



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

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

**“LAS VÍAS SUCESORIAS ROMANAS,
SU RECEPCIÓN EN EL DERECHO
POSITIVO MEXICANO”**

TESIS

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO**

**PRESENTA
JESÚS VÁZQUEZ BIBIÁN**

**ASESOR:
LIC. JOSÉ LUIS CHIRINOS PALOMO**



MÉXICO, D.F.,

JUNIO 2012



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.

“En el principio era el Verbo”

Juan 1:1

"El Estado no crea Derecho, crea leyes;
y Estado y ley están sometidos al Derecho"

E. Kaufmann

*A Jesús,
pues, él hizo todo y nada llego a ser sin él*

*A Janette,
porque con tu amor la carga fue más ligera*

*A Mati,
por toda esta inspiración*

*A Matías† y Guadalupe,
por ser unos padres admirables*

*A Javier,
por tu gran ejemplo y apoyo incondicional*

*A Matilde, Estela y Alejandra,
por su gran cariño*

*Al licenciado José Luis Chirinos Palomo,
por su dirección y compromiso*

*A mi alma mater, la UNAM,
fuente inagotable del saber*

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.	V
CAPÍTULO PRIMERO	
LA SUCESIÓN HEREDITARIA EN EL DERECHO ROMANO	1
1. La <i>hereditas</i>	1
2. Los herederos	2
2.1. Situación de los herederos	2
2.2. Clases de herederos	3
3. Las vías sucesorias	4
3.1. La <i>hereditas iacens</i>	5
3.2. La <i>bona vacatía</i>	6
4. Delación y adición de la herencia	6
4.1. Formas en que se produce el llamado hereditario	6
4.2. Intrasmisibilidad de la delación de la herencia	7
4.3. <i>Hereditatis petitio</i>	7
4.4. <i>Interdicto quam hereditatem</i>	8
5. Aceptación renuncia de la herencia	8
5.1. Aceptación	8
5.2. Presupuestos, requisitos y tiempo de la aceptación	9
5.3. Renuncia	10
6. Efectos de aceptación de la herencia	10
6.1. Confusión patrimonial	10
6.2. Responsabilidad <i>ultra vires hereditatis</i>	11
7. La comunidad hereditaria	11
7.1. Características de la comunidad	11
7.2. Ordenación de la comunidad hereditaria	12
8. El <i>ius adcrescendi</i>	13
9. Partición de la herencia	13
10. <i>Bonorum possessio</i>	14
10.1. Casos de <i>bonorum posesiones</i>	15
10.2. Clases de <i>bonorum possessiones</i>	15
10.3. Protección jurídica del <i>bonorum possessor</i>	16

CAPÍTULO SEGUNDO	
LA SUCESIÓN LEGÍTIMA O <i>AB INTESTATO</i>	17
1. La sucesión legítima	17
2. La sucesión legítima en el <i>ius civile</i>	17
3. La sucesión legítima en el derecho pretorio	19
3.1. Los llamamientos del pretor	20
3.2. La <i>collatio</i>	22
4. Reformas en de derecho imperial	23
5. Reformas del derecho justiniano	25
5.1. El orden sucesorio	25
6. La sucesión legítima de los libertos	27
6.1. La herencia del liberto en el <i>ius civile</i>	27
6.2. El sistema del pretor	27
6.3. Reformas justinianas	28
CAPÍTULO TERCERO	
LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA	29
1. El testamento	29
1.1. Concepto	29
1.2. Características	30
1.3. Formas de testamento	30
2. Testamentos especiales	33
3. Capacidad para testar y ser instituido heredero	35
4. Institución de heredero	37
4.1. Modalidades	37
4.2. Heredero único y pluralidad de herederos	38
4.3. <i>Institutio ex re certa</i>	39
5. Sustituciones	39
6. Invalidez, ineficacia y revocación del testamento	41
7. Apertura del testamento	43
8. Los codicillos	43
9. Liberalidades	45
9.1. Los legados	46
9.2. Los fideicomisos	57

CAPÍTULO CUARTO

LA SUCESIÓN LEGÍTIMA CONTRA EL TESTAMENTO	62
1. Sucesión legítima formal y real	62
1.1. Límites formales y reales	63
2. Reformas de Justiniano: Novela 115	66

CAPÍTULO QUINTO

LAS VÍAS SUCESORIAS ROMANAS, SU RECEPCIÓN EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO	67
1. El derecho romano: de Roma a México	67
1.1. El derecho romano en <i>Hispania</i>	67
1.2. El derecho civil en México	69
2. Las sucesiones en el Código Civil para el Distrito Federal. Ordenación y comparación	76
2.1. Conceptos y disposiciones afines a las sucesiones testamentaria y legítima	77
2.2. Herencia yacente	79
2.3. Delación de la herencia	79
2.4. Derecho de petición de herencia	79
2.5. Apertura y transmisión de la herencia	80
2.6. Aceptación de la herencia	80
2.7. Repudiación de la herencia	84
2.8. Derecho de acrecer	85
2.9. La partición	85
3. Sucesión legítima	87
3.1. Disposiciones generales	87
3.2. Sucesión de los descendientes	89
3.3. Sucesión de los ascendientes	90
3.4. Sucesión del cónyuge o del concubino	91
3.5. Sucesión de los colaterales	92
3.6. Sucesión de la beneficencia pública	93
4. De la sucesión por testamento	93
4.1. El testamento	93

4.2. Capacidad para testar y heredar	94
4.3. Condiciones que puede contener el testamento	96
4.4. Bienes que se pueden disponer por testamento y testamentos inoficiosos	97
4.5. Institución de heredero	98
4.6. Formas de los testamentos	100
4.7 Sustituciones	111
4.8 Nulidad, revocación y caducidad de los testamentos	113
4.9 Los legados	116
CONCLUSIONES	124
BIBLIOGRAFÍA	140

INTRODUCCIÓN

Es cierto que los griegos crearon casi todas las disciplinas existentes en occidente. Sin embargo, la historia no les concedió la noble tarea de desarrollar el derecho. Labor que emprendieron los romanos.

La evolución del derecho romano podemos ubicarla desde la fundación de Roma en el año 753 a. C., hasta la publicación de la compilación justiniana, esto es, el *Corpus Iuris Civilis*, en el siglo VI de nuestra era.

El *ius civile* expresado en la Ley de las XII Tablas, fue objeto de un sin fin de modificaciones, con el fin de presentar una solución más equitativa a cada caso concreto, de suerte que, toda institución mostró una evolución que inició con el *ius civile* y concluyó con el derecho justiniano.

La forma de creación del derecho romano, partió del planteamiento de un problema para el cual se buscaban soluciones concretas, por lo que podemos afirmar en consonancia con algunos de los tratadistas de esta materia que, se constituyó por catálogos de reglas, las cuales eran formuladas por hombres de gran prestigio, de lo que se entiende que no formularon ningún sistema conceptual.

Ahora bien, es difícil pensar que algún estudiante de derecho no reconozca la importancia del derecho romano, o que este es un antecedente (¿remoto o cercano?), de nuestro derecho civil. Empero, ¿cuántos podrían distinguir entre un precepto heredado y otro implantado? Ante esta pregunta, se recurriría de forma inmediata a la jurisprudencia romana, aunque sin resaltar la relevancia que ésta representa para la legislación civil contemporánea, pues a pesar de que pertenecemos a la familia jurídica conocida como Romano-Canónica, la regulación e influencia de la mayoría de las instituciones contenidas en el Código Civil para el Distrito Federal, son atribuidas en su mayoría al derecho civil francés, español, alemán y otros tantos europeos. Sin considerar, por ejemplo, que incluso el orden en que se ubican los libros dentro del Código local, nos remite al derecho romano.

En este orden de ideas, el presente trabajo tiene el objetivo de rescatar la importancia y el interés que el estudio de las instituciones romanas tienen por si mismas, así como el estudio de las instituciones civiles a la luz de su antecedente histórico, ya que algunas veces la impartición del curso de

derecho romano dentro de los programas de la Facultad de Derecho, ha sido considerado por algunos profesores como anacrónico, restándole así, todo el merito que merece.

En concreto, nos enfocaremos al estudio del derecho sucesorio romano, bajo un contexto descriptivo, puesto que a través de la exposición de los lineamientos generales que rigieron a las vías sucesorias en Roma, llegaremos a elaborar y fundamentar nuestra comparación.

Esta investigación se compone de cinco capítulos, lo cuales están estructurados de la siguiente manera.

El capítulo primero, pretende ofrecer una introducción a los conceptos básicos de las sucesiones por causa de muerte en el derecho romano, la distinción entre los tres tipos que existieron y las consecuencias que acarrearón a los herederos.

El capítulo segundo, está dedicado al estudio de la sucesión *ab intestato*, desde la perspectiva del *ius civile*, el derecho pretorio, el derecho imperial y el derecho justiniano, ya que de esta forma se prueba la evolución que tuvo dicha institución desde la fundación de Roma hasta la publicación del *Corpus Iuris Civiles*. Además de precisar el orden de llamados que cada ordenamiento fijó, así como el tratamiento que se dio a la sucesión intestamentaria del liberto.

El capítulo tercero, comprende la sucesión por vía testamentaria, por lo que se centra en la figura del testamento, su concepto y sus formas. De igual manera versa sobre las disposiciones que podían contener los testamentos, las causas que lo invalidan, los codicillos y por último las liberalidades, es decir, el legado y el fideicomiso.

El capítulo cuarto, se refiere a la sucesión contra el testamento tanto en el aspecto real como formal, la implicación de dicha institución en el mundo de las sucesiones y su desarrollo a lo largo del derecho civil, pretorio y las reformas en el ordenamiento justiniano.

El capítulo quinto expone de manera general el tratamiento de las sucesiones en el derecho civil, en primer lugar atendiendo al ordenamiento jurídico vigente y sólo de forma excepcional y necesaria al antecedente inmediato y a la doctrina, y en segundo aludiendo un comentario que haga notar la influencia del derecho romana en cada institución.

Por último, presentamos cada una de las conclusiones extraídas del estudio de cada tema, por lo que podemos afirmar que, si bien la influencia romanista en el Código Civil vigente en el Distrito Federal es gradual, no opera como un simple residuo debido a la fuerza de inercia que opera en los sistemas jurídicos, es decir, a pesar de que las condiciones que dieron origen a las disposiciones que regularon el derecho sucesorio en Roma han cambiado, muchas de ellas han trascendido y se han insertado en la legislación civil.

CAPÍTULO PRIMERO

LA SUCESIÓN HEREDITARIA EN EL DERECHO ROMANO

En tiempos de Roma el derecho sucesorio disponía que el heredero perpetuara la personalidad del causante, ya que un sin fin de derechos y obligaciones subsistían tras la muerte de éste; sin embargo, algunos que recaían sobre personas y bienes, así como las responsabilidades, fenecían junto con el titular. Verbigracia: la patria potestad, la tutela, el usufructo, la habitación, la responsabilidad penal, etc.

El sucesor de la personalidad del difunto era llamado *heres* (heredero), es decir, aquel que está colocado en la posición del *de cuius*,¹ situación que, “no sólo comprendía el patrimonio del difunto, sino que incluía también los ideales, las simpatías y las antipatías; el heredero continua la personalidad entera del difunto, y no sólo su personalidad patrimonial”,² por lo tanto, la continuidad se presentaba en relaciones jurídicas (derechos reales), y relaciones familiares transmisibles (derecho de patronato).³ De esta forma se garantizaban tres tipos de intereses:

1. El interés del difunto, ya que el heredero paga los créditos pendientes y evita así la infamia a la memoria del difunto que acarrea la venta en bloque de los bienes a favor de los acreedores (*bonorum venditio*).
2. El interés de los acreedores, puesto que éstos adquieren en la persona del heredero un nuevo deudor.
3. El interés religioso, pues, el heredero preserva el culto privado.⁴

1. La *hereditas*

La explicación del origen histórico de la *hereditas* (sucesión hereditaria), en el derecho romano, está ligada de manera innegable a la familia, de tal suerte

¹ “El *de cuius*, por abreviatura de la frase latina, *de cuius hereditate agitur*, o sea, ‘de cuya herencia se trata’” MORINEAU IDUARTE, Marta y Ramón Iglesias González, *Derecho romano*, 4ª. ed., México, Oxford, 2010, p. 210.

² MARGADANT S., Guillermo Floris, *El derecho privado romano*, 26ª. ed., México, Esfinge, 2010, p. 454.

³ GIMÉNEZ-CANDELA, Teresa, *Derecho privado romano*, Valencia, Tirant lo blanch libros, 1999, p. 265.

⁴ PETIT, Eugène, *Tratado Elemental de derecho romano*, 24ª. ed., México, Porrúa, 2008, pp. 511-513.

que, evolucionaron de manera conjunta, a la sazón, Di Pietro manifiesta que “las figuras de *familia*, *patrimonium* y *hereditas* están conectadas entre sí, que resulta imposible explicarlas de forma aislada”.⁵ Por lo anterior es que todas las disposiciones relativas a la herencia se situaron como un capítulo dentro del derecho de familia romano.⁶

El vocablo *hereditas*, corresponde en primer lugar a una categoría de las sucesiones universales, ya que la sucesión podía producirse por un acto *inter vivos*, o bien por la muerte del causante, es decir, *mortis causa* (esta última es la que nos ocupa), puesto que el heredero o sucesor se convertía en propietario, acreedor o deudor de todo cuanto era propietario, acreedor o deudor el causante; y en segundo lugar, se refería a los derechos y obligaciones dejados por el fallecido.⁷

Por último, es preciso señalar que si bien, el derecho hereditario como un conjunto de normas que regula el fin que debe darse a los bienes y a las relaciones jurídicas de una persona cuando muere, tuvo su fundamento en la Ley de las XII Tablas, se puede observar su desarrollo y perfeccionamiento en el derecho pretorio, imperial y justinianeo.

2. Los herederos

2.1. Situación de los herederos

La muerte del *de cuius* repercute de forma directa en los hijos que se encuentran bajo su patria potestad, pues, se convierten en *sui iuris* y adquieren por la misma causa la calidad de herederos.⁸ Por lo tanto, se consideran sujetos activos si el causante era acreedor (la titularidad de un crédito pasa a los herederos), y sujetos pasivos (los herederos responden de todas las obligaciones subsistentes), si aquél era deudor.

El lugar que los herederos ocupan, se produce respecto a situaciones de derecho, no así a las de hecho.

⁵ DI PIETRO, Alfredo, *Derecho romano privado*, 2ª. ed., Buenos Aires, Depalma, 2005, p. 345.

⁶ A pesar de que el Derecho sucesorio es ordenado de esta forma, Margadant, señala que “no debe considerarse como parte del derecho de familia; no es indispensable que los herederos, legatarios o fideicomisarios sean parientes del difunto.” MARGADANT S., Guillermo Floris, *op. cit.*, p. 453.

⁷ NESPRAL, Bernardo, *El Derecho romano en siglo XXI, historia e instituciones, su vigencia en las legislaciones modernas*, Argentina, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2002, p. 509.

⁸ Ésta calidad una vez adquirida no se puede perder según la regla: *semel heres semper heres* (una vez heredero siempre heredero).

La responsabilidad de responder por las deudas creaba un contexto desagradable para los sucesores, ya que debían cumplirlas con el activo de la herencia e incluso con su propio patrimonio en caso de que aquél no alcanzara, esto siguiendo el principio de responsabilidad *ultra vires hereditatis* (más allá de la cuantía de la herencia). No sobra decir que esta regla representó una gran carga, ya que en el supuesto de la *hereditas damnosa* (herencia dañosa), aquella cuyo activo se veía rebasado por el pasivo, generaba un menoscabo más que un beneficio. Ante esta situación y con el fin de evitar un detrimento en el patrimonio de los herederos, el pretor concede el *ius abstinendi* (derecho de abstenerse de realizar todo acto que pueda presumirse indique la voluntad de aceptar la herencia),⁹ o bien, el derecho a repudiarla.

Con posterioridad el derecho justiniano establecerá el *beneficium inventarii* (beneficio de inventario), que limita la responsabilidad de responder por las cargas únicamente por la cuantía de los bienes de la masa hereditaria; de igual manera se concede la *separatio bonorum* a favor de los acreedores del difunto, para que éstos puedan cobrar de forma preferente respecto de los acreedores de los herederos sus créditos.¹⁰

2.2. Clases de herederos

Los herederos se podían clasificar de dos formas, si éstos pertenecían a la casa del difunto, se les calificaba como *heredes necessarii* (herederos necesarios), si eran ajenos, se les conocía como *heredes extranei* o *voluntarii* (herederos extraños o voluntarios).

A continuación las características de cada clase:

A. *Heredes necessarii*

a) **Los *sui heredes*** (herederos de sí mismo), es decir, todos aquellos sometidos a la patria potestad del *de cuius* y que tras la muerte de éste se convierten en *sui iuris*, heredan de pleno derecho, “porque muerto el padre, hay en algún modo inmediata continuación del dominio”.¹¹ Entre éstos se presume un derecho de copropiedad sobre la herencia, ya que en principio no pueden

⁹ GUILLÉN, Andrés Eduardo y María Carolina Fabré, *Lecciones de historia e instituciones del derecho romano*, Argentina, Fondo Editorial de Derecho y Economía, 2005, p. 133.

¹⁰ DI PIETRO, Alfredo, *op. cit.*, p. 347.

¹¹ LEMUS GARCÍA, Raúl, *Derecho romano (compendio)*, México, Limsa, 1979, p. 197.

rechazarla. Sin embargo, el pretor les otorga el *ius abstinendi* para repudiar la masa hereditaria y librarse de las acciones de los acreedores.

b) El esclavo puede ser instituido heredero en un testamento a la vez que se le concede la libertad, pues, la *dominica potestas* le vincula de manera directa a su señor y a su casa, por ende se considera un heredero necesario. No goza del *ius abstinendi* y el instituirle heredero obedece a una medida que evita el concurso de acreedores sobre el patrimonio de una persona con endeudamiento excesivo.

B. Heredes extranei

Por exclusión son todos aquéllos que no son herederos domésticos, éstos no adquieren la herencia *ipso iure*, puesto que necesitan rechazarla o aceptarla. La aceptación se puede llevar acabo mediante cualquier acto que ponga de manifiesto la voluntad de adquirir la masa hereditaria (*pro herede gestio*). Si se hacía de manera expresa se denominaba *aditio*, pero se presentaba únicamente sí el causante la señalaba en el testamento.¹²

3. Las vías sucesorias

Tres vías sucesorias conoció el derecho romano y mediante éstas se defería la herencia:

I. La vía legítima o *ab intestato*, la cual opera en ausencia de testamento o si éste es invalido o ineficaz. De esta forma la ley suplía la voluntad del causante y se consideraba como la más débil de las tres vías.

II. La vía testamentaria, que abre la sucesión en concordancia con lo asentado en el testamento por el otorgante, su idoneidad para nombrar herederos le hizo cobrar popularidad entre los romanos y predominar sobre la vía legítima.

III. La vía oficiosa o sucesión contra el testamento, instituida como una limitante a la libertad de que se gozaba en materia sucesoria, pues corregía las disposiciones del testamento, sobre todo lo tocante a la repartición.

Por lo que se refiere a las sucesiones testamentaria y legítima, existieron de manera exclusiva, puesto que eran incompatibles la una con la otra;

¹² SOHM, Rodolfo, *Instituciones de derecho privado romano, historia y sistema*, México, Ediciones Coyoacán, 2006, pp. 314 y 315.

concepción que se vio reflejada en la máxima *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decere potest* (nadie puede morir en parte testado y en parte intestado). A pesar de la rigidez que encierra dicho enunciado existieron algunas excepciones, por ejemplo: “se autorizo al soldado que hiciera un testamento por una parte de su patrimonio, distribuyéndose el resto de acuerdo con la vía legítima”.¹³

3.1. La *hereditas iacens*

La *hereditas iacens* (herencia yacente), es el concepto utilizado para referirse a la masa hereditaria que desde la muerte del causante está “en reposo hasta el momento en que sea adquirida por el heredero”,¹⁴ no tiene heredero pero, lo tendrá. Esta herencia se consideró de manera temporal como un patrimonio sin dueño (*res sine domino*), no obstante comprendía un cúmulo de derechos y obligaciones, por ejemplo: producción de frutos, celebración de negocios jurídicos por un esclavo, gestión por un tercero a favor de la herencia y delitos cometidos por los esclavos.

Para resolver el inconveniente que representaba el intervalo de tiempo entre la apertura de la herencia y su respectiva adición se formularon una serie de criterios en la jurisprudencia romana, todos ellos carentes de uniformidad, pues era menester encontrar un sujeto al que se atribuyera dicho patrimonio, las soluciones fijadas fueron las siguientes:

1. La adquisición de la herencia por parte del heredero y sus efectos se retrotraen a la muerte del causante.
2. La personalidad del *de cuius* perdura hasta que el heredero realiza la adición.
3. La herencia es considerada una persona jurídica.

De las respuestas citadas, la tercera, confeccionada en la época posclásica, fue la más aceptada, empero, no la que presentó una solución idónea al caso en cuestión, en lo particular Sohm se pronuncia de manera contundente en contra de esta recepción generalizada y se inclina por la primera premisa, él afirma que “el sujeto de la ‘herencia yacente’ no es otro que el heredero”,¹⁵ ya

¹³ MARGADANT S., Guillermo Floris, *op. cit.*, p. 455.

¹⁴ GIMÉNEZ-CANDELA, Teresa, *op. cit.*, p. 268.

¹⁵ SOHM, Rodolfo, *op. cit.*, p. 316.

que, una vez que se da la adición de la herencia el heredero es titular de los derechos y obligaciones de ésta como si lo fuese desde siempre, de forma inmediata y sin interrupción.

3.2. La *bona vacatía*

La herencia vacante (*bona vacatía*), nos remite a los bienes que al deceso de una persona quedan sin titular de manera aparente por no existir herederos por vía testamentaria o legítima, o simplemente porque nadie quisiera adquirirlos, pues existe la certidumbre, de acuerdo con Sohm, de un sujeto para la herencia, ya que en última instancia el fisco la aceptaría.¹⁶

4. Delación y adición de la herencia

La delación de la herencia “es el llamamiento, y otorga a una persona, en el caso concreto, el derecho a heredar; le defiere u ofrece la herencia.”¹⁷ El momento en que se produce dicho ofrecimiento es a la muerte del causante o a la apertura del testamento, pero, si la institución de heredero se encuentra sujeta a una condición, la delación se realiza una vez que se cumpla.

Por otra parte, la adición apunta a la adquisición de la herencia, que en el caso de los herederos necesarios no requiere de acto alguno. No obstante, los herederos voluntarios necesitan realizar un acto que evidencie la aceptación.

Es preciso señalar que delación y adición son dos etapas distintas que en el caso de los herederos necesarios se conjugan, no así para los herederos voluntarios quienes como señalamos, necesitan de una manifestación de voluntad que asegure la aceptación.

4.1. Formas en que se produce el llamado hereditario

A. Por disposición de la ley (legítima o *ab intestato*)

La ley suple la voluntad del difunto y establece quienes serán los herederos y la forma de partición, la preeminencia del llamado testamentario sobre el intestado es indudable, sobre todo en la época clásica. Sin embargo, esta prerrogativa no se ve reflejada en el aspecto temporal, pues, el llamado por vía

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ GIMÉNEZ-CANDELA, Teresa, *op. cit.*, p. 312.

legítima es un antecedente directo, mientras que la importancia otorgada al que se hace por el testamento, es considerado fruto de la evolución.¹⁸

B. Por la voluntad del *de cuius* (testamentaria)

Se efectúa conforme a las disposiciones que el causante hubiera establecido en su testamento. Cabe señalar que, este llamado y el anterior son incompatibles, es decir, no se pueden presentar conjuntamente, ya que se excluyen entre si de acuerdo con el supracitado principio *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decere*

C. Por sucesión forzosa o contra el testamento

Al respecto, Giménez–Candela expresa que no es una forma de llamamiento, pues la encuentra compatible con las dos anteriores, y lo señala de la siguiente forma: “en aquéllos casos en que los llamados a heredar por la ley resultan preteridos en un testamento (sucesión forzosa formal), o se les perjudica al no dejarles la parte ‘legítima’ que les corresponde (sucesión forzosa material)”.¹⁹

4.2. Intrasmisibilidad de la delación de la herencia

La delación de la herencia que obra por disposición de la ley, esto es, en el supuesto de la sucesión *ab intestato*, no se podía transmitir a los *sui heredes*, puesto que el heredero voluntario sólo obtiene el derecho a aceptar la herencia.

Si dicha facultad no era ejercida, se extinguía la delación respecto de los agnados sucesivos, por lo tanto el patrimonio hereditario de acuerdo con las disposiciones de *ius civile* quedaba vacante.²⁰

4.3. *Hereditatis petitio*

La *hereditatis petitio*, es la acción con que cuenta el heredero civil para dirigirse contra quien posee los bienes de la herencia, con el fin de recuperarlos y afirmar su derecho. Dicha petición comprende bienes corporales y derechos.

¹⁸ *Ibidem*, p. 270.

¹⁹ *Ibidem*, p. 271.

²⁰ *Ibidem*, p. 274.

El demandado era el *possessor hereditatis* (poseedor), ya sea que retuviera los bienes de la herencia por pretender ser heredero o no justificara su posición, sino por la simple tenencia de los bienes.

Las disposiciones que regían a la *hereditatis petitio*, fueron reformadas por el Senadocunsulto Juvenciano, para comprender entre los posibles demandados a los se presenten como poseedores sin serlo y a los que han dejado de poseer de forma dolosa.²¹

4.4. *Interdictio quam hereditatem*

El pretor concedió al heredero el *interdictio quam hereditatem*, para el supuesto en que el demandado por la petición se niegue a aceptar el juicio, para que obtenga el mismo beneficio que hubiere alcanzado con la *hereditatis petitio*. Además, tiene la ventaja de que el demandante no tiene que probar su calidad de heredero, basta con que el demandado posea los bienes de la herencia.²²

5. Aceptación y renuncia de la herencia

En concordancia con lo que expusimos al tratar sobre las diferentes clases de herederos, sólo aquellos que son voluntarios o extraños, pueden aceptar o rechazar la herencia que se les ofrece, de tal suerte que, mientras no se acepta y se entra en ella, no se puede hablar de una efectiva adquisición.

5.1. Aceptación

La aceptación de la herencia, es “el acto en virtud del cual la persona en cuyo favor se defiere –por testamento o por ley-, manifiesta su decisión de tomar la condición de heredero”.²³

El derecho romano contaba con tres formas de aceptación, que de acuerdo con Gayo, a saber, son las siguientes:

I. La *cretio* o creción, se refería a la toma de posesión de los bienes, seguida de una declaración expresa y formal del heredero ante testigos

²¹ *Ibidem*, p. 275.

²² *Idem*.

²³ PANERO GUTIÉRREZ, Ricardo, *Derecho romano*, 3ª. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 708.

(posiblemente siete). Al respecto, Panero Gutiérrez dice que esta forma fue abolida por Arcadio, Honorio y Teodosio II.²⁴

II. La *pro herede gestio* o gestión como heredero, era una manifestación de voluntad tácita, pues de la realización de varios actos se concluía la intención de aceptar la herencia.

III. La *aditio nuda voluntate* o aceptación por la simple voluntad, consistía en una aceptación expresa, pero, no formal, de aceptar la herencia. Ésta fue la única forma que subsistió en el derecho justiniano.²⁵

5.2. Presupuestos, requisitos y tiempo de la aceptación

Sin duda, para que la aceptación de la herencia se presente, debe suceder primero la delación. Empero, se requería además, el pleno conocimiento del aceptante y la capacidad del mismo, ya que en el primer caso, es nula si en su realización medio error o violencia; mientras que en el segundo, se debía distinguir entre los siguientes casos:

a) Si se trataba de un *infans* o *furiosus*, ya que en principio no podían aceptar la herencia, ni con la asistencia del tutor o del curador.

b) Si se trataba de un impúber *infantia maior*, podía si era *sui iuris* con la *auctoritas* del tutor; si era *alieni iuris* con el *iussu* del pater; y

c) Si se trataba de menores de 25 años, tenía que hacerse con *consensus quartoris*, a semejanza de la *auctoritas*.²⁶

Por otra parte, la aceptación debe ser en primer término, absoluta, es decir, no se puede aceptar sólo una parte; en segundo, pura, esto es, sin condición alguna, de lo contrario la adición resultaba nula; en tercero, personal, o sea, voluntaria y libre; y en última instancia, irrevocable, de acuerdo a lo expuesto líneas arriba: una vez heredero siempre heredero.²⁷

E *ius civile* es omiso en cuanto al plazo para llevar a cabo la aceptación, pero, se introdujeron dos medidas para salvaguardar los derechos de algunas personas: primera, el *spatium deliberando*, plazo de cien días que fijaba el pretor a petición de los acreedores del *de cuius* o del presunto heredero, para que éste aceptara o renunciara la herencia, fenecido el tiempo se tenía por

²⁴ *Idem.*

²⁵ *Ibidem*, pp. 709 y 710.

²⁶ *Ibidem*, p. 710.

²⁷ *Idem.*

rechazada la herencia; segunda, la *interrogatio in iure*, pregunta formulada por rogación de los acreedores del otorgante, para que el futuro heredero declarara ante el magistrado su decisión de aceptar o renunciar la herencia.²⁸

5.3. Renuncia

La *repudiatio* (repudiación), es el acto por el cual el heredero voluntario rechaza la herencia deferida a su favor. No precisa de formalidad alguna y se rige por las mismas reglas de la aceptación para su validez. En principio, es irrevocable, ya que los menores podían solicitar la *restitutio in integrum*.²⁹

6. Efectos de aceptación de la herencia

La aceptación de la herencia coloca al heredero en la misma posición jurídica del *de cuius*, ya sea de forma activa o pasiva, y produce efectos tales como: la confusión patrimonial y la responsabilidad *ultra vires hereditatis*.

6.1. Confusión patrimonial

La confusión patrimonial resulta de la unión del patrimonio del difunto y el del heredero. Como consecuencia se extinguían las relaciones jurídicas entre ellos y se presentaba, en su caso, la concurrencia de los herederos del testador con los del heredero.

El pretor, prestó especial atención a esta situación y se pronunció a favor de los acreedores, concediendo a través del *Edictum de suspecto herede* una serie de remedios. Los cuales exponemos a continuación:

I. *Satisfactio suspecti heredis*, a través de este recurso, los acreedores del causante que tenían indicios del comportamiento doloso del heredero, solicitaban al pretor que aquél otorgara garantía en el orden de prelación correspondiente, tras la renuncia del heredero, el pretor con total conocimiento de la situación podía decretar la *missio in possessionem* de sus bienes o bien la *bonorum venditio* de los mismos.

II. *Separatio bonorum*, por medio de esta petición los acreedores solicitaban la separación del patrimonio del *de cuius* y del heredero, para así poder cobrar sus créditos del patrimonio del primero. Dicha solicitud se derivaba de un

²⁸ *Idem.*

²⁹ *Idem.*

procedimiento ejecutivo entablado previamente contra el patrimonio del heredero.

III. *Restitutio in integrum*, este remedio constituye una excepción a la regla, pues como afirmamos párrafos arriba, estas medidas fueron formuladas por el pretor con el fin de resguardar los intereses de los acreedores del difunto o del heredero. La *restitutio in integrum*, se concedió a los menores de 25 años y aún a los mayores que hubiesen aceptado una *hereditas damnosa*.³⁰

6.2. Responsabilidad *ultra vires hereditatis*

La responsabilidad *ultra vires hereditatis* generaba problemas cuando se trataba de una herencia dañosa, es decir, aquella cuyo pasivo rebasaba el activo. Justiniano por su parte, estableció el *beneficium inventarii*, por el cual el heredero, sin importar la clase a la que pertenezca y que no haya solicitado el *spatium deliberandi*, tiene la facultad de aceptar la herencia respondiendo sólo hasta donde ésta alcance. Sin embargo, el heredero debía elaborar un inventario de los bienes del causante, por si o por interpósita persona (*procurator*), con la concurrencia de un *tabularis* y testigos, dentro de los treinta días que seguían al conocimiento de la delación, el cual debía concluir sesenta días o un año después si la herencia se ubicaba en un lugar distinto a la residencia del beneficiario puesto que tenía la finalidad de imitar la *bonorum separatio*.³¹

7. La comunidad hereditaria

De acuerdo con Panero Gutiérrez, comunidad hereditaria es “la situación jurídica que se produce cuando varias personas, son llamadas a heredar conjuntamente, por testamento o por ley.”³²

7.1. Características de la comunidad

En principio podemos afirmar que las particularidades de la copropiedad se ven reflejadas en la comunidad hereditaria y es cierto, pero con el matiz propio que le imprime la materia sucesoria.

³⁰ *Ibidem*, p. 713.

³¹ NESPRAL, *Bernardo*, *op. cit.*, p. 538.

³² PANERO GUTIÉRREZ, *Ricardo*, *op. cit.*, p. 717.

Por lo tanto, la comunidad hereditaria es:

a) Universal, por la naturaleza de la herencia, la cual es concebida como *universitas*.

b) Forzosa, ya que no se genera por un acuerdo de voluntades, sino *ipso iure*, por la concurrencia de varios coherederos al llamado y la aceptación de la herencia por éstos.

c) Transitoria, pues tiende a disolverse, basta con que uno de los coherederos lo pida.

En suma, la duración de la comunidad hereditaria es variable, inicia con la muerte del causante, se refuerza mediante la aceptación de la herencia y se termina con la partición de los bienes.³³

7.2. Ordenación de la comunidad hereditaria

La comunidad hereditaria fue objeto de regulación tanto del derecho arcaico como del clásico. Dentro del primero, se presentó el *consortium inter fratres* (comunidad entre hermanos), conocido de igual forma como *consortium erecto non cito* (comunidad de dominio no dividido), el cual se conformaba a la muerte del *pater familias* por los *sui heredes* con la finalidad de preservar la comunidad doméstica, sin efectuar la división del caudal hereditario y poniendo en común las adquisiciones futuras. Por lo que, los coherederos son titulares de la herencia y tienen plena disposición sobre ella. Además, cada uno cuenta con el *ius prohibendi* o la facultad de oponerse a la actuación de otro coheredero.

La forma de poner fin a la indivisión era solicitando la *actio familiae erciscundae* al pretor, cuyo fundamento se encontraba en la ley decenviral.³⁴

Por su parte el derecho clásico, dejó de lado la antigua comunidad dando lugar a una nueva forma fundamentada en las características de la copropiedad: la comunidad por cuotas. Su régimen atribuye a cada heredero una cuota ideal sobre la totalidad de la herencia, de la que puede disponer libremente. En cambio, sobre la cosa común pueden realizar sin restricción algunos actos materiales, es decir, de uso y administración; mientras que para la

³³ *Idem*.

³⁴ *Ibidem*, p. 718.

realización de actos jurídicos, tales como enajenar o gravar la cosa, se requería el consentimiento de los comuneros.³⁵

8. El *ius adcrescendi*

El acrecimiento resulta del llamamiento de varias personas a una misma herencia, pues, cuando uno de los llamados no puede a o no quiere aceptar la herencia, su parte aumenta de forma proporcional la de los demás.

Para que el *ius adcrescendi* pueda operar se necesita que no exista heredero sustituto y que no se produzca la enajenación o transmisión de la herencia.

El incremento en las cuotas de los herederos se produce *ipso iure* (tanto en los derechos como en las obligaciones), puesto que concurre con la aceptación de la herencia. El aumento es proporcional a la porción de cada coheredero, sus efectos son retroactivos y depende de la manera en que el testador instituyó a los herederos tratándose de la sucesión testamentaria.

Aunado a lo anterior, se deben considerar las siguientes hipótesis:

I. Cuando el testador haya dispuesto cuotas individuales, si alguno no acepta, tienen derecho de acrecer los demás.

II. Cuando el testador agrupa a los herederos, si alguno no acepta, sólo aumenta la porción de los que se encuentran en dicho grupo.

El *ius adcrescendi* se encuentra presente también en los legados, pero sólo en aquellos que atribuyen un derecho de propiedad sobre el objeto del legado.³⁶

9. Partición de la herencia

La partición de la herencia pone fin a la comunidad hereditaria, ya sea por voluntad de los coherederos o por medio de la *actio familiae erciscundae*, en caso de que no exista acuerdo: sólo los herederos civiles pueden solicitarla.

Los coherederos a través de la mencionada acción buscan la partición de la herencia y la adjudicación de las cuotas a cada uno de ellos, por parte del *arbiter familiae erciscundae*.

Los bienes que son objeto de la partición, a saber, son los siguientes:

³⁵ *Ibidem*, p. 719.

³⁶ *Ibidem*, pp. 720 y 721.

- a) Los bienes de los que el testador era propietario o poseedor de buena fe.
- b) Los adquiridos durante el *servus hereditarius* durante el tiempo en que la herencia estuvo yacente.
- c) Las accesiones de los bienes del difunto.

En síntesis, la partición pone fin al estado de indivisión en que se mantenían los herederos, por ende, se hacen efectivas las obligaciones nacidas entre los distintos coherederos.

