



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

**SEMINARIO DE DERECHO ROMANO E HISTORIA DEL
DERECHO**

**LA DESHEREDACIÓN DESDE EL DERECHO ROMANO AL DERECHO
POSITIVO MEXICANO**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
ALFREDO ALEJANDRO ESCAMILLA ALFARO**

ASESORA: LIC. RAQUEL SAGAON INFANTE.

MÉXICO, D. F. AGOSTO DE 2007.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MÉXICO
POR ABRIRME SUS PUERTAS Y EN ESPECIAL
A LA FACULTAD DE DERECHO

Con todo mi agradecimiento y cariño:

A Dios por sus bendiciones y protección.

A mi padre por ser ejemplo de lealtad, humildad, nobleza y honestidad.

A mi madre, por su gran entrega y su fe en mí.

A mis hermanos, por su cariño.

A mi esposa, por su comprensión.

A mi hijo, que esta próximo a llegar.

A mi amigo y jefe el Lic. Alfredo Morán.

A quien me ilumino para la realización del presente trabajo, Lic. Raquel Sagaon.

A mis amigos y compañeros de la notaria 47 del D. F.

INDÍCE

	PAGINAS.
INTRODUCCIÓN.....	6
CAPÍTULO I	
LA SUCESIÓN	
1.- CONCEPTO.....	7
2.- VÍAS SUCESORIAS.....	8
3.- EN EL DERECHO ROMANO.....	9
a) Legítima .	
b) Testamentaria.	
c) Vía Oficiosa.	
4.- EN EL DERECHO ESPAÑOL.....	28
a) Legítima.	
b) Testamentaria.	
c) Vía Oficiosa.	
5.- EN EL DERECHO POSTIVO MEXICANO.....	46
a) Legítima.	
b) Testamentaria.	

CAPITULO II

LA DESHEREDACIÓN

1.- CONCEPTO.....	62
2.- ANTECEDENTES HISTORICOS.....	62
2.1.- DERECHO ROMANO.....	64
2.2.- DERECHO ESPAÑOL.....	68
EN MÉXICO.....	79
2.3.- LEGISLACIÓN.....	79

CAPITULO III

LA PRETERICIÓN

1.- LA PRETERICIÓN. CONCEPTO.....	82
2.- PRECEDENTES.....	83
3.- CONCEPTO DE LA PRETERICIÓN VIGENTE EN EL D.F...	85

4.- LA DESHEREDACION Y SU RELACION CON LA PRETERICIÓN.

..... 90

CONCLUSIONES..... 102

BIBLIOGRAFÍA..... 105

INTRODUCCIÓN

Es materia del presente trabajo de investigación, con el cual pretendo obtener el grado de Licenciado en Derecho, el estudio y análisis de la Institución Jurídica la desheredación y la relación con nuestro derecho positivo mexicano.

Está institución básicamente la encontramos dentro de la figura de las sucesiones, específicamente en las sucesión Mortis Causa, es decir, después del hecho de muerte de una persona, debido a que en la transmisión por causa de muerte se extingue la personalidad y el patrimonio pasa a un nuevo titular.

En la sucesión testamentaria en México no se contempla la figura jurídica de la desheredación como si lo contemplaban en el derecho Romano y en España; por que la institución de la desheredación no es si no simplemente la privación de un derecho a aquel heredero que le correspondía heredar haciéndolo el testador en su testamento señalando la causa por la que este debía ser desheredado.

La **DESHEREDACIÓN**, dentro nuestro derecho positivo no existe como tal, pero sí encontramos con una figura jurídica similar a está, como lo es la preterición.

Asimismo, encontramos el concepto de preterición, sus precedentes, sus diversas clases, su verdadera actividad dentro de nuestro derecho actual, en fin hablaremos también del sistema de la libre testamentificación y como ha ido avanzando con el transcurso del tiempo.

No queda más que agregar, que el estudio de este tema es fundamental tanto en el ámbito jurídico como en la vida personal ya que todos alguna vez tendremos que otorgar nuestro testamento y por virtud del cual podremos instituir o desheredar algún pariente.

CAPITULO I

LA SUCESIÓN

Para una mejor comprensión del presente trabajo, en este capítulo se analizan los conceptos relacionados con el tema que nos ocupa, para llevar a cabo la lectura y análisis de la presente tesis.

1. CONCEPTO.

Iniciare con una distinción entre los actos INTER VIVOS y los MORTIS CAUSA, la segunda aseveración es el tema que nos ocupa y que ya era conocida desde el Derecho Romano.

En el acto INTER VIVOS ambas partes, con sus correspondientes voluntades concurren a la celebración del acto: se encuentran presentes, por sí o por medio de un apoderado. En cambio, en el acto MORTIS CAUSA, el autor ya no se encuentra entre nosotros: concluyó su personalidad, y su patrimonio pasará a un nuevo titular. Esta sucesión comprende en derecho los testamentos, donaciones, legados, sucesiones, etc., en los que la transmisión de la totalidad o en parte de los derechos, está subordinada a la condición suspensiva del fallecimiento de una persona.¹

La palabra **sucesión**, proviene del latín *successio*, de Succedere, tomar el lugar de otro, como un sucesor en un cargo público o como su heredero.²

¹ IBARROLA ANTONIO DE. Cosas y Sucesiones. Edit. Porrúa, S.A. Tercera Edición. México 1972. Pág. 520.

² MORINEAU IDUARTE MARTA. Diccionarios Jurídicos Temáticos. Derecho Romano. Segunda Serie. Editorial. Oxfort. México, D.F. 2002. Pág. 101.

Este término comprende dos acepciones: la primera, como transmisión de los bienes de una persona que muere, a sus herederos. La segunda designa el conjunto de los derechos activos y pasivos cuyo traspaso opera por la muerte de la persona a quien pertenecía el patrimonio dejado por el difunto. De estas apreciaciones resulta un primer aspecto, el acto de la transmisión de los bienes y en un segundo por lo que se refiere al objeto transmitido.³

Así, la palabra *successio* toma, en general, el significado de **adquisición derivativa**: una persona sucede a otra, es decir, va a ocupar su situación en la titularidad de un derecho o de una suma de derechos.⁴

2. VÍAS SUCESORIAS.

Entendiéndose a la sucesión como un conjunto de activos y pasivos a transmitir una vez que opere el hecho de la muerte de una persona; se conocen diversas vías sucesorias, la primera de ellas, conocida como la vía documentada (*testamentaria*), la cual trata del acceso al patrimonio dejado por una persona en los términos y condiciones establecidos por ésta, a quien también se le conoce como testador; esta vía con el devenir del tiempo se ha convertido en la forma más segura, mesurada y sensata de hacer llegar a terceros el patrimonio que deja una persona, una vez que fallece. Es una forma eficaz de transmitir bienes, derechos y obligaciones, ya que el titular de ese patrimonio sabe y conoce de la situación patrimonial de sus sucesores e igualmente puede determinar con toda certeza quienes deben de acceder al mismo.

³ MAGALLON IBARRA JORGE MARIO. Instituciones de Derecho Civil. Tomo V. Editorial. Porrúa S. A. México, D.F. Pág. 2.

⁴ ENNECCERUS LUDWIG “+”. DERECHO DE SUCESIONES. Vol. 1. 2ª. Edición. Editorial Bosch Casa Editorial S. A. Barcelona 1976. Pág. 393.

La segunda, también conocida como aquella donde la Ley en su caso dispone quienes deban concurrir o acceder a sustituir al titular del patrimonio llamado *yacente (intestamentaria)*, toda vez que siendo la incumbencia de su titular designarlos no lo hizo en vida y habida cuenta de que no existe un patrimonio sin titular es ahí donde la ley se enseñoera y establece quienes son o deben ser los titulares de dicho patrimonio y una tercera la vía oficiosa que trataremos más adelante.

Analizaremos las vías sucesorias consagradas en el Derecho Romano, Español, y en nuestro Derecho Positivo Mexicano, tanto en el Código Civil Federal como en el Código Civil para el Distrito Federal.

3. EN EL DERECHO ROMANO.

En Roma, su sistema jurídico regulaba tres formas o procedimientos generales de transmisión hereditaria: la “más débil” era la vía **legítima**; la vía **testamentaria** “era más fuerte que la legítima”, ya que ésta se retiraba inmediatamente cuando se presentaba un testamento; pero la más fuerte era la **vía oficiosa**, ya que corregía inclusive la repartición prevista por un testamento.⁵

a) Legítima.

La sucesión ab-intestato, también llamada legítima o intestamentaria, era aquella que se verificaba por ministerio de Ley.

Durante el período histórico en que Roma ocupó la hegemonía del mundo, hasta entonces conocido estableció su supremacía en ordenamientos jurídicos bien establecidos, ocupando especial importancia

⁵ MARGADANT S. GUILLERMO FLORIS. El Derecho Privado Romano. 23ª. Edición. Editorial. Esfinge, S.A. de C.V. Naucalpan, Estado de México. 1998. Pág. 456.

el rubro dedicado a las sucesiones; fue durante esta época que se le dedicaron apartados específicos a la materia, al respecto el maestro Baqueiro nos ilustra lo siguiente:

“El origen del sistema de **sucesión legítima** se encuentra en el derecho romano, en donde se distinguen tres clases de herederos: Herederos sui, Herederos voluntarios y Herederos necesarios.

1. Eran herederos **sui** los sujetos a la patria potestad del pater que fallecía, y que por ese hecho quedan sui iuris.
2. Eran herederos **voluntarios** los extraños señalados por el testamento del pater, ajenos a su familia.
3. Era herederos **necesario** el esclavo, cuando su dueño no tenía otros herederos y se requería de que alguno cuidara del culto familiar, heredar era obligatorio”.⁶

El objeto de la sucesión comprendía derechos de carácter patrimonial, incluyendo el activo y el pasivo, pero además de esto contenía principios que llegaron a nuestra legislación actual, los que cita a continuación el Maestro Sabino Ventura Silva: a) Al heredero no pasaban solamente los derechos del difunto, sino además las obligaciones y cargas; b) El heres, en el cumplimiento de las obligaciones del difunto debía cumplirlas no solamente con el activo del patrimonio heredero, sino, incluso con su patrimonio: ultra vires hereditatis, más allá de las posibilidades de la herencia; c) Las relaciones jurídicas que tenía el difunto pasan al heres de las mismas características; d) Cualquiera que sea la diversa naturaleza de las propiedades; créditos, derechos reales, obligaciones, etc., que integran el patrimonio del difunto y la variedad de los modos ordinariamente adecuados para su adquisición, su traspaso al heredero acaece en bloque,

⁶ BAQUEIRO ROJAS EDGAR y ROSALÍA BUENROSTRO BAEZ. Derecho de Familia y Sucesiones. Editorial Harla, México 1997. Pág. 355.

derivado de un único acto igualmente eficaz para todos; e) El fenómeno de la sucesión está ligado al título de heres, la designación del cual verifica o por la voluntad del causante (sucesión testamentaria), o por la ley (sucesión ab intestato); la primera se presenta como preferida de los romanos, no llamándose a los herederos designados por la ley sino cuando el causante intestato moritur; f) Ambas formas de designación de heredero son incompatibles. Nadie puede morir en parte testado y en parte intestado (*nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*)⁷; g) Había herederos que, una vez designados recibían el patrimonio del causante en cuanto éste moría sin necesidad de un acto especial de aceptación; heredes sui (llamados también sui et necessaria), personas inmediatamente sometidas al causante por vínculo agnaticio, esclavos del causante y otros que necesitaban aceptar la herencia.⁸

En sus inicios, el Derecho Romano consideraba la transmisión hereditaria como parte de su cultura religiosa⁹, en la que el heredero tomaba a su cargo la soberanía doméstica, en la que se ocupaba del patrimonio y del culto familiar. La sucesión legítima o forzosa fue impuesta por el Estado, y tuvo gran importancia hasta antes que se estableciera la sucesión testamentaria. Esto, aparte de afirmar los lazos familiares, reafirman también la soberanía del Estado; y fue hasta la Ley de las Doce Tablas¹⁰ (tabla V. 3) donde se admitió el testamento como forma de transmitir los bienes después de la muerte, y llegó a ser tal la costumbre que el no hacer testamento se consideraba un deshonor e inclusive la llamaban falta.

El uso tan común del testamento, obligó al estado a reaccionar en

⁷ BIALOSTOSKY SARA. Panorama del Derecho Romano. Tercera Edición. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México. México, D. F. 1990. Pág. 263.

⁸ VENTURA SILVA SABINO. Derecho Romano. 5ª. Edición. Editorial Porrúa. México D. F. Pág. 210.

⁹ ALVAREZ CAPEROCHIPI JOSE, ANTONIO. Curso de Derecho Hereditario. Editorial Civitas S. A. Madrid, España 1990. Pág. 19.

¹⁰ RUIZ CASTELLANOS ANTONIO. Ley de las Doce Tablas. Editorial Ediciones Clásicas Madrid. TABLA V.3 Pág. 68.

contra de el abuso de excluir de la herencia a los parientes cercanos, por lo que se desarrolló la sucesión **legítima formal** que consistía en la obligación impuesta al testador de no preferir a los sucesores ab intestato de la primera clase, o sea, los herederos por excelencia eran los herederos sui.

Para iniciar una sucesión intestamentaria se requiere de varios supuestos, los cuales encontramos: no hay heredero testamentario cuando: a) el difunto no hizo testamento; b) cuando el testamento es iniustum - no hecho conforme a derecho, ruptum – válido en un principio, pero invalidado posteriormente, irritum – afectado de invalidez posteriormente por capitis deminutio del testador o se le considera inofficiosum descortes, contra el afecto familiar; c) cuando el heredero muere antes, el incapaz, rehúsa o no se realiza la condición bajo la cual se instituía. 2. Como consecuencia de la regla anterior, la sucesión ab intestato se abre es el momento en que es cierto que no hay herederos testamentario. 3. Es hasta la apertura de la sucesión legítima cuando es necesario colocarse para apreciar la capacidad, la cualidad y el grado de parentesco de los herederos ab intestato; así es necesario ser ciudadano romano y que el heredero ab intestato esté concebido por lo menos en el momento de la muerte de aquél a quien sucede.

Ocurría en Roma, que se iniciaba la sucesión testamentaria, pero al ser declarado nulo el testamento, inoficioso o cualquiera de los supuestos antes citados, podía entonces acudirse a la *vía intestamentaria*, pero jamás tramitarse en el mismo instante ambas vías.

LA SUCESIÓN INTESTAMENTARIA SEGÚN LA LEY DE LAS DOCE TABLAS.

Dentro de la evolución del derecho sucesorio y antes de que nacieran las vías testamentarias y forzosa, el derecho civil designaba a los herederos, posteriormente en la Ley de las Doce Tablas (fundamento de la vida jurídica en Roma)¹¹, facultaba al paterfamilias para disponer de su patrimonio a favor de un tercero mediante un acto jurídico formal y unilateral llamado testamento, apareciendo la figura del heredero testamentario, pero antes la ley designaba a los herederos en un orden, por lo que jamás el patrimonio de una persona se quedaba sin titular, pues heredaban de la forma siguiente:

1. Los sui herederos.
2. Los agnados; y
3. Los gentiles (Tabla V.4).¹²

En relación a lo anterior, dicha tabla señalaba lo que a continuación transcribo: "...Tabla V...La disposición del padre de familia sobre su patrimonio y la tutela de sus hijos sea tenida como ley. Si muere intestado quien no tiene herederos suyos, herédele el agnado más próximo, y si agnados no tuviese tampoco, sucédanle los gentiles. Si el liberto muriese intestado y sin herederos suyos, y le sobreviviese el patrón o los hijos de éste, los bienes de la familia del liberto pasen a la del patrón. Las obligaciones y créditos de la herencia se entienden divididos ipso jure entre los herederos por partes hereditarias. Los demás bienes no se entiendan así: si place a los herederos podrán dividirse, nombrando el pretor tres jueces árbitros para verificar las divisiones. Si el padre de familia muere intestado y deja por heredero a un hijo impúber, pase su tutela al agnado más próximo. Póngase a cargo de los agnados y gentiles la persona y bienes del furioso o pródigo que no tengan guardador".

¹¹ HUNKEL WOLFGANG. Historia del Derecho Romano. 4ª. Edición. Editorial Ariel S. A. Barcelona, 1982. Pág. 31.

¹² RUIZ CASTELLANOS ANTONIO. Ley de las Doce Tablas. Cfr. TABLA V.4 Pág. 68.

Los sui herederos o herederos de sí mismo, todos ellos heredaban sin distinción de grado y eran los descendientes legítimos o adoptivos bajo la potestad directa del difunto: hijos, mujeres sometidas a la manus, y los hijos póstumos.

Cabe mencionar que al llamar a los **sui herederos** (herederos suyos), ya se contemplaba el heredar sin limitación de grado de parentesco, por ejemplo, si el difunto dejaba dos hijos y un nieto que nació de un hijo ya fallecido anteriormente, los nietos no eran excluidos por los hijos, pues heredan en el lugar de su padre, dejando así, la base para la sucesión por estirpes, ya que en ese entonces, se contemplaba el heredar por cabezas o por estirpes, para aclarar éstos términos, cito: "... La partición se hacía por cabezas, in capita, siendo todos herederos suyos en primer grado: tres hijos recogen cada uno de tercio. En todos los demás casos se hace por troncos in stirpes, si hay un hijo y dos nietos nacidos de otro hijo premuerto, la sucesión se divide en dos partes, puesto que hay dos troncos: el hijo recoge una mitad y la otra se reparte para los nietos..."¹³

El segundo grupo de personas llamadas por la ley, eran los agnados más cercanos, *¿Quiénes eran los agnados o agnatio?* La relación de las personas que estaban bajo la patria potestad del mismo pater familias. De acuerdo al *Ius Civile* la agnatio era la base para los derechos sucesorios.¹⁴

Aquí había un detalle que denotaba la rigidez del *Ius Civile*, no contemplaba la comparecencia de los agnados de diferente grado, es decir sólo heredaban los hermanos, a falta de ellos, los agnados más cercanos, que serían los sobrinos o los tíos, pero aquí no podrían heredar a la vez, un sobrino y un hermano, no era permitido, no se contemplaba la *sucessio graduum*.

¹³ VENTURA SILVA SABINO. Cfr. Pág. 258.

¹⁴ BIALOSTOSKY SARA. Cfr. Pág. 233.

Además, una vez repudiada la herencia por un agnado, el más cercano comparecía y aceptaba la herencia, que eran los gentiles, de quienes a continuación se hablará. El tercer grupo de personas que eran llamados después de los agnados, eran los gentiles o gens, que para definirlos, cito: "... La gens formaba un cuerpo cuya constitución era aristocrática y gracias a su organización interior pudieron los patricios conservar durante mucho tiempo sus privilegios... La gens era un conjunto de familias, a veces numerosísimas, pero que conservaba el mismo nombre y la unidad que su religión le ordenaba..."¹⁵

Quienes en realidad heredaban, no era el conjunto de familias, sino los miembros individuales de la gens, dicha gens, decae en los últimos años de la era Republicana.

LA SUCESIÓN INTESTAMENTARIA EN EL DERECHO PRETORIO.

Como en todas las civilizaciones, las necesidades eran cada vez más marcadas, derivadas de las injusticias que se padecían; aparece como consecuencia de ello el ius honorarium, llamado así por el honor concedido a los mismos, el pretor como la autoridad que aplicaba el derecho civil, supliendo las deficiencias y la rigidez de la Ley de las Doce Tablas, el género sería el derecho honorario y la especie el derecho pretorio.

El pretor, percatándose de las deficiencias del ius civile en materia de sucesión intestamentaria, llamaba aquellos parientes que él mismo excluía, que eran tres:

¹⁵ BRAVO GONZALEZ AGUSTÍN. Derecho Romano. Primer Curso. Editorial Porrúa S. A . México D.F. 1995. Pág. 33.

1. Los hijos emancipados.
2. Los parientes por parte de la mujer; y
3. La mujer casada (sine manu).

Por lo que crea una institución llamada bonorum possessio (posesión de los bienes)¹⁶, que llamaba no solo a parientes excluidos, sino que su apertura se daba a petición del interesado. Existían dos clases de bonorum possessio, que eran:

1).- Bonorum possessio testamentarias, que a su vez se dividían en dos: bonorum possessio contra tabulas y secundum tabulas, la primera desconoce las disposiciones hechas por un difunto en su testamento y designa heredar a las personas que él no instituyó pero que la ley suple su voluntad, la segunda, que tiene por finalidad ejecutar la voluntad del testador.

2).- Bonorum possessio ab intestato o intestamentarias, que eran de cuatro tipos: la primera, bonorum possessio unde liberi, bonorum possessio unde legitimi, bonorum possessio unde cognati y la última bonorum possessio unde vir et uxor.

a).- Bonorum possessio unde liberi: Aquí, el pretor llamaba a los mismos sui herederos de la sucesión del ius civile, solamente agrega al hijo emancipado, por que ya no era considerada esa calidad como un castigo.

b).- Bonorum Possessio Unde Legitimi: En este caso, los herederos eran aquellos que contemplaba en su totalidad el ius civile, es decir los sui herederos, los agnados y los gentiles, pero aquí como el sui herederos ya era

¹⁶ GIMENEZ CANDELA TERESA. Derecho Privado Romano. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 1999. Pág. 276.

llamado en los bonorum possessio unde liberi y los gentiles por su desaparición, sólo heredaban los agnados.

c).- Bonorum Possessio Unde Cognati: Los cognados eran aquellos cuya relación basada en los lazos sanguíneos, incluye por lo tanto el lado materno, que: "...1.- Los agnados capite minuti y sus descendientes, cuando estaban unidos al difunto por la sangre. 2.- Al hijo que estaba en una familia adoptiva, respecto a su padre natural. 3.- Los parientes por vía de mujeres (que eran los cognados propiamente dichos). 4.- Las mujeres agnadas. 5.- Los hijos vulgo quaesiiti (para la sucesión de todos los parientes maternos). 6.- Todos los parientes por la sangre que tenían derecho a una bonorum possessio superior y hubiesen omitido pedirla." ¹⁷

d).- Por último, la Bonorum Possessio unde vir et uxor, que contemplaba, que al no haber ninguno de los bonorum poseedor antes citados, comparecía el cónyuge supérstite.

