

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

“EL HIJO PRETERIDO EN EL DERECHO SUCESORIO”

T E S I S

QUE PARA OPTAR POR EL TITULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A

YOLIZE XOCIAH INIESTA

ASESOR: DR. JOSÉ DE JESÚS LÓPEZ MONROY

MÉXICO, DICIEMBRE, 2013.



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

AGRADECIMIENTOS

A mi madre, por ser tan noble, fuerte, responsable y trabajadora; por darme todo lo que tengo y soy.

A mis hermanos, por ser tan especiales en mi vida, por la unión y su compañía, Makíztli por ser una hermana trabajadora, responsable, comprensible y por tu apoyo incondicional. Ahuizotl y Awizkalli por ser tan especiales.

A Miguel por todo el apoyo brindado durante estos últimos tres años, por tu amor, compañía y comprensión.

A mis ancestros por su apoyo, los recuerdo con mucho cariño y los llevo en mi corazón.

ÍNDICE

	Página
INTRODUCCIÓN	I
Capítulo Primero. Antecedentes históricos del derecho sucesorio	1
I. La sucesión hereditaria en Roma	2
1. <i>El testamento romano</i>	9
2. <i>La sucesión legítima en Roma</i>	18
3. <i>El hijo preterido en el Derecho Romano</i>	25
II. Antecedentes del derecho sucesorio en México	32
Capítulo Segundo. Las sucesiones	42
I. Conceptos elementales	47
II. La sucesión testamentaria y los testamentos regulados por el Código Civil para el Distrito Federal	56
III. La sucesión legítima regulada por el Código Civil para el Distrito Federal	66
IV. Disposiciones comunes a la sucesión testamentaria y legítima	72
Capítulo Tercero. El hijo preterido en el derecho sucesorio	84
I. Conceptos jurídico	84
II. Casos en los que se presenta el hijo preterido	93
III. Acciones del hijo preterido para reclamar su derecho a heredar	103

IV. El hijo fuera del matrimonio	116
Capítulo Cuarto. Petición de herencia para el hijo preterido	127
I. Características de la petición de herencia	128
II. Juicio de petición de herencia	132
CONCLUSIONES	142
BIBLIOGRAFÍA	144

}

INTRODUCCIÓN

El objetivo de la presente tesis es el estudio del hijo preterido, figura jurídica del Derecho Sucesorio; sus derechos, conceptos, información existente en la actualidad en torno a esta. La opinión de distintos juristas; y la ley. De forma que pueda ser más entendible. Explicaremos también elementos del Derecho sucesorio o hereditario, y las nociones fundamentales para su estudio, por ser el campo en donde se desarrolla la figura del hijo preterido.

Es importante aclarar que históricamente se conocen dos tipos de sucesiones: *inter vivos* y *mortis causa* o sucesión hereditaria, (es la transmisión del patrimonio, bienes y obligaciones a los herederos al momento de la muerte de su legítimo titular). En el presente trabajo, únicamente estudiaremos la sucesión *mortis causa*, contemplada en el Código Civil para el Distrito Federal en el apartado de Sucesiones, por lo tanto en todo el desarrollo del presente trabajo entenderemos por sucesión únicamente a la *mortis causa* o sucesión hereditaria.

La elección del tema a estudio se debió a los sucesos que ocurren en la práctica, en donde al hijo lo omiten de la sucesión. El hijo es una de las personas que tiene el derecho primordial en la cadena de los sucesores, y al ser omitido en la sucesión, da origen a la figura del hijo preterido, abordaremos en nuestro estudio las causas, consecuencias, y acciones que tiene el hijo preterido para reclamar su derecho a heredar.

En el capítulo primero: “Los Antecedentes Históricos del Derecho Sucesorio”, se desarrolla con el fin de dar bases a nuestra investigación. El derecho ha ido modificándose por lo que debe contemplarse desde su origen en la Época Romana. Los romanos establecieron todo un sistema jurídico en torno a la muerte y le dieron el nombre de Derecho Sucesorio, crearon reglas e instituciones que dieran solución al problema que tenían las personas sobre el destino de sus bienes al momento de su muerte, transmitidas inicialmente por la costumbre, y posteriormente plasmándolas en distintos documentos. Estas reglas e instituciones fueron cambiando, o modificándose de acuerdo a las necesidades de la

sociedad. Por lo que en este primer capítulo se iniciara con el estudio del Derecho Romano, y concluirá con los antecedentes del Derecho Sucesorio en México.

En el capítulo segundo: “Las Sucesiones”, se desarrollan las nociones jurídicas actuales del Derecho Sucesorio como son: el derecho sucesorio y el derecho hereditario, reguladas en el Código Civil para el Distrito Federal, el cual es base fundamental para nuestra tesis, ya que éste fue considerado para establecer los subcapítulos; a) La sucesión testamentaria, y b) La sucesión legítima; en donde se mencionarán características y generalidades que rigen tanto en la práctica como en la doctrina, lo que no podía faltar son obras de distintos civilistas las que enriquecerán este apartado. Es indispensable aclarar que no analizaremos todos los elementos y características del Código Civil relativo a las sucesiones, ni nos profundizaremos a su estudio, por no ser nuestro objetivo, por tanto solo se explican brevemente ideas, para dar un panorama general y tener bases para el desarrollo de los siguientes capítulos.

En el capítulo tercero: abordaremos al “Hijo Preterido en el Derecho Sucesorio”, tomando toda la información obtenida en los capítulos anteriores se podrá entender mejor dicha figura. Se mencionarán diversos conceptos de importantes juristas con el fin de llegar a proponer el propio; los casos en los que se encuentra la figura del hijo preterido, los cuales se presentan tanto en la sucesión legítima como en la testamentaria. Un subcapítulo que considero primordial en la investigación es el de los hijos fuera del matrimonio, ya que por tal característica pudieron ser omitidos en la sucesión.

Es preciso hacer mención que la información respecto al hijo preterido es poca, tanto en la doctrina como en la legislación, la gran mayoría de los juristas tratan el tema de los herederos preteridos en general, por lo tanto; se retoman algunas nociones de dichos herederos para adaptarlos al hijo preterido.

Por último, en el capítulo cuarto: “Petición de Herencia para el Hijo Preterido”, estudiaremos la acción del hijo preterido para reclamar su derecho a la sucesión y por tanto a heredar; el concepto de dicha acción; las características; los derechos; las etapas del juicio; y por último los artículos del código relativos a tal acción.

CAPÍTULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DERECHO SUCESORIO

Desde tiempos remotos, el hombre ha tenido la necesidad de establecer reglas que le ayuden a convivir en armonía con sus , a estas reglas que fueron creadas, se denomina Derecho, palabra que deriva de la voz latina “*directum*”, que significa “lo que está conforme a la regla, a la ley, a la norma.” El conjunto de normas o preceptos, que al paso del tiempo se han ido modificando conforme a las necesidades del hombre, valores, costumbres, lugares y épocas, las cuales ha ordenado para dar origen a una gran cantidad de leyes, reglamentos y constituciones que regulan la actividad humana.

Para Vanni el derecho: “Es el conjunto de normas generales impuestas a la acción humana en sus relaciones externas, y apoyadas por la autoridad del Estado, para garantizar la realización de los fines del individuo y de la comunidad.”¹

Por tanto, el Derecho es el conjunto de reglas que rigen la convivencia del hombre en sociedad, estas reglas o normas que por una parte, otorgan derechos o facultades y por la otra, correlativamente, establecen o imponen obligaciones, son un instrumento de organización social, ya que mediante las normas establecidas se encauza el rumbo de las relaciones sociales, el Derecho es tan amplio que se ha dividido en ramas, las cuales se encargan de regular cada actividad en específico, como es el caso del Derecho Sucesorio.

El Derecho Sucesorio se compone de dos palabras: derecho, que proviene del latín *directus* directo y sucesorio del latín *successio (onis)*, dándole el significado la Real Academia de la Lengua Española de: “Acción y efecto de suceder; entrada o continuación de alguien o algo en lugar de otra persona o cosa; entrada como heredero o legatario en la

¹ Garrone, José Alberto, *Diccionario Jurídico, Abeledo-Perrot*, Argentina, Abeledo-Perrot, 1986, t.1, p. 650.

posesión de los bienes de un difunto; conjunto de bienes, derechos y obligaciones transmisibles a un heredero o legatario...”²

El Derecho sucesorio, ha existido desde las civilizaciones más antiguas en el mundo, como lo es en la cultura romana, el termino sucesión deriva del latín “*successio*” que significa “acción de suceder” y suceder a su vez proviene de “*succedere*” que quiere decir “seguir una persona a otra.”³

Entendemos por sucesión la transmisión de bienes, derechos y obligaciones de un sujeto a otro, y el derecho regula esa transmisión por medio de reglas o normas.

Los romanos empleaban el termino de sucesión de dos formas; la primera sucesión *inter vivos*, que consistía en que el *pater familias* le transmitía a otro su patrimonio, realizaban algún tipo de negocio, o le cedían derechos u obligaciones ubicando a otra persona en su lugar, ambos sujetos con vida; mientras que la segunda sucesión *mortis causa* o sucesión hereditaria era la transmisión del patrimonio, bienes y obligaciones al(os) heredero(os) al momento de la muerte de su legítimo titular.

La sucesión *mortis causa* o sucesión hereditaria, tiene sus orígenes en la cultura romana, mencionada en la *Ley de las XII Tablas*⁴, es en esta sucesión hereditaria donde se encuentra la figura del hijo preterido.

I. LA SUCESIÓN HEREDITARIA EN ROMA

El Derecho Romano tuvo gran evolución, desde la fundación de Roma hasta la época de Justiniano, por lo que el derecho sucesorio también evolucionó.

² Diccionario de la Real Academia de la Lengua española, <http://buscon.rae.es>, (2 febrero 2012).

³ El Libro Tercero del Código Civil “De las Sucesiones”, citado por LEMUS GARCÍA, Raúl, *Derecho Romano (Personas-Bienes-Sucesiones)*, México, Editorial Limsa, 1964, p. 257.

⁴ Ley de las XII Tablas, primer ordenamiento jurídico, que contenía normas para regular la convivencia del pueblo romano, también contenía nomas de orden privado.

Para comprender el desarrollo del Derecho Sucesorio, iniciaremos con el estudio a partir de la *Lex XII Tablas* (Ley de las XII Tablas 453-451 a.C.) la cual es la primera codificación romana del derecho consuetudinario. Sólo parte de esta ha llegado a nosotros a través de diversas fuentes, es cuestionada la fecha de su elaboración, y su autenticidad, pero es de gran aportación a los antecedentes históricos del derecho romano.

El Derecho Sucesorio es considerado uno de los derechos más antiguos que han existido en el mundo, contemplado desde la antigüedad por los romanos; en sus inicios no se encontraba escrito, eran más bien una costumbre transmitida de generación en generación.

La sociedad romana evolucionaba al mismo tiempo que las normas en materia de sucesiones, las costumbres se extendían en todo su territorio y se iniciaban nuevas formas de organización social, de tal forma que las familias tenían una integración distinta. Se establecía como ley la continuidad del patrimonio dentro de la familia consanguínea.

Al morir el titular de un derecho, algunas de sus atribuciones y relaciones jurídicas se extinguían con él; como eran los derechos políticos, mientras que otras relaciones jurídicas continuaban, como los derechos de crédito y los bienes, por lo que fue necesario establecer un continuador; una persona que recibía el patrimonio del difunto.

Para la transmisión del patrimonio en Roma existieron dos formas, las cuales de acuerdo a los distintos autores consultados se desarrollaron en diversas épocas; la primera consiste, cuando la persona estando aún con vida disponía voluntariamente de sus bienes para luego de su fallecimiento; la otra cuando la persona no había realizado ninguna manifestación sobre sus bienes en vida, y al morir, sus sucesores eran determinados por la ley.

Existen diversas opiniones respecto de la sucesión que prevalecía en época de la Ley de las XII Tablas, algunos autores hacen mención del testamento, mientras que otros consideran la sucesión sin éste.

“Las XII Tablas admiten ya el testamento y éste llegó a ser una costumbre nacional al grado de que morir intestado era una falta. La sucesión testamentaria llegó a prevalecer sobre la legítima...”⁵

Otros autores que recopilaron información de esta época, en escritos de distintos juristas, escritores y diversos tipos de documentos, confirman que la sucesión entre la clase social alta de Roma, fue realizada por medio del testamento, pero la idea de que existiera la sucesión testamentaria en toda la sociedad romana no se comprueba. “Hay numerosas reglas que se inspiran en la idea de una sucesión normal de los hijos al padre,”⁶ se puede afirmar que en Roma existía inicialmente una sucesión basada en la costumbre, y que consistía, que al momento de morir el padre de familia, le entregaba sus bienes a uno o a varios de sus descendientes, al paso del tiempo la gente de mayor economía empezó a utilizar el testamento.

En los inicios del derecho sucesorio se observa que el *pater familias* tenía derechos sobre los bienes de la familia patriarcal, también llamada *gens*, la que estaba formada por varias personas, no todas de parentesco consanguíneo; que se agrupaban para establecer una organización social, los derechos y obligaciones que tenía el *pater familias*, eran principalmente velar por los bienes de la *gens*, y al morir éste, los bienes los administraría uno de los integrantes de la *gens*, tomando de manera inmediata su lugar.

“Éste y aquel son una misma persona, de modo que la vacante dejada por el muerto es ocupada instantáneamente por el sucesor.”⁷

Al morir el *pater familias* no existía separación dentro del grupo familiar, se conservaba la unión, también continuaban los mismos bienes, lo único que cambiaba era la cabeza de la familia o el *pater familias*, con los mismos derechos y obligaciones que el difunto.

En los distintos escritos realizados por los romanos en sus diferentes épocas, hacen mención de una serie de elementos y figuras, empleadas en su derecho sucesorio, para

⁵ Arce y Cervantes, José, *De las Sucesiones*, 7ª ed., México, Porrúa, 2003, p. 28.

⁶ Arangio Ruiz, Vincenzo, *Instituciones de Derecho Romano*, 10ª ed., Argentina, Depalma, 1973, p. 575.

⁷ Maffía, Jorge O, *Manual de Derecho Sucesorio*, 5ª ed., Argentina, Depalma, t. 1, 2005, p. 14.

identificar a los sujetos, el objeto y sus características, los que son importantes mencionar y se expresan en latín:

- “*De cuius*. Expresión abreviada para indicar en materia de sucesiones, la persona de cuya sucesión se trata: generalmente, la persona difunta: *de cuius successione agitur*.”⁸ Era el autor de la herencia, la persona que tenía la capacidad de tener herederos, y que había sido titular de los bienes que eran objeto de la sucesión.
- *Heres*; nombraba a la persona que tenía la capacidad de ser heredero.
- *Sui iuris*; se le llamaba al ciudadano romano que podía nombrar herederos, ser titular de derechos y obligaciones propias, disponer de sus bienes y con capacidad de obrar.⁹
- “*Successio*. sucesión: acción de suceder o de colocarse una persona en el lugar de otra, como titular de sus derechos o de su patrimonio o parte de éste,”¹⁰ cuando una persona muere le trasmite a otra sus bienes, derechos y obligaciones. Los romanos realizaban la *successio inter vivos o mortis causa*.
- *Pater familias* o jefe de familia, considerando que pudiese estar casado o tener hijos. “*El pater familias* debía ser ciudadano romano y no estar bajo la potestad de otro.”¹¹ Era el que iba a administrar los bienes, sólo él podía enajenarlos o adquirirlos, tenía que tener características especiales para poder ser considerado como *pater familias*.
- “*Hereditas*...por un lado, conjunto de bienes pertenecientes a un difunto, en el momento en que son entregados a uno o varios otros que ocupan su lugar y por ellos adquiridos; por el otro, la situación jurídica de aquel que, a la muerte del ciudadano, por aplicación de preceptos del *ius civile*, ocupa su lugar en el conjunto de las relaciones jurídicas transmisibles”.¹² Para el pueblo romano tenía también

⁸ Gutiérrez-Alviz y Armario, Faustino, *Diccionario de Derecho Romano*, 4ª ed., España, Reus S.A., 1995, p. 181.

⁹ No todas las personas que eran *sui iuris* podían heredar, algunas no tenían capacidad de obrar, o se encontraban limitadas, lo que daba como resultado; el no disponer de sus bienes.

¹⁰ *Ibidem*, p. 653.

¹¹ Otros conceptos importantes de mencionar son: *heres*, el heredero el que toma el lugar jurídico de la persona muerta, sólo se puede nombrar como tal a los hijos; y *as*: la forma como llamaban al patrimonio los romanos. Bialostosky, Sara, *Panorama del Derecho Romano*, 3ª ed., México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1990, pp. 227, 248.

¹² Arangio Ruiz, Vincenzo, *op. cit.*, nota 6, p. 573.

distintos significados, de acuerdo a su modo de pensar, o a su estatus social. La herencia fue un sinónimo de patrimonio del difunto; era una unidad, una universalidad que comprendía todos los bienes, derechos y obligaciones; esta *hereditas*, es una institución típicamente civilista, se encontraba regulada principalmente por la costumbre y por la relativa interpretación. En la actualidad le damos el nombre de herencia.

- *Hereditas vacans*; herencia vacante fue nombrada a la herencia que no tenía heredero, ni testamentario, ni legítimo, correspondiéndole al erario o al fisco de acuerdo a su época.
- La *hereditas jacens*; herencia yacente era la que carecía de titular, esto ocurría cuando después de la muerte del legítimo tenedor, el heredero voluntario que nombró no había aceptado la herencia. Las consecuencias de la herencia yacente eran, que al no haber nuevo titular de la herencia el difunto no podía tener culto, los bienes y los esclavos no tenían dueño.

El objeto de la herencia estaba formado por el conjunto de derechos, bienes y obligaciones que integraban el patrimonio del difunto, los que eran susceptibles de transmisión; los romanos llegaron a transmitir los derechos de culto. Existían: “algunos bienes, derechos y obligaciones personalísimos del autor de la sucesión, que por tal motivo no son materia de la herencia.”¹³

Los sujetos de la herencia eran; el causante o difunto (*de cuius*) y el sucesor o heredero. No todos los romanos podían otorgar herencia y heredar, estos tenían que tener características especiales.

Para otorgar como herencia, el sujeto debía ser ciudadano romano con plenitud de sus derechos políticos y civiles, con la condición de tener un patrimonio. No podían dar como herencia los esclavos, los hijos de familia, los extranjeros y los peregrinos. Conforme fue evolucionando el derecho romano surgieron excepciones a dichas reglas.

¹³ Lemus García, Raúl, *op. cit.*, nota 3, p. 261.

“Los requisitos de la sucesión hereditaria, o sea las condiciones para adquirir la cualidad de heredero, son: I, la muerte de un sujeto; II, la capacidad del difunto de tener un heredero; III, la capacidad de suceder; IV, la delación o llamamiento a la herencia; V, generalmente también la adición o aceptación de la herencia.”¹⁴

El heredero debía tener capacidad, que estaba conformada por el conjunto de cualidades y facultades determinadas por la ley, debería de estar vivo; libre; y ser ciudadano romano, podía ser nombrado en el testamento o por ley. No tenían capacidad los peregrinos, esclavos, mujeres e hijos de familia; con el paso del tiempo existieron excepciones también a estas reglas.

Existían dos tipos de herederos; los necesarios y los voluntarios:

1. Los herederos necesarios, eran aquellos que recibían la herencia por ley, los descendientes, quienes en la época antigua no podían renunciar a la herencia. “Los herederos suyos son herederos necesarios y se les concede el beneficio de la abstención; los *agnados* y los gentiles son herederos voluntarios, pudiendo el agnado aceptar bajo Justiniano mediante el beneficio de inventario.”¹⁵
2. Los herederos voluntarios, eran los que podían libremente aceptar la herencia.