La sentencia del *arbiter*, se dividía en dos partes, la primera contenía una *adiudicatio* con carácter constitutivo, carente de efectos retroactivos, cuyo objetivo era la atribución de la propiedad sobre los bienes o derechos reales; la segunda, una *condemnatio* por la que se constreñía a los coherederos a pagar ciertas cantidades de dinero, para así extinguir las obligaciones nacidas entre ellos.³⁷

10. *Bonorum possessio*

El *ius civile*, expresa Sohm, “regula una sucesión propia y genuina: la *herditas*; el derecho honorario tiene su forma peculiar de herencia en la *bonorum possessio*.”³⁸

Lo anterior refleja una constante oposición entre un derecho y otro, que se manifiesta en la institución en comento y de esta manera se cumplen los objetivos propios del ordenamiento pretorio que bien pueden coincidir con el *ius civile*, para corregirlo o reemplazarlo.

La *bonorum possessio* es definida como un “régimen pretorio de la atribución de los bienes hereditarios”,³⁹ de esta forma, el pretor otorga a ciertas personas la posesión de la herencia. Al lado de la figura del heredero perteneciente al *ius civile*, el derecho pretorio formula la institución del *bonorum possessor* con la finalidad de ubicarlo en la misma situación, ya que el pretor no puede nombrar herederos, pues éstos son nombrados por el testador, si la herencia es testamentaria, o por la ley cuando se defiere *ab intestato*. El *bonorum possessor* como sucesor de acuerdo con el derecho honorario recibe todas las acciones a su favor o en su contra que corresponden al heredero civil,

³⁷ *Ibidem*, pp. 721 y 722.

³⁸ SOHM, Rodolfo, *op. cit.* p. 317.

³⁹ GIMÉNEZ-CANDELA, Teresa, *op. cit.*, p. 276.

mediante formulas que obedecen a la ficción de que éste es el *heres* del *ius civile*.

10.1. Casos de *bonorum possessiones*

a) ***Adiuvandi iuris civilis gratia***: El pretor otorgaba la *bonorum possessio* a un *heres*, de esta forma contaba con las acciones y defensas del *ius civile* y los remedios del derecho pretorio, no se hace otra cosa sino confirmar el *ius civile*.

b) ***Supplendi iuris civilis gratia***: Se concedía la *bonorum possessio* a quien no era heredero civil, dando a su favor sólo los recursos pretorios; de tal suerte que si no existía heredero alguno se colmaba la laguna existente en el *ius civile*.

c) ***Corrigendi iuris civilis gratia***: Se hallaba el heredero civil, sin embargo, la *bonorum possessio* era conferida a quien no lo era, lo cual provocó un conflicto; si el *bonorum possessor* era considerado superior al *heres*, la *bonorum possessio* se denomina *bonorum possessio cum re*, si el heredero prevalecía sobre aquél, se llama *bonorum possessio sine re*.⁴⁰

10.2. Clases de *bonorum possessiones*

A. Por la forma en que actúa el pretor

a) ***Bonorum possessio edictalis***: Se concedía observando los supuestos establecidos en el edicto del pretor.

b) ***Bonorum possessio decretalis***: El pretor la otorga por medio de un decreto a pesar de no estar señalada en el edicto, previo análisis de la petición realizada.

B. Por la causa de atribución.

a) ***Bonorum possessio secundum tabulas testamenti***: Se otorga a la persona que es instituida heredera en un testamento.

b) ***Bonorum possessio contra tabulas***: En contra de lo que se establece en el testamento.

c) ***Bonorum possessio ab intestato (sine tabulis)***: El pretor concede en su edicto la *bonorum possessio* de la herencia intestada a quienes consideraba con derecho a heredar, así corregía y modificaba el *ius civile*.⁴¹

⁴⁰ DI PIETRO, Alfredo, *op. cit.*, p. 348.

⁴¹ *Idem*.

Es necesario apuntar que, la *bonorum possessio* no operó de manera automática como la *hereditas*, aquella sólo puede adquirirse por un decreto del pretor a favor de la persona que la solicitara. En la época clásica del derecho romano se hacía ante el pretor en Roma y ante el gobernador en las provincias, en un plazo de un año para los ascendientes y descendientes, y de cien días para todos los demás. Para el computo de los días sólo se consideraban los útiles, o sea, en los que se podía concurrir ante el pretor; “mediante este plazo se quería proteger a los acreedores, los legatarios y otros interesados, obligando a los que pudieran pedir la *bonorum possessio* para no dejar indefinida la situación de la herencia.”⁴² Vencido el plazo, si la petición no era formulada se perdía el derecho para reclamarla. Posteriormente por una constitución del emperador Constancio la *bonorum possessio* se puede pedir también a los jueces sin necesidad de solemnidad alguna.

10.3. Protección jurídica del *bonorum possessor*

El *bonorum possessor* resulta igualado al *heres* y por medio del decreto del pretor goza del interdicto *quorum bonorum*, el cual puede ejercitar en contra de aquellos que tengan la posesión de los bienes de la herencia y no pretendan entregarlos por considerarse herederos o por cualquier otra razón.⁴³ Amén, del interdicto mencionado el *bonorum possessor* cuenta con el *quod legatorum*, que se interpone para adquirir la posesión de bienes objeto de un legado. “El pretor utilizará formulas ficticias: si fuera heredero; tanto si se trata de una *rei vindicatio*, como el reclamo de un crédito. Igualmente podrá ser demandado mediante formulas análogas.”⁴⁴

⁴² *Ibidem*, p. 349.

⁴³ “A estos dos tipos de negativas del demandado corresponde la distinción entre *possessor pro herede* y *possessor pro possessore*.” GIMÉNEZ-CANDELA, Teresa, *op. cit.* p. 281.

⁴⁴ DI PIETRO, Alfredo, *op. cit.*, p349.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA SUCESIÓN LEGÍTIMA O *AB INTESTATO*

1. La sucesión legítima

La sucesión legítima o *ab intestato* en el derecho romano se presenta, de acuerdo con las Instituciones de Justiniano, cuando el causante no deja testamento o bien existiendo resulta inválido por no cumplir con las formalidades requeridas, o siendo valido resulta ineficaz, pues, el heredero instituido no acepta la herencia.⁴⁵

El momento en que se abre la sucesión por vía legítima no es inmediato a la muerte del *de cuius*, ya que se debe de tener la certeza de que no hay testamento, y habiendo se abrirá si resulta ineficaz. La sucesión legítima no se rige por la voluntad del difunto, sino que, la legislación determinará el orden que se seguirá para la repartición de la herencia, es decir, se deferirá por ministerio de ley.

A pesar de que su regulación procede de la Ley de las XII Tablas, dentro del derecho pretorio y justiniano es objeto de un sinfín de reformas las cuales desarrollaremos en los siguientes apartados.

2. La sucesión legítima en el *ius civile*

El derecho civil expresado en La Ley de las XII Tablas, establece una predilección por el parentesco agnaticio con el fin de conservar la estructura de la familia primitiva,⁴⁶ al respecto señalaba lo siguiente: *Si intestatu moritur, cui sus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto. Si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento* (Si muere intestado y no hay heredero, tenga la herencia el próximo agnado. Si no hay agnado tengan la herencia los gentiles).

Todos estos son llamados a heredar según el orden que establece el código decenviral en calidad herederos legítimos y en tres clases distintas.

⁴⁵ORTOLÁN, M., *Instituciones de Justiniano*, Buenos Aires, Heliasta, 2005, p. 155.

⁴⁶ Se define a la familia primitiva como “una organización jurídico-política en la cual se conservan los *sacra privata*.” DI PIETRO, Alfredo, *op. cit.*, p. 351.

a) Los sui

El *ius civile* llama en primer lugar a los *heredes sui*, estos son los que se encontraban bajo la patria potestad del *de cuius* y que a su muerte se vuelven *sui iuris*. Este llamamiento no exige el parentesco de sangre, no establece distinción de sexo o edad, por ende, quedan comprendidos en el mismo los hijos naturales, adoptivos y arrogados, la esposa en matrimonio *cum manu*, y los póstumos (los hijos concebidos en el momento de la muerte del causante y nacidos antes de los diez meses de la misma).⁴⁷ Conforme a lo anterior, quedan exceptuados de esta categoría los hijos dados en adopción y emancipados, así como las hijas que por matrimonio *cum manu* entraron bajo la patria potestad de otro.

La partición de la masa hereditaria se lleva acabo *per capita* y así cada uno recibirá una parte semejante a la del otro (una parte igual la cual se conoce como *cuota viril*), siempre y cuando los herederos sean de primer grado.

Por otra parte, si un hijo muere o sale de la patria potestad dejando descendientes, éstos reciben la parte que le hubiera correspondido a aquél, así nos encontramos frente al principio de representación,⁴⁸ se dice que estos últimos heredan *per stirpes*. De esto se desprende que los herederos de primer grado, excluyen a los que se encuentran en uno posterior; amén, los *sui* se convierten *ipso iure* en herederos *ab intestato*, sin que realicen la aceptación correspondiente (*aditio hereditatis*), pero, carecen de la facultad de rechazarla, por ser herederos necesarios.

En caso de que el *de cuius* fuera mujer, no tiene herederos *sui*, dado su incapacidad para ejercer la patria potestad.

b) Los agnados

Si al *de cuius* no le sobreviven *heredes sui*, la ley decenviral ofrece la herencia al *adgnatus*⁴⁹ *proximus*, y es aquí donde se abre la sucesión

⁴⁷ GIMÉNEZ-CANDELA, Teresa, *op. cit.*, p. 283.

⁴⁸ En cuanto al citado principio de representación existe la siguiente aclaración: "No sabemos si este principio de representación se aplico ya en la época de las Doce Tablas, pues este código no hace mención expresa del mismo. En todo caso tal principio es muy antiguo y se mantiene durante mucho tiempo." SCHULZ, Fritz, *Derecho romano clásico*, Barcelona, Bosch, p. 210.

⁴⁹ *Adgnati*: "en el sentido romano, son aquellas personas que juntamente con el *de cuius*, descienden de un ascendiente común y se hallarían en el 'momento relevante' sometidos a la misma *patria potestas*, si el común ascendiente viviese aún." *Idem*.

intestamentaria en un sentido estricto, “pues la distribución del patrimonio (*familia*), solamente se hace, por disposición de la ley, cuando se dan estos dos supuestos: Si muere intestado y si muere sin '*sui heredes*'.”⁵⁰

La citada ley no considera al agnado como heredero, debido a la preferencia que se tenía por la sucesión testamentaria, además de que, el orden que para la sucesión *ab intestato* establecía el *ius civile* tomaba como referencia la *patria potestas*; era calificado más bien a manera de sucesor de los bienes. No obstante, la jurisprudencia le concedió tal calidad con la finalidad de dar continuidad al culto familiar.

El llamado en comento no da cabida al principio de representación, el agnado próximo excluye al remoto, si concurren varios agnados en el mismo grado, el reparto se hace *per capita*. El agnado es llamado a heredar (heredero voluntario), si no hay *sui* y requiere de una *adittio hereditatis* para hacer suya la herencia, empero, si la rechaza, el patrimonio no pasa a los gentiles (*gens*), queda vacante.

c) Los gentiles

Si no había *sui* o *adgnatus proximus*, La Ley de las XII Tablas llamaba a los gentiles.⁵¹ Margadant S., señala que en la actualidad “se cree, empero, que no era la *gens*, como tal, la que heredaba sino más bien los miembros individuales de la *gens* que tenían un derecho de *occupatio*.”⁵² Este llamamiento no se da más hacia fines de la república, por una influencia de las *civitas*, de acuerdo con el referido autor.

En suma, el *ius civile* como apuntamos en un principio se basó en la agnación, por lo que el vínculo de sangre no otorga derecho a suceder; y el orden sucesorio no aceptó una sucesión entre diferentes grados (*successio graduum*), ni entre varios ordenes (*successio ordinum*).

⁵⁰ TEJERO JORGE, Francisco, *Lecciones de derecho romano*, 6ª. ed., Madrid, Universidad de Madrid-Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, 1994, p. 339.

⁵¹ “Los pertenecientes a una misma *gens*, formada por familias procedentes de un antecesor común con el mismo apellido o nombre gentilicio.” PANERO GUTIÉRREZ, Ricardo, *op. cit.*, p.765.

⁵² MARGADANT S., Guillermo Floris, *op. cit.*, p. 457.

3. La sucesión legítima en el derecho pretorio

Ante la rigidez de las disposiciones sucesorias fijadas por el *ius civile* y las injusticias que generaba (verbigracia: el hijo emancipado no puede ser heredero, la madre no puede ser heredera de sus hijos, ni éstos de aquélla); el pretor se da a la tarea de realizar las correcciones pertinentes a través de su edicto, pues, “en algunos aspectos, las normas decenvirales fueron atemperadas por obra de la Jurisprudencia y la intervención imperial, pero estos excesos no encontraron una solución adecuada”.⁵³

Las adiciones que hace el pretor establecen la preponderancia del parentesco cognaticio sobre el agnaticio e introducen un novedoso orden de llamamientos sucesivos (en oposición al *ius civile*). Las adecuaciones pretorianas versan entorno a la *bonorum possessio sine tabulis*, ya que como señalamos en el capítulo primero, el pretor no puede hacer herederos, mas, sí otorgar la posesión de los bienes⁵⁴ a quien considera que corresponden, “y aunque en principio la concesión de la *bonorum possessio* era provisional (*sine re*), hacia el siglo I d.C. se hace definitiva (*cum re*), al menos para los llamados en el primer orden”.⁵⁵

3.1. Los llamamientos del pretor

A. *Unde liberi*

El primer llamamiento que hace el pretor comprende a los hijos y descendientes (*liberi*), hayan estado o no bajo la potestad del causante al momento de su muerte, estos son, los *sui*; los hijos emancipados (*sui iuris*), y sus descendientes, los hijos dados en adopción, emancipados con posterioridad, pero con antelación a la muerte del *de cuius* y los hijos póstumos, “con lo cual en esta primera clase de herederos intestatos[*sic*] el pretor abandona el principio civil de la agnación, para adoptar el de la cognación, aunque no en su integridad.”⁵⁶ Como consecuencia se excluye a los

⁵³ GIMÉNEZ-CANDELA, Teresa, *op. cit.*, p. 285.

⁵⁴ “El objetivo de la *bonorum possessio*, que originariamente sólo podía ser de bienes corporales, fue extendiéndose progresivamente por el juego de acciones y remedios pretorios, hasta comprender también los créditos y las deudas” GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús, *Derecho romano privado. Casos. Acciones. Instituciones*. 13ª. ed., Madrid, Ediciones Académicas, 2004, p. 216.

⁵⁵ SAMPERO POLO, Francisco, *Derecho romano*, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2003, p. 207.

⁵⁶ SOHM, Rodolfo, *op. cit.*, p. 324.

hijos adoptivos que el difunto hubiera emancipado y los hijos dados en adopción cuando se encuentran en la potestad del adoptante.

La *bonorum possessio unde liberi* se otorga *cum re*, es considerada *adiuvandi gratia* en cuanto que refleja un beneficio a los *sui* y por lo que toca a los emancipados *corrigendi gratia*.

La forma en que se reparten los bienes es *per stirpes*, por ende, se daba lugar al principio de representación. Sin embargo, el emancipado asistía con sus hijos al llamado del pretor, hasta que una reforma al Edicto formulada por Juliano introdujo la cláusula *nova clausula Iuliana*, así el padre y los hijos recibían una parte en común, que se repartía por la mitad entre ambos grados.

B. Unde legitimi

A falta de *liberi*, o bien que éste no solicite la *bonorum possessio*, el pretor llama a los *heredes legitimi*, confirmando de esta manera el orden fijado por el derecho de Las XII Tablas, se puede afirmar que se trata de un segundo citado a los *sui*, pero con exclusión de los emancipados, no obstante: “esta categoría ya estaba absorbida por los *liberi*, y como la *gens* no podía recibir herencias por vía legítima... este grupo de los *legitimi* correspondía prácticamente al de los agnados”,⁵⁷ bajo esta situación el pretor concede la *bonorum possessio sine re*, ya que cualquiera que ostentara un mejor derecho (*heredes sus*), podía reclamarla de manera triunfante.”Innecesario advertir que esta *bonorum possessio unde legitimi* es *iuris civiles ‘adiuvandi’ gratia*.⁵⁸ El ofrecimiento de la *bonorum possessio unde legitimi* no es sucesivo en cuanto a grados, los agnados inmediatos excluyen a los de grado ulterior y se reparte *per capita*.

C. Unde cognati

El llamamiento *unde cognati* comprende una categoría de parientes por consanguinidad (línea masculina y femenina): descendientes, ascendientes y colaterales hasta el sexto grado, inclusive el séptimo grado si la herencia correspondía a un sobrino (hijo de un primo hermano), así se suman modificaciones al *ius civile*, “se pueden heredar la madre y el hijo *sui iuris* recíprocamente, como cognados de primer grado, excluyendo a los hermanos

⁵⁷ MARGADANT S., Guillermo Floris, *op. cit.*, p. 458.

⁵⁸ SOHM, Rodolfo, *op. cit.*, p. 325.

cognados de segundo grado.”⁵⁹ Por ende, los parientes cercanos, dejan fuera a los lejanos, pero en caso de renuncia o incapacidad, se presenta un llamamiento sucesivo en orden, es decir, se pasa al siguiente llamado.

El reparto se hace *per capita* y la *bonorum possessio* es otorgada *sine re*, pues se considera con mejor derecho al *heredes legitimi*.

D. Unde vir et uxor

En defecto de los cognados el pretor procuraba en última instancia la *bonorum possessio* al cónyuge supérstite, esto es, un derecho recíproco de sucesión entre marido y mujer,⁶⁰ pero se exige como requisitos que el matrimonio sea *iustum, sine manu*⁶¹ y subsistente al momento del fallecimiento.

3.2. La collatio

La concurrencia de los hijos *sui iuris* generada por el llamado de la *bonorum possessio unde liberi*, con aquellos que se encontraban bajo la potestad del causante provocaba una situación inequitativa, pues, los primeros tenían un patrimonio propio, mientras que los *alieni iuris* estaban imposibilitados, ya que todo lo que adquirirían correspondía al *pater*. Las soluciones que el pretor formuló se concretaron en dos instituciones.

A. Collatio bonorum

El remedio creado por el pretor consiste en obligar al emancipado a que se comprometa mediante *stipulatio* a aportar al cálculo de la *bonorum possessio* una parte proporcional de su patrimonio.

⁵⁹ GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús, *op. cit.*, p. 216, nota 76.

⁶⁰ IGLESIAS, Juan, *Derecho romano, instituciones de derecho privado*, 17ª. ed., Barcelona, Ariel, 2008, p. 420.

⁶¹ No obstante lo referido autores como PANERO GUTIÉRREZ, GARCÍA GARRIDO, no distinguen si el matrimonio debía ser *cum manu* y *sine manu*, sino que se pronuncian por la independencia del régimen. Por otra parte, DI PIETRO esgrime las razones por las cuales el matrimonio considerado en este supuesto debía ser *sine manu*: “1. Hay que tomar en cuenta que se trata de un matrimonio *sine manu*. Caso contrario, la *uxor in manu* podría pedir como *sua heres* la *b.p.* (*bonorum possessio*), ya por el llamamiento *unde liberi* y eventualmente por el *unde legitimi*.” DI PIETRO, Alfredo, *op. cit.*, p. 355.

B. Collatio dotis

Un supuesto análogo lo constituía la hija dotada que se presentaba al llamado de la *bonorum possessio*, pues esta debía hacer la colación de la dote que en su momento el *pater* otorgo a su favor, ya que “la hija podía recuperar la dote en caso de muerte del marido o de divorcio.”⁶²

4. Reformas en el derecho imperial

Las modificaciones hechas a la vía legítima no culminan con el trabajo del pretor, sino que el derecho honorario abre un camino que es retomado por la legislación senatorial e imperial, con el objetivo de otorgar un mayor peso al parentesco cognaticio, lo que implicó la inclusión del lazo sanguíneo dentro del sistema sucesorio *ius civile*⁶³

La *bonorum possessio* formulada por el pretor, además de solucionar las injusticias provocadas por el sistema de la Ley decenviral expone de manera significativa los apuros que presentaba la sucesión entre madre e hijo, puesto que la Ley de las XII Tablas no la permite. Sin embargo, en el edicto pretorio encuentra lugar, pero será en el tercer llamamiento que se refiere a los cognados; por su parte los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano se dan a la tarea de resolver estos problemas respectivamente.

A. El Senadoconsulto Tertuliano

Este senadoconsulto que data de la época del emperador Adriano, otorga a la madre el derecho sobre la herencia del hijo (legítimo o natural), de esta forma es llamada con preferencia a los agnados, bajo los siguientes presupuestos:

1. Que la madre tenga el *ius liberorum*,⁶⁴
2. Que el hijo no deje descendientes; y
3. Que el hijo no tenga padre (*parens manumisor*), o hermanos consanguíneos.

Si la madre no gozaba del *ius liberorum* quedaba en condición de cognada. No obstante, modificaciones posteriores obran desligando a ésta de ostentar el

⁶² GIMÉNEZ-CANDELA, Teresa, *op. cit.*, p. 287.

⁶³ DI PIETRO, Alfredo, *op. cit.*, p. 356.

⁶⁴ “Esto es, tres hijos si era una ingenua y cuatro si era una liberta.” PANERO GUTIÉRREZ, Ricardo, *op. cit.*, p.765, nota 21.

referido derecho, caso concreto: “Constantino otorga a la madre carente del *ius liberorum* un tercio de la herencia del hijo.”⁶⁵

Por último, Justiniano derogó lo tocante al *ius liberorum*, por lo tanto la madre sucede a su hijo fallecido, aunque fuera el único y se determina “que esté sólo excluida por los herederos suyos y por el padre natural, pasando antes que los colaterales”,⁶⁶ salvaguardando los derechos de los hermanos y hermanas.

Existía la posibilidad de que la madre concurreniera a heredar con las hermanas consanguíneas del hijo, en todo caso la herencia se dividía por la mitad.

La situación jurídica de la madre era de heredera voluntaria, por lo que tenía que aceptar la herencia (*aditio hereditatis*).⁶⁷

B. El Senadoconsulto Orficiano

Con la finalidad de complementar al anterior, el Senadoconsulto Orficiano referido al tiempo de Marco Aurelio, concede a los hijos sin distinguir entre *sui iuris* y *alieni iuris*, naturales o legítimos, siempre que fuesen ingenuos,⁶⁸ el derecho a heredar de la madre no sometida a la *manus* de su marido, con preferencia sobre los agnados, inclusive de los consanguíneos.⁶⁹

Asociado a los senadoconsultos tratados, se presentó un caso muy particular que no tenía respuesta alguna hasta ese momento: “Cuando moría la madre, la herencia *ab intestato* podía ser pedida por la abuela sobreviviente por s.c. [senado consulto] Tertuliano, pero también por los hijos por el s.c. Orficiano.”⁷⁰ La respuesta a esta cuestión la proporciono una constitución de Graciano, Teodosio y Valentiniano, en la cual se establece, que la herencias de la causante corresponde a los hijos exclusivamente.

Ambos senadoconsultos confieren la calidad de herederos a la madre e hijo, superando el atributo de *bonorum possessores* que les procuraba el pretor y establece una sucesión que dista de la fijada por las XII Tablas.

⁶⁵ IGLESIAS, Juan, *op. cit.*, p. 421.

⁶⁶ PETIT, Eugène, *op. cit.*, p. 597.

⁶⁷ DI PIETRO, Alfredo, *op. cit.*, p.356.

⁶⁸ TEJERO JORGE, Francisco, *op. cit.*, p. 340.

⁶⁹ DI PIETRO, Alfredo, *op. cit.*, p. 357.

⁷⁰ *Idem*.

5. Reformas en el derecho justiniano

Tras las múltiples adiciones que sufrió la sucesión intestada regulada por el *ius civile*, se consiguió formular un orden con mayor equidad. No obstante, el horizonte de la sucesión *ab intestato* se tornó complejo. En el año 543 Justiniano decretó la Novela 118 con la finalidad de simplificar el orden sucesorio para la vía legítima. Dicha Novela fue corregida y aumentada por la 127 en el año 548.

Finalmente el parentesco consanguíneo predominó frente al agnaticio, y así se fue que se fundió el sistema civil y el pretorio⁷¹ Para determinar el siguiente orden sucesorio.

5.1. El orden sucesorio

A. Descendientes

Atendiendo al orden impuesto por Justiniano, si muere alguien de forma intestada, son los hijos quienes tienen el derecho de sucederlo; las Novelas no prescriben distinción de sexo, sean legítimos o adoptivos, sean *sui iuris* o *alieni iuris*.⁷²

Por ser de primer grado, excluyen a los que se encuentren en un grado ulterior; la repartición de la herencia se hace *per capita*, si todos son del mismo grado; en caso de que un hijo haya premuerto, por el principio de representación los nietos que haya dejado ocupan el lugar de aquél en la partición y ésta se hace *per stirpes*.

B. Ascendientes y hermanos bilaterales

En ausencia de los descendientes, la herencia pasa a los ascendientes paternos y maternos del difunto, y hermanos germanos.⁷³ Se sigue la regla en el caso del ofrecimiento: el grado inmediato excluye al grado lejano.

Por lo que toca al repartimiento, si existen ascendientes en el mismo grado por las dos líneas (materna y paterna), la herencia se divide entre dos, una parte para cada línea y dentro de éstas *per capita*. Si asisten ascendientes y hermanos, la herencia se reparte *per capita* entre ellos; por la representación

⁷¹ PANERO GUTIÉRREZ, Ricardo, *op. cit.*, p. 770.

⁷² DI PIETRO, Alfredo, *op. cit.*, p. 358.

⁷³ El calificativo de germano (*germani*) va referido a los hermanos que han nacido del mismo padre y de la misma madre, también llamados: hermanos bilaterales o de doble vínculo.

los hijos subsistentes del hermano muerto, heredan la parte que le hubiese correspondido a éste dividiéndola *per stirpes*. A propósito de los dos últimos supuestos Di Pietro advierte que: “Esto no estaba previsto en la Nov. [Novela] 118, pero fue complementado por la Nov. 127.”⁷⁴

C. Medios hermanos⁷⁵

Si no hay ascendientes o hermanos germanos, la herencia pasa a los medios hermanos sin distinción de sexo, el reparto de la herencia se hace *per capita*, los hijos del premuerto, si se presentaba el caso, venían a ubicarse en lugar de su padre por el principio de representación.

D. Colaterales

En defecto de los antepuestos, se atiende al último ofrecimiento fijado por las Novelas, y así la herencia se defiende a favor de los colaterales con el señalamiento de que “no se sabe con exactitud hasta donde llegaba el llamamiento.”⁷⁶ En cambio, Di Pietro sugiere que probablemente el límite que se tomó como referencia fue el del llamamiento pretorio *unde cognati*. Al igual que en los ordenes supraexpuestos, el grado cercano deja fuera al distante y la distribución de la se hace *per capita*.

Si se presentaba el caso de que todos los anteriores faltaran y a pesar de que las Novelas no consideraban esta hipótesis, perdura el llamado *unde vir et uxor*, para que el cónyuge supérstite solicite la *bonorum possessio*, pero, la viuda hereda exclusivamente si es pobre, siempre que su marido hubiese gozado de una buena situación económica. Si concurre con cuatro o un número mayor de familiares del *de cuius*, le corresponde una parte igual a la de los otros, si son menos de cuatro se le atribuye una cuarta parte de la herencia con la salvedad de que: “La cuota de la viuda no puede sobrepasar el monto de cien libras de oro”,⁷⁷ en el entendido de que asistiera con los hijos del causante recibe sobre la parte referida únicamente el usufructo.

⁷⁴ DI PIETRO, Alfredo, *op. cit.*, p. 358.

⁷⁵ En este grupo se encuentran comprendidos los hermanos consanguineos (*consanguinei*), es decir, del mismo padre pero, de distinta madre; y los hermanos uterinos (*uterini*), o sea, de la misma madre mas, distinto padre. Llamados de igual forma: hermanos unilaterales o de vínculo sencillo.

⁷⁶ TEJERO JORGE, Francisco, *op. cit.*, p. 341.

⁷⁷ IGLESIAS, Juan, *op. cit.*, p. 423.

Ligado a lo anterior, los hijos naturales reciben la sexta parte de la herencia, cuando el difunto no deja mujer o hijos legítimos, *contrario sensu*, sólo tienen derecho a los alimentos.⁷⁸

En este orden de ideas, se entiende que la herencia siempre tendrá un titular, empero, para el caso de que no existiese ningún heredero, refiere Petit, que “la sucesión podía ser atribuida a ciertas corporaciones de las cuales formase parte el difunto: por ejemplo, a la curia, para los decuriones; a la legión, para los soldados de a pie”,⁷⁹ etc., y cuando nadie reclamaba la herencia (*bona vacatía*), era atribuida al fisco.

6. La sucesión legítima de los libertos

La sucesión de los libertos seguía los criterios generales aplicables a la sucesión de los ingenuos⁸⁰ y las normas que la regulan cambian dependiendo del ordenamiento que se tome como referencia. Empero, se veía alterada por la existencia del patrono, ya que éste junto con su familia, tenían vocación hereditaria.⁸¹

6.1. La herencia del liberto en el *ius civile*

De acuerdo con la Ley decenviral, la herencia del liberto cuando muere sin dejar testamento corresponde, si no tiene *sui heredes*: “al patrono o a la patrona y a sus descendientes, siempre que estos últimos, a no haber mediado la manumisión del esclavo, hubieran estado sometidos al mismo jefe de familia que él.”⁸² Es claro el beneficio que reflejan las disposiciones del *ius civile* favor del patrono.

6.2. El sistema del pretor

El pretor a través de su edicto introduce variaciones al llamamiento cuando se trata de la herencia de un liberto, de esta forma se otorga mayor protección

⁷⁸ *Ibidem*, p. 423.

⁷⁹ PETIT, Eugène, *op. cit.*, p. 605.

⁸⁰ “Ingenuas son las personas que han nacido libres y que no han sido esclavas según el derecho.” BRAVO GONZÁLEZ, Agustín y Beatriz Bravo Valdés, *Derecho romano primer curso*, 19ª. ed., México, Porrúa, 2002. P. 107

⁸¹ DI PIETRO, Alfredo, *op. cit.*, p. 359.

⁸² TEJERO JORGE, Francisco, *op. cit.*, p. 341.

al patrono, se deja fuera a la patrona y se elimina el llamado de los agnados próximos. El sistema que se formula es el siguiente:

1. **Unde liberi:** en primer lugar se llama a los hijos y descendientes del liberto.

2. **Unde legitimi:** a falta de los *liberi* y de forma inmediata son llamados el patrono, la patrona y sus descendientes agnados varones.

3. **Unde cognati:** en tercer lugar los cognados próximos en el mismo orden que la *bonorum possessio* del ingenuo.

4. **Unde familia patroni:** en seguida se hacía el ofrecimiento a la familia del patrono, la cual se integraba para efectos del sistema pretorio por la patrona y los *liberi* del patrono únicamente.

5. **Unde patronus patroni:** este supuesto se refiere a un segundo patrono del liberto, el cual es llamado junto con sus descendientes.

6. **Unde vir et uxor:** el cónyuge supérstite del matrimonio *sine manu*.

7. **Unde cognati manumissoris:** por último los parientes cognados del patrono y éste mismo, en un segundo llamado.⁸³

6.3. Reformas justinianas

Justiniano por su parte suprime una serie de diferencias que establecían los ordenamientos anteriores, de esta manera termina con la distinción entre patrono y patrona, hijos e hijas y herencia del liberto o liberta.

Concluyen las reformas con un nuevo orden que ubica en primer lugar a los descendientes del liberto, después al patrono, hijos naturales de este y sus colaterales, estableciendo como límite el quinto grado, en seguida colaterales del liberto también hasta el quinto grado y para finalizar el cónyuge supérstite.⁸⁴

⁸³ DI PIETRO, Alfredo, *op. cit.*, p. 360.

⁸⁴ *Idem*.

CAPÍTULO TERCERO

LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA

1. El testamento

La elaboración de un testamento se presenta en Roma como una actuación cotidiana de los ciudadanos, por lo que la sucesión por vía testamentaria es el patrón general, mientras que la sucesión *ab intestato* ocurre excepcionalmente.

El testamento se ubica como un acto, cuyo principal interés, es la perpetuación de la unidad familiar (tanto en el ámbito personal, como en el patrimonial), a través de la designación de un nuevo jefe de familia.

Por otra parte, es importantísimo señalar que a pesar de los múltiples actos de última voluntad tendientes a la disposición de bienes para después de la muerte, existentes en diferentes culturas en la antigüedad, “el testamento romano supuso una creación original que destaca por ello en el derecho comparado antiguo.”⁸⁵

A continuación señalaremos todo lo relativo a esta institución, cuya influencia trasciende hasta el día de hoy.

1.1. Concepto

Las fuentes proveen dos definiciones de testamento, la primera formulada por Ulpiano, quien refiere que: “el testamento es la justa declaración de nuestra intención, hecha de manera solemne, para que valga después de nuestra muerte.”⁸⁶ La segunda elaborada por su discípulo Modestino expresa que “el testamento es la justa expresión de nuestra voluntad, para que valga después de nuestra muerte.”⁸⁷ Sin embargo, estas definiciones (casi idénticas), resultan equívocas y dejan de lado la esencia del testamento, ya que en “el derecho clásico es estimado como un acto jurídico por el que una persona designa heredero.”⁸⁸ La doctrina contemporánea en atención al contexto jurídico de la sucesión testamentaria lo ha definido como “un negocio jurídico unilateral de última voluntad, cuyo fin consiste en la institución de heredero.”⁸⁹

⁸⁵ GIMÉNEZ-CANDELA, Teresa, *op. cit.*, p. 291.

⁸⁶ DI PIETRO, Alfredo, *op. cit.*, p. 363.

⁸⁷ *Idem.*

⁸⁸ SCHULZ, Fritz, *op. cit.*, p. 228.

⁸⁹ SOHM, Rodolfo, *op. cit.*, p. 328.

1.2. Características

De la definición citada con antelación se desprenden las siguientes características, las cuales concurrían indefectiblemente, en el testamento romano.

1. Es un acto del *ius civile*, por consecuencia, exclusivo de los ciudadanos romanos. Sin embargo, con “la *Constitutio Antoniniana*... desaparece esta característica, ya mermada al introducirse el fideicomiso.”⁹⁰

2. Es unilateral, pues descansa solo en la voluntad del testador.

3. Personalísimo, por lo que la voluntad no puede manifestarse por medio de un representante legal o voluntario.

4. Solemne, la elaboración del testamento debe atender a los requisitos que establece la ley.

5. Es de última voluntad, ya que el autor del testamento puede variar su contenido hasta el último momento de vida (revocación).⁹¹

1.3. Formas de testamento

A. Testamentos *calatis comitiis*, *in pro cintu* y *per aes et libram*

Gayo en sus Instituciones, señala que al principio existieron dos tipos de testamento, “o bien se hacía testamento convocando a los comicios,...o bien *in procintu*.”⁹²

El primero nominado en latín como *calatis comitiis*, se hacía en tiempo de paz ante los comicios curiados (*comitia curiata*), los cuales eran convocados dos veces al año⁹³ y presididos por el *pontifex* (pontífice); lo cual destaca el sentido público y religioso que entraña esta clase de testamento, “pues a la evolución de la sucesión no solamente interesa la transmisión del patrimonio, sino también la del culto privado.”⁹⁴ Ahora bien, la doctrina actual difiere sobre la forma de celebración y contenido del mismo, pues la actuación del pueblo es puesta en tela de juicio; no se sabe si su participación era de simple testigo o con la finalidad de aprobar el testamento; lo más relevante en este sentido es el

⁹⁰ PANERO GUTIÉRREZ, Ricardo, *op. cit.*, p. 725, nota 3.

⁹¹ SOHM, Rodolfo, *op. cit.*, p. 328 e IGLESIAS, Juan, *op. cit.*, p. 397.

⁹² SAMPER POLO, Francisco, *Instituciones jurídicas de Gayo*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, p. 129.

⁹³ DI PIETRO, IGLESIAS Y PANERO GUTIÉRREZ, señalan como fecha exacta el 24 de marzo y el 24 de mayo.

⁹⁴ PETIT, Eugène, *op. cit.*, p. 514.

control que ejerce el pontífice, éste realiza la propuesta bajo la autorización del testador y convoca los comicios a petición del mismo.⁹⁵

En cuanto a las disposiciones que entrañaba este testamento, se afirma de forma dominante que se trataba de una *adrogatio* (arrogación), por la cual el *pater* se procuraba un heredero.⁹⁶ En este sentido, Giménez-Candela, sostiene que, “el testamento aparece como una forma independiente de dar una ley privada al propio patrimonio, para después de la muerte, y como forma de crear un heredero.”⁹⁷

El segundo, llamado *in procintu* (ceñirse el armamento), se otorgaba en tiempo de guerra, previo a un combate y de forma oral. El ejército fungía como testigo de última voluntad del testador.⁹⁸ Sin embargo, no se consideró como militar.⁹⁹

Esta clase de testamento carecía de formalidades, consideradas como indispensables para el anterior, por ende, “si el militar sobrevivía debía otorgar un testamento civil ordinario.”¹⁰⁰

De manera posterior se añade un tercer tipo de testamento que se hace por el bronce y la balanza (en latín es conocido como *per aes et libram*). Esta creación atiende a la situación de aquella persona próxima a morir sin haber otorgado testamento ante los comicios, ni *in procintu*,¹⁰¹ de esta manera se lleva a cabo una mancipación fiduciaria, a favor de un fiduciario (*familiae emptor*), es decir, una persona cercana al testador, quien a su muerte distribuía el patrimonio entre quienes correspondía.