Dentro de este periodo, se puede apreciar una gran evolución, sobre todo por que el pretor se dio cuenta de la falta de equidad que existía en el ius civile, llama parientes no llamados anteriormente, como lo son los cognados y los más interesante, al cónyuge supérstite, pero no conjuntamente o en un mismo acto, sigue esa línea que no se podía rebasar.

LA SUCESIÓN INTESTAMENTARIA EN ÉPOCA DE JUSTINIANO

Pasando a otra época, la sucesión intestamentaria sufrió modificación en la obra de Justiniano en las Novelas 118 y 127, que de acuerdo con el maestro Arias Ramos, se agrupa en cuatro tipos de parientes que son llamados a heredar en el orden que a continuación

¹⁷ MARGADANT S. GUILLERMO FLORIS. Op. Cit. Pág. 459.

transcribo: "... 1.- Los descendientes del causante, sea cualquiera el sexo de éste, el de los herederos, y el de los descendientes intermedios premuertos. Si son de grado distinto, los más próximos excluyen a los de grado más remoto, a no ser que el descendiente o descendientes intermedios que proceden a éstos no hayan muerto anteriormente. Así, los nietos sólo heredan a su abuelo si antes murió su padre. Los descendientes del mismo grado heredan por cabezas; los de grado distinto por estirpe. 2.- Los ascendientes, los hermanos de doble vínculo y los hijos de uno de éstos ya fallecido. Si solo existen ascendientes, el grado más próximo excluye a los demás, el padre a los abuelos maternos, si había varios de igual grado, abuelo paterno y abuelo y abuela maternos, se divide la herencia primero por estirpes y dentro de cada estirpe, por cabezas (en el ejemplo anterior el abuelo paterno recibiría una mitad y los maternos otra entre los dos, o sea, un cuarto cada uno).¹⁸ Si había ascendientes y hermanos, la herencia se repartía per capita entre todos. Los sobrinos heredaban por estirpes la parte que hubiera correspondido a su padre o madre si viviera. 3.- Hermanos y hermanas sólo de padre (consaguíneos) o sólo de madre (uterinos), y los hijos de los que hubieran fallecido con anterioridad. 4.- Colaterales, eliminando los de grado más próximo a los de grado más remoto". Es punto discutido si JUSTINIANO hizo el llamado sin limitación alguna o si regirían los topes de sexto grado y el séptimo para los nacidos a sobrino que señalaba el edicto del pretor.¹⁹

De lo anterior, se desprende que Justiniano, siguió excluyendo a parientes con derecho a heredar, en primer lugar sigue llamando a los descendientes y se contempla sin distinción de sexo al autor de la sucesión (del de cujus), no importa si sea hombre o mujer los herederos, llama a los colaterales y ascendientes, bajo el principio que el pariente más cercano,

¹⁸ ARANGIO RUIZ VICENZO. Traducido por Camares Ferro José M. Editorial Ediciones de Palma. Buenos Aires, 1986. Pag. 606 a la 613.

¹⁹ GARCÍA DEL CORRAL D. ILDEFONSO L. Cuerpo del Derecho Civil Romano. T. VI. CÓDIGO NOVELAS. Tercera Parte. Barcelona 1898. Págs, 403 a la 410.

excluye al más lejano, limitando la comparecencia de los colaterales, (hermanos y hermanas), condicionando que si no son hijos legítimos, no pueden heredar, no había cabida al hijo fuera de matrimonio y en cuanto al cónyuge, Justiniano, deja intacta la bonorum possessio instituida a su favor, no hace modificación al respecto y si no hubiere parientes, se transmitía el patrimonio a corporaciones a las que pertenecía el difunto o al fisco.²⁰

b) Testamentaria.

La sucesión testamentaria era la que se defería por voluntad del autor de la sucesión, declaraba con las solemnidades establecidas por el derecho en el testamento. La palabra testamento toma su origen de testatio mentis: testimonio de la voluntad.²¹(Institutas, LII, T. X.)

Domiciano Ulpiano, uno de los clásicos del derecho romano, expone esta definición acerca del testamento: “**Testamentum est mentis nostrae iusta contestatio in id solemniter facta, ut post mortem nostram valeat**”, lo cual significa: testamento es la manifestación legítima de nuestra voluntad hecha solemnemente, para hacerla válida después de nuestra muerte.²²

El Digesto establece que “El testamento es la justa expresión de nuestra voluntad respecto a lo que cada cual quiere que se haga después de su muerte”, (Digesto 28,1.)²³ y la cual es del tenor literal siguiente: “**Qui testamenta facere possunt, et quemadmodum testamenta fiant**”.

²⁰ RUIZ-ARANGIO VINCENZO. Instituciones de Derecho Romano. Editorial Ediciones Desalma Buenos Aires. Argentina 1986. Pág. 612 y 613.

²¹ ORTOLAN M. Instituciones de Justiniano. Editorial Heliaca S. R. L. Buenos Aires, República de Argentina. 1976. Pág. 121.

²² BONFANTE PEDRO. Instituciones de Derecho Romano. Editorial Instituto Editorial Reus. 5ª. Edición. Madrid 1979. Pág. 594.

²³ Digesto 28,1. D'ORS A. F. HERNANDEZ-TEJERO. El Digesto de Justiniano. Tomo II. Editorial Aranzadi. Pamplona 1972. Pág. 293.

Un testamento para que fuera válido era necesario poseer la *testamenti factio activa*, y para ser heredero se debía poseer la *testamenti factio pasiva*, es decir, *ius capendi*, de encontrarse en la hipótesis de ser un latino juniano o afectado por la ley Papia Poppaea, conocida como la legislación caducaria, además de no haber cometido alguna conducta delictiva, inmoral o incorrecta, pues en tal caso, los bienes pasaban al fisco.

Formas de testar.

Para realizar un testamento válido, se debían cumplir las formalidades señaladas por la Ley, mismas que van variando con el transcurso del tiempo. Así, las formas de testar reconocidas por el derecho civil romano eran:

a) Calatis comitiis, también llamado **testamento comicial**, se otorgaba ante el pueblo reunido en los comicios curiados. La convocatoria para realizar este testamento se hacía dos veces al año en reunión solemne que presidía el pontífice máximo²⁴.

No se sabe si los comicios estaban en posibilidad de actuar como testigos o de aprobar o rechazar la última voluntad del testador.

In procinctu. El testador manifiesta su última voluntad frente al ejército y en voz alta antes de marchar a la guerra. Se recurría a éste cuando por alguna causa, el paterfamilias no había elaborado su testamento frente a los comicios o deseaba modificar lo dispuesto en el testamento.

²⁴ ARIAS RAMOS J. – ARIAS BON J. A. Derecho Romano II. 17ª. Edición. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1984. Págs. 780 y 781.

b) Per aes et libram. El padre de familia que no ha hecho su testamento frente a los comicios, puede mancipar su patrimonio a un amigo, de la misma manera que se transmiten las cosas más valiosas para los romanos; así frente a cinco testigos y un *libripens* encarga al amigo o *familiae emptor* ejecutar su última voluntad.²⁵ (I. 2, 102)

Al adquirente o *familiae emptor* se le consideraba como heredero, por lo que esta forma de testar presentaba muchas imperfecciones, puesto que no era posible emancipar a favor de un hijo propio.

c) Testamento nuncupativo. Finalmente el derecho civil romano admite que el ciudadano pueda testar oralmente con una nuncupatio, o **declaración en voz alta**, señalando el nombre del heredero y su última voluntad delante de siete testigos.

Por su parte, el derecho honorario introduce modificaciones para simplificar las formas de testar, por ejemplo, ya no considera tan importantes las ceremonias exigidas por el derecho civil y otorga la *bonorum possessio secundum tabulas* a quienes presentan el documento escrito con los sellos y los nombres de sus testigos.

d) Testamento tripertitum. Aquí se simplifican aún más las disposiciones testamentarias, y surge una forma en la que se conjuntan y armonizan reglas de tres legislaciones:

Del derecho romano civil antiguo se requiere la presencia de los testigos, debiéndose celebrar en un acto sin interrupción.

Del derecho honorario romano, la presencia de siete testigos quienes

²⁵ I. 2, 102, ORTOLAN M. Instituciones de Justiniano. Editorial Heliasta. S.R.L. Buenos Aires, República de Argentina 1976.

debían de grabar su sello al concluir el acto.

En las constituciones imperiales, la firma del testador y de los testigos.²⁶

Ya en la época de Justiniano se encuentran dos tipos de testamentos:

- El **privado** requería de la presencia de siete testigos y la realización del testamento; éste podía realizarse de manera oral o escrita.
- El testamento **público** también tenía dos modalidades: *apud acta*, que se realizaba frente a la autoridad judicial o municipal que levantaba el acta con la voluntad del testador; y la segunda, o *testamentum principe oblatum*, en la que el príncipe cumplía con la función de los testigos y el testador entregaba su testamento escrito para ser registrado y guardado en los archivos imperiales.²⁷

Existieron también los testamentos extraordinarios como el de los militares los cuales tenían la facultad de realizar su testamento de forma *extraordinaria o especial*, tanto que se les permitía manifestar su última voluntad con sangre dentro de su escudo o con espada en la arena y sólo requerían de la presencia de un testigo.²⁸ (Digesto 29,1.)

El testamento militar y los realizados en tiempos de peste, no era necesario la presencia de los siete testigos; el elaborado por los invidentes, que si requería de la presencia de siete testigos y de un oficial público llamado **tabularius**; los analfabetas que necesitaban la presencia y un

²⁶ SABINO VENTURA SILVA, op cit. Pág. 418.

²⁷ DI PRIETO ALFREDO. Manual de Derecho Romano. 4ª. Edición. Editorial Desalma. Buenos Aires, 1985. Págs. 415 a la 420.

²⁸ Digesto 29,1. opt. Cit.

octavo testigo.²⁹ y ³⁰

Asimismo, existieron otros tipos de testamentos extraordinarios como los realizados en tiempos de peste, en los que no era necesaria la presencia sincrónica de los siete testigos; el elaborado por los invidentes, que requería la presencia de siete testigos así como la de un tabularius, los analfabetas que necesitaban la presencia de un octavo testigo y el realizado en el campo con cinco testigos.

Apertura de un testamento.

Después de que ocurría la muerte del causante del testamento éste cobra vigencia, pero se exigían las formalidades siguientes:

La apertura en la Ley de las Doce Tablas se hacía entre el tercero y el quinto día siguiente a la muerte del testador ante las autoridades.

Los testigos debían acudir, con el objeto de que se reconocieran sus sellos, si esto era imposible, por lo menos debían estar presentes personas honorables.

El testamento se leía, el original quedaba en posesión del heredero y se hacía una copia para guardarla en los archivos.

Nulidad del testamento.

El testamento sería nulo por diversas causas, algunas lo invalidan desde su origen o ab initio y otras posteriormente, dicha nulidad también

²⁹ MORINEAU IDUARTE MARTA. Derecho Romano. 4ª. Edición. Editorial Oxford. México, D. F. 2001. Pág. 217.

³⁰ INSTITUTAS 2,12, 4. DI PIETRO ALFREDO. Institutas. Editorial. Ediciones Librería Jurídica. La Plata. República de Argentina.

recibía otras denominaciones según la causa y las mismas podían ser remediadas.

El testamento nulo ab initio se daba en los supuestos siguientes:

- Cuando el causante carecía de la *testamenti factio* en el momento de elaborar su testamento.
- Por falta de capacidad del heredero *testamenti factio* pasiva.
- Si no se observaban las formas exigidas por el derecho.
- Si adolecía de algún defecto en su contenido, como la falta de institución del heredero. (Reglas de Ulpiano XXII. 16.)³¹
- Si el testador omite heredar o **desheredar** a un **heredes sui** (Reglas de Ulpiano XXII. 14. 20. 21. 22)³², que existe en el momento de testar.

Asimismo, el testamento perdía su validez por causas supervenientes o posteriores a su otorgamiento.

El testamento es **ruptum** o anulado cuando:

- Por nacimiento de un hijo póstumo que no había sido señalado como heredero ni **desheredado** expresamente.
- Por la confección de un nuevo testamento que anula al anterior, si existen varios testamentos el último era el válido.

El testamento **irritum**, o sin valor, se presentaba cuando el testador

³¹ PONSSA DE LA VEGA DE MIGUENS. Reglas de Ulpiano. Ediciones Lerner. Buenos Aires, 1970. Pág. 118. (Reglas de Ulpiano XXII. 16.) “Si un hijo que es de la clase de los herederos suyos no es ni instituido heredero ni desheredado nominativamente, el testamento es inválido”.

³² Cfr. (Reglas de Ulpiano XXII. 14. 20. 21. 22) Pág. 116, 117, 118, 119 y sigs. “Los herederos suyos deben ser instituidos o desheredados”. “Los hijos sometidos a potestad si no son instituidos herederos deben ser desheredados nominativamente; los demás herederos suyos según sea su sexo deben serlo o nominativamente o en forma general”. “El hijo póstumo debe ser desheredado expresamente...”.

otorgaba un testamento válido pero posteriormente sufría una *capitis deminutio*, en este caso el pretor otorgaba la *bonorum possessio secundum tabulas*.

Por último, el testamento **destitutum o desertum** perdía su validez si ninguno de los herederos llegaba a adquirir la herencia, situación que se presentaba cuando:

- El heredero repudiaba la herencia.
- Pierde la *testamenti factio pasiva* cuando era llamado heredar.
- Muere antes que el testador.

Elementos del testamento.

Para que el testamento fuera válido debía de contener la figura del **heredero**, además de diversas figuras como las sustituciones, nombramiento de un albacea, tutores y curadores, manumisiones, legados o fideicomisos.

Institución del heredero.

El heredero es el sucesor en el derecho universal que tuvo el difunto.³³ (Digesto 50, 16, 24 y 50, 17, 62.)

La designación del heredero debe hacerse a la cabeza del testamento y en términos solemnes y claros: “**Ticio** sea heredero...”,

³³ DIGESTO 50, 16, 24 y 50, 17, 62. D'ORS A. F. HERNANDEZ-TEJERO. El Digesto de Justiniano. Tomo II. Editorial Aranzadi. Pamplona 1972. Pág. 298.

“Mando sea heredero Ticio...” y cualquier otra expresión no se empleaba.³⁴

En el bajo imperio desaparece ese formalismo y sólo se requería que la designación del heredero no dejará lugar a dudas, cualesquiera que sean términos empleados por el testador.

Si se instituye a un solo heredero, éste adquiere toda la *hereditas*, pero si el de *cuius* nombraba varios, podían presentarse las situaciones siguientes:

- El patrimonio se divide en partes iguales, si el testador omite señalar las partes que corresponden a cada heredero, es decir, cada heredero adquiere una parte alícuota de la herencia.
- El testador adjudica la parte que corresponde a cada heredero.
- Señala una parte de la sucesión para algunos herederos, pero otra parte no. En esta situación, la parte no designada se distribuye entre los herederos sin parte determinada.

La institución del heredero puede sujetarse a término o condición suspensivos, y en caso de que no hubiera delación de la herencia, se adquiere hasta que se cumpla la condición: el derecho pretorio concedió la ***bonorum possessio*** provisional mientras se cumpla la condición, siempre y cuando el heredero otorgara la caución mientras se verifica el cumplimiento de la *pendente conditione* y, en caso contrario, debe restituir la herencia.³⁵ El término y la condición resolutoria no se permitían porque no era admitida disposición alguna en el principio que “el heredero una vez instituido, siempre es heredero”.

³⁴ SCHULZ FRITZ. *Derecho Romano Clásico*. Editorial BOSCH, Casa Editorial. Barcelona. 1960. Pág. 238.

³⁵ BIALOSTOSKY SARA. *Panorama del Derecho Romano*. 5ª. Edición. Facultad de Derecho. UNAM. México, 1998. Págs. 204 y 205.

Sucesión contra testamento.

Ya se ha mencionado de la libertad de que gozaba el testador y las limitaciones que el derecho romano les imponía para proteger los intereses de los herederos; así, puede darse la modificación del testamento y en ocasiones su anulación, con lo que surge la sucesión contra testamento o sucesión forzosa o por vía legítima. Dicha sucesión ab intestato evolucionaba a lo largo del tiempo en Roma.

En el derecho antiguo en razón de que el paterfamilias tenía gran autoridad, poseía absoluta libertad en materia testamentaria, por lo que las sucesiones eran repudiadas con frecuencia. En el derecho honorario, el pretor otorgó la *bonorum possessio contra tabulas*, incluyendo a todos los hijos y a los emancipados; y en la época de Justiniano, se confirma el criterio de pretor referido.

Además la sucesión contra el testamento en su evolución a lo largo de la historia del Derecho Romano; se desarrolló en diversas épocas como a continuación se señalan:

- 1.- En 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 justinianeo, fundamentalmente en la Novela 115.

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 que más adelante se señalaran.

c) **Vía Oficiosa.**

Para el entendimiento de este tema tendremos a bien saber el significado de la palabra oficiosa que de acuerdo al diccionario de la lengua española la define de la forma siguiente: “Oficioso, sa. adj. Que proviene de una autoridad, pero sin tener carácter de oficial.”³⁶

Alfredo Di Prieto establece que la sucesión puede recibirse por voluntad del causante conforme a su testamento o conforme a las disposiciones legales (ab intestato). A lado de esta dos vías existe una vía contra testamento (**oficiosa**), que operaba cuando se omitía designar a un heredero o cuando se impugnaba un testamento por inoficioso.³⁷

4. EN EL DERECHO ESPAÑOL.

En el derecho español la sucesión por causa de muerte puede ser **legítima, testamentaria y por la vía oficiosa**; se sigue la tradición romana ya que para la transferencia de la posesión de los bienes a los herederos, es necesaria la aceptación o aditio; pero en cuanto a la propiedad se transmite desde el momento de la muerte del de cujus.

La muerte de una persona es, pues, un hecho jurídico que el

³⁶ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. 19ª. Edición. Madrid 1979. Pág. 937.

³⁷ DI PRIETO ALFREDO. Op. Cit. Pág. 430.

ordenamiento ha de reglamentar este fenómeno es lo que constituye el Derecho de Sucesiones.³⁸

En el momento mismo de la muerte opera la transmisión a título universal a favor de los herederos respecto al patrimonio hereditario, y a título particular para los legatarios en cuando a bienes determinados.

La apertura de la sucesión se lleva a cabo en el momento de la muerte del de *cujus*, y en los casos de ausencia, cuando se declara su presunción de muerte por sentencia firme.³⁹ En este caso los herederos adquieren bajo la condición de que no aparezca el ausente. El artículo 660 del Código Civil Español, refiriéndose a la materia de sucesiones, establece “Llámesese heredero al que sucede a título universal, y legatario al que sucede a título particular”.⁴⁰

Para la adquisición o pérdida irrevocable de la herencia, es necesaria la aceptación o repudiación. La aceptación puede ser pura y simple o a beneficio de inventario, también puede ser tácita o expresa, para la aceptación bajo beneficio de inventario es menester el documento público o la declaración expresa ante el juez competente. La aceptación se retrotrae al día y hora de la muerte del causante, por consiguiente el heredero tiene derecho a todos los frutos y beneficios de la herencia a partir de esa fecha.

Si la aceptación es lisa y llana entonces resulta la confusión entre el patrimonio del heredero y el del de *cujus*, respondiendo de las deudas de la sucesión no solo con los bienes heredados sino también con los propios.

³⁸ LLEDO YAGUE FRANCISCO. Sistema de Derecho de Sucesiones-Civil. Editorial DyKinson S. L. Madrid 2002. Pág. 26.

³⁹ MEDINA LEMUS MANUEL. El derecho civil español en los últimos 50 años. Editorial Centro de Estudios Registrales. Madrid, 2000. Pág. 357.

⁴⁰ PEÑA BERNALDO DE QUIROZ M. La herencia y las deudas del causante. Madrid 1967. Pág. 141.

En el caso de la aceptación a beneficio de inventario, únicamente se responderá del pasivo hasta donde alcance el activo de la herencia.

En la legislación civil española existe el beneficio de inventario legal, que se establece para proteger a los menores, incapacitados y a los pobres. También existe el beneficio de inventario voluntario, éste es producto de la exclusiva voluntad del heredero, aún cuando el de cujus hubiese prohibido solicitarlo.

Otro beneficio contemplado en este derecho, es el de deliberar que se concede al heredero un plazo consistente en treinta días una vez formado el inventario, para que acepte o repudie la herencia y en el primer caso, si lo hace de manera pura o invocando el beneficio de inventario.

El derecho de acrecer se reconoce tanto en la sucesión legítima como en la testamentaria pero en esta última, sólo se refiere a la parte de libre disposición, sin afectar la legítima que es por derecho propio. Para que el derecho de acrecer funcione en la sucesión legítima es necesario que dos o más herederos sean llamados por la ley en igualdad de grado y que alguno de ellos muera antes que el causante, repudie la herencia o sea incapaz para heredar, sin haber dejado descendientes. Su parte, entonces, acrecerá a sus coherederos ya que ante la falta de descendientes no existirá la herencia por estirpes.

En el derecho sucesorio español, se contempla la institución denominada "colación", cuyo antecedente evidentemente es la collatio romana, dicha institución es la obligación y correlativamente el derecho que liga a los herederos y descendientes llamados a la sucesión del mismo

ascendiente, en cuya virtud los donatarios deben aportar a la masa a dividir, las donaciones que les hubieran sido hechas por el difunto. El hijo o descendiente, que suceda, aún con beneficio de inventario, en concurrencia con sus hermanos y hermanas o con los descendientes de éstos, deberá conferir a sus coherederos todo lo que ha recibido del difunto por donación, a no ser que el propio difunto les hubiera exceptuado de esta obligación; la collatio o colación se puede pactar en contrario lo que, obviamente supone una sucesión testamentaria; en otras palabras tratándose de sucesión ab intestato siempre ha de aplicarse la collatio.

También en dicho derecho sucesorio se regula de forma similar que en nuestro derecho vigente los casos de incapacidad para heredar (supuesto común a las testamentarias e intestados) y también por lo que hace a la sucesión legítima, lo referente a las tres formas para heredar; por cabezas, por estirpe y por líneas y en especial en lo referente a los principios aplicables para el derecho de representación.