El heredero se convirtió en continuador no sólo de la persona del causante sino también de su patrimonio, sucedía también al *aes* las deudas; el *incommodum* (las desventajas). “Todas las deudas del difunto pasan al heredero y vienen a aumentar sus deudas personales”.¹⁶ Por lo que el heredero podía adquirir una herencia *damnosa* con más deudas que créditos, con la posibilidad de una confusión de patrimonios; respondían los herederos con sus propios bienes.¹⁷

El derecho romano otorgó ciertos remedios a los efectos de la herencia *damnosa*;

¹⁴ Bonfante, Pedro, *Instituciones de Derecho Romano*, 5ª ed., trad. de Luis Bacci y Andres Larrosa, España, Instituto Editorial Reus, 1979, p. 565.

¹⁵ Bravo González, Agustín y Bravo Valdés Beatriz, *Derecho Romano*, 18ª ed., México, Porrúa, 2003, p. 230.

¹⁶ Petit, Eugéne, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, 15ª ed., trad. de José Ferrández González, México, Porrúa, 1999, p. 550.

¹⁷ Suceder era en el derecho romano, el remplazo en la posición jurídica del difunto, los herederos debían ser sujetos activos y pasivos en los derechos inherentes al difunto. Bialostosky, Sara, *op. cit.*, nota 11, p. 199.

1. Cuando el heredero era un *heres sus*, descendiente del difunto que no podía rechazar la herencia, era por tanto un heredero forzoso. El pretor le otorga el *beneficium abstinendi*, con la que repudia la herencia de forma íntegra e incondicional.
2. En caso de ser el heredero el propio esclavo, no podía en un principio abstenerse de los efectos de la herencia *damnosa*.
3. Si los herederos eran extraños, es decir, no tenían ningún parentesco con el difunto, podían rechazar la herencia; en caso de aceptarla, la aceptación podía ser expresa o tácita. “Los extraños a la familia a los cuales se dé en el testamento el título de *heres*, se verifica una mera oferta de la herencia, que se convierte en adquisición sólo si está seguida por la aceptación.”¹⁸

Los romanos concibieron que la posición de herederos se podía adquirir por las dos vías sucesorias, la testamentaria y la legítima (*ab intestato*).

Uno de los derechos de los herederos legítimos o testamentarios, consistían que cuando alguno de los herederos no adquiría su parte de la herencia, la cuota de los herederos restantes aumentaba de manera proporcional, tal derecho se establecía por el testador o por la ley.

La adquisición de la herencia, era el acto que realizaba el heredero para hacer suya la herencia; sus efectos eran: el heredero adquiría el activo conformado por los bienes, derechos y créditos; adquiría el pasivo quedando obligado a responder por todas las deudas hereditarias, aun cuando superasen el activo, los acreedores de la sucesión podían demandar al heredero; por último tenía que cumplir las cargas hereditarias que el testador le hubieran impuesto, respondiendo sólo con los bienes heredados.

¹⁸ Arangio Ruiz, Vincenzo, *op. cit.*, nota 6, p. 575.

1. *El testamento romano*

La institución jurídica a través de la cual se logra la sucesión testamentaria fue y es el testamento. El testamento romano fue en una época el acto más importante de la vida social y jurídica de Roma, tanto en lo privado, como en lo público. El testamento, es el acto solemne de última voluntad en el que se instituye heredero o herederos.

El objeto de realizar un testamento, debió ser en un principio, que los descendientes del difunto tuvieran el patrimonio que les correspondía sin ningún problema, la cantidad y calidad que el difunto ya había determinado para cada uno de sus herederos.

Los sujetos del testamento eran: el testador, persona que realiza el testamento y, los herederos o las personas nombradas por el testador para recibir la herencia.

Lemus García resume los caracteres del testamento:

1. El testamento constituye un acto que se realiza a nombre del Estado, por que el testar deriva de la propia ley.
2. Constituye una manifestación unilateral de voluntad; es decir que, por regla general, no contiene acuerdo de voluntades.
3. Es revocable; esto significa que siendo el testamento un producto de la libre voluntad de su autor, éste mismo puede dejarlo sin efecto por un acto posterior a su otorgamiento.
4. Es una expresión solemne; lo que implica que en su otorgamiento debían observarse las formas rigurosas establecidas por el derecho romano.
5. Los efectos, por principio general, debían producirse después de la muerte de su autor.
6. Debía contener como condición, *sine qua non*, para su plena existencia y validez, la designación de uno o varios herederos.

7. Mediante la institución comentada, su legítimo dueño disponía de su patrimonio.¹⁹

Es importante mencionar que no todos los romanos podían heredar y otorgar herencia, la persona que podía realizar su testamento debía ser *sui iuris*; es decir, ser ciudadano y libre, para así nombrar a las personas que lo sucederían en sus derechos y obligaciones.

De acuerdo con Volterra, Eduardo: "...no se deduce de las fuentes que las mujeres fueran incapaces de hacer testamento...los romanos no dudaban que, desde una época ya lejana las mujeres podían hacer su testamento."²⁰

Los incapaces para hacer un testamento romano eran los extranjeros, los *filiifamilias* (hijo biológico o adoptado), los impúberes *sui iuris* ("impúber. El que no ha llegado á la edad de la pubertad, esto es, á los catorce años cumplidos siendo varon,"²¹ con capacidad de goce y ejercicio), los dementes (excepto en los momentos de lucidez) y los pródigos (disipador de bienes).

En algunos casos existía la capacidad de ser heredero pero no tenían el requisito que la ley de la época les solicitaba para serlo, por ejemplo para poder adquirir la herencia debían contraer nupcias en un determinado tiempo; o de lo contrario la herencia pasaba al fisco, dicha ley se hacía con el objeto de que aumentara la población romana.

En el testamento, podía nombrarse uno o más herederos; parte fundamental e imprescindible del testamento romano, pues era la razón de ser del testamento.

Al instituir un sólo heredero éste adquiría toda la *hereditas*. En caso de que el difunto nombrara varios herederos la herencia podía estar manifestada de la siguiente forma:

a) Cuando no le designaba la parte que le correspondía a cada uno de los herederos, el patrimonio se dividía en partes iguales.

¹⁹ Lemus García, Raúl, *op. cit.*, nota 3, p. 268.

²⁰ Volterra, Eduardo, *Instituciones de Derecho Privado Romano*, 1ª reimpression, España, Civitas, 1991, p. 695.

²¹ Lozano, Antonio de Jesús, *Escriba Mexicano Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia Mexicana*, México, J. Balleca y Compañía Sucesores editores, 1905, p. 631.

b) Cuando les hubiere designado a cada heredero su parte, cada uno adquiriría el patrimonio en la medida deseada por el difunto.

c) Cuando se designaba parte, a algunos y a otros no, si existía residuo éste se distribuía entre los herederos sin parte; si no existía, los jurisconsultos romanos distribuían el total de la herencia y les asignaban alguna parte: “Distribuían en 24 onzas o en treinta y seis onzas, y asignaban el residuo a los herederos instituidos *sine parte*.”²²

El testamento era realizado de acuerdo al derecho existente en esa época.

La sucesión testamentaria a comparación de la sucesión legítima, tenía mayor dificultad ya que requería de solemnidad, esto era que el testamento sólo se podía celebrar en dos días al año, ante la asamblea popular presidida por el *pontifex maximus* (principal sacerdote pontífice), no se encuentra dicho que fuese precisamente un testamento, pero por las características que tenía se puede nombrar de este modo.

La forma más antigua del testamento de acuerdo a la bibliografía consultada fue el llamado *testamentum calatis comitiis*, en el cual no se designaba un *heres*, era más bien una especie de venta del patrimonio hecha por el testador; a un ciudadano de su confianza, con el objetivo de que éste último distribuyera los bienes entre las personas que el testador indicaba, ya sea oralmente o por escrito, también se le daba el nombre de *testamentum calatis comitiis* a: “La adopción del *pater familias* cumplida en presencia de los comicios *curiados* convocados a este fin por el pontífice máximo dos veces al año.”²³

Dicho testamento también fue similar al de la figura de la *mancipatio familiae*; la cual consistía en que el disponente vendía su patrimonio en bloque, acordando que dicha venta se perfeccionaba al morir, era realizada con un hombre de confianza, al que le indicaba de viva voz o en un escrito; los bienes que debería entregarle a cada uno de los destinatarios. Los bienes no comprendidos en dicha venta tenían un destino incierto.

²² Bialostosky, Sara, *op. cit.*, nota 11, p. 205.

²³ Arangio Ruiz, Vincenzo, *op. cit.*, nota 6, p. 589.

El único testamento que se conoce perfectamente: “Y afirmado lo más tarde en el siglo II a.C., permaneció inmutable hasta la época posclásica, nació solamente cuando el antiguo acto de nombramiento del heredero, liberándose de la solemnidad comicial y perdiendo el carácter de adopción, se fundió con la *mancipatio familiae*,”²⁴ llevaba el nombre de *testamentum per aes et libram*.

Existía también otro tipo de testamento, el cual era contemplado desde la época primitiva por los romanos, utilizado por los militares durante la guerra, este testamento no tenía tantas formalidades, por lo que los militares podían realizar su testamento como les pareciese, debía ser autorizado en tiempos de paz; prohibía la concurrencia entre la sucesión legítima y la testamentaria, llevaba el nombre de *testamento in procinctu* o militar.

En la época de Nerón (54-68 años a. d.C.), las operaciones con relación a los testamentos fueron reguladas con el fin de evitar las falsificaciones. “El testamento debía contener al principio, bajo pena de nulidad la institución de uno o varios herederos, en la forma *L. Titius heres esto o L. Titius C. Seius, etc., heres sunto*, a la cual podían agregarse desheredaciones, legados, nombramientos de tutores, manumisiones.”²⁵ (Manumisión; en la antigua Roma es el nombre que recibía el proceso de liberar a un esclavo, tras lo cual se convertía en un liberto. Un esclavo que por afecto, favores prestados, méritos, cualidades personales, y buena voluntad del propietario, podía convertirse en liberto e incluso ser aceptado e incorporado a la alta sociedad romana).

Las formalidades realizadas en el testamento le daban mayor valor; la sociedad romana por lo tanto le dio más importancia al nombramiento del *heres*, y a los sellos de las siete personas (*testigos, librepens y familiae emptor*), que con diversa función participaban en la recepción del testamento. De igual forma el pretor, le daba mayor validez a un heredero con un testamento sellado por siete personas.

En la época posclásica, la oposición entre testamento civil y pretorio adquiere un sentido totalmente nuevo, el derecho civil requería cinco testigos y el pretorio siete.

²⁴ *Ídem*.

²⁵ *Ibidem*. p. 590.

El testamento civil con cinco testigos, se consideraba válido solamente si era ológrafo, es decir, íntegramente extendido de puño y letra del testador.

Al testamento compuesto por el derecho civil, por el pretorio y por la legislación imperial, todavía en vigor en el derecho justiniano, se le llamo *tripartitum*. “El Testamento Tripartito, creado por constituciones de los emperadores de oriente y occidente, Teodosio II y Valentiniano III en el año 439 d.C.”²⁶ En el tiempo de Justiniano, el testamento fue redactado muchas ocasiones por un notario, quien daba forma jurídica a las declaraciones hechas por el testador en presencia de testigos, quienes daban fe de lo dicho verbalmente y lo escrito por el notario: “Debían acudir todos al mismo tiempo al acto en el que se les presentaba el testamento.”²⁷

En una constitución del año 339 d.C. Constancio, consideró válida cualquier expresión en la cual la designación de *heres* fuese clara.

La persona del heredero debía estar indicada claramente y de la forma que correspondía a la efectiva voluntad del testador. La institución podía extenderse a varias personas, en donde el testador determinaba las fracciones que le correspondían a cada una de ellas. Si no se había hecho asignación de partes, rige la regla *concurso partes fiunt*, que implicaba igualdad de cuotas entre los aceptantes. El testador también podía instituir algunos herederos en cuotas determinadas, y a otros sin asignación de parte; esto no daba lugar a dificultades. Cuando la suma de las cuotas establecidas era inferior al *as* (moneda utilizada en Roma) el faltante se distribuía entre los herederos sin parte.

La capacidad para investir a otro de una herencia, o ser investido con ella los romanos le llamaban *testamenti factio*, para tenerla era esencial la ciudadanía o la pertenencia a la familia de un ciudadano. Los esclavos podían también ser instituidos herederos.

Existían varias categorías de personas que podían ser instituidas herederas, o beneficiadas con legados; pero por alguna razón, eran incapaces de testar (*testamentum facere non possunt*). En esta categoría están comprendidos para el antiguo derecho, los

²⁶ Huber Olea, Francisco José, *Diccionario de Derecho Romano*, México, Porrúa, 2000, p. 818.

²⁷ *Ídem*.

hijos de familia, los impúberes, los sordos, los esclavos, los mudos, los locos, los *prodigus* (“Para la Ley de las XII Tablas tenía la consideración de pródigo la persona *sui iuris* que disipaba los bienes recibidos por sucesión *abintestato* del padre o abuelo paterno, en detrimento de sus descendientes legítimos”²⁸); y todos aquellos que aun gozando de un *status*, que les permitiría testar, no tenían la seguridad subjetiva necesaria para hacerlo. Con el paso de los años se les otorgó el derecho de testar a los *servi publici* (servidores públicos) por la mitad del peculio, a los hijos de familia por el *castrense* (“bienes castrenses: Los que adquiere el hijo de familia por razón de la milicia ó sea con ocasión del servicio militar. Bienes cuasi castrenses: Los que adquiere el hijo de familia en el ejercicio de las ciencias y en el uso de oficios públicos, ó por donación que le haga el rey ú otro señor.”²⁹) y el *cuasi castrense*, y por el derecho Justiniano, podían testar también los locos en los intervalos de lucidez, los sordos y mudos que observen formalidades especiales.

Según el derecho civil, el *status* requerido para hacer testamento debía ser gozado ininterrumpidamente desde el momento de la redacción del testamento hasta la muerte, existiendo excepciones por ejemplo cuando el testador perdiera la voz o la vista; y con anterioridad había realizado su testamento, éste continuaba válido.

Las mujeres, también se encontraban privadas de ser instituidas como herederas, de igual modo los no nacidos, la jurisprudencia republicana aceptó la institución de los descendientes ya concebidos antes de morir el causante.

La concepción romana que tenían del testamento consiste, en ser un acto esencialmente revocable, consideraban el principio de libertad que tenía el testador al cambiar las disposiciones hasta el último momento. Dicho principio llega hasta nuestros días.

Las causas de invalidez del testamento eran las que ocurrían anteriores, durante o posteriores a la realización del testamento:

²⁸ Gutiérrez-Alviz y Armario, Faustino, *op. cit.*, nota 8, pp. 566-567.

²⁹ Lozano, Antonio de Jesús, *op. cit.*, nota 21, p. 283.

1. Las causas anteriores a la realización del testamento eran; *ab initio* que anulan el testamento por los siguientes motivos: “1. Por no tener el testador la *testamenti factio activa*, 2. Por carecer el heredero instituido de las *testamenti factio passiva*, 3. Por no haberse instituido heredero al formular el testamento y 4. Por no haberse otorgado conforme a las solemnidades prescritas por la ley.”³⁰

2. Las causas posteriores a la realización del testamento eran; cuando el testamento se rompía por existir un testamento posterior, el cual revoca al primero; cuando no ratificaba el testamento el testador; y cuando el heredero nombrado en el testamento no podía aceptar su herencia por algún motivo.

La revocación del testamento en el sistema romano, surge a consecuencia de un nuevo testamento, el cual anula al primero en su totalidad, esto aún en contra de la voluntad del testador. El nuevo testamento debería contener la parte esencial que era la institución de uno o varios herederos.

El testamento inoficioso era aquel que se realizaba en perjuicio de los hijos principalmente y que fue rescindido por la *querela inofficiosi testamenti* (queja de testamento descortés). “El testamento inoficioso es aquel que, regular en su forma, despoja sin causa seria a un descendiente, a un ascendiente, a veces a un colateral, llamados a la sucesión legítima.”³¹

Una figura empleada en el testamento fue el legado, éste se encuentra contemplado en las *Institutas de Justiniano*, dándole el significado de: “Legado es una especie de donación dejada por el difunto, es un acto *mortis causa*, manifestación de última voluntad, unilateral, revocable e imperativo.”³² De manera que dentro del testamento, los romanos también incluían uno o más legados, los cuales eran de distintas formas de acuerdo al derecho de la época. El legado se realizaba: “Por medio de fórmulas particulares que, aunadas a los ritos que las seguían, se convertían en sacramentales.”³³

³⁰ Lemus García, Raúl, *op. cit.*, nota 3, p. 284.

³¹ Bravo González, Agustín y Bravo Valdés Beatriz, *op. cit.*, nota 15, p. 252.

³² *Ibidem*, p. 299.

³³ Morales, José Ignacio, *Derecho Romano*, 3ª ed., México, Trillas, 1989, p. 263.

Los legados estaban formados de dos elementos; los sujetos y el objeto. Los sujetos eran; 1) la persona que establece el legado llamado testador, y 2) el legatario, persona que se beneficia.

Para Ventura Silva en el legado intervienen los siguientes sujetos:

- a) El que ordena el legado (causante o disponente);
- b) Aquél a quien se ordena el cumplimiento del legado (gravado);
- c) Aquél a cuyo favor se deja el legado (legatario).³⁴

El objeto del legado estaba conformado por regla general, de las cosas que se encontraban en la naturaleza, cosas corporales e incorporales (derechos y obligaciones) determinadas, o una universalidad.

Desde el derecho romano antiguo, se fueron estableciendo reglas para realizar un legado con el fin de proteger a los herederos, los cuales debían tener una relación directa con el difunto; una de las reglas estaba establecida en la ley; como la cantidad máxima que se podía dar en legado, y otra prohibía otorgar a un legatario más de lo que se le dejara a un heredero; era necesario que el testador fuera propietario de las cosas que legaba.

El Derecho romano regulaba las causas de nulidad y revocación de los legados. “El régimen jurídico de los legados estuvo regulado por sistemas diversos que corresponden al *Derecho Antiguo*, al *senadoconsulto Neroniano* y al *Derecho de Justiniano*.”³⁵

2. La sucesión legítima en Roma

En el derecho romano existieron dos formas de heredar: la primera de acuerdo al testamento otorgado por el *de cuius*, y la segunda *ab intestato*. “A falta de heredero testamentario, se abre la sucesión *ab intestato*, llamada también *legítima*, porque es la Ley

³⁴ Ventura Silva, Sabino, *Derecho Romano*, México, Porrúa, 1992, p. 239.

³⁵ Lemus García, Raúl, *op. cit.*, nota 3, p. 300.

de las XII Tablas, la que asigna heredero.”³⁶ Cuando no existía testamento entraba la ley para suplir la voluntad del testador, una de las reglas establecidas en esa época, menciona que de haber testamento, (sucesión testamentaria) no podía coexistir con la sucesión legítima; por lo que la sucesión era testamentaria o legítima (*ab intestato* o intestamentaria).

Los sujetos de la sucesión legítima eran: 1) el *paterfamilias*, el *de cuius*, o también llamado el intestado, y 2) los herederos.

El objeto de la sucesión legítima o *ab intestato* era, garantizar que los bienes del difunto pasaran a sus descendientes.

“Muere intestado aquel que no ha hecho absolutamente ningún testamento, o ninguno válido, o cuyo testamento ha sido solo, inútil...”³⁷ o por no haber mencionado heredero.