Las primeras dos clases de testamento, apunta Gayo: “han caído en desuso. Sólo se ha conservado éste, el que se hace por el bronce y la balanza.”¹⁰²

A propósito de este último caso, es necesario puntualizar lo siguiente:

I. Gayo es el único tratadista que refiere esta tercera clase de testamento.

⁹⁵ DI PIETRO, Alfredo, *op. cit.*, p. 363.

⁹⁶ ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio, *Derecho privado romano*, Málaga, Ediciones del Genal, p. 332.

⁹⁷ GIMÉNEZ-CANDELA, Teresa, *op. cit.*, p. 291.

⁹⁸ PANERO GUTIÉRREZ, Ricardo, *op. cit.*, p. 727.

⁹⁹ Es preciso señalar que la corriente dominante de tratadistas romanistas no consideran al testamento *in procintu* como militar, a pesar de esto SCHULZ le confiere este carácter expresando lo siguiente: “El *testamentum in procintu* fue un testamento militar, pues *in procintu* significa *in acie procinta*, es decir, equipado con las armas del combate, dispuesto para la batalla.” SCHULZ, Fritz, *op. cit.*, p. 230.

¹⁰⁰ GIMÉNEZ-CANDELA, Teresa, *op. cit.*, p. 291.

¹⁰¹ SAMPER POLO, Francisco, *op. cit.*, p. 129.

¹⁰² *Ibidem*, p. 131.

II. Propiamente no es un testamento, pues no contiene la institución de heredero, se trata de una mancipación, no obstante, el *familiae emptor* a la muerte del mancipante queda en la posición de heredero.

III. A través de este acto se persigue alcanzar los efectos económicos del patrimonio, sin realizar un testamento.¹⁰³

De manera postrera, en fecha difícil de precisar (puesto que Di Pietro sugiere el siglo II a. C., mientras que Giménez-Candela el siglo IV o III a.C.), el citado acto mancipatorio se realiza a favor del heredero por el testador a través de palabras solemnes, de esta forma se puede hablar ya de un testamento *per aes et libram*.

El procedimiento que se seguía era así: el autor del testamento presentaba cinco testigos, un *libripens* y el *familiae emptor*, una vez que el testador ha escrito el testamento en unas tablillas enceradas, por medio de una fórmula mancipa su patrimonio, al hacer esto el *familiae emptor* dice comprar la herencia también por medio de una fórmula para que se pueda otorgar el testamento. Al final el autor del testamento con la tablas en sus manos recita: “Tal y como ahora aparecen escritas estas tablillas y cera, así doy, así lego, y así vosotros todos, quirites, prestareis testimonio en mi favor.” A todo esto se le llamaba *nuncupare*, esto es, lo que pronunciaba públicamente el testador ante testigos, pareciendo ser el contenido de las tablillas del testamento.¹⁰⁴

B. Testamento pretorio

Como consecuencia de lo anterior el testamento *per aes et libram* prevaleció durante la época clásica, pues esta era la forma de testar conforme al *ius civile*, pero, atendiendo a una simplificación del acto el pretor concede la *bonorum possessio* a quienes estaban instituidos en las tablillas del testamento, con el único requisito de que éstas conservaran los siete sellos de siete testigos¹⁰⁵ y fueran abiertas ante él. “Sin embargo –señala Margadant S.-, hasta Antonino Pío, los herederos legítimos, según el *ius civile*, podían reclamar sus derechos

¹⁰³ DI PIETRO, Alfredo, *op. cit.*, p. 364.

¹⁰⁴ SAMPER POLO, Francisco, *op. cit.*, p. 131.

¹⁰⁵ El número de personas necesario para llevar a cabo la *mancipatio*, cinco testigos, el libripens y el *familiae emptor*. DI PIETRO, Alfredo, *op. cit.*, p. 365.

alegando que el testamento aludido era inválido ante el *ius civile*, por faltar la *mancipatio*",¹⁰⁶ a esto se le conoció como testamento pretorio.

C. Testamento *tripertitum*

En el período posclásico el testamento puede constar por escrito (*per scripturam*) u otorgarse de manera oral (*per nuncupationem*). En esta etapa la forma de hacer testamento resultó un tanto ambigua, ya que las características del *ius civile* y el *ius praetorium* se mezclan y dan como resultado una nueva forma de testar. Así en tiempos de Teodosio II y Valentiniano III se establecen los lineamientos para otorgar testamento, el cual será conocido por Justiniano como *testamentum tripertitum* (testamento tripartito). Ahora bien, el testador presenta el texto del testamento inscrito en las tablas, dando a conocer el contenido de éste o cerrado con una cinta, ante siete testigos, éstos debían ser ciudadanos romanos púberes, los cuales estaban encargados de sellar y firmar las tablas. Por último el otorgante inscribía su firma sobre las tablas.

El procedimiento referido debía realizarse en un solo acto y de ahí el nombre que recibió pues toma del *ius civile* la unidad del acto (no se consideraba discontinuo el otorgamiento del testamento si el testador presentaba uno hecho con anterioridad, siempre que los testigos lo firmaran en el mismo momento); del *ius praetorum* el número de testigos y sellos; y del *ius imperiale* la costumbre de las firmas.¹⁰⁷

2. Testamentos especiales

De igual forma, en el derecho posclásico se dictaron diferentes normas tendientes a disminuir o aumentar el número de requisitos en los testamentos, estos estímulos respondían a diversas circunstancias extraordinarias (personales, espaciales o temporales), de ahí que podamos hablar de testamentos especiales. A continuación enlistamos cada uno de los casos que se presentaron.

a) *Testamentum militis* (testamento de los militares), en primer lugar figura el testamento hecho por los militares, el cual es considerado como un

¹⁰⁶ MARGADANT S., Guillermo Floris, *op. cit.*, p. 468.

¹⁰⁷ DI PIETRO, Alfredo, *op. cit.*, p. 365

privilegio particular derivado del estado que guardan, ya que les era en ocasiones imposible dirigirse a las personas adecuadas para su confección. Esto “significa un alejamiento –refiere Ortega Carrillo de Albornoz - de las normas que regulan la sucesión testamentaria, tanto en lo que se refiere a las formas como al contenido”.¹⁰⁸ El origen de estas concesiones se atribuye a César, Tito y Domiciano, retomadas posteriormente por Nerva y Trajano.¹⁰⁹

El testamento militar es válido siempre que sea evidente la voluntad y seriedad del testador, independientemente de la forma en que se haya hecho.

Se podía testar confiando su última voluntad a un compañero, escribiendo con sangre sobre el escudo y con la espada sobre la arena, la única exigencia recaía sobre la institución de heredero, ésta debía ser clara precisa e imperativa,¹¹⁰ su validez se extendía hasta un año después de que el soldado se separaba del ejército de forma ordinaria, pero caducaba si el motivo de su baja se debía a una causa ignominiosa. En cuanto al contenido, admitía muchas excepciones, por lo tanto, los militares podían instituir heredero a quien no tuviese la *testamenti factio passiva* (capacidad para ser heredero), preterir o desheredar a sus hijos e ir en contra de la regla *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decere potest*, morir teniendo diversos testamentos sin que el último revoque a los anteriores, no se les aplican las disposiciones de la ley *Iulia et Papia Poppaea* (dirigida a los célibes), ni la ley Falcidia en materia de legados, por lo que la *querella inofficiosi testamenti* no procede contra ellos.¹¹¹

b) Testamento hecho en tiempo de epidemia, con la finalidad de evitar un contagio, Dioclesiano, determinó que los testigos pudieran firmar de forma sucesiva (excepción a la unidad del acto, respetando el resto de las formalidades).

c) Testamento hecho en el campo, este tipo atiende a la dificultad de encontrar personas que pudieran ser testigos, Justiniano decretó que el número se redujera a cinco.

¹⁰⁸ ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio, *op. cit.*, p. 334.

¹⁰⁹ IGLESIAS, Juan, *op. cit.*, p. 401.

¹¹⁰ DI PIETRO, Alfredo, *op. cit.*, p. 366.

¹¹¹ *Idem.*

d) Testamento del padre a favor de los hijos, la voluntad se manifestaba de forma verbal o escrita; en el primer supuesto bastaba la presencia de dos testigos, en el segundo era suficiente la forma ológrafa.

e) *Testamentum principii oblatum*, el cual es depositado en el poder del emperador y resguardado en el palacio.¹¹²

f) Testamento hecho por el ciego, el testador manifiesta su voluntad delante de un *tabularis* (notario), quien se encarga de redactar y leer el testamento al otorgante, es necesario que este último confirme su contenido.

g) Testamento del analfabeto, en el derecho clásico sólo se podía otorgar de forma oral, ya en la época imperial Valentiniano y Teodosio establecieron como requisito, si es escrito, la presencia de un octavo testigo para que lo confeccionara.¹¹³

3. Capacidad para testar y ser instituido heredero

La expresión *testamenti factio* en sentido amplio encierra diferentes connotaciones, puede referirse a la capacidad para otorgar testamento, a la de ser instituido heredero, legatario o tutor y a la de ser testigo.¹¹⁴ Empero, los autores posclásicos hicieron una interpretación y de manera estricta definieron la aptitud del testador como *testamenti factio activa*, mientras que la capacidad para recibir por testamento como *testamenti factio pasiva*.¹¹⁵

A. *Testamenti factio activa*

Es un atributo del cual gozan quienes tienen plena capacidad jurídica y de obrar, pues el testador debe ser libre, ciudadano romano y *paterfamilias*,¹¹⁶ de esta manera el testamento será otorgado conforme a la ley.

A propósito, existen varias circunstancias que prescinden de dicha cualidad, las más marcadas son las siguientes:

¹¹² MARGADANT S., Guillermo Floris, *op. cit.*, p. 469.

¹¹³ ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio, *op. cit.*, p334.

¹¹⁴ DI PIETRO, Alfredo, *op. cit.*, p. 367.

¹¹⁵ IGLESIAS, Juan, *op. cit.*, p. 403.

¹¹⁶ *Idem*.

I El esclavo del Estado (*servus publicus*), podía hacer testamento respecto de la mitad de su peculio.

II Al *filius familias* (hijo de familia), le era permitido disponer por testamento de sus peculios castrense y cuasicastrense.¹¹⁷

III Los extranjeros pueden testar conforme a la ley de su provincia. Sin embargo, no podían testar por falta de capacidad de obrar el impúber, el demente a menos que lo hiciera en un lapso de lucidez y el pródigo, salvo que hubiera realizado testamento antes de la incapacidad.¹¹⁸ El mudo no puede dejar testamento, pues no consigue pronunciar las palabras de la *nuncupatio*, el sordo tampoco puesto que no puede oírlas, más Justiniano les permite hacerlo redactándolo con su puño y letra, sólo si la incapacidad sobreviene por una situación posterior y no es de nacimiento. El ciego a partir de las disposiciones del citado emperador podrá otorgarlo.¹¹⁹

En el caso de las mujeres *sui iuris*, en principio sólo podían testar bajo la *auctoritas* de su tutor, tiempo después tal limitante fue derogada.¹²⁰

Por otra parte, el otorgante debe gozar de la *testamenti factio activa* desde el momento en que hace el testamento hasta que fallece, en caso de que el testador sufra una *capitis deminutio*, el testamento se hace nulo, ya que si la adquiere de forma ulterior al otorgamiento no lo convalida.¹²¹

B. Testamenti factio passiva

Es definida como “la idoneidad para ser instituido heredero, para adquirir legados o para ser nombrado tutor”.¹²² Por ende, la persona debe ser libre, ciudadano romano y *sui iuris*. La regla establecida por la definición y los elementos que componen la *testamenti factio pasiva*, sufren numerosas excepciones y se consideran como adecuados para ser instituidos herederos, los siguientes sujetos:

I. Los *filli familia* y los esclavos, No obstante, ambos debían obtener la autorización del *paterfamilias* para adquirir la herencia, ya que adquirirían para

¹¹⁷ *Idem*.

¹¹⁸ SOHM, Rodolfo, *op. cit.*, p. 334.

¹¹⁹ DI PIETRO, Alfredo, *op. cit.*, p. 367.

¹²⁰ SOHM, Rodolfo, *op. cit.*, p. 334.

¹²¹ IGLESIAS, Juan, *op. cit.*, p. 403.

¹²² *Ibidem*, p. 404.

éste. En el caso de que se designará como heredero a un esclavo propio, se le debía manumitir para que se considerada *sui heredes*.

II. Las mujeres, pero, no podían ser nombradas por alguien cuya fortuna superara los cien mil ases (siguiendo la *Lex Voconia*). En tiempos del emperador Augusto se suprimió tal restricción.

III. Los póstumos, o sea, los concebidos no nacidos al momento en que se hizo el testamento o de la muerte del autor; si formaban parte de la familia se les conocía como *postumi sui*, en caso contrario eran considerados *postumi alieni*.¹²³

4. Institución de heredero

Entre todas las disposiciones que puede contener el testamento, la institución de heredero (*heredis institutio*), es importantísima, de suerte que aquél toma fuerza de dicha institución y sin ella el testamento no existía.¹²⁴

En el derecho antiguo la institución debía hacerse en forma solemne con palabras imperativas dirigidas al heredero, en latín y a la cabeza del testamento. No obstante, a partir de la constitución de Constancio del año 339, desaparecerán estas formalidades siendo suficiente expresar la institución de forma clara sin hacer uso de formulas imperativas y el latín, pudiendo ser precedido por otras disposiciones.¹²⁵

4.1. Modalidades

La institución de heredero puede estar sujeta a una condición suspensiva, de esta forma la delación de la herencia se llevará a cabo una vez que se haya cumplido, en el entendido de que si el heredero muere antes, la delación no surte efectos.

Por otra parte, dicha institución no puede quedar sujeta a una condición resolutoria, en virtud del multicitado principio *semel heres semper heres*, de lo contrario se tendrá por no puesta. Lo mismo sucede si en el testamento existen condiciones imposibles, inmorales e ilícitas.¹²⁶

¹²³ GIMÉNEZ-CANDELA, Teresa, *op. cit.*, p. 294.

¹²⁴ PANERO GUTIÉRREZ, Ricardo, *op. cit.*, p. 741.

¹²⁵ BONFANTE, Pedro, *Instituciones de Derecho romano*, 3ª ed., Madrid, Editorial Reus, 1979, p. 609.

¹²⁶ *Ibidem*, pp. 619 y 620.

4.2. Heredero único y pluralidad de herederos

Si el testador instituye a un solo heredero, éste es *heres ex asse*, es decir, adquiere toda la masa hereditaria. Sin embargo, en caso de que el difunto haya designado varios herederos, se tenía que estar al pendiente de tres hipótesis distintas.¹²⁷

A. Herederos sin designación de parte (*heredes sine parte*)

Este supuesto se presenta cuando el testador instituye una pluralidad de herederos, sin determinar la cuota que a cada uno le corresponde, por lo que se consideran instituidos en partes iguales.

B. Herederos con designación de parte (*Heredes cum parte*)

Si el otorgante designa una pluralidad de herederos fijando la cuota que a cada uno corresponde, se pueden presentar tres casos:

a) Si agotan el as hereditario, cada heredero recibe la cuota determinada por el testador.

b) Si no agotan el as hereditario, cada heredero ve incrementada su cuota en proporción a lo que queda y a su porción.

c) Si superan el as hereditario, la solución que se plantea, es inversa a la anterior, ya que cada heredero ve reducida su cuota en proporción a lo que falta y a su cuota.

C. Herederos con designación de parte y herederos sin designación de parte

Para concluir, si algunos herederos han sido instituidos con designación de parte y otros no, se debe estar a los criterios citados en el párrafo anterior, esto es: 1. Si los herederos instituidos en una cuota fija no agotan el as hereditario, aquellos que han sido instituidos sin parte, concurrirán de forma conjunta en lo que resta del patrimonio. 2. Si los herederos *cum parte* completan la totalidad del as hereditario, se formaran dos ases, uno para los

¹²⁷ PANERO GUTIÉRREZ, *Op. Cit.*, p. 744.

herederos *sine parte* y otro para los *cum parte*. 3. Si los herederos instituidos con designación de parte, se recurre a la solución anterior.¹²⁸

4.3. *Institutio ex re certa*

La designación de uno o más herederos sobre cosa cierta (*institutio ex re certa*), respecto del heredero universal en principio resulta una contradicción, puesto que en un inicio se tenía por no puesta. No obstante, de forma posterior y con la única finalidad de conservar la voluntad del testador se consideró válida a través del *favor testamenti*.

En la época de Sabino, señala Gutiérrez Panero, “se consideró válido el testamento en el que exista una *institutio ex re certa*, teniendo por no puesta la alusión a las cosa concreta.”¹²⁹ Mientras que Justiniano consideró que, si eran varios los instituidos *ex recerta*, la cosa asignada se considerara como un prelegado, pero, si concurrían con instituidos regulares, aquéllos se consideraban legatarios.¹³⁰

5. Sustituciones

La sustitución consiste en designar un segundo heredero (*heres substitutus*), para el caso de que el instituido en primer lugar no llegue a serlo.¹³¹ Esta institución funge como medida para evitar el llamado *ab intestato* y el acrecimiento, pues en el primer caso un mayor número de sustitutos aumentaba las posibilidades de aceptación de la herencia, mientras que en el segundo, se impide que la cuota del patrimonio hereditario quede vacante.

El derecho clásico diferenció entre la sustitución vulgar (*substitutio vulgaris*), y la pupilar (*pupilaris substitutio*), posteriormente el derecho justiniano añadió la sustitución cuasi pupilar.¹³²

a) Sustitución vulgar

Es la designación que hace el testador de un sustituto para el caso de que el heredero instituido no quiera o no pueda adquirir la herencia, es decir, una

¹²⁸ *Idem*.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 745.

¹³⁰ *Idem*.

¹³¹ ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio, *op. cit.*, p341.

¹³² IGLESIAS, Juan, *Op. cit.*, p. 409.

institución de heredero sujeta a una condición suspensiva. Se puede nombrar un solo sustituto para un solo instituido, varios sustitutos para un solo instituido, un sustituto para varios instituidos.¹³³ Cabe señalar que la institución y sustitución se excluyen entre sí.

b) Sustitución pupilar

Se refiere al nombramiento de heredero que hace el *pater familias* para el hijo impúber, en el entendido de que éste muera antes de alcanzar la pubertad, por ende, carente de la capacidad para otorgar testamento. De esta forma el *pater* evita la apertura de la sucesión intestamentaria. Esta clase de sustitución implica la patria potestad y la obligación del *pater* de otorgar un testamento propio, de lo contrario no puede otorgar testamento para el impúber. Si el hijo muere antes que el testador, el sustituto es el heredero, en cambio, si el testador muere antes y a su vez el hijo antes de adquirir la capacidad para testar, el sustituto hereda el patrimonio del testador y todos los bienes que el hijo hubiese adquirido después de la muerte del *pater*. La sustitución pupilar se termina cuando el hijo llega a la pubertad, sale de la patria potestad o le sobreviene incapacidad, de igual manera si el sustituto muere antes que el instituido, si el sustituto deja pasar el nombramiento de tutor impúbero a la muerte del *pater familias* y si el testamento principal es inválido.¹³⁴

c) Sustitución cuasi pupilar

Es una disposición consagrada en el derecho justinianeo, la cual deviene de la sustitución pupilar, por tal razón es conocida también como ejemplar y consiste en nombrar un sustituto al demente (*furiosus*) que ha sido designado heredero en la cuota legítima, tomando como base la posibilidad de que muera sin haber recuperado el juicio, dicho nombramiento lo realizan los ascendientes paternos o maternos (esta clase no implica la patria potestad), de entre los descendientes del enfermo, de entre los propios descendientes, en ausencia de los primeros y si no se encuentran unos ni otros, la designación es libre.¹³⁵ Por

¹³³ *Idem.*

¹³⁴ *Ibidem*, p. 411.

¹³⁵ *Ibidem.*, p. 412.

último, el sustituto adquiere el patrimonio del ascendiente y del demente, pero, la sustitución pierde su eficacia en los siguientes supuestos:

- I. Cuando el instituido recupera la razón.
- II. Por premoriencia del sustituto.

6. Invalidez, ineficacia y revocación del testamento

A. Invalidez

A pesar de que el testamento se rige por la libre disposición del testador, puede padecer de vicios que conlleven como resultado la invalidez del acto. Si estos se presentan desde un principio se considera como invalidez radical o inicial.

a) *Testamentum iniustum o non iure factum*, es aquel en cuyo otorgamiento no se observa la forma debida (*testamentum imperfectum*), o bien el testador o el heredero carecen de la *testamenti factio*.

b) *Inutile o nullius momento*, de esta forma se designa al testamento en que los *suus* son preteridos.¹³⁶

De igual manera la invalidez se puede producir de forma posterior y ser considerada como sucesiva:

c) *Testamentum irritum factum*, se suscita cuando sobreviene la pérdida de la capacidad jurídica del testador, “salvo que, tratándose de *capitis deminutio maxima*, tiene aplicación el *postlimiun* y la *fictio legis Cornelia*”.¹³⁷

d) *Testamentum ruptum*, se designa así al testamento anulado después, debido al nacimiento póstumo de un *heres*, el cual no ha sido ni instituido ni desheredado. También se utiliza esta denominación para el testamento revocado por otro posterior.¹³⁸

B. Ineficacia

A pesar de que el testamento es válido inicial o sucesivamente se puede volver ineficaz, la forma adecuada para nombrarlo es la de *testamentum desertum* o *destitutum* y las causas que lo producen son las siguientes:

¹³⁶ *Ibidem*, p. 413.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 414.

¹³⁸ *Idem*.

1. Los herederos premueren con relación al testador o la condición fijada a la institución no es efectuada.

2. Los herederos no aceptan o renuncian a la herencia.

C. Revocación

La revocación del testamento “suponía la privación de efectos de un testamento por otro posterior, otorgado con arreglo a las formalidades”,¹³⁹ pues de acuerdo con el *ius civile* debía estar dotado de validez.

Contrario a esto cualquier afectación física que el testador provocara a las tablas que contenían el testamento (rompimiento de sellos o destrucción de las tablillas), no se entendía como revocación, puesto que la validez del acto recae en la *nuncupatio* (pronunciamento oral ante los testigos), mas no en la escritura.

El derecho pretorio por su parte atiende a la voluntad del testador más que a los formalismos y suprime el requisito de un nuevo testamento. En el supuesto de que el testador destruyera el testamento, el pretor concedía la *bonorum possessio* a los herederos *ab intestato*, contra los herederos instituidos en las tablas afectadas, a través de la *exceptio doli*.¹⁴⁰

Por otra parte el derecho imperial establece, además de la revocación pura y simple, otra de carácter formal. De acuerdo con la constitución de Teodosio II y Valentiniano III del año 439, la manera formal se realizaba “mediante un *testamentum posterius imperfectum* en el que se contempla a los herederos *ab intestato* excluidos en el primero, y siempre que la voluntad del disponente sea confirmada mediante declaración jurada de cinco testigos”,¹⁴¹ y otra constitución del año 418 establecía que los testamentos perdían su eficacia transcurridos 10 años de su otorgamiento. El emperador Justiniano modifica el precepto mencionado ordenando que al fenecer el plazo el testador puede llevar a cabo la revocación con una simple declaración realizada ante tres testigos o autoridad judicial.

¹³⁹ GIMÉNEZ-CANDELA, Teresa, *op. cit.*, p. 299.

¹⁴⁰ IGLESIAS, Juan, *op. cit.*, p. 415.

¹⁴¹ *Idem*.

7. Apertura del testamento

Al igual que el otorgamiento, la apertura del testamento requería de determinados formalismos, ésta se realizaba dentro de los tres y cinco días posteriores a la muerte del *de cuius*.¹⁴² Las personas que contaban con el derecho para llevar acabo la apertura eran los allegados del difunto y los presuntos herederos señalados por el depositario.¹⁴³ Se debía contar con la presencia de los testigos testamentarios o la mayor parte de ellos (en ausencia de estos bastaba la presencia de persona honorables), ya que debían reconocer sus sellos. Hecho el reconocimiento, se rompía el hilo que unía las tablas y se efectuaba la lectura pública del contenido. Posteriormente se hacía una copia, misma que era sellada por la autoridad, la cual se depositaba en los archivos con el fin de que si el original se deterioraba se pudiera consultar la reproducción.¹⁴⁴

8. Los codicilos

El término codicilio refiere una carta o escrito informal, elaborado en tablas o papiros, cuyo contenido trata disposiciones de última voluntad. No obstante, no podía contener la institución de heredero, las desheredaciones, ni las sustituciones. Su principal función fue ampliar la voluntad del testador sin la necesidad de formular un nuevo testamento.¹⁴⁵

El origen de los codicilos se relaciona con el de los fideicomisos, pues este último era una sucesión sin las formalidades que establecía el *ius civile* y aquél el escrito que lo contenía. En principio carecían de valor jurídico, pero en tiempos del emperador Augusto se les otorgo de fuerza vinculativa.¹⁴⁶

A través del tiempo, el codicilio se asemejó al testamento debido a las formalidades que tenía que cumplir, aquellos que eran confirmados se consideraban parte integrante del testamento y eran afectados por los mismos vicios. En el siglo III es común el uso del codicilio “sobre todo en Occidente, mientras que en Oriente se mantiene –al menos en la teoría- la primitiva

¹⁴² DI PIETRO, Alfredo, *op. cit.*, p. 373.

¹⁴³ El testamento se entregaba comúnmente a un amigo o en su defecto se depositaba en el templo. Por otra parte, la apertura se ejecutaba frente a la autoridad recaudadora, pues la *lex Julia* de Augusto establecía un impuesto del 5% sobre la herencia y los legados. *Idem*.

¹⁴⁴ *Idem*.

¹⁴⁵ PANERO GUTIÉRREZ, Ricardo, *op. cit.*, p. 731.

¹⁴⁶ DI PIETRO, Alfredo, *op. cit.*, p. 374.

distinción entre testamento y codicilio, a los que Justiniano para justificar la validez, exige cinco testigos.”¹⁴⁷

A. Clases de codicilos

Los codicilos se pueden agrupar de dos formas: *ab intestato* y testamentarios. Sin embargo, es menester señalar que, en tiempos de Justiniano esta clasificación pierde sentido a partir de la equiparación de los legados y fideicomisos.¹⁴⁸

a) Codicillos *ab intestato*, se otorgan sin que exista testamento, pueden contener obligaciones para quienes reciban la herencia, tales como fideicomisos, “Paulo dice que los herederos *ab intestato* quedan obligados a cumplirlas, pues estos codicilos valen ‘haciendo las veces de un testamento’”.¹⁴⁹

b) *Codicilli testamento confirmati*, ya sea que se elaboren con antelación (*in praeteritum*), o con posterioridad (*in futurum*), al otorgamiento del testamento, al efecto influyen en la elaboración de una cláusula testamentaria que refiere su existencia o futura elaboración.¹⁵⁰ La confirmación referida hace que se consideren como una extensión del testamento (*pars testamenti*). En cuanto a su contenido este es más amplio, ya que pueden contener legados, manumisiones, fideicomisos y daciones de tutor.¹⁵¹

c) *Codicilli testamento non confirmati*, no están confirmados por algún testamento, por ende, se consideran independientes pero, validados por la existencia de éste. Su contenido es reducido, pues sólo versan sobre fideicomisos.¹⁵²

El codicilio puede ser formulado por quien tiene capacidad para testar, en el momento de la redacción como al de su muerte. En tiempos de Justiniano se incluye la convalidación del codicilio elaborado por el *filiusfamilias*, el esclavo y

¹⁴⁷ GIMÉNEZ-CANDELA, Teresa, *op. cit.*, p.298.

¹⁴⁸ PANERO GUTIÉRREZ, Ricardo, *op. cit.*, p. 733.

¹⁴⁹ DI PIETRO, Alfredo, *op. cit.*, p. 374.

¹⁵⁰ PANERO GUTIÉRREZ, Ricardo, *op. cit.*, p. 732.

¹⁵¹ DI PIETRO, Alfredo, *op. cit.*, p. 374.

¹⁵² PANERO GUTIÉRREZ, Ricardo, *op. cit.*, p. 733.

el deportado, siempre que recuperen su capacidad y mueran sin haber hecho modificación alguna al codicillo.¹⁵³

B. Cláusula codiciliar

Es “una cláusula testamentaria por la que el causante establece que si el testamento no llega a valer por incumplir algún requisito formal, valga como codicillo”.¹⁵⁴ Se dice que opera una conversión de negocios jurídicos, siempre que el testamento cumpla con los requisitos del codicillo. De esta forma, la institución de heredero se entiende como fideicomiso universal y grava a los herederos *ab intestato*, por lo que respecta a las demás disposiciones testamentarias, su cumplimiento obliga al fideicomiso.¹⁵⁵

9. Liberalidades.

El término liberalidad se utiliza para calificar a diferentes figuras (el legado, el fideicomiso, la fundación, la donación), que tienen en común “el que una persona se desprenda de algo en favor de otra, sin esperar nada a cambio”,¹⁵⁶ es preciso señalar que, dichas instituciones no necesariamente están relacionadas a la sucesión hereditaria; gozan de dos rasgos característicos: primero, son actos que se realizan con ánimo liberal (*liberalitas*), con el objetivo de beneficiar a alguien; segundo, son disposiciones particulares, por ende, no devienen de la ley.¹⁵⁷

A pesar de que la herencia que es adquirida sin contraprestación de por medio, es considerada un liberalidad, su objeto es de carácter universal, contrario a las que están comprendidas en el concepto en comento, pues, estas tienen un objeto particular y pueden operar *inter vivos* o *mortis causa*, según sea el caso.

Para efectos de este trabajo, nos enfocaremos sólo en los legados y fideicomisos, por ser éstos disposiciones testamentarias con las que el difunto grava al heredero en beneficio de un tercero.

¹⁵³ IGLESIAS, Juan, *op. cit.*, p. 416.

¹⁵⁴ PANERO GUTIÉRREZ, Ricardo, *op. cit.*, p. 733.

¹⁵⁵ IGLESIAS, Juan, *op. cit.*, p. 417.

¹⁵⁶ GIMÉNEZ-CANDELA, Teresa, *op. cit.*, p. 311.

¹⁵⁷ *Idem.*

9.1. Los legados

A. Concepto

El legado (*legatum*), es definido como una disposición testamentaria o codiciliar a título particular, por la cual el testador grava al heredero en beneficio de un tercero llamado legatario. La forma de adquirir a través del legado es a título particular, de ahí que, la validez de la institución está sujeta a la del propio testamento, ya que si no existe testamento alguno tampoco legado, si aquel resulta invalido por consiguiente las disposiciones que contiene y si el heredero instituido no acepta la herencia los legados caen.¹⁵⁸

Las fuentes ofrecen diferentes definiciones de legado, Florentino se refería a el como “una detracción de la herencia, con la cual quiere el testador que sea dado a otro algo de o que en su totalidad habría de ser del heredero”,¹⁵⁹ o bien Modestino dice que “es una donación dejada por testamento”,¹⁶⁰ de lo anterior se desprende que esta institución fue muy socorrida en Roma y mereció una atención especial por parte de los juristas.

B. Formas de legados

Son dos principalmente, las formas de legados: *per vindicationem* (con efectos reales), y *per damnationem* (con efectos obligacionales), posteriormente se emplearon dos modelos más: *sinedi modo* y *per praeceptionem*, éstos últimos con menor importancia.¹⁶¹

a) Legatum per vindicationem (legado vindicatorio), en este supuesto, el testador concede al legatario (bajo la fórmula *do lego*, es decir, doy y lego), de forma directa la propiedad quiritaria de una cosa determinada, la intervención del heredero no es necesaria, pues, atribuye un derecho real y en caso de que la cosa no le sea entregada, puede reclamarla a quien la posea por medio de la *rei vindicatio*.¹⁶²

El bien designado en el legado debía reunir tres requisitos: primero, debía pertenecer al testador en el momento de que se confeccionaba el testamento; segundo, tenía que formar parte del patrimonio del *de cuius* en el momento en

¹⁵⁸ DI PIETRO, Alfredo, *op. cit.*, p. 397.

¹⁵⁹ ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio, *op. cit.*, p. 345.

¹⁶⁰ DI PIETRO, Alfredo, *op. cit.*, p. 397.

¹⁶¹ SCHULZ, Fritz, *op. cit.*, p. 228.

¹⁶² DI PIETRO, Alfredo, *op. cit.*, p. 397.

que se abría la sucesión; y tercero, el testador debía tener la propiedad quiritaria en los dos lapsos anteriores.¹⁶³ Sin embargo, estas precisiones no eran obligatorias para los bienes genéricos (semillas, aceite), ya que era suficiente con que pertenecieran al testador en el momento de su muerte.

b) Legatum per damnationem (legado damnatorio), a través de este legado el testador constituye una obligación a cargo del heredero, para que realice alguna prestación en favor del legatario. La fórmula a emplear es: "*heres meus damnas esto dare...*",¹⁶⁴ de todas las formas de legar ésta resulta más amplia, puesto que podían transmitirse bienes del testador, del heredero o de un tercero, por ende, si el bien objeto del legado no se encontraba en el patrimonio del difunto el heredero estaba constreñido a adquirirlo, mas, si esto resultaba imposible tenía que entregar su valor en dinero.

El legatario no recibe el legado de forma directa si no que, adquiere un derecho personal (*actio ex testamento*), para exigir el cumplimiento de lo dispuesto en el testamento.¹⁶⁵

c) Legatum sinedi modo (legado de permisión), este legado no impone al heredero la obligación de transmitir la propiedad de un bien, si no la de permitir que el legatario conserve una situación de hecho (por ejemplo una servidumbre), y la de tolerar para que el beneficiario se apropie de la cosa legada. La fórmula que corresponde a este supuesto es: *heres meus damnas esto sinere*.¹⁶⁶ En principio se considero como una forma intermedia entre el *legatum per vindicationem* y el *per damnationem*, tanto por sus efectos reales, como por los obligacionales, no obstante, fue emparentado con el segundo, ya que concedía una acción personal para reclamar la entrega de la cosa (*actio ex testamento*). Es necesario que al fallecimiento del testador el objeto del legado pertenezca a éste o al heredero, pues, se limita a los bienes de ellos.¹⁶⁷

d) Legado per praeceptionem (legado de precepción), este legado "tiene por finalidad dejar a uno de los coherederos un bien cualquiera de la herencia",¹⁶⁸ por lo tanto, a quien corresponde este derecho puede elegir con

¹⁶³ MARGADANT S., Guillermo Floris, *op. cit.*, p. 489.

¹⁶⁴ *Idem*.

¹⁶⁵ GIMÉNEZ-CANDELA, Teresa, *op. cit.*, p. 313.

¹⁶⁶ "Mi heredero está obligado a que el legatario tome el siguiente objeto". MARGADANT S., Guillermo Floris, *op. cit.*, p. 490.

¹⁶⁷ PANERO GUTIÉRREZ, Ricardo, *op. cit.*, p. 751.

¹⁶⁸ SOHM, Rodolfo, *op. cit.*, p. 328.

preferencia y adjudicarse la cosa legada con antelación a la partición. La fórmula que lo ejemplificaba era: *servius praecipito*.¹⁶⁹

Para concluir es necesario agregar que, con el paso del tiempo las cuatro formas anteriores se sintetizaron en las dos primeras, de tal forma que el legado de precepción formaría parte del vindicatorio y el de permisión del damnatorio.¹⁷⁰

C. Evolución de los legados

La constitución de un legado precisaba de suma precaución, pues si el testador no empleaba la fórmula adecuada, “el error en la disposición podía conllevar la nulidad de la misma”.¹⁷¹ Sin embargo, se observaron diferentes determinaciones con el fin de evitar la invalidez de la institución.

El senadoconsulto Neroniano se ocupó de esta situación y estableció la validez de la disposición con independencia de la fórmula empleada, según el tipo de legado para el que pudiera valer,¹⁷² es decir, se hacía una modificación del legado a la forma damnatoria, puesto que era el más amplio. Por ejemplo: “alguien legaba una cosa -por el legado *per vindicationem*- que nunca fue suya, el legado –que sería nulo por el *ius civile*-, era eficaz como si se hubiera legado de derecho optimo (*ius optimum*)”.¹⁷³

Constantino por su parte, derogó el uso de fórmulas solemnes, por lo tanto, ya no eran necesarias para instituir herederos y disponer de legados. El uso de las cuatro formas de legados sigue vigente, empero, la manifestación de la voluntad no se ciñe al uso de palabras específicas, la eficacia depende de la intención del testador al hacer la disposición, siempre y cuando sea clara.

El derecho justiniano se da a la tarea de suprimir los cuatro legados existentes, ya que todos gozan de una misma naturaleza.¹⁷⁴ Para la persecución del legado, establece a favor del legatario tres tipos de acciones: *in rem*, *in personam* e *hypothecaria*.

¹⁶⁹ “Servio debe tomar, antes de la división de la herencia entre los coherederos, el siguiente objeto”. MARGADANT S., Guillermo Floris, *op. cit.*, p. 489.

¹⁷⁰ PANERO GUTIÉRREZ, Ricardo, *op. cit.*, pp. 751 y 752.

¹⁷¹ GIMÉNEZ-CANDELA, Teresa, *op. cit.*, p. 315.

¹⁷² *Idem*.

¹⁷³ DI PIETRO, Alfredo, *op. cit.*, p. 399.

¹⁷⁴ *Idem*.

D. Personas que intervienen en los legados

En el legado intervienen tres personas distintas, la primera, el legante, difunto, causante o disponente, o sea, quien ha de tener la *testamenti factio*, pues es el que otorga el legado; segunda, gravado o la persona que debe cumplirlo, que en principio es únicamente el heredero, puesto que en el derecho justinianeo con la unificación de los legados y fideicomisos, puede ser cualquier persona la que favorezca el difunto; y tercero, legatario o beneficiario, es el sujeto beneficiado por el legado, es necesario que tenga la *testamenti factio* con el otorgante y no estar afectado por *capacitas* o *indignitas*.¹⁷⁵

E. Objeto de los legados

El legado puede tener como objeto cosas corporales, incorporales o universalidades, pues, “basta con que produzca una atribución lucrativa a favor del legatario”.¹⁷⁶ A continuación las características de cada uno de ellos, atendiendo a su contenido.

a) Legado de cosas corporales determinadas, comprende cosas propias del testador, heredero o un tercero, siempre que sea una *res in commercio*, de lo contrario la disposición es nula.

b) Legado de cosas genéricas, se refiere a objetos determinados en cuanto a su género, por ejemplo: un caballo.

c) Legado de cosas incorporales, en este caso el contenido es muy amplio, puede versar sobre un derecho real o de crédito. No obstante, existe una diferenciación entre el legado de crédito y deuda.

I. Legado de crédito, tiene como objeto un crédito no cobrado, el cual es dejado en legado; se debe precisar que en un principio el crédito pertenece al heredero, pero, éste tiene la obligación de ceder las acciones al legatario, para que pueda reclamarlo.

II. Legado de liberación, a través de este legado el testador redime a un deudor de las deudas pendientes. A pesar de la intención, el legado no era una forma de extinguir una obligación, de acuerdo con el *ius civile* la deuda perdura; no obstante, si el heredero pretende requerir el pago, el deudor cuenta con la *exceptio doli mali* como medio de defensa.

¹⁷⁵ IGLESIAS, Juan, *op. cit.*, p. 430 y 431.

¹⁷⁶ GIMÉNEZ-CANDELA, Teresa, *op. cit.*, p. 315.

III. Legado de deuda, en este caso el deudor lega el monto de la deuda a su acreedor, al no constituir una liberalidad, sino el pago de lo que es debido, resulta nulo. Sin embargo, si el acreedor obtiene una ventaja se considera válido.¹⁷⁷

d) Legado de opción, en este tipo el testador no lega una cosa, sino la opción,¹⁷⁸ se especifica por la irrevocabilidad y personalidad de la elección, en la época clásica se refería a un esclavo del caudal hereditario.

e) Legado de una parte de la herencia, también conocido como legado *partitio* (de partición), impone la obligación al heredero de dividir la herencia con el legatario. Se podía legar cualquier parte y a falta de una referencia específica, se entendía que era por la mitad. El legatario no llega a ser heredero y a pesar de que no es titular de los créditos y las deudas de la masa hereditaria, los comparte a través de estipulaciones recíprocas (*stipulationes partis et pro parte*), así como en el fideicomiso.¹⁷⁹

f) Legado de peculio, el testador concede a un tercero o a uno de sus esclavos (éste es manumitido en el testamento), a través de un legado, el peculio que les corresponde por sus servicios prestados.¹⁸⁰

F. Adquisición de los legados

Para que el legatario obtenga el legado, es necesario que el heredero adquiera la herencia, por lo tanto, la efectividad de aquél depende de la “existencia válida de un testamento y además de que exista realmente un heredero.”¹⁸¹ El momento en que se produce la adquisición varía dependiendo del tipo de heredero de que se trate, en primera instancia si éste es necesario, se atiende a la relación que guarda la delación y adquisición de la herencia, puesto que esta es *ipso iure*, el legatario ostenta su derecho desde la muerte del testador. En segundo lugar, en tratándose de un heredero extraño, el legatario tiene que esperar la adquisición de la herencia y sólo cuenta con una simple expectativa,¹⁸² dicha situación puede representar un perjuicio para el interesado, pues, si existe un único heredero y éste repudia la herencia, la

¹⁷⁷ DI PIETRO, Alfredo, *op. cit.*, p. 401.

¹⁷⁸ *Idem.*

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 402.

¹⁸⁰ *Idem.*

¹⁸¹ DI PIETRO, Alfredo, *op. cit.*, p. 402.

¹⁸² IGLESIAS, Juan, *op. cit.*, p. 435.

expectativa se vera frustrada, o bien, si la aceptación se posterga y el legatario muere, no existe la obligación de cumplir con tal disposición, ya que no hubo adquisición y por tanto no es transmisible a los herederos de éste.¹⁸³

Con el objetivo de favorecer la voluntad del testador y evitar un perjuicio al legatario, la jurisprudencia estableció la diferencia entre el *dies cedens* (cede el día) y el *dies veniens* (viene el día), es decir, delación y adquisición.

Por el *dies cedens*, el beneficiario adquiere una expectativa, esto es, un derecho a recibir el legado, que en caso de su muerte, es transmisible a los herederos, generalmente coincide con la muerte del testador, pero se exceptúan los legados de usufructo y uso porque otorgan un derecho inmanente al legatario, el cual es intransferible; los legados sujetos a condición puesto que se suspenden hasta el momento en que es cumplida y el legado dejado a un esclavo a quien se manumite en el testamento. Por otra parte, el *dies veniens*, designa el momento en que el legatario ejercita el derecho del cual sólo contaba con una expectativa y así adquiere el legado de forma directa, por regla concuerda con la adquisición de la herencia, empero, se puede retrasar por un término suspensivo fijado por el testador.¹⁸⁴

G. Acrecentamiento entre colegatarios

Cuando un legado es dejado de forma conjunta a dos o más beneficiarios y alguno de ellos resulta excluido por muerte, incapacidad o renuncia, se produce un acrecentamiento entre los legatarios restantes. Para poder realizar el incremento correspondiente, es necesario precisar el tipo de legado de que se trata. En el legado *per vindicationem*, ya sea que la cosa se deje de manera conjunta (*coniunctim*), o separada (*disiunctim*), la parte no adquirida acrece a los subsistentes.¹⁸⁵ La formula utilizada en cada caso es la siguiente: a) forma conjunta, “doy y lego mi esclavo Estico a Ticio y a Seyo; b) forma separada, doy y lego mi esclavo Estico a Ticio, Doy y lego mi esclavo Estico a Seyo”.¹⁸⁶ El legado *per praeceptionem*, es sujeto de las mismas reglas.

Por otra parte, en el legado *per damnationem*, no se da el derecho de acrecer, ya que el objeto del legado no es un derecho real sino un derecho

¹⁸³ DI PIETRO, *Op. cit.*, p. 403.

¹⁸⁴ IGLESIAS, *Op. cit.*, p. 435.

¹⁸⁵ GIMÉNEZ-CANDELA, Teresa, *op. cit.*, p. 315.

¹⁸⁶ *Idem*.

crédito contra el heredero, por ende, la cuota parte no adquirida permanece en la herencia, a favor de éste. Si la disposición es conjunta a cada legatario le corresponde una porción del crédito, pero si es separada, los colegatarios tienen derecho a la totalidad de la cosa, de tal suerte que si es otorgada a uno, el resto tienen derecho a exigir el valor. El mismo destino sigue al legado *sinedi modo*.¹⁸⁷

Es preciso señalar que estas disposiciones se vieron afectadas por las leyes caducarias, puesto que atribuían la parte no adquirida a los colegatarios que tuvieran hijos. No obstante, Justiniano retomó las reglas clásicas y otorgo una misma naturaleza a todos los legados. “Mas si el legado se ordena *coniunctim*, el acrecimiento se verifica *cum onere*, y es voluntario; si se ordena *disiunctim*, no proceden las cargas y ocurre necesariamente.”¹⁸⁸

H. Limitaciones de los legados

La ley de las XII Tablas concedía al testador total libertad para legar, por lo tanto, podía disponer de todo su patrimonio por medio de legados, esta situación que a finales de la República fue muy recurrida, represento un riesgo para el patrimonio familiar y un inconveniente para que se llevara a cabo la adquisición de la herencia, puesto que el heredero instituido no mostraba interés por una herencia de la cual recibiría muy poco o nada y optaba por repudiarla, con la consecuencia de abrirse la sucesión *ab intestato*. Para evitar estos problemas se creo una legislación tendiente a limitar la libertad para hacer legados. En seguida cada una las limitaciones y sus ordenamientos:

I. En la primera mitad del siglo II a. C., la *lex Furia*, estableció la prohibición de recibir legados por una cantidad superior a los mil ases, salvo que se trate de próximos parientes, de igual manera concedió al heredero una *manus iniectio pro iudicato*, para recuperar del legatario el cuádruplo de lo que hubiera cobrado de más. A pesar de las medidas decretadas, Gayo señala que la ley no consiguió su objetivo, pues el patrimonio se podía distribuir en múltiples legados inferiores a los mil ases.¹⁸⁹

¹⁸⁷ DI PIETRO, Alfredo, *op. cit.*, p. 404.

¹⁸⁸ IGLESIAS, Juan, *op. cit.*, p. 441.

¹⁸⁹ GIMÉNEZ-CANDELA, Teresa, *op. cit.*, p. 318.

II. En el año 169 a. C., la *lex Voconia*, determino que nadie pudiera recibir a título de legado una cantidad superior a la que adquiere el heredero, empero, esta medida no fue suficiente; el testador podía distribuir su patrimonio en un gran número de legados, para así dejar una cuota ínfima al heredero.¹⁹⁰

III. Por último la *lex Falcidia* del año 40 a. C., impuso al testador la imposibilidad de legar mas de tres cuartas partes de la herencia y reservo el cuarto restante para el heredero (*quarta Falcidia*). Esta solución tan efectiva acarreo al desuso las disposiciones formuladas con antelación.

I. Aplicación de la *lex Falcidia*

Inicialmente la *lex Falcidia* reglamentaba sólo a los legados. De forma postrera, sus preceptos alcanzaron a todas las disposiciones patrimoniales *mortis causa*.¹⁹¹ Por ejemplo: el senadoconsulto Pegasiano del año 75 d. C., establece a favor del heredero el derecho de retener la cuarta parte de la herencia, en tratándose de fideicomisos (universales y singulares), esta prerrogativa se denominó *quarta Pegasiana*. Dicha medida fue trasladada también a los fideicomisos *ab intestato*, y con la unión del legado y el fideicomiso, por obra del derecho justiniano, se hablo únicamente de la *quarta Falcidia*.

Para realizar el cálculo de la *quarta Falcidia* se toma como base el activo del patrimonio hereditario al momento de la muerte del testador, es decir, se deducen las deudas, el valor de los esclavos manumitidos, los gastos funerarios, de liquidación de la herencia, de confección del inventario, etc. Determinado el activo patrimonial, se comprueba el valor de los legados. En caso de que excedan las tres cuartas partes, se efectúa una reducción proporcional, hasta dejar libre la *quarta Falcidia*. No obstante, el testador puede señalar los legados que deben permanecer íntegros y los que tienen que estar sujetos a la ley.¹⁹²

Los créditos y las deudas condicionales precisaron de un tratamiento especial de valoración, el derecho justiniano propuso dos soluciones:

- a) calcular su valor en venta al tiempo del fallecimiento del otorgante; y

¹⁹⁰ PANERO GUTIÉRREZ, Ricardo, *op. cit.*, p. 756.

¹⁹¹ IGLESIAS, Juan, *op. cit.*, p. 436.

¹⁹² *Ibidem*, p. 437.

b) salvaguardar los derechos del heredero y legatario mediante cauciones (*cautio quod legatorum* o *stipulatio Falcidia*), por las cuales se consideran como puros el crédito y la deuda condicional, y en caso de incumplimiento de la condición, el primero debe dar cuanto hubiese pagado de menos y el segundo restituir cuanto consiguiera de más.¹⁹³

No se encuentran comprendidos por la *lex Falcidia*: el testamento militar, el legado de dote y el de deuda.

Por último, el pago íntegro de un legado, supone la renuncia de la cuarta y la falta de inventario provoca la pérdida de este derecho.

J. Ineficacia de los legados

La ineficacia de un legado depende de distintas circunstancias, ya sea que se refieran a los requisitos generales de validez del acto jurídico, al testamento o al legado. Si la invalidez afecta particularmente al legado, se hace una distinción dependiendo el momento en que se presente, puede ser inicial, puesto que el legado es nulo porque no se hace de acuerdo con las formalidades requeridas, o bien, concurren en el vicios de capacidad, voluntad o contenido; también sucesiva, pues la invalidez del legado resulta por la muerte del legatario antes del *dies cedens* o por la pérdida de la capacidad antes de adquirirlo, perecimiento de la cosa legada, falta de cumplimiento de la condición suspensiva, adquisición del objeto por otro título lucrativo y revocación.¹⁹⁴

A continuación cada uno de los supuestos:

a) Invalidez por el testamento que lo contiene, por consecuencia el legado es inválido, ya que recibe su fuerza de aquél y de la institución de heredero. A esta regla le asistieron las siguientes excepciones: primera, si alguien promovía la *bonorum possessio contra tabulas*, debía pagar los legados hechos a favor de los ascendientes, descendientes y a la mujer o nuera en carácter de dote; segunda, los legados quedaban firmes, aunque se formulara la querrela *inofficiosi testamenti* (por orden de Justiniano); tercera, en caso de que el heredero voluntario repudiara la herencia y los legatarios se vieran afectados, el pretor actúa en favor de éstos, por medio de acciones con

¹⁹³ *Idem*.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 440.

fórmulas ficticias; y cuarta, el fisco debía cumplir los legados que afectaran a la herencia vacante y de acuerdo con las leyes caducarias, el *ius adscrescendi*, podía implicar pagar los legados por la parte respectiva.¹⁹⁵

b) Invalidez por causas propias del legado, las razones son diversas; por un defecto de forma, porque el objeto es inmoral, ilícito o imposible, si el legado es dejado al único heredero o se lega una cosa perteneciente al legatario y si la cosa perece por caso fortuito.¹⁹⁶

A propósito, es necesario señalar que el acto que es nulo en su origen, no puede volverse válido con el simple paso del tiempo, de ahí que la regla cantoniana (creada por el hijo de Catón el Censor), establece que “el legado que fuere nulo si el testador muere en el momento en que hace el testamento, no puede resultar válido sea cual sea el momento en que el testador hubiese muerto”.¹⁹⁷

Por otra parte, los legados a título de pena son nulos, el heredero está obligado a un hacer o no hacer, en consonancia con la voluntad del testador y en caso de contrariar sus deseos se le impone como pena un legado. Además, el legado hecho para después de la muerte del heredero es nulo, porque no era una disposición impuesta al heredero, sino al heredero del heredero.

c) Invalidez por incapacidad del legatario, para que el legado sea válido, es preciso que el legatario tenga la *testamenti factio*, de lo contrario resultará inválido. Tratándose de personas inciertas, el legado es inválido, pero si la indicación es cierta entre personas determinadas es válido. Por lo que toca a los póstumos extraños, es decir, los que al nacer no serán *sui heredes* del difunto, no se les puede legar. Justiniano por su parte, modificará dicho precepto para que puedan recibir no sólo legados, también fideicomisos. Respecto de errores relativos al nombre (*cognomen* o *agnomen* del legatario), basta que la intención del causante sea evidente para su validez.¹⁹⁸

d) Invalidez por voluntad del testador, se suscita cuando el testador decide dejar sin efectos el legado, verbigracia: cuando otorga un nuevo testamento y no hace referencia al legado.

¹⁹⁵ DI PIETRO, Alfredo, *op. cit.*, p. 407.

¹⁹⁶ *Idem.*

¹⁹⁷ *Idem.*

¹⁹⁸ *Idem.*

K. Revocación

El legado puede ser revocado (*ademptio legati*) en el mismo testamento en que se otorga, pero, con una fórmula solemne contraria a la del otorgamiento: “*Titio funfumCornelianum non do non lego; heres meus funfum Cornelianum ne dato* (no doy, no lego el fundo Corneliano a Ticio, mi heredero no dé el fundo Corneliano)”.¹⁹⁹ En la época de Justiniano el uso de términos opuestos ya no es necesario, es válido el empleo de cualesquier palabras, siempre y cuando exprese la decisión de revocar la disposición. El codicilio confirmado en el derecho clásico también fungía como medio para llevar a cabo la revocación, posteriormente el derecho justiniano extendió esta cualidad a todos los codicilos.

La revocación además de expresa, puede ser tácita, ésta deriva de la interpretación de la voluntad del testador y de actos que contraríen el legado; por ejemplo: el otorgante realiza el cobro del crédito que ha legado.²⁰⁰

L. Traslación del legado²⁰¹

Si el testador transfiere el legado hecho a favor de alguien a otra persona, se dice que existe traslación; “El esclavo Sticho que yo he legado a Ticio, yo lo doy y lego a Seyo”.²⁰² Son cuatro las formas de traslación de los legados a saber:

- a) Cambiando la persona del legatario (a pesar de que el beneficiado por la traslación rechace el legado, la revocación sigue firme);
- b) Cargando con el legado a otro de los herederos;
- c) Cambiando la cosa del legado (el primer legado no se revoca si el testador no entrega la cosa nueva, pues se entiende que no se quiere privar al legatario del beneficio); y
- d) Subordinando a una condición el legado que era puro y simple.²⁰³

¹⁹⁹ IGLESIAS, Juan, *op. cit.*, p. 440.

²⁰⁰ DI PIETRO, Alfredo, *op. cit.*, p. 410.

²⁰¹ La traslación no es más que una forma de revocación por medio de “la sustitución de un legado primeramente ordenado por otro nuevo”, es decir, el cambio de la persona del legatario o el contenido de la disposición. *Ibidem*, p. 440.

²⁰² *Idem*.

²⁰³ *Idem*.

M. El prelegado

Prelegado es definido como el legado hecho a favor de uno de los herederos, por ende, se entiende que existe una comunidad hereditaria, pues el legado hecho al único heredero resulta nulo, porque no puede existir una relación consigo mismo. Empero, el heredero instituido se puede beneficiar del legado, si renuncia a la herencia y otro ocupa su lugar.²⁰⁴

El cumplimiento de la disposición, sino se impuso a uno de los herederos, importa a todos en proporción a su cuota hereditaria, incluyendo al mismo legatario. Sin embargo, como aquel no se puede pagar a sí mismo la parte que le corresponde es tomada por nula. Esta consecuencia originó las siguientes soluciones: primera, cuando se lega un objeto tanto al heredero como a un extraño, aquel adquiere por acrecimiento; segunda, si se lega la misma cosa a varios herederos, cada uno acrece sobre la parte del otro que se considera nula; y tercera, en caso de que el llamado a heredar sea en partes desiguales, la adquisición del legado se hace de forma opuesta: “el heredero instituido en cuota menor se beneficia del prelegado en mayor medida”.²⁰⁵

9.2. Los fideicomisos

A. Concepto y sujetos

El fideicomiso (*fideicommissum*), es un encargo basado en la confianza (*fides*), de una de las partes. El uso de palabras formales e imperativas tales como pido, ruego, quiero, confío en tu buena fe,²⁰⁶ era recurrente al momento de hacer la súplica. Los sujetos que intervienen son: fideicomitente, el autor de la herencia; fiduciario, a quien se pide realizar el encargo; y fideicomisario, el tercero beneficiado.²⁰⁷

La falta de forma es una característica que distingue al fideicomiso, puesto que se consideró una práctica idónea para evadir las exigencias a las que estaban sujetos los legados y un medio para suplir las carencias de éstos y la herencia, ya que la falta de *capacitas* o de *testamenti factio passiva*, resultaban

²⁰⁴ IGLESIAS, Juan, *op. cit.*, p. 441.

²⁰⁵ *Idem*.

²⁰⁶ DI PIETRO, Alfredo, *op. cit.*, p. 411.

²⁰⁷ MARGADANT S., Guillermo Floris, *op. cit.*, p. 501.

una traba para quien deseaba beneficiar a personas ubicadas en tales situaciones.²⁰⁸

B. Evolución

En principio el fideicomiso no contaba con protección jurídica, pues, obedecía a un compromiso basado en la confianza, pero ante los inconvenientes que esta falta de regulación generó, Augusto confía la realización de algunos fideicomisos a los cónsules por medio de la *extraordinaria cognitio*. Por su parte Claudio, instituye dos pretores fideicomisarios, pero con Tito se reduce el número a uno. A los gobernadores de las provincias se les otorgaban todas las facultades que correspondían a ellos.

Finalmente, es necesario mencionar que, el *ius civile* nunca admitió el fideicomiso, por ende, éste seguía el procedimiento *extra ordinem*.²⁰⁹

C. Reglas de los fideicomisos

A los fideicomisos en general les eran aplicables las siguientes reglas:

I. El fideicomiso puede ser ordenado en testamento o codicilio (confirmado o no);

II. El fideicomitente debe tener *testamenti factio*, para que el fideicomiso sea válido;

III. El fideicomiso grava a todo el que recibe algo del *de cuius*, por lo tanto, su realización puede estar a cargo del heredero testamentario o *ab intestato*, legatario, donatario *mortis causa* y el fisco; y

IV. El fideicomisario puede ser cualquier persona, inclusive si carece de *testamenti factio passiva*.²¹⁰

D. Diferencias entre fideicomiso y legado

En la época clásica los legados y fideicomisos son tratados como instituciones diferentes. No obstante, fueron parte de un proceso de

²⁰⁸ IGLESIAS, Juan, *op. cit.*, p. 434.

²⁰⁹ GIMÉNEZ-CANDELA, Teresa, *op. cit.*, p. 323.

²¹⁰ DI PIETRO, Alfredo, *Op. cit.*, p. 412.

equiparación, el cual concluyo con Justiniano. A continuación las diferencias y por excepción, algunos casos de igualdad y unificación.

- i) el legado sólo puede ser dispuesto en el testamento, el fideicomiso, en cambio, también fuera de él (Gai. 2, 269-270);
- ii) al legatario se le puede imponer un fideicomiso, pero no un legado (Gai. 2, 271);
- iii) en los fideicomisos no se aplican a las mujeres las restricciones de la ley Voconia (Gai. 2, 274);
- iv) el legado se exige mediante una acción formularia (*actio ex testamento*), el fideicomiso, en cambio, mediante un procedimiento *extra ordinem* (Gai. 275);
- v) el fideicomiso, a diferencia del legado, puede disponerse en griego (Gai. 2, 281);
- vi) pueden adquirir por fideicomiso los extranjeros, e incluso los *latini Iuniani*, que, en cambio, tienen prohibido adquirir por legado, en virtud de la *lex Iunia* (Gai. 2, 275).²¹¹

Algunos supuestos de igualdad entre los legados y fideicomisos se situaron en la época posclásica, por ejemplo, la supresión de los elementos formales de los legados con Constantino y el empleo del latín con Teodosio. Por último, la unificación de éstas instituciones se presenta con Justiniano, por medio de dos constituciones, la primera del año 529, que otorga una acción real al gravado; y la segunda del año 531, al disponer que toda norma propia de los legados que falte a los fideicomisos, se extienda a éstos. Empero, se conservan las denominaciones correspondientes.²¹²

E. Tipos de fideicomisos

a) Fideicomiso de herencia o universal

Este tipo tiene por objeto transmitir la totalidad o una cuota parte de la herencia a un tercero, de la siguiente manera: “‘Que Lucio Ticio sea mi heredero’, agregando luego: ‘Te ruego, Lucio Ticio, que restituyas esta herencia a Gayo Seyo, desde que puedas hacer adición de ella’”.²¹³

Es necesaria la existencia de un heredero fiduciario (*heres fiduciarius*), pues éste es el encargado de transmitir las cosas de la herencia al beneficiario.

²¹¹ GIMÉNEZ-CANDELA, Teresa, *op. cit.*, p. 324.

²¹² *Ibidem*, p. 325.

²¹³ DI PIETRO, Alfredo, *op. cit.*, p. 412.

Para dar cumplimiento al fideicomiso, en un principio, se recurre a una venta fingida del patrimonio hereditario, que operaba por medio de una *mancipatio nummo uno*. Además, de la *mancipatio* que funge como causa de transmisión, se debe efectuar la entrega de cada cosa particular a través de estipulaciones recíprocas entre el heredero y el fideicomisario a propósito de la compraventa, que regulan la relación entre comprador y vendedor, en especial lo referente a las deudas y créditos.²¹⁴

Sin embargo, esta manera de transmitir el patrimonio, presentó inconvenientes, ya que el heredero ante la posibilidad de quedarse sin nada, renunciaba a la aceptación de la herencia. Ante esta situación el senadoconsulto Trebeliano, configuró al fideicomiso como una sucesión universal, decretando que la transmisión del patrimonio hereditario, libera al heredero fiduciario de las posibles deudas existentes, concediendo al beneficiario todas las acciones correspondientes al heredero; dichas disposiciones son complementadas por el senadoconsulto Pegasiano, al declarar aplicable a los fideicomisos el régimen de la *lex Falcidia*, que deja la cuarta parte de la herencia al heredero (*quarta Pegasiana*). En tiempos de Justiniano, estas normas se funden y resulta “por un lado [que] el heredero puede retener la cuarta parte de la herencia –ahora ya denominada *quarta Falcidia*-, y por otro, pasan al fideicomisario las acciones hereditarias”.²¹⁵

b) Fideicomiso de familia

Es aquel en que el testador encarga al heredero fiduciario que conserve la herencia durante su vida, pero a su muerte la transmita a los miembros de su familia. La fórmula utilizada es: “Cuando fallezca mi heredero Ticio, quiero que mi herencia pertenezca a Publio Mevio”.²¹⁶

La doctrina señala que esta es una forma de sustitución fideicomisaria, por medio de la cual liga la herencia de forma completa o en parte a la familia, fijando un orden continuo de sustituciones; puede el heredero determinar los bienes y las personas a quienes se restituirán o bien facultar al heredero para que elija.

²¹⁴ PANERO GUTIÉRREZ, Ricardo, *op. cit.*, p. 759. Nota 63.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 760.

²¹⁶ *Idem*.

El límite al principio fue el primer grado, es decir, los no nacidos a la muerte del otorgante; posteriormente, Justiniano amplía el alcance hasta la cuarta generación.²¹⁷

c) Fideicomiso de residuo

En este tipo se establece un fideicomiso por lo que queda de la herencia, esto es, el otorgante encomienda a su heredero fiduciario que al momento de su muerte, restituya a un tercero no lo que recibió como herencia, sino lo que sobro de la misma. El derecho clásico no establece límite a lo que el heredero podía tomar del patrimonio hereditario, lo dejaba al criterio y buena fe del mismo. No obstante, en el derecho justiniano se fija como máximo las tres cuartas parte, de tal forma que, el beneficiario recibirá por lo menos la cuarta parte (lo que la doctrina denomina como *quarta Falcidia* a la inversa).²¹⁸

²¹⁷ *Ibidem*, p. 761.

²¹⁸ *Idem*.

CAPÍTULO CUARTO

LA SUCESIÓN LEGÍTIMA CONTRA EL TESTAMENTO

1. Sucesión legítima formal y real

En consonancia con el *ius civile* el testador cuenta con una libertad amplísima para otorgar testamento y así determinar quien será su heredero y el destino de su patrimonio para después de su muerte. Sin embargo, el derecho civil clásico y el honorario, se encargaron de imponer limitaciones a la absoluta libertad del *paterfamilias*, con el objetivo de salvaguardar los derechos de los herederos legítimos, los cuales podían ser desheredados sin razón alguna.²¹⁹ Dichas restricciones no sólo afectaron en forma al testamento, sino también en contenido, tan es así que, con el paso del tiempo se exigía al disponente dejar a determinada persona partes de sus bienes.²²⁰

Partiendo de lo expuesto, la doctrina distingue dos casos en que se habla de sucesión forzosa o contra el testamento.

a) Sucesión legítima formal contra el testamento, se llama así porque la ley impone una serie de limitaciones al testamento, las cuales recaen sobre la forma del mismo. Por ejemplo: los *sui heredes*, deben ser instituidos o desheredados en el testamento, pero, nunca preteridos.

b) Sucesión legítima real contra el testamento, al igual que la anterior establece determinadas restricciones, no en relación a la forma, sino al contenido, pues, la ley ordena que el otorgante deje en el testamento una parte concreta de sus bienes a personas específicas, sin que se haga referencia al título por el cual los deja.²²¹

1.1. Límites formales y reales

A. Límites formales

Es preciso señalar que los límites que determinaron la sucesión legítima formal se presentaron en dos etapas principalmente: *ius civile* y derecho pretorio.

A continuación las características de cada una de ellas.

²¹⁹ DI PIETRO, Alfredo, *op. cit.*, p. 375.

²²⁰ IGLESIAS, Juan, *op. cit.*, p. 424.

²²¹ PANERO GUTIÉRREZ, Ricardo, *op. cit.*, p. 774.

a) *Ius Civile*

Las reglas del derecho civil, dictan que los herederos por derecho propio deben ser aludidos de manera expresa en el testamento, para ser instituidos, o bien, desheredados, por lo tanto no pueden ser olvidados. Es aquí donde la sucesión legítima formal contra el testamento tiene su fundamento, de acuerdo con el principio: *sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi* (los herederos por derecho propio han de ser instituidos o desheredados)²²².

La desheredación (*exheredatio*), se presenta como una posibilidad para facilitar la concurrencia de herederos extraños cuando existen herederos propios, la cual se ciñe a lo siguiente: en el caso de los hijos varones la desheredación debe hacerse por medio de una designación individual, es decir, *nominatim*.²²³ La inobservancia de esta regla, esto es, la preterición, produce la nulidad del testamento y abre la sucesión *ab intestato*.²²⁴ Los *sui* restantes, pueden ser desheredados en conjunto a través de la fórmula: *certeri omnes exheredes sunt*. En este último supuesto, la preterición no produce la nulidad del testamento, pero, los preteridos concurren con los instituidos en la partición de la herencia.²²⁵

Sin embargo, la preterición de un póstumo hombre o mujer, acarrea la misma consecuencia que se establece para el caso de los hijos varones.

b) Derecho pretorio

La sucesión legítima formal contra el testamento no comprende a los *liberi*, por lo que el pretor concede la *bonorum possessio contra tabulas* con carácter *cum re*, a su favor. La preferencia que establece el derecho pretorio por el vínculo sanguíneo, no distingue entre los que están sujetos a la potestad del testador y los emancipados, únicamente recalca la necesaria institución o desheredación de éstos (*liberi aut instituendi sunt aut exheredandi*).²²⁶

En cuanto a la desheredación, el pretor modifica los lineamientos fijados por el *ius civile*, ya que, ahora todos los varones deben ser desheredados de forma individual sin importar su grado y sólo en el caso de las mujeres se puede

²²² IGLESIAS, Juan, *op. cit.*, p. 424.

²²³ *Idem*.

²²⁴ GIMÉNEZ-CANDELA, Teresa, *op. cit.*, p. 300.

²²⁵ *Idem*.

²²⁶ PANERO GUTIÉRREZ, Ricardo, *op. cit.*, p. 776.

hacer de manera conjunta. La preterición conlleva la *bonorum possessio contra tabulas*. Los sujetos a quienes corresponde ejercitarla son: a) los *liberi* preteridos, siempre que vivan al tiempo del fallecimiento del otorgante, y b) los *liberi* instituidos, si la porción heredada no deja a salvo la que le correspondería en una sucesión *ab intestato*.

La petición sólo procede durante un año a partir de la delación, cumplido el plazo, los herederos pueden optar por la *bonorum possessio secundum tabulas*.²²⁷

No obstante, la *bonorum possessio contra tabulas* no anula el testamento, siendo válidas las desheredaciones, las sustituciones pupilares, los nombramientos de tutor, los legados dejados a los ascendientes y descendientes, a la mujer o a la nuera a título de dote (en virtud del edicto de *legatis praestandis contra tabulas bonorum possessione petita*), y las manumisiones. Por lo tanto, sólo en los casos en que la preterición perjudica a los *liberi*, esto es, en lo referente a su cuota intestada se produce la ineficacia de las disposiciones testamentarias.

Por último, Justiniano suprime la distinción entre hijos e hijas, hijos y nietos, de suerte tal que, todos deben ser desheredados *nominatim*.²²⁸

B. Límites reales

La sucesión legítima real contra el testamento deja de lado la preeminencia fijada al grupo agnaticio para otorgar preferencia a los familiares más cercanos del testador, beneficiándolos con una parte de la herencia llamada cuota legítima, por lo que, la desheredación de alguno de estos allegados, además de calificarse socialmente reprobable (pues se falta al deber de afecto), da pie a que el testamento resulte *inofficiosum* (inoficioso), así que, quien resulte afectado puede impugnar el testamento.^{229,230}

Por lo que se refiere a los hermanos (germanos y consanguíneos), ascendientes y descendientes, si el testador no deja a través de herencia, legado o donación, la cuarta parte de lo que hubieran recibido por ley (*quarta*

²²⁷ *Ibidem*, p. 777.

²²⁸ IGLESIAS, Juan, *op. cit.*, p. 425.

²²⁹ *Ibidem*, p. 246.

²³⁰ GIMÉNEZ-CANDELA, Teresa, *op. cit.*, p. 301.

debitae portionis), les asiste la *querella inofficiosi testamenti*,²³¹ para objetar el testamento.²³²

El plazo para ejercitar la querella es de cinco años, contados a partir de la aceptación de la herencia, no es transmisible, pues se confiere *ad personam*, a menos que los herederos del querellante hayan preparado el proceso o que los herederos sean hijos.

La acción se dirige contra el heredero instituido en el testamento y conlleva la rescisión del mismo (*testamentum ipso iure rescissum est*), para dar lugar a la sucesión *ab intestato*. El ejercicio que resulta como *iniuria* para el *de cuius*, sólo procede en caso de que el preterido no cuente con otro recurso para obtener la cuota legítima. Si el querellante es vencido en juicio, pierde las liberalidades que le hayan sido otorgadas en el testamento.

Concluye la querella por renuncia de la acción y reconocimiento de la voluntad del testador por parte del legitimado.²³³

Respecto al patrimonio del liberto, el pretor formula también una sucesión legítima real contra el testamento, pues, si éste no tiene hijos o teniéndolos los deshereda, debe dejar al patrono la mitad de sus bienes, de lo contrario se le confiere la *bonorum possessio contra tabulas*, además de una serie de acciones dirigidas a proteger sus derechos, ya que en caso de que el liberto realice alguna enajenación en fraude del patrono, éste cuenta con la *actio Fabiana* en caso de sucesión testamentaria y la *actio Calvisiana* tratándose de sucesión legítima.

En la época de Justiniano se establece que el liberto deje a favor del patrono la tercera parte de sus bienes, si cuenta con un patrimonio superior a 100 áureos y no tiene *liberi* que puedan atacar de inoficioso el testamento. No obstante, esta obligación queda sin efecto, cuando el patrimonio del liberto es inferior a la cantidad referida.²³⁴

²³¹ “Según la doctrina puede definirse como la acción por la que algún pariente cercano al testador, creyéndose injustamente desheredado o preterido en el testamento, solicita la declaración de invalidez del mismo, con la finalidad de que se abra la sucesión intestada.” PANERO GUTIÉRREZ, Ricardo, *op. cit.*, p. 778.

²³² “Desde los tiempos de Alejandro Severo se concede al legitimario la *querela inofficiosae donationis* y *dotis*, para anular la donación o constitución de dote que perjudica su derecho” IGLESIAS, Juan, *op. cit.*, p. 426.

²³³ *Idem*.

²³⁴ *Ibidem*, pp. 426 y 427.

2. Reformas de Justiniano: Novela 115

La sistematización de la sucesión contra el testamento, concluye de forma definitiva con la Novela número 115 del año 529 y establece una serie de precisiones tendientes a eliminar el dualismo imperante en este tipo de sucesión²³⁵.

En cuanto al contenido, los ascendientes no pueden desheredar o preterir a los descendientes, ni éstos a aquellos, a menos que aludan a alguna de las causas²³⁶ formuladas por el legislador de forma expresa.

Por lo que toca a la cuota legítima, ésta es modificada, ya que si el testador tiene hasta cuatro herederos, les corresponde un tercio de la herencia, mas, si el número es mayor a cinco, corresponde únicamente la mitad, además debe dejarse siempre a título de herencia y no por otro título.²³⁷

Si se presentan casos de desheredación o preterición sin justa causa, corresponde a los afectados, el ejercicio de la *querella inofficiosi testamenti*, encaminada a anular el testamento y obtener la apertura de la sucesión intestada.

A pesar de lo mencionado en el párrafo anterior, instituciones como legados, fideicomisos, nombramiento de tutores, manumisiones, etc., quedan firmes. Para finalizar, la Novela dispone a favor de los herederos legítimos que reciban una porción inferior a la legal, es decir, la cuota legítima; la *actio supplemam legitiman*, con el fin de pedir el complemento faltante.²³⁸

²³⁵ PANERO GUTIÉRREZ, Ricardo, *op. cit.*, p. 780.

²³⁶ "El c. 3 de la Novela numera catorce causas por las que los ascendientes pueden excluir a sus descendientes; el c. 4 ocho en orden a la exclusión de aquéllos por éstos. Entre las más importantes figuran el atentado a la vida del difunto, el abandono del enfermo, la acusación criminal, la injuria intolerable, la falta de rescate en caso de cautividad." IGLESIAS, Juan, *op. cit.*, p. 427.

²³⁷ DI PIETRO, Alfredo, *op. cit.*, p. 381.

²³⁸ IGLESIAS, Juan, *op. cit.*, p. 427.

CAPÍTULO QUINTO

LAS VÍAS SUCESORIAS ROMANAS, SU RECEPCIÓN EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO

1. El derecho romano: de Roma a México

1.1. El derecho romano en *Hispania*

La ocupación que Roma ejerció sobre la Península Ibérica significó un cambio en la organización peninsular y originó “la aparición de dos ordenamientos jurídicos nuevos... el *ius civile* y el *ius latii*”.²³⁹ A pesar de que en Roma se seguía el principio de la personalidad del derecho, esto es, cada persona se encontraba sujeta al derecho de su propio pueblo, el derecho romano tuvo una aplicación gradual y diferenciada en *Hispania*, con el objetivo de integrar al grupo dominado a la sociedad romana.

Hacia el siglo I d. C. la influencia del derecho romano fue sumamente evidente, ya que los nativos de la península, empezaron a asumir el mismo tipo de organización política y administrativa, de tal suerte que, se agruparon en colonias, municipios y ciudades peregrinas. Además de, otras ciudades antiguas que no llegaron entrar bajo la jurisdicción romana, por ejemplo: los vascos (vascuences).

La recepción y aplicación del derecho en la península fue conforme a la necesidad de resolver problemas para los cuales no existía una disposición aplicable. El cuerpo de leyes procedente de Roma estaba conformado por: “la costumbre, la *interpretatio* de los juristas, las *leges rogatae* promulgadas por los comicios, las *leges dutae* dadas por un magistrado, los senadoconsultos, los edictos de los magistrados y finalmente, por las constituciones imperiales”.²⁴⁰

En el año 74 d. C., aproximadamente, Vespasiano dotó de la ciudadanía romana a todos los *hispanios* libres y cerca del año 212 d. C., por gestiones del emperador Caracalla, en su *Constitutio Antoniana*, se extiende esta prerrogativa a todos los habitantes (ingenuos o libres), del Imperio,²⁴¹ por lo tanto el *ius civile* alcanza una aplicación general en todos los territorios y se

²³⁹ CRUZ BARNEY, Oscar, *Historia del Derecho en México*, 2ª ed., México. Oxford, 2009, p. 46.

²⁴⁰ *Ibidem*, p. 49.

²⁴¹ PEREZ DE LOS REYES, Marco Antonio, *Historia del Derecho Mexicano*, volumen 1, México, Oxford, 2002, p125.

presenta un cambio en las fuentes del derecho, ya que en el principado se consideraban vigentes las leyes de los comicios, los senadoconsultos y los edictos de los magistrados, mientras que en esta etapa se parte de las *leges* dictadas por los emperadores y la opinión de los juristas, es decir, sus obras o *iura*. Este derecho es considerado como posclásico por la pérdida de calidad doctrinal, en comparación con el periodo que le precede.²⁴²

No obstante, la observancia general de las leyes romanas, se necesitaba un nivel cultural para su eficaz aplicación, el cual se encontraba en las ciudades; esta situación originó una romanización aparente en el campo, por lo que, en *Hispania* y el resto del Imperio se creó el llamado derecho romano vulgar.²⁴³ La vulgarización como proceso evolutivo se presenta en periodo posclásico romano, sin que se sobreentienda todo el derecho vulgar.

Si bien, el derecho romano se caracterizó por su extenso número de codificaciones, la más destacada es el *Corpus Iuris Civilis* (Cuerpo del Derecho Civil), creada bajo el auspicio de Flavio Pedro Justiniano, emperador de oriente, con la colaboración de juristas, tales como: Triboniano, Constantino, Teófilo y Doroteo. Dicha codificación está conformada por cuatro grandes obras:

I. El *Codex*, colección de *leges* (leyes), y constituciones de diferentes emperadores, desde Adriano. Esta distribuido en 12 libros.

II. El *Digesto* o *Pandectas*, compilación de casos concretos y soluciones, basados en el criterio de juristas de renombre. Consta de 50 libros.

III. Las *Institutas*, obra destinada a la enseñanza, pues, contienen un bosquejo histórico-dogmático del derecho de su tiempo. Está dividida en cuatro libros.

IV. *Novellas*, es el conjunto de constituciones expedidas por Justiniano durante su gobierno.²⁴⁴

²⁴² CRUZ BARNEY, Oscar, *op. cit.*, p. 50.

²⁴³ "El vulgarismo es la ausencia de producción jurídica y la pérdida de un estilo propiamente dicho; es la confusión de los conceptos fundamentales e inclusive secundarios que los clásicos habían construido con base en la casuística jurisprudencial." CRUZ BARNEY, Oscar, *op. cit.*, p. 52.

²⁴⁴ PEREZ DE LOS REYES, Marco Antonio, *op. cit.*, p. 126 y BRAVO GONZÁLEZ, Agustín y Beatriz Bravo Valdés, *Derecho romano primer curso*, 26ª. ed., México, Porrúa, 2009, pp. 86 y 87.

La introducción del *Corpus Iuris Civilis* en España, se debe, como hemos explicado, a la gran influencia del Imperio (romano-bizantino), en el siglo VI d.C.

De esta forma, siglos después, la corona española como parte de la familia jurídica romana, incorporaría a las naciones asentadas en el territorio americano a través de la conquista. Razón por la cual el derecho romano es la influencia más remota del derecho privado mexicano.²⁴⁵

1.2. El derecho civil en México

La historia del derecho mexicano, puede ubicarse de manera general, en tres etapas, precortesiana, virreinal y México independiente. Sin embargo, para desarrollar este estudio, sólo es necesario abordar dos de ellas, pues “no existe institución jurídica alguna regulada actualmente en los términos que lo fue antes de la llegada de los españoles”.²⁴⁶

A. Época virreinal

La conquista que España llevo a cabo sobre los territorios de América, derivó en la imposición de diversas disposiciones jurídicas sobre todos los pueblos nativos, con inclusión de los asentados en lo que ahora conforma el territorio nacional.

Las leyes de corte español, se clasificaban en tres grupos, a saber:²⁴⁷

1. Leyes obligatorias exclusivas del virreinato, se conforman por reales cédulas, ordenanzas y autos acordados de consejo, estos últimos provenientes del Real Acuerdo, el cual estaba integrado por el Virrey y la Real Audiencia de México. Dichas leyes carecían de un contenido propio del derecho privado.

2. Las Leyes de Indias, legislación española creada para aplicarse en los territorios de la Nueva España, no obstante, que fueron objeto de múltiples recopilaciones, la más importante fue sancionada por el Rey Carlos II, el 18 de mayo de 1680, con el título de *Leyes de los Reynos de Indias*. Dicha obra se conformaba por nueve libros, distribuidos en 218 títulos y contenía cerca de seis mil cuatrocientas leyes.

²⁴⁵ PEREZ DE LOS REYES, Marco Antonio, *op. cit.*, p126.

²⁴⁶ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Derecho civil, parte general, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez*, 11ª ed., México, Porrúa, 2008, p. 52.

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 56

3. Leyes vigentes en España con aplicación supletoria en los territorios de América, esto por disposición del Rey Carlos I en las ordenanzas de audiencia de 1530, así como en la propia legislación indiana, debido a que esta última era omisa en materia de derecho privado.

El orden de aplicación se fijó en las leyes de Toro, y era el siguiente: “1° Leyes de Toro; 2° Ordenamiento de Alcalá; 3° Fueros municipales de Castilla; 4° Fuero Real si se aprobaba su uso; y 5° Las siete partidas.”²⁴⁸

Las Siete Partidas, obra cumbre de Alfonso X llamado el Sabio que recoge la recepción del derecho romano justiniano, tuvo una mayor difusión y vigencia, ya que América desprovista de fueros la aceptó sin reticencias.

B. Época del México independiente

A pesar de la ruptura política entre México y la corona española, tras la consumación de independencia acaecida el 27 de septiembre de 1821, los ordenamientos legales con carácter de obligatorios durante la colonia continuaron vigentes, con sus respectivas excepciones; de tal suerte que el orden de aplicación se vio modificado para quedar como sigue:

“1° En los Estados, las leyes de los congresos que cada uno ha tenido; por el Distrito y Territorios, Las Leyes Generales.

2° Decretos de las Cortes de España y Reales Cédulas.

3° La Ordenanza de Artillería.

4° La Ordenanza de Ingenieros.

5° La Ordenanza General de Correos.

6° Las Ordenanzas Generales de Marina.

7° La Ordenanza de intendentes.

8° La Ordenanza de Minería.

9° La Ordenanza Militar.

10° La Ordenanza de Milicia Activa o Provincial.

11° Las Ordenanzas de Bilbao.

12° Las Leyes de Indias.

13° La Novísima Recopilación de Castilla.

14° La Nueva Recopilación de Castilla.

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 58.

- 15° Las Leyes de Toro.
- 16° Las Ordenanzas Reales de Castilla.
- 17° El Ordenamiento de Alcalá de Henares.
- 18° El Fuero Real.
- 19° El Fuero Juzgo.
- 20° Las Siete Partidas.
- 21° El Derecho Canónico.
- 22° El Derecho Romano.”²⁴⁹

Es preciso mencionar que, el Derecho privado del México independiente se constituyó casi de forma íntegra por disposiciones provenientes de España, ya que durante el siglo XIX se incrementó la creación de documentos constitucionales, postergando los civiles. Sin embargo, el orden de prelación referido, se mantuvo vigente hasta la promulgación de los códigos nacionales, el Código Civil de 1870, juega un papel fundamental en la sustitución de leyes.²⁵⁰

C. Códigos civiles de México

a) El Código Civil del Estado de Oaxaca o primer Código Civil en México

Bajo el auspicio de la Constitución de 1824 y el sistema político federal, la labor legislativa de los Estados (existentes en aquel tiempo), se vio materializada a través de los códigos civiles, de los cuales destacan dos, el del Estado de Oaxaca y el de Zacatecas. Empero, otras entidades dieron destellos de creación legislativa, verbigracia: Jalisco publicó el primer libro de un código civil; mientras que Guanajuato lanzó un concurso para premiar al mejor proyecto de código para esa demarcación.

El caso de Oaxaca, sobresale en importancia, ya que dicho código no sólo fue precursor, sino que, como señala Domínguez Martínez, fue el primer “ordenamiento de la materia [civil] que tuvo vigencia en México.”²⁵¹ El nombre oficial del ordenamiento fue *Código Civil para Gobierno del Estado Libre de*

²⁴⁹ *Ibidem*, p. 60.

²⁵⁰ CRUZ BARNEY, Oscar, *La codificación en México: 1821-1917. Una aproximación*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, p. 47.

²⁵¹ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *op. cit.*, p. 61.

Oaxaca y se publicó en tres partes, la primera que comprendió la nota preliminar y el libro primero en 1827, la segunda que correspondió al libro segundo en el año de 1828 y por último el libro tercero en 1829. Además de lo apuntado, es preciso referir que la obra en comento, reconoce al *Código Napoleónico* como fuente inspiradora.²⁵²

b) El entorno precedente al Código Civil de 1870

Años posteriores a la entrada en vigencia del Código Civil para el Estado de Oaxaca, el sistema de gobierno en México da un giro radical y decide cambiar su forma de organización política de la forma federalista a la centralista, de acuerdo con las bases y leyes constitucionales decretadas por el Congreso General de la Nación, de forma que, la Federación y los Estados desaparecieron para dar lugar a los Departamentos de la República, por ende, todos los ordenamientos de carácter local quedaron sin efecto.

Aunado a lo anterior, la inestabilidad política vivida en el país, originó un decremento en la producción legislativa, de tal suerte que “durante la época centralista no hay ordenamiento civil cuyas disposiciones hayan alcanzado fuerza obligatoria”.²⁵³ Sin embargo, algo destacado se intentó en ese periodo centralista, pues las Bases Orgánicas de la República Mexicana en su artículo 187, disponían la elaboración de códigos civil, criminal y de comercio para todo el territorio nacional.

Para el año de 1846 se hizo una convocatoria para un Congreso extraordinario, del cual resultó la restauración del federalismo, así como la vigencia del acta constitucional y las reformas a la Constitución de 1824, amén de los trabajos para la creación de los códigos civiles estatales.

Por otra parte, la Constitución de 1857 al igual que la de 1824 no tomó la tarea de reservar la facultad de legislar en materia civil a la federación, sino que, la concedió a los Estados, relegando dicha materia al ámbito local.

Dos casos más destacan antes de la llegada del Código de 1870; el primero es el proyecto de Código Civil autoría de Justo Sierra O' Reilly, elaborado a petición del presidente Benito Juárez, mismo que reconoce como fuentes inspiradoras al Código Civil francés y al proyecto de Código Civil español de

²⁵² *Idem.*

²⁵³ *Ibidem*, p. 62.

Florencio García Groyena de 1851, al final se promulgó como Código Civil para el Estado de Veracruz; y, el segundo, son los códigos de los Estados de Veracruz y México, además de el proyecto de Zacatecas.²⁵⁴

c) El Código Civil de 1870

El pináculo de la creación legislativa y final del proceso de codificación en México se alcanzó en el año de 1850, cuando el 15 de enero del mismo año, una comisión integrada por los juristas Mariano Yáñez, José María Lafragua, Isidro A. Montiel Duarte y Rafael Dondé, hicieron llegar al Ministerio de Justicia e Instrucción Pública su proyecto de Código Civil, el cual sería publicado el 8 de diciembre del mismo año y entraría en vigor a partir del 8 de mayo de 1870, intitulado *Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California*. Entre las fuentes que cita se encuentra en primer lugar el proyecto de Justo Sierra “el que a su vez... tuvo como fuentes en primerísimo término al Código Napoleón, a los principios de Derecho Romano...”.²⁵⁵

La estructura del Código estaba conformada por 4126 artículos (sin incluir los transitorios), distribuidos en un título preliminar y cuatro libros.

Título primero (artículos 1 al 21) De la ley, sus efectos, con las reglas generales de su aplicación.

Libro primero (artículos 22 al 777) De las personas, regula lo relativo a las personas físicas y morales, así como, el registro civil e instituciones de derecho de familia, tales como matrimonio, parentesco, divorcio, entre otras; no hace mención alguna a la adopción.

Libro segundo (artículos 778 al 1387) De los bienes, la propiedad y sus modificaciones. Establece una clasificación de aquéllos y crea una serie de disposiciones afines al derecho de propiedad, incluso propiedad literaria.

Libro tercero (artículos 1388 al 3363), De los contratos, contiene teoría general de los contratos, obligaciones y normas de registro público.

Libro cuarto (artículos 3364 al 4126) De las sucesiones, versa sobre la sucesión testamentaria e intestamentaria, amén de otras instituciones aplicables a ambas sucesiones. Resulta interesante la inclusión de la *legítima*, institución por la cual la ley otorgaba a los ascendientes o descendientes del

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 61.

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 63.

testador, una parte del caudal hereditario, con independencia de haber sido instituidos herederos o no, por lo que el otorgante sólo disponía de la porción restante de sus bienes.²⁵⁶

d) El Código Civil de 1884

Este código es producto de la revisión hecha a su antecesor inmediato, su publicación data del 31 de marzo de 1884, con vigencia a partir del 1° de junio del mismo año. Se compone por 3813 artículos, un título preliminar y cuatro libros; con un contenido casi idéntico al anterior, ya que entre los cambios más relevantes, la *legítima* es suprimida dentro de la materia sucesoria, dando pie a libertad de hacer testamento. Su vigencia se prolongo hasta el 30 de septiembre de 1932.

e) El Código Civil de 1928

Los elementos político-jurídicos que impulsaron la creación de la Constitución de 1917, sirvieron como base también para la creación de un nuevo código civil, con principios ideológicos que lo alejaron de su antecesor de 1884. Esta vez la comisión redactora del proyecto que se vio publicado el 26 de mayo de 1928 estuvo integrada por los juristas Francisco H. Ruiz, Ignacio García Téllez y Rafael García Peña; después de una exhaustiva revisión entro en vigor el 1° de octubre de 1932, para así abrogar el Código de 84 y la Ley de Relaciones Familiares. Fue aplicable en materia común en el Distrito Federal y en materia federal para toda la República, a la fecha se encuentra vigente como Código Civil Federal.

La estructura del Código de 28 en un principio se compuso por 3074 artículos más 9 transitorios, ordenados en disposiciones generales y cuatro libros.

Disposiciones preliminares (artículos 1 al 21), contiene la teoría de la ley.

Libro primero, de las personas (artículos 22-746), se divide en 12 títulos; regula el derecho de las personas y el derecho de familia, omite los derechos de la personalidad.

²⁵⁶ *Ibidem*, p. 64.

Libro segundo, de los bienes (artículos 747 al 1180), esta integrado por siete títulos; contiene la apreciación jurídica de bien, clasificaciones de los bienes, todo lo relativo al derecho de propiedad y otros derechos reales, amén de la prescripción.

Libro tercero, de las sucesiones (artículos 1281 al 1791), se conforma por 5 títulos; el primero trata disposiciones preliminares aplicables al derecho sucesorio, tales como la situación del heredero y el legatario en la sucesión; el segundo versa sobre la sucesión testamentaria, regulación de los testamentos, capacidad para testar y heredar, condiciones aceptables, bienes que se pueden disponer en testamento, institución de heredero y legatario, sustituciones, nulidad, revocación y caducidad de los testamentos; el título tercero establece los tipos de testamento: ordinarios y especiales; el título cuarto, atiende a la sucesión legítima y el título quinto, reglas aplicables a los dos tipos de sucesiones.

Libro cuarto, de las obligaciones (artículos 1792 al 3074), se divide en tres partes, la primera comprende teoría general de la obligaciones; la segunda, teoría general de los contratos y la tercera, de la concurrencia y prelación de créditos y registro público.

Por último, es necesario precisar que, las disposiciones referentes derechos de autor (contenidas en los artículos 1181 al 1280), fueron derogados por la Ley federal de Derechos de Autor, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de enero de 1948.²⁵⁷

f) Código Civil vigente en el Distrito Federal

A partir del año de 1999, debido a una reforma constitucional, la facultad de legislar la materia civil en el orden federal se reservó al Congreso de la Unión, mientras que el ámbito local se confirió a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.

Por su parte, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, publicó un decreto en la *Gaceta Oficial* de fecha 25 de mayo de 2000, vigente a partir del 1° de junio del mismo año, por el que el Código Civil de 28 se denomina *Código Civil para el Distrito Federal*. De igual manera, el decreto publicado en el *Diario*

²⁵⁷ *Ibidem*, pp. 66 y ss.

Oficial de la Federación el día 29 de mayo también del año 2000, vigente 9 días posteriores a su publicación, cambio el nombre del ordenamiento de 28 por: *Código Civil Federal*. Así que, lo fue era un solo código redundo en dos ordenamientos con ámbitos de aplicación diferente.

“En conclusión, a) El Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, dejó de existir jurídicamente a partir del 7 de junio del 2000. b) Dicho ordenamiento se convirtió en dos Códigos Civiles que son el del Distrito Federal (de la competencia de la Asamblea Legislativa) y el federal (de la del Congreso de la Unión).²⁵⁸

2. Las sucesiones en el Código Civil para el Distrito Federal. Ordenación y comparación

El análisis de las normas que rigen al derecho sucesorio, contenidas en el Código Civil vigente en el Distrito Federal, arroja una distinción entre normas heredadas e implantadas; las primeras, producto de la experiencia jurídica y la tradición, por lo tanto, cargadas de un alto contenido histórico; mientras que las segundas, el resultado de decisiones políticas (en su mayoría carentes de técnica jurídica), es decir, proyectos pendientes de experimentación.²⁵⁹

Ahora bien, tratándose de normas heredadas la influencia romanista en el derecho civil mexicano es indubitable, aunque, dicha influencia es gradual, ya que el ingenio romano se hace patente en mayor o menor grado de forma particular en cada institución.

Entrando en materia de estudio, el Código Civil para el Distrito Federal dedica un libro completo al derecho sucesorio,²⁶⁰ el cual se compone de 511 artículos (1281-1791), y se distribuye en cinco títulos, cada uno con sus respectivos capítulos. Por lo que, es preciso señalar que vamos a ubicar y destacar las reglas de extracción claramente romanista inmersas en el ordenamiento supracitado, ya que la realización de una comparación artículo por artículo rebasaría el objetivo fundamental de este trabajo, pues muchas instituciones vigentes, así como las disposiciones que regulan a otras, no son herencia de la tradición jurídica romana (verbigracia: el albacea). Sólo nos

²⁵⁸ *Ibidem*, p. 71.

²⁵⁹ NÚÑEZ BARROSO, Plácido, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1538/7.pdf>, consultado el 15 de Febrero de 2012.

²⁶⁰ Libro Tercero de las Sucesiones

centraremos en revisar aquellas que deben su origen al derecho romano, dentro de su contexto actual, así como aquellas (de forma excepcional, pues no son vigentes ni positivas), que en otro tiempo tuvieron aplicación y así destacar el grado de influencia, ya sea que éste tienda a aumentar o disminuir.

De igual manera nos apoyaremos en conceptos y comentarios formulados por la doctrina civilista, a fin de sintetizar el estudio de algunas instituciones cuya regulación en su mayoría es de corte contemporáneo.

El orden que seguiremos será el fijado en los capítulos que preceden. Conceptos y reglas generales, sucesión intestada y testamentaria, desde luego, con el matiz que sugiere el código objeto de nuestro estudio.

2.1. Conceptos y disposiciones afines a las sucesiones testamentaria y legítima

A. Sucesión, heredero y legatario

a) Sucesión: testamentaria y legítima

En nuestro derecho, la herencia es definida por el Código Civil en su artículo 1281, el cual expresa que: “es la sucesión de todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen con la muerte.”

La identidad que establece el precepto citado entre herencia y sucesión es evidente, así como, la preeminencia que da al traspaso de bienes, pues su objetivo es suceder al difunto en la titularidad de ciertos derechos y obligaciones. No obstante que, esta institución encuentra su origen en el derecho romano, la continuidad a la personalidad del *de cuius* no tiene cabida en la definición legal, lo que es contrario a la concepción romana de sucesión, pues, “el heredero era precisamente el *sucesor en la potestad soberana sobre el grupo...* y, en consecuencia, también en los bienes”.²⁶¹

Ahora bien, la sucesión se puede deferir por la voluntad del testador o por disposición de la ley, en consonancia con el artículo 1282, de lo que se desprenden dos especies, testamentaria y legítima. Sin embargo, el numeral siguiente (art. 1283), establece que si el testador no dispone de la totalidad de sus bienes, la parte sobrante se regirá conforme a las reglas de la sucesión legítima. Es menester señalar que, esta reglamentación es totalmente

²⁶¹ BONFANTE, Pedro, *op. cit.*, p. 554.

contradictoria al espíritu de la tradición jurídica romana, puesto que, cuando existía un heredero instituido en testamento, éste adquiriría todo aunque el difunto sólo hubiera dispuesto de una parte de sus bienes y nunca se llamaba a aquellos que lo eran *ab intestato*.²⁶²

Por otra parte, la mencionada regla resultaría en una incompatibilidad reflejada en la siguiente formula: *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decere potest*. Empero, como señalamos en el capítulo primero, el testamento militar significo una excepción a este principio.

b) Heredero

El heredero, señala el artículo 1824, adquiere a título universal y responde de las cargas de herencia hasta donde alcance la cuantía de los bienes que hereda. La ley no define al sujeto, pero, ofrece una descripción de la cual se desprende su naturaleza jurídica, por lo tanto, es un adquirente el cual se distingue en primera instancia de cualquier otro (por ejemplo el comprador), porque su adquisición es a título universal y en segunda, porque la causa que la motivó es la muerte del testador.²⁶³

Es claro que, la naturaleza del heredero del Código Civil está distante de la del *heres*, no obstante que recibe la totalidad de un patrimonio, aquél no sustituye en sus relaciones jurídicas, ni tampoco continua la personalidad del causante; razón fundamentada en el numeral 22 del ordenamiento en cuestión, pues, la capacidad jurídica de las personas se pierde con la muerte.

c) Legatario

El legatario adquiere a título particular y no tienen más cargas que las que expresamente le imponga el testador, sin perjuicio de su responsabilidad subsidiaria con los herederos (art. 1285). A diferencia de la institución de heredero, sólo puede ser hecha mediante testamento, además el legatario es un adquirente a título particular, pero, si toda la herencia se distribuye en legados, los legatarios serán considerados como herederos (art. 1286).

La naturaleza del legatario de nuestro derecho sucesorio, en comparación con la institución romana, no es distante. Características similares e

²⁶² *Ibidem*, p. 565.

²⁶³ ASPRÓN PELAYO, Juan Manuel, *Sucesiones*, 3ª. ed., México, Mc Graw Hill, 2008. p. 6.

importantes permanecen a pesar del tiempo; en Roma una persona determinada adquiriría un bien determinado, el cual podía dejarse por testamento o codicilo de forma imperativa y cumplirse bajo estrictas solemnidades.²⁶⁴

2.2. Herencia yacente

Es la herencia en que siempre habrá heredero cierto y conocido, en oposición a la herencia vacante (es la que nunca ha de tener titular), pues de acuerdo con el numeral 1602 de nuestro Código Civil, el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia será heredero.

Así como en Roma, esta herencia carece de heredero tras la muerte del causante; sin embargo, lo tendrá. Los romanos la consideraban en “situación de reposo”, simplemente.

2.3. Delación de la herencia

La delación de la herencia es el “llamamiento efectivo del heredero, o sea, la POSIBILIDAD CONCRETA Y ACTUAL que el llamado tiene de hacer propia la herencia”,²⁶⁵ Dicho llamamiento es hecho por el testador o por la ley, dependiendo la sucesión de que se trate, la muerte del testador es el presupuesto de apertura de la sucesión, de tal suerte que, los herederos adquieren derechos sobre el caudal hereditario como un patrimonio común mientras no se realiza la división (art. 1288).

Las modificaciones a esta institución la podemos encontrar si atendemos a la clasificación de herederos, ya que en la actualidad no existe, mas la concepción de la delación en el derecho civil es casi idéntica a la del derecho romano, pues en primer lugar ofrece la herencia al heredero o posible heredero y, en segundo, lo hace por voluntad del testador o por disposición de la ley.

2.4. Derecho de petición de herencia

Al respecto el numeral 1652 establece: “El derecho de reclamar la herencia prescribe en diez años y es transmisible a los herederos.” La petición de

²⁶⁴ NESPRAL, Bernardo, *op. cit.*, p. 525.

²⁶⁵ DE IBARROLA, Antonio, *Cosas y sucesiones*, 18ª ed., México, Porrúa, 2011, p. 719.

herencia es una acción en favor del heredero preterido contra quien posee la herencia.

Dicha petición es la conjunción del llamado hereditario por sucesión forzosa y la *hereditatis petitio* romanas, puesto que por un lado otorga acción a favor de quien ha sido preterido en testamento y por otro una defensa del heredero contra quien posee la herencia, con el objetivo de recuperarla y reivindicar su derecho.

2.5. Apertura y transmisión de la herencia

Para el derecho local, la sucesión acontece en el momento de la muerte del autor de la herencia, por ende, los bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen, se transmiten de forma simultánea a los herederos o legatarios, según sea el caso.

Al respecto, el artículo 1649 del ordenamiento en comento expresa:

“La sucesión se abre en el momento en que muere el autor de la herencia y cuando se declara la presunción de muerte del ausente.”

En el derecho romano, para fijar el momento de apertura de la sucesión, se debía precisar la clase de herederos, ya que, los *heredes necessarii* adquirirían la herencia tras la muerte del testador sin necesidad de aceptación; mientras que los *heredes extranei*, adquirirían previa delación y aceptación.²⁶⁶ El Código de 1928, sigue el criterio destinado a los herederos necesarios.

2.6. Aceptación de la herencia

La aceptación de la herencia -en nuestro derecho-, se refiere al “acto unilateral por el cual el heredero llamado a la sucesión manifiesta su voluntad de hacerla suya”,²⁶⁷ en oposición, la repudiación que “es la manifestación que hace el llamado a la herencia, de no adquirirla”.²⁶⁸ De lo que se entiende que, pueden aceptar o repudiar la herencia todos los que tienen la libre disposición de sus bienes, es decir los mayores de edad (art. 1652).

Merece atención especial la herencia dejada a los menores de edad y demás incapacitados, en cuyo caso, será aceptada por sus tutores quienes

²⁶⁶ PANERO GUTIÉRREZ, Ricardo, *op. cit.*, pp. 701 y 702.

²⁶⁷ DE IBARROLA, Antonio, *op. cit.*, p. 989.

²⁶⁸ *Idem.*

tienen facultad para repudiarla mediante autorización judicial, previa audiencia ante el Ministerio Público (art. 1652).

Por otra parte, la mujer casada no necesita autorización del marido para aceptar o repudiar la herencia que le corresponda, en el entendido que el Código actual resalta la igualdad entre hombres y mujeres, y otorga los mismos derechos a ambos, situación que manifiesta una contradicción a su antecesor el Código de 1884.²⁶⁹ Además, la herencia dejada de forma común a los cónyuges, deberá ser aceptada o repudiada por los dos, en caso de desavenencia resolverá el juez (art. 1655).

Las personas morales que cuentan con capacidad de adquirir herencias, podrán a través de sus representantes legítimos, aceptar o repudiar herencias, pero, si se trata de una corporación oficial o institución de asistencia privada; las primeras, no pueden rechazarla sin autorización judicial, previa audiencia del Ministerio Público; y, las segundas, sin atender a las disposiciones de la Ley de Instituciones de Asistencia Privada para el Distrito Federal.

Los establecimientos públicos no están facultados para aceptar o repudiar herencias, sin contar con aprobación de la autoridad administrativa superior a la que estén sujetos (art. 1668).

Para que la aceptación de la herencia se pueda llevar a cabo, debe estar en condición de ser aceptada, puesto que no puede aceptarse si no se tiene certeza del deceso del otorgante (art. 1666).

Nuestro Código fija la forma de aceptación, la cual por su trascendencia puede ser pura y simple, pues, de conformidad con el numeral 1657, "Ninguno puede aceptar... la herencia en parte, con plazo o condición."

El acto por el que una persona manifestaba su disposición de tomar condición de heredero, era conocido por la jurisprudencia romana como aceptación de la herencia; recordemos que se busca un titular al patrimonio y no la sola transmisión de éste.

Sólo el heredero extraño podía aceptar o repudiar la herencia, mientras que el necesario la adquiriría *ipso facto*, sin tener que aceptarla y sin posibilidad de rechazarla. La aceptación debía ser plena y pura.

²⁶⁹ ASPRÓN PELAYO, Juan Manuel, *op. cit.*, p. 136.

En virtud de que el Código de 28 no hace distinción de herederos, el tratamiento a esta institución es parcialmente de origen romano.

A. Características de la aceptación

I. Indivisible, de conformidad con el artículo 1657, la aceptación debe ser total, no se puede aceptar una parte y repudiar la otra.

II. Irrevocable, el heredero en principio no puede revocar la aceptación una vez hecha. Sin embargo, puede ser impugnada en caso de dolo o violencia (art. 1670). El error de cálculo, constituye una excepción a la reglas, pues faculta al heredero a revocar su aceptación (art. 1671).

III. Retroactiva, el numeral 1660 expresa que, los efectos de la aceptación se retrotraen al momento de la muerte de quien se hereda.

De las tres características citadas, dos son de extracción netamente romana, la primera encuentra su fundamento en el principio formulado por Paulo: *qui totam hereditatem adquirere potest, is pro parte eam sciendo adire non potest* (quien puede adquirir toda la herencia, no puede adquirirla en parte dividida);²⁷⁰ la segunda con el multicitado apotegma: *semel heres semper heres* (una vez heredero siempre heredero).

B. Formas de aceptación

La ley señala que la aceptación, puede ser expresa o tácita, y ambas les concede los mismos efectos; la primera, se presenta cuando el heredero acepta con palabras terminantes; y la segunda, en el momento en que realiza actos de los cuales se deduzca la intención de aceptar, o bien, aquellos que no podría ejecutar sino con su calidad de heredero (art. 1656).

Las fuentes como hemos descrito en el capítulo respectivo, dan noticia de tres formas en que la herencia podía aceptarse, amén, de la *aditio nuda voluntate* (declaración expresa pero formal), y la *pro herede gestio* (manifestación tácita), acogidas por nuestra ley, se encontraba la *cretio* (declaración expresa y formal).

²⁷⁰ PANERO GUTIÉRREZ, Ricardo, *op. cit.*, p. 710, nota 37.

C. Momento en que se puede pedir la aceptación

El momento en que se puede solicitar la aceptación de la herencia, es el establecido en el artículo 1669:

“Cuando alguno tuviere interés en que el heredero declare si acepta o repudia la herencia, podrá pedir, pasados nueve días de la apertura de ésta, que el Juez fije al heredero un plazo, que no excederá de un mes, para que dentro de él haga su declaración, apercibido de que, si no lo hace, se tendrá la herencia por aceptada.”

En principio el *ius civile* romano no fijo un plazo para llevar acabo la aceptación de la herencia, se podía producir *sine die*, mas, con la finalidad de salvaguardar los derechos de terceros se introdujeron el *spatium de liberandi*, plazo de cien días “que establecía el pretor para que [el llamado a heredar]... aceptase o renunciase”,²⁷¹ concluido este tiempo sin obtener respuesta, se consideraba rechazada la herencia.

Es evidente que la solución es totalmente opuesta, pero la finalidad de los plazos fijados (aunque también son distintos), parece atraer un mismo fin.

D. Efectos de la aceptación

Los efectos que se presentan tras la aceptación de la herencia están contenidos en el artículo 1678 del Código en comento, los cuales son:

1. Evitar la confusión, la aceptación en ningún caso produce confusión de los bienes del otorgante y del heredero, “esto exclusivamente en perjuicio de terceros”,²⁷² de lo contrario los derechos de los acreedores del *de cuius* y del beneficiario se verían trastocados.

El principal efecto, resultado de la confusión patrimonial en Roma –ahora desconocido-, era la extinción de las relaciones jurídicas entre testador y heredero, pues, se fundían en una sola personalidad. Por otra parte, la concurrencia de acreedores del difunto y beneficiario era evidente. Sin embargo, como medio de defensa a favor de los acreedores el pretor les concedió –como tratamos en el apartado correspondiente-, el *Edictum de suspecto herede*, provisto de los siguientes recursos: a) *Satisdactio suspecti heredis* (garantía de heredero sospechoso); b) *Separatio bonorum* (separación

²⁷¹ *Ibidem*, p. 711.

²⁷² ASPRÓN PELAYO, Juan Manuel, *op. cit.*, p. 142.

de bienes); y c) *Restitutio in integrum* (remedio para los menores de 25 años que hubieran aceptado una herencia *damnosa*).

2. Beneficio de inventario, el ordenamiento civil establece que toda herencia se entiende aceptada a beneficio de inventario aunque no se exprese, es decir, “los patrimonios permanecen separados y no confundidos”,²⁷³ por lo que el heredero no tiene obligación de pagar a los acreedores hereditarios con sus bienes.

De igual forma, dentro del derecho romano se crearon medidas para evitar que la responsabilidad *ultra vires*, tratándose de una *hereditas damnosa*, afectara al heredero siendo el pasivo mayor que el activo. Las medidas a favor de él fueron: a) *Beneficium separationis* (beneficio de separación); b) *Beneficium abstinendi* (beneficio de abstención); y c) *Beneficium inventarii* (beneficio de inventario).

Como se evidencia, el cúmulo de defensas a favor de los acreedores como del beneficiario era más amplio, esto, en virtud del tipo de heredero del que se tratara. Nuestro Código en materia de sucesiones rescata los casos y las soluciones más acordes a nuestra contemporaneidad.

2.7. Repudiación de la herencia

La repudiación es un acto que precisa los mismos requisitos que la aceptación, amén, debe ser expresa. El numeral 1661, señala que debe hacerse por escrito ante el juez o en instrumento público ante notario.

A diferencia de la aceptación, el derecho romano no determino que se observara formalidad alguna para renunciar a la herencia. Sin embargo, ordenó regir su validez por las mismas reglas que la aceptación, tal como ésta fue irrevocable.

La repudiación evita la transmisión de la herencia, esto es, que los bienes del difunto sean adquiridos, por lo que el repudiante no es ni fue heredero. Al respecto el artículo 1673 versa la repudiación en fraude de acreedores y expresa:

“Si el heredero repudia la herencia en perjuicio de sus acreedores, pueden éstos pedir al Juez que los autorice para aceptar en nombre de aquel.”

²⁷³ DE IBARROLA, Antonio, *op. cit.*, p. 990.

Por su parte el siguiente artículo (art. 1674) refiere que, la aceptación hecha de acuerdo a lo señalado, sólo aprovechará a los acreedores en el pago de sus créditos; el excedente corresponderá quien establezca la ley, de ninguna manera al que hizo la repudiación.

El derecho romano al regular la repudiación con las mismas reglas que la aceptación, no otorgó efectos particulares a esta institución.

2.8. Derecho de acrecer.

El derecho de acrecer era definido, de acuerdo con Aguilar Gutiérrez y Dérbez Muro, por el Código de 84 como el derecho “que la ley concede a un heredero para agregar a su porción hereditaria la que debía corresponder a otro heredero”.²⁷⁴ El Código actual hace mención al derecho de acrecer, en materia de sucesiones, sólo en dos ocasiones: 1. Al tratar el testamento público simplificado, artículo 1549 bis. “I. El testador instituirá uno o más legatarios con derecho de acrecer...”; y 2. En la parte tocante al albaceazgo, artículo 1744. “Si el testador legó conjuntamente a los albaceas alguna cosa por el desempeño de su cargo, la parte de los que no admitan éste, acrecerá a los que lo ejerzan.”

Este derecho conocido por los romanos como el *ius adcrescendi*, perseguía el mismo fin que el regulado en el código referido: un aumento proporcional en la cuota hereditaria, en caso de que el llamado a heredar no pueda o no quiera aceptar la herencia.

2.9. La partición

La apertura de la sucesión representa un estado de indivisión para los herederos, los cuales no están de ningún modo obligados a permanecer así, ni siquiera aún, por disposición del testador (art. 1768). Esta comunidad hereditaria concluye con la partición del caudal relicto.

La partición es definida por Pérez Lasala como “el negocio jurídico unilateral o plurilateral que pone fin a la comunidad hereditaria, mediante la distribución

²⁷⁴ AGUILAR GUTIÉRREZ, Antonio y Julio Dérbez Muro, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=386>, consultado el 15 de febrero de 2012.

del activo neto hereditario entre los coherederos, determinando el haber concreto de cada uno”.²⁷⁵

Nuestro Código Civil, coloca a la partición como un acto que sigue a la aprobación del inventario y la rendición de cuentas del albacea (art. 1767), el cual deberá hacerse constar en escritura pública, si en el caudal hereditario hay bienes cuya enajenación deba seguir esa formalidad (art. 1777)

En caso de que el difunto haya dispuesto en el testamento, que determinado bien sea entregado a algún heredero o legatario, el albacea, una vez aprobado el inventario lo entregará, siempre y cuando garanticen responder por los gastos y cargas de la herencia en la medida que les corresponda (art. 1770). Aunado a esto, si el *de cuius* hace la partición de bienes en su testamento, se deberá estar a lo dispuesto, salvo los derechos de tercero (art. 1771).

Por otra parte, puede suscitarse la suspensión de la partición de acuerdo con lo expuesto en el artículo 1669, el cual a la letra dice:

“Puede suspenderse la partición en virtud de convenio expreso de los interesados. Habiendo menores entre ellos, deberá oírse al tutor y al Ministerio Público, y el auto en que se apruebe el convenio, determinará el tiempo que debe durar la indivisión.”

En cuanto a los gastos de la partición, en principio, corren a cuenta del fondo común, pero si se hacen obedeciendo al interés de algún heredero o legatario, se imputarán a su haber (art. 1778).

A. Efectos de la partición

En consonancia con el numeral 1779, la partición fija la porción de bienes hereditarios que corresponde a cada uno de los herederos.

Por otra parte, el artículo 1780 establece la llamada “evicción sucesoria”, pues, cuando por causas que se den de forma previa a la partición, alguno de los coherederos fuese privado de una parte o la totalidad de su haber, los demás se encuentran obligados a indemnizarlo de su pérdida, de forma proporcional con base en sus derechos hereditarios.

²⁷⁵ PÉREZ LASALA, José Luis, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1538/7.pdf>, consultado el 15 de Febrero de 2012.

B. Rescisión y nulidad de la partición

Las causas de rescisión de la partición, son las mismas que asisten a los demás actos jurídicos, según señala el artículo 1788 del Código Civil.

El heredero preterido es la persona autorizada para solicitar la nulidad de la partición. Una vez que se decreta, se realiza una nueva partición para que reciba la parte que le corresponda (art. 1789).

De igual manera, resulta nula la partición que se hace con un heredero falso, en cuanto guarde relación con él, de suerte tal que, la parte que se aplicó en su favor se distribuirá entre los demás herederos (art. 1790).

Para concluir, no es nula la partición, si después de formulada aparecen bienes que se omitieron, sólo se procederá a realizar una división suplementaria, de acuerdo con el numeral 1791.

El fin perseguido por la legislación romana trasciende en esta institución, el cual era terminar con la comunidad hereditaria por acuerdo (división por acto privado), o desacuerdo (acción de división de la herencia). Ciertamente la mayoría de las disposiciones gozaron de un carácter netamente procesal, pues era necesaria la intervención de un tercero (*arbiter*), y de una sentencia que fijará la distribución de los bienes entre los herederos (*adiudicatio*), así como, la obligación de pago entre los herederos (*condemnatio*).

La partición del derecho civil contemporáneo retoma principios de la regulada por el derecho romano, sólo que, resulta difícil hacer una equiparación entre una y otra, ya que la institución contemporánea se asocia directamente con la figura del albacea, esta última sin antecedente en la legislación romana, ya que la que conocemos actualmente tiene su origen en el derecho francés del siglo XIII.²⁷⁶

3. Sucesión legítima

3.1. Disposiciones generales

La sucesión legítima o intestada “viene a ser aquella donde el autor de la herencia no confecciona su testamento, y por ello al morir no se sabe a quién o a quiénes hubiera deseado dejarles todos sus bienes y derechos pecuniarios

²⁷⁶ ADAME LÓPEZ, Gilberto, *El albacea, estatuto legal*, México, Porrúa-Colegio de Notarios del Distrito Federal, 2004, p. 11.

que no se extinguen con la muerte”,²⁷⁷ por lo tanto, la ley suple la voluntad del *de cuius*.

El Código Civil en su artículo 1599, enumera las causas que originan la apertura de la sucesión legítima:

1. Cuando no hay testamento o el que se otorgó es nulo o perdió su validez;
2. Cuando el testador no dispuso de todos sus bienes;
3. Cuando no se cumpla la condición impuesta al heredero; y
4. Cuando el heredero muere antes del testador, repudia la herencia o es incapaz de heredar, si no se ha nombrado sustituto.

A propósito de nuestra comparación, Justiniano en las *Institutas* estableció el criterio para determinar la apertura de la sucesión *ab intestato*, de la siguiente manera: “Muere intestado el que, o no hizo en absoluto testamento, o no lo hizo conforme a derecho, o habiéndolo hecho, llegó a ser roto o írrito o no quedó ninguno de los en él instituidos.”²⁷⁸ Bajo este enunciado quedan comprendidas las razones que el legislador de 28 tomó como fundamento de la sucesión legítima. Por lo que, a pesar de la gran influencia del Código Napoleón y el derecho comparado, se impone el conocimiento extraído de la jurisprudencia romana.

Las personas que tienen derecho a heredar por sucesión legítima en nuestra legislación fueron determinadas de acuerdo con “la corriente científica y las exigencias del sentido común”.²⁷⁹ Estas son (art. 1602):

1. Los descendientes, cónyuges, ascendientes, parientes colaterales dentro del cuarto grado y la concubina o el concubinario; y
2. El Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal.

Por su parte, el *ius civile* emanado de la Ley de las XII Tablas, concedía la herencia intestada al próximo agnado, en ausencia de éste a los gentiles; esto es, a “los descendientes no sometidos a otra *potestas*”²⁸⁰ y a los demás miembros de la familia. El Derecho pretoriano complementando el ordenamiento decenviral, implemento cuatro llamados los cuales explicamos en el capítulo correspondiente, de los que podemos destacar el llamamiento del

²⁷⁷ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho sucesorio, inter vivos y mortis causa*, 7ª ed., México, Porrúa, 2008, p. 240.

²⁷⁸ IGLESIAS, Juan, *op. cit.*, p. 418.

²⁷⁹ DE IBARROLA, Antonio, *op. cit.*, p. 919.

²⁸⁰ IGLESIAS, Juan, *op. cit.*, p. 418.

cónyuge supérstite. El derecho imperial, por su parte, “estableció que la madre podía heredar *ab intestato*, a sus hijos.”²⁸¹

Las Novelas implementaron un orden sucesorio más completo a partir de la integración del derecho pretorio y el nuevo *ius civile*, el cual resulta similar al que establece el Código Civil. El orden de llamados era así: i) Descendientes, ii) Ascendientes y hermanos bilaterales, iii) Medios hermanos, y iv) Colaterales.

El parentesco por afinidad -señala el artículo 1603-, no da derecho a heredar. Esta clase de parentesco no era propia de los romanos, por lo cual la sucesión *ab intestato* atendía al *agnatio* y *cognatio*.

Los parientes próximos excluyen a los remotos, pero, en caso de que hubiere más de un pariente en el mismo grado, éstos heredarán por partes iguales (artículos 1604 y 1605). Esta regla proviene de la regulación más remota de la sucesión *ab intestato*, es decir, del *ius civile*, la cual es sintetizada por Di Pietro, con las siguientes palabras: “de este modo, podemos establecer, la regla de que los que están en primer grado... desplazan a los que están en grado ulterior... Y en principio, la división de la herencia se hace *per capita*, es decir cada uno tendrá una cuota igual.”²⁸²

3.2. Sucesión de los descendientes

Según este orden los descendientes suceden en primer lugar, por ende, excluyen al resto de los parientes, con excepción del cónyuge, pues en ocasiones podrá heredar de forma concurrente.²⁸³

El numeral 1607, enuncia que, si a la muerte de los padres quedaren sólo hijos, la herencia se dividirá entre todos por partes iguales, pero, cuando concurren descendientes y cónyuge supérstite, expresa el artículo 1608, este último recibirá la porción de un hijo.

Si quedaren hijos y descendientes de ulterior grado, los primeros heredarán por cabeza y los segundos por estirpe. En el caso de los descendientes de hijos premuertos, incapaces de heredar o que hubieren repudiado la herencia, se observará la misma regla (art. 1609). Si los descendientes que quedan sólo

²⁸¹ DI PIETRO, Alfredo, *op. cit.*, p. 356.

²⁸² *Ibidem*, p. 352.

²⁸³ ASPRÓN PELAYO, Juan Manuel, *op. cit.*, p. 31.

son de ulterior grado, la herencia se repartirá por estirpes y si en alguna hubiere varios herederos, la parte que a ella corresponda se dividirá por partes iguales (art. 1610).

Cuando la concurrencia se produzca entre hijos y ascendientes, éstos sólo tendrán derecho a alimentos, pero, en ningún caso sobrepasará la parte de uno de los hijos (art. 1611).

El adoptado hereda como un hijo, pero, en el supuesto de la adopción simple no se producen derechos sucesorios entre el adoptado y los parientes del adoptante. Si concurren los padres adoptantes y descendientes del adoptado en forma simple, aquellos sólo tendrán derecho a alimentos (artículos 1612 y 1613).

Este llamado corresponde al primer orden impuesto por la Novelas: que comprendió a los descendientes del difunto sin tomar en cuenta la patria potestad, sexo y grado de parentesco. Los próximos excluyen a los de ulterior grado. La partición de la herencia, si los descendientes eran del mismo grado, se hacía, también, *per capita*; empero, si eran de distinto, *per stirpes*.²⁸⁴ Salvo el supuesto del cónyuge sobreviviente, las características entre la institución histórica y contemporánea son en esencia las mismas.

3.3. Sucesión de los ascendientes

La ley determina que “si concurren ascendientes con parientes del *de cujus* que no sean los descendientes, ni el cónyuge supérstite, entonces los ascendientes recibirán todo el caudal hereditario.”²⁸⁵ Las reglas que se siguen son las siguientes:

Cuando falten los descendientes y el cónyuge, sucederán los padres por partes iguales, pero, si sólo sobrevive el padre o la madre, éste sucederá al hijo en toda la herencia (artículos 1615 y 1616).

Si sólo hubiere ascendientes de ulterior grado por una línea, se dividirá la herencia por partes iguales. Si hubiere ascendientes por las dos líneas, se dividirá la herencia en dos partes iguales y se aplicará una parte a la línea paterna y otra a la materna. Los miembros de cada línea deben repartir entre sí la parte que les corresponda (artículos 1617, 1618 y 1619).

²⁸⁴ IGLESIAS, Juan, *op. cit.*, p. 420.

²⁸⁵ ASPRÓN PELAYO, Juan Manuel, *op. cit.*, p. 37.

Cuando los adoptantes concurren con ascendientes del adoptado en forma simple, la herencia de éste se dividirá por partes iguales entre aquéllos. En caso de que el cónyuge del adoptado concorra con los adoptantes; dos terceras partes de la herencia son para el primero, mientras que el resto para los últimos (artículo 1620 y 1621).

En cuanto a los ascendientes ilegítimos, éstos tienen derecho a heredar a sus descendientes reconocidos (1622).

Para que los ascendientes puedan suceder no deben de existir descendientes, presupuesto seguido por el segundo orden contenido en las Novelas y adoptado por el Código Civil. En principio los ascendientes cercanos excluían a los lejanos. El reparto de la herencia permanece de forma idéntica, puesto que en Roma, si había descendientes de la misma línea y grado la masa hereditaria se dividía por cabezas, mas, si pertenecían a líneas distintas, se partía por mitad entre la paterna y materna, y dentro de cada una por cabezas.²⁸⁶

Las variaciones que presenta el segundo llamado regulado en el Código, se refieren a los adoptantes y al cónyuge del adoptado, no obstante, la regulación en general es influencia directa del derecho justinianeo.

3.4. Sucesión del cónyuge o del concubino

El cónyuge supérstite, refiere el artículo 1624, cuando concorra con descendientes, tendrá el derecho de un hijo, si no tiene bienes o los que tiene a la muerte del testador, no igualan la parte que a cada hijo corresponderá. Se sigue la misma regla si concurre con los hijos adoptivos del autor de la herencia.

En el primer supuesto referido en el párrafo anterior, el cónyuge recibirá completa la porción señalada; en el segundo, sólo recibirá lo que sea necesario para igualara el monto de sus bienes con la cuota citada (art. 1625). Empero, si el cónyuge sobreviviente concurre con ascendientes, la herencia se partirá en dos y una parte será para el cónyuge y la otra para los ascendientes (art. 1626).

²⁸⁶ IGLESIAS, Juan, *op. cit.*, p. 421.

No obstante, si la concurrencia se presenta entre el cónyuge y uno o más hermanos del difunto, dos tercios corresponderán al primero y un tercio al hermano o hermanos (art. 1627).

A pesar de que el cónyuge tenga bienes, recibirá íntegramente las porciones mencionada en los dos párrafos que anteceden, además, si faltaren los descendientes, ascendientes y hermanos, heredará todos los bienes (artículos 1628 y 1629).

Las mismas disposiciones se aplicarán tratándose de los concubinos, siempre que reúnan los requisitos que al respecto marca la ley (art. 1635).

La sucesión del cónyuge supérstite no estaba regulado por las Novelas, pero sí, por el derecho pretorio, el cual concedía la *bonorum possessio unde vir et uxor*, si no mediaba divorcio y a falta de todos los parientes del *de cuius*, pues en concurrencia con estos sólo puede suceder la viuda en estado de pobreza, siempre que su marido hubiera tenido buena posición. Si concurría con cuatro o más descendientes, le tocaba una cuota viril, pero, si eran tres o menos, le correspondía la cuarta parte del caudal hereditario, sin embargo, su cuota no podía superar la cantidad de cien libras de oro y tenía la calidad de usufructo cuando concurría con sus propios hijos.²⁸⁷

Si bien la compilación de Justiniano dejó fuera este caso tan especial, las enmiendas del pretor siempre tan oportunas, corrigieron esta situación tan injusta, de suerte que, es evidente la influencia en la solución del caso que el legislador mexicano adoptó.

3.5. Sucesión de los colaterales

La concurrencia entre el hermano o los hermanos y el cónyuge sobreviviente, se trató en el apartado anterior, por lo tanto, no es necesario mencionarlo otra vez. En este orden de ideas, si sólo hay hermanos por ambas líneas, heredarán por partes iguales (art. 1630). Si se presentan hermanos y medios hermanos, los primeros recibirán doble porción que los últimos (art. 1631).

En el supuesto que concurren hermanos con sobrinos, hijos de hermanos o medios hermanos premuertos, que sean incapaces de heredar o que hayan

²⁸⁷ *Ibidem*, p. 423.

renunciado a la herencia, los primeros heredaran por cabeza y los segundos por estirpe, con la excepción formulada en el párrafo anterior (art. 1632).

Los hijos de los hermanos, es decir, los sobrinos, sucederán si faltan aquellos, en cuyo caso se dividirán el caudal hereditario por estirpes y a su vez por cabezas (art. 1633).

Cuando falten todos los referidos, los parientes más cercanos dentro del cuarto grado sin importar la línea, ni consideración al doble vínculo, heredarán a prorrata (art. 1634).

Esta forma de suceder es correlativa del segundo (ascendientes y hermanos bilaterales), tercero (medios hermanos), y cuarto orden (colaterales) contenidos todos en las Novelas 118 y 127. Nuestro Código realiza una adición al tratamiento original, ya que establece como límite al llamado de los parientes cercanos el cuarto grado, mientras que en Roma era sin limitación de grado. Hecha esta precisión, podemos afirmar que el derecho sucesorio mexicano recepcionó de forma casi idéntica lo ordenado en el derecho justinianeo.

3.6. Sucesión de la beneficencia pública

En último lugar se sitúa la sucesión a favor de la beneficencia pública, el numeral 1636 del ordenamiento civil señala que: “A falta de todos los herederos llamados en los Capítulos anteriores, sucederá el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal.”

Cabe mencionar que, antes de la reforma del 7 de junio de 2006, el citado artículo se refería literalmente a la Beneficencia Pública.

Para concluir, si bien este supuesto, no estaba legislado en las Novelas, contaba con una regulación especial, ya que si nadie concurría a la herencia *ab intestato*, se entregaba al fisco.²⁸⁸

4. De la sucesión por testamento

4.1. El testamento

El testamento es un acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos, y declara o cumple deberes para después de su muerte (art. 1295). Como señalamos en el capítulo

²⁸⁸ DI PIETRO, Alfredo, *op. cit.*, p. 359.

destinado a la sucesión testamentaria, diferentes culturas ajenas a la romana utilizaron actos de última voluntad. Sin embargo, el testamento romano se erigió como una creación extraordinaria, influencia en la actualidad, de diferentes dispositivos jurídicos en materia de sucesiones.

El Código Civil para el Distrito Federal, adopta la institución, pero no la definición, ciertamente la que proporciona el ordenamiento legal es más completa que la formulada por los juristas romanos. Además que, la razón de ser del testamento romano fue la institución de heredero, mientras que en nuestro derecho la disposición de bienes lo fundamenta. Empero, aunque el objeto entre uno y otro sea distinto, ambos conservan una serie de características afines, a continuación algunas de ellas:

I. Acto jurídico, ya que las consecuencias de derecho se producen por la voluntad del testador y no por ministerio de ley como sucede en la sucesión legítima.

II. Unilateral, pues sólo concurre la voluntad del testador.

III. Personalísimo, en virtud de que debe otorgarse de manera personal por el testador, pues no se admite la representación.

IV. Solemne, el otorgamiento debe cumplir con los requisitos impuestos por la ley.

V. Revocable, el testador puede variar su contenido en cualquier momento, hasta el último momento de vida.

4.2. Capacidad para testar y heredar

Por regla general todos son capaces para otorgar testamento, excepto aquellos a quienes la ley prohíbe ejercitar ese derecho (art. 1305). La legislación mexicana adopta el mismo criterio que la romana, pues, todos los ciudadanos romanos tenían la *testamenti factio activa*, por ende podían hacer testamento, salvo sus marcadas excepciones.

Las personas que se consideran incapacitadas para testar son: 1. Los menores de dieciséis años, sin importar el sexo; y, 2. Los que de forma habitual o accidental no disfruten de su cabal juicio (art. 1306). Si embargo, el testamento realizado por un demente es válido siempre que se encuentre en un intervalo de lucidez y se observen las prescripciones de la ley (art. 1307). Dicha excepción era observada en Roma, ya que dentro de lista de personas que no

gozaban con capacidad de obrar se encontraban los *furiosos* (locos), salvo en los momentos de lucidez.²⁸⁹

En cuanto a la capacidad para heredar, el derecho del distrito Federal, la concede a todos los habitantes de esta demarcación sin importar la edad, pero, con relación a ciertas personas y determinados bienes se puede llegar a perder (art. 1313). Las causas, a saber son:

- I. Falta de personalidad;
- II. Delito;
- III. ...
- IV. Falta de reciprocidad internacional;
- V. ...
- VI. ...

La falta de personalidad es reputada a aquellos que son concebidos de forma posterior a la muerte del testador o los concebidos cuando no sean viables (art. 1314), a propósito, el derecho romano consideraba incapaces para ser instituidas a las *personae incertae* (personas inciertas), por no contar con una imagen o idea precisa de ellas. En cambio, los *postumi* (pótumos), es decir, los concebidos pero no nacidos en el momento de la elaboración del testamento, podían ser herederos cuando formaban parte de la misma familia.²⁹⁰

El delito, por otra parte, no provoca propiamente incapacidad sino indignidad, puesto que los supuestos que la originan son actos que atentan contra la vida y el honor del difunto. La *indignitas* en la legislación romana implicaba la reprobación civil y la imposibilidad de adquirir por testamento, La fracción I del artículo 1316, rescata unos de los casos más citados por la jurisprudencia romana: “El que haya sido condenado por haber dado... muerte a la persona de cuya sucesión se trata”.²⁹¹

Los extranjeros son incapaces de heredar por testamento, si las leyes de su país prohíben que éstos puedan testar o dejar por intestado sus bienes a favor de los mexicanos (art. 1328). El derecho romano, simplemente, no les concedía

²⁸⁹ BONFANTE, Pedro, *op. cit.*, p. 598.

²⁹⁰ GIMÉNEZ-CANDELA, Teresa, *op. cit.*, p. 294.

²⁹¹ IGLESIAS, Juan, *op. cit.*, p. 406.

capacidad porque la *testamenti factio passiva* correspondía en principio a los ciudadanos romanos *sui iuris*.

El heredero para poder suceder, debe ser capaz a la muerte del *de cuius*, mas si la institución es condicional, se necesita que sea capaz al tiempo en que se cumpla la condición (artículos. 1334 y 1335).

La testamentifacción pasiva romana a diferencia de la capacidad para heredar, debía existir no en uno, sino en tres momentos, el primero, la confección del testamento; el segundo, la muerte del testador; el tercero, la adquisición de la herencia.²⁹²

4.3. Condiciones que pueden contener el testamento

El testador puede establecer condiciones al realizar la disposición de sus bienes, sin más limitaciones que las que señale la propia ley (art. 1344).

Del análisis del texto legal se desprende diversos tipos de condiciones y sus consecuencias. A continuación citamos, sólo aquellas que tienen su origen en la tradición jurídica romana.

a) Condiciones imposibles, si el testador impone al heredero o legatario una condición que es física y legalmente imposible de dar o hacer, la institución es nula (art. 1347). Al respecto, el supuesto que señala el Código Civil es idéntico al fijado por la legislación de Roma, mientras que la solución es distinta. Para los romanos, las condiciones imposibles (física y jurídicamente), y las torpes o inmorales se tenían por no puestas (*pro non scriptis habentur*), de esta forma la institución era válida. Es necesario mencionar que el Código Civil de 1884 resolvía en el mismo sentido, considerando a la institución de forma pura y simple, mas, no nula.²⁹³

b) Condiciones negativas, se comprenden dentro de este tipo a las de no dar y no hacer, las cuales se tendrán como no puestas (art. 1355), denominada otrora condición potestativa negativa, la cual exigía la abstención de realizar determinado acto y sólo podía considerarse cumplida con la muerte de la

²⁹² *Ibidem*, p. 405.

²⁹³ ASPRÓN PELAYO, Juan Manuel, *op. cit.*, p. 80.

persona a la que se le impuso, por lo que una caución (*cautio Muciana*), sustituía el cumplimiento.

c) Condición de testar, también conocida como recíproca o captatoria, es la obligación que el testador impone al heredero para que haga en su testamento alguna disposición en favor de este u otra persona, la ley sanciona de nula dicha condición (art. 1349). Podemos afirmar que esta institución trascendió el tiempo de forma indemne. Bonfante al darle tratamiento la refiere de esta forma: “Es nula la institución captatoria, o sea bajo la condición de ser igualmente instituido”.²⁹⁴

d) Condición resolutoria o término suspensivo o resolutorio, es la que suspende por cierto tiempo la ejecución del testamento, pero no impide que el heredero o legatario adquieran derecho a la herencia o legado y la transmitan a sus herederos (art. 1350). A pesar de que la institución de heredero no es un requisito esencial para el testamento, el derecho sucesorio así como el romano desechan la condición resolutoria o término suspensivo o resolutorio aparejada a dicha institución (art. 1380), quizá en consonancia con el aforismo: *Semel heres semper heres* (una vez heredero siempre heredero).²⁹⁵

4.4. Bienes que se pueden disponer por testamento y testamentos inoficiosos

La libertad de testar en nuestro derecho es absoluta, no obstante, la ley impone al testador la obligación de dejar alimentos a las personas respecto de las cuales se encuentra obligado y a quienes tienen necesidad (art. 1368). Por una parte el artículo 1368 del Código Civil establece una lista de las personas a las que el testador debe dejar alimentos, por lo tanto, son aquellas que hubiesen heredado a través de la sucesión legítima y que han sido excluidas en el testamento siempre que se encuentren en alguno de los casos del citado artículo. Mientras que el artículo 1373 del mismo ordenamiento, fija un nuevo orden de preferencia, el cual debe seguirse en caso de que el caudal hereditario no fuere suficiente para dar alimentos a todas las personas citadas

²⁹⁴ BONFANTE, Pedro, *op.cit.*, p. 620.

²⁹⁵ *Idem.*

por el artículo anterior.

De tal suerte que, resulta inoficioso el testamento en el que no se deja pensión alimenticia en favor de las personas que conforme a la ley tengan derecho (art. 1374).²⁹⁶

En este orden de ideas, el preterido tendrá solamente derecho a que se le de la pensión que le corresponda, subsistiendo el testamento en todo lo que no afecte ese derecho (art. 1375). Sin embargo, tratándose del hijo póstumo, tendrá derecho a percibir íntegra la porción que le correspondería como heredero legítimo en caso de que no existiere testamento a menos que el testador disponga lo contrario (art. 1377).

A pesar de lo anterior, la doctrina mexicana no considera que la libertad de hacer testamento se vea trastocada, pues esta será tan amplia como la ley lo permita.

Empero, en Roma esta situación se consideró como una reacción del derecho civil antiguo y del derecho honorario frente a la entera libertad del testador y resultó en una serie de limitaciones.

En primer lugar, los *sui heredes* debían ser instituidos o desheredados en el testamento, pero nunca olvidados o preteridos. De lo contrario el testamento no estaba ordenado en forma y se seguía la llamada sucesión legítima formal. Si el preterido era un hijo varón o un póstumo (hombre o mujer), el testamento era nulo, pero si se trataba de los demás *sui* (hijas, nieto, etc.), el testamento subsistía y los preteridos concurrían con los instituidos por una parte de la herencia. Una cuota viril si los herederos son *sui* y la mitad de la herencia si son *extranei*. Y en segundo, el testador debía favorecer a los miembros más allegados con una porción de la herencia llamada: cuota legítima, de lo contrario el testamento se calificaba de inoficioso y se otorgaba a favor de la persona perjudicada la *querella inofficiosi testamenti*.

4.5. Institución de heredero

El Código Civil local establece en su artículo 1378 que, el testamento otorgado legalmente será válido, aunque no contenga institución de heredero y aunque el nombrado no acepte la herencia o sea incapaz de heredar. Este

²⁹⁶ ASPRÓN PELAYO, Juan Manuel, *op. cit.*, p. 120.

precepto deja fuera la importancia que el derecho romano concedió a la *heredis institutio* (institución de heredero), ya que de todas las disposiciones que podía contener un testamento, ésta era de acuerdo con Gayo, principio (*caput*), y fundamento (*fundamentum*), del mismo.²⁹⁷ En otras palabras, el heredero era “condición necesaria y suficiente para que exista testamento.”²⁹⁸

El heredero debe ser nombrado por su nombre y apellido, pero si se omite el nombre de éste y el testador le designó de un modo que no pueda dudarse quién sea, valdrá la institución. Sin embargo, el error en el nombre o apellido o cualidades del heredero no vicia el testamento, si se puede averiguar por otra forma quien es la persona nombrada, mas si entre varios individuos del mismo nombre y circunstancias no se pudiere concluir a quién quiso designar el autor del testamento, ninguno será heredero (artículos 1386, 1387, 1388 y 1389).

Además de esencial, en el derecho romano antiguo, debía establecerse en la cabeza del testamento de forma solemne, con palabras imperativas dirigidas al heredero en latín aunque más tarde por una constitución de Constancio del año 339, se suprimen estas exigencias, siendo necesario únicamente hacerla de forma clara.²⁹⁹ Por consiguiente es nula si se hace de modo equivocado, también cuando el sentido de las palabras no concuerde con la voluntad del *de cuius*.

El error en las declaraciones que se refieren a la calidad de la persona (*falsa demonstratio*), o acerca de las razones de la institución (*falsa causa*), no invalidan la institución.³⁰⁰

A pesar de que el testador es libre de establecer condiciones al llevar a cabo la disposición de sus bienes, la designación de día en que deba iniciar o terminar la institución de heredero se tendrá por no puesta (art. 1380). Este numeral es de corte netamente romanista, ya que como señalamos en el apartado correspondiente a las condiciones, de forma indubitable el Código Civil vigente acogió el principio: Una vez heredero siempre heredero.

Cuando fueren varios los herederos instituidos en un testamento y no exista designación de la parte que corresponde a cada uno, heredaran por partes

²⁹⁷ PANERO GUTIÉRREZ, Ricardo, *op. cit.*, p. 740.

²⁹⁸ *Idem*.

²⁹⁹ *Ibidem*, p. 742.

³⁰⁰ BONFANTE, Pedro, *op. cit.*, p. 610.

iguales (art. 1381). Al respecto podemos señalar que las fuentes romanas recogían el mismo supuesto y lo resolvían en el mismo sentido.

Por otra parte, si el heredero es instituido en cosa cierta y determinada debe tenerse por legatario (art. 1382). Esta situación de derecho era conocida por los romanos como *institutio ex re certa* e implicaba una salvedad, pues el heredero era llamado a suceder a título universal, no en una cosa concreta. En principio se consideró por no puesta, pero en caso de que fueren varias instituciones de este tipo existía la posibilidad de que al momento de la división se adjudicara a cada uno la cosa designada. En la época de Justiniano si existía pluralidad de instituidos *ex re certa* se consideraba un prelegado la cosa atribuida a cada uno de ellos.³⁰¹

Por último, las disposiciones hechas a favor de personas inciertas o sobre cosas que no se puedan identificar serán nulas, a menos que por algún evento puedan resultar ciertas (art. 1390). Tanto el ordenamiento en comento como la jurisprudencia romana, sancionan con nulidad las disposiciones hechas a favor de las personas inciertas, tal como quedo referido en el título de capacidad para heredar.

4.6. Forma de los testamentos

El Código Civil del Distrito Federal siguiendo el criterio de otras legislaciones (por ejemplo: el Código francés), clasifica a los testamentos y los divide en cuanto a su forma en ordinarios y especiales (art. 1499). En los primeros se presentan las formalidades habituales, mientras que en los segundos las que resultan excepcionales.

A. Testamentos ordinarios

De acuerdo con el numeral 1500 del referido Código, el testamento ordinario puede ser I. Público abierto; II. Público cerrado; III. Público simplificado; y IV. Ológrafo.

³⁰¹ PANERO GUTIÉRREZ, Ricardo, *op. cit.*, p. 745.

a) Testamento público abierto

Este tipo de testamento es el que se otorga ante notario, en concordancia con las disposiciones que fija el Código. Se conceptúa público porque consta en escritura pública, y abierto ya que la voluntad del testador es conocida.³⁰²

El testador debe expresar su voluntad de forma “clara y terminante”, El notario por su parte, tiene la obligación de redactar las cláusulas que contendrá el testamento en estricto acatamiento a la voluntad del otorgante y las leerá en alta voz, para que éste manifieste su conformidad. De ser así, firmarán la escritura el testador, el notario; y sólo que sea necesario, los testigos y el intérprete; con la mención del año, mes, día, hora y lugar en que haya sido otorgado (art. 1512).

En caso de que el notario o el testador lo soliciten, dos testigos deberán de asistir al otorgamiento y firma del testamento (1513). Además, si el otorgante declara que no sabe o no puede firmar, supuesto en el cual uno de los testigos firmará a su ruego y aquél imprimirá su huella digital (1514); cuando el testador sea sordo totalmente y no pudiere leer el testamento o no supiere, caso en el que designará a una persona que lo lea a su nombre (art. 1516)); y si el testador es ciego o no puede o no sabe leer, lo hará el notario y uno de los testigos o persona que él mismo elija (art. 1417).

Otro caso, especial, se presenta cuando el otorgante ignora el idioma español, pues deberá escribir su testamento, el cual será traducido por un intérprete, mismo que concurrirá al acto. La traducción se transcribirá como testamento en el protocolo del notario y el original una vez firmado por el testador, intérprete y fedatario, se agregará al apéndice de la escritura. Pero si el testador no puede o no sabe escribir, el intérprete redactará el testamento y se obrará conforme e lo mencionado en el párrafo que antecede.

El intérprete podrá fungir como testigo de identidad (art. 1518).

Para concluir, el testamento se debe otorgar en un sólo acto, empezando con la lectura y concluyendo con la firma (art. 1529). Si se prescinde alguna solemnidad el testamento quedará sin efectos y el notario será responsable de daños y perjuicios e incurrirá en la pena de pérdida de la patente (art. 1520).

³⁰² ASPRÓN PELAYO, Juan Manuel, *op. cit.*, p. 52.

De acuerdo con la característica de publicidad y el tiempo en que se otorgaba, el testamento *calatis comitiis*, pudiera ser al antecedente más remoto del público abierto actual. Además de que en ambos, de acuerdo con los fines, se busca instituir heredero y fijar un destino al patrimonio. Empero, las reglas que los rigen son distintas.

Por otra parte, dentro de los testamentos especiales encontramos el hecho por el ciego, de esta forma, el testador comparecía ante el *tabularis* (notario), el cual escribía y leía el testamento; era necesaria la confirmación del otorgante.

b) Testamento público cerrado

El testamento público cerrado (también conocido por la doctrina como místico o secreto), expresa el Código Civil en el numeral 1521: “puede ser escrito por el testador o por otra persona a su ruego, y en papel común.” El notario y los testigos que intervienen, reciben un pliego cerrado, por lo tanto desconocen la voluntad del testador.

El testador debe rubricar todas las hojas y firmar al calce el testamento, pero si no supiere o no pudiere rubricar y firmar, otra persona lo hará a su ruego (art. 1522). De ser así, la persona que asistió al otorgante, concurrirá a la presentación del pliego cerrado para que se ponga de manifiesto dicha situación y además firmará la cubierta con los testigos y el notario (art. 1523).

El papel que contenga las disposiciones de última voluntad tendrá que estar cerrado y sellado, de lo contrario el testador lo hará cerrar y sellar al momento del otorgamiento, lo presentara al notario ante tres testigos (art. 1524); y declarará que en el pliego se contiene su testamento (art. 1525).

Aunado a esto, el notario dará fe del otorgamiento y pondrá sobre la cubierta del testamento la razón que indique que se cumplieron con las formalidades que marca la ley. Lo firmarán el testador, los testigos y el notario, quien además pondrá su sello (1526).

Una vez que el testamento ha sido cerrado y autorizado, se entregara al otorgante y el notario tomará razón en su protocolo del lugar, la fecha y la hora en que el testamento fue autorizado. La omisión de alguno de estos datos no anula el testamento, pero el notario que incurra en la falta, será suspendido por seis meses (artículos 1535 y 1536).

Si el testador no puede o no sabe firmar, se observarán las reglas siguientes:

1. En el supuesto de que el testador este imposibilitado (no puede o no sabe) para rubricar o firmar su testamento, lo hará otra persona a su ruego (art. 1522).

2. Si al momento de realizar la presentación del pliego el testador no pudiere firmar el testamento, lo hará otra persona en su nombre y presencia, con excepción de los testigos (art. 1528). Sin embargo, en caso de suma urgencia podrá firmarlo uno de los testigos, ya sea por otro que puede hacerlo o por el otorgante, circunstancia de la cual el notario tomará nota, so pena de suspensión de oficio por tres años (art. 1529). Los que no saben o no pueden leer, son inhábiles para otorgar testamento público cerrado (1530).

En el entendido de que alguno de los testigos no supiere firmar, lo asistirá otra persona, la cual firmará a su nombre y en su presencia, de tal suerte que siempre haya tres firmas (art. 1527).

Otra situación especial en la realización de este testamento se presenta cuando el testador es sordomudo, ya que éste deberá redactar y firmar el testamento de su propia mano, observándose las disposiciones señaladas en caso de que no pueda firmar (art. 1531). Si el otorgante es sólo sordo o sólo mudo, podrá escribirlo él u otra persona, en este último supuesto el otorgante tomará razón de ello y lo firmara de su puño y letra (art. 1533).

El testamento que carezca de las formalidades expresadas, quedará sin efecto y el notario será responsable con la pérdida de oficio (art. 1534).

En caso de que el sobre que contiene el testamento este abierto o el pliego roto o las firmas alteradas, quedará sin efecto (art. 1548).

En cuanto al depósito, el testador podrá conservarlo, entregarlo a otra persona de su confianza, o bien, entregarlo al archivo judicial (artículos 1537 y 1538), por si mismo o por medio de representante, el cual deberá contar con facultad expresa (artículos 1539 al 1541).

Para terminar, este testamento no es perfecto, por lo que precisa de la declaración de validez del juez para surtir efectos (artículos 1542 al 1547).

El testamento público cerrado puede compararse con el *tripertitum* en su modalidad escrita, pues se presentaba escrito en tablillas cerradas con una cinta con el fin de reservar al conocimiento del contenido, aunque también se

podía dar a conocer. Se debía firmar por siete testigos y el testador. Todo lo anterior en un solo acto.

c) Testamento público simplificado

El artículo 1549 BIS de la legislación civil del Distrito Federal, lo define en estos términos: “es aquel que se otorga ante notario respecto de un inmueble destinado o que vaya a destinarse a vivienda por el adquirente en la misma escritura que consigne su adquisición o en la que se consigne la regularización de un inmueble que lleven acabo las autoridades...”

A continuación las reglas a que se sujeta:

I. El precio del inmueble o el valor de avalúo no debe superar el equivalente a 25 veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal elevado al año, al momento de ser adquirido. En caso de que sea objeto de regularización, no importa el monto.

II. El testador deberá designar uno o más legatarios con derecho a acrecer, salvo que instituya sustitutos. En caso de pluralidad de adquirentes del inmueble. Cada copropietario podrá nombrar legatarios respecto de su porción; lo mismo sucede cuando el testador este casado bajo el régimen de sociedad conyugal. De igual manera, el otorgante puede señalar representante especial para el caso de que los legatarios sean incapaces en el momento en que deba de otorgarse la escritura de adjudicación, el cual desempeñara su encargo si estos no están sujetos a patria potestad o tutela.

III. Los legatarios que reciban el bien con la obligación de dar alimentos a acreedores alimentarios si los hubiere, en la proporción que el legado represente en la totalidad del acervo hereditario del *de cuius*; y

IV. Los legatarios podrán reclamar de forma directa la entrega del inmueble.

Este tipo de testamento de “reciente creación”, además de simplificado está limitado, pues sólo permite instituir legatarios respecto de un inmueble que sirva o vaya a servir de vivienda. Por lo tanto no tiene encuentra par en el derecho romano. Aunque, es preciso señalar que como se dispone a titulo particular (*institutio ex re certa*), de la totalidad del patrimonio, no a titulo universal, se podría entrever una reminiscencia del prelegado.

d) Testamento ológrafo

La ley llama testamento ológrafo al que es escrito de puño y letra del testador (art. 1550), por lo tanto, sin intervención del notario, el cual para producir efectos deberá estar depositado en el Archivo General de Notarías.

Cabe señalar que este testamento fue una novedad introducida por el Código que estamos estudiando, puesto que ni el código civil de 70, ni el de 84 lo contemplaron.

Por lo que respecta a la voluntad del testador, ésta se mantiene en secreto hasta después de su muerte, es decir, hasta que sea abierto.

Sólo puede ser otorgado por personas mayores de edad (art. 1551), y para que sea válido debe estar escrito de forma íntegra por el testador y firmado por él, además de contener el día mes y año en que se otorgó.

Los extranjeros, expresa el numeral 1551 del ordenamiento civil, podrán redactar el testamento en su propio idioma.

El testador elaborará por duplicado su testamento ológrafo e imprimirá en cada ejemplar su huella digital. El original, en sobre sellado y lacrado, será depositado en el Archivo General de Notarías, mientras que, la copia de igual forma en sobre cerrado y lacrado con la leyenda "Recibí el pliego cerrado que el señor... afirma contiene original su testamento ológrafo, del cual, según afirmación del mismo señor, existe dentro de este sobre un duplicado", será devuelto al testador. Éste podrá colocar en los sobres que contengan los testamentos, los sellos, señales o marcas que considere necesarios para prevenir violaciones (art. 1553).

El otorgante acudirá de forma personal a depositar el testamento en el Archivo General de Notarías, si no es conocido del encargado de la oficina, deberá hacerse acompañar de dos testigos para que lo identifiquen. El testador escribirá arriba del sobre que contenga su testamento la siguiente nota: "dentro de este sobre se contiene mi testamento", Además se precisará el lugar y la fecha en que se efectúa el depósito. Por último, firmarán la nota el autor del testamento, el encargado de la oficina y en caso de que hayan concurrido testigos de identificación también (art. 1554). Se procederá de forma idéntica con el sobre que contenga el duplicado, con la salvedad, de que la nota será la que señalamos con antelación (art. 1555).

Las formalidades del depósito son tan importantes que, si el testador no puede acudir a la oficina del Archivo a entregar su testamento, el encargado de ella deberá acudir al lugar donde se encuentre aquél para cumplir con lo establecido por la ley.

El jefe del Archivo General de Notarías llevará un libro de control, en el cual registrará el testamento depositado, con la finalidad de identificarlo y conservará el original bajo su responsabilidad hasta que realice su entrega al testador o al Juez correspondiente (art. 1557).

Procede la revocación real del testamento ológrafo, cuando éste es retirado, según el artículo 1556, de la oficina del Archivo General de Notarías, ya sea por el mismo testador o a través de mandatario con poder especial otorgado en escritura pública. Situación que se hará constar en acta firmada por el interesado o su mandatario y el encargado de la oficina. También, como ya mencionamos, si el testamento original o el duplicado estuvieren rotos o el sobre abierto, o cuando las firmas que lo autorizan presenten borraduras, raspaduras o enmendaduras, a pesar de que el contenido este indemne, se considerará revocado (art. 1563).

En oposición al testamento público abierto, el ológrafo no se considera perfecto, pues para que surta todos sus efectos debe ser declarado formal (art. 1561).

De igual forma, este testamento se puede comprar con el *tripertitum*, pues admite criterios de elaboración similares. Aunque en las formas modernas de otorgar testamento, el hecho por el padre a favor de los hijos en su segunda modalidad, o sea, la escrita, tenía que ser redactado de puño y letra del testador.

B. Testamentos especiales

El artículo 1501 señala que el testamento especial, puede ser: I. Privado; II. Militar; III. Marítimo; y IV. Hecho en país extranjero.

a) Testamento Privado

Este testamento se otorga cuando al testador no le es posible de acuerdo a las circunstancias que lo envuelven, hacer un ordinario. Los casos en que se permite, de acuerdo con el numeral 1565, son:

I. Cuando el testador es atacado de una enfermedad tan violenta y grave que no de tiempo para que concurra notario a hacer el testamento;

II. Cuando no haya notario en la población, o Juez que actué por receptoría;

III. Cuando, aunque haya notario o Juez en la población, sea imposible, o por lo menos muy difícil, que concurran al otorgamiento del testamento; y

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

Sin embargo, para que el testador pueda hacer un testamento privado de acuerdo a las circunstancias referidas, le debe resultar imposible hacer un ológrafo (art. 1566).

El otorgante que se encuentre en posibilidad de realizar testamento privado, declarará su última voluntad ante cinco testigos, si aquél no puede escribir lo hará uno de los testigos (art. 1567). Se prescindirá de la redacción del testamento si ninguno de los testigos sabe escribir y en casos de suma ignorancia, en este último supuesto sólo será necesaria la presencia de tres testigos (artículo 1568 y 1569).

Para el otorgamiento del testamento privado, expresa el numeral 1570, se observarán las disposiciones relativas al público abierto.

Este tipo de testamento sólo surtirá efectos si el que lo otorgó fallece por causa de la enfermedad o peligro en que se hallaba, o dentro de un mes desaparecida la situación que lo propicio, amén, necesita para su validez declaración del Juez (artículos 1571 y 1572).

Tienen derecho a pedir la declaración los interesados, una vez que conozcan la muerte del testador y la forma de su disposición (art. 1573).

Los testigos que participen en la confección de un testamento, señala el numeral 1574, tienen la obligación de declarar:

I. Lugar, fecha y hora en que se otorgó el testamento;

II. Si reconocieron, vieron y oyeron claramente al testador;

III. El contenido de la disposición;

IV. Si el testador estaba en su cabal juicio y libre de coacción;

V. La razón por la que se hizo el testamento privado;

VI. Si es de su conocimiento que el testador falleció de la enfermedad o del peligro en que se encontraba.

Si los testigos son considerados idóneos y las circunstancias que relatan concuerdan entre sí, el Juez declarará que sus dichos son el formal testamento de la persona de quien se trate (art. 1575). Mas, si algún testigo muere después de la muerte del testador, la declaración se realizará con los restantes con tal de que sean mas de tres (art. 1576). Las mismas reglas se observarán en el caso de ausencia de los testigos, siempre que no haya dolo (art. 1577).

Por último, si es sabido el lugar donde se hallan los testigos, serán examinados por exhorto (art. 1578).

Atendiendo a las causas que originan el otorgamiento del testamento, se puede asemejar al *pers aes et libram*, pues quien lo otorgaba estaba próximo a morir sin haber otorgado testamento ante los comicios o *in procintu*.

b) Testamento Militar

Esta categoría corresponde de forma única y exclusiva a los integrantes del ejército, fuerza aérea y armada.³⁰³ Atendiendo al numeral 1579 del Código Civil, podemos decir que el testamento militar, es la disposición que realiza el militar o el asimilado del ejército en el momento de entrar en acción de guerra o estando herido sobre el campo de batalla. Puede ser verbal o escrito; en el primer supuesto bastará con una simple declaración de voluntad ante dos testigos; y en el segundo, es suficiente la entrega del pliego cerrado que contenga su última disposición, firmada de su puño y letra, a los mismos testigos.

Las mismas disposiciones, se aplicarán, en tratándose de prisioneros de guerra (art. 1580).

Los testigos que tengan en su poder testamento escrito, deberán entregarlo al jefe de la corporación, una vez que el testador muera, quien lo enviará al Secretario de la Defensa Nacional, y éste a la autoridad judicial que corresponda (art. 1581).

Pero, si el testamento fue otorgado de palabra, los testigos informarán al jefe de la corporación, quien lo comunicará al secretario de la Defensa Nacional y ésta a su vez a la autoridad judicial competente (1582).

³⁰³ *Ibidem*, p. 60.

El testamento militar producirá “efectos si el testador fallece de la enfermedad o en el peligro que se hallaba, o dentro de un mes desaparecida la causa que lo autorizó (art. 1571).”

Al final, el artículo 1578 expresa que, si es conocido el lugar en que se encuentran los testigos, se les examinará por medio de exhortos.

El testamento militar fue conocido por los romanos, tan es así que se pueden extraer antecedentes del mismo, tanto en las formas antiguas de testar como en las nuevas.

Dentro de las formas antiguas se encontraba el testamento *in procintu*, el cual se otorgaba en tiempo de guerra, antes de ir a la batalla y de forma oral ante los compañeros más próximos. Sin embargo, por sus características perdía validez una vez que el militar regresaba de campaña.

En las nuevas formas de hacer testamento, se estableció la distinción entre ordinarios y extraordinarios. El *testamentum militis*, ya era considerado como extraordinario, pues suponía la derogación de las reglas del derecho sucesorio.

Es innegable la influencia romanista que se desprende de esta comparación.

c) Testamento Marítimo

El Código Civil expresa que los que se encuentran en alta mar, a bordo de navíos de la Marina Nacional, sea de guerra o mercante pueden testar (art. 1583). Siempre y cuando se sujeten a las prescripciones que el mismo enuncia.

El testamento marítimo se debe otorgar por escrito ante dos testigos y el capitán de la embarcación. Deberá ser leído, datado y firmado por el testador, además del capitán y los testigos (art. 1584). Deberá elaborarse por duplicado, se conservará entre los papeles más importantes de la embarcación y de él se hará mención en su diario (art. 1586).

En caso de que el buque llegue a un puerto en que haya agente diplomático mexicano (cónsul o vicecónsul), el capitán le hará entrega de un ejemplar del testamento, fechado y sellado, acompañado de una copia de la nota que debe constar en el diario de la embarcación. No obstante, si el arribo es en territorio mexicano, entregará el ejemplar restante o los dos, si es que no entregó alguno en otra parte. En cualesquiera de estos supuestos el capitán de la nave, exigirá recibo de la entrega y lo citará por nota en el diario (artículos 1587, 1588 y 1589).

Por su parte, los agentes diplomáticos, cónsules o autoridades marítimas, levantarán después de que reciban los ejemplares del testamento, acta de la entrega, la cual entregarán con los referidos ejemplares a la Secretaría de Relaciones Exteriores y está a su vez al Gobierno del Distrito Federal, para que se publique la noticia de la muerte del testador en la Gaceta Oficial, para que los interesados promuevan la apertura del testamento (art. 1590).

El testamento sólo surtirá efectos si el otorgante fallece en el mar, o dentro de un mes contado desde su desembarque en algún lugar que conforme a la legislación mexicana o extranjera, haya podido ratificar u otorgar de nuevo su última disposición (art. 1591).

Dicho testamento no tiene antecedente alguno en la legislación romana. A propósito De Ibarrola, refiere que encuentra remotos antecedentes en la ley romana, empero, su regulación la debemos a los Códigos de Castilla.³⁰⁴

d) Testamento Hecho en país extranjero

El testamento hecho en país extranjero producirá efectos en el Distrito Federal, siempre que haya sido elaborados de acuerdo con las leyes del país en que se otorgó (art. 1593).

Los secretarios de legación, los cónsules y vicecónsules, podrán hacer las veces de notarios o de receptores de los testamentos de los nacionales en el exterior, en el entendido de que las disposiciones testamentarias deban ser ejecutadas en el territorio del Distrito Federal (art. 1594). Es obligación de los mencionados funcionarios remitir copia autorizada de los testamentos que ante ellos se otorguen a la Secretaría de Relaciones Exteriores (art. 1595).

Si el testamento fuere ológrafo, el funcionario ante quien se deposite, lo enviará en un término de diez días, al encargado del Archivo General de Notarias, esto a través de la mencionada secretaría, pero si es confiado a la guarda del funcionario, hará mención de la situación y extenderá recibo de entrega (artículo 11596 y 1597).

Los testamentos otorgados ante agentes diplomáticos o consulares, se extenderán en papel que contenga el sello de la legación o consulado que corresponda (1598).

³⁰⁴ DE IBARROLA, Antonio, *op. cit.*, p. 727.

Esta categoría obedece, dicho sea de paso, al principio de seguridad jurídica de los connacionales que residen en el extranjero, por ende, no tiene precedente romano alguno.

4.7. Sustituciones

A. Concepto

La sustitución, refiere De Ibarrola, es “el nombramiento, por acto de última voluntad, de un heredero, en SUBROGACIÓN del nombrado en primer lugar”.³⁰⁵ Este derecho atañe al testador y puede sustituir, de acuerdo con el numeral 1472 del Código Civil, una o más personas al heredero o herederos instituidos, para que el caso de que mueran antes que él, o de que no puedan o no quieran aceptar la herencia.

La sustitución es propiamente una institución de heredero, por lo tanto, debe seguir las reglas establecidas para la designación de herederos.³⁰⁶

A propósito dicha institución era conocida y recurrida por los romanos, pues tenía la finalidad de evitar la apertura de la sucesión *ab intestato*. La sustitución no aceptaba el nombramiento sucesivo de herederos, sino de diferentes grados de herederos. Su naturaleza era la de una institución de heredero sujeta a una condición.³⁰⁷

B. Tipos de sustituciones³⁰⁸

a) Sustitución vulgar, se refiere al nombramiento que hace el testador de una o más personas, para que ocupen el lugar del heredero, en caso de que éste no llegará a serlo (art. 1472).

Si bien esta categoría pertenece a la etapa del derecho romano clásico, ha sido adoptada de forma idéntica por la legislación actual.

b) Sustitución pupilar, el Código Civil de 1884 la definía en su artículo 3443 de la siguiente forma: “A los varones menores de catorce años y a las mujeres

³⁰⁵ *Ibidem*, p. 809.

³⁰⁶ ASPRÓN PELAYO, *Op. cit.*, p. 109.

³⁰⁷ PANERO GUTIÉRREZ, Ricardo, *op. cit.*, p. 745.

³⁰⁸ Esta clasificación corresponde a la establecida por Juan Manuel Asprón Pelayo en su multitudinaria obra de sucesiones.

menores de doce, pueden nombrar sustituto el padre o ascendiente bajo cuya potestad se hallan, para el caso de que mueran antes de la edad referida...”

El Código actual la proscribió pues “se contraponen al principio de que el testamento es un acto personalísimo.”³⁰⁹

La sustitución pupilar es la segunda clase que se alude en las fuentes, a pesar de que no forma parte del derecho vigente en la actualidad, el código civil anterior expresaba el origen de la misma, pues en Roma, “era... una simple consecuencia de la patria potestad y una aplicación del derecho ilimitado del *paterfamilias* de designar el propio sucesor...”³¹⁰

c) Sustitución cuasi-pupilar o ejemplar, “el ascendiente puede nombrar sustituto al descendiente mayor de edad que, conforme a derecho, haya sido declarado incapaz por enajenación mental...” De esta forma el Código de 1884 definió a la sustitución ejemplar. Sin embargo, así como la sustitución pupilar, ésta tampoco fue recibida por el ordenamiento de 1928. Pero rescató la aportación hecha por el derecho justinianeo.

d) Sustitución recíproca, es una variante de la sustitución vulgar, donde “el sustituto de uno es, a su vez, el sustituto del otro (art. 1477). Dicha variación no tiene antecedente preciso en la legislación romana, las tres posibilidades que contemplaba, a saber, son: a) un sustituto para el heredero instituido; b) varios sustitutos para un solo heredero; y c) un solo sustituto para varios herederos.

e) Sustitución indirecta o fideicomisaria, se presenta cuando el sustituto recibe la herencia por parte del heredero, en otras palabras, “es la designación que hace el testador (fideicomitente) de un heredero (fiduciario), para que conserve y transmita la herencia a otro (fideicomisario), ya sea en vida o hasta el momento de su respectiva muerte.”³¹¹ Por otra parte, la legislación vigente prohíbe este tipo de sustituciones (art. 1473); amén de, sancionarlas con la nulidad (1478).

³⁰⁹ DE IBARROLA, Antonio, *op. cit.*, p. 813.

³¹⁰ BONFANTE, Pedro, *op. cit.*, p. 622.

³¹¹ ASPRÓN PELAYO, Juan Manuel, *op. cit.*, p. 112.

Indubitablemente, el fideicomiso de herencia romano, encuentra su igual en la sustitución fideicomisaria, ya que aquél tenía por objeto la transmisión de toda la herencia o parte de ella a un tercero, es decir, el heredero fiduciario estaba obligado a transmitir las cosas al beneficiario (fideicomisario).³¹²

4.8. Nulidad, revocación y caducidad de los testamentos

A. Nulidad

En concordancia con De Ibarrola, no se debe confundir los casos de revocación, caducidad y nulidad, puesto que, “en éste (caso de nulidad) el testamento carece de valor desde el día en que fuere hecho, y sea cual fuere la fecha de la muerte del testador no producirá efecto alguno”.³¹³ Por su parte, el Código Civil local presenta los supuestos y las razones por las que, los testamentos no producen consecuencias.

Antes de hacer la comparación, es pertinente referir que las fuentes versan sobre invalidez inicial o sucesiva, mas no sobre nulidad. Salvo esta precisión, la influencia es muy notable.

El artículo 1484 da a conocer el primer supuesto de nulidad, pues, considera nula la institución de heredero o legatario hecha en memorias o comunicados secretos. La ley sanciona la falta de forma con nulidad absoluta, ya que se trata de un acto solemne.³¹⁴

La jurisprudencia romana sanciona con invalidez (inicial), el testamento con defectos de forma y lo considera: *iniustum, non iure factum* o *imperfectum*. Sin duda este criterio es aplicable a más de un acto jurídico contemplado en la legislación civil, no sólo al testamento.

El testamento que es confeccionado por el testador, si éste está sometido a amenazas contra su persona o bienes, o contra la persona o bienes de su cónyuge o de sus parientes, es nulo (art. 1485) Este es el segundo caso. Sin embargo, el otorgante que se encuentre en este supuesto, podrá una vez que haya cesado la violencia o disponga de completa libertad, revalidar su

³¹² DI PIETRO, Alfredo, *op. cit.*, p. 412.

³¹³ DE IBARROLA, Antonio, *op. cit.*, p. 733.

³¹⁴ A pesar de que el Código Civil vigente, ya no comprende a los codicillos ni las memorias secretas, su antecesor de 1884 las admitía, el artículo 3463 de este último ordenamiento establecía que, “los legados podrán dejarse por esos medios (memorias o comunicados secretos). Los codicillo eran considerados disposiciones de última voluntad menos solemnes, mientras que las memorias, escritos tendentes a modificar o aclarar un testamento. *Ibidem*, pp. 699 y 700.

testamento con las mismas solemnidades como si lo otorgara de nuevo (art. 1486).

El tercer caso lo encontramos en el numeral 1487, del cual se desprende que, es nulo el testamento captado por dolo o fraude.

El cuarto, esta contenido en el artículo 1489 y expresa que, “es nulo el testamento en que el testador no exprese cumplida y claramente su voluntad, sino sólo por señales o monosílabos en respuesta a las preguntas que se le hacen.”

Por último, se sanciona con nulidad al testamento elaborado en contravención a las formas que prescribe la ley (art. 1491).

En este supuesto pueden ser contenidos todos los casos existentes, ya que la desobediencia de las disposiciones legales aplicables a los testamentos, necesariamente conlleva una consecuencia contraria a lo que se pretendió alcanzar. A propósito el derecho romano, además de el testamento *iniustum*, contemplaba 3 categorías más (*inutile o nullius momenti, irritum factum y ruptum*).³¹⁵

B. Revocación

El testamento, desde el enfoque de diferentes legislaciones (incluyendo el Código Civil para el Distrito Federal), es considerado como un acto revocable, es decir, que se puede dejar sin efecto. A propósito, el texto del artículo 1493 tacha de nula la renuncia que se haga de la facultad de revocar el testamento.

Por lo tanto, el testamento posterior perfecto revoca al anterior, a no ser que el testador disponga que aquél subsista todo o en parte (art. 1494). Dicha revocación perdura, a pesar de que el testamento postrero caduque por incapacidad o renuncia de los heredero o legatarios nuevamente nombrados (art. 1495).

Empero, el artículo 1496 expresa que, si el testador revoca el testamento posterior, el anterior recobrará su fuerza, si el otorgante así lo declara.

Estos preceptos, acogen la regulación del *ius civile*, el cual dictaba que la revocación no procedía, sino mediante el otorgamiento de un nuevo testamento válido, aunque después resultará ineficaz.

³¹⁵ IGLESIAS, Juan, *op. cit.*, p. 414.

Es necesario mencionar la llamada revocación real, que aunque no es propiamente la facultad ejercida por el autor del testamento, es considerada así por la doctrina. Al respecto, nuestro ordenamiento civil establece lo siguiente:

“Artículo 1548. El testamento cerrado quedará sin efecto siempre que se encuentre roto el pliego interior o abierto el que forma la cubierta, o borradas, raspadas o enmendadas las firmas que lo autorizan, aunque el contenido no sea vicioso.”

Esta clase de revocación encuentra una reminiscencia, en el *ius honorarium*, cuando el pretor concedía la *bonorum possessio* a los herederos *ab intestato*. A pesar de que no exista nuevo testamento, si el testador ha destruido el viejo testamento, o ha roto los sellos, o borrado la institución de heredero. En otras palabras, cuando parezca evidente la voluntad de revocar el testamento.

C. Caducidad

El testamento válido caduca cuando pierde su eficacia por causas extrañas a la voluntad del testador.³¹⁶

Las disposiciones testamentarias, señala el artículo 1497, caducan y quedan sin efecto, en lo relativo a los herederos y legatarios:

- I. Si el heredero o legatario muere antes que el testador o antes de que se cumpla la condición de que dependa la herencia o legado;
- II. Si el heredero o legatario se hace incapaz de recibir la herencia o legado;
- III. Si renuncia a su derecho.

En Roma se empleaba la palabra ineficacia, para referir lo que ahora conocemos como caducidad y el testamento era calificado como *desertum o destitutum*, por las mismas causas por las que las disposiciones testamentarias resultan caducas. Por lo que, la caducidad es una institución que contiene los mismos lineamientos que regían a la ineficacia en el derecho romano. No sobra decir que ésta, es adoptada de forma casi idéntica.

³¹⁶ DE IBARROLA, Antonio, *op. cit.*, p. 753.

4.9. Los legados

A. Concepto de legado

Asociado a la herencia, es de suma importancia el estudio de los legados, las razones que los originan y su clasificación.

El legado es definido como “una disposición testamentaria por la cual el testador manda una cosa o porción de bienes, a título singular, a una persona o personas determinadas”.³¹⁷ Y puede consistir en la prestación de una cosa, hecho o servicio (art. 1391). El vocablo definido puede, además, referir el acto de transmisión a título particular de una cosa o el objeto transmitido.³¹⁸ El derecho romano clásico formuló diferentes definiciones al respecto, no obstante, la doctrina las ha calificado como discordantes, verbigracia: para Ulpiano el legado es como la ley, mientras que para Modestino es una donación; dejados ambos en testamento o en codicillo confirmado por éste.³¹⁹ Por lo tanto, podemos afirmar que la definición civil, alejada de la romana, es ordenada y completa.

B. Clasificación de los legados

De la regulación de los legados contenida en el Código Civil local, se desprende una clasificación, la cual con ayuda de algunos tratadistas, se estructura de la siguiente forma.³²⁰

a) Legados en razón a su complejidad en la eficacia

- Puros y simples, son los que están libres de condición alguna. El artículo 1398 del Código e comento es un claro ejemplo.
- Sujetos a modalidad, ya sea que estén sujetos a una condición o plazo suspensivo o resolutorio. Pues, su eficacia depende o no de un acontecimiento futuro e incierto.

b) En razón de su origen

- Sin causa determinante, son aquellos que surgen sin una razón específica.

³¹⁷ *Ibidem*, p. 832.

³¹⁸ *Ibidem*, p. 831.

³¹⁹ PANERO GUTIÉRREZ, Ricardo, *op. cit.*, p. 749.

³²⁰ ADAME LÓPEZ, Gilberto Ángel, *Exposición sistemática de los legados*, 2ª. ed., México, Porrúa-Colegio de Notarios del Distrito Federal, 2004, pp.14 y ss., y ASPRÓN PELAYO, Juan Manuel, *op. cit.*, pp. 90y ss.

- Sub-causa, son los que expresan la razón que los impulso, verbigracia: los legados remuneratorios.

c) Legados en razón de su finalidad

- Sin finalidad, son aquellos que no tienen un destino determinado, ya que el testador no se lo fija.
- Sub-modo, en estos se especifica el fin al que deben destinarse. El Código Civil menciona el de alimentos (art. 1463), y el de educación (art. 1466).

d) Legados que atienden a la complejidad en el objeto

- De cosa determinada, son todos los que comprenden un bien determinado e individualizado.
- Alternativos, consisten en una de varias prestaciones de dar o hacer, la elección corresponde al heredero a menos que exista disposición en contrario (art. 1421).

e) Legados en función de la carga que sufre el legatario

- Gratuitos, son aquellos en los que el legatario está exento de prestación alguna.
- Onerosos, son aquellos que implican el cumplimiento de una prestación por parte del legatario, para que pueda recibirlos.

f) Legados en razón de quien debe prestarlo

- Legado en sentido estricto, son los que se pagan con la masa hereditaria o por algún heredero.
- Sub-legado, son los que deben ser prestados por otro legatario de la misma sucesión.

g) Legados que atienden por orden de pago

Estos son: preferentes y ordinarios.

Preferentes

- Remuneratorios, representan una forma de agradecimiento del testador por un servicio prestado por el cual no tenía obligación de pagar (art. 1414 frac. I).³²¹
- Los que la ley señale, por ejemplo el contenido en el numeral 1401.

³²¹ ASPRÓN PELAYO, Juan Manuel, *op. cit.*, p. 90.

- Los de cosa cierta y determinada que pertenezca al testador.
- Los de alimentos y educación.

Ordinarios, son los que se irán liquidando en el orden que los legatarios comparezcan.

h) Legados en función de la legislación que los regula

- Regulados en leyes locales.
- Regulados en leyes federales.

i) Legados por su materia u objeto

Legados de bienes específicos:

- De bienes corpóreos específicos, tienen su fundamento en el artículo 1402, que dice: “Cuando se legue una cosa con todo lo que comprenda , no se entenderán legados los documentos justificantes de propiedad, ni los créditos activos, a no ser que se hayan mencionado específicamente.”
- De bienes corpóreos específicos propios del testador, en este supuesto el legatario adquiere la propiedad desde la muerte del testador, por ende, hace suyos los frutos pendientes y futuros, salvo que el testador haya dispuesto otra cosa (art. 1429).
- De bienes corpóreos específicos, ajenos al testador, el artículo 1432 expresa que el legado de cosa ajena es válido, siempre que el testador tuviere conocimiento de que la cosa era ajena, por lo que el heredero tiene la obligación de adquirirla y entregarla al legatario o en su defecto entregar el precio (art. 1432).

De acuerdo con Margadant S., el artículo 1432 del Código Civil, tiene un antecedente directo en el legado *per damnationem*, a través del cual se creaba una obligación a cargo del heredero, consistente en una prestación a favor del legatario. Podía comprender cosas del testador, heredero o de un tercero. En el supuesto de que la cosa no se encontrara en la masa hereditaria, el heredero debía adquirirla, pero si esto resultaba imposible tenía que pagar al legatario el valor. Sin embargo, el beneficiario no adquiere directamente; sólo cuenta con la *actio ex testamento* para reclamar sus derechos.³²²

³²² MARGADANT S., Guillermo Floris, *op. cit.*, p. 489.

- De bienes corpóreos específicos, totalmente ajenos al testador, es válido legar una cosa a favor de un tercero que es propia del heredero o de un legatario, si éstos aceptan la sucesión deberán entregar la cosa legada o su precio (art. 1439).
- De bienes corpóreos específicos, parcialmente ajenos al testador, este tipo es referido por el artículo 1431 del Código Civil de la siguiente manera: “cuando el testador, el heredero o el legatario sólo tengan cierta parte o derecho en la cosa legada, se restringirá el legado a esa parte o derecho, si el testador no declara de un modo expreso, que sabía ser la cosa parcialmente de otro, y que no obstante esto, la legaba por entero.” Es decir, el legado se reduce a lo que era propiedad del testador, heredero o legatario.
- De bienes corpóreos específicos, gravados, en el supuesto de que sobre la cosa, objeto del legado, pese algún gravamen, antes del otorgamiento del testamento o de forma posterior, la liberación será a cargo de la herencia, sin perjuicio de lo que haya dispuesto el testador. Si el legatario realiza el pago, se subrogará en el lugar y los derechos del acreedor para reclamar contra el obligado. Empero, si la cosa tiene cualquier otra carga, pasa también al legatario (art. 1443).
- De bienes corpóreos específicos, alternativo; en caso que el testador deje al legatario una de varias cosas, la elección corresponde al heredero a menos que se haya otorgado al legatario (art. 1421). Cuando el heredero tiene la elección puede entregar la cosa de menor valor, pero, si corresponde al legatario, puede exigir la cosa de mayor valor (art. 1422).
- De bienes corpóreos específicos, universal, al respecto, Asprón Pelayo, refiere que “no es un legado, sino que se trata de una verdadera institución de heredero”,³²³ ya que se deja a una persona el usufructo de la totalidad o una parte proporcional de los bienes de la herencia, sin que se especifique.

Legados de bienes genéricos:

³²³ ASPRÓN PELAYO, Juan Manuel, *op. cit.*, p. 97.

- De bienes corpóreos genéricos, género, es válido el legado que comprende una cosa mueble indeterminada pero, comprendida en género determinado a pesar de que en la masa hereditaria no se encuentre cosa alguna del género a que la cosa legada pertenezca (art. 1455). En este caso, el obligado al pagar el legado tiene la elección, y cumple:

- Con entregar una de mediana calidad si la cosa existe;
- Al comprar una de esa misma calidad, si no existe; y
- Si abona al legatario el precio correspondiente, previo convenio o a juicio de peritos (art. 1456).

No obstante, si el autor de la herencia concede al legatario la elección, la solución será distinta:

- Si hubiere varias cosas del género determinado, el legatario, podrá escoger la mejor;
- Si no las hubiere, podrá exigir una de mediana calidad o el precio que le corresponda (art. 1457).

Por último, el legado que recae sobre cosa indeterminada mueble, dice el artículo 1458, sólo será válido si existen en la herencia varias del mismo género, para realizar la elección se observarán las reglas precisadas en los párrafos que anteceden.

- De bienes corpóreos genéricos, cantidad; quedan comprendidos aquí, los legados en dinero, los cuales deben ser pagados en esa especie; y si no lo hay, con el producto de los bienes que se vendan (art. 1461); el legado que versa sobre cosa o cantidad depositada en lugar determinado, sólo subsistirá en la parte que en él se encuentre (1457).
- De bienes corpóreos de pensión periódica; en consonancia con el artículo 1468 del ordenamiento en comento, son los que nacen desde la muerte del *de cuius*, sin importar el la cantidad, el objeto o el plazo; y se extinguen con la muerte del legatario.
- De bienes corpóreos de pensión periódica de alimentos; enuncia el Código Civil, dura mientras viva el legatario, a menos que el testador haya dispuesto otra cosa (art. 1463).

- De bienes corpóreos de pensión periódica de educación; el legado de educación, dice el numeral 1466, dura hasta que el legatario alcanza la mayoría de edad; también termina si el legatario durante la minoría de edad, consigue profesión u oficio con que subsistir o contrae matrimonio (1467).
- De bienes incorpóreos de derechos reales; es decir, los que comprenden al usufructo, uso, habitación o servidumbre, subsistirán mientras viva el legatario, a no ser que el testador ordene que duren menos, pero, si el legado es dejado a una persona moral, sólo durará veinte años (artículos 1469 y 1470).
- De bienes incorpóreos, de liberación, de deuda específica, principal; la deuda legada al deudor extingue la obligación y constriñe al que debe cumplirlo a dar la constancia de pago al deudor, desempeñar las prendas, cancelar hipotecas y fianzas, así como, liberar al legatario de toda responsabilidad. De igual manera, legado el título que contiene la deuda, ya sea público o privado, se entiende legada ésta. Además, quedan comprendidos los intereses que por el crédito o deuda se deban a la muerte del deudor (artículos 1444 1445y 1452).

El derecho romano conoció el legado de liberación, sin embargo, no se consideró un modo válido para extinguir las obligaciones. De acuerdo con el *ius civile* la deuda perdura. El legatario por su parte, contaba con un par de acciones para evadir el pago y extinguir la deuda: 1. *Exceptio doli mali*, y 2. *actio ex testamento*.³²⁴

- De bienes incorpóreos, específico de liberación de garantías, son los que tienen por objeto la devolución de la cosa que se recibió en prenda o del título constitutivo de una hipoteca, sólo extinguen la prenda o la hipoteca, no así la deuda, a menos que se prevea de forma expresa (art. 1441). Las mismas reglas se siguen para el legado de una fianza ya sea hecho a favor del fiador o del deudor principal (art. 1442).
- De bienes incorpóreos, de liberación de deuda genérico; también llamado de perdón de deudas, comprende sólo las que existe al

³²⁴ DI PIETRO, Alfredo, *op. cit.*, p. 401.

momento de confeccionarse el testamento y no las que surjan de forma posterior (art. 1454).

- De bienes incorpóreos, de crédito; es el legado, dice el numeral 1449, que se hace a un tercero, de un crédito a favor del testador y sólo produce efectos en la parte del crédito que permanezca insoluto al momento de la muerte del *de cuius*.³²⁵ El obligado cumple el legado al entregar el título del crédito y al ceder todas las acciones que en virtud de él le correspondan al testador (art. 1450). Como consecuencia el que paga el legado es liberado de la obligación de saneamiento y de toda responsabilidad que proceda del título, de la insolvencia del deudor, de los fiadores de éste o por cualquier otra causa (art. 1450).

Conocido por el derecho romano como: *legatum nominis*. El crédito correspondía en principio al heredero, debido a su calidad de sucesor y lo transmitía constituyendo al legatario como una especie de mandatario, y cediendo las acciones correspondientes, sin responder por la insolvencia del deudor.³²⁶

- De bienes incorpóreos, de deuda, si el testador hace un legado a favor de su acreedor, éste no compensa el crédito, a menos que declare otra cosa, pero, si la compensación se produce y los valores fueren diferentes: el acreedor tendrá el derecho de cobrar el excedente ya sea del crédito o del legado (artículos 1446 y 1448). De igual forma, a través de un legado, el testador puede mejorar la situación de su acreedor; haciendo puro el crédito condicional, hipotecario el simple o exigible el que este sujeto a plazo; sin que se perjudique los privilegios de los demás acreedores (art. 1449). Otrora resultaba nulo, pues el testador lega al acreedor la deuda que tiene con él, por lo tanto no se trata de una liberalidad sino de una obligación debida, empero, si resulta una ventaja a favor del deudor se torna válido. Por ejemplo: llegando de forma pura y simple la obligación condicional.³²⁷

³²⁵ ASPRÓN PELAYO, Juan Manuel, *op. cit.*, p. 102.

³²⁶ DI PIETRO, Alfredo, *op. cit.*, p. 401.

³²⁷ *Idem*.

Como se evidencia, la comparación no es muy precisa, puesto que en Roma, se partía en principio de las formas de legado: *per vindicationem* y *per damnationem*. Posteriormente se emplearon dos más, estas son, *sinedi modo* y *per praeceptionem*. De ahí, cada legado podía tener por objeto cosas corporales, incorporales o universalidades, es decir, existía una clasificación de legados que nos remitía a los cuatro citados y una enumeración objetos materia de los legados. Sin embargo, los legados como institución corroboran la herencia de la tradición jurídica romana, aunque el tratamiento sea muy distinto.

CONCLUSIONES

1. La sucesión hereditaria en el derecho romano, tenía como objetivo principal: fijar un sucesor al *de cuius*, el cual debía continuar la personalidad de éste.
2. La *hereditas* fue una clase de sucesión universal, cuyos efectos se producían a partir de la muerte del causante y ubicaba al *heres* como titular del patrimonio del difunto.
3. Los *heredes* podían ser considerados como sujetos activos o pasivos si el difunto era acreedor o deudor. En principio tenían la obligación de responder por las deudas del *de cuius* inclusive con su patrimonio, sin embargo, el derecho pretorio y justiniano atenuaron esta carga con la introducción del derecho de abstenerse de aceptar la herencia y del beneficio de inventario respectivamente.
4. El derecho sucesorio romano estableció una clasificación de herederos para distinguirlos entre: necesarios y voluntarios. El primer grupo comprendía a las personas sujetas a la patria potestad del causante y a los esclavos manumitidos, mientras que el segundo, a todos aquellos que no formaban parte de la casa del *paterfamilias*.
5. En Roma existieron tres vías para tramitar la herencia: testamentaria, *ab intestato* e inoficiosa. Es preciso señalar que, la sucesión no podía tramitarse de forma testamentaria e intestamentaria simultáneamente, sin embargo, cualquiera de estas podía coexistir con la inoficiosa.
6. El llamado a heredar se producía al momento de la muerte del autor de la sucesión o al abrir el testamento. En cambio, la adquisición de la masa hereditaria se producía sin realización de acto posterior alguno en el caso de los herederos necesarios, pero tratándose de herederos necesarios, la manifestación de la voluntad era forzosa.
7. La delación o llamado a heredar se producía por disposición de la ley o por testamento. El llamado por vía legítima era intransmisible, ya que sólo quien es llamado obtiene el derecho.
8. El heredero contaba con dos medios de defensa para poder reclamar el patrimonio que conformaba la herencia, respecto de aquellos que se

encontraban en posesión de los bienes, estos son: *hereditatis petitio* y *interdicto quam hereditatem*.

9. La aceptación de la herencia era absoluta y debía constar la voluntad y el conocimiento del aceptante, además, tenía que manifestarse por cualquiera de las siguientes formas: *cretio*, *pro herede gestio* y *aditio nuda voluntate*. Por otra parte la renuncia, adopta las mismas reglas de validez de su contraria, es decir, la aceptación.
10. Podía ocurrir la confusión patrimonial como un efecto de la aceptación de la herencia. Sin embargo, el pretor estableció tres medidas para proteger los intereses de los acreedores.
11. La comunidad hereditaria se refería a un llamado múltiple de herederos, la cual se consideró universal, forzosa y transitoria. Es preciso señalar que, iniciaba con la muerte del causante y concluía con la partición de la herencia.
12. El derecho de acrecer tenía lugar si tras la concurrencia de herederos, alguno no aceptaba la herencia y no habiendo sustituto, ni existiendo la posibilidad de transmitir la delación.
13. Mientras que el *ius civile* reguló la *hereditas* como una forma de sucesión universal *mortis causa*, considerada como genuina. El derecho honorario, por su parte, introdujo la *bonorum possessio*, definida como régimen pretorio de atribución de bienes, con el fin de corregir los errores de la mencionada *hereditas*.
14. Al auspicio de la *bonorum possessio*, el pretor coloca al *bonorum possessor* en la misma situación que el heredero, con todas las acciones que a favor o en contra atañen al *heres* del *ius civile*.
15. La *bonorum possessio* contaba con efecto tripartito, pues, confirmaba, suplía o corregía al *ius civile*. En este sentido, se podía clasificar entre la que atendían al actuar del pretor, es decir, observando un edicto o decreto; y a la causa de atribución, en concordancia con el testamento, en contra del testamento o supliendo la voluntad del causante.
16. La sucesión legítima o *ab intestato* se abría cuando no existía testamento, o existiendo resultaba inválido o ineficaz. Por lo tanto, se decía que, buscaba suplir la voluntad del *de cuius*.

17. La procedencia de la *ab intestato* no seguía al deceso del causante de forma inmediata, ya que debía imperar la seguridad de que, no existía testamento.
18. El fundamento y desarrollo de la vía legítima se encontraba en el Código decenviral, el derecho pretorio y justiniano.
19. El derecho romano durante el periodo de las Leyes de las XII Tablas, demostró gran inclinación por el parentesco agnático con la finalidad de conservar la integración de la familia primitiva y el culto privado, de tal suerte que, en la sucesión *ab intestato*, primer lugar eran llamados los *heredes sui*, en segundo los agnados y en último los gentiles.
20. La herencia *ab intestato* en el caso de los *sui heredes*, era repartida *per capita*, pero si alguno salía de la patria potestad o moría dejando herederos, éstos heredaban *per stirpes*. Los cuales por ser herederos en primer grado excluyen a los posteriores.
21. El llamamiento de los agnados, en consonancia con la Ley de las XII Tablas, implicaba la apertura de la sucesión intestamentaria en estricto sentido, éstos eran considerados herederos voluntarios y necesitaban adir la herencia. Si se presentaba una pluralidad de agnados, la partición de la herencia se hacía *per capita*. Al igual que los *sui heredes*, los agnados próximos excluían a los remotos.
22. Los gentiles, fueron el último orden considerado por el *ius civile* en la sucesión intestamentaria, sólo eran llamados a falta de *sui heredes* y agnados. Sin embargo, este llamado cayó en desuso a finales de la República.
23. El derecho pretorio con la finalidad de perfeccionar la regulación de la sucesión *ab intestato* fijada por el derecho civil, otorgó preferencia al parentesco de tipo sanguíneo y estableció un nuevo orden de llamados.
24. El primer llamado que hacía el pretor comprendía a los hijos y descendientes, hayan estado o no sujetos a la patria potestad del causante al suceder su muerte, por lo tanto, la *bonorum possessio unde liberi* es otorgada *cum re*, con efectos confirmativos para los *sui* y correctivos para los emancipados.
25. En ausencia de los hijos, el pretor llamaba a los *legitimi*; esto constituyó un segundo llamado de los *sui*, pero, sin incluir a los emancipados.

26. El tercer llamado que formuló el derecho honorario se hizo extensivo a los parientes consanguíneos por ambas líneas, e incluyó a los descendientes, ascendientes y colaterales hasta el séptimo grado.
27. En defecto de los parientes agnados y cognados el pretor procuró la herencia a favor del cónyuge supérstite, lo que se conoce comúnmente como un derecho recíproco de sucesión entre marido y mujer.
28. La concurrencia de *alieni iuris* y emancipados bajo el llamado *unde liberi*, provocó una situación de desequilibrio patrimonial, la cual fue solucionada mediante la *collatio bonorum* y *collatio dotis*.
29. La vía legítima continuó su proceso de perfeccionamiento, pues, las enmiendas del pretor influyeron fuertemente en el derecho imperial, de tal suerte que, se otorgó gran peso al parentesco sanguíneo.
30. Las modificaciones que insertaron los senadoconsultos hicieron factible la sucesión entre madre e hijo, siempre y cuando cumpliera con determinados presupuestos, concediéndole la situación de heredera voluntaria. De igual forma, se concedió a los hijos el derecho a heredar de la madre, sin distinción alguna y con preferencia a los parientes agnados y cognados.
31. Como pináculo de la vía legítima, Justiniano integro el *ius civile* y el derecho pretorio, estableciendo de manera terminante la primacía del parentesco consanguíneo respecto del agnaticio. Por consiguiente, el orden de llamados se vio reformulado.
32. La sucesión legítima de los libertos se rigió por las mismas reglas que la de los ingenuos, es decir, por el *ius civile*, derecho imperial y justiniano. Sin embargo, el patrono (siempre beneficiado), alteró el orden de ofrecimientos, ya que éste y su familia contaban con vocación hereditaria.
33. El otorgamiento de testamento en Roma, fue un acto que formo parte de la idiosincrasia del pueblo, de lo que se concluye que, la tramitación de la sucesión testamentaria tras la muerte del otorgante se presentaba de manera regular, mientras que, la sucesión *ab intestato* sólo excepcionalmente.
34. No obstante que la designación de heredero fue el principal interés del testamento romano, la doctrina se limitó a formular definiciones en las

que se le consideró como una simple declaración de voluntad con efectos post mortem.

35. En principio, el testamento se consideró un acto exclusivo de los ciudadanos romanos por virtud del *ius civile*, empero, con el paso del tiempo esta característica fue derogada. En cambio, se mantuvo inmutable como acto unilateral, personalísimo, solemne y de última voluntad.
36. Dos fueron las formas primitivas de hacer testamento: *calatis comitiis* e *in pro cintu*. De forma posterior se agregó el *per aes et libram*, sin embargo, no fue considerado propiamente un testamento. El primero y el segundo cayeron en desuso, mientras que el tercero se conservó.
37. El pretor concedió la *bonorum possessio* a los herederos designados en las tablillas, mas, los herederos legítimos podían argumentar falta de *macipatio* en el testamento y así obtener la herencia.
38. Durante el periodo clásico la mezcla de elementos del testamento escrito y oral, dieron como resultado una nueva forma, la cual fue conocida por Justiniano como *testamentum tripertitum*.
39. En oposición a las formas clásicas de testar, surgieron los llamados testamentos especiales o extraordinarios, los cuales atendían a las necesidades personales o temporales. Y reducían o aumentaban el número de requisitos, según el caso.
40. La sucesión testamentaria preciso de la *testamenti factio*, tanto activa como pasiva, ya sea que se pretendiera otorgar testamento, o bien, recibir una herencia por este medio.
41. Como una medida tendente a evitar la apertura de la sucesión intestamentaria y el acrecimiento, se introdujo en el testamento la sustitución, es decir, la designación de herederos sustitutos, para el caso de que el primero no llegara a serlo.
42. El *ius civile* conoció las sustituciones vulgar y pupilar, años más tarde el derecho justiniano implementó la sustitución cuasi pupilar.
43. No obstante que la libertad que la ley concedía al testador para confeccionar su testamento, éste podía ser invalido inicialmente por vicios, o bien siendo valido, resultar de forma posterior ineficaz por falta de heredero.

44. La voluntad del testador plasmada en el testamento se consideraba como última, a pesar de que podía ser revocada en cualquier momento. Las formas en que se podía manifestar eran simple y formal.
45. La apertura del testamento prescribía determinadas formalidades tal como el otorgamiento, incluso, establecía plazos para ejercitarla.
46. El *ius civile* contempló cartas que ampliaban la voluntad del testador sin necesidad de otorgar un nuevo testamento, llamadas codicillos, los cuales se regían por las mismas disposiciones que el testamento.
47. Los codicillo podían clasificarse en testamentarios y *ab intestato*, pero en tiempos de Justiniano al ser igualados con los legados y fideicomisos, dicha distinción desapareció.
48. Aunado al codicillo existió la cláusula codiciliar, la cual se insertaba en el testamento y establecía que si éste no llegaba a valer por incumplir algún requisito, se valiera como codicillo.
49. Se calificó como liberalidades a diferentes instituciones que tenían el fin de beneficiar a un tercero, su carácter fue particular y operaban *inter vivos* o *mortis causa*. No necesariamente se relacionaron con la *hereditas*, ya que ésta tenía una forma universal y sólo operaba tras la muerte del causante.
50. Los legados y fideicomisos fueron liberalidades con las cuales el testador gravó al heredero a favor de un tercero.
51. El legado se consideró una institución testamentaria a título particular, cuya validez estaba sujeta a la del testamento y a la aceptación de la herencia por parte del heredero instituido.
52. Dos fueron las formas de legados que existieron en principio: *per vindicationem* y *per damnationem*. Sin embargo, dos más se presentaron de forma transitoria: *sinedi modo* y *pre praeeptionem*.
53. El uso de las fórmulas en la institución de los legados fue fundamental, de tal suerte que, un error acarrearía la nulidad del mismo. Sin embargo, al final prevaleció la intención del testador sobre el uso de los métodos sacramentales, siempre y cuando no dejara lugar a dudas.
54. La distinción de los legados cayó en desuso en la época de Justiniano, pues éste, les atribuyó una misma naturaleza. No obstante, concedió al

beneficiario tres acciones distintas para perseguir el legado, estas son: *in rem, in personam e hypothecaria*.

55. Los legados además de su forma, se podían diferenciar por su objeto, puesto que podían consistir en cosas corporales, incorporales y universalidades; cada uno con características propias.
56. Era necesario que el heredero adquiriera la herencia para que, el legatario adquiriera el legado. Por lo tanto, el momento variaba, si el heredero era necesario, ostentaba el derecho a partir de la muerte del testador, pero, si era voluntario, el beneficiario tenía que esperar el momento de aceptación de la *hereditas* y sólo contaba con una expectativa.
57. El acrecentamiento entre colegatarios era factible, siempre y cuando algún colegatario resultara excluido por causa de muerte, incapacidad o renuncia, pero, se tenía que acudir al caso específico de legado, pues no todos operaban de igual manera.
58. En virtud de la amplísima facultad para instituir legados, la cual resultó perjudicial, se crearon medidas para limitarla, ciertamente la *lex Falcidia*, fue tan adecuada que provocó el desuso de toda medida formulada con anterioridad e influyó en todas las disposiciones patrimoniales *mortis causa* (verbigracia: el fideicomiso).
59. El legado resultaba ineficaz por distintas situaciones, puesto que si el testamento lo era, también el legado; por causas del legado, por ejemplo: falta de forma; por incapacidad del legatario; o bien, por voluntad del testador. La ineficacia podía ser inicial o sucesiva.
60. Para dejar sin efecto un legado, era necesaria la revocación del mismo, ésta se podía efectuar en el mismo testamento en que se otorgó por medio de una fórmula contraria, en la época del derecho clásico; así como, por medio de un codicillo confirmado. Posteriormente, Justiniano excluye las fórmulas pudiendo ser por medio de cualesquier palabras y a través de todo tipo de codicillos. La revocación podía ser tácita o expresa.
61. El fideicomiso fue un encargo basado en la confianza de una de las partes, la falta de formalidad lo caracterizó y lo colocó en una situación

preferente, pues fue ideal para evadir los requisitos del legado y la *hereditas*, así como para llenar las lagunas de éstos.

62. En un inicio, no existió protección jurídica al fideicomiso, sin embargo, con el paso del tiempo se encomendó su elaboración a los cónsules, pretores y gobernadores.
63. A pesar de que en la época clásica del derecho romano el legado y el fideicomiso fueron tratados como dos instituciones diferentes, el derecho justiniano los equiparó, no obstante, guardaban diferencias cruciales.
64. El derecho civil clásico y el honorario impusieron limitaciones de suma importancia a libertad de otorgar testamento, tan es así que no sólo se vio afectada la forma del acto, sino también el contenido. Por lo que se puede hablar de una sucesión legítima contra el testamento, ya sea formal o real.
65. La sucesión legítima formal contra el testamento encuentra su fundamento en la mención que de los herederos propios se haga en el testamento, ya sea para ser instituidos o desheredados. No pueden ser omitidos.
66. En cuanto a la sucesión legítima real, ésta otorgó preeminencia a los familiares cercanos, respecto de los agnaticios. Por lo que, se les benefició con la llamada cuota legítima y en caso de desheredación de alguno, el testamento se volvía inoficioso.
67. La ordenación de la sucesión contra el testamento concluyó con el derecho justiniano, el cual conjugó la dualidad de dicha institución y la depuró de principios morales para sujetarla única y exclusivamente a lo dispuesto por la ley.
68. La introducción del *Corpus Iuris Civilis* en España, es la principal razón a través de la cual podemos explicar el sistema de normas heredadas de nuestro Código Civil, máxime en materia de sucesiones.
69. El derecho mexicano de la época virreinal e inicio de la época del México independiente, se conformó en su mayoría por normas implantadas por la corona española. Salvo las modificaciones que paulatinamente se fueron introduciendo hasta la elaboración de los primeros códigos nacionales.

70. El Código Civil de Oaxaca, publicado entre los años 1827 y 1829, fue el primer ordenamiento en materia civil que tuvo vigencia en México, el cual reconocía como principal fuente al Código Napoleón.
71. La recta final del proceso de codificación y creación legislativa en México, se alcanzó con la elaboración del Código Civil de 1870, el cual citaba entre sus fuentes inspiradoras al Código Napoleón y los principios del derecho romano.
72. El Código Civil de 1884, resultó ser una revisión de su antecesor. Sin embargo, en materia de sucesiones concedió una amplia libertad de testar, tal como en el derecho romano.
73. En el año de 1932 se publicó el código Civil que actualmente rige en materia federal en toda la República y en materia local en el Distrito Federal, con una línea ideológica personal producto de la transición política y jurídica originada por la promulgación de la Constitución de 1917.
74. El libro de las sucesiones del Código Civil vigente en el distrito Federal se conforma por normas heredadas e implantadas, las primeras, cargadas de un gran contenido histórico, muestran la influencia romanista en materia de derecho sucesorio.
75. A pesar de que la sucesión por causa de muerte es una institución de origen romano recibida por el derecho civil mexicano, se inclina por la idea de disposición de bienes y no por la continuidad de la personalidad del difunto.
76. La clasificación de las sucesiones en Código Civil para el Distrito Federal, obedece a la distinción histórica de forma parcial y contraria, puesto que, sólo considera la sucesión testamentaria y legítima, amén de que, ambas pueden tramitarse respecto de un mismo patrimonio a un mismo tiempo.
77. El heredero descrito por el ordenamiento civil, goza de una naturaleza jurídica opuesta a la del *heres* romano, pues éste era un sucesor en toda la extensión de la palabra, mientras que aquél, un simple adquirente.
78. El legatario del derecho civil guarda características fundamentales provenientes del derecho romano, la más importante y que lo diferencia con el heredero, es el carácter de adquirente a título particular.

79. La herencia yacente es concebida de la misma forma por el ordenamiento civil, que por la tradición romana, grosso modo, una herencia en espera de heredero.
80. El llamamiento o delación de la herencia actualmente se hace por testamento o por disposición de la ley, la única diferencia con la delación romana es que aquella atendía a la clasificación de herederos, la cual ya no existe.
81. La petición de herencia que regula el derecho civil es una conjunción de la sucesión forzosa contra el testamento y la *hereditatis petitio* romanas, pues concede acción a favor del heredero preterido y una defensa para recuperar la herencia de quien la posee.
82. El código civil de 28 adoptó la regla que el derecho romano estableció a favor de los herederos necesarios, tratándose de la apertura y transmisión de la herencia.
83. La aceptación y repudiación de la herencia son figuras heredadas innegablemente. Sin embargo, la igualdad de derechos entre hombre y mujer, ha dado lugar a un mayor desarrollo de dichas instituciones, además de la ya referida desaparición de las clases de herederos, hacen que la influencia de la experiencia jurídica sea parcial y da lugar a la exaltación de los derechos sociales.
84. De las características que goza la aceptación: indivisible, irrevocable y retroactiva, podemos concluir que las dos primeras se fundamentan en principios romanos, mientras que la tercera se entiende como un efecto de éstos.
85. Las formas de aceptación contemporáneas (expresa y tácita), tienen indudablemente un referente directo en el derecho romano, tanto en la *aditio nuda voluntate*, como en la *pro herede gestio*. No obstante, nuestro derecho no comprende la *cretio*.
86. Ciertamente los plazos para solicitar la aceptación de la herencia varían considerablemente en el derecho civil y romano. Sin embargo, es muy interesante la solución que aplican ambos al fenecer el plazo para llevarla a cabo, por una parte nuestro código considera aceptada la herencia, mientras que la legislación romana la tiene por repudiada.

87. Los efectos de la aceptación de acuerdo con el ordenamiento civil, son principalmente: evitar la confusión patrimonial y el beneficio de inventario, los cuales obran en beneficio de los acreedores del difunto y del heredero. Es preciso señalar que, estas medidas, pueden ser homologadas con el *edictum suspecto herede* (derecho pretorio), y con el *beneficium separationis, abstinendi e inventarii* (derecho justinianeo), respectivamente.
88. La repudiación de la herencia se debe hacer, de acuerdo con el Código Civil, de forma expresa y escrita. A propósito, el derecho romano no formuló reglas particulares, sino que, remitió su regulación a las reglas de la aceptación.
89. El derecho de acrecer referido por el Código de 28 y definido por su antecesor inmediato, concede el mismo beneficio que el *ius adcrescendi* romano.
90. El objetivo principal de la partición de la herencia perseguido por el derecho civil, es el mismo que fijó el derecho romano, este es, poner fin a la comunidad hereditaria. No obstante, las soluciones que se plantean en ambos casos difieren importantemente, pues la institución vigente se asocia con el albacea, ésta última desconocida por los romanos.
91. Los presupuestos que dan pie a la apertura de la sucesión legítima, establecidos por el legislador de 28, sin duda, tienen su origen en el *Corpus Iuris Civilis*, específicamente en las *Institutas*.
92. El orden de personas destinadas a heredar por vía legítima de acuerdo con la legislación civil, fueron determinados de acuerdo a criterios científicos y de sentido común, Sin embargo, no es novedoso, pues Justiniano a partir de la integración del *ius civile* y pretorio, estableció uno muy parecido.
93. El orden sucesivo de los llamados, hace que los parientes próximos excluyan a los remotos, solución heredada por el primer ordenamiento de derecho romano: la Ley de la XII Tablas.
94. El primer llamado de la sucesión *ab intestato* regulado en el Código civil, correspondiente a los descendientes y al cónyuge supérstite, obedece al orden fijado por Justiniano en las Novelas. Desde luego, con exclusión del cónyuge.

95. La sucesión de los ascendientes, corresponde al segundo orden sucesorio también implementado en las Novelas, es preciso señalar que tanto en este, como en el señalado anteriormente, las reglas generales son idénticas a las de la legislación romana. Sólo cabe destacar que, la institución histórica no comprendió a los adoptantes ni al cónyuge del adoptado.
96. El llamado a heredar concedido al cónyuge, fue en Roma producto del trabajo supletorio del pretor pues, no se consideró en la Ley decenviral y fue excluido en la compilación justiniana. Las soluciones que el legislador propuso al respecto, gozan de una gran influencia del derecho honorario.
97. La sucesión de los colaterales que incluye hermanos, medios hermanos y excepcionalmente sobrinos y colaterales, fijada por el Código Civil, encuentra su antecedente en los tres primeros llamados instituidos en la Novelas. Además de esta integración, los creadores de dicho ordenamiento, limitaron la concurrencia de los parientes colaterales hasta el cuarto grado, pues en el derecho romano era sin limitación.
98. El último llamado de la sucesión legítima corresponde al Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal (en otro tiempo beneficencia pública). Desde luego sólo se presenta en caso de que ninguno de los anteriores concorra, con el fin de encontrar un titular a la herencia. Si bien en Roma, no existía una institución administrativa a la que hacemos referencia, en última instancia el fisco era el sucesor de los bienes del *de cuius*.
99. La institución del testamento es innegablemente de cuño romano. A pesar de que ya no es fundamental el contenido de la institución de heredero, pues, persigue como objetivo principal la disposición de los bienes del difunto, sigue guardando características similares.
100. La definición de testamento que provee el Código Civil, no sólo marca una distinción en el tratamiento de la institución actual respecto de la histórica, sino que la perfecciona, puesto que las definiciones que en su momento formularon los juristas romanos, fueron por demás incompletas.

101. De acuerdo con nuestro ordenamiento civil, todas las personas son capaces para otorgar testamento, regla que el derecho romano estableció, pero, sólo a favor de los ciudadanos. Empero, como excepción, los menores de dieciséis años y los que de forma habitual o accidental no disfruten de su cabal juicio, no pueden hacerlo; este último supuesto ya se contemplaba por la legislación romana.
102. Respecto de la capacidad para heredar, el Código Civil, fija una regla general, pues todas las personas pueden llegar a ser herederos, sin embargo, atendiendo a algunos supuestos normativos dicha capacidad se puede llegar a perder. Cabe señalar que esta regla, es opuesta al derecho romano, ya que este establecía una serie de requisitos para poder heredar, en cambio, los supuestos por lo cuales se perdía la capacidad para heredar son adoptados parcialmente.
103. A propósito de las condiciones que pueden contener los testamentos, en materia civil encontramos un catalogo extenso, del cual podemos concluir que algunas ya estaban previstas y resueltas por la jurisprudencia romana.
104. Las condiciones imposibles, en la actualidad anulan la institución de heredero o legatario, en Roma, se tenían por no puestas, por ende, prevalecía la institución. Las negativas, el derecho civil las considera como no puestas, el derecho romano, cumplidas con la muerte del heredero. Las de testar, las cuales imponen a los herederos testar en forma recíproca son nulas actualmente; cabe mencionar que esta condición y su solución fueron recibidas de forma idéntica por nuestro Código Civil. Por último, la condición resolutoria, considerada como no puesta antes y ahora.
105. La libertad para testar es muy amplia de acuerdo con el derecho civil, sin embargo, es considerado inoficioso el testamento en el que no se dejan alimentos a las personas que conforma a la ley tengan ese derecho. Esta situación fue sin duda tratada por los romanos, los cuales dieron una solución más estricta que la que expone el ordenamiento civil, de tal suerte que resultó en una acción a favor de los postergados en el testamento y en una nueva clase de sucesión: la inoficiosa contra el testamento.

106. La institución de heredero no es fundamental actualmente, pues el testamento será válido haya o no, inclusive la mención de aquél en el testamento puede ser de diferentes formas, siempre y cuando no se dude de quien se trata. Esto en abierta oposición al espíritu del testamento romano, ya que la existencia de éste dependía de la del heredero, además que al designarse debía ser de forma clara y solemne.
107. El heredero instituido en cosa determinada es considerado como legatario, dicha disposición se consideró por el derecho romano como no puesta, ya que la sucesión por causa de muerte era a título universal, no obstante, al paso del tiempo fue aceptada como *institutio ex re certa*.
108. Los testamentos clasificados en el Código Civil son divididos en ordinarios y especiales, de acuerdo con las situaciones que se presentan para su otorgamiento. Este criterio fue fijado desde Roma, por ende, se considera adoptado por la doctrina civilista.
109. El testamento público abierto en atención a la publicidad y a la persona ante quien se otorga, puede ser homologado tanto con el testamento *calatis comitiis* (público y ordinario), y con el otorgado por el ciego (hecho ante el *tabularis* y por forma especial).
110. El testamento público cerrado, como un pliego de papel obstruido que mantiene en secreto la voluntad del testador y el requerimiento de testigos, encuentra correlación con el testamento *tripertitum*, ya que este último era elaborado en tablillas las cuales se presentaban cerradas y firmadas por siete testigos, amén del testador.
111. El testamento público simplificado, el cual responde a necesidades sociales, mas no jurídicas, no tiene antecedente romano. Sin embargo, la disposición de todo el inmueble en legados, se asemeja a una *institutio ex re certa*.
112. El testamento hecho de puño y letra del testador, es decir, el ológrafo, guarda relación, así como el testamento público cerrado, con el *tripertitum*, pues tiene requisitos de elaboración similares, por ejemplo: el hecho por el padre a favor de los hijos en su modalidad escrita, tenía que ser redactado de puño y letra del testador.

113. El testamento privado por las circunstancias de su otorgamiento, se puede asemejar con el *pers aes et libram*, pues quien lo hacía estaba próximo a morir sin haber otorgado uno ante los comicios o *in procintu*.
114. El testamento militar, que corresponde a los miembros del ejército, fuerza aérea y armada, tiene dos antecedentes directos enclavados en la legislación romana, primero dentro de las formas antiguas de testar se puede comparar con el testamento *in procintu*, segundo, en las nuevas formas con el *testamentum militis*.
115. El testamento marítimo hecho por personas que se encuentran en navíos de la Marina Nacional, sean de guerra o mercantes, no tiene un origen romano, pues su procedencia data de los Códigos de Castilla. De igual forma el testamento otorgado por connacionales en otro país, carece de antecedente romanista, pues obedece a un principio de seguridad jurídica.
116. La sustitución de herederos como derecho propio del testador, de acuerdo con nuestra legislación civil, fue conocida por los romanos y tenía el mismo objeto, esto es, la apertura de la sucesión *ab intestato*. Así también, la sustitución goza de la naturaleza jurídica de la institución de heredero, misma que le otorgaron los romanos.
117. De todas las formas de sustituciones instituidas por el derecho romano, el Código civil de 28 solo adopta la sustitución vulgar, prácticamente en términos iguales. Sin embargo, su antecesor el Código de 84, acogió la sustitución pupilar y cuasi-pupilar o ejemplar.
118. La nulidad, revocación y caducidad que prescribe el derecho civil, son instituciones que salvo alguna modificación en los nombres, sugieren las mismas reglas y soluciones que en su momento plantearon figuras como la invalidez inicial o sucesiva, la revocación y la ineficacia, todas ellas de elaboración romana.
119. El legado como disposición testamentaria a título particular, supera en demasía la formulada por la jurisprudencia en Roma, pues es uniforme, ordenada y completa.
120. Ciertamente el Código Civil no establece ninguna clasificación sistemática de los legados, no obstante, del análisis de las disposiciones la doctrina del derecho civil ha elaborado infinidad de categorías. En

oposición a esto, el derecho romano conoció cuatro formas de legado, las cuales se podían diversificar en atención a su objeto.

BIBLIOGRAFÍA

1. ADAME LÓPEZ, GILBERTO, *El albacea, estatuto legal*, México, Porrúa-Colegio de Notarios del Distrito Federal, 2004.
2. _____, *Exposición sistemática de los legados*, 2ª. ed., México, Porrúa-Colegio de Notarios del Distrito Federal, 2004.
3. ARANGIO-RUIZ, Vicente, *Historia del derecho romano*, 5ª. ed., Madrid, Reus, 1994.
4. ARCE Y CERVANTES, José, *De las sucesiones*, 9ª. ed., México, Porrúa, 2008.
5. ARIAS RAMOS, J., y J. A. Arias Bonet, *Derecho romano II, obligaciones, familia, sucesiones*, 18ª. ed., Madrid, Editorial revista de derecho privado, 1991.
6. ASPRÓN PELAYO, Juan Manuel, *Sucesiones*, 3ª. ed., México, Mc Graw Hill, 2008.
7. BAQUEIRO ROJAS, Edgard y Rosalía Buenrostro Báez, *Derecho sucesorio*, México, Oxford, 2007.
8. BIALOSTOSKY, Sara, *Panorama del derecho romano*, 4ª. ed., México, Porrúa, 2009.
9. BONFANTE, Pedro, *Instituciones de Derecho romano*, 3a. ed., Madrid, Editorial Reus, 1979.
10. BRAVO GONZÁLEZ, Agustín y Beatriz Bravo Valdés, *Derecho romano segundo curso*, 26ª. ed., México, Porrúa, 2009.
11. CRUZ BARNEY, Oscar, *Historia del Derecho en México*, 2ª. ed., México. Oxford, 2009.
12. _____, *La codificación en México: 1821-1917. Una aproximación*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.
13. DI PIETRO, Alfredo, *Derecho romano privado*, 2ª. ed., Buenos Aires, Depalma, 2005.
14. DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Derecho civil, parte general, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez*, 11ª. ed., México, Porrúa, 2008.

15. GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús, *Derecho romano privado. Casos. Acciones. Instituciones*. 13ª. ed., Madrid, Ediciones Académicas, 2004.
16. GIMÉNEZ-CANDELA, Teresa, *Derecho privado romano*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
17. GUILLÉN, Andrés Eduardo y María Carolina Fabrè, *Lecciones de historia e instituciones del derecho romano*, Argentina, Fondo Editorial de Derecho y Economía, 2005.
18. GUTIERREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho sucesorio intervivos y mortis causa*, México, Porrúa, 2008.
19. IBARROLA, Antonio de, *Cosas y sucesiones*, 18ª. ed., México, Porrúa, 2011.
20. IGLESIAS, Juan, *Derecho romano, instituciones de derecho privado*, 17ª. ed., Barcelona, Ariel, 2008.
21. LEMUS GARCÍA, Raúl, *Derecho romano (compendio)*, México, Limsa, 1979.
22. MARGADANT S., Guillermo Floris, *El derecho privado romano*, 26ª. ed., México, Esfinge, 2010.
23. MEDELLÍN, Carlos J., y Carlos Medellín F. *Lecciones de derecho romano*, 13ª. ed., Santa Fe de Bogotá, Temis, 1997.
24. MORALES, José Ignacio, *Derecho romano*, México, Trillas, 1992.
25. MORINEAU IDUARTE, Marta y Ramón Iglesias González, *Derecho romano*, 4a. ed., México, Oxford, 1998.
26. MURGUÍA SERANO, Alma Lorena, *Derecho romano II*, México, Iure editores, 2003.
27. NESPRAL, Bernardo, *El Derecho romano en siglo XXI, historia e instituciones, su vigencia en las legislaciones modernas*, Argentina, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2002.
28. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio, *Derecho privado romano*, Málaga, Ediciones del Genal, 2007.
29. PADILLA SAHAGÚN, Gumesindo, *Derecho romano*, 3a. ed., México, Mc Graw Hill, 2006.
30. PANERO GUTIÉRREZ, Ricardo, *Derecho romano*, 3a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

31. PEREZ DE LOS REYES, Marco Antonio, *Historia del Derecho Mexicano*, volumen 1, México, Oxford, 2002.
32. PETIT, Eugène, *Tratado Elemental de derecho romano*, 24ª. ed., México, Porrúa, 2008.
33. RAVINOVICH, Berkman, *Derecho romano*, Buenos Aires, Astrea, 2001.
34. ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho civil mexicano, tomo IV sucesiones*, México, Porrúa, 2006.
35. _____, *Sucesión legítima y problemas comunes a las testamentarias e intestados*, México, Jus, 1945.
36. SAMPERO POLO, Francisco, *Derecho romano*, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2003.
37. SCHULZ, Fritz, *Derecho romano clásico*, Barcelona, Bosch, 1960.
38. SOHM, Rodolfo, *Instituciones de derecho privado romano, historia y sistema*, México, Ediciones Coyoacán, 2006.
39. TEJERO JORGE, Francisco, *Lecciones de derecho romano*, 6a. ed., Madrid, Universidad de Madrid-Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, 1994.
40. VENTURA SILVA, Sabino, *Derecho romano, curso de derecho privado*, 19ª. ed., México, Porrúa, 2003.

FUENTES

1. ORTOLÁN, M., *Instituciones de Justiniano*, Buenos Aires, Heliasta, 2005.
2. SAMPER POLO, Francisco, *Instituciones jurídicas de Gayo*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2000.

LEGISLACIÓN

- Código Civil para el Distrito Federal*, 79ª, ed., México, Porrúa, 2012.
- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*, 63ª, ed., México, Porrúa, 2012.

PÁGINAS WEB

1. AGUILAR GUTIÉRREZ, Antonio y Julio Dérbez Muro, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=386>, consultado el 15 de febrero de 2012.

2. NÚÑEZ BARROSO, Plácido,

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1538/7.pdf>, consultado el 15 de Febrero de 2012.

3. PÉREZ LASALA, José Luis,

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1538/7.pdf>, consultado el 15 de Febrero de 2012.