Cuando los hijos naturales del de *cujus* concurren con descendientes legítimos se les asigna la mitad de lo que les corresponde a éstos últimos, y si concurren con ascendientes legítimos, les corresponderá la mitad de la parte de la herencia de libre disposición. Si faltan descendientes y ascendientes legítimos el difunto será sucedido en toda la herencia por sus hijos naturales legalmente reconocidos.

Para que suceda el Estado es necesario que no existan personas con derecho a heredar. Y éste deberá destinar los bienes a los establecimientos de beneficencia e instrucción gratuita.

El estado no es un heredero privilegiado por lo que debe obtener la declaración judicial y reconocimiento de sus derechos hereditarios, con iguales derechos y obligaciones que los demás herederos ordinarios.

Referente a la libertar para testar, se estatuye el sistema de la legítima, en el cual el testador no podrá disponer de una porción de la herencia que se entiende reservada por la ley a determinados herederos llamados forzosos. Asimismo, en el Código Civil admite la compatibilidad entre la sucesión testada e intestada, según resulta en especial de los artículos 658, 764 y 912 del mismo, en contra del principio romano “NEMO PRO PARTE TESTATUS PRO PARTE INTESTATUS DECEDERE POTEST”.⁴¹

a) Legítima.

Por otra parte en la legislación sucesoria española, siguiendo la línea del derecho romano justiniano, en las Partidas se establecieron tres formas para determinar el orden de los que heredan en la sucesión en la que no existe testamento; el *primero* está integrado por los descendientes, el *segundo* por los ascendientes y finalmente el tercero que comprende a los parientes colaterales, señalando que los parientes más próximos excluirían a los más lejanos, como se hacía en Roma.

Dentro de un mismo orden los de grado más próximo excluían a los más lejanos. Y finalmente la mujer viuda del causante tenía derecho a la cuarta parte de los bienes, siempre que no fuera más de cien libras de otro, donde dicha cuota tenía el carácter de deuda legal.

⁴¹ ROCA LUIS-MUNCUNILL SASTRE. Derecho de Sucesiones. Tomo I. 2ª. Edición. Editorial BOSCH, Casa Editorial. Barcelona 1995. Pág. 19.

El artículo 808 del Código Civil Español dice: constituyen la legítima de los hijos y descendientes legítimos las dos terceras partes del hacer hereditario del padre y de la madre. Sin embargo, podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos y descendientes legítimos. La tercera parte restante será de libre disposición. Obviamente este supuesto se refiere a la sucesión testamentaria.

En la sucesión legítima la legislación sucesoria española, acepta el derecho de representación a favor de los descendientes y de los sobrinos del de cujus. La representación únicamente tiene lugar por muerte, desheredación o incapacidad, pero no por ausencia.

Cuando concurren sobrinos hijos de hermanos del de cujus, heredarán por cabezas, o sea la división no se efectuará atendiendo al número de hermanos que hubiese tenido el de cujus, para después repartir cada parte el número de hijos de cada hermano, sino que la herencia se divide por partes iguales entre todos los sobrinos. Este sistema es diverso al aplicable en caso de que concurren sobrinos hijos de hermanos premuertos, con otros hermanos del de cujus, pues en este caso se hacen tantas partes de la herencia como hermanos tuvo el de cujus, y después cada parte se aplicará a los hermanos que sobrevivan, y a la estirpe de los premuertos, y en ésta última, se subdividen a su vez entre el número de miembros que la integren, exclusivamente referidas a los hijos del hermano o (sobrinos del autor).

En la línea recta ascendiente no se da nunca el derecho de representación, para la descendente no se establece limitación de grado.

A las personas llamadas por la ley a heredar tenemos a los descendientes, cónyuge, ascendientes, colaterales y al Estado.

Los hijos legítimos y sus descendientes suceden a los padres y demás ascendientes sin distinción de sexo ni edad y aunque procedan de distintos matrimonios.

Todos los hijos heredan por cabezas excluyendo a los demás parientes en general, los demás descendientes heredarán por derecho de representación.

Para que sucedan los ascendientes es menester la falta absoluta de hijos descendientes legítimos, operándose la división de la herencia por grados. Los ascendientes excluyen a todos los colaterales.

También en la legislación española se considera una diferencia para la sucesión de los hermanos y de los medios hermanos; aquellos adquieren una doble porción que éstos.

Según la regla que establece que los parientes más próximos excluyan a los más lejanos aplicada a la sucesión de los colaterales, los hermanos excluyen a todos los demás, excepto a los sobrinos que tengan derecho de representación.

Para que herede el cónyuge en todos los bienes del difunto, no debe haber hermanos ni sobrinos en aptitud de heredar por estirpes, además es necesario que el cónyuge sobreviviente no estuviera separado por sentencia de divorcio. Si existen hermanos o sobrinos tendrá derecho a percibir, concurriendo con éstos, una parte en usufructo de la herencia. ***En el sistema español son compatibles la sucesión testamentaria y la legítima.***⁴².

⁴² ROCA LUIS-MUNCUNILL SASTRE. Op. Cit Pág. 19.

Al igual que el derecho romano que ha quedado relacionado anteriormente, a falta de un testamento otorgado por el autor de la sucesión, la ley suple la voluntad de éste, llamando a las personas ligadas al difunto por parentesco, por el deber de familia o de ciudadanía, la primera conocida como *iure familiae*, la funda como el *ius sanguinis* y la tercera a través de (corporaciones de instrucción o beneficencia y Estado).

La legislación sucesoria española tiene un sistema u orden para llamar a los herederos abintestato, que el siguiente:

1.- Los hijos y descendientes legítimos, sin distinción de sexo y edad, aunque procedan de distintos matrimonios. Esto lo determinan claramente los artículo 930 y 931 de dicho código, que se trata de la descendencia legítima, no hay duda, a pesar de que el artículo 930 atribuye en primer término la sucesión a la línea recta descendiente (sin especificar si es legítima o no); pero está suplido, además por los principios generales, por los términos del artículo 931 y los correlativos, muy claros y expresivos, del 935 y 939. ¿Quiénes se comprenden bajo esta denominación? Desde luego, no sólo los hijos o descendientes de primer grado, sino los de ulteriores grados (ciertos, bisnietos), varones o hembras, en quienes concurren las condiciones de legitimidad.

También se comprenden los legítimos por subsiguiente matrimonio, así como los putativos o habidos en matrimonio nulo, pues, según el artículo 69 de dicho ordenamiento, produce el matrimonio efecto para ellos siempre, en cambio en el derecho antiguo, sólo en el caso de buena fe de los dos padres o de uno de ellos, y los póstumos en la sucesión del padre o ascendientes, porque se les reputa nacidos para lo que les favorezca.

2.- Son llamados en segundo término, a falta de hijos y descendientes legítimos del difunto, los ascendientes, en exclusión de los colaterales. Aunque el artículo 935 del Código Civil Español no dicha que sean legítimos los ascendientes llamados, indudablemente el llamado a ellos solos se refiere, porque así lo indica el artículo 939 y por el principio de reciprocidad, supuesto que a la sucesión son llamados en primer términos los hijos y descendientes legítimos.

El principio de la proximidad de grado declarado en el artículo 921 ejerce aquí su imperio y, por tanto, el padre y la madre o el que de ellos viva excluye a los demás ascendientes. A falta de padre y madre, sucederán los ascendientes más próximos en grado.

3.- A falta de descendientes y de ascendientes legítimos sucederán al difunto en el todo de la herencia los hijos naturales reconocidos y los legitimados por concesión real. También los descendientes de estos hijos naturales y legitimados son llamados en este orden, porque el artículo 941 dice que los derechos hereditarios reconocidos al hijo natural o legitimado se transmitirán por su muerte sus descendientes quienes heredarán por derecho de representación al abuelo difunto.

4.- A falta de las personas comprendidas en los tres órdenes anteriores (el de descendientes legítimos el de ascendientes legítimos y el de los hijos naturales legalmente reconocidos o legitimados por concesión real) heredarán los parientes colaterales y los cónyuges por el orden que se establece en los artículos relativos, heredan los hermanos, de doble línea, ya sea materna o paterna, o

de madre o de padre solamente y por los sobrinos hijos de éstos cuando hayan premuerto.

5.- A falta de hermanos y sobrinos y por tanto de personas comprendidas en los órdenes preferentes anteriormente indicados, es llamado a la sucesión en todos los bienes del difunto el cónyuge supérstite viudo o viuda, si no estuviese separado por sentencia firme de divorcio. Si existiesen hermanos o sobrinos, el cónyuge supérstite en concurrencia con ellos sólo tendrá derecho a recibir la parte de herencia en usufructo que le está señalada en el artículo 837.

6.- El artículo 952 exige para este derecho hereditario del cónyuge viudo que no esté separado por sentencia firme de divorcio, sin consideración alguna a la culpabilidad o inocencia del mismo, criterio distinto del adoptado⁴³ en el artículo 834 al conceder el derecho a la cuota usufructuaria que no se pierde por el mero divorcio, sino por haberlo dado en causa. Como los supuestos son distintos en el primero, se otorga el derecho a toda la herencia abintestato y en el otro a la legítima en usufructo y los fundamentos son también diversos y pudo entenderse por el legislador que por el divorcio declarado, desaparecía la presunción de afecto o la comunidad de vida que está en base de la sucesión legítima.⁴⁴

⁴³ DIAZ GUILLERMO. La Exclusión Hereditaria del Adoptado. Editorial Abeledo Perrot. Argentina 1963. Pág. 21.

⁴⁴ PLAZA PENADES JAVIER. Derechos Sucesorios del cónyuge viudo separado de hecho. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia 1999. Pág. 51.

7.- No habiendo hermanos ni hijos de hermanos ni cónyuge supérstite, quienes sucederán en el patrimonio del difunto los demás parientes colaterales.

Como ya los hermanos y sobrinos se consideran colaterales en segundo y tercer grado respectivamente, por lo que el artículo 955, el derecho de heredar sin testamento no se extiende más allá del sexto grado de parentesco en línea colateral, resulta definitivamente que los parientes colaterales llamados por el artículo 954, a la sucesión después del cónyuge o cuando no hay cónyuge supérstite son los del cuarto al sexto grado inclusive; éstos son los que constituyen el sexto orden. La sucesión tendrá lugar sin distinción de líneas ni preferencia entre ellos, por razón de la doble línea, dice el párrafo del artículo 954, lo cual quiere decir que se aplica el principio general del artículo 921 el pariente más próximo en grado excluye al más remoto. Por último, cuando no existen algunos o en su totalidad los parientes antes mencionados, la ley llama al Estado, que tiene la facultad de designar una tercera parte del acervo hereditario a instituciones municipales de beneficencia, instrucción, acción social o profesionales, sean de carácter público o privado y otra parte para instituciones provinciales, conforme al artículo 956. A falta de personas que tengan derecho a heredar, conforme a lo dispuesto en las precedentes secciones, heredará el Estado, destinándose los bienes a los establecimientos de beneficencia e instrucción gratuita por el orden siguiente: 1. Los establecimientos de beneficencia municipal y las escuelas gratuitas del domicilio del difunto; 2. Los de una y otra clase de la provincia del difunto, y 3. Los de beneficencia e instrucción de carácter general. Artículo 957. Los derechos y obligaciones del Estado, así con los de las Instituciones o entidades a quienes se asignen las dos terceras partes de los bienes, en el caso del artículo 956 serán los mismos que los de los demás

herederos, pero se entenderá siempre aceptada la herencia a beneficio de inventario, sin necesidad de declaración alguna sobre ello, a los efectos que enumera el artículo 1023.⁴⁵

De dichos artículos se aprecia un avance significativo, pues, el Estado no es que elija a sus herederos, no, sino que escoge a aquellas instituciones que lo representaran al momento de comparecer a la sucesión por orden de importancia y poder adjudicarse el patrimonio del difunto.

Al igual que en el derecho romano y en el derecho francés, el Colegio Civil español recogió la figura de la representación y siguiendo al maestro Clemente de Diego, a continuación cito: "... Nuestro Código, siguiendo al francés, acepta el derecho de representación y lo disciplina de modo especial. El Código Francés lo definió como ficción de ley cuyo efecto es hacer entrar a representantes en el lugar en el grado y en los derechos del representado. Mucho se criticó esta definición, ya en lo relativo a lo de ficción, que aquí no la había por ser imagen real de la verdad y congruente con ella el llamamiento, ya en la redundancia de lugar grado, que significan lo mismo, ya en los derechos del representado, pues muerto éste antes que el causante, mal no pudo adquirir ni tener derecho alguno a herencia de éste." ⁴⁶

Por huir quizá de estos defectos, consignó la definición el Código en su artículo 924, diciendo que era el derecho que tienen los parientes de una persona para sucederle (él o al causante) en todos los derechos que tendría si viviera o hubiera podido heredar.

⁴⁵ SEMPERE RODRÍGUEZ CÉSAR. Código Civil Español. Décima edición. Editorial Tecnos, S. A. Madrid 1991. Pág. 286, 287 y 288.

⁴⁶ CLEMENTE DE DIEGO. "Instituciones de Derecho Civil Español". Tomo I. Derecho de Sucesiones. Madrid 1959.

Construido por el título de representación y siendo ésta una subrogación simultánea de una persona en puesto de otra, a cuya virtud, siendo representante y representado dos personas físicas distintas ostentan sin embargo, una misma personalidad jurídica, podrá definirse de un modo más exacto como la subrogación de un descendiente (representante) en el derecho de un ascendiente premuerto, justamente desheredado o incapacitado legalmente de suceder (representado) a la herencia de su ascendientes de grado ulterior (causante).

Los términos de esta definición, en este derecho, más que representación propiamente dicha, se ve un llamamiento hereditario hecho por la ley. El supuesto representante (o representantes) es llamado por ésta a recoger aquella parte de herencia que hubiera recogido el supuesto representado; aquél recibe su derecho, en los términos que la ley le reconozca, ni, por ende, puede ser atribuido a personas diversas ni en casos distintos de los en la ley designados; b) el representante no pierde su derecho de presentación por renunciar la herencia del representado, y si lo perdería si aquél recibiera su derecho de éste, y aun excluido por indigno de la sucesión del representante necesita ser capaz para suceder, el que no puede heredar por su propio derecho a causa de su incapacidad o indignidad, tampoco puede por representación; c) los que concurren a una sucesión por representación, son herederos, y en tanto tienen sus facultades y obligaciones. Por lo demás es evidente que la representación puede hacer subir uno o varios grados; así, el nieto representando al padre puede suceder al abuelo, y representando al abuelo suceder al bisabuelo; más esto no puede hacerse para que la cadena no se rompa, y se rompería, por el padre hubiese renunciado a la herencia...”

La extensión de este derecho comprende a los descendientes en línea recta, en línea colateral solo a favor de los hijos de hermanos, ya sea de ambas líneas o de una sola, refiriéndose los hijos de hermanos de aquel a quien se hereda. En el caso de los sobrinos concurren con los tíos, no cuando concurren solos, en cuyo caso heredan por cabezas, pero este derecho de representación no se da cuando el representado haya renunciado a la herencia, pues en este caso el derecho civil español considera que ya hizo uso de ese derecho.

Los efectos principales de este derecho de representación consiste en la subrogación que hace una persona sobre la posición que hubiere ocupado otra, razón por la cual, si son varios los que ostentan esa representación se distribuirán entre sí la porción que hubiera correspondido a los coherederos por derecho de acrecer de no darse el de representación, hay que aclarar que este excluye a aquél.

b) Testamentaria.

Asimismo, el Código Civil Español contempla la vía sucesoria testamentaria ya que esta señala que es la sucesión que se defiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento, y lo define muy bien en su artículo 658 del ordenamiento antes citado que a la letra dice “Art. 658. La sucesión se defiere por voluntad del hombre manifestada en testamento...la primera se llama *testamentaria*...”, pues bien, si bien es cierto el testamento también lo contempla su artículo 667 y continúa en el 670, los cuales rezan de la forma siguiente: “Art. 667. *Es el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos, se*

llama testamento. Art. 670.⁴⁷ El testamento es un acto personalísimo...” así pues tenemos en el Derecho Español diversos tipos de testamento, de los cuales podremos enumerar las siguientes:

Los testamentos pueden ser: **Común y Especial**.

El **común** puede ser ológrafo, abierto o cerrado; mientras que los **especiales** son el militar, el marítimo y el hecho en país extranjero.

Pues si bien es cierto que existen diversos tipos de testamentos, también señala que podrán otorgar testamento todos aquellos a quienes la ley no prohíbe expresamente y son incapaces para otorgarlos los menores de catorce años o bien los que habitual o accidentalmente no se hallaren en su cabal juicio; asimismo, también establece que los testamentos hechos antes de la enajenación mental son validos ya que aquella persona que no tenga lucidez no podrá otorgar ningún tipo de testamento.

El testador también podrá disponer de sus bienes a título de herencia o legado, ahora bien como es un acto personalísimo solo podrá testar una sola persona y no podrán testar dos o más personas mancomunadamente.

También encontramos la figura de la revocación del testamento y su ineficacia, la primera son revocables otorgando un ulterior testamento o bien que el testador lo exprese en el mismo y no podrá ser revocado en todo o en parte sino con las solemnidades

⁴⁷ ACHAVILLAR JOSÉ LUIS. Guía legal sobre las Sucesiones y Herencias. Editorial Ediciones Decálogo. Barcelona 1987. Pág. 51.

necesarias para testar, la segunda serán ineficaces cuando no hayan sido realizados con las formalidades que señala su ordenamiento aplicable.

Todas aquellas personas que no están incapacitadas por la Ley podrán suceder, pero también señala quienes son incapaces para ello como lo establece en su artículo 745 y que a la letra dice: “...Art. 745. Son incapaces para suceder: 1.º Las criaturas abortivas, entendiéndose tales las que no reúnan las circunstancias expresadas en el artículo 30. 2.º Las asociaciones o corporaciones no permitidas por la ley.”

También nos señala que todo tipo de sucesión hecha a favor de persona incierta será nula, a menos que por algún evento pueda resultar cierta.

El Código Civil Español nos establece en su artículo 756 las personas que son incapaces de suceder por alguna causa de indignidad y dentro de las cuales tenemos las siguientes:

1.- Los padres que abandonaren, prostituyeren o corrompieren a sus hijos.

2.- El que fuere condenado en juicio por haber atentado contra la vida del testador, de su cónyuge, descendientes o ascendientes.

Si el ofensor fuere el heredero forzoso, perderá su derecho a la legítima.

3.- El que hubiere acusado al testador de delito al que la Ley señale pena no inferior a la de presidio o prisión mayor, cuando la

acusación sea declarada calumniosa.

4.- El heredero mayor de edad que, sabedor de la muerte violenta del testador, no lo hubiese denunciado dentro de un mes a la justicia, cuando ésta no hubiera procedido ya de oficio.

Cesará esta prohibición en los casos en que, según la ley, no hay obligación de acusar.

5.- El que, con amenaza, fraude o violencia, obligare al testador a hacer testamento o a cambiarlo.

6.- El que por iguales medios impidiere a otro hacer testamento, o revocar el que tuviera hecho, o suplantare, ocultare o alterare otro posterior.⁴⁸

La figura de la sustitución que establecía que el testador podrá sustituir a una o mas personas al heredero o herederos instituidos en un testamento para el caso de que mueran antes que él, o no quieran, o no puedan aceptar la herencia.

Claramente en el testamento regulado en el multicitado ordenamiento contempla dentro la disposición testamentaria de instituir a título universal como particular y se le conocía con el nombre de Legado.

Así pues, llegamos al nombramiento de la persona que administrará la herencia la cual se le nombró como **albacea** quien era designado por el testador y este podría ser universal o particular y en todo caso podrían ser nombrados mancomunada, sucesiva o

⁴⁸ SEMPERE RODRÍGUEZ CÉSAR. Código Civil Español. Idem.

solidariamente.

c) Vía Oficiosa.

En el derecho romano, muy formalista en materia de testamentos, distinguía las diversas causas por las que el testamento quedaba sin efecto, contraponiendo en primer lugar los testamentos nulos (originariamente ineficaces) a los invalidados, y clasificando estos últimos en rotos (los que quedaban revocados, bien por la voluntad expresa del testador, o por sobrevivir, con posterioridad al otorgamiento del testamento, algún heredero forzoso no teniéndolo en cuenta al otorgarle), írritos (los que quedaban sin fuerza por sufrir capitis diminutio el testador), destituidos (los que no podían cumplirse por repudiar la herencia de los herederos instituidos) y rescindidos (los que declaraban inválidos por sentencia, a virtud de la querrela de testamento inoficioso).

Las legislaciones han simplificado mucho la doctrina de la **ineficacia** de los testamentos, reduciendo las causas que la originan a las tres siguientes: **nulidad**, **caducidad** y **revocación**. La **nulidad** se da cuando en el testamento no concurren los requisitos y solemnidades necesarias para su validez. La **caducidad** cuando la ley le priva de efectos, en determinadas circunstancias, pasado cierto plazo a contar de la fecha de su otorgamiento. Y la **revocación**, cuando pierde el testamento su eficacia por voluntad expresa o presunta del testador.

El Código Civil español, que no se distingue ciertamente por la precisión y exactitud del tecnicismo, parece contraponer las ideas de revocación e ineficacia del testamento, haciendo a esta última expresión sinónima de nulidad. Pero en buena doctrina no puede

admitirse esta equivalencia. El término **ineficacia** tiene un sentido genérico, y dentro de él están comprendidos todos aquellos casos en que el testamento no llega a producir sus efectos jurídicos, sea cualquiera la causa de invalidez.

Como principio general en materia de ineficacia o invalidez del testamento, establece el Código el restrictivo de que “caducarán los testamentos, o serán ineficaces en todo o en parte las disposiciones testamentarias, sólo en los casos expresamente prevenidos en este Código” (art. 743). Así pues, lo que quiere decir aquí es que los testamentos sólo serán ineficaces: 1.- Cuando la ley expresamente lo declare. y 2.- Cuando, aun sin dicha expresa declaración, resulte inconciliable la validez de los mismos con los requisitos esenciales o indispensables exigidos por el Código para ella.

5. EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO.

En México, tenemos antecedentes en el derecho **mexica**, en donde en materia de sucesiones la línea masculina excluía a la femenina; la vía legítima se podía modificar por decisión del de *cujus*, basada en la conducta irrespetuosa, cobarde, pródiga, etcétera, de los perjudicados por tal decisión. Finalmente entre los nobles había sistemas sucesorios especiales, semejantes al mayorazgo europeo.

Posteriormente, el derecho **indiano** añade al fondo general castellano, el muy informar “testamento de indios”, con algunas medidas para proteger la libre disposición sin presiones por parte del clero, y además reglas específicas para garantizar la debida administración de las sucesiones abiertas en las indias, que debían ser remitidas a herederos domiciliados en la península.

CODIGO CIVIL DE 1870.

Como antecedentes del derecho civil mexicano, se pueden enumerar una serie de codificaciones que rigieron varios ámbitos de esta rama del derecho antes de que surgieran los Códigos de 1870, 1884 y de 1928 que entró en vigor en 1932, como son la Ley de desamortización de los bienes de la Iglesia y de las Corporaciones, la Ley de Nacionalización de los bienes eclesiásticos, la Ley de 27 de enero de 1857 que instituyó el Registro Civil, la Ley de 10 de agosto de 1857, que trataba las sucesiones por vía de testamento y legítima, el Decreto de 21 de mayo de 1861 sobre impedimentos por afinidad en el matrimonio y dispensas, el Decreto de 5 de enero de 1863, que fijó la mayoría de edad a los 21 años, el Decreto de 8 de enero y la Circular de 11 de febrero de 1870 sobre habilitación, mayoría de edad y legitimación de hijos naturales e igualmente los diversos.

El Maestro Rodolfo Batiza señala que el orden para suceder al de cuya sucesión se trata se realizaba de la forma siguiente: “Tendrán derecho a suceder en el orden y términos que se explicarán en las secciones respectivas: los descendientes legítimos o legitimados, los hijos naturales o espurios reconocidos formalmente, y sus descendientes: los ascendientes; el cónyuge que sobreviva, y los colaterales dentro del octavo grado. A falta de todas estas personas, cuando sean declaradas inhábiles para la sucesión, pasarán los bienes erario como vacantes...”⁴⁹

Los Códigos llamados clásicos como influencia decidieron tomar los principios liberales derivados del movimiento de reforma, que tomaron además un sistema de derecho civil clásico consagrado, ya en el Código de Napoleón en Francia. Por lo que se refiere al Código de 1870 se le

⁴⁹ BATIZA RODOLFO. Las Fuentes del Código Civil de 1928. Editorial Porrúa. México, 1979.

reconocen como antecedentes e influencias el proyecto del Jurista Español García Goyena y que en nuestro país sería realizado por Don Justo Sierra (padre).

Este Código estableció un grupo de disposiciones generales, como lo venía haciendo el derecho francés, el derecho de representación, además de incluir principios graduales y excluyentes que van a otorgar la preferencia en el llamamiento de los herederos en la sucesión intestamentaria, de ahí que el orden que se llama es primero a los descendientes legítimos o legitimados. En otro orden, se le da participación al cónyuge supérstite en la proporción de un descendiente legítimo, siempre y cuando careciere de bienes a lo que tuviere al momento de dar apertura a la sucesión no igualaran la proporción que a cada uno de ellos correspondiere en la herencia.

A falta de descendientes, sucederán los ascendientes; en este caso, encontramos al padre y a la madre por partes iguales y que en caso de que no existieren más ascendientes, o cónyuge supérstite, se llamaba a los parientes colaterales hasta en el octavo grado y que en caso de que no existieren aún estos parientes, se le transmitía a la hacienda pública. El derecho sucesorio en el Código multicitado estaba consagrado en el libro cuarto, en último plano de las demás materias y siguiendo al maestro Jorge Mario Magallón Ibarra, cito la exposición de motivos o parte expositiva del Código de 1870, por lo que lo que se refiere a la materia del derecho sucesorio "... El capítulo 1º. Contiene las disposiciones generales, de ellas sólo se indicarán las cuatro siguientes: "Cuando por alguna causa no deba subsistir la institución de heredero, es natural que solo llame a los herederos legítimos pero queda la duda de si los legados que en este caso hayan y excedan de la porción del herederos instituido, deben ser considerados como inoficiosos. El artículo 3841 resuelve: que no deben

reducirse, a no ser que los herederos legítimos sean también forzosos. Y la razón es clara, si los herederos legítimos lo son únicamente ab intestato, la falta del instituido constituye una herencia común sin heredero; más cuando los legítimos son también forzosos, la falta del instituido no puede quedar a los otros de carácter legal. Un ejemplo hará más perceptible las disposiciones. El heredero instituido es un hijo único, que por causa justa no puede entrar en la herencia. Si el testador tiene padre, los legados serán inoficiosos en lo que excedan del tercio de libre disposición; pero si solo tiene cónyuge o parientes colaterales, los legados deberán pagarse íntegramente, puesto que los herederos no son forzosos. Esta, pues, combinado el interés de los legatarios con los derechos de los herederos...”

50

En el caso de la sucesión de los ascendientes, existía un procedimiento para el llamado a heredar, pues a falta de descendientes, sucederán el padre y la madre por partes iguales y a falta de alguno de ellos el que viva sucederá al difunto y en caso de que existiere ascendientes anteriores que el padre o madre, es decir abuelos, se dividirá la herencia por partes iguales tanto por la línea paterna como materna, quienes a su vez dividirán entre si por partes iguales la porción que les corresponda.

Para el caso del cónyuge supérstite, si concurría con descendientes o ascendientes, tenía el derecho de un hijo legítimo, si carecía de bienes, o en su caso lo que tuviere al momento de abrirse la sucesión, no igualan la porción que a cada hijo legítimo debía corresponder en la herencia. Si el cónyuge comparecía con un hermano se dividía la herencia en partes iguales y si comparecía con dos o más hermanos la herencia se dividía en uno y dos tercios respectivamente.

⁵⁰ MAGALLÓN IBARRA JORGE MARIO. Op Cit. 193.

En el caso de la sucesión de los colaterales, el orden a suceder eran los hermanos legítimos en ambas líneas, quienes heredaban por partes iguales. Para el caso de los medios hermanos, sólo heredaban una porción, ya que si comparecían con los hermanos, éstos heredan la doble de porción que los medios hermanos. Si concurrían hermanos con sobrinos, hijos de hermanos, los primeros heredaban por cabezas y los segundos por estirpes.

Al respecto el artículo 3854 enunciaba: "...En la línea transversal sólo tendrá lugar el derecho de presentación a favor de los hijos de los hermanos, cuando concurren con otros hermanos del difunto..."

A falta de hermanos legítimos, sucedían sus hijos también legítimos, que se dividía la herencia por estirpes y la porción de cada estirpe por cabezas.

A falta de los parientes mencionados anteriormente, el Código Civil de 1870 llamaba a aquellos más próximos en grado, sin distinción de líneas ni consideración de doble vínculo y heredarán por partes iguales.

Y por último el artículo 3891 del ordenamiento citado anteriormente, enunciaba que a falta de todos los parientes enunciados anteriormente, sucederá la beneficencia pública.

CODIGO CIVIL DE 1884.

Este código surgió con base en muchas críticas, debido a su falta de originalidad, creatividad que otras leyes habían tenido o se

caracterizaban por ello, dicho ordenamiento fue producto de una comisión encabezada por los juristas Eduardo Ruiz, Pedro Callantes y Buenrostro y Miguel S. Macedo y por último la intervención del aquel ministro de justicia Joaquín Baranda, quien se encargó de redactar la iniciativa de ley ante el Congreso de la Unión de aquel entonces. Se caracteriza por haberse servido de alguna manera de la obra presentada por el Código de 1870, pero lo rescatable fue la labor de revisión de la comisión antes mencionada, acertando en su examen crítico de sus artículos, logrando redactar un código para que se adecuara a la necesidades de su época.

Fue promulgado el día 31 de marzo de 1884, plasma la libertad testamentaria al decir en su artículo 3323: "...Toda persona tiene derecho a disponer libremente de sus bienes por testamento, a título de herencia o legado...", derecho que se ve limitado por varios supuestos, el primero de ellos, la obligación por parte del testador de dejar bienes para garantizar alimentos a sus descendientes, cónyuges y ascendientes, siempre y cuando estos últimos no tengan bienes propios y suficientes y que no haya otra personas en grado más próximo.

En el caso de que el testador haya dispuesto de la totalidad de sus bienes, la ley sancionaba este supuesto al calificar al testamento de inoficioso, que en este caso, los perjudicados tenía el derecho de pedir a la autoridad competente de que se les asignara la pensión que les correspondía legalmente.

Este derecho mediante el cual el ser humano, podía disponer libremente de sus bienes en vida y después de su muerte, con la única limitación de responder de su obligación alimentaria, es porque el patrimonio y la familia se separan con lo que se propició la circulación de la riqueza.

CODIGO CIVIL DE 1928.

El Código de 1928 entró en vigor en el año de 1932, incluye un nuevo orden de llamado a heredar, que es distinto al anterior y es que el legislador aquí protegió los derechos de los parientes que en verdad estuvieron más cerca del difunto, primero heredan los descendientes, el cónyuge, aunque entre ellos no hay parentesco, los ascendientes, los colaterales cuyo límite en su comparecencia es hasta el cuarto grado y además incluye por primera vez a una institución que merecidamente debía de estarlo desde hace mucho tiempo, pero que desafortunadamente, por cuestiones de ideología y de costumbres, jamás se tomó en cuenta, me refiero a la concubina o el concubinario, incluyéndose un capítulo especial dentro de los herederos legítimos y por último llama al Estado, representado por la Beneficencia Pública.

Los requisitos que señala el artículo 1635, se refieren a que la concubina y el concubinario tienen derecho a heredarse recíprocamente, aplicándose las disposiciones relativas a la sucesión del Cónyuge, con la condición de que se reúnan los requisitos a que se refiere el CAPITULO XI del Título Quinto del Libro Primero del Código, relativo al concubinato en el que el artículo 291 Bis de dicho Código establece: "...La concubina y el concubinario tienen derechos y obligaciones recíprocos, siempre que sin impedimentos legales para contraer matrimonio, han vivido en común en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años que procedan inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones a los que alude este capítulo".

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

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

Por lo que se refiere a la sucesión de los descendientes, ascendientes, cónyuge supérstite los lineamientos son similares a los códigos anteriores.

Por lo que se refiere a la sucesión de los colaterales, la innovación que se mencionó anteriormente, está plasmada en los artículos del referido código, que a continuación transcribo: "... Artículo 1630. Si sólo hay hermanos por ambas líneas, sucederán por partes iguales".

Artículo 1631. Si concurren hermanos con medios hermanos, aquéllos heredarán doble porción que éstos "...Artículo 1632. Si concurren hermanos con sobrinos, hijos de hermanos o de medios hermanos premuertos, que sean incapaces de heredar o que hayan renunciado la herencia, los primeros heredarán por cabeza y los segundos por estirpes, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo anterior...". Artículo 1633. A falta de hermanos, sucederán sus hijos, dividiéndose la herencia por estirpes, y la porción de cada estirpe por cabezas... Artículo 1634. A falta de los llamados en los artículos anteriores, sucederán los parientes más próximos dentro del cuarto grado, sin distinción de línea, ni consideración al doble vínculo, y heredarán por partes iguales".

En caso de que no haya ninguno de los parientes antes mencionados, el Código Civil vigente para el Distrito Federal en su artículo

1636 establece lo siguiente "... A falta de todos los herederos llamados en los Capítulos anteriores, sucederá la Beneficencia Pública...".

A partir del **8 de junio de 2000** existe un nuevo Código Civil Federal, distinto al Código Civil para el Distrito Federal, y hasta entonces regía en el Distrito Federal, un Código Civil para esta ciudad, en materia del fuero común, y para toda la República en materia del fuero federal.

Ello significa que el Código anterior regía las actividades de los habitantes del Distrito Federal, pero también estaba vigente, todos los actos civiles que realizara la persona en los Estados Unidos Mexicanos en cualquier lugar de la República, incluyendo el territorio del Distrito Federal y se convirtió en **dos Códigos Civiles** diferentes:

a).- Uno sólo para el Distrito Federal, y otro

b).- Para todos los asuntos de índole federal, que se celebran en cualquier lugar de la república mexicana.

Por el momento son iguales en un 99 % de su texto los Códigos, el Federal y el del Distrito Federal.⁵¹

Así pues, el derecho positivo mexicano nos ofrece dos tipos de vías sucesorias la **primera**: que es por disposición de la ley (Legítima) o también llamada **sucesión intestamentaria** y la **segunda**: que es por voluntad del testador o bien conocida como **sucesión testamentaria**; lo anterior conforme a lo previsto en el artículo 1282 del Código Civil Federal y Código Civil para el Distrito Federal. Dentro de las cuales tenemos que en la legítima el de cujus no otorgo disposición testamentaria alguna y ésta solo se rige por la ley, al contrario la testamentaria, es por voluntad del testador

⁵¹ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ ERNESTO. Derecho Sucesorio. Editorial Porrúa. México, .D. F. 2002. Pág. LII, LIII y LIV.

en donde el de cujus falleció dejando un testamento donde dejó instituidos herederos, legatarios, inclusive dejando condiciones o cargas a los herederos.

a) Legítima.

La sucesión por vía legítima tiene lugar cuando no existe testamento alguno; cuando, habiéndolo, no fuera válido, o el heredero testamentario no quisiera o no pudiere aceptar la herencia, como en el caso de que hubiera muerto antes que el testador.

Y es así como en el artículo 1602 del Código Civil para el Distrito Federal y el Código Civil Federal se dispone una serie de reglas generales en donde heredan en primer término: los descendientes, cónyuges, ascendientes, parientes colaterales dentro del cuarto grado y la concubina o el concubinario, si se satisfacen en este caso los requisitos señalados por el artículo 1635, en segundo lugar: a falta de los anteriores, la Beneficencia Pública.⁵²

Este es un orden riguroso, inalterable, y sólo heredarán los siguientes a falta de los anteriores.

Asimismo, la sucesión legítima se abre según los establece el artículo 1599 cuando: a).- Cuando no hay testamento, o el que se otorgó es nulo o perdió su validez. b).- Cuando el testador no dispuso de todos sus bienes; c).- Cuando no se cumpla la condición impuesta al heredero; y d).- Cuando el heredero muere antes que el testador, repudia la herencia o es

⁵² ASPRON PELAYO JUAN MANUEL. Sucesiones. Editorial McGRAW-HILL. México, D. F. 1996. Pág. 14 y 15.

incapaz de heredar, si no se ha nombrado sustituto.⁵³

Y las diversas hipótesis en que se apertura la herencia legítima, se completan con el texto del artículo 1649, el cual determina “La sucesión se abre en el momento en que muere el autor de la herencia y cuando se declara la presunción de muerte de un ausente.”

Cabe mencionar que en la sucesión legítima o intestada encontramos diversas disposiciones que son reglas generales dentro de la sucesión como lo son las siguientes:

- El parentesco por afinidad no da derecho a heredar. (art. 1603).
- Los parientes más próximos excluyen a los más lejanos, salvo en lo dispuesto por los artículos 1609 y 1632. (art.1604).
- Los parientes que se hallaren en el mismo grado, heredarán por partes iguales. (art. 1605).

b) Testamentaria.

También hemos señalado que la sucesión testamentaria se podía deferir siguiendo la voluntad del testador, es decir, realizando su testamento, que se puede definir según el artículo 1295 del Código Civil Federal y para el Distrito Federal, como “***un acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos, y declara o cumple deberes para después de su muerte***”, y también se pueden incluir en esta disposición de última voluntad otras disposiciones jurídicas, tales como legados, fideicomisos, manumisiones,

⁵³ BAQUEIRO ROJAS EDGAR. Derecho de Familia y Sucesiones. Editorial Oxford. México, D. F. 1990. Pág. 357.

nombramiento de tutores y curadores e inclusive no instituir a un hijo por haberle dado en vida lo que pudo y consideró necesario según sus posibilidades.

Así mismo, el testamento es el acto unilateral, personalísimo, solemne y revocable en el que se contiene la institución de uno o varios herederos y se dispone de los bienes, derechos y obligaciones para después de su muerte.

Es un acto unilateral y personalísimo por que el testador debe manifestar su voluntad sin la intervención de un tercero, es solemne por que debe cumplir con las formas previstas por la ley; es revocable en virtud de que el testador puede realizar varios testamentos cambiando sus disposiciones, y la última disposición que realice es la que tendrá vigencia.

54

Capacidad para testar.

Pueden testar todos aquellos a quienes la ley no prohíbe expresamente el ejercicio de ese derecho.

Así pues en el artículo 1306 del Código Civil para el Distrito Federal y Código Civil Federal dispone que están incapacitados para testar: 1.- Los menos que no han cumplido 16 años de edad, ya sean hombres o mujeres; y 2.- Los que habitual o accidentalmente no disfrutan de su cabal juicio.

Capacidad para heredar.

La capacidad para heredar es la idoneidad para adquirir la calidad de heredero.

⁵⁴ ARCE Y CERVANTES JOSÉ. De las Sucesiones. Editorial Porrúa. México, D. F. 1992. Pág. 55

Corresponde la capacidad para suceder de acuerdo al Código Civil para el Distrito Federal los que todos los habitantes de esta entidad que de cualquier su edad que sean, tienen capacidad para heredar, y no pueden ser privados de ella de un modo absoluto; pero con relación a ciertas personas y a determinados bienes, pueden perderla por alguna de las causas siguientes:

- Falta de Personalidad;
- Delito;
- Presunción de influencia contraria a la libertad del testador, o a la verdad o integridad del testamento;
- Falta de reciprocidad internacional;
- Utilidad Pública;
- Renuncia o remoción de algún cargo conferido en el testamento.⁵⁵

Son incapaces para heredar.

Se consideran incapaces de adquirir por testamento o por intestado, a causa de falta de personalidad, los que no estén concebidos al tiempo de la muerte de la autor de la herencia, o los concebidos cuando no sean viables, conforme a lo que establece el artículo 337 del Código Civil para el Distrito Federal y el Código Civil Federal.

Además el artículo 1316 de los citados ordenamientos señala que son incapaces para heredar por testamento o por intestado, los que por causa de delito o indignidades, adulterio, prostitución, abandono y los

⁵⁵ PINA RAFAEL DE. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Vol. II. 12ª. Edición. Editorial Porrúa. México, D. F. 1990. Pág. 269.

alimentos, entre otros en contra del autor de la sucesión. ⁵⁶

Así pues, en la fracción octava de este citado artículo nos hace una mera referencia de que si los demás parientes del autor de la herencia que, teniendo obligación de darle alimentos, no la hubieren cumplido, es incapaz de heredar por testamento o bien en la vía intestamentaria.

Pues si bien es cierto, también tenemos otras diversas formas de incapacidad para heredar como son las contempladas el Código Civil para el Distrito Federal y el Código Civil Federal y son las siguientes:

a).- Por presunción de influjo contraria a la libertad del autor de la herencia, son incapaces de adquirir por testamento del menor, los tutores y curadores, a no ser que sean instituidos antes de ser nombrados para el cargo o después de la mayor edad de aquél, estando ya aprobadas las cuentas de la tutela.

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

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

d).- Los ministros de los cultos no pueden ser herederos por testamento de los ministros del mismo culto o de un particular con quien no tengan

⁵⁶ CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Editorial Ediciones Fiscales Isef. México, D. F. 2006. Pág. 144.

parentesco dentro del cuarto grado. La misma incapacidad tienen los ascendientes, descendientes, cónyuges y hermanos de los ministros, respecto de las personas a quienes éstos hayan prestado cualquiera clase de auxilios espirituales, durante la enfermedad de que hubieren fallecido o de quienes hayan sido directores espirituales los mismos ministros.

e).- Por falta de reciprocidad internacional, son incapaces de heredar por testamento o por intestado, a los habitantes del Distrito Federal, los extranjeros que, según las leyes de su país, no puedan testar o dejar por intestado sus bienes a favor de los mexicanos.⁵⁷

Asimismo, existen prohibiciones para el notario que a sabiendas autorice un testamento en que se contravenga lo dispuesto en los párrafos anteriores, por lo que sufrirá la pena de privación de oficio.

Testamentos inoficiosos.

Aquí pues llegamos a un acto trascendental establecido por los legisladores, el cual sería un elemento indispensable para que pudiera ser válido el testamento y no se produjera la inoficiocidad en los testamentos tal es el caso del artículo **1368** del Código Civil para el Distrito Federal y el Código Civil Federal; este precepto alude como una primordial obligación del testador su calidad de deudor alimentario, como lo es toda persona cuando tiene hijos, por lo tanto, esta obligación alimentaría de acuerdo con la ley subsistirá a pesar de que la persona fallezca; ya que el crédito alimenticio es un crédito preferente, según lo señala este artículo y tal y como lo reconoce el legislador extendiéndose a los ascendientes, hermanos, cónyuge, concubina, cuando se encuentre impedido para mantenerse por sí o bien que carezca de bienes, extensión que se hace o

⁵⁷ ASPRON PELAYO JUAN M. Crf. 96.

subsiste hasta en el supuesto que el cónyuge supérstite contraiga nuevo matrimonio.⁵⁸ y ⁵⁹

En caso de que el testador a través de su disposición testamentaria con cumpla con su obligación alimentaría, es decir, con el crédito alimenticio, puede el preterido tildar de inoficioso el testamento, solicitando se le provean estos si el derecho le asiste y desde luego se cae en los supuestos establecidos por la ley.

También existen ciertas reglas para que el testamento no sea inoficioso y dentro de las cuales nos encontramos con: No hay obligación de dar alimentos, sino a falta o por imposibilidad de los parientes más próximos en grado, de dar alimentos a las personas que tengan bienes; pero si teniéndolos, su producto no iguala a la pensión que debería corresponderles, la obligación se reducirá a lo que falte para completarla, Para tener derecho a ser alimentado se necesita encontrarse en los supuestos del artículo 1368. Asimismo, nos encontramos con otros supuestos muy importantes como: el derecho de recibir alimentos no es renunciable ni puede ser objeto de transacción; cuando el caudal hereditario no fuere suficiente para dar alimentos a todas las personas enumeradas en el artículo 1368, se observarán les suministrara de la forma siguiente: I. Se ministrarán a los descendientes y al cónyuge supérstite a prorrata; II. Cubiertas las pensiones a que se refiere la fracción anterior, se ministrarán a prorrata a los ascendientes; III. Después se ministrarán también a prorrata a los hermanos y a la concubina; IV. Por último, se ministrarán igualmente a prorrata, a los demás parientes colaterales dentro del cuarto grado.

⁵⁸ ARCE Y CERVANTES JOSE. *De las Sucesiones*. Cfr. Pág. 40.

⁵⁹ CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Op. Cit. Pág. 149.

Por lo tanto, es **inoficioso** el testamento en que no se deje la pensión alimenticia y el **preterido** tendrá solamente derecho a que se le dé la pensión que corresponda, subsistiendo el testamento en todo lo que no perjudique ese derecho. Asimismo, el derecho a la pensión alimenticia sucesoria solamente **nacerá** cuando el acreedor alimentista tenga necesidad a la pensión y, además, no tenga un pariente más próximo a quien le corresponda dicha obligación, o en caso de sí tenerlo se halle imposibilitado para cumplir esa obligación.

CAPITULO II

LA DESHEREDACIÓN

Es una institución por virtud de la cual el **paterfamilias** despojaba a un heredero de su derecho hereditario señalándolo en su testamento y esta debía hacerse expresamente.

1.- CONCEPTO.

Desheredación. Puede definirse como privar de su legítima a quienes en principio tienen derecho a ella.⁶⁰

En latín **exhereditio**, la desheredación de un hijo, una hija, inclusive su cónyuge bajo la patria potestad del padre debía hacerse designándolos individualmente o de cualquier otra forma que no admitiera duda sobre su persona.⁶¹

⁶⁰ CASTAN TOBEÑAS JOSE. Derecho Civil Español, Común y Foral. Tomo 6. 7ª. Edición. Editorial Reus. S. A. Madrid 1973. Pág. 631.

⁶¹ MORINEAU IDUARTE MARTA. Derecho Romano Diccionario Jurídico. Vol. 6. Edit. Oxford. México, D. F. 2002 Pág. 33.

Así pues, la desheredación es el acto formal por el cual el testador, invocando una causa legal y cierta, excluyente de su derecho en la herencia a un legitimario o a un heredero forzoso.⁶²

2.- ANTECEDENTES HISTORICOS.

Es tradicional distinguir en los antecedentes históricos del derecho sucesorio, el sistema que ha ido marcando nuestra evolución normativa. Nos referimos al llamado sistema romano cuyos principios, en numerosas ocasiones, son contradictorios. Seguidamente analizaremos, aunque brevemente, lo más importante en lo que a la desheredación interesa.

Esta institución aparece ya en el Código de Hamurabi (2300 a 2000 a. J. C.), como facultad del padre sometida a confirmación por el Juez después de comprobada la indignidad del desheredado.⁶³

Pero su origen próximo y directo se halla en el derecho Romano, ya que pudo haber dudas respecto a la cuestión de saber si hubo verdaderamente una completa libertad testamentaria en tiempos de las Doce Tablas, pero es indudable que unos siglos después, el testador pudiera instituir heredero a cualquier persona que contaba con la *testamenti factio pasiva*, desheredando a lo *heredes sui*.

Así pues, entraremos a las diversas épocas donde se desarrollo la desheredación, desde el derecho romano hasta nuestro derecho positivo mexicano.

⁶² VILALTA ESTHER A. y MENDEZ ROSA M. Acción de impugnación de la desheredación. Editorial BOSCH, Casa Editorial, S.A. Barcelona 1998. Pág. 7.

⁶³ CASTAN TOBEÑAS JOSE. Cfr. Pág. 633.

2.1.- DERECHO ROMANO.

La desheredación no siempre implicaba un castigo para los hijos, hijas, el cónyuge o concubina, ya que la causa de aquélla puede encontrarse en la necesidad de dejar los bienes inmuebles bajo el control de una sola persona para evitar la división entre la familia; así, se acostumbraba a dejar como heredero universal al hijo mayor, quien también tenía la responsabilidad de continuar con el culto doméstico.

Las desheredaciones de los hijos **sui**, debían hacerse de forma expresa con señalamiento de su nombre, si no se mencionaba nominativamente y sólo era omitido, el testamento debía ser anulado. En el caso de desheredar a las mujeres y a los nietos, la mención podía hacerse en forma global. No era necesario motivar la desheredación.

Como arreglo entre las ideas opuestas de la completa libertad testamentaria por un lado, y de la latente copropiedad familiar por el otro encontramos diversas restricciones a la desheredación. (De carácter formal y material)

Las restricciones **formales** eran las siguientes:

a). Conforme al **IUS CIVILE**, el testador debía desheredar a sus hijos siempre que fueran herederos sui, de manera que esto no valía para los emancipados en forma individual, nominatim; la copropiedad latente solo podía anularse mediante una disposición expresa. Si omitía a uno de sus hijos, el testamento no era válido; es decir, los *sui* debían ser instituidos o exheredados (desheredados), y por *ius patrorium*, este criterio se extendió a los *liberti*. La exhereditio, en un principio que no necesitaba de más requisitos que los puramente formales, no requería justificación causal alguna hasta que apareció la *querella inofficiosi testamenti*, esta acción pertenecía a los parientes más

próximos, los legitimarios, llamados así porque por sucesión legítima hubieran tenido derecho a concurrir a la herencia para impugnar el testamento que los hubiera desheredado o preterido injustamente.⁶⁴

En cuanto a sus hijas y nietos, podían ser desheredados mediante una **formula global** sin mencionarlos individualmente, y, en caso de silenciar estas categorías de descendientes el testamento no era nulo, sino que las personas “**preteridas**” recibían determinada porción de la sucesión, para lo cual se hacía una corrección preestablecida por la ley, dentro del marco general del testamento. Era algo que podría considerarse como una primera y tímida excepción al principio antiguo *nemo probarte status, pro parte intestatus decedere potest*, es decir, el sistema de la vía legítima comienza a invadir la vía testamentaria.

b). Conforme al **derecho honorario**, no solo los hijos que pertenecían a la categoría de herederos sui debían desheredarse *nominatim*, sino también los **emancipados** como el pretor asimilaba a los emancipados al grupo de los herederos sui, les daba también el mismo trato respecto de la desheredación.

El pretor permitía la desheredación **global** únicamente respecto de hijas y nietas. En caso de preterición de un hijo o de un nieto, se abría la sucesión por vía legítima, pero el pretor ordenaba que algunas disposiciones testamentarias guardaran su validez (desheredaciones, legados para la viuda etc.); otra infracción al principio de la incompatibilidad entre la vía testamentaria y la legítima.⁶⁵

Las restricciones **materiales** eran las siguientes:

⁶⁴ MORINEAU IDUARTE MARTA. Diccionarios Jurídicos Temáticos. Derecho Romano. Segunda Serie. Cfr. Pág. 93.

⁶⁵ PETIT EUGENE. Tratado Elemental de Derecho Romano. 15ª. Edición. Editorial Porrúa. México 1999. Pág. 522.

Por su publicidad, el *testamentum calatis comitiis* ofrecía cierta garantía contra un abuso de libertad testamentaria. Pero, cuando esta forma comenzaba a ceder su lugar a otras más discretas, poco a poco se presentó más claramente la necesidad de defender a los próximos parientes contra ciertos caprichos del testador. A fines de la época republicana, el Tribunal de los Centumviri acostumbraba a admitir en tales casos que los testamentos contrarios al deber (*officium*) moral del padre a sus hijos, fueran tachados de un color *insaniae*. Paulatinamente, cristalizaron en la práctica de dicho Tribunal algunas reglas sobre los derechos de descendientes y hermanos desheredados, finalmente se llegó al siguiente resultado: si los descendientes recibían menos de la cuarta parte de lo que habrían recibido por vía legítima, podían pedir la anulación del testamento; los hermanos, en caso de no haber descendientes, tenían el mismo derecho, si en lugar de ellos se hubiera instituido a una persona *turpis*.

c). Finalmente, mediante la **NOVELA 115**, Justiniano introdujo una gran reforma, combinando las reglas formales sobre la desheredación con las materiales, de acuerdo con los siguientes principios:

1.- La desheredación de cualquier *heres suus* debía hacerse *nominatim*; de lo contrario, el testamento era nulo.

2.- También la desheredación del hijo emancipado debía hacerse en forma individual. De lo contrario, el testamento conservaba su validez, pero el preterido tenía derecho a una porción igual a la de un heredero instituido, curioso eco de la condición originalmente del hijo emancipado.

3.- Las desheredaciones debían hacerse con indicación de causa y sólo algunas de ellas eran reconocidas por el derecho.

4.- Fuera del caso de una desheredación formal, basada en una causa reconocida, cada heres suus o hijo emancipado tenía derecho, cuando menos, a su porción legítima.

5.- Si los descendientes recibían menos de lo que les hubiera correspondido de acuerdo con el sistema portio legitima (porción legítima), podía ejercitar una actio ad supplendam legitiam (acción para completar la porción legítima) por la que se reducían las cuotas que habían recibido los demás herederos, para que el actor o los actores obtuvieran su porción legítima (los legados, manumisiones, fideicomisos, nombramientos de tutores o curadores quedan en vigor).⁶⁶

Otra restricción a la libertad material de testar era el hecho de que el parens binubus (padre o madre, casados por segunda vez) no podía dejar al nuevo cónyuge más de lo que correspondiera a cada hijo del primer matrimonio.

La querella no podía prosperar si el testador, a juicio del Tribunal, hubiese tenido razones suficientes para justificar la *exhereditio*.⁶⁷ Sus requisitos eran: expresión de la causa por el testador, que ésta fuere de las previstas por la ley y que el heredero instituido lo probare, de negarla al desheredado; fue regulada por Justiniano en la Novela CXV, en sus capítulos III y IV, que también determinaban las causas de la desheredación.⁶⁸

⁶⁶ Cfr. MARGADANT S. GUILLERMO F. Pág. 487.

⁶⁷ SCHULZ FRITZ. Derecho Romano Clásico. Cfr. Pág. 264.

⁶⁸ GARCÍA DEL CORRAL D. ILDEFONSO L. Cuerpo del Derecho Civil Romano. T. VI. CÓDIGO NOVELAS. Tercera Parte. Barcelona 1898. Págs. 403 a la 410.

2.2.- DERECHO ESPAÑOL.

Después de analizar en el derecho romano, la historia de cómo es que ocurría la desheredación en Roma, llegamos a un sistema jurídico que recogió algunas cosas de ese derecho tan amplio, como lo era el de los romanos, es por ello que ahora el Código Civil Español contempla hoy en día la figura de la desheredación.

En la Edad Media, merece ser destacado el Fuero Juzgo, respecto al que se plantea la duda si siguió la tradición romana. PEÑA BERNALDO DE QUIROS defiende que el Fuero Juzgo es reflejo de la tradición romana como se observa en el dato de que los hijos eran herederos por el mero hecho de ser hijos. Con respecto a la desheredación, en la misma ley que se reconocía la legítima se preceptuó que los hijos y nietos podían ser desheredados por causa grave, determinando los hechos que la constituían y dejando sin efecto la desheredación si el desheredado alcanzase el perdón o si fuere instituido heredero independientemente de la causa de desheredar. Observamos que el hijo tenía derecho a la parte de la herencia en concepto de legítima y que no podría ser privado de la misma sino por causa de desheredación.⁶⁹

En el siglo XIII Alfonso X el Sabio publicó dos textos legales: el Fuero Real que recogía la tradición jurídica castellana y las Partidas que suponían una adaptación del derecho romano justiniano, mismos que nunca se aplicaron si no hasta el Ordenamiento de Alcalá del año 1348. De ello cabe deducir que evidentemente el Derecho aplicable en Castilla hasta 1348 fue de clara influencia romana y germánica e incluso con posterioridad, pues las Partidas se aplicaban subsidiariamente al Fuero Real y a los Fueros Municipales.⁷⁰

⁶⁹ VALIENTE Y TOMAS. Manual de Historia de Derecho Español. Madrid 1986. Págs. 104 y sig.

⁷⁰ VALLET GOYTISOLO JUAN DE. El deber formal de instituir herederos a legitimarios y el actual régimen de la preterición. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Anuario de Derecho Civil. Madrid 1966. Pág. 47 y sig.

En el Fuero Real, únicamente los hijos tenían la consideración de herederos necesarios del causante que solo podía disponer de un quinto de su haber libremente. El padre una vez deducido este quinto podía mejorar en un tercio a sus hijos. Solo en aquellos casos en los que no existían hijos, podían instituirse a extraños. Así en las leyes 1ª y 2ª del título IX “De los heredamientos “, del Libro III se regulan las causas de desheredación de los hijos por los padres y madres. Por tanto, la desheredación implicaba la pérdida de la condición de heredero que correspondía a los hijos por el mero hecho de ser hijos y así de la porción hereditaria que les correspondía.

En la Partida Sexta, título VII, contiene la regulación de la desheredación. La influencia romanista de este texto legal se deja sentir en la importancia dada a la institución de heredero en el testamento y en la relevancia del principio Justiniano de que “el padre haciendo testamento” debe dejar “a su hijo su parte legítima” como “heredero”. Esta obligación sólo cabía excluirla en los supuestos de desheredación, que según la Ley 1ª. T. VII, Partida Sexta⁷¹ era una disposición por la que “sé priva ó excluye de la herencia al que tiene derecho á ella”; la Ley 2ª. señalaba quien podía desheredar y a quién y la Ley 3ª. establecía como debía hacerse el hecho del desheredamiento, debía nombrársele por su nombre o por su sobrenombre o por cualquier señal cierta.⁷² Cuando la desheredación fuere considerada injusta, el afectado podía ejercitar la querrela inoficiosa testamentaria. La renuncia a la querrela, por aprobación del testamento del padre, no incluía la renuncia a la *actio ad supplementum* (acción para completar la legítima), es decir, es la acción del heredero testamentario que hubiera recibido una cantidad menor que la porción legítima que la Ley le garantizaba, para pedir que esa cantidad fuera completada.⁷³

⁷¹ SABIO ALFONSO X EL. *Las Siete Partidas (antología)*. Selección, Prologo y Notas de Francisco López Estrada y María Teresa López García-Berdoy. Editorial Castalia. [ONDRES NUEVOS]. Pág. 351 y sig.

⁷² SÁNCHEZ DE MOLINABLANCO, JOSÉ. *Derecho Civil Español en forma de Código*. 2ª. Edición. Editorial Minuesa. Madrid, 1873. Pág. 490 a la 496.

⁷³ VALLET GOYTISOLO JUAN DE. *Op. Cit.* Pág. 8.

Como hemos señalado, las Partidas, cuya elaboración se inició en el año 1256, no tuvieron aplicación hasta el Ordenamiento de Alcalá en el año 1348, que estableció la aplicación supletoria de las Siete Partidas en defecto del Fuero Real y de los Fueros Municipales. Es interesante resaltar que en el Ordenamiento de Alcalá, la Ley Única del T. XIX suprimió la necesidad de la institución de heredero para la validez del testamento.

Ahora bien, la citada Ley abrió un debate acerca de la necesidad de dejar la legítima a título de heredero, coincidiendo con la postura de considerar que la legítima habría de dejarse a título de heredero, con lo que la citada Ley se aplicaba sólo en el caso en que no hubieran legitimarios.

Con posterioridad, como continuador del Fuero Real, cabe citar las Leyes de Toro, de inspiración germánica, que otorgan al legitimario la condición de heredero. Así se desprende de la Ley XVII en la que se establece: “*Totum patrimonium patris execta quinta parte sint legitima filiorum*” y de la misma Ley VI que señala que los ascendientes legítimos “*sucedan ex testamento et abintestato a sus descendientes, y le sean legítimos herederos como lo son los descendientes a ellos en todos sus bienes*”. Si esta afirmación la ponemos en conexión con la Ley XXIV de Toro referida a la preterición y desheredación observamos que el testamento por causa de desheredación es irrito en cuanto a la institución pero no en cuanto a las demás cosas contenidas en el mismo y es que la desheredación provoca sólo la caída de la institución de heredero porque el desheredado injustamente es llamado a ocupar su lugar.

En este contexto, el desheredado por causa no probada o preterido es legítimo contradictor por su legítima, para impedir al heredero la posesión de la herencia, sin embargo, como él ha de ser incluido en ella y están obligados a darle. Podemos, por tanto, afirmar que el desheredado que reclama su legítima, lo hace en concepto de heredero.

De todo lo expuesto se desprende que existieron dos modos de entender los derechos sucesorios, el germánico y el romano que respectivamente se materializaron en el derecho castellano y en el derecho común. Ambos sistemas coincidieron en dar al legitimario la condición de heredero. No obstante, mientras en el derecho común el legitimario tenía que ser instituido heredero necesariamente en el testamento, en el derecho castellano, no; pero ello no implicaba que el legitimario no fuese heredero, pues el contenido normal del testamento eran las mandas, y la sucesión de los legitimarios se verificaba mediante la sucesión intestada que les otorgaba la condición de herederos. Más confusa es la determinación de la naturaleza de la legítima en los citados sistemas. Se considera que en el derecho común la legítima era *pars hereditatis*, sin embargo, también se niega tajantemente esta afirmación defendiendo que la legítima era *pars bonorum*. Para el derecho castellano, es una opinión extendida ya que la legítima es *pars hereditatis*: el legitimario era heredero pues responde de las deudas del causante. En lo que a la desheredación respecta, es que en ambos sistemas va a suspender la pérdida de la legítima y de la condición de heredero. Otra cuestión será la naturaleza que le otorguemos a dicha legítima.

El proyecto de 1851, principal antecedente del Código Español que tuvo por principio el “de no innovar lo existente”, no contiene un concepto de desheredación. Si partimos del artículo 666, cuyo contenido es: “El heredero forzoso puede ser únicamente desheredado por alguna de las causas expresamente señaladas en la Ley, y no por otras, aunque sean de igual o mayor gravedad”, observamos, según GARCIA GOYENA que este precepto encuentra su precedente en el Fuero Juzgo, en el Fuero Real y en las Partidas. Con ello parece que se continúa en la misma línea de pensamiento tradicional acerca del concepto de desheredación: **desheredar es privar de la condición de “heredero forzoso”**, pero ¿quién era el heredero forzoso? la respuesta venía dada en el artículo 640: “Llámense herederos forzosos aquello á quienes la ley reserva en los bienes del difunto cierta porción de que no pueden privarlos sin causa justa y probada de desheredación. La porción reservada se llama “legítima”. Por tanto,

para el proyecto de 1851 es claro que el desheredado es privado de la legítima y de la condición de heredero forzoso. A pesar de esta claridad meridiana es preciso citar un precepto que supone una “cierta contradicción” a lo señalado. Nos referimos al artículo 645 cuyo contenido era: “El heredero forzoso á quien el testador dejase por cualquier título menos de la legítima, sólo podrá pedir el complemento de ésta”. ¿Significa que la legítima se desvinculaba necesariamente de la condición de heredero? GARCIA GOYENA, en sus comentarios a este precepto realiza dos precisiones. En primer lugar, señala que por “Derecho Romano y Patrio, para que tuviese lugar la disposición de este artículo era preciso que lo dejado fuese a título de heredero”. Además, en segundo lugar establece una conexión entre la preterición y el artículo 645 en el sentido de que los efectos de uno y otro debían ser diferentes pues en el caso de preterición “puede presumirse ignorancia ó falta de memoria en el testador” y en el caso del artículo 645 no. Por ello cuando se diesen los presupuestos del artículo 645 solo cabía acudir a la vía del artículo 645 y no a la preterición. De las anteriores precisiones cabe inferir que en el proyecto de 1851 no es preciso que en todo caso la legítima se deje en concepto de heredero puede dejarse por cualquier título, y cuando así se haya hecho, el legitimario no podrá instar la preterición. Es interesante resaltar el dato de dominar heredero forzoso a quien el testador le dejase por cualquier título menos de la legítima. ¿Supone que el legitimario es siempre heredero independientemente del título utilizado por el testador para otorgarle la legítima? El proyecto de 1851 no nos da una respuesta sobre el particular.⁷⁴

El Anteproyecto 1882-1888 no aclara la duda planteada pues en su artículo 800 mantiene una redacción similar a la del artículo 645 del Proyecto. Tampoco da concepto alguno de desheredación. En relación a la conexión entre desheredación y la condición de heredero forzoso, el artículo 666 del Proyecto de 1851 pasó al artículo 834 del Anteproyecto con el siguiente contenido: “La desheredación sólo podrá tener lugar por alguna de las causas expresamente

⁷⁴ GARCÍA GOYENA. Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español. Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza. Reimpresión. Zaragoza 1974. Pág. 34 y sig.

señaladas por la ley, y no por otras, aunque sean de igual o mayor gravedad”. Se había modificado el precepto respecto del Proyecto de 1851, en el sentido de no aparecer la mención a los herederos forzosos, y con ello se pretendía adecuar el precepto al entonces artículo 3649 del Código Civil Mexicano. La falta de mención en la disposición al “heredero forzoso” no supone un cambio de orientación a lo previsto el proyecto de 1851, pues la lectura de otros preceptos del anteproyecto, en concreto de los artículos 842, 839 y 840 en relación con el artículo 792, nos permite concluir que la desheredación es la privación de la condición de heredero. Por otra parte, y en relación con la conexión de la desheredación con la legítima, en el Anteproyecto se incluye un cambio en el texto del artículo 640 del Proyecto que pasa al artículo 791 del Anteproyecto: “Legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos”. La modificación consiste fundamentalmente en la desaparición en el precepto de la mención a la desheredación. A pesar de ello consideramos que se conserva el mismo espíritu que informaba el Proyecto de 1851.⁷⁵ En efecto, del artículo 837 del Anteproyecto de 1882-1888 se observa claramente la conexión de la desheredación con la legítima, pues establece que la desheredación injusta: “anulará la institución de heredero; pero valdrán los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias en cuando no perjudiquen a la legítima”. Si el quantum que materializa la reclamación en los supuestos de desheredación injusta es la legítima, evidentemente, la conexión entre desheredación y legítima es muy íntima, legítima que en función del artículo 791 otorga la condición de heredero.

Por otro lado, en el Proyecto se va a introducir un precepto que también se acoge en el Anteproyecto. Nos referimos al artículo 673 del Proyecto que pasaría al artículo 842 del Anteproyecto y finalmente a nuestro Código Civil. Este artículo establece: “Los hijos del desheredado ocuparán su lugar y derechos de herederos forzosos respecto a la legítima sin que el padre desheredado tenga el usufructo y la administración de los bienes que constituyen dicha legítima”. Este artículo

⁷⁵ ALGABA ROS SILVIA. Efectos de la desheredación. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 2002. Pág. 53.

según afirma GARCIA GOYENA, es novedoso frente a los antecedentes históricos y va a suponer un nuevo dato a tener presente en el concepto de desheredación, por cuanto que ésta, pese a ser justa, ya no puede trasladarse a la descendencia inocente del desheredado.

Finalmente se publica el Código Civil. Este aparece guiado por la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 que estableció en su Base 15, la necesidad en materia de sucesión de “mantener en su esencia la legislación vigente sobre los testamentos... la institución de heredero, la desheredación...”. Teniendo presente, que como señalara la Base 1ª. “El Código tomará por base el Proyecto del 1851 en cuanto se halla contenido en éste el sentido y capital pensamiento de las instituciones históricas patrias”.

Acudiendo al Código Civil Español, se observa que en el artículo 806 se establece un concepto de legítima idéntico al del anteproyecto. Respecto a la desheredación, el actual artículo 848 es semejante al artículo 834 del anteproyecto, dado que se conserva el mismo texto salvo en lo referente a la supresión de “y no por otras, aunque sean de igual o mayor gravedad”. Aunque falta un concepto de desheredación, en una primera aproximación y desde una interpretación exclusivamente literal, cabe deducir del articulado del Código que la desheredación se conecta con la privación de la legítima y con la condición de heredero forzoso. Es precisamente el artículo 851 el que en una interpretación literal nos lleva a esta consideración, pues en el precepto se señala que el efecto que ocasiona la desheredación injusta es anular una serie de disposiciones testamentaria “en la parte que perjudique la legítima”. Por tanto, la legítima que recupera el injustamente desheredado, será la legítima de la que se ve privado por causa de la desheredación. Además la interpretación literal de preceptos del Código nos conduce a afirmar que la desheredación es la privación de la condición de heredero. La conexión de los artículo 763, 806 del Código Civil así nos lo indican. Señala el artículo 763 párrafo segundo⁷⁶ que: “El que tuviese herederos

⁷⁶ SEMPERE RODRÍGUEZ CÉSAR. Código Civil Español. Cfr. Pág. 257.

forzosos sólo podrá disponer de sus bienes en la forma y con las limitaciones que establecen la sección quinta de este capítulo”. La forma que indica la sección quinta repetidamente es la de herederos forzosos, y los límites los sobradamente conocidos de los artículo 807 del Código Civil. Además a todo ello cabría añadir que en el artículo 851 cuando se señalan los efectos de la desheredación injusta como la posibilidad de solicitar el injustamente desheredado su legítima, se señala que éste tomará la misma de la institución de heredero en primer lugar. Se parte así de que el desheredado ha sido privado de la condición de heredero y va a poder recuperar de esa forma la referida condición.

Pero la interpretación literal de los preceptos del Código Civil no es tan clara como ha podido desprenderse de las anteriores consideraciones. En efecto, el artículo 815 del Código Civil, procedente del artículo 645 del Proyecto de 1851 y artículo 800 del Anteproyecto, llevó a algunos autores a la conclusión de que a partir del mismo la legítima ya no tenía por qué deferirse en concepto de heredero. A ello podría añadirse la argumentación de que el legislador decimonónico había sido impreciso al utilizar el término de “heredero forzoso” para identificar el legitimario tanto más cuando uno de los legitimarios que menciona el artículo 807 el cónyuge, parece que no puede llegar a ser heredero. La situación, como vemos, es compleja pues suscita dudas que nos llevan a replantearnos la cuestión de si la desheredación es la privación de la condición de heredero.

En España fue reglamentada la desheredación en el Fuero Juzgo y en el Fuero Real, y muy especialmente en el título VII de la 6ª. Partida. Este título de las Partidas constituyó el fondo del derecho vigente en la materia hasta la publicación del Código Civil Español.⁷⁷

FORMA Y REQUISITOS DE LA DESHEREDACIÓN.

⁷⁷ CASTAN TOBEÑAS JOSÉ. Derecho Civil Español, Común y Foral. Tomo 6. 7ª. Edición. Editorial Reus. S. A. Madrid 1973. Pág. 634.

Forma de efectuarla. El artículo 848 y 849 del Código Civil Español dice: **“La desheredación sólo podrá hacerse en testamento, expresando en él la causa legal en que se funde”**. Y, naturalmente aunque el artículo no lo diga el 849, habrá que expresar quien es el desheredado.⁷⁸

Existen tres requisitos formales:

a).- Que se haga en testamento.- La naturaleza de disposición mortis causa que la desheredación tiene, y la importancia y trascendencia del acto, justifican que se exija para él la forma solemne que es propia de las disposiciones de última voluntad⁷⁹.

b).- Que se designe claramente al desheredado.- Ya lo decía la ley 3, título VII, de la 6ª. Partida: *“Ciertamente, nombrándolo por su nome, o por sobrenome, o por otra señal cierta, deue saber, qual que desheredar”*. Aunque el Código Civil Español no lo señala, debe llegarse a la misma consecuencia deduciéndola de los dispuesto por los artículos 772 y 773, para la institución del heredero.

c).- Que exprese la causa legal en que se funde. Artículo (848).

CAUSAS GENERALES Y ESPECÍFICAS DE LA DESHEREDACIÓN.

Si la desheredación se realiza y no se expresa su causa, no se prueba la misma o es distinta de las que se establecen legalmente, puede ser **anulada** por los tribunales.

Por su parte, si el desheredado niega la causa de desheredación, el resto de los herederos podrán acreditar ante el Juez que es cierta. En estos casos, no

⁷⁸ Cfr. SEMPERE RODRIGUEZ CESAR. Código Civil Español. Pág. 271.

⁷⁹ RIVERA FERNANDEZ MANUEL. La desheredación. Editorial Tecnos S. A. Madrid, 1990. Pág. 13.

serán válidas las **legítimas** que contenga el testamento sino sólo los legados y demás disposiciones testamentarias realizadas al margen de las mismas.

Así, el testador no puede desheredar sin más a su capricho; sólo puede hacerlo si concurre alguna de las siguientes **causas genéricas** de desheredación:

- Los padres no pueden heredar a sus hijos si los han abandonado, corrompido o prostituido.
- Tampoco puede suceder el que ha sido condenado en juicio por atentar contra la vida del testador, de su cónyuge, descendientes o ascendientes, incluso aunque tenga la condición de heredero forzoso (en cuyo caso perderá su derecho a la legítima).
- El que hubiese acusado al testador de cometer un delito que pueda ser castigado con la pena de prisión grave (al menos 6 años), si la acusación se declara calumniosa.
- El heredero mayor de edad, que sepa que el testador ha fallecido de forma violenta y no comunique su muerte a la justicia, salvo en los casos en los que ya se estuviese investigando.
- El que con amenaza, fraude o violencia obligue o impida al testador hacer testamento, modificarlo u oculte maliciosamente el que se haya realizado.⁸⁰

Además de las causas anteriores, la ley contempla una serie de **causas específicas** que también son causa de desheredación y que pueden concurrir o no en las siguientes situaciones:

1.- Para desheredar a los hijos y descendientes:

⁸⁰ M. MENDEZ ROSA - VILALTA ESTHER A. Acción de impugnación de la desheredación. Editorial Bosch Casa Editorial S. A. Barcelona 1998. Pág. 27.

Negar alimentos al padre o ascendiente que realiza la desheredación sin motivo aparente.

Injuriar o maltratar gravemente a los hijos o a los descendientes ya sea de obra o de palabra.

2.- Para desheredar a los **padres:**

Haber sido privados de la patria potestad judicialmente por incumplimiento de los deberes que comporta.

Haber negado alimentos a sus hijos o descendientes sin motivo legítimo.

Atentar uno de los padres contra la vida del otro y no existiese entre ambos la reconciliación.

3.- Para desheredar al **cónyuge:**

Incumplir grave o reiteradamente los deberes conyugales.

Negar alimentos a los hijos o al cónyuge.

Atentar contra la vida del cónyuge testador, si no hay reconciliación posterior.

81

¿Qué efectos tiene la desheredación?

Fundamentalmente el heredero que ha sido desheredado queda **privado** de toda participación en la herencia.

⁸¹ MAGALLON IBARRA JORGE MARIO. Instituciones de Derecho Civil. Tomo V. Editorial Porrúa, S. A. México, 1990. Pág. 100 y 101.

Si, con posterioridad, el testador y el desheredado se **reconcilian**, la desheredación quedará sin efecto.

Por su parte, la legítima del desheredado se transmitirá a sus hijos y descendientes quienes conservarán a su favor los derechos que pertenecían al desheredado en la herencia.⁸²

EN MÉXICO.

En México existe un sistema de libre testamentación, el testador no necesita dar ninguna razón para instituir a persona alguna en su testamento, sino que, es absolutamente libre para disponer de la totalidad de sus bienes sin más limitación que la de cubrir la **obligación alimentaria** que tendría en vida y al hijo póstumo que reciba la porción que le habría correspondido por vía legítima.

2.3.- LEGISLACIÓN.

Aún así, encontramos en nuestro derecho positivo mexicano diversas figuras semejantes a la figura de la desheredación, como lo es la preterición, el hijo póstumo y las causales de ingratitud en relación al testador.

El único caso en que el derecho mexicano vigente exige una desheredación formal, lo encontramos en los artículos **1316**, 1377 y 1638 del Código Civil para el Distrito Federal y tanto en el mismo ordenamiento y a nivel federal: en relación al hijo póstumo.

Así pues, los mismos ordenamientos son del tenor literal siguiente:

⁸² VALLET GAYTISOLO JUAN DE. El apartamiento y la desheredación. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Anuario de Derecho Civil. Madrid 1968. Pág.60 y sigs.

“Artículo 1377.-

No obstante lo dispuesto en el artículo 1375, el hijo póstumo tendrá derecho a percibir íntegra la porción que le correspondería como heredero legítimo si no hubiere testamento, a menos que el testador hubiere dispuesto expresamente otra cosa”.

“Artículo 1638.-

Cuando a la muerte del marido la viuda crea haber quedado encinta, lo pondrá en conocimiento del juez que conozca de la sucesión, dentro del término de cuarenta días, para que lo notifique a los que tengan a la herencia un derecho de tal naturaleza que deba desaparecer o disminuir por el nacimiento del póstumo”.

Del referido artículo 1377 se desprenden dos derechos, uno a favor del testador, el poder de disponer de sus bienes y, el otro a favor del hijo póstumo, en el cual la ley le da una protección mínima.

¿Quién es el hijo póstumo?

El hijo póstumo es el que nace con posterioridad a la muerte de alguno de sus progenitores, y no como lo consideran algunos autores, aquel que nace con posterioridad al otorgamiento de un testamento.⁸³

El hijo póstumo es un heredero forzoso, con base en que la ley establece que tiene derecho a recibir su porción íntegra, no a recibir una pensión, ni a recibir una parte de los productos de la porción que le hubiere correspondido, en el caso de que la sucesión hubiere sido intestada.

⁸³ ASPRON PELAYO JUAN M. Cfr. Pag. 102 y sig.

Al hijo póstumo hay que instituirlo o desheredarlo; no se le puede pasar en silencio. Para el caso de que el hijo póstumo no sea mencionado en el testamento, recibe la porción que le hubiera correspondido por vía legítima, subsistiendo el testamento en todo lo demás.

Debido a que el hijo póstumo es un heredero forzoso, es necesario regular las consecuencias de su futuro nacimiento, hasta que éste se verifique, y debiendo ser persona el recién nacido para que tenga consecuencias jurídicas, es decir, además de que nazca vivo debe ser viable. (Artículos 22,337, 1314, 1377 y 1648 del Código Civil).

También el Código multicitado establece las precauciones que deben adoptarse cuando la viuda queda en cinta, con independencia que la madre sea la cónyuge, la concubina o la amante.

CAPITULO III

LA PRETERICIÓN

1.- LA PRETERICIÓN. CONCEPTO.

La definición etimológica de **preterir** nos señala que proviene del latín **praeterire** que significa pasar por alto a una persona en el testamento.⁸⁴

El maestro RAFAEL ROJINA VILLEGAS establece que el preterido es aquella persona que fue omitida en el testamento, pero que tiene derecho a que se le dé la porción que le corresponda, subsistiendo el testamento.⁸⁵

El término **preterición de heredero** nos indica que se entiende por tal la postergación que se hace del heredero, por otro que tenga igual o menor derecho.⁸⁶

En los sistemas sucesorios de legítima o de herederos forzosos en el que el testador debe asignar una porción de sus bienes a sus descendientes, cónyuge u otros parientes cercanos, en tal virtud el heredero puede impugnar la validez del mismo para obtener la porción que en su carácter de partícipe de la cuota legítima le correspondería, es por ello que la institución de preterición sólo se da en la institución testamentaria en régimen de cuota de legítima.

⁸⁴ MORINEAU IDUARTE MARTA. Diccionarios Jurídicos Temáticos. Derecho Romano. Segunda Serie. Cfr. Pág. 89.

⁸⁵ ROJINA VILLEGAS RAFAEL. Derecho Civil Mexicano. Tomo Cuarto. Sucesiones. Vol. II. Editorial Antigua Librería Robredo. México, D. F. 1958. Pág. 98 y 99.

⁸⁶ DICCIONARIO JURÍDICO. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. 15 Edición. Editorial Porrúa. México, D. F. 2001, Págs. 2528-2529.

2.- PRECEDENTES.

Para la adecuada comprensión de la institución objeto de este capítulo se hace necesario tener presente los antecedentes históricos que han contribuido a la conformación de esta figura jurídica.

Ya en el Derecho Romano se perfiló la figura jurídica de la preterición que aprovechaba la apertura de la sucesión intestada. El testador no podía omitir en su testamento a los herederos sui. El *Ius Civile* sentó el principio: “Sui herederos instituendi sunt, vel exherandi”⁸⁷, es decir, el testador que tiene herederos sui, no puede hacer testamento válido sin mencionarlos, bien para decir que sean sus herederos, bien para desheredarlos.

Los sui herederos que fuesen varones y en primer grado con el causante, tenían que ser desheredados uno por uno, pues de ser preteridos se anulaba el testamento por vicio de forma y la herencia se defería *ipso iure* por un testamento anterior si existiese y, en caso contrario, por la sucesión intestada. Tratándose de hijas o nietos, conservaba la validez el testamento, pero los preteridos concurrían a heredar con los herederos testamentarios *scriptis heredibus acresunt*; si éstos eran *extranei* heredaban conjuntamente la mitad, y si eran sui por partes iguales. La preterición de un póstumo acarrearaba siempre la nulidad total del testamento, abriéndose la sucesión intestada.⁸⁸

En el derecho pretorio y sobre todo el justiniano, al dar entrada a la familia natural y hacerla triunfar sobre la Civil, generalizó la doctrina de la preterición a todos los descendientes, aunque no tuvieran el carácter de herederos suyos.⁸⁹

⁸⁷ MARGADANT S. GUILLERMO FLORIS. Cfr. 498.

⁸⁸ PUIG PEÑA F. Compendio de Derecho Civil Español. 1976, Vol. VI. Pág. 551.

⁸⁹ CASTAN TOBEÑAS JOSÉ. Derecho Civil Español, Común y Foral. Tomo 6. 7ª. Edición. Cfr. Pág. 551.

En el derecho español, conforme a la legislación de Partidas⁹⁰, la preterición de un hijo o descendiente producía la nulidad del testamento. Pero, por consecuencia de la radical reforma llevada a cabo en cuanto al carácter de la institución de heredero por el Ordenamiento de Alcalá⁹¹, quedaron limitados, y así lo reconoció la Ley 24 de Toro⁹², los efectos de la preterición a la nulidad de la institución, sin perjuicio de la validez de la demás disposiciones testamentarias. Como los textos legales sólo referían a la doctrina de la preterición a los descendientes, y esta materia se consideraba de interpretación restringida, y se decía que no podía aplicarse a los ascendientes. Después el Código Civil Español fue el que generalizó la teoría a todos los herederos forzosos.

Asimismo, en esa misma legislación española encontramos a la referida institución en el artículo 814 del Código Civil el cual establece que la preterición equivale a la omisión del legitimario por el causante, es decir, omitir el testador en su testamento aquella persona que por ley le corresponden los alimentos sucesorios.

CLASES DE PRETERICIÓN

La redacción originaria del Código Civil Español no recogió la distinción entre la preterición errónea e intencional, aunque en el citado código se dispusieron distintos efectos según el tipo de preterición; así pues encontramos actualmente dos tipos de preterición:

- a) La preterición **intencional**, es aquella que se produce a sabiendas de que existe un heredero forzoso al que **deliberadamente**, no se incluye

⁹⁰ LOS CODIGOS ESPAÑOLES CONCORDADOS Y ANOTADOS. Código de las siete partidas. Tomo Cuarto. La 6ª. y 7ª. Partidas. Imprenta de la Publicidad, a cargo de M. Rivadeneyra. Madrid 1848. Pág. 97.

⁹¹ DE ASSOR DEL RIO IGNACIO JORDAN y DE MANUEL R. RODRIGUEZ MIGUEL. El Ordenamiento de Leyes de Alcalá. Editorial Lex Nova. Valladolid 1983. Pág. 94.

⁹² GOMEZ ANTONIO. Compendio de los comentarios extendidos a las ochenta y tres leyes de toro. Editorial Lex Nova. Valladolid 1981. Págs. 104 a 107.

en el testamento por cualquier motivo, y además no se le ha hecho en vida atribución alguna de bienes.

- b) La preterición **errónea** también denominada **involuntaria** o no intencional tiene lugar por error, olvido o falta de previsión. Si al hacer testamento el testador omitió al legitimario porque no sabía de su existencia y posteriormente no revoca el testamento, entraremos frente a una preterición de este tipo.⁹³

3.- CONCEPTO DE LA PRETERICIÓN VIGENTE EN EL D. F.

Para nuestro derecho vigente **preterir** es omitir a aquella o aquellas personas dentro de la herencia que tenían derecho a esta, es decir, a los familiares hasta el cuarto grado, o mejor dicho, es la postergación que se hace del heredero, por otro que tenga igual o menor derecho.⁹⁴

El Código Civil para el Distrito Federal y el Código Civil Federal y para toda la República Mexicana se refiere al heredero preterido en las disposiciones comunes a las sucesiones testamentarias y al intestado, entendiéndose por **preterido** al omitido en la partición, el que tiene acción para pedir la nulidad de la misma para que se le asigne la parte que le corresponde; para que proceda la acción previamente debe contener el reconocimiento de su carácter de heredero que puede ser por llamamiento testamentario o legal.⁹⁵

En los sistemas sucesorios en que una parte de los bienes deben reservarse para los parientes mas cercanos, conocida como legítima sólo se podía desheredar cuando el heredero legítimo incurría en alguna causa de indignidad o ingratitud, el testador podía estar equivocado y el juez a petición del

⁹³ COBACHO GÓMEZ J. A. REVISTA DE DERECHO RIVADO, Editorial. Editoriales de Derecho Reunidas S. A. Mayo 1986. Madrid 1986. Pág. 403 a la 419.

⁹⁴ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS. Enciclopedia jurídica mexicana. M-P, Editorial. Porrúa conjuntamente con Universidad Nacional Autónoma de México. México 202. Págs. 751 y 752.

⁹⁵ BAQUEIRO ROJAS EDGAR. DERECHO CIVIL. Diccionarios Jurídicos Temáticos. Vol. 1. Cfr. Pág. 88.

interesado, podía modificar la disposición hereditaria respetando la legítima. (Art. 1283, 1295, 1368 y 1377 del Código Civil para el Distrito Federal).⁹⁶

Si bien es cierto que nuestro derecho positivo mexicano en el Distrito Federal como en materia Federal encontramos como lo señalamos en el capítulo dos, figuras jurídicas similares a nuestro objeto de estudio, la desheredación y la preterición desde Roma hasta la actualidad, tal es el caso de la incapacidad para heredar o también llamadas indignidades, inoficiocidad del testamento y la más semejante llamada preterición, tema que abordaremos más adelante.

Así pues, al respecto lo establecen los artículos 1316, 1368, 1374, **1375**, 1377 y **1789** del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal, así como el artículo **943** del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.⁹⁷

Pasando al estudio del tema, los indignos además de perder el derecho a heredar por testamento o por intestado, pierden el derecho a recibir alimentos sucesorios, cuando el que haya sido condenado o mandado a cometer un delito y/o ejercido violencia contra el autor de la sucesión, este supuesto se extiende para aquellas personas que no sean parientes del autor de la herencia.⁹⁸

Un **testamento es inoficioso** cuando en él, no se deja la pensión alimenticia a favor de la o las personas que conforme a Ley tengan ese derecho.⁹⁹

Encontramos pues, en nuestro derecho un sistema de libre testamentificación, ya que el autor de la herencia no está obligado a dejarle nada a nadie, sino lo único que la ley protege es a quienes tengan necesidad y a quienes

⁹⁶ Opus. Pág. 36.

⁹⁷ CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Editorial. EDICIONES FISCALES ISEF S. A. México D. F. 2006. Págs. 144 a la 151.

⁹⁸ Véase artículo 1316 del Código Civil para el D. F.

⁹⁹ Véase artículo 1374 del Código Civil para el D. F.

el de cujus hubiera tenido la obligación de darles alimentos, llámenseles familiares.

El derecho a la pensión alimenticia sucesoria solamente nacerá cuando el acreedor alimentista tenga necesidad de ella y además, no tenga un pariente más próximo en grado a quien le corresponda dicha obligación, o en caso de sí tenerlo se halle imposibilitado para cumplir esa obligación, ese deber concluye cuando el interesado deje de estar en las condiciones de no recibirlos, llámese a que se observe una mala conducta o adquiera bienes suficientes para vivir según sus posibilidades.

Respecto a la fijación de la cuantía de la pensión alimenticia sucesoria, no entramos a la regla de alimentos familiares, esto es, a la relación entre la posibilidad del obligado y la necesidad del acreedor, sino que la Ley establece que el modo de la pensión “por ningún motivo excederá de los productos de la porción que en caso de sucesión intestada corresponderían al que tenga derecho a dicha pensión, ni bajará de la mitad de dichos productos”.¹⁰⁰

La pensión alimenticia sucesoria exclusivamente corresponde a aquellas personas que habrían sido herederos en caso de que el autor de la herencia hubiere hecho testamento, sólo se establece en favor de los “desheredados” (preteridos) la sucesión legítima, “desheredados” por haberse hecho un testamento.

El legislador uso la palabra **preterido**, puesto que no podía usar la de desheredado, ya que en nuestro derecho vigente, nadie puede ser desheredado, simplemente o se es heredero o no se es, podría haberse señalado que la pensión de alimentos sucesorios corresponderá a quien hubiera sido excluido de la herencia, si ésta hubiese sido intestada.¹⁰¹

¹⁰⁰ Véase artículos 311 y 1372 del Código Civil para el D. F.

¹⁰¹ ASPRON PELAYO JUAN MANUEL. Cfr. Pág. 98.

Por otra parte, el legislador señala que en caso de que la masa hereditaria sea insuficiente para pagar todas las pensiones alimenticias sucesorias, se pagarán en el orden establecido por la ley. Esta regla es absurda, es imposible que el caudal hereditario no alcance a pagar las pensiones alimenticias sucesorias, ya que las pensiones exclusivamente se dan respecto de los productos de la porción hereditaria que le hubiera correspondido al preterido y, además, la ley es todavía más absurda al decir, por ejemplo, que puedan tener derecho a la pensión al mismo tiempo los descendientes del de cujus y los hermanos de este último, decimos que es absurdo por **que los hermanos nunca serán desheredados** por los hijos del de cujus, ya que los hijos excluyen a los hermanos de la sucesión legítima.¹⁰²

Dado que la preterición es una figura similar a la desheredación, tenemos que el Código Civil para el Distrito Federal y en materia Federal para toda la República Mexicana sí contempla la institución de la preterición, principalmente en el artículo **1375** y que a la letra dice:

“...El preterido tendrá solamente derecho a que se le dé la pensión que corresponda, subsistiendo el testamento en todo lo que no perjudique ese derecho”.

Aquí el legislador cuidó claramente la figura de la preterición, al establecer que aquel **omitido** en el testamento tiene derecho solo a los alimentos sucesorios que le hubieren correspondido, ya que en México existe un sistema de libre testamentación, el testador puede disponer de todo según lo crea conveniente, pero sin dejar de cumplir con la obligación de dejar alimentos a quien si lo

¹⁰² Véase artículo 1373 del Código Civil para el D. F.

requiere, pero aún hay más, sigue subsistiendo ese testamento siempre y cuando no se perjudique ese derecho.

A mayor abundamiento, lo reafirma una tesis aislada en materia civil que a la letra dice: “El **preterido**, según el artículo 1375 del código Civil del Distrito Federal, tiene derecho a que se le dé pensión alimenticia, subsistiendo el testamento en todo lo que no perjudique ese derecho; luego la **inoficiosidad** de un testamento, no es causa ni motivo de su nulidad”.¹⁰³

En nuestro derecho encontramos consagrado como ya he señalado el régimen de libre testamentación, es decir, el testador puede disponer libremente de sus bienes a favor de sus parientes o de extraños. La única limitación que le impone la ley es la dejar una pensión de alimentos según lo establece el artículo 1368 del Código Civil para el Distrito Federal y en materia Federal, como se ha establecido en el capítulo que antecede; ya que de no ser así el testamento sería inoficioso.¹⁰⁴

Cabe señalar, que los alimentos sucesorios deben solicitarse al mismo Juez del orden familiar sin ninguna formalidad especial, sino simplemente por escrito o mediante una comparecencia personal según lo establecen los preceptos 942 y 943 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, para notificar a los herederos instituidos, y al albacea de la sucesión de que se trate, para que en el término de nueve días contados a partir de la fecha de su notificación comparezcan ante el mismo en la misma forma (escrito o por comparecencia). Así pues tratándose de alimentos, ya sean provisionales o los que deban por contrato, **por testamento**, o por disposición de la ley, el Juez del conocimiento fijará a petición del acreedor, sin audiencia del deudor y mediante la información que

¹⁰³ SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. Quinta Epoca. Instancia: Tercera Sala. LXXI Tesis Aislada. Materia Civil. Testamentos Inoficiosos. Pág. 1096. (Amparo Civil directo 416/39. Gutiérrez Zamora viuda de González Roa Déme y coagraviada. 22 de enero de 1942. Inanidad de cuatro votos. La publicación no menciona el nombre del ponente. Excusa: Hilario Medina).

¹⁰⁴ ROJINA VILLEGAS RAFAEL. Derecho Civil Mexicano. Tomo Cuarto. Sucesiones. Vol. II. Editorial Antigua Librería Robredo. México, D. F. 1958. Pág. 85 y sig.

estime necesaria, una **pensión alimenticia provisional**, mientras se resuelve el juicio.¹⁰⁵

4.- LA DESHEREDACIÓN Y SU RELACIÓN CON LA PRETERICIÓN.

La desheredación supone la privación por el testador al “heredero forzoso” de la posibilidad de exigir lo que por legítima le corresponda excluyéndole de la totalidad de su herencia salvo que expresamente haya dispuesto otra cosa, privación que ha de constar en testamento al amparo de una de las causas establecidas en la ley. Frente a esta institución, la preterición puede definirse como “la omisión de un heredero forzoso en el testamento de modo que no obtiene en él beneficios sucesorios”.¹⁰⁶

De lo expuesto cabe deducir que mientras la desheredación es una privación de la legítima admitida en derecho que puede accionar el testador cuando concorra una de las causas señaladas por la ley, y en definitiva es exponente de “una voluntad testamentaria respecto del desheredado”, sin embargo, la preterición supone una privación de la legítima que el ordenamiento va a sancionar, provocada por el “silencio” del testador. Por tanto las dos instituciones actúan en ámbitos bien diferenciados.¹⁰⁷

No obstante, sí cabe relacionar la desheredación injusta y la preterición, pues como afirma LINARES NOCI¹⁰⁸ ambas instituciones presentan un punto común, el de privación no admitida en Derecho de su legítima a los legitimarios. A

¹⁰⁵ Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. TITULO DECIMO SEXTO. DE LAS CONTROVERSIAS DEL ORDEN FAMILIAR. Art. 942 y 943. Editorial. Ediciones Fiscales Isef. México, D. F. 2006. Pág. 170.

¹⁰⁶ DIEZ-PICAZO y GUILLON BALLESTEROS. Sistema de Derecho Civil. 8 Edición. Volumen IV. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones. Madrid 2001. Pág. 223.

¹⁰⁷ M. MENDEZ ROSA – VILALTA ESTHER A. Acciones Sucesorias por Preterición. Editorial Bosch Casa Editorial S. A. Barcelona 1998. Pág. 7

¹⁰⁸ LINARES NOCI. La preterición intencional y no intencional después de la reforma de 13 de mayo de 1981. (RDCI) Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1988.

pesar de esta proximidad, se hace necesario fijar los límites entre ambas instituciones pues merecen un tratamiento diferenciado.

El análisis de la relación entre preterición y desheredación injusta no es un tema novedoso, pues en la historia jurídica se pueden encontrar muestras de esta conexión. Brevemente podemos señalar que sobre la materia existió una ardua polémica en el Derecho Común, a pesar de que como afirma GARCIA BERNARDO ¹⁰⁹ en el Derecho Justiniano la preterición mantenía los mismos efectos que la desheredación injusta, dando lugar a la exclusiva rescisión de la institución de heredero, pero no a la nulidad del testamento en su totalidad.

En las Partidas se distinguen los efectos de la preterición y la desheredación. Mientras la desheredación injusta provoca el quebrantamiento del testamento en lo que afecta a la institución de heredero, por el contrario la preterición producía la nulidad del testamento en su totalidad, no afectaba únicamente a la institución de heredero. Ahora bien, la distinción establecida hacía referencia a la desheredación injusta realizada “a tuerto e sin razón”, pues para el caso de una desheredación sin mención de la causa los efectos eran los mismos que los de la preterición, es decir, se producía la nulidad del testamento.

Con la Ley XXIV de Toro¹¹⁰ y desde entonces hasta la promulgación del Código Civil Español se tiende de nuevo a la equiparación de ambas instituciones. En efecto, la desheredación injusta y la preterición provocan los mismos efectos anular totalmente la institución de heredero, dejando a salvo las mejoras.

En la época precodificadora, el proyecto de 1836 es el primero que aborda la materia sucesoria. El proyecto de 1836 no regulaba la preterición, aunque si la desheredación y en concreto se consideraba nula la desheredación cuando las causas en las que se fundaban fuesen falsas.

¹⁰⁹ GARCÍA BERNANDO LANDETA. La legítima en el Código Civil. Oviedo 1964. Pág. 96 y sig.

¹¹⁰ GOMEZ ANTONIO. Cfr. Págs. 104 a 107.

Ya en el proyecto de 1851, se volvieron a equiparar los efectos de la desheredación injusta y preterición, lo que se muestra en el paralelismo existente entre la sanción que se establecía en el Código Civil Español, en el artículo 669 daba a la desheredación injusta y la que se establecía para la preterición y en el artículo 644, es decir, se provoca la nulidad de la institución de heredero, manteniéndose las mandas y mejoras en cuanto sean inoficiosas. La única diferenciación se encontraba en el inciso final de ambos preceptos que en el artículo 669 era “en cuanto no perjudiquen a la legítima” y el artículo 644 “en cuanto no sea inoficiosa”. Como manifestó VALLET DE GOYTISOLO¹¹¹ “ser inoficioso y lesionar la legítima significa los mismos”. Este mismo criterio se mantuvo en el proyecto de 1882-1888, observándose sólo una diferencia pues se introduce en el ámbito de la desheredación la mención a “demás disposiciones testamentarias” que, sin embargo, no se incorpora al ámbito de la preterición.

El cambio sustancial en cuanto a los efectos se produjo con la redacción del Código Civil Español, pues mientras que respecto a la desheredación injusta el artículo 851 introduce un cambio al establecer “anulará la institución de heredero en cuanto perjudique al desheredado”, el primitivo artículo 814 mantenía el tratamiento del anteproyecto al establecer “anulará la institución de heredero”, sin distinguir entre la preterición intencional y la no intencional. Se fijaba una clara diferencia entre ambas instituciones en cuando a los efectos. Mientras la desheredación injusta otorgaba al desheredado un título legitimario para obtener lo que por legítima le correspondiera, la preterición permitía al preterido obtener la cuota intestada vía nulidad de la institución de heredero. Se observa así, como ya hay una distinción injustificada entre los efectos de la desheredación injusta y la preterición intencional “porque no se ve la razón de que en caso de infracción abierta del deber de legítima, las consecuencias sean menores que cuando el

¹¹¹ VALLET GOYTISOLO JUAN DE. Limitaciones de Derecho Sucesorio a la facultad de disponer. Tomo I. Las Legítimas, vols. I y II, Madrid 1974.

deber se infringe solapadamente o quizá conscientemente”.¹¹² Por otra parte, la equiparación de los efectos de ambas clases de preterición producía una injustificada dureza respecto de la intencional en comparación con la desheredación injusta. Las dificultades existentes en el concepto de la preterición venían influidas naturalmente por estos problemas, ya que por una parte era necesario diferenciar supuestos mas próximos (preterición intencional desheredación injusta) que producía efectos diversos; y por la otra supuestos mas dispares (preterición no intencional e intencional) causaban los mismos efectos. Era necesaria una reforma de la materia.

Y la reforma vino de la mano de la Ley 11/81, de 13 de mayo, donde se produjo una aproximación entre los efectos de la desheredación injusta y la preterición intencional. Mientras una se reduce a un problema de inoficiosidad y por consiguiente a los remedios para obtener la legítima, la otra se refiere a un problema de ineficacia o invalidez del testamento, o mejor de las disposiciones patrimoniales testamentarias y por tanto proporciona la cuota intestada en todo o en parte.

LA DESHEREDACIÓN INJUSTA Y LA PRETERICIÓN INTENCIONAL.

La desheredación injusta y la preterición intencional son dos instituciones que solo se establecen en el derecho español y primordialmente presentan un punto en común suponen una privación intencional de la legítima no admitida por el ordenamiento. No obstante, en una primera aproximación, existen entre ellas una clara diferencia pues frente a la desheredación injusta que supone una privación de la legítima “expresa” y que ha de constar en testamento, la preterición intencional se manifiesta como un caso de “silencio” del testador que se presupone intencional en función de la prueba que haya aportado quien ejercite la acción y que el juez haya valorado suficientemente. No estamos, pues conformes con aquéllos que consideran que en la preterición intencional en realidad lo que

¹¹² CASTAN TOBEÑAS JOSÉ. Cfr. 498.

existe es una privación de la legítima “tácita”. El hecho de fijar los límites entre ambas instituciones en los términos “expreso” y “tácito” consideramos que no es apropiado. Siguiendo a DE CASTRO¹¹³, en las llamadas declaraciones de voluntad tácitas “la conducta tenida en cuenta no es por sí mismos significativa de una declaración de voluntad, sino que de tal conducta se infiere que debió haber tal voluntad “indicio voluntatis”. Se les ha calificado de tácitas, porque resultan no de los dichos sino de los hechos, porque para conocerlas, al no ser expresas, requieren acudir a conjeturas y aplicarles las reglas de la presunciones de hecho”. Pues bien entendemos que no cabe apreciar y valorar las declaraciones tácitas de voluntad en el testamento, pues el testamento, negocio jurídico eminentemente formal, en el que incluso la interpretación extrínseca está limitada a encontrar conexión en el propio texto, no cabe valorar las declaraciones tácitas. Recordemos la peculiaridad que supone el testamento en el sentido de que la voluntad del testador ha de ser valorada en el momento en que éste ya no existe. Nos encontramos ante un caso de silencio al que tenemos que otorgarle un valor jurídico.

Al “silencio”, la doctrina científica no le ha fijado reglas de unánime aceptación, y las que ha establecido se han referido normalmente a los negocios patrimoniales. En cualquier caso, parece que es muy generalizada la opinión de que la admisión del silencio ha de ser restrictiva y como se afirma en la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1993, el silencio no es productor de efectos más que cuando la ley o las partes se lo reconozcan previamente. Respecto del caso que nos ocupa es claro que la ley otorga efectos al silencio, los del artículo 814. Por todo ello, podemos considerar que un testamento en el que respecto del legitimario exista “silencio” el ordenamiento jurídico ha de responder en protección protege de los derechos legitimarios de éste e incluso en salvaguarda de los derechos de sucesor intestado del legitimario descendiente si se probase que el “silencio” no fue intencional. En esta línea, siempre que en un testamento exista una disposición en la que el testador manifieste su intención de

¹¹³ DE CASTRO Y BRAVO. El negocio Jurídico. Madrid, 1985.

no dejar bienes a un legitimario alegue o no causa, nos encontraremos ante una desheredación, y ello porque en el testamento, negocio eminentemente es aquella que aparezca en el propio testamento. A contrario sensu, cuando la privación de la legítima no se encuentre reflejada en el testamento, nos encontraremos ante una preterición, en su caso, intencional. Con esta afirmación estamos tomando del carácter de legitimario del preterido o desheredado injustamente y además se produce una similitud entre ambas instituciones en cuanto a sus efectos. Similitud que ha quedado patente tras la reforma operada en el artículo 814 del Código Civil por la ley 11/1981 de 13 de mayo, donde se han aproximado ambas instituciones pues en esencia suponen una respuesta jurídica ante la privación de la legítima injustificada. En ambos casos nos encontramos un caso de inoficiosidad. Los términos “reducir” del artículo 814.1 y “anular” en cuando perjudique a la legítima del artículo 851 conducen a la misma solución.¹¹⁴

A pesar de lo expuesto, son algunos los autores que han intentado diferenciar en cuanto a sus efectos las instituciones en estudio. Tal es el caso de RIVERA FERNÁNDEZ¹¹⁵, que considera que aunque entre la preterición y la desheredación injusta existen similares efectos materiales, sin embargo se hallan diferencias. Una es cualitativa, a juicio del citado autor, pues en la acción de desheredación injusta el legitimario obtiene el título de heredero intestado, sin embargo en la preterición aparece un título nuevo creado *ad hoc* y que permite acceder al legitimario su cuota intangible. Como ya indicamos referente a la desheredación injusta, el título por el que accede el desheredado a su legítima es el de heredero, pero sin que se le pueda asimilar a un heredero abintestato. Las diferencias entre ambos llamamientos, el intestado y el legitimario en la desheredación injusta, presentar marcadas diferencias. Fundamentalmente el llamamiento del legitimario en la desheredación injusta no alcanza su cuota abintestato sino sólo su cuota legitimario, además en el llamamiento legitimario del artículo 851.

¹¹⁴ DIEZ-PICAZO y GUILLON BALLESTEROS. Sistema de Derecho Civil. 8 Edición. Volumen V. Cfr. Pág. 483.

¹¹⁵ RIVERA FERNÁNDEZ. La preterición en el Derecho Común Español. Valencia 1994. Pág. 235.

Pero fijadas las diferencias en cuanto a sus presupuestos, ¿tiene sentido diferenciar rotundamente ambas instituciones? El Tribunal Supremo ha señalado reiteradamente que desde un punto de vista eminentemente práctico parece indiferente la determinación de si una disposición testamentaria es preterición intencional o desheredación injusta, pues los efectos de ambas son muy similares. Ello queda plenamente constatado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 1998 donde se declara en el Fundamento de Derecho Noveno que: “Al haber quedado probado que la causante doña María del Carmen P. A. no hizo en vida, donación alguna a su hijo don Juan José M. P. y siendo esta supuesta e inexistente donación la única razón en que dicha causante basa su decisión de no dejar nada en testamento a su referido hijo, resulta evidente que nos hallamos en presencia... de una preterición intencional o desheredación injusta”.

En una primera aproximación, a pesar de la diferencia que respecto a sus presupuestos existe entre desheredación y preterición intencional, sin embargo, en ambos casos se parte del carácter de legitimario del preterido o desheredado injustamente y además se produce una similitud entre ambas instituciones en cuanto a sus efectos. Similitud que ha quedado patente tras la reforma operada en el artículo 814 del Código Civil por la ley 11/1981 de 13 de mayo, donde se han aproximado ambas instituciones pues en esencia suponen una respuesta jurídica ante la privación de la legítima injustificada. Los términos “reducir” del artículo 814.1 y “anular” en cuanto perjudique a la legítima del artículo 851 conducen a la misma solución.

A pesar de lo expuesto, son algunos los autores que han intentado diferenciar en cuanto a sus efectos las instituciones en estudio. Tal es el caso de RIVERA FERNÁNDEZ¹¹⁶, que considera que aunque entre la preterición y la desheredación injusta existen similares efectos materiales, sin embargo existen diferencias. Una es cualitativa, a juicio del citado autor, pues en la acción de

¹¹⁶ RIVERA FERNÁNDEZ. Op. Cit. Pág. 87.

desheredación injusta el legitimario obtiene el título de heredero intestado, sin embargo en la preterición aparece un título nuevo creado *ad hoc* y que permite acceder al legitimario su cuota intangible. Sin embargo, nuestra opinión no es ésta. Como ya indicamos en el capítulo referente a la desheredación injusta, el título por el que accede el desheredado a su legítima es el de heredero, pero sin que se le pueda asimilar a un heredero abintestato. Las diferencias entre ambos llamamientos, el intestado y el legitimario en la desheredación injusta, presentan marcadas diferencias. Fundamentalmente el llamamiento del legitimario en la desheredación injusta no alcanza su cuota abintestato sino sólo su cuota legitimaría, además en el llamamiento legítimo del artículo 851 la sucesión se abre sólo para el desheredado injustamente y no como ocurre en la sucesión intestada que se abre para todos los sucesores abintestatos. Y todas las características apuntadas para el llamamiento del desheredado injustamente se dan igualmente en el caso de la preterición intencional. Por todo lo dicho, consideramos que tanto en la preterición intencional como en la desheredación injusta se produce un llamamiento semejante, es decir, un llamamiento legitimario. Con ello nos situamos claramente ante una de las posiciones doctrinales que consideran que en nuestro ordenamiento cabe llamamiento forzoso frente al intestado y al testado. Y ello a pesar de que es cierto que en una primera aproximación el artículo 658 del Código Civil establece que la sucesión se defiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento o bien por la voluntad de la ley, lo que nos podría hacer pensar que únicamente cabe la sucesión testada y la intestada. No obstante, a la luz de los preceptos del Código es claro que existen supuestos en los que se produce un llamamiento peculiar que podría tener cobertura en el ámbito del artículo 658 del Código Civil. ¿Por qué entender restrictivamente los términos del artículo 658 “por disposición de la ley” y “legítima”? ¿Por qué no entender comprendidos en los términos del artículo 658 también un tipo de sucesión legitimaría? Creemos que la presencia en nuestro ordenamiento de normas como los artículos 814.1 y 851 del Código Civil, y la inexistencia de un obstáculo legal, aconsejan admitir el llamamiento forzoso que se encuadraría dentro de la sucesión legítima, como se desprende del artículo 658.

Señala asimismo RIVERA FERNÁNDEZ que entre la desheredación injusta y la preterición intencional cabe una segunda diferencia cual es que mientras el desheredado sólo obtendrá su legítima estricta, el preterido intencionalmente, por el contrario, puede optar por obtener una cuota más amplia, en concreto, la legítima y aquella porción del tercio de mejora de la que el testador no dispuso expresamente.

Tampoco esta segunda diferencia nos parece adecuada. En primer lugar, si la preterición o desheredación injusta afectase a legitimarios ascendientes o cónyuge no existiría diferencia entre ambas instituciones. En segundo lugar como ya lo señalamos al abordar los efectos patrimoniales de la desheredación injusta, opinamos que al desheredado injustamente cuanto es hijo o descendiente y concurre con otros que también lo son, les corresponde la legítima larga si el testador no ha dispuesto expresamente de la mejora. Por tanto, tampoco creemos que en este ámbito exista una diferencia entre las instituciones en estudio, pues tanto al preterido intencionalmente como al desheredado injustamente les corresponde la legítima larga siempre que el testador no haya dispuesto en concepto de mejora.

De todo lo expuesto parece claro que en lo que respecta a los efectos existe una equiparación entre la preterición intencional y la desheredación injusta, semejanza que no se observa en la comparación de ambas instituciones en cuanto a sus presupuestos. Mientras la desheredación exige una voluntad del testador expresada en el testamento, que obedezca a unas causas establecidas por la ley, sin embargo la preterición tan sólo obedece a un silencio del testador acerca del legitimario. Si la desheredación puede implicar un disvalor del legitimario, ello nunca puede darse en la preterición. Por ello, frente a la preterición, la desheredación injusta admite un ejercicio de la acción aunque sólo implique efectos personales: restablecer el honor agredido. Además la propia idiosincrasia de cada institución determina diferencias. Así cabe una desheredación parcial, mientras que la preterición únicamente puede ser total. La

desheredación se deja sin efecto se deja sin efecto por la reconciliación, sin que quepa esta posibilidad en la preterición.

Opinamos que quizá habría que mantener la individualidad de ambas instituciones en cuanto a los presupuestos pero no en cuanto a los efectos patrimoniales que deberían ser unificados. Este tratamiento individualizado quedaría justificado no sólo por los diferentes presupuestos que se exigen para que proceda una y otra institución, sino también por la diferente naturaleza de cada entidad que determine peculiaridades específicas en su configuración jurídica.

En definitiva la desheredación no es preterición, pero produce los mismos efectos patrimoniales.

LA DESHEREDACIÓN INJUSTA Y LA PRETERICIÓN NO INTENCIONAL.

En una primera aproximación al tema, cabe destacar que ambas instituciones se mueven en ámbitos marcadamente diferenciados. Mientras que a través de la desheredación injusta se da respuesta a un problema de inoficiosidad, en la preterición no intencional se plantea un problema de ineficacia o invalidez del testamento, o mejor de las disposiciones patrimoniales testamentarias. Por ello no es de extrañar la existencia de grandes diferencias entre ambas instituciones. Mientras en la desheredación injusta existe una voluntad testamentaria de excluir de la legítima que además es claramente intencional, en la preterición no intencional se observa la existencia de un silencio en el testamento, que dada la prueba que se haya aportado y acreditado se considera como no intencional. Declaración-silencio, intencional-inintencional, son las diferencias que en cuanto a sus presupuestos distinguen ambas instituciones.

Pero cabe plantearse si esta diferenciación en cuanto a sus presupuestos se da igualmente en lo que respecta a los efectos. Para ello es preciso tener presente el diferente tratamiento que la preterición no intencional merece según la cualidad del legitimario. Así hay que distinguir entre la preterición no intencional del cónyuge y los ascendientes y la preterición no intencional de los hijos o descendientes. Con referencia al primer caso señalar que los efectos que establece la ley en el artículo 814.1 serían los mismos que los anteriormente reseñados para la preterición intencional por lo que damos por reproducido lo dicho anteriormente. Se observa así una clara semejanza entre los efectos de la desheredación injusta y la preterición no intencional del cónyuge o ascendientes.

En la preterición no intencional de descendientes es preciso distinguir, porque así lo hace el Código, entre los supuestos de preterición no intencional de todos los hijos o descendientes, de los supuestos de preterición de alguno de los hijos o descendientes. Iniciando nuestro estudio por la preterición de todos los hijos o descendientes las diferencias en cuanto a los efectos entre la desheredación injusta y la preterición no intencional son contundentes. Mientras a través de la desheredación injusta se pretende proteger el derecho a la legítima que ostentan determinados herederos denominados por la ley forzosos, en la preterición no intencional el preterido va a obtener su cuota ab intestato. Por ello, si en la desheredación injusta el título por el que adquiere el desheredado injustamente es el de heredero legitimario, en la preterición el título es de heredero ab intestato. A ello habría que añadir que la cuota del preterido sería la intestada quedando siempre a salvo su derecho a la legítima, mientras que la cuota que decidiría el desheredado sería únicamente la legitimaria.

Otro tema que es preciso abordar es el de la existencia de un supuesto de preterición no intencional, en el que exista una cláusula de desheredación injusta en el caso de una preterición no intencional de todos los descendientes a su vez cabría hacer algunas matizaciones. Si el desheredado injustamente es ascendiente, la existencia de preterición de todos los descendientes determina

que quede sin trascendencia la desheredación de los ascendientes pues el causante ya no tiene obligación legal de asignarle lo que por legítima le corresponda. Sin embargo, si existe una desheredación injusta de un descendiente la cuestión previa sería plantearnos, ¿existe un auténtico caso de preterición no intencional de todos los descendientes? Consideramos que en este caso no se trataría de un supuesto de preterición no intencional de todos los descendientes pues como ya hemos señalado el desheredado no pierde la condición de legitimario. Ello ocasiona que se apliquen los efectos de la preterición no intencional de alguno de los descendientes, provocando la cláusula de desheredación los efectos señalados en el artículo 851 del Código Civil Español.

Respecto de la preterición no intencional de alguno de los hijos o descendientes observamos que los efectos que dibuja el artículo 813.2.2 son diferentes a los que ocasiona el artículo 851, pues una cosa es “anular la institución de heredero en cuanto perjudique a la legítima”, y otra bien distinta es “anular la institución de heredero”. Así mientras la desheredación injusta otorga al desheredado un título legitimario, sin embargo la preterición no intencional de alguno de los descendientes entrega al preterido un título de heredero abintestato para poder acceder a la sucesión.

Si bien es cierto, estas dos figuras jurídicas, no se podrían dar en el derecho positivo mexicano, sino hasta que se reformaran unos tantos artículos del Código Civil, tanto en el ámbito local como en el federal y solo con un análisis crítico y responsable.

CONCLUSIONES

PRIMERA. Debido al gran conflicto social, humano y de falta de valores que tenemos en la actualidad debemos realizar verdaderas reformas o adiciones a nuestra legislación sucesoria en México, y debemos incluir la figura jurídica llamada “DESEHEREDACIÓN” tal y como sucedía en Roma, el testador podía instituir heredero a cualquier persona que contaba con la testamenti factio pasiva, desheredando a los herederos sui; ya que el autor de la herencia podrá en verdad con causa justificada desheredar a aquel que le correspondería parte de la herencia, debido a su falta de rectitud en relación a su persona y de los individuos que lo rodean, con esto daríamos una justificación jurídica y de verdadera justicia a aquellas personas que carecen de esos valores tan fundamentales y de cordura social.

SEGUNDA. Una propuesta adecuada sería adicionar al texto del artículo 1314 lo que a continuación señalo para quedar redactado de la manera siguiente: “Artículo 1314. Son incapaces de adquirir por testamento o por intestado, a causa de falta de personalidad, los que estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia, o los concebidos cuando no sean viables, conforme a lo dispuesto por el artículo 337, **además de todos aquellos que injuriaron gravemente en contra del autor de la herencia**”. Es decir, todas aquellas acciones que pudieron afectar directa o indirectamente al autor de la herencia, como lo puede ser el atentar sobre el autor de la herencia, cuando por ejemplo se haya comprobado un adulterio.

TERCERA. Tal y como señala el Código Civil Español, cuando se refiere a las injurias en contra del autor de la herencia y haber cometido algún delito en contra del mismo, el derecho civil mexicano debía adoptar también estas causales para efecto de una desheredación.

CUARTA. En la actual regulación en materia de las sucesiones en el Código Civil tanto local como Federal no se prevé la figura jurídica de la desheredación ya que con el transcurso del tiempo desapareció dicha institución pero se puede retomar en base a las doce fracciones que señala el artículo **1316** que se refiere a: "...Son incapaces de heredar por testamento o por intestado: I. El que haya sido condenado por haber dado, mandado o intentado dar muerte a la persona de cuya sucesión se trate, o a los padres, hijos, cónyuge o hermanos de ella; II. El que haya hecho contra el autor de la sucesión, sus ascendientes, descendientes, hermanos o cónyuge, acusación de delito que merezca pena capital o de prisión, aun cuando aquélla sea fundada, si fuere su descendiente, su ascendiente, su cónyuge o su hermano, a no ser que ese acto haya sido preciso para que el acusador salvara su vida, su honra, o la de sus descendientes, ascendientes, hermanos o cónyuges; III. El cónyuge que mediante juicio ha sido declarado adúltero, si se trata de suceder al cónyuge inocente; IV. El coautor del cónyuge adúltero, ya sea que se trate de la sucesión de éste o de la del cónyuge inocente;..." por citar alguna de ellas.

QUINTA. Es necesario regular a la desheredación como principio fundamental de las sucesiones, a fin de que para cada caso en concreto se pueda aplicar dicha figura, en beneficio de todos aquellos que tiene derecho a heredar.

SEXTA. Considero que el testador puede desheredar a alguien, expresando la causa como se hacía en derecho romano, por ejemplo, el señor JUAN PÉREZ LÓPEZ, otorgó su testamento público ante el notario público 23, licenciado BERNANDO PÉREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, en el cual señaló que sus únicos y universales herederos eran su hijo JUAN y PEDRO, de apellidos PÉREZ CASTILLO pro indiviso, por partes iguales y con derecho de acrecer entre ellos, pero además de ellos procreó a LUIS y ERNESTO, también de apellidos PÉREZ CASTILLO siendo estos mayores de edad, pero en su cláusula segunda señaló

“...a mis hijos LUIS y ERNESTO de apellidos PÉREZ CASTILLO no los instituyó en está mi disposición testamentaria por haberme injuriado y por que en vida les di todo lo que pude y considere necesario”; por lo que el testador no los instituye, solo los deja fuera de la herencia como castigo por haber injuriado a su padre, con este ejemplo, señalo que el testador no esta negándoles el derecho a heredar, simplemente los dejó fuera de la herencia por haberlo injuriado.

SÉPTIMA. En roma en la época de Justiniano, el testamento perdía su validez por causas supervenientes o posteriores a su otorgamiento, es decir, el testamento es ruptum o anulado cuando: “...Por nacimiento de un hijo póstumo que no había sido señalado como heredero ni desheredado expresamente”; en mi opinión a evolucionado mucho la legislación sucesoria en este aspecto ya que actualmente se le incluye como otro heredero más, sin la necesidad de anular dicho testamento.

OCTAVA. Tanto en el Código Civil para el Distrito Federal como el Código Civil Federal no encontramos la figura jurídica del heredero forzoso, figura que si contempla el Código Civil Español, por lo que considero, que se debe retomar esa figura jurídica para que pueda existir la desheredación.

NOVENA. Me parece certero, que nuestro derecho positivo mexicano haya tomado del Código Civil Español la idea de que una vez que medie perdón por parte del testador que sufrió una indignidad, pueda instituir como heredero al ofensor o revalidar su institución con las mismas solemnidades que se exigen para testar.

BIBLIOGRAFÍA

ACHAVILLAR JOSÉ LUIS. Guía legal sobre las Sucesiones y Herencias. Editorial Ediciones Decálogo S. L. Barcelona, 1987.

ALGABA ROS SILVIA. Efectos de la desheredación. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 2002.

ALVAREZ CAPEROCHIPÍ JOSE ANTONIO. Curso de Derecho Hereditario. Editorial Civitas S. A. Madrid, 1990.

ARANGIO RUIZ VICENZO. Traducido por Camares Ferro José M. Instituciones de Derecho Romano. Editorial Ediciones de Palma. Buenos Aires, 1986.

ARIAS RAMOS J. y ARIAS BON J. A. Derecho Romano. 17ª. Edición. Editorial Revista de derecho privado. Madrid, 1984.

ARCE Y CERVANTES JOSÉ. De las Sucesiones. Editorial Porrúa. México, D. F., 1992.

ASPRÓN PELAYO JUAN MANUEL. Sucesiones. Editorial McGRAW-HILL. México, D. F., 1996.

BAQUEIRO ROJAS EDGAR y ROSALÍA BUENROSTRO BAEZ. Derecho de Familia y Sucesiones. Editorial Harla, México, 1997.

BAQUEIRO ROJAS EDGAR. Derecho de Familia y Sucesiones. Editorial Oxford. México, D. F., 1990.

BIALOSTOSKY SARA. Panorama del Derecho Romano. Tercera Edición. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México. México, D. F., 1990.

BONFANTE PEDRO. Instituciones de Derecho Romano. Editorial Instituto Editorial Reus. 5ª. Edición. Madrid, 1979.

BRAVO GONZÁLEZ AGUSTÍN. Derecho Romano. Primer Curso. Editorial Porrúa S. A. México D. F., 1995.

CLEMENTE DE DIEGO. Instituciones de Derecho Civil Español. Tomo I. Derecho de Sucesiones. Madrid, 1959.

DE CASTRO Y BRAVO FEDERICO. El negocio Jurídico. Editorial Civitas S. A. Madrid, 1985.

DIAZ GUILLERMO. La exclusión hereditaria del adoptado. Editorial Abeledo Perrot. Argentina, 1963.

DIEZ-PICAZO y GUILLON BALLESTEROS. Sistema de Derecho Civil. 8 Edición. Volumen IV y V. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones. Editorial Tecnos. Madrid, 2001.

DI PRIETO ALFREDO. Manual de Derecho Romano. 4ª. Edición. Editorial Desalma. Buenos Aires, 1985.

ENNECCERUS LUDWIG "+". Derecho de Sucesiones. Vol. 1. 2ª. Edición. Editorial Bosch Casa Editorial S. A. Barcelona, 1976.

GARCÍA BERNANDO LANDETA. La legítima en el Código Civil. Oviedo, 1964.

GIMENEZ CANDELA TERESA. Derecho Privado Romano. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 1999.

GOMEZ ANTONIO. Compendio de los comentarios extendidos a las ochenta y tres leyes de toro. Editorial Lex Nova. Valladolid, 1981.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ ERNESTO. Derecho Sucesorio. Editorial Porrúa. México, .D. F., 2002.

IBARROLA ANTONIO DE. Cosas y Sucesiones. Editorial Porrúa, S.A. Tercera Edición. México, 1972.

KUNKEL WOLFGANG. Historia del Derecho Romano. 4ª. Edición. Editorial Ariel S. A. Barcelona, 1982.

LLEDO YAGUE FRANCISCO. Sistema de Derecho de Sucesiones-Civil. Editorial DyKinson S. L. Madrid, 2002.

MARGADANT S. GUILLERMO FLORIS. El Derecho Privado Romano. 23ª. Edición. Editorial. Esfinge, S.A. de C. V. Naucalpan, Estado de México, 1998.

MAGALLÓN IBARRA JORGE MARIO. Instituciones de Derecho Civil. Tomo V. Editorial. Porrúa S. A. México, D. F., 1998.

MEDINA LEMUS MANUEL. El derecho civil español en los últimos 50 años. Editorial Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1999.

M. MENDEZ ROSA – VILALTA ESTHER A. Acción de impugnación de la desheredación. Editorial Bosch Casa Editorial S. A. Barcelona, 1998.

- Acciones sucesorias por preterición. Editorial Bosch Casa Editorial S. A. Barcelona, 1998.

MORINEAU IDUARTE MARTA. Derecho Romano. 4ª. Edición. Editorial Oxford. México, D. F., 2001.

PEÑA BERNALDO DE QUIROZ M. La herencia y las deudas del causante. Madrid, 1967.

PETIT EUGENE. Tratado Elemental de Derecho Romano. 15ª. Edición. Editorial Porrúa. México, 1999.

PLAZA PENADES JAVIER. Derechos Sucesorios del cónyuge viudo separado de hecho. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 1999.

PINA RAFAEL DE. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Vol. II. 12ª. Edición. Editorial Porrúa. México, D. F., 1990.

RIVERA FERNÁNDEZ MANUEL. La desheredación. Editorial Tecnos S. A. Madrid, 1990.

- La preterición en el Derecho Común Español. Valencia, 1994.

ROCA LUIS - MUNCUNILL SASTRE. Derecho de Sucesiones. Tomo I. 2ª. Edición. Editorial BOSCH, Casa Editorial. Barcelona, 1995.

ROJINA VILLEGAS RAFAEL. Derecho Civil Mexicano. Tomo Cuarto. Sucesiones. Vol. II. Editorial Antigua Librería Robredo. México, D. F., 1958.

RUIZ-ARANGIO VINCENZO. Instituciones de Derecho Romano. Editorial Ediciones Desalma Buenos Aires. Argentina, 1986.

SÁNCHEZ DE MOLINA BLANCO JOSÉ. Derecho civil español en forma de código. 2ª. Edición. Editorial Minuesa. Madrid, 1873.

SCHULZ FRITZ. Derecho Romano Clásico. Editorial BOSCH, Casa Editorial. Barcelona, 1960.

VALIENTE Y TOMAS. Manual de Historia de Derecho Español. Editorial Ariel S. A. Madrid, 1986.

VALLET GAYTISOLO JUAN DE. El apartamiento y la desheredación. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Anuario de Derecho Civil. Madrid, 1968.

- El deber formal de instituir herederos a legitimarios y el actual régimen de la preterición. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Anuario de Derecho Civil. Madrid, 1966.

- Limitaciones de Derecho Sucesorio a la facultad de disponer. Tomo I. Las Legítimas, Vols. I y II, Madrid, 1974.

VENTURA SILVA SABINO. Derecho Romano. 5ª. Edición. Editorial Porrúa. México D. F.

VILALTA ESTHER A. y MENDEZ ROSA M. Acción de impugnación de la desheredación. Editorial BOSCH, Casa Editorial, S.A. Barcelona, 1998.

FUENTES Y LEGISLACIÓN CONSULTADA

BATIZA RODOLFO. Las Fuentes del Código Civil de 1928. Editorial Porrúa. México, 1979.

CASTÁN TOBEÑAS JOSÉ. Derecho Civil Español, Común y Foral. Tomo 6. 7ª. Edición. Editorial Reus. S. A. Madrid, 1973.

CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Editorial Ediciones Fiscales Isef. México, D. F., 2006.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL. TITULO DECIMO SEXTO. DE LAS CONTROVERSIAS DEL ORDEN FAMILIAR. Art. 942 y 943. Editorial. Ediciones Fiscales Isef. México, D. F., 2006.

DE ASSOR DEL RIO IGNACIO JORDAN y DE MANUEL R. RODRÍGUEZ MIGUEL. El Ordenamiento de Leyes de Alcalá. Editorial Lex Nova. Valladolid, 1983.

DI PIETRO ALFREDO. Institutas. Editorial. Ediciones Librería Jurídica. La Plata. República de Argentina, 1986.

D'ORS A. F. HERNANDEZ-TEJERO. El Digesto de Justiniano. Tomo II. Editorial Aranzadi. Pamplona, 1972.

GARCÍA DEL CORRAL D. ILDEFONSO L. Cuerpo del Derecho Civil Romano. T. VI. CÓDIGO NOVELAS. Tercera Parte. Barcelona, 1898.

GARCÍA GOYENA. Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español. Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza. Reimpresión. Zaragoza, 1974.

LOS CÓDIGOS ESPAÑOLES CONCORDADOS Y ANOTADOS. Código de las siete partidas. Tomo Cuarto. La 6ª. y 7ª. Partidas. Imprenta de la Publicidad, a cargo de M. Rivadeneyra. Madrid, 1848.

ORTOLAN M. Instituciones de Justiniano. Editorial Heliaca S. R. L. Buenos Aires, República de Argentina, 1976.

PONSSA DE LA VEGA DE MIGUENS. Reglas de Ulpiano. Ediciones Lerner. Buenos Aires, 1970.

PUIG PEÑA F. Compendio de Derecho Civil Español. 1976, Vol. VI.

RUIZ CASTELLANOS ANTONIO. Ley de las Doce Tablas. Editorial Ediciones Clásicas Madrid. TABLA V.3

SABIO ALFONSO X EL. Las Siete Partidas (antología). Selección, Prologo y Notas de Francisco López Estrada y María Teresa López García-Berday. Editorial Castalia.

SEMPERE RODRÍGUEZ CÉSAR. Código Civil Español. Décima edición. Editorial. Tecnos, S. A. Madrid, 1991.

DICCIONARIOS

BAQUEIRO ROJAS EDGAR. DERECHO CIVIL. Dictionarios Jurídicos Temáticos. Vol. 1. Editorial Harla. México, 1995.

DICCIONARIO JURÍDICO. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. 15 Edición. Editorial Porrúa. México, D. F., 2001.

ENCICLOPEDIA JURÍDICA MEXICANA. Instituto de Investigaciones Jurídicas. M-P. Editorial. Porrúa conjuntamente con Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2002.

MORINEAU IDUARTE MARTA. Derecho Romano Diccionario Jurídico. Vol. 6. Editorial Oxford. México, D. F., 2002

- Diccionarios Jurídicos Temáticos. Derecho Romano. Segunda Serie. Editorial Oxford. México, D. F., 2002.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. 19ª. Edición. Madrid, 1979.

HEMEROGRAFÍA Y OTROS

COBACHO GÓMEZ J. A. REVISTA DE DERECHO RIVADO. Editorial. Editoriales de Derecho Reunidas S. A. Mayo 1986. Madrid, 1986.

LINARES NOCI. La preterición intencional y no intencional después de la reforma de 13 de mayo de 1981. (RDCI) Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1988.

SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. Quinta Época. Instancia: Tercera Sala. LXXI Tesis Aislada. Materia Civil. Testamentos Inoficiosos. Pág. 1096. (Amparo Civil directo 416/39. Gutiérrez Zamora viuda de González Roa Déme y coagraviada. 22 de enero de 1942. Inanidad de cuatro votos. La publicación no menciona el nombre del ponente. Excusa: Hilario Medina).