La sucesión por vía legítima contemplada en la Ley de las XII Tablas, tenía lugar por varias razones las cuales fueron: 1) cuando el autor de la herencia no tenía la capacidad para otorgar testamento; 2) cuando tenía capacidad pero no realizó testamento; 3) cuando el testamento realizado se encontraba nulo desde sus inicios o invalidado; 4) cuando el heredero no tenía capacidad para heredar o moría; 5) cuando el heredero único repudiaba la herencia, y por ultimo; 6) cuando no se cumplía con las condiciones impuestas al heredero.

En la Ley de las XII Tablas, se establece que de no haber hijos se podía heredar a los colaterales; pero a estos no se les daba el nombre de *heres*.

La sucesión legítima iniciaba desde el momento en que había la certeza de que no podía existir la sucesión testamentaria; podía ser desde el fallecimiento del autor de la herencia, o después de invalidar el testamento, en el último caso al momento que se determinaba la nulidad y se eliminaban a los herederos del testamento; se debía apreciar la capacidad, calidad y grado de parentesco para determinar quiénes eran los legítimos herederos.

³⁶ Petit, Eugéne, *op. cit.*, nota 16, p. 584.

³⁷ M. Ortolán, citado por Lemus García, Raúl, *op. cit.*, nota 3, p. 319.

Eugène Petit nos menciona que: La Ley de las XII Tablas, estableció los grados u órdenes para la sucesión intestada del *de cuius* y así nombrar a sus herederos:

- Primer orden *sui-heredes*. Eran los descendientes legítimos o adoptivos colocados bajo la potestad directa del difunto, hijos, mujeres sometidas a la *manus*, e hijos póstumos suyos.
- Segundo orden *agnados*³⁸. Se hace la sucesión al agnado más próximo a falta de *heres sui*. Tales *agnados* eran los colaterales. Después de saber que no existían hijos, continuaban los parientes más cercanos como: hermanos, padres, sobrinos, primos, etcétera.
- Tercer orden *gentiles*. Al no haber hijos o parientes, la Ley Decenviral convocaba a los *gentiles*, quienes probablemente concurrían todos a la sucesión con los mismos derechos. Cuando no existían descendientes, los que heredaban eran los que integran la *gens*, los que no tienen parentesco de sangre con el difunto, se encontraban emparentados por lazos de la gentilidad, a los que el derecho otorgaba efectos jurídicos relativos a las sucesiones *ab intestato*, tutela y curatela.³⁹

La gentilidad desapareció en la época de Gallo, y desde el siglo VII, el pretor concedió derechos a los parientes naturales del difunto. Dicha ley excluía a los parientes siguientes: a) los hijos emancipados; b) los nietos nacidos de una hija no heredaban al abuelo materno, porque estaba en la filial del padre, no en la de madre; c) Los hijos no sucedían a la madre, ni la madre a los hijos, por no existir entre ellos relaciones de potestad, base de la familia civil.

En el momento en que la persona que no había hecho testamento moría, los descendientes del primer orden inmediatamente pasaban a adquirir la herencia, no tenían la posibilidad de repudiarla, los únicos que tenían ese derecho eran los colaterales; y los extraños a la familia, los cuales podían repudiar o aceptar la herencia; al aceptar la herencia ya podía darse la adquisición.

³⁸ *Agnado*, palabra que significa: nacido en el mismo *domus*, son los parientes civiles nacidos por la vía de padre, un ejemplo serían los nietos, y al no haber nietos, los hermanos o sobrinos.

³⁹ Petit, Eugène, *op. cit.*, nota 16, p. 586.

Una de las características del derecho hereditario clásico, fue que el heredero testamentario o *ab intestato*, familiar o extraño, no recibía solamente las cosas corporales comprendidas en el patrimonio del difunto, reemplazaba al difunto en todas las relaciones jurídicas que se podían transmitir, hasta las costumbres de la familia. “La herencia incluía la prosecución del culto familiar, o sea, de los sacra del difunto.”⁴⁰

El descendiente o esclavo del difunto, en ningún momento podía liberarse de las obligaciones que por herencia había recibido, debía responder hasta con su patrimonio, como consecuencia de la fusión que ocurría del patrimonio que recibía y el patrimonio que tenía antes de recibir la herencia. El único que podía liberarse de las deudas era el extraño, que se nombraba en el testamento, el cual podía repudiar su herencia, y por consiguiente no estar obligado a responder por las deudas del difunto.

En el *ius civile*⁴¹ la transmisibilidad de las deudas y de los créditos se hizo norma segura, ya que con este se podía determinar a las personas que cumplirían las obligaciones del difunto respecto de sus acreedores y a los deudores hacerlos pagar; de modo que los créditos encontraban un titular, las deudas un responsable, y los sacra (culto) un continuador. Con este derecho se da el nombre de herederos a todas las personas llamadas por la ley.⁴²

La antigua costumbre no conocía otros herederos que los *sui*, quienes eran los hijos, que habían permanecido bajo la potestad del causante hasta su muerte. Entre los hijos, la herencia se dividía por cabezas; si uno o más de los varones habían prefallecido y dejaron descendientes, se dividía por estirpes, en el sentido en que se hacen tantas partes cuantos hijos o estirpes filiales concurrían, y dentro de cada estirpe filial; tantas partes como nietos o estirpes de nietos concurrían.

La vía legítima según el derecho pretorio, tiene características distintas, el pretor al darse cuenta de las injusticias que se cometían por el sistema de la Ley de las XII Tablas, consideró como herederos a los que no eran contemplados por dicha ley: a los hijos

⁴⁰ Bonfante, Pedro, *op. cit.*, nota 14, p. 555.

⁴¹ *Ius Civile*: El derecho propio de los ciudadanos romanos basado en la Ley de las XII Tablas y la jurisprudencia o dictámenes de los jurisconsultos.

⁴² Arangio Ruiz, Vincenzo, *op. cit.*, nota 6, pp. 582, 583.

emancipados; a los parientes por parte de la mujer por no ser *agnados* si no *cognados*, a la mujer casada libre de *manus*, etcétera.

Las formas de heredar en el derecho pretorio fueron dos, la primera por medio del acto de última voluntad, siempre que en aquel se hubieran cumplido el mínimo de formalidades que lo hacía válido para el pretor (testamento); y la segunda a falta de testamento, aquí el pretor determinaba todo un orden de sucesión intestada, contra el testamento, sucesión necesaria y material. “La sucesión legítima formal consistía en la obligación impuesta al testador de no preterir, o sea de no pasar en silencio los sucesores *ab intestato* de la primera clase, sino de instituirlos o desheredarlos expresamente.”⁴³ Con esta sucesión se garantizaba que el patrimonio del difunto pasara a sus parientes más cercanos.

El pretor ofreció la *bonorum possessio*, un modo de adquirir la herencia; y enumeró los grupos de personas que la podían utilizar. “La *bonorum possessio* puede ser definida como una sucesión pretoria del conjunto del patrimonio de un difunto, requiriéndose en todos los casos que fuera solicitada por el interesado.”⁴⁴ La *Bonorum possessio*, se distribuía por estirpes, como la herencia civil y dentro de cada estirpe el grado más próximo excluía al más remoto.

- La *Bonorum possessio unde liberi*, se concedía a los descendientes inmediatos del difunto que estuvieran bajo potestad, o que hubieran sido emancipados o dados en adopción, en el último caso no formaron parte de la familia adoptiva.
- “La *Bonorum possessio unde legitimi*. Se llama en segundo término a todos los que podían recibir la herencia por vía legítima, según el *ius civile* y por el mismo orden de preferencia.”⁴⁵
- La *Bonorum possessio unde cognati*, era quizás la más antigua y la más importante, se atribuía a los parientes que se omitían por el derecho civil. Llamó el pretor a los siguientes *cognados* del difunto:

⁴³ Bonfante, Pedro, *op. cit.*, nota 14, p. 643.

⁴⁴ Bravo González, Agustín y Bravo Valdés Beatriz, *op. cit.*, nota 15, p. 322.

⁴⁵ Ventura Silva, Sabino, *op. cit.*, nota 34, p.259.

1. Los *agnados capite minuti*, los descendientes que se encontraban con derechos limitados.
2. Al hijo que se encontraba adoptado por otra familia.
3. Las mujeres, descendientes y parientes por vía de mujeres.

El límite del llamamiento de los *cognados* fue el sexto grado. Si concurrían varios *cognados* del mismo grado, la partición se hacía por cabezas.

- La *Bonorum possessio unde vir et uxur*, se daba a falta de las otras clases, la sucesión recaía en el cónyuge supérstite, es decir la herencia se ofrecía a la viuda o al sobreviviente.⁴⁶

El pretor dió gran aportación al derecho romano sucesorio, al establecer la *Bonorum possessio* en sus distintas formas, en donde le otorgaba a los descendientes del difunto derechos hereditarios que no tenían.

“El pretor concedió y garantizó, en los casos en que le pareció justo, la posesión de los bienes del difunto a otras personas; de aquí la *bonorum possessio* (...) el pretor acostumbraba a llamar a la herencia nuevas categorías de sucesiones no contempladas por el Derecho civil...”⁴⁷

Se le llamaba *bonorum possessor*, a la persona que heredaba utilizando la figura de la *Bonorum possessio en sus distintas formas*.

La *Bonorum possessio*, se adquiría cuando el *bonorum possessor*, debía presentar una demanda ante el pretor en un plazo determinado; el pretor le otorgaba un título y con éste ya podía adquirir la parte hereditaria que le correspondía.

Las reformas que se dieron al modo de suceder por vía legítima en el derecho imperial, fueron encaminadas a otorgarle derechos sucesorios a la familia natural. Éstas se inician con el: “Senadoconsulto *Tertuliano*: este senadoconsulto, que las instituciones de Justiniano colocan bajo el reinado de Adriano, llama a la madre a la sucesión de los hijos,

⁴⁶ *Ídem*.

⁴⁷ Bonfante, Pedro, *op. cit.*, nota 14, p. 583.

aunque bajo ciertas condiciones,⁴⁸ le daba oportunidad de heredar a la madre junto con los hermanos del difunto en caso de no haber tenido descendencia este último.

En el senadoconsulto Orficiano, de M. Aurelio y Cómodo (178 a. de C.): “Se concedió la herencia de una madre a sus hijos, con preferencia frente a los *agnados* de la difunta,”⁴⁹ dio derechos a los hijos en la sucesión de su madre, sin importar su calidad (legítimos o ilegítimos), otorgó a la mujer derechos consignados en la ley.

En el año 543 d. C., con la Novela 118 y 127 de Justiniano, integrada en el año 548 se tuvo una reforma radical; reconoció la capacidad patrimonial de los hijos, aceptó el sistema de parentesco y eliminó la diferencia de sexos. Se establece un sistema unitario y completo de la sucesión *ab intestato* que tiene el siguiente orden mencionado por Volterra:

- 1) Los descendientes del causante, sucedían en primer término, con exclusión de todos los demás parientes, sin distinción de origen, sexo o grado, naturales o adoptivos. Si eran de grado distinto, los más próximos excluían a los de grado más lejano, así los nietos heredaban a su abuelo si antes moría su padre.
- 2) Los ascendientes, los hermanos y hermanas del doble vínculo y sus hijos. Si sólo existían ascendientes, el grado más próximo excluía al más lejano; el padre, a los abuelos paternos y maternos.
- 3) Los hermanos y hermanas solamente de padre (consanguíneos), o sólo de madre (uterinos), y los hijos de los fallecidos con anterioridad. La partición se hacía por cabezas si únicamente concurrían hermanos o hermanas. Los hijos de los premuertos recibían lo que hubieran correspondido a sus padres.
- 4) Otros colaterales, estos fueron llamados a la sucesión *ab intestato*, en defecto de todos los parientes anteriores, los tíos y sobrinos.
- 5) El viudo o viuda.
- 6) Si no se encontraba ningún heredero legítimo, la herencia vacante iba al fisco, legión o iglesia según la calidad del difunto.⁵⁰

⁴⁸ Petit, Eugéne, *op. cit.*, nota 16, p. 597.

⁴⁹ Arce y Cervantes, José, *op. cit.*, nota 5, p. 172.

⁵⁰ Volterra, Eduardo, *op. cit.*, nota 20, p. 779.

Justiniano no establece en las novelas hasta qué grado suceden los colaterales, pero considerando las reglas de la sucesión pretoria, que eran las más próximas a su época, estas fijaban hasta el sexto grado la sucesión de los colaterales.

Los hijos naturales y la concubina, tenían derecho a una sexta parte del caudal hereditario, si el difunto no dejaba ni hijos legítimos ni esposa, en caso contrario sólo tenían derecho a los alimentos.

Justiniano estableció en favor de todo heredero, la facultad de hacer inventario de la herencia y separarla para el caso de quiebra, quedando librado el patrimonio del heredero, a dicha figura se le llamaba *beneficium inventarii*: “Permite al heredero no pagar las deudas de la sucesión nada más que en el límite del activo hereditario, a cambio de cumplir ciertas formalidades,”⁵¹ en donde el emperador dio solución a la injusticia e inequidad, el heredero respondía únicamente de las deudas hereditarias hasta donde alcanzara el activo de la sucesión. El heredero debía solicitar el beneficio de inventario de la herencia ante el magistrado, y ya obtenida podía pagar a los acreedores del difunto con el propio activo de la herencia, por orden de presentación.

La sucesión legítima fue evolucionando, en un principio se encontraba consagrada en el Derecho Romano antiguo en la legislación de las XII Tablas; fue corregida por el pretor y también por el derecho imperial, para terminar con la reglamentación que hizo Justiniano.

3. El hijo preterido en el Derecho Romano

La sucesión en el Derecho Romano fue evolucionando; en la época clásica los romanos de acuerdo a sus costumbres le heredaban a una persona que era parte de la *gens*, dejándolo al mando de todas sus responsabilidades y el control dentro de la familia,

⁵¹ Petit, Eugène, *op. cit.*, nota 16, p. 551.

posteriormente el difunto le heredaba a sus descendientes por vía legítima; de acuerdo a las reglas de la época, o heredaba por medio del testamento.

En la época postclásica los romanos al realizar su testamento, (expresión de su última voluntad) tenían gran libertad para mencionar a los herederos de sus bienes, llegando a omitir a sus descendientes por diversos motivos; muchas veces como castigo por sus actos, dando prioridad a los amigos a quienes les dejaban todo su patrimonio; el testador por lo tanto modificaba el orden legítimo a su voluntad. Los descendientes al verse omitidos en el testamento, reaccionaron solicitando a las autoridades de su época, que dicho testamento se modificara a favor de ellos.

Los herederos preteridos, eran las personas que tenían algún parentesco con el difunto, y que habían sido omitidas por éste en su testamento; la sociedad consideraba que al no dejar bienes a la familia se cometía una falta a los deberes de ésta. Es así como inicia la figura de la preterición.

Preterición: “Viene de *praeterir* (del *latín praeterire*: pasar adelante) hacer caso omiso a una persona o cosa.”⁵² Por lo tanto el heredero preterido es aquel heredero forzoso que ha sido omitido por el testador.

El principio consecuente con la libertad testamentaria, era que de acuerdo con el *ius civile*, el *pater* podía instituir herederos o desheredar a los *sui heredes*; pero no podía omitirlos (preterirlos).

De haber incurrido en preterición, podían darse las siguientes posibilidades:

- Si se trataba de un hijo que estaba bajo la patria *potestas del pater*, debía ser instituido heredero o desheredado “nominativamente”, de lo contrario el testamento era considerado *inutile* (inútil) y en consecuencia *nulo iure civil* (nulo de derecho). De esta manera al anular el testamento, se abría la sucesión legítima.

⁵² *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Argentina, Editorial Driskill, 1989, t.VIII, p. 808.

•Si se trataba de los otros *sui heredes* (heredero suyo) como: las hijas, o nietos, debían ser instituidos herederos o desheredados. No era necesaria la desheredación nominativa, podría bastar una cláusula colectiva para desheredarlos. En el caso de que hayan sido preteridos, el testamento no era nulo, pero se les otorgaba una parte de la herencia a los herederos omitidos.

La omisión o la desheredación que realizaba el autor de la herencia de sus descendientes era considerada lícita, si mencionaba la ingratitud del omitido.

El testador era libre de realizar su testamento, pero al desheredar u omitir a sus descendientes, los romanos condenaban al difunto por no respetar las reglas de la moral, por lo que la sociedad romana tuvo gran influencia en el plano judicial; admitiendo que los desheredados u omitidos por el testador sin motivos justos, acudieran al tribunal de los *centumviros* (“Tribunales romanos cuyo origen es obscuro... estaban divididos en cuatro secciones denominadas *consilia* o *hasta*, en virtud de que su insignia era la lanza, la competencia de los tribunales *Centumviri* era sobre pleitos referentes a la propiedad o herencias.”⁵³) a reclamar su derecho por medio de la *querella*.⁵⁴

Por lo tanto, se establecieron determinadas limitaciones o restricciones a la libertad de testar, mediante la teoría de la desheredación y la *querella inofficiosi testamenti*.

Existían distintas consecuencias de la preterición, dependiendo a las personas que se omitían:

La preterición de un hijo quitaba al testamento todo su vigor, de manera que caían todas las instituciones en él contenidas, las libertades y los legados, abriéndose la sucesión legítima; en cambio si eran omitidos las hijas o los descendientes de grado ulterior, el testamento conserva su eficacia, salvo que los preteridos concurrían con los herederos testamentarios por una cuota calculada sobre el número total de las

⁵³ Huber Olea, Francisco José, *op. cit.*, nota 26, p. 58.

⁵⁴ Al mencionar “*querela*” o “*querella inofficiosi testamenti*”; nos referimos a la institución para reclamar el derecho a heredar. Arangio Ruiz, Vincenzo, *op. cit.*, nota 6, p. 620.

estirpes concurrentes, si los instituidos son otros *sui*, o por la mitad del patrimonio si son extraños.⁵⁵

La teoría de la desheredación consistía, en que: “El *paterfamilias* no podía despojar a un heredero de sí mismo de su derecho hereditario, por simple omisión u olvido, pues debía instituirlo heredero o desheredarlo...”⁵⁶

La teoría de la desheredación fue modificándose de acuerdo a cada periodo de Roma. La teoría fue contemplada desde la Ley de las XII Tablas, la que mencionaba que la desheredación de un heredero forzoso, debería ser expresada directamente por el *paterfamilias*, éste debía hacer mención del nombre del desheredado. Al omitir a un hijo, hija o nieto los facultaba para reclamar su derecho hereditario.

En el *ius civile* y en el derecho pretorio, se defendían los derechos hereditarios de los hijos preteridos en el testamento, fijándose reglas de cómo debía hacerse la preterición de los parientes cercanos: “Nominativamente la de los *fili* *familias*, colectivamente la de los *filiae familias*, etcétera, pero no impedían la desheredación injustificada de los mismos.”⁵⁷ El pretor le exigía al testador, la necesidad de desheredar *nominatim*, esto es, que nombrara en el testamento a las personas que deseaba desheredar, para que de esta forma no pudiera ser atacada su última voluntad, e instituyó la obligación de asignar una parte de los bienes a los herederos forzosos, sin cuya adjudicación se originaba preterición.

A finales de la República se formuló la *querella inofficiosi testamenti*, ante el tribunal de los *centumviri*, en donde se alegaba que el testamento era injusto, porque el *de cuius* al momento de realizar el testamento; no estaba en su cabal juicio dando oportunidad a que los hijos incluso póstumos pudieran realizar la *querella*.

La primera reacción protectora de esos desheredados se formuló procesalmente ante el tribunal de los *centumviri*, a fines de la república entablando el recurso de la *querella inofficiosi testamenti*, alegando que el testamento era injusto en cuanto era

⁵⁵ *Ibidem*, p. 616.

⁵⁶ Morales, José Ignacio, *op. cit.*, nota 33, p. 265.

⁵⁷ Bialostosky, Sara, *op. cit.*, nota 11, p. 226.

contrario al *officium pietatis* y que el *pater* al disponer de los bienes no estaba en su cabal juicio por lo que los hijos (incluso póstumos) pedían se declarara el testamento inoficioso.⁵⁸

La *querella inofficiosi testamenti*, fue un medio de defensa que tenían los descendientes al ser omitidos injustamente en el testamento, el objeto de esta *querella*, fue dejar sin efecto el testamento por haberse otorgado contrario a los deberes del testador: “Medio al que podían recurrir los parientes más próximos del testador injustamente despojados de su derecho hereditario para hacer caer o modificar el testamento.”⁵⁹

Los centunviro como consecuencia de dicha querella, anulaban el testamento, el motivo que daban para realizar esta acción, era que el testador tenía problemas mentales, por no contemplar en su testamento a sus descendientes y no comportarse como una persona normal; y al no haber herederos se asignaban los que correspondían a la sucesión legítima. La práctica estableció que los hijos que tenían derecho a heredar *ab intestato* debían recibir por herencia la cuarta parte, una vez deducidas las deudas y los gastos fúnebres.

Existían dos ideas que tenían que analizar los centunviro, la primera fue el respeto por la última voluntad del testador, y la segunda la exigencia de asegurar las mejores condiciones de vida a los parientes más próximos, sobre todo a los procreados por el testador.

No existe el procedimiento exacto de la *querella* en los juicios centunviro, no se explican sus características, los distintos autores mencionan, que en época de la República las personas que tenían la facultad de impugnar el testamento por estar omitidas eran: los descendientes, ascendientes, hermanos y hermanas. “El interesado actuaba con la *hereditaris petitio* en su cualidad de heredero legítimo, impugnando con la *querela* el testamento del difunto.”⁶⁰

⁵⁸ *Ibidem*, p. 216.

⁵⁹ Ventura Silva, Sabino, *op. cit.*, nota 24, p. 231.

⁶⁰ Volterra, Eduardo, *op. cit.*, nota 20, pp. 784-785.

Las personas que podían ejercitar la *querela* fueron; los descendientes, los ascendientes y los hermanos. El querellante debía de probar que había sido desheredado sin motivos.

Lemus García resume los requisitos de procedencia de la *querela*:

1. Que el testamento fuese formalmente válido.
2. Que la persona que tramitaba la *querela* tenía derecho en la sucesión legítima.
3. Haber sido omitido injustamente en el testamento.
4. No haber recibido antes herencia.
5. No tener otra acción que pudiera ejercitar.⁶¹

La *querela* no podía ser realizada por quien ya había aceptado la desheredación.

La *querela* no podía ser aceptada, si la omisión hecha por el testador no había sido intencionalmente, por ejemplo desheredarle al nieto y no al hijo.

En caso de ser rechazada la *querela*, el beneficiario sería el fisco, quien podía darle al testamento validez y otorgarles los bienes a los herederos que se encontraban en éste.

Sólo cuando la *querela* había sido aceptada, el testamento podría ser nulificado. La *querela* era la causa de la *hereditatis petitio* (petición de herencia), por ser la prueba que el querellante ofrecía de su estado de legitimario injustamente omitido.

Algunos autores mencionan que el querellante, era el único que podía ser favorecido por la *querela*, mientras que otros, mencionan que cualquier descendiente podía ser favorecido aunque no haya actuado en la misma.

Cuando el testador en vida le había dejado buena parte de bienes hereditarios a su descendiente, éste último no podía realizar la *querela* a la muerte del testador que lo había omitido.

El efecto más importante de la *querela* era, anular la institución de herederos del testamento, lo que daba como consecuencia la invalidez del testamento: "Provocando, así,

⁶¹ Lemus García, Raúl, *op. cit.*, nota 3, p. 281.

la apertura de la sucesión *ab intestato*, o logrando que se reconozca su derecho para suceder conjuntamente con los instituidos.”⁶²

“La *querela* se extinguía por varias razones; cuando moría el que tiene derecho de realizarla, por la prescripción de cinco años y, por renuncia del legitimario; esto ocurría si aceptaba las disposiciones del testamento.”⁶³

En época de Constancio y Juliano se establece que no debería ser necesario anular todo el testamento, sino reducir las cuotas de los herederos, de modo que al hijo preterido le correspondía la parte que merecía.

De acuerdo al desarrollo del derecho, fueron obteniendo más oportunidades los hijos preteridos para solicitar la herencia que les correspondía.

En la época de Constantino, se prohibió instituir como herederos a los hijos naturales, esto significaba omitir al hijo en el testamento por no ser hijo legítimo, tal ley fue reducida en época de Justiniano; limitando la cuota a favor del hijo legítimo y estableciendo el concurso con los hijos no legítimos.

Con las reformas de Justiniano se estableció, que el hijo preterido podía solicitar que el testamento fuera declarado nulo; realizó modificaciones a sus novelas y le dio características particulares a la *querela* algunas de ellas fueron:

- Determinó con precisión las causas válidas de la desheredación: “Para desheredar a alguien era indispensable señalar la causa, lo que impidió que por mero capricho se dejase fuera del testamento a quien debería ser insertado...”⁶⁴
- Hizo variar la sucesión legítima de acuerdo con el número de hijos.
- Modificó los efectos de la *querela*, anulando únicamente al heredero que fuera irregular, conservando al resto del testamento con validez.

⁶² Ventura Silva, Sabino, *op. cit.*, nota 34, p. 231.

⁶³ Lemus García, Raúl, *op. cit.*, nota 3, p. 282.

⁶⁴ Huber Olea, Francisco José, *op. cit.*, nota 26, p. 662.

II. ANTECEDENTES DEL DERECHO SUCESORIO EN MÉXICO

El estudio de los antecedentes del derecho sucesorio en México, se desarrollará desde antes de la invasión española, lo que se conoce como el período precortesiano, hasta el Código Civil de 1928; haciendo un breve resumen de las leyes que lo precedieron, las cuales son aportaciones importantes a nuestra legislación actual.

“Por desgracia, durante la invasión española, fue destruida la mayor parte de la cultura escrita de los pueblos prehispánicos, como códices, pergaminos y otros documentos.”⁶⁵

En los antiguos pueblos de lo que hoy es México, se encontraban establecidas distintas tribus nativas, las que se agrupaban para tener un sistema de gobierno y organización política.

De acuerdo a los Códices precortesianos, se ha conocido parte de lo que eran sus reglas conforme a las costumbres, su organización social; la educación; la vida política; la cultura; la ciencia; los elementos importantes de la familia; y alianzas existentes entre los diversos pueblos.

Los aztecas tenían una organización política, que estaba en íntima relación con el pensamiento económico, científico, filosófico y religioso.

La organización política fue colectiva, establecieron una estructura federal y una estatal en materia educativa, política, científica, cultural y tributaria; era una organización muy distinta a la de Europa en donde existía una: “Cultura individualista y de ahorro basada en el atesoramiento y formación de peculios e intereses particulares que dan margen al despojo y a la provocación ininterrumpida de guerras.”⁶⁶

Los conceptos contemplados por los romanos para nombrar todo lo relativo en las sucesiones, no existían para los aztecas ya que la forma de vida y pensamiento eran muy

⁶⁵ López Betancourt, Eduardo, *El Derecho en México*, México, Porrúa, 2007, p. 1.

⁶⁶ Romerovargas Yturbide, Ignacio, *Los Gobiernos Socialistas de Anáhuac*, México, Ed. Romerovargas, 1978, p. 20.

distintos, los bienes existentes para los aztecas deberían de ser útiles a toda la sociedad o colectividad: “Los *calpulli* poseían la propiedad colectiva de ciertos terrenos, unos para el uso comunal y otros para el culto religioso.”⁶⁷ El derecho de propiedad en todos los tiempos del derecho azteca pertenece a la colectividad: “A los individuos corresponde únicamente la posesión, con las modalidades que establecía la costumbre, pudiendo los particulares acrecentar sus posesiones en proporción a la bonanza de cosechas y trabajo desempeñado en una industria o a los servicios prestados a la comunidad.”⁶⁸ La Asamblea de representantes del *calpulli* (unidad territorial constituida por casas dispersas, unidas por veredas) le proporcionaba a todo miembro, una parcela para sus necesidades, si este miembro no la cultivaba por dos años consecutivos; se consideraba libre o abandonada y pasaba a poder de una nueva familia por designación de las autoridades del *calpulli*, con lo que se comprueba que la propiedad era colectiva.

En cuanto a los bienes, estos debían ser comunes a todos los habitantes del *calpulli*, a la colectividad y no al individuo. El derecho precortesiano no contemplo el régimen de las cosas, ni se fundó en categorías abstractas, puso atención a la naturaleza misma del hombre, los procedimientos de justicia eran rápidos.

De acuerdo a los textos se observa que la figura de las sucesiones no esta contemplada por los Aztecas de la misma forma que por los Romanos, los cuales tenían que especificar su propiedad, y por consiguiente la masa hereditaria. Mientras que los Aztecas como ya se mencionó tenían únicamente la posesión de las tierras o bienes, y al morir les trasmitían a sus parientes cercanos la referida posesión de los bienes, lo cual es de manera lógica. La propiedad siempre pertenecía a la comunidad.

Todos los hijos eran reconocidos y considerados hijos legítimos independientemente que fueran de distintas madres, los conceptos de heredero e hijo preterido no existían, porque al fallecer el padre o la madre le trasmitían la posesión de los bienes al hijo(a) o hijos(as) que lo necesitasen, los que deberían trabajar dichos bienes para que pudieran conservar la posesión. Los hijos tenían conocimiento de a quien le correspondería la posesión de los

⁶⁷ López Betancourt, Eduardo, *op. cit.*, nota 65, p. 5.

⁶⁸ Romerovargas Yturbide, *op. cit.*, nota 66, pp. 29, 30.

bienes al morir el autor de la herencia; por lo tanto el hijo aceptaba la decisión del difunto y no reclamaba ningún bien o posesión.

En los territorios del México precortesiano, existieron otros pueblos diferentes a los aztecas, los que se organizaban con sus propias costumbres.

Diversos autores mencionan otras características respecto de la cultura, ciencia y derecho de los aztecas, considerando por lo tanto otro tipo de sucesiones de dicha cultura. Para López Betancourt por lo que respecta a las sucesiones: “Imperó la legítima, mediante la cual los padres heredaban a los hijos, a falta de ellos a un pariente cercano; pero existía la libertad para testar.”⁶⁹ De acuerdo a lo citado por el autor, los aztecas realizaban testamento, en donde establecían a quienes se les transmitirían los bienes del testador al momento de su muerte.

El testador realizaba su testamento, designando a sus descendientes, o a las personas mas allegadas a él como sus herederos, a las cuales les correspondía la posesión de determinado bien.

Las sucesiones de los romanos y los antiguos pobladores de México fueron muy distintas, iniciando con la forma en que organizaban la propiedad y posesión de las tierras.

Actualmente en comunidades étnicas, llevan a cabo su propia forma de heredar o suceder, en donde recopilan sus antiguas costumbres, retoman algunas ideas traídas a partir de la invasión española, y consideran también aspectos de la actual legislación.

En el Valle de Tlacolula, habita una de las comunidades que continúa con costumbres ancestrales, esta comunidad se encuentra establecida en el Estado de Oaxaca, donde la propiedad de: “Los bienes se trasmite de padres a hijos y pueden ser repartidos en vida o a la muerte del padre,”⁷⁰ realizándose dos tipos de sucesiones, la *mortis causa* y la *inter vivos*.

⁶⁹ López Betancourt, Eduardo, *Historia del Derecho Mexicano*, México, IURE, 2003, p. 11.

⁷⁰ Cordero Avendaño de Durand, Carmen, *Supervivencia de un Derecho Consuetudinario en el Valle de Tlacolula*, México, Fondo Nacional para Actividades Sociales, 1982, p. 108.

Al momento de casarse un joven, su padre en ocasiones le trasmite parte de lo que le correspondería a su muerte, para que pueda independizarse, la distribución de los bienes la realiza el padre de acuerdo a las costumbres; el padre decide que bien le corresponde a cada uno de sus hijos, esta decisión debe ser respetada por toda la familia.

Las mujeres no suelen heredar salvo cuando no haya hermanos varones. Las mujeres heredan los bienes de la madre, y a la vez ellas les transmitirán a sus hijas dichos bienes.

Algunos bienes no son transmitidos a los hijos ni a las hijas, están destinados a venderse para el pago de los gastos del entierro de los padres.

Por último respecto a la preterición no se conoce, el padre podrá desheredar a un hijo si éste realizó un acto incorrecto, esta decisión es respetada y aceptada por todos.

Retomando los antecedentes históricos del derecho sucesorio en México, nos remontamos al momento de la invasión de los españoles en 1517 e ingresando a la ciudad de México Tenochtitlan en 1521. Los españoles llegan a América y traen consigo nuevas leyes que imponen al territorio invadido (Nueva España), la sociedad mexicana recibió la herencia cultural Romano-occidental por conducto de las instituciones españolas, dando por consecuencia que el derecho mexicano actual siga las ideas romanistas.

Las Siete Partidas son una recopilación del derecho romano justinianeo, canónico y feudal, integrado por fueros y costumbres castellanas, constituye una de las obras jurídicas más importantes de la Edad Media. Su contenido abarcó casi todas las manifestaciones de la vida, desde el derecho político y civil hasta el penal, pasando por la familia, sucesiones, negocios jurídicos y procedimientos judiciales.

Los libros que componen las *Siete Partidas* tratan de lo siguiente:

- Primera Partida. Fuentes del derecho y ordenamiento eclesiástico
- Segunda Partida. Derecho público
- Tercera Partida. Organización judicial y proceso
- Cuarta Partida. Matrimonio

- Quinta Partida. Contratos, relaciones feudo-vasalláticas y derecho civil
- Sexta Partida. Sucesiones
- Séptima Partida. Derecho Penal.⁷¹

La sexta partida se ocupa de la sucesión por causa de muerte, contempla la sucesión testamentaria y legítima, establecía tres órdenes para determinar la sucesión de los bienes del difunto sin testamento; el primero se consideraba a los descendientes, después a los ascendientes y por último a los colaterales. Contemplaba el principio: los parientes del primer orden excluían al siguiente, y los del segundo excluían al tercero.

Respecto a los antecedentes del hijo preterido en el Derecho mexicano, de acuerdo a la doctrina dentro de las Siete Partidas, el testamento se anulaba en su totalidad al no mencionar heredero, posteriormente con la recopilación de las leyes, se modificó el sistema ordenando que valiera el testamento; sin la necesidad de la institución del heredero; sería solamente nulo el testamento respecto de la figura del heredero, pero válido en todas las restantes disposiciones.

El derecho de las Siete Partidas, contemplaba por completo el concepto del derecho romano antiguo, es decir fulminaba la nulidad de todo el testamento; al no haber testamento se tendría que realizar la sucesión legítima.

Finalmente, aunque las codificaciones pusieron fin a la aplicación de las Partidas, este hecho no supuso la desaparición del derecho contenido en ellas, puesto que buena parte de éste, se traspasó a los códigos de los países hispanoamericanos.

Durante el período colonial, las reglas jurídicas se encontraban contenidas en la *Novísima Recopilación, los Fueros Real y Juzgo*,⁷² y las Partidas, que se aplicaban en materia civil y para la organización jurídica de la familia, contemplándose también las Leyes de Indias,

⁷¹ Cruz Barney, Oscar, *Historia del derecho en México*, 2ª ed., 5ª reimpresión, México, Oxford University Press, 2008, p. 112.

⁷² La Novísima Recopilación; eran las leyes de derecho político, administrativo, derecho civil, derecho procesal y derecho penal vigentes en España, mientras que los fueros eran una serie de normas de la vida común y de ordenación de la ciudad de Valencia.

este legado normativo medieval, constituye uno de los más importantes referentes jurídicos para la explicación del derecho indiano y novo hispano en su conjunto.

Los manuscritos que la componen llevaron el nombre de “Libro de las Leyes”, la aplicación en las Indias del derecho real castellano como derecho común y, por ende, en carácter subsidiario de los derechos propios, las partidas influenciaron sobremanera la práctica forense y acciones de gobierno.

El orden de preferencia de las Leyes en las Indias (actualmente continente americano) fue el siguiente:

1. En primer lugar, las leyes dictadas especialmente para las Indias, ya sea en la Península o bien en las propias Indias.
2. En segundo lugar, las costumbres desarrolladas en los municipios de españoles en Indias o “costumbre criolla”.
3. En tercer lugar, las costumbres indígenas que no fueran en contra de la religión católica o de las leyes castellanas o indianas.
4. En cuarto lugar, la *Novísima Recopilación* de 1805.
5. En quinto lugar, la *Nueva Recopilación* de 1567.
6. En sexto lugar, las *Leyes de Toro* de 1505.
7. En séptimo lugar, el *Ordenamiento de Alcalá* de 1348.
8. En octavo lugar, las *Siete Partidas*.⁷³

Otra poderosa afluyente normativa que influencio excesivamente el mundo jurídico privado en la Nueva España, fueron las Leyes de Toro, su temática fundamental gira en torno a los temas de derecho de personas; sucesiones; matrimonio; mayorazgos entre otras. En las Leyes de Toro y la *Novísima Recopilación* se realizaron modificaciones relativas a los hijos naturales, adoptivos y la herencia de los colaterales hasta el cuarto grado.

Con el triunfo de la Revolución Francesa, se modernizaron las leyes y el Código Civil Francés de 1804, mejor conocido como Código de Napoleón, éste contempla la distribución de los bienes por causa de muerte, unificando el derecho de las sucesiones de

⁷³ *Ibidem*, p. 233.

los dos sistemas existentes en el derecho antiguo europeo los cuales eran; el derecho romano de Justiniano y el derecho de los países de costumbre de influencia germánica. Este código fue de gran importancia para México, tomándolo como modelo para su código civil propio.

En 1827 se creó el primer Código de la República Mexicana; en 1828 se promulga: “En Oaxaca el primer Código Civil que tuvo vigencia en México independiente, con una duración que culminó en 1836.”⁷⁴

También en 1828 en Zacatecas se realizó un proyecto de Código Civil.

Posterior a la independencia, las leyes expedidas en esta época, se transformaron en las instituciones civiles existentes durante la dominación política y religiosa española, produciendo el choque violento con el clero desde el momento en que se realizaron varias leyes; una de ellas la Ley del Registro Civil del 27 de enero de 1857, y después la del 23 de julio de 1859.

El 8 de diciembre de 1870 fue promulgado el Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California. Este Código seguía el sistema español en materia de sucesiones, establecía la sucesión legítima forzosa que era el derecho que venía desde las Leyes de Toro, continuando con la tradición española que regía en las principales naciones extranjeras. La sucesión legítima limitaba la capacidad de testar libremente, establecía la porción de bienes destinada por la ley a los herederos en línea recta, ascendientes o descendientes, llamados herederos forzosos. “Dicho ordenamiento legal constaba de 4126 artículos, divididos en un título preliminar y cuatro libros: 1) de las personas; 2) de los bienes, la propiedad y sus modificaciones; 3) de los contratos y 4) de las sucesiones.”⁷⁵

En el capítulo referente a la institución del heredero, se contempla la sucesión legítima del cónyuge que sobrevive, concurriendo con descendientes o ascendientes, tenía el derecho de un hijo legítimo si carecía de bienes. El que no tenía herederos forzosos, podía disponer libremente de sus bienes en favor de cualquier persona que tuviera capacidad

⁷⁴ Magallón Ibarra, Jorge Mario, *Instituciones de Derecho Civil*, 2ª ed., México, Porrúa, 1998, t. I, p. 70.

⁷⁵ López Betancourt, Eduardo, *op. cit.*, nota 69, p. 183.

legal de adquirirlos. Se disponía además que el testamento otorgado legalmente fuera válido, aunque no contuviera institución de heredero y no obstante el nombrado no aceptare la herencia o fuere incapaz de heredar.

El heredero debía ser instituido designándolo con su nombre y apellido, si eran varios con el mismo nombre, se debía mencionar otras circunstancias para distinguirlo. En el capítulo VIII del libro cuarto se trata el tema de las sustituciones, mencionando los herederos que debían ser sustituidos si moría antes que el autor de la herencia; menciona los casos de sustituciones y sus características.

El primero de marzo de 1871 entró en vigor en el Distrito Federal y Baja California el Código Civil, el cual estaba constituido por cuatro libros; personas, bienes, contratos y sucesiones, dando la base para toda la República.

El Presidente Manuel González, promulgó en 1883 un nuevo Código Civil, el que continuó con las características del anterior código: “Inició su vigencia el 1° de junio de 1884... la única modificación básica es aquella que derogó la obligación de formular testamento; convirtiendo esta disposición en una fórmula libre, dejando al interesado la libre voluntad de hacer o no un testamento.”⁷⁶

Los posteriores códigos contemplaban las mismas ideas respecto a las sucesiones, los cambios eran relativos a las otras disposiciones contenidas en el Código Civil.

El Código de 1884 siguió los lineamientos de la legislación anterior, fue en materia sucesoria, en donde se encuentran algunas de las diferencias básicas que existen entre ambos ordenamientos. Este código derogó las reglas que reconocían a los herederos forzosos: “Abolición de la herencia forzosa y proclama de una manera franca y terminante la libertad de testar,”⁷⁷ así como las que referían al nombramiento de heredero y a la distribución del caudal en legados, hechos por personas que no tuvieran hijos ni descendientes legítimos o legitimados, modificando la regla de la sustitución de heredero forzoso.

⁷⁶ Magallón Ibarra, Jorge Mario, *op. cit.*, nota 74, p. 72.

⁷⁷ López Betancourt, Eduardo, *op. cit.*, nota 69, p. 184.

En el Código de 1884, se establece la libre testamentación consistente en, que toda persona tenía derecho de disponer libremente de sus bienes por medio del testamento: “

Con la única limitación de garantizar alimentos a aquellos parientes a quienes debiera dárseles en vida del testador: descendientes, cónyuge supérstite y ascendientes, de acuerdo con las reglas que el mismo Código señala.”⁷⁸

La sucesión legítima sólo se podía realizar cuando el autor de la sucesión no había otorgado testamento o éste fuera declarado nulo.

Era inoficioso el testamento que no mencionara los alimentos: “El preterido tendrá derecho solamente a que se le de la pensión que corresponda, subsistiendo el testamento en todo lo que no perjudique su derecho.”⁷⁹

Por último, encontramos al Código Civil de 1928, que contiene cuatro libros que son: primero, de las personas; segundo, de los bienes; tercero, de las sucesiones; y cuarto, de las obligaciones.

La diferencia que contiene éste último código, es lo relativo a la institución de heredero y de las sustituciones, éste establece que el testamento otorgado legalmente será válido, aunque no contenga la institución de heredero; los herederos instituidos sin designación de parte heredarán en partes iguales, se deberá nombrar heredero con nombre, apellido y características que lo hagan único; y por último señala la sustitución de herederos.

⁷⁸ Baqueiro Rojas Edgar y Buenrostro Báez Rosalía, *Derecho Sucesorio*, México, Oxford University Press, 2007, pp. 13, 14.

⁷⁹ López Betancourt, Eduardo, *op. cit.*, nota 69, pp. 184, 185.

CAPÍTULO SEGUNDO

LAS SUCESIONES

En el presente capítulo estudiaremos lo referente a las sucesiones previstas en el Código Civil para el Distrito Federal, considerándolo como base importante para nuestro estudio.

El Derecho Sucesorio, es de gran importancia puesto que se encarga de que subsistan las relaciones de una persona después de su muerte, trasmitiéndolas a otras; de lo contrario derechos y bienes se quedarían sin titular y obligaciones sin responsable, lo que repercutiría perjudicialmente en la economía del país.

“El Derecho sucesorio: es parte del derecho civil que regula la liquidación del patrimonio del difunto y la transmisión de sus bienes y derechos, que no se extinguen con su muerte, a sus sucesores o herederos.”⁸⁰ Por consecuencia, son el conjunto de normas que regulan el destino del patrimonio de una persona tras su muerte y las nuevas relaciones jurídicas que nacen como consecuencia de dicho fallecimiento.

El Derecho Sucesorio es conocido también como Derecho Hereditario, pudiéndose utilizar cualquiera de los dos términos para nuestra investigación y por consiguiente sucesión y herencia.

La palabra Sucesión proviene del latín *Successio (onis)*: “Significa colocar a una persona en lugar de otra, o sustituir a uno por otro en forma secuencial.”⁸¹

Sucesión en sentido amplio es: “Cualquier cambio meramente subjetivo de una relación de derecho.”⁸² Sucesión es la acción de suceder; es la sustitución en la titularidad de los derechos y relaciones que admiten sustitución; el cambio de sujeto.

⁸⁰ Baqueiro Rojas Edgar y Buenrostro Báez Rosalía, *op. cit.*, nota 78, p. 5

⁸¹ Vargas Pérez, Francisco, *Teoría y Práctica de las Sucesiones*, México, Trillas, 2001, p. 511.

⁸² De Pina, Rafael, *Elementos de Derecho Civil Mexicano*, 15ª ed., México, Porrúa, 1998, vol. II, p. 266.

Para el derecho, la sucesión es la sustitución de la persona que muere en sus derechos transmisibles a otra. La palabra ha sufrido transformaciones a lo largo del tiempo y en la actualidad comprende distintas acepciones, pero nosotros estudiaremos a las sucesiones en el entorno jurídico, y en específico relacionado con la muerte como: “La sucesión supone el cambio del titular de un derecho; y en términos del derecho sucesorio, ésta implica un cambio de titulares de un patrimonio (bienes, derechos y obligaciones), ya que el titular, heredero o legatario sigue y sucede a otro (autor de la sucesión).”⁸³

Para Castán Tobeñas la sucesión:

“Es la continuación o sucesión por modo unitario, en la titularidad del complejo formado por aquellas relaciones jurídicas patrimoniales, activas y pasivas, de un sujeto fallecido, que no se extinguen por su muerte; sucesión que produce también ciertas consecuencias de carácter extrapatrimonial y atribuye al heredero una situación jurídica modificada y nueva, en determinados aspectos.”⁸⁴

Algunos autores consultados, no sólo emplean el concepto de sucesiones cuando ha fallecido el autor de la herencia, sino que también es utilizado cuando la persona trasmite a otra(s) en vida, por lo que consideran dos tipos de sucesiones; la primera llamada sucesión *inter vivos* y la segunda *mortis causa*.

La sucesión será *inter vivos* cuando se produzca como consecuencia de los contratos traslativos de los bienes y derechos, que se realizan entre dos personas vivas, un causante y un causahabiente.

Por su parte, será *mortis causa* aquella que: “Se realiza entre un transmitente, denominado también causante o *de cuius* y el sucesor, que puede asumir la diversa investidura de heredero o legatario,”⁸⁵ se produce a causa de la muerte del causante, heredando el causahabiente.

⁸³ Baqueiro Rojas Edgar y Buenrostro Báez Rosalía, *op. cit.*, nota 78, p. 8.

⁸⁴ Arce Y Cervantes, José, *op. cit.*, nota 5, p 5.

⁸⁵ Trabucchi, Alberto, *Instituciones de Derecho Civil*, México, Ed. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2008, p. 373.

La sucesión *mortis causa* o sucesión hereditaria se puede realizar de dos modos; cuando el titular estando con vida estableció su última voluntad por medio de un documento llamado testamento,⁸⁶ en donde nombro a quien se transmitirían sus bienes al momento de su muerte, se le da el nombre de sucesión testamentaria; o en caso de no haber hecho el testamento entraría la sucesión legítima, que consiste en que los herederos van a ser los que determine la ley.

La sucesión va mas allá de la transferencia de los derechos del *de cuius*, ya que algunos derechos personalísimos no se pueden transmitir, como los derechos de familia, alimentos, el uso, y la habitación; se transmiten en cambio los derechos reales y obligaciones, los cuales pasan al heredero que ha aceptado la herencia tanto los créditos como las deudas. “Sólo se transmiten derechos transmisibles, que son principalmente derechos económicos, pecuniarios. Se transmiten todos los derechos y obligaciones que no se extinguen con la muerte.”⁸⁷

El objeto de estudio como ya se mencionó, es la sucesión que se encuentra establecida en el actual Código Civil para el Distrito Federal, la que es considerada por los doctrinarios como sucesión *mortis causa*.

La figura de la herencia es parte fundamental de las sucesiones: “Herencia; conjunto de bienes derechos u obligaciones que al morir deja el causante para su transmisión a las personas que han de sucederle, ya sea a título universal de herederos, o bien a título singular de legatarios.”⁸⁸

Otro concepto de herencia que ofrece José Alberto Garrone es: “Herencia conjunto de bienes cargas que formaban el patrimonio de una persona que se transmite por sucesión testada o intestada...no sólo el acto de heredar, sino también el patrimonio o conjunto de derechos o relaciones patrimoniales que la constituyen.”⁸⁹

⁸⁶ Figura jurídica que es heredada desde los romanos y se conserva hasta nuestros días en la legislación mexicana.

⁸⁷ Ibarrola, Antonio de, *Cosas y Sucesiones*, 14ª ed., México, Porrúa, 2004, p. 660.

⁸⁸ Baqueiro Rojas Edgar y Buenrostro Báez Rosalía, *op. cit.*, nota 78, p. 5.

⁸⁹ Garrone, José Alberto, *op. cit.*, nota 1, pp. 243, 244.

Considerando los autores consultados concluimos que el significado de la herencia es: el conjunto de bienes, derechos y obligaciones que al morir una persona, son transmisibles a sus herederos o a sus legatarios, por sucesión testamentaria o intestada.

Históricamente a la herencia se le ha dado dos significados o sentidos; el primero subjetivo como transmisión de bienes por causa de la muerte; el segundo objetivo como conjunto de bienes y relaciones patrimoniales, que se transmiten por causa de muerte, relacionando al sujeto que recibe dicha masa llamándolo heredero.

De acuerdo al artículo 1281 del Código Civil para el Distrito Federal: Herencia es la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte.

Así por su parte, el artículo 1282 del mismo Código, utiliza el término de herencia como sinónimo de sucesión tal y como a continuación se cita: La herencia se defiere por la voluntad del testador o por disposición de la ley. La primera se llama testamentaria, y la segunda legítima.

La sucesión testamentaria: “Se basa en un negocio por causa de muerte que se llama testamento, en virtud del cual una persona es capaz, y por su sola voluntad libre, dispone de sus relaciones transmisibles para después de su muerte.”⁹⁰

La sucesión legítima se realiza de acuerdo a la ley: “Cuando falta o no puede cumplirse la voluntad testamentaria del autor de la sucesión.”⁹¹ La ley establece de qué forma se dispondrán los bienes.

El Código Civil local regula la forma en que debe realizarse la sucesión, el modo de adquirirla, y la manera de disponer de las cosas que forman la sucesión.

Tanto la sucesión testamentaria como la legítima se desarrollan en distintas fases o etapas, de forma sucesiva y cronológica, para culminar con la adjudicación por parte del heredero o los legatarios. La primera fase o etapa inicia con el fallecimiento del causante y

⁹⁰ Arce y Cervantes, José, *op. cit.*, nota 5, p. 35.

⁹¹ *Ibidem*, p. 169.

el llamamiento a la herencia a todos los posibles destinatarios de la misma, continua con la delación: “Llamamiento efectivo del sucesor y puesta de la herencia a disposición del llamado para que la acepte o repudie (Diez Picazo).”⁹²

Los elementos personales de la sucesión son entonces: un causante y un causahabiente.

Otra característica que tiene el Código, ya mencionada en los antecedentes del derecho sucesorio, es la libre testamentación, que significa que el autor de la herencia tiene la libertad de realizar o no testamento, y puede designar a las personas que quiera; la única limitante a la voluntad del testador, es garantizar los alimentos a quienes se encuentren obligados a recibirlos; en el caso de que no existiera testamento, se considerará dicha obligación de dar alimentos en la sucesión intestamentaria o en la sucesión mixta.

Por último, la característica del beneficio de inventario, que es el derecho que tienen los herederos para: “Responder por las deudas del autor de la herencia, hasta donde alcancen los bienes del difunto,”⁹³ existe una separación de patrimonio, de forma que el heredero no responda por las deudas del difunto con su propio patrimonio; las deudas se pagaran únicamente con la herencia y hasta donde alcance la misma.

I. CONCEPTOS ELEMENTALES

Es importante dar a conocer los conceptos que son elementales para entender las sucesiones, en sus dos modalidades: testamentaria y legítima. De acuerdo a lo dispuesto en el código también puede ser mixta; esta es tanto testamentaria como legítima.

⁹² Sánchez-Cordero Dávila, Jorge A., *Introducción al Derecho Mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1981, p. 51.

⁹³ Baqueiro Rojas Edgar y Buenrostro Báez Rosalía, *op. cit.*, nota 78, p. 25.

La transmisión de los bienes que ha dejado el difunto, se hará de acuerdo a lo que haya dispuesto en el testamento, o en caso de no hacerlo se hará a las personas que establece la ley y conforme a su orden.

La masa hereditaria: también conocida como herencia, o caudal hereditario, lo constituyen todos los bienes, derechos y obligaciones que a título personal adquirió durante su vida el *de cuius*; que no se extinguen a la muerte de éste y que van a ser objeto de transmisión a sus herederos.

La sucesión testamentaria; es la voluntad expresa del *de cuius* en un documento llamado testamento.

La sucesión legítima, es la que se da al no existir testamento, de tal modo que la ley establecerá la forma en que se dispondrán los bienes.

El sucesor (o sucesores), es la persona o personas que sustituyen al difunto en la titularidad activa y pasiva de todas sus relaciones trasmisibles.

Para mejor explicación de lo relativo a las sucesiones el maestro Rojina Villegas señala los conceptos jurídicos fundamentales del derecho hereditario, los cuales son: “sujetos, supuestos, consecuencias, objetos y relaciones jurídicas del derecho hereditario.”⁹⁴

Son conceptos jurídicos fundamentales, los elementos necesarios que forman la legislación, explican y dan las características de las sucesiones, los cuales nos ayudan a la comprensión del tema.

Los sujetos que intervienen en la sucesión son: el testador o autor de la herencia, el heredero, el legatario, el albacea, el interventor, los acreedores de la herencia, los deudores de la herencia, los acreedores y deudores de herederos y legatarios. Es importante conocer el significado de cada uno:

⁹⁴ Rojina Villegas, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, 11ª ed., México, Porrúa, México, 2006, t. IV, p. 13.

1. Autor de la herencia o de la sucesión; también llamado causante o *de cuius*, persona titular de los bienes, derechos y obligaciones que se transmitirán al momento de su muerte. El testador, es la persona que realiza el testamento.
2. El heredero, es la persona o personas que reciben los derechos, bienes y obligaciones del autor de la herencia al morir éste; es la persona que sustituye al difunto en la totalidad del patrimonio a título universal. “En el sentido amplio, el que recibe la herencia, que era patrimonio del causante transmisible por sucesión, sea que su vocación tenga por fuente la ley o el testamento.”⁹⁵ El heredero adquiere a título universal y responde de las cargas de la herencia hasta donde alcance la cuantía de los bienes que hereda, es impuesto en el testamento por el testador o en resolución judicial por el Juez al tratarse de una sucesión legítima.

Todas las personas que habiten en el Distrito Federal de cualquier edad, tienen capacidad para heredar, y no pueden ser privados de ella de un modo absoluto. “La capacidad para heredar responde al conjunto de condiciones establecidas por la ley para ser sujetos pasivos de la transmisión hereditaria.”⁹⁶ La capacidad de heredar o para adquirir legado no tiene prohibición: pero con relación a ciertas personas y a determinados bienes, pueden perderla por alguna de las siguientes causas, establecidas en el artículo 1313 del Código Civil para el Distrito Federal que señala:

Artículo 1313. Todos los habitantes del Distrito Federal de cualquier edad que sean, tienen capacidad para heredar, y no pueden ser privados de ella de un modo absoluto; pero con relación a ciertas personas y a determinados bienes, pueden perderla por alguna de las causas siguientes:

- I. Falta de personalidad;
- II. Delito;
- III. Presunción de influencia contraria a la libertad del testador, o a la verdad o integridad del testamento;
- IV. Falta de reciprocidad internacional;
- V. Utilidad pública;

⁹⁵ Garrone, José Alberto, *op. cit.*, nota 1, p. 239.

⁹⁶ Baqueiro Rojas Edgar y Buenrostro Báez Rosalía, *op. cit.*, nota 78, p. 47.

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

“Son incapaces de heredar los que, en alguna forma, han fallado al cumplimiento de los deberes de lealtad y solidaridad a los que social y legalmente están obligados para con el autor de la herencia.”⁹⁷ Algunos de los incapaces de testar adquirieron tal condición por haber cometido delitos, otros por realizar conductas no dignas (como ejemplo el de un padre o madre que abandona a su hija).

3. El legatario. Si por el contrario la persona sustituye al difunto en alguna parte determinada del patrimonio, también nombrado a título particular se le da el nombre de legatario, éste: “No tiene más cargas que las que expresamente le imponga el testador.”⁹⁸ Los legados siempre se instituyen por el testamento, en consecuencia el legatario sólo existe en la sucesión testamentaria. “Los legados se establecen sobre cosas determinadas o determinables...”⁹⁹

El legatario: “No responde de las deudas generales de la herencia, sino sólo de aquellas que expresamente le haya asignado el testador.”¹⁰⁰

El jurista Rafael Rojina Villegas define al legado como: “El legado consiste en la transmisión gratuita y a título particular hecha por el testador, de un bien determinado o susceptible de determinarse, que puede consistir en una cosa, en un derecho, en un servicio o hecho a favor de una persona y a cargo de la herencia, de un heredero o de otro legatario, al momento de la muerte del testador.”¹⁰¹

“La clasificación de heredero o legatario no se hace por la cantidad de bienes que cada uno recibe, sino por el modo como es llamado a gozar y recoger.”¹⁰² El legado es la transmisión gratuita y a título particular hecha por el testador de un bien determinado o determinable, puede ser de una cosa o un servicio, a favor de una persona, lo que implica

⁹⁷ *Ibidem*, p. 52.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 28.

⁹⁹ García Amor, Julio Antonio Cuauhtémoc, *El Testamento*, 3ª ed., México, Trillas, 2007, p. 41.

¹⁰⁰ Baqueiro Rojas Edgar y Buenrostro Báez Rosalía, *op. cit.*, nota 78, p. 90.

¹⁰¹ Ibarrola, Antonio de, *op. cit.*, nota 87, p. 656.

¹⁰² *Ibidem*, p. 659.

una obligación impuesta a un heredero; o a otro legatario, para cumplir con un servicio a favor del legatario instituido.

El legado es susceptible de aceptación o de renuncia, lo que lo hace un acto libre; sin embargo de acuerdo con la ley no puede aceptar una parte y renunciar o repudiar otra.

Los legados que establezca el testador, podrán ser de: a) prestación de la cosa ó b) algún hecho o servicio; los legatarios se regirán por las mismas normas que los herederos, en el Código se mencionan las características de los legados.

4. El albacea; proviene: “Del vocablo árabe *al-wasiyya*, que se utiliza para designar a una persona que esta encargada de ejecutar una voluntad de otra persona.”¹⁰³ “Es una persona indispensable en los juicios sucesorios, puesto que desde la muerte del *de cuius* hasta la partición de la herencia constituye el principal actor, en virtud de que es quien garantiza, administra y tramita la transmisión de los bienes, derechos y obligaciones a los herederos y legatario.”¹⁰⁴ Es la persona a quien el testador, los herederos, los legatarios o el Juez, designan como representante legal de la sucesión; en caso de que su designación provenga del testamento, que ejecute la voluntad del testador.

Podrán ser albaceas las mujeres sin el consentimiento de su marido.

No podrán ser albaceas las personas que se les impida serlo, al respecto el Código Civil para el Distrito Federal señala que:

Artículo 1680. No pueden ser albaceas, excepto en el caso de ser herederos únicos:

- I. Los magistrados y jueces que estén ejerciendo jurisdicción en el lugar en que se abre la sucesión;
- II. Los que por sentencia hubieren sido removidos otra vez del cargo de albacea;

¹⁰³ Gutiérrez y González, *Derecho Sucesorio Inter Vivos y Mortis Causa*, 2ª ed., México, Porrúa, 1997, p. 324.

¹⁰⁴ Baqueiro Rojas Edgar y Buenrostro Báez Rosalía, *op. cit.*, nota 78, p. 148.

- III. Los que hayan sido condenados por delitos contra la propiedad;
- IV. Los que no tengan un modo honesto de vivir.

En caso de la sucesión testamentaria, el testador puede nombrar a varios albaceas, mientras que por sucesión legítima los herederos elegirán por mayoría de votos a uno, si no hubiere mayoría lo nombrará el juez. Cuando la herencia se distribuya sólo en legados, los legatarios nombrarán al albacea.

Hay dos tipos de albacea; el universal y el especial, el primero tienen facultades más amplias como cumplir lo señalado en el testamento; el segundo cumple lo relativo a los funerales, mandas o algún encargo especial, que le indico el testador: lo anterior está regulado en el artículo 1691 del Código Civil para el Distrito Federal el cual expresa que: El albacea podrá ser universal o especial.

El cargo de albacea es voluntario, es decir nadie está obligado a aceptarlo, pero al manifestar su voluntad de aceptar el cargo se obliga a cumplir con él, por lo tanto, acepta los deberes y responsabilidades que conlleva; en caso del incumplimiento deberá reparar los daños y perjuicios que por su culpa o negligencia se causen a los herederos y legatarios.

El albacea podrá renunciar a su cargo, teniendo distintas consecuencias de acuerdo a la justificación de su renuncia, también podrá excusarse con el objetivo de liberarse del desempeño del cargo, el albacea no podrá delegar su cargo. Las obligaciones del albacea entre otras son: 1) presentar el testamento; 2) asegurar los bienes de la herencia; 3) formación de inventarios; 4) la administración de los bienes, y rendición de cuentas del albaceazgo; 5) pago de deudas mortuorias, hereditarias y testamentarias; 6) partición y adjudicación de bienes entre los herederos; 7) defensa del juicio, de la herencia y del testamento; 8) representar a la sucesión en todos los juicios; 9) las que la ley establezca.¹⁰⁵

¹⁰⁵ Galindo Garfias, Ignacio, *Derechos Reales y Sucesiones*, 2ª ed., México, Porrúa, 2004, p. 231.

El albacea deberá cumplir su encargo dentro de un año, contado a partir de su aceptación. Sólo por causa justificada los herederos podrán prorrogar el plazo de albacea hasta un año más, siempre y cuando se le hayan aprobado las cuentas.

5. El interventor: “Tiene por función primordial, tutelar los intereses que pueda afectar la gestión del albacea o tiene lugar cuando los heredero inconformes quisieren hacerlo y tiene por objeto garantizar y vigilar el cumplimiento de las obligaciones del albacea.”¹⁰⁶ En caso de que el heredero o herederos que no hayan estado conformes con el nombramiento de albacea, tienen derecho a nombrar un interventor que lo vigile.

“El interventor es la persona que designan los herederos minoritarios que no están conformes con el albacea designado, para que éste vigile el exacto cumplimiento de las funciones de éste.”¹⁰⁷ En relación con lo anterior el artículo 1729 del Código Civil para el Distrito Federal menciona que: Las funciones del interventor se limitarán a vigilar el exacto cumplimiento del cargo de albacea.

El interventor tiene como misión primordial, tutelar los intereses de los herederos y legatarios frente a los actos de la administración del albacea. “El interventor tiene derecho a una remuneración en virtud de que el desempeño del cargo es oneroso.”¹⁰⁸ Los requisitos para ser interventor, las causas de excusa y terminación del cargo son las mismas que corresponden a los albaceas.

Los cargos de albacea e interventor, terminan de acuerdo al artículo 1745 del Código Civil para el Distrito Federal por:

- I. Por el término natural del encargo;
- II. Por muerte;
- III. Por incapacidad legal, declarada en forma;

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 232.

¹⁰⁷ Gutiérrez y González, Ernesto, *op. cit.*, nota 102, p. 331.

¹⁰⁸ Baqueiro Rojas Edgar y Buenrostro Báez Rosalía, *op. cit.*, nota 78, p. 158.

- IV. Por excusa que el juez califique de legítima, con audiencia de los interesados y del Ministerio Público, cuando se interesen menores o el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal;
 - V. Por terminar el plazo señalado por la ley y las prórrogas concedidas para desempeñar el cargo;
 - VI. Por revocación de sus nombramientos, hecha por los herederos;
 - VII. Por remoción.
6. Los acreedores de la herencia son: “Los sujetos privilegiados del derecho hereditario...los herederos deberán pagar a beneficio de inventario el importe de las obligaciones a cargo de la herencia.”¹⁰⁹ Al momento de morir el *de cuius* sus deudas no se extinguen, sus acreedores, pasan a ser los acreedores de la herencia, las deudas tienen preferencia, por lo que deberán de cubrirse primero con el activo de la masa hereditaria.
7. Los deudores de la herencia, son las personas que tenían deudas con el *de cuius*, al morir éste último, las obligaciones continúan y deberán ser pagadas al albacea.

Los supuestos del derecho hereditario, se encargan de estudiar la hipótesis normativa de la sucesión y en que momento se realiza esta, a través de los hechos o actos determinados en la ley, produciendo consecuencias de derecho.

Los supuestos del derecho hereditario son; la muerte del autor de la herencia, el testamento, el parentesco matrimonio y concubinato, capacidad de goce de los herederos y legatarios, la aceptación de herederos y legatarios, la no repudiación de la herencia o del legado, y la toma de posesión de los bienes.

Las consecuencias del derecho hereditario, son: “La creación, transmisión, modificación y extinción de las acciones jurídicas provenientes de la creación, transmisión, modificación y extinción de los derechos y obligaciones del testador.”¹¹⁰ Existen dos tipos de consecuencias; las primarias que son: la creación, transmisión, modificación o extinción de

¹⁰⁹ Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, nota 94, p. 203.

¹¹⁰ Galindo Garfias, Ignacio, *op. cit.*, nota 104, p. 183.

derechos y obligaciones; y las secundarias: referidas a la inexistencia, nulidad, caducidad e ineficacia de los testamentos o del derecho del heredero o del legatario.

Los objetos del derecho hereditario pueden ser directos e indirectos; los primeros son los derechos, obligaciones y sanciones relacionados con la herencia; los segundos son todos aquellos vinculados con la herencia como universalidad jurídica.

Las relaciones jurídicas del derecho hereditario, son el conjunto de relaciones derivadas de la interacción entre los interesados en la herencia, los cuales son; los herederos, legatarios y albaceas.

Otros conceptos importantes de mencionar son:

- El testamento, es un acto jurídico, mediante el cual el *de cuius* dispone de sus bienes para después de su muerte.
- “La partición es el acto jurídico mediante el cual se efectúa la división de la herencia cuando concurren varios herederos o legatarios, o ambos, para dar a cada uno lo que le corresponde, según lo establecido en el testamento o en la ley.”¹¹¹ La partición es el acto por el cual el testador o los herederos por medio del albacea, o el juez dividen el patrimonio del autor de la herencia.
- “La liquidación es el conjunto de actos, mediante los cuales se lleva a cabo el pago de las deudas hereditarias.”¹¹²
- La adjudicación es el conjunto de actos de entrega y titulación jurídica de la propiedad de los bienes de la herencia, a cada uno de los herederos.

Requisitos de la sucesión: 1. El conjunto de bienes que pertenecían a una persona física, transmisibles por causa de muerte. 2. Que el titular de los bienes fallezca. 3. Que existan personas a las que se les puedan transmitir los bienes del difunto. 4. Que las personas sean determinadas como herederas en el testamento, o que tengan parentesco cercano en caso de sucesión legítima, para que puedan heredar.

¹¹¹ Baqueiro Rojas Edgar y Buenrostro Báez Rosalía, *op. cit.*, nota 78, p. 202.

¹¹² *Ibidem*, p. 22.

II. LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA Y LOS TESTAMENTOS REGULADOS POR EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

La sucesión testamentaria proviene de un acto jurídico del autor de la herencia. “La sucesión testamentaria o de libre testamentación, es aquella en que toda persona, por testamento, tiene derecho a disponer libremente de todos sus bienes.”¹¹³

El Código Civil para el Distrito Federal regula en su artículo 1295 que: 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.

De acuerdo con el concepto anterior, se desprenden los siguientes elementos:

- Es un acto jurídico; porque es la manifestación de la voluntad del autor de la herencia con el fin de crear, modificar, transmitir o extinguir derechos y obligaciones.
- Es un acto unilateral: “No existe ninguna disposición jurídica que le imponga la obligación de hacerlo.”¹¹⁴ No es necesario que le obligue la ley para realizarlo, y no requiere de la aceptación de los beneficiarios también para su realización.
- Es un acto personalísimo: “Es una potestad individual inherente a la persona humana, con motivo de sus relaciones sociales.”¹¹⁵ No existe la posibilidad de que lo realice otra persona en su nombre y representación. Es irrenunciable, intransferible e indelegable, el testador en persona es el que debe manifestar su voluntad, instituyendo herederos y legatarios, asignando cantidades y distribuyendo bienes.
- Es revocable; la revocación puede ser tácita o expresa la primera surge si existe otro testamento perfecto que revoca al anterior, y la segunda es cuando de forma

¹¹³ *Ibidem*, p. 13.

¹¹⁴ Vargas Pérez, Francisco, *op. cit.*, nota 81, p.22.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 23.

escrita lo manifiesta ante el Notario Público: “Puesto que el testador es libre de modificar el testamento anterior dejándolo sin efecto, ya sea por un acto expreso, de manera tácita o por que dicte otra disposición en contrario.”¹¹⁶

- Es un acto jurídico libre, deberá ser realizado por el interés del testador y como lo desee, únicamente cumpliendo las formalidades requeridas por la ley, de lo contrario será inválido; el testador no puede obligarse por contrato o por convenio, a no testar bajo ciertas condiciones, o bien a transmitir por testamento sólo parte de sus bienes y reservar otra parte de ellos para sus herederos legítimos. “Será absolutamente nulo el testamento que se haga bajo amenazas al autor de la herencia.”¹¹⁷
- Es un acto solemne, quiere decir que al otorgar el testamento deberá tener todos los requisitos establecidos en la ley, los requisitos de solemnidad son: a) La manifestación de la voluntad del testador, b) Redacción del testamento, c) La redacción y la firma del testamento deberán hacerse en el mismo momento ante Notario. La manifestación de la voluntad debe ser clara, el notario deberá dar lectura del testamento en voz alta, la expresión de la voluntad del testador y la forma del testamento se realizarán en un solo acto, ante el Notario Público. La omisión de cualquiera de estos requisitos es causa de inexistencia del testamento.
- El testamento deberá realizarse por una persona física capaz: “Plena en aptitud de ejercitar sus derechos y cumplir sus obligaciones.”¹¹⁸ Pudiendo testar todas aquellas a las que la ley no se los prohíbe; las excluidas son: los menores de 16 años y quienes no estén en su cabal juicio.
- El testamento es un acto jurídico con finalidad dual, por un lado permite al testador disponer de sus bienes y derechos que no se extinguen al momento de su muerte, y por otro, declara o cumple deberes para después de su muerte.
- Un acto jurídico *mortis causa*, es aquel que esta destinado a producir sus efectos, únicamente después de la muerte del testador.

¹¹⁶ Baqueiro Rojas Edgar y Buenrostro Báez Rosalía, *op. cit.*, nota 78, p. 35.

¹¹⁷ Vargas Pérez, Francisco, *op. cit.*, nota 81, p. 23.

¹¹⁸ Baqueiro Rojas Edgar y Buenrostro Báez Rosalía, *op. cit.*, nota 78, p. 36.

El testamento, es un documento en el que consta la última voluntad de carácter patrimonial y puede contener otras disposiciones como; el reconocimiento de hijos, nombramiento de tutor, disposiciones funerarias y otras.

La forma de otorgar el testamento actualmente es la que establece el Código Civil para el Distrito Federal es de testamento público abierto y el testamento hecho en país extranjero, y ambos deberán de cumplir con todos los requisitos, de lo contrario; el testamento es inexistente o nulo.

“El testamento es una declaración de voluntad del testador, sobre el destino y titularidad de los derechos y obligaciones adquiridas en vida por él, que se transfieren por virtud de ese acto de voluntad, a los herederos y legatarios en la forma y términos establecidos por el propio testador.”¹¹⁹ En el testamento el testador dispone quienes son los herederos y legatarios.

El testamento, es el acto jurídico a través del cual una persona manifiesta su última voluntad, acerca de la manera en que han de repartirse sus bienes entre sus herederos o legatarios, así como cumplir sus obligaciones que no se extinguen con la muerte.

Mediante el testamento, el autor de la sucesión no sólo transmite sus bienes y derechos también: “Puede declarar o cumplir deberes para después de su muerte.”¹²⁰ La sucesión testamentaria puede otorgarse a título universal, cuando se instituyen herederos y a título particular cuando se designa legatario.

El objeto del testamento consiste en la transmisión de los bienes que integran el patrimonio de la sucesión, por tal motivo es necesario que los bienes existan o puedan existir en la naturaleza, para que sea físicamente posible su transmisión.

El testamento que cumpla con las formalidades de la ley será válido, aunque no contenga institución de heredero, cumpliéndose las demás disposiciones testamentarias que estuvieren hechas conforme a la misma.

¹¹⁹ Galindo Garfias, Ignacio, *op. cit.*, nota 104, p. 194.

¹²⁰ Vargas Pérez, Francisco, *op. cit.*, nota 81, p. 25

En los testamentos la imposibilidad jurídica se presenta cuando los bienes objeto de la transmisión están fuera del comercio, cuando no son determinados o determinables, y cuando los derechos y obligaciones se extinguen por la muerte.

En lo que toca al objeto, motivo o fin del testamento, de acuerdo a la causa o motivo contrario a derecho, o a las buenas costumbres no producen nulidad, sino que el motivo o causa ilícitos sólo se tendrán por no puestos.

Es relevante hacer mención de la capacidad que deberá de tener el autor de la sucesión la cual se encuentra establecida en el Código Civil para el Distrito Federal, en un artículo 1305, el que menciona: Pueden testar todos aquellos a quienes la ley no prohíbe expresamente el ejercicio de ese derecho.

Por lo tanto, la capacidad para testar es la regla general, pueden realizar testamento todas las personas a quienes la ley no les prohíba ese derecho y de acuerdo al siguiente artículo del mencionado código señala quienes están incapacitados para testar tal y como a continuación se transcribe:

Artículo 1306 del Código Civil para el Distrito Federal.

Están incapacitados para testar:

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

Es válido el testamento hecho por una persona privada de inteligencia mental en un intervalo de lucidez, pero deberá hacerlo de conformidad con las formalidades que disponen los artículos 1308 al 1312 del Código de la materia.

Por otra parte, el testador podrá establecer condiciones en su testamento: "El testador está en plena libertad de establecer condiciones y subordinar a ellas su sucesión hereditaria. Puede establecer condiciones para los herederos y para los legatarios, tanto de tipo

suspensivo como de tipo resolutorio.”¹²¹ Las reglas de las condiciones se encuentran establecidas en el Código de la materia.

De acuerdo al orden del Código Civil para el Distrito Federal en lo referente a los testamentos, hace mención al testamento inoficioso, el cual está regulado en:

Artículo 1374. Es inoficioso el testamento en que no se deje la pensión alimenticia, según lo establecido en este Capítulo.

Dicha norma se encuentra directamente relacionado con los artículos 1368 al 1373, del mismo Código en donde:

Artículo 1368. El testador debe dejar alimentos a las personas que se mencionan en las fracciones siguientes:

I. A los descendientes menores de 18 años respecto de los cuales tenga obligación legal de proporcionar alimentos al momento de la muerte;

II. A los descendientes que estén imposibilitados de trabajar, cualquiera que sea su edad; cuando exista la obligación a que se refiere la fracción anterior;

III. Al cónyuge supérstite cuando esté impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes. Salvo otra disposición expresa del testador, este derecho subsistirá en tanto no contraiga matrimonio y viva honestamente;

IV. A los ascendientes;

V. A la persona con quien el testador vivió como si fuera su cónyuge durante los dos años que precedieron inmediatamente a su muerte o con quien tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres del matrimonio durante el concubinato y que el superviviente esté impedido de trabajar y no tengan bienes suficientes. Éste derecho sólo subsistirá mientras la persona de que se trate no contraiga nupcias y observe buena conducta. Si fueren varias las personas con quien el testador vivió como si fueran su cónyuge, ninguna de ellas tendrá derecho a alimentos;

¹²¹ Baqueiro Rojas Edgar y Buenrostro Báez Rosalía, *op. cit.*, nota 78, p. 64.

VI. A los hermanos y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado, si están incapacitados o mientras que no cumplan dieciocho años, si no tienen bienes para subvenir a sus necesidades.

De acuerdo al anterior artículo se otorga una protección a los parientes del autor de la sucesión que reúnan las características mencionadas y les otorga el derecho a la pensión alimenticia. Por lo que el testamento se debe declarar como inoficioso en el caso de que no se dejen alimentos a quienes tenga la obligación de proporcionarlos.

De acuerdo con Francisco Vargas Pérez tenemos el siguiente concepto:

“Los testamentos inoficiosos son aquellos en los que no se deja establecida la pensión alimentaria que el testador tiene obligación de pagar y que, por tanto, obligan a los herederos a pagar del caudal hereditario dicha pensión, por todo el tiempo que sea necesaria y que lo establezca la ley, todas las demás cláusulas de esos testamentos con declaradas válidas.”¹²²

Un aspecto muy importante que el testador no debe omitir al realizar su testamento, son las obligaciones alimentarias, pues al no considerarlas el testamento se declarara inoficioso, éste será válido en todo, pero deberán pagarse las pensiones alimentarias omitidas; forzosamente de la masa hereditaria, dejando a salvo los derechos de los acreedores alimentarios, para que demanden el pago de los alimentos en contra de la sucesión, este juicio se realiza en el mismo Juzgado Familiar en donde se tramita la sucesión testamentaria y se acumulará a ésta.

Así mismo; es importante mencionar lo que la legislación en cita refiere respecto del preterido, conforme a lo señalado a continuación:

Artículo 1375 del Código Civil para el Distrito Federal. El preterido tendrá solamente derecho a que se le dé la pensión que corresponda, subsistiendo el testamento en todo lo que no perjudique ese derecho.

¹²² Vargas Pérez, Francisco, *op. cit.*, nota 81, p. 55.

Por último, respecto a las disposiciones del mencionado Código referente a la sucesión testamentaria, se establecen las causas de nulidad, revocación y caducidad de los testamentos.

En cuanto a la nulidad el artículo 1485 establece que: Es nulo el testamento que haga el testador bajo la influencia de amenazas contra su persona o sus bienes, o contra la persona o bienes de su cónyuge o de sus parientes.

El testador podrá realizar de nuevo el testamento al momento de que cesen dichas amenazas.

Otros artículos que mencionan la nulidad del testamento son los 1487 y 1489, los cuales señalan:

Artículo 1487. Es nulo el testamento captado por dolo o fraude.

Artículo 1489. 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.

Las causas de nulidad del testamento son: a) cuando el testador realice el testamento bajo influencia de amenazas de alguna persona; b) que no exprese de manera clara la voluntad del testador; c) cuando el testamento se otorgue contrario a las disposiciones de la ley. Sera nulo el testamento que no tenga todos los requisitos establecidos en la ley. “En caso de la nulidad de un testamento, el efecto inmediato que se produce es la apertura de la sucesión legítima en la forma y términos que la ley establece.”¹²³

La revocación del testamento puede realizarse en cualquier momento por el testador y puede ser: de acuerdo al artículo 1494 del Código multicitado. El testamento anterior queda revocado de pleno derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquél subsista en todo o en parte.

¹²³ Galindo Garfias, Ignacio, *op. cit.*, nota 104, p. 206.

Respecto a la caducidad del testamento, es de indicar que esta consiste en la pérdida de la eficacia por razones ajenas a la voluntad del testador, esta se da si: a) el heredero o legatario muere antes que el testador, b) el heredero o legatario se hace incapaz de recibir la herencia o legado; y c) el heredero o legatario renuncia a su derecho. Este concepto se relaciona con el artículo 1497 del citado Código el cual dispone:

Artículo 1497. Las disposiciones testamentarias caducan y quedan sin efecto, en lo relativo a los herederos y legatarios:

- I. Si el heredero, o legatario muere antes que el testador o antes de que se cumpla la condición de que dependa la herencia o el legado;
- II. Si el heredero o legatario se hace incapaz de recibir la herencia o legado;
- III. Si renuncia a su derecho.

Por otra parte, a continuación abordaremos el tema de los testamentos regulados en la legislación de referencia.

En el Código Civil para el Distrito Federal se encuentran establecidos únicamente dos tipos de testamentos que son: el testamento público abierto y el testamento hecho en país extranjero.

1. El *Testamento Publico Abierto*; es aquel cuya última voluntad se efectúa ante el notario, además de incluir su voluntad deberá contener el lugar, año, mes, día y hora de su otorgamiento. Después el Notario deberá leer el testamento en voz alta y si el testador esta de acuerdo firmará. Todo deberá ser realizado en un solo acto.

En los siguientes artículos del Código citado se establece la regulación de dicho testamento.

Artículo 1511. Testamento público abierto es el que se otorga ante notario, de conformidad con las disposiciones de este Capítulo.

Artículo 1512. El testador expresará de modo claro y terminante su voluntad al notario. El notario redactará por escrito las cláusulas del testamento,

sujetándose estrictamente a la voluntad del testador y las leerá en voz alta para que éste manifieste si está conforme. Si lo estuviere, firmarán la escritura el testador, el notario y, en su caso, los testigos y el intérprete, asentándose el lugar, año, mes, día y hora en que hubiere sido otorgado.

En nuestra legislación Civil local se encuentran artículos específicos que prevén lo relativo a los testadores que no saben o no puedan firmar, leer y escribir; así como los testadores que sean mudos, sordomudos, ciegos o no hablen español.

Todas las formalidades expresadas del testamento público abierto se realizarán en un solo acto comenzando con la lectura del testamento, en donde el Notario dará fe de todas éstas.

2. Otro de los testamentos regulados en el Código Civil para el Distrito Federal es, el *Testamento hecho en país extranjero*, el cual es aquel que se realiza por los mexicanos fuera del país, conforme a la siguiente disposición:

Artículo 1593 del Código Civil para el Distrito Federal: El testamento hecho en país extranjero producirá efectos en el Distrito Federal cuando haya sido formulado de acuerdo a las leyes del país en que se otorgó. Quien tenga interés jurídico deberá probar ante el juez, con las certificaciones oficiales que en su caso emita el País en donde se haya otorgado el testamento, la muerte del testador, el texto y vigencia legal del testamento. El juez lo declarará formalmente válido si no contraviene leyes, principios o instituciones del orden público mexicano.

De acuerdo con los tipos de testamento se podrá realizar la sucesión testamentaria, la cual se lleva a cabo por medio de un juicio, que sólo pueden iniciar: “los herederos, legatarios y albacea, todos ellos deberán ser designados en el testamento.”¹²⁴

Existe también lo que se denomina sucesión mixta, siendo tanto testamentaria como legítima, se presenta cuando el autor de la herencia no incluye en su testamento la

¹²⁴ Vargas Pérez, Francisco, *op. cit.*, nota 81, p. 50.

totalidad de sus bienes, o bien, que no haga la disposición de los bienes que adquiriría en el futuro. Por lo que se abrirá la sucesión legítima (Juicio Intestamentario) respecto de los bienes que no se consideraron en el testamento, y el juicio testamentario se realizará respecto a los bienes contenidos en el testamento. Lo anterior se regula en la siguiente hipótesis normativa:

Artículo 1283. El testador puede disponer del todo o de parte de sus bienes. La parte de que no disponga quedará regida por los preceptos de la sucesión legítima.

La sucesión testamentaria también se puede realizar ante notario, lo cual se considera un proceso extrajudicial y se caracteriza por lo siguiente: a) Se emite Escritura Pública de la apertura de la sucesión; b) El Notario publica avisos notariales y pide informes respecto de la existencia de otro testamento; c) Se emite escritura de protocolización del inventario, avalúos, partición y adjudicación de bienes.

La tramitación por Notario se encuentra establecida en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal de los artículos 872 al 876.

III. LA SUCESIÓN LEGÍTIMA REGULADA POR EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

La sucesión legítima es la transmisión de los bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen con la muerte de una persona física, a los herederos que determine la ley. “Se le denomina legítima por ser la ley la que dispone la forma de liquidar el patrimonio del difunto, lo que significa que la ley suple la voluntad del *de cujus*.”¹²⁵

Por su parte, nuestro Código Civil para el Distrito Federal señala lo siguiente:

¹²⁵ Baqueiro Rojas Edgar y Buenrostro Báez Rosalía, *op. cit.*, nota 78, p. 133.

Artículo 1599. La herencia legítima se abre:

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

Cuando no hay herederos comprendidos en la numeración anterior, se considerara lo establecido en el artículo 1636 del Código Civil para el Distrito Federal. A falta de todos los herederos llamados en los capítulos anteriores, sucederá el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal. En caso de que existan bienes que no pueda adquirir se realizará su venta en subasta pública, esto conforme al artículo 1637 de la legislación en cita.

El Código Civil para el Distrito Federal, regula las características de la sucesión legítima y establece las personas que tienen derecho a heredar por sucesión legítima, disponiendo lo siguiente:

Artículo 1602. Tienen derecho a heredar por sucesión legítima:

- I. Los descendientes, cónyuges, ascendientes, parientes colaterales dentro del cuarto grado y la concubina o el concubinario, si se satisfacen en este caso los requisitos señalados por el artículo 1635.
- II. A falta de los anteriores, el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal.

Es importante hacer mención que rige el principio de que los parientes más cercanos, excluyen a los más lejanos, tal como lo establece el artículo 1604 del Código Civil citado.

De acuerdo al artículo 1602 mencionado en párrafos anteriores, señalamos el orden jerárquico para heredar de la sucesión legítima:

1. Los descendientes, entre los que se encuentran; hijos, nietos, bisnietos, etcétera. “Los hijos heredan en partes iguales. Si el cónyuge supérstite concurre a la sucesión con los descendientes, y carece de bienes, hereda la parte de un hijo, y si sus bienes

propios no alcanzan a la porción de un hijo, heredará la parte faltante para igualar la porción.”¹²⁶

2. El cónyuge supérstite; esposo o esposa.

3. Los ascendientes; padres y abuelos. Artículo 1622 del Código Civil para el Distrito Federal: Los ascendientes, aun cuando sean ilegítimos, tienen derecho de heredar a sus descendientes reconocidos.

4. Parientes colaterales hasta el cuarto grado; hermanos, tíos, primos, sobrinos.

5. La concubina o el concubinario, tendrá derecho a heredar si acredita el concubinato, pues se deben satisfacer ciertos requisitos fundamentales: 1) que ambos sean solteros; 2) que hayan vivido los dos juntos, como si fueran cónyuges por un periodo mínimo de dos años; 3) que hayan tenido hijos de su unión (no es necesario los dos años); 4) no tengan impedimento para contraer matrimonio; 5) que cohabiten en forma pública y continua.

6. El Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal, heredara cuando no exista ninguna persona con derecho a suceder.

El Código Civil se apoya en el principio de preferencia para establecer el orden en que los parientes heredaran al *de cuius*. “La preferencia de determinados parientes se efectúa atendiendo al presunto afecto que se supone existe entre el autor y sus herederos, de manera que, en igualdad de grado, como el que existe entre hijos y padres, se prefiere a los primeros, pues generalmente se acepta que es mayor el afecto a los descendientes que a los ascendientes.”¹²⁷

Las características de la sucesión legítima son:

¹²⁶ *Ibidem*, p. 139.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 136.

1. “Es una sucesión universal, como lo es la testamentaria ya que comprende todos los bienes del difunto.”¹²⁸ En caso de que existiera un testamento, y éste no abarco todos los bienes; por lo tanto se debe abrir la sucesión legítima sobre los bienes omitidos en el testamento.
2. Es supletoria, ya que sólo se abre a falta de disposiciones testamentarias eficaces.
3. Las reglas de indignidad para suceder son iguales para la sucesión testamentaria y la legítima: “Excepto el artículo que sanciona con la pérdida del derecho a heredar por intestados a quien tuviera en su poder un testamento cerrado del autor de la herencia y no lo presente.”¹²⁹
4. Los herederos de la sucesión legítima tienen las mismas características que los de la sucesión testamentaria.
5. Los herederos en la sucesión legítima no tienen cargas ni condición, no existen legatarios.
6. En la sucesión mixta, tanto los herederos legítimos como testamentarios son responsables de las obligaciones hereditarias.
7. En la sucesión mixta, el albacea testamentario será el albacea para todos los bienes.

Si el testador dispone legalmente sólo de una parte de sus bienes, el resto de ellos forma la sucesión legítima.

La sucesión legítima tiene su justificación, con los: “Deberes del autor de la herencia para con la sociedad en general y con sus parientes mas próximos... tiene su origen en el parentesco consanguíneo, en el matrimonio, en la adopción y en el concubinato, sólo al faltar estos hereda la Beneficencia Pública,”¹³⁰ aclarando que actualmente hereda el DIF del Distrito Federal. Es considerado como un deber natural que el padre deje a sus hijos, cónyuge y ascendientes los bienes que de algún modo todos contribuyeron a formar.

Una regla establecida para la sucesión legítima es la exclusión de los parientes, contemplada en el Artículo 1604 del Código Civil para el Distrito Federal. Los parientes

¹²⁸ Arce y Cervantes, José, *op cit.*, nota 5, p. 175.

¹²⁹ *Ídem.*

¹³⁰ Vargas Pérez, Francisco, *op. cit.*, nota 81, p. 68.

más próximos excluyen a los más remotos, salvo lo dispuesto en los artículos 1,609 y 1,632.

Los herederos legítimos siempre adquieren a título universal, y se distinguen de los testamentarios en la porción que les corresponde, en esta sucesión no existen legatarios, a: “los que tienen derecho a ser llamados... por la sucesión legítima se les conoce por legitimarios, reservatarios o herederos necesarios.”¹³¹

Las porciones de la herencia legítima que fijan la parte alícuota de activo o pasivo, se determinan en forma de igualdad, cuando los parientes se encuentran en el mismo grado, mientras que es en forma proporcional de equidad calculada por la ley, cuando los parientes se encuentran en distintos grados.

Del grupo de personas que tienen derecho a heredar de acuerdo al orden jerárquico ya mencionado, se desprenden tres formas de heredar; por cabeza, por estirpe, y por línea.

El Código Civil para el Distrito Federal establece la división de la herencia por cabeza, estirpe y línea:

- La sucesión: “Por cabeza ocurre cuando el heredero recibe los bienes en nombre propio,”¹³² no por representación o por sustitución, por ser todos los herederos de un mismo grado les corresponde una parte igual a cada uno, como el caso de los hijos del *de cuius*.
- La sucesión por estirpe se realiza: “Cuando la herencia no se transmite por propio derecho, sino en representación, esto es por ocupar el lugar de un ascendiente.”¹³³ Los herederos concurren por disposición de la ley en sustitución de otro, por ejemplo cuando concurre un nieto en la sucesión por haber muerto su padre al que le correspondía el derecho de manera directa.
- La sucesión por línea es, la de los ascendientes de segundo o ulterior grado abuelos, bisabuelos, esta herencia se divide en dos partes, línea paterna y materna.

¹³¹ Trabucchi, Alberto, *op. cit.*, nota 85, p. 423.

¹³² Galindo Garfias, Ignacio, *op. cit.*, nota 104, p. 213.

¹³³ Baqueiro Rojas Edgar y Buenrostro Báez Rosalía, *op. cit.*, nota 78, p. 136.

En la sucesión legítima, son considerados primero los descendientes, los cuales heredan por partes iguales, el hijo que ha muerto antes será representado por los nietos del autor de la herencia; el cónyuge supérstite, concubinario, o concubina tiene derecho a una porción hereditaria; y de acuerdo al artículo 1615 del Código Civil para el Distrito Federal. A falta de descendientes y de cónyuge, sucederán el padre y la madre por partes iguales.

Los hijos adoptados heredan con los mismos derechos de un hijo consanguíneo, en caso de que existieran ascendientes y descendientes del autor de la herencia, los ascendientes no heredan, sólo tienen derecho a los alimentos.

“El cónyuge supérstite, la concubina (o concubino), concurren a la sucesión en todos los órdenes con los descendientes, ascendientes y hermanos, sólo cuando faltaran todos los anteriores, heredan como únicos.”¹³⁴

El intestado puede ser total o parcial, subsistiendo siempre la disposición testamentaria en todo lo que no se refiere a la caducidad del heredero.

Lo más importante del juicio o proceso sucesorio intestamentario es, ser declarado o instituido heredero. A diferencia de la sucesión testamentaria, al existir testamento los herederos son implícitos.

En todos los casos en que el testamento sea válido pero caduque la institución del heredero, subsistirá la sucesión testamentaria simultáneamente a la intestada. Por ejemplo continuarán los legados, reconocimiento de hijos, deudas, etcétera.

Si en el testamento no se encuentran todos los bienes del autor de la herencia, se deberá abrir la sucesión legítima sobre los bienes excluidos en el testamento, ambas sucesiones se realizan en un solo juicio, para que se logre la adjudicación de la totalidad de los bienes del difunto.

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal en el título decimocuarto, capítulo III, establece el procedimiento a seguir para la sucesión legítima.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 137.

IV. DISPOSICIONES COMUNES A LA SUCESION TESTAMENTARIA Y LEGÍTIMA

El presente capítulo trata las disposiciones que regulan ambas sucesiones, que se encuentran establecidas en el Código Civil para el Distrito Federal.

Los derechos sucesorios que tiene el hijo póstumo, (“Hijo nacido después de ocurrida la muerte de su padre. Adquiere los mismos derechos hereditarios que los hijos que vivía al acontecer la muerte de su progenitor”¹³⁵) tendrá que hacerlos valer la madre, quien informará al juez que conozca la sucesión, respecto a su embarazo y de la fecha aproximada de su alumbramiento, éste lo pondrá en conocimiento de las personas con derecho a heredar.

Lo anterior conforme al artículo 1638 del Código Civil para el Distrito Federal que establece:

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

Los presuntos herederos al conocer el estado de la viuda, pueden solicitarle al juez que dicte las medidas necesarias, para evitar algún delito que pudiese realizar la madre en caso de que su hijo no naciera vivo como; la suposición del parto, la substitución del infante o que se haga pasar por viable la criatura que no lo es.

En caso de que el difunto haya reconocido el embarazo en un documento público o privado, la madre no está obligada a dar aviso a los interesados en la sucesión.

Respecto a los alimentos que se le deberán otorgar a la mujer embarazada el artículo 1643 del Código Civil local menciona:

¹³⁵ *Ibidem*, p. 259.

Artículo 1643. La viuda que quedare encinta, aun cuando tenga bienes, deberá ser alimentada con cargo a la masa hereditaria.

En caso de que el difunto haya manifestado en un documento el embarazo de su mujer no es necesario que ésta de aviso al juez de su situación, pero si está obligada a indicar la fecha del alumbramiento. La viuda embarazada tendrá derecho a los alimentos, aun cuando tenga bienes, y al nacer el hijo tendrá derecho a la masa hereditaria y a los alimentos. La partición debe suspenderse, hasta que se verifique el parto y el producto concebido por el difunto sea viable y no le haya negada su paternidad.

Dentro de las disposiciones que existen para las sucesiones testamentaria y legítima son las relativas a las etapas del proceso sucesorio las cuales son:

1. La apertura y transmisión de la herencia. La apertura de la herencia tiene lugar al momento de morir el autor de la herencia, la muerte es la condición para que inicie el proceso sucesorio. El Código Civil para el Distrito Federal señala:

Artículo 1649. La sucesión se abre en el momento en que muere el autor de la herencia y cuando se declara la presunción de muerte de un ausente.

Al morir el autor de la herencia, los herederos adquieren el patrimonio de forma común hasta que se realiza la división. Al no existir albacea los herederos podrán solicitar inicie el juicio sucesorio, si existiera albacea éste deberá promover su inicio. Todo lo anterior relacionado con el artículo 1650 de la legislación Civil local:

Artículo 1650. No habiendo albacea nombrado, cada uno de los herederos puede, si no ha sido instituido heredero de bienes determinados, reclamar la totalidad de la herencia que le corresponde conjuntamente con otros, sin que el demandado pueda oponer la excepción de que la herencia no le pertenece por entero.

Es preciso hacer mención de la figura del albacea ya que si existe tal nombramiento, éste deberá promover el juicio sucesorio, reclamando la herencia en su totalidad. El albacea es: "Quien organiza, administra y tramita la transmisión de los bienes, derechos y obligaciones

a los herederos y legatarios.”¹³⁶ Sólo pueden ser albaceas aquellas personas físicas que tengan la libre disposición de sus bienes.

Por otra parte, respecto al derecho de reclamar la herencia, es necesario mencionar que prescribe en diez años y es transmisible a los herederos, de acuerdo al artículo 1652 del Código Civil para el Distrito Federal.

2. La aceptación y la repudiación de la herencia, se encuentran establecidas del artículo 1653 al 1678 del Código Civil para el Distrito Federal, el primero de los citados dispone lo siguiente:

Artículo 1653. Pueden aceptar o repudiar la herencia todos los que tienen la libre disposición de sus bienes.

“La aceptación de la herencia es la declaración unilateral de voluntad que, en forma expresa o tácita y con carácter de irrevocable, hace al llamado a heredar por testamento o por ley.”¹³⁷ Si la persona que es llamada acepta la herencia, se perfecciona su carácter de heredero, se le tiene como tal con todos sus derechos y cargas a partir de la muerte del autor de la herencia.

La aceptación o repudiación de la herencia la podrá realizar la persona que tenga capacidad conforme a la ley. Los incapacitados deberán aceptar o repudiar la masa hereditaria por medio de su representante, en caso de que quisieran repudiarla tendrán que requerir la autorización del juez.

La mujer casada podrá decidir entre aceptar o repudiar la herencia, sin que tenga el consentimiento o la autorización de su marido, ya que puede libremente disponer de sus bienes, por consecuencia es libre de aceptar o repudiar la herencia; en caso de herencia común, ésta deberá ser aceptada o repudiada por ambos cónyuges.

La aceptación de la herencia puede ser; de acuerdo al artículo 1656 del Código Civil para el Distrito Federal.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 148.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 175.

Artículo 1656. La aceptación puede ser expresa o tácita. Es expresa la aceptación si el heredero acepta con palabras terminantes, y tácita, si ejecuta algunos hechos de que se deduzca necesariamente la intención de aceptar, o aquellos que no podría ejecutar sino con su calidad de heredero.

La aceptación expresa es cuando el heredero por medio del lenguaje oral o escrito manifiesta su deseo de recibir la herencia, mientras que tácita es cuando deriva de hechos o circunstancias que deduzcan su intención de aceptar la herencia, en ninguno de los casos de aceptación se produce confusión de los bienes del autor de la herencia y de los herederos, porque toda herencia se entiende aceptada a beneficio de inventario, esto se da para evitar que el heredero asuma responsabilidades que puedan llevarlo a la ruina y a salvaguardar los derechos de los acreedores hereditarios.

Artículo 1657. Ninguno puede aceptar o repudiar la herencia en parte, con plazo o condicionalmente.

De acuerdo al artículo anterior del Código Civil para el Distrito Federal, ningún heredero podrá aceptar o repudiar la herencia en parte. La herencia que ya está determinada para un heredero es indivisible, el heredero podrá aceptarla o repudiarla de manera total.

Por otra parte, el artículo 1670 del multicitado Código señala:

Artículo 1670. La aceptación y la repudiación, una vez hechas, son irrevocables, y no pueden ser impugnadas sino en los casos de dolo o violencia.

En caso de que algún heredero repudiase la herencia, en nada afecta a la decisión de los demás herederos. Estos tienen la libertad de aceptar o repudiar la herencia, por ser los derechos de cada uno distintos e independientes.

Si el heredero fallece antes de aceptar o repudiar la herencia, se transmite este derecho a los sucesores del fallecido.

Respecto a la confusión de bienes el artículo 1678 del Código Civil para el Distrito Federal menciona: La aceptación en ningún caso produce confusión de los bienes del autor de la herencia y de los herederos, porque toda herencia se entiende aceptada a beneficio de inventario, aunque no se exprese.

Al hablar del beneficio de inventario podemos decir que es una protección para el heredero, pues evita que asuma: “Responsabilidades que puedan llevarlo a la ruina o tener mayores controversias con los acreedores del autor de la herencia.”¹³⁸

En nuestra legislación, se considera el momento de la muerte del autor de la herencia la transmisión de la propiedad y la posesión de los bienes, pero es de manera provisional y revocable, los herederos la convierten en definitiva e irrevocable, al manifestar su voluntad aceptando o repudiando la herencia.

“La repudiación debe hacerse siempre en forma expresa y se efectúa por medio de la presentación de un escrito al juez o a la notaria que conozca la sucesión.”¹³⁹ El heredero que repudie la herencia que le corresponde, se considerará que nunca fue instituido como tal, o que nunca existió, y le transmite su derecho a la herencia a otro, la repudiación deber ser expresa, por escrito al juez que conozca del juicio sucesorio, para que otros interesados puedan aceptarla. Cuando se es instituido heredero por medio del testamento, y también lo es por sucesión legítima y repudie su parte en el testamento la ley considera que la repudiación es por ambas sucesiones, en caso de que el heredero no tenga conocimiento de que ha sido instituido por ambas podrá aceptar como heredero testamentario.

Para poder repudiar o aceptar la herencia, es necesaria la muerte del autor de la herencia, y que esta muerte sea cierta.

Las personas morales pueden aceptar o repudiar la herencia por medio de su representante. Las instituciones de carácter oficial o privadas deberán cumplir con los requisitos que la ley establece para poder aceptar o repudiar la herencia.

¹³⁸ Vargas Pérez, Francisco, *op. cit.*, nota 81, p. 28.

¹³⁹ Galindo Garfias, Ignacio, *op. cit.*, nota 104, p. 217.

Las personas con interés podrán solicitar al juez, que establezca un plazo para que los herederos acepten o repudien la herencia, si al término de un mes no la realizan se tendrá por aceptada. La aceptación o repudiación una vez hechas, son irrevocables, sólo se podrán impugnar en caso de dolo o violencia.

Si es alterada la cantidad o calidad de la herencia, el heredero podrá revocar su decisión, en caso de que revoque su aceptación tendrá que devolver toda la herencia.

3. El inventario y la liquidación de la herencia.

El albacea deberá formar el inventario de manera formal como lo ordena el Código Civil adjetivo, contendrá la descripción de los bienes del caudal hereditario; dinero, alhajas, títulos valor, semovientes, frutos, muebles inmuebles, créditos, documentos de importancia, bienes ajenos en donde el *de cuius* tuviera posesión, acreedores. Tiene diez días para realizarlo a partir de que acepta el cargo: “la falta de presentación oportuna de los inventarios causa la remoción del albacea, y la remoción será de plano.”¹⁴⁰ Si el inventario no lo presenta el albacea podrá realizarlo cualquier heredero, concluido y aprobado el inventario se procederá a la liquidación de la herencia, se pagaran en orden de importancia; 1. Deudas mortuorias; 2. Gastos de conservación y administración de la herencia, 3. Deudas hereditarias.

“El inventario es simplemente la relación de los bienes que constituyen el acervo hereditario, por manera que puedan ser individualizados.”¹⁴¹

Para que el albacea proceda a la partición, requiere haber realizado el inventario y avalúo de los bienes de la herencia, estar aprobada esa sección y la tercera. La distribución de la masa hereditaria entre los herederos y los legatarios, debe tener como base para la distribución al testamento o la ley.

4. La partición, sus efectos, rescisión y nulidad.

¹⁴⁰ Baqueiro Rojas Edgar y Buenrostro Báez Rosalía, *op. cit.*, nota 78, pp. 192, 193.

¹⁴¹ Galindo Garfias, Ignacio, *op. cit.*, nota 104, p. 242.

Después de realizar el inventario y elaborar la cuenta de la administración, el albacea deberá hacer la partición. “La partición es el acto jurídico mediante el cual se efectúa la división de la herencia aun cuando concurren varios herederos o legatarios, o ambos, para dar a cada uno lo que le corresponde, según lo establecido en el testamento o en la ley.”¹⁴²

La partición legalmente hecha, fija la porción que le corresponde a cada heredero. Al respecto el artículo 1767 del Código Civil para el Distrito Federal señala que:

Artículo 1767. Aprobados el inventario y la cuenta de administración, el albacea debe hacer enseguida la partición de la herencia.

“La partición es un acto jurídico que puede ser: unilateral, si lo hace el mismo testador en su testamento; plurilateral, con carácter de verdadero contrato si la hacen los interesados de común acuerdo; judicial cuando lo hace el juez que conoció la sucesión.”¹⁴³

Los efectos de la partición son: declarativos de propiedad, por reconocer la transmisión que se realizó desde la muerte del autor de la herencia, y atributivos de la propiedad individual sobre la porción hereditaria que corresponde a cada uno de los herederos y legatarios.

Al efectuar la partición cesa la comunidad que existía, los herederos dejan de ser coparticipes de todos los bienes. La partición no origina propiedad, pero si confiere propiedad exclusiva, no hace nacer el derecho de propiedad, sino simplemente cambia el derecho de hacerlo sobre bienes determinados.

Respecto a la cancelación, el artículo 1788 de la legislación civil citada señala que:

Artículo 1788. Las particiones pueden rescindirise o anularse por las mismas causas que las obligaciones.

Por último, en relación a la nulidad de la partición el heredero que ha sido preterido podrá solicitarla, con la finalidad de que se realice otra, en donde sea contemplado. De acuerdo al artículo 1789 del Código Civil local menciona que:

¹⁴² Baqueiro Rojas Edgar y Buenrostro Báez Rosalía, *op. cit.*, nota 78, p. 202.

¹⁴³ Arce y Cervantes, José, *op. cit.*, nota 5, p. 213.

Artículo 1789. El heredero preterido tiene derecho de pedir la nulidad de la partición. Decretada ésta, se hará una nueva partición para que perciba la parte que le corresponda.

“Las particiones son un acto voluntario y pueden estar afectadas por las mismas causas de nulidad que todos los actos jurídicos, ya sea por incapacidad de alguna de las partes, por vicios de la voluntad o por ilicitud en el motivo o fin.”¹⁴⁴

En caso del heredero preterido se realizara otra partición en donde se le incluya y reciba la parte que le corresponde.

Por otra parte, respecto al proceso sucesorio se desarrolla a continuación:

Para Eduardo Pallares los juicios sucesorios son universales porque: “Tienen por objeto liquidar una universalidad jurídica y transmitirla en forma legal a quienes han de suceder al titular de la misma.”¹⁴⁵

De acuerdo al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal se establece la forma en que deberá realizarse el juicio sucesorio. El artículo 784 del Código anterior menciona que:

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

Todas las secciones se encuentran establecidas y reguladas en el Código de Procedimientos Civiles en sus artículos respectivos; los cuales entre otros son:

Primera sección. La Sucesión, esta sección se encuentra regulada en el artículo 785 y contiene: I. El testamento o testimonio de protocolización o la denuncia del intestado; II. Las citaciones a los herederos y la convocación a los que se crean con derecho a la herencia; III. Lo relativo al nombramiento y remoción de albacea e interventores, y al

¹⁴⁴ Baqueiro Rojas Edgar y Buenrostro Báez Rosalía, *op. cit.*, nota 78, p. 209.

¹⁴⁵ Pallares, Eduardo, *Derecho Procesal Civil*, 12ª ed., México, Porrúa, 1986, p. 630.

reconocimiento de derechos hereditarios; IV. Los incidentes que se promuevan sobre el nombramiento o remoción de tutores; V. Las resoluciones que se pronuncien sobre la validez del testamento, la capacidad legal para heredar y preferencia de derechos.

Esta primera sección “contienen los aspectos generales y se destaca lo relativo al reconocimiento o bien la designación de herederos, según el caso, y culmina con la aceptación y discernimiento del cargo de albacea.”¹⁴⁶ El reconocimiento de los derechos hereditarios sigue un trámite distinto, según exista o no testamento, es decir, si se trata de un juicio sucesorio testamentario o intestado.

Segunda sección. De inventarios, establecida en el artículo 786 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y contendrá:

Artículo 786. La sección segunda se llamará de inventarios, y contendrá: I. El inventario provisional del interventor; II. El inventario y avalúo que forme el albacea; III. Los incidentes que se promuevan; IV.- La resolución sobre el inventario y avalúo.

Una vez precisado quienes son los herederos, se debe determinar los bienes que constituyen la herencia para lo cual se procede a inventariarlos. El albacea deberá formular y presentar dentro del término legal los inventarios y avalúos correspondientes a la masa hereditaria.

Tercera sección. Denominada de Administración regulada en el artículo 787 del Código Civil adjetivo citado; dicha sección contendrá: I. Todo lo relativo a la administración; II. Las cuentas, su glosa y calificación; III. La comprobación de haberse cubierto el impuesto fiscal.

El albacea debe rendir cuentas mensuales y generales del albaceazgo. Deberá llevar a cabo la administración de los bienes de la herencia y la rendición de cuentas de acuerdo al Código Civil y de Procedimientos Civiles ambos para el Distrito Federal.

¹⁴⁶ Castrillón y Luna, Víctor M., *Derecho Procesal Civil*, México, Porrúa, 2004, p. 544.

Cuarta sección. Llamada de Partición, esta última sección se encuentra establecida en el artículo 788 y deberá contener:

Artículo 788. La cuarta sección se llamará partición y contendrá:

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

En esta sección culmina el procedimiento sucesorio.

Por otra parte, es importante señalar que deben acumularse a las sucesiones: “Las acciones que promuevan los herederos: de petición de herencia, impugnando el testamento o la capacidad de los herederos presentados o reconocidos o exigiendo su reconocimiento, siempre que esto último acontezca antes de la adjudicación.”¹⁴⁷

Con relación a acumulación, ésta se encuentra regulada en el artículo 778 del Código de Procedimientos Civiles local, que señala:

Artículo 778. Son acumulables a los juicios testamentarios y a los intestados:

- I. Los pleitos ejecutivos incoados contra el finado antes de su fallecimiento;
- II. Las demandas ordinarias por acción personal, pendientes en primera instancia contra el finado;
- III. Los pleitos incoados contra el mismo por acción real que se hallen en primera instancia, cuando no se sigan en el juzgado del lugar en que esté sita la cosa inmueble o donde se hubieren hallado los muebles sobre que se litigue;

¹⁴⁷ Becerra Bautista, José, *El proceso Civil en México*, 17ª ed., México, Porrúa, 2000, p.540.

IV. Todas las demandas ordinarias y ejecutivas que se deduzcan contra los herederos del difunto en su calidad de tales, después de denunciado el intestado;

V. Los juicios que sigan los herederos deduciendo la acción de petición de herencia, ya impugnando el testamento o la capacidad de los herederos presentados o reconocidos, o exigiendo su reconocimiento, siempre que esto último acontezca antes de la adjudicación;

VI. Las acciones de los legatarios reclamando sus legados siempre que sean posteriores a la fracción de inventarios y antes de la adjudicación, excepto los legados de alimentos, de pensiones, de educación y de uso y habitación.

El pleito más nuevo se acumulará al más antiguo. “Un juicio sucesorio es atractivo porque el juez que conoce de él, absorbe la competencia para conocer de cuantas reclamaciones afecten a la sucesión o a los herederos.”¹⁴⁸

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 542.

CAPÍTULO TERCERO

EL HIJO PRETERIDO EN EL DERECHO SUCESORIO

Como se ha reseñado en las primeras hojas de esta investigación, la figura del hijo preterido no es obra de los civilistas de estos tiempos, los romanos ya regulaban esta figura, ellos le dieron el nombre de: *Praeteritio* a la omisión u olvido de determinados herederos por parte del testador en su testamento. La evolución del derecho sucesorio, logro instituir al hijo preterido otorgándole derechos para heredar. La ley le asignaba una porción de la herencia, derecho que no podía ser vulnerado por el *de cuius*.

Las leyes o disposiciones de derecho sucesorio que fueron implantadas en nuestro país desde la llegada de los españoles, con el paso del tiempo se han ido modificando de acuerdo a las necesidades y a las leyes que existían en los pueblos nativos, hasta llegar a las que se encuentran actualmente vigentes, en donde encontramos el tema de estudio: El Hijo Preterido en el Derecho Sucesorio.

I. CONCEPTOS JURÍDICOS

Es importante aclarar los conceptos que forman el título de la presente tesis los cuales son:

1. Hijo; proviene del latín *filius*, descendiente directo.
2. Preterido del latín *praeteritio*: “acción de pasar el testador por alto en el testamento a un heredero suyo, *heres sus*, sin instituirlo heredero ni desheredarlo.”¹⁴⁹
3. Derecho; del latín “*directum*”, es el conjunto de normas que rigen la convivencia del hombre en sociedad, que otorgan derechos y establecen obligaciones.

¹⁴⁹ Gutiérrez-Alviz y Armario, Faustino, *op. cit.*, nota 8, p. 554.

4. Sucesorio del latín *successio*; “parte del derecho civil que regula la liquidación del patrimonio del difunto y la transmisión de sus bienes y derechos, que no se extinguen con su muerte, a sus sucesores o herederos.”¹⁵⁰

Entendemos por lo tanto por “Hijo Preterido en Derecho Sucesorio”, aquel descendiente en línea recta, en primer grado que fue omitido; se da tanto en la sucesión legítima como en la sucesión testamentaria, esta omisión puede ser por diversas causas, dicha figura se desarrolla dentro del Derecho Sucesorio o también llamado Derecho Hereditario, el cual le otorga la protección y el derecho a heredar como descendiente, dándole acciones para exigir tal derecho.

Considerando los antecedentes históricos del hijo preterido, en donde se fue analizando su evolución histórica desde el antiguo Derecho romano, hasta los antecedentes en México, llegamos a la conclusión de que el hijo tiene un lugar importante en materia de sucesiones, ya que el Código Civil para el Distrito Federal, en lo relativo a la sucesión legítima, establece el orden jerárquico para realizar dicha sucesión, siendo los hijos los primeros con derecho a heredar.

Artículo 1602 del Código Civil para el Distrito Federal. Tienen derecho a heredar por sucesión legítima:

I. Los descendientes, cónyuges, ascendientes, parientes colaterales dentro del cuarto grado y la concubina o el concubinario, si se satisfacen en este caso los requisitos señalados por el artículo 1635.

II. A falta de los anteriores, el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal.

Por lo tanto, el hijo es una de las personas que tiene el derecho primordial en la cadena de los sucesores, al ser excluido por diversas causas en la sucesión, da origen a la figura del hijo preterido.

¹⁵⁰ Baqueiro Rojas Edgar y Buenrostro Báez Rosalía, *op. cit.*, nota 78, p. 6.

La sucesión del hijo tiene su: “justificación con los deberes del sujeto, dentro de la sociedad en general, con sus parientes mas próximos, tiene su origen en el parentesco consanguíneo.”¹⁵¹ Ha sido considerado desde los tiempos mas antiguos como un deber natural, que el padre deje a sus hijos los bienes que en alguna medida contribuyeron a formar.

El Heredero es: “El que recibe la herencia, que era patrimonio del causante transmisible por sucesión, sea que su vocación tenga por fuente la ley o el testamento.”¹⁵² Persona física que a consecuencia de la muerte del autor de la herencia, recibe todo o parte de su patrimonio, por un acto de última voluntad “testamento” o por la ley.

Algunos de los significados que da la doctrina a la preterición y en específico a los herederos preteridos son:

1. “Herederos preteridos. Herederos forzosos que fueron omitidos en el testamento y que tienen derecho en la legislación mexicana a exigir el pago de la pensión alimenticia.”¹⁵³

Los testamentos inoficiosos son aquellos, en los que no se deja establecida la pensión alimentaria que el testador tiene obligación de pagar, por lo que se obliga a los herederos a pagar la pensión con el caudal hereditario, por el tiempo necesario, como lo establece la ley; el resto del testamento será considerado válido. Tiene relación con el artículo 1375 del Código Civil citado que señala: El preterido tendrá solamente derecho a que se le dé la pensión que corresponda, subsistiendo el testamento en todo lo que no perjudique ese derecho.

2. “La preterición se tiene por injuria hecha a la naturaleza; pues un testador que tiene herederos forzosos, esto es, descendientes o ascendientes, debe instituirlos herederos o desheredarlos expresamente si tiene causa legal para ello.”¹⁵⁴

¹⁵¹ Vargas Pérez, Francisco, *op. cit.*, nota 81, p. 68.

¹⁵² Garrone, