la llamada sucesión intestamentaria.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

**SEPTIMO.-** En la sucesión se concede al testador la facultad de nombrar un albacea por el temor que existe de que los herederos sean negligentes o parciales. El cual es órgano representativo de todos los intereses vinculados por la herencia, y por lo tanto de los legatarios y de los acreedores hereditarios, sus funciones consisten en administrar y proteger el caudal patrimonial en beneficio de los herederos y legatarios y de los acreedores del de cujus y como el patrimonio encomendado a su administración es un patrimonio destinado a liquidarse luego de proceder esa liquidación tiene como obligación el entregar los bienes a quienes corresponda.

**OCTAVO.-** Los albaceas en cuanto a sus obligaciones consisten en presentar el testamento, pedir el aseguramiento de los bienes que constituyan el caudal hereditario, pagar las deudas mortuorias y testamentarias y proceder a la liquidación de la herencia pagando a los acreedores de la misma y en caso de incumplimiento de alguna de sus obligaciones será removido de su encargo.

**NOVENO.-** No es justificable de acuerdo a los principios de justicia y legalidad, la revocación del nombramiento de albacea e interventor por la simple decisión de los herederos en cualquier tiempo, sin que medie justificación alguna. Se tienen que normar las causas en forma descriptiva sobre los motivos o circunstancias que motiven a los herederos a tener por revocando a un albacea e interventor, en el tiempo en que ellos así lo estimen prudente, partiendo pues, de una profunda crítica y análisis, a saber, cuales son las razones o motivos que los impulsen a tomar tal decisión.

**DECIMO.-** Lo justo será tener una ley civil sucesoria que establezca las condiciones legales y jurídicas apegadas a derecho, que tendrá que cumplir cada heredero al momento de ejercitar su vía y permita al albacea o interventor defender sus intereses, para lograr así en nuestra legislación civil y en aquél juzgador que conozca del asunto una congruencia en el momento de que dicte resolución.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

# BIBLIOGRAFIA

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

## BIBLIOGRAFIA.

### TEXTOS.

1. Arce y Cervantes, José, De las Sucesiones, Editorial Porrúa, Segunda Edición, México, 1988. Págs. 235.
2. Bonnecase, Julián, Elementos de Derecho Civil, Pue. Traducción del Lic. J.M. Cajica, Jr.
3. Castán Tobeñas, José, Derecho Civil Español, Común y Foral, Tomo VI, Ediciones Reus, Madrid, España, 1969.
4. Cicu, Antonio, Derecho de Sucesiones, Parte General, Colegio de España en Bolonia, 1964.
5. Chávez Ascencio, Manuel F. La Familia en el Derecho. Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares, 1ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 1984. Págs. 623.
6. De Ibarrola Antonio, Cosas y Sucesiones, Editorial Porrúa, México, 1999. Págs. 1120.
7. Elías Azar, Edgar, Personas y Bienes en el Derecho Civil Mexicano, Editorial Porrúa, México D.F. 1999. Págs. 578.
8. F. Laurent, Derecho Civil Francés, Tomo XIII.
9. Ibarrola, Antonio, Derecho de Familia, 3ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 1984.

10. **Montero Duhalt, Sara, Derecho de Familia, 3ª. Edición, México, Editorial Porrúa, 1987. Págs. 429.**
11. **Pallares Eduardo, Derecho Procesal Civil, Editorial Porrúa, México, 1989. Págs. 680.**
12. **Planiol y Ripert, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, traducción de Mario Díaz Cruz, Tomo V, Habana, Cuba 1935.**
13. **Rojina Villegas, Rafael, Derecho Civil Mexicano, 5ª. Edición, Tomo II, Editorial Porrúa, México, 1980. Págs. 734.**
14. **Rojina Villegas, Rafael, Derecho Civil Mexicano, Tomo IV, Derecho Hereditario, Editorial Porrúa, México, 1980. Págs. 581.**

#### **OTRAS FUENTES.**

1. **Cabanellas, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, 2da. Edición, Buenos Aires, Argentina, Editorial Heliasta, 1953.**
2. **De Caso Romero Ignacio, Francisco Cervera y Jiménez Alfaro, Diccionario de Derecho Privado.**
3. **García Goyena, Florencio, concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español, Tomo II.**
4. **Gutiérrez Alviz y Armario, Faustino, Diccionario de Derecho Romano, 3ª. Edición, Ediciones Reus S.A., Madrid, España, 1982.**

**TESIS CON  
FOLIA DE ORIGEN**

5. Pallares Eduardo, **Diccionario del Derecho Procesal Civil**, Editorial Porrúa, México D.F. 1997. Págs. 907.

#### **LEGISLACION.**

1. **Código Civil de Guanajuato**, Anaya Editores, S.A. Colección de Leyes y Códigos, México, D.F. 2000. Págs. 569.
2. **Código Civil para el Distrito Federal**, Editorial Porrúa, México, D.F. 1998. Págs. 676. Págs. 676.
3. **Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Guanajuato**, Editorial Sista, México D.F., 2000. Págs. 156.

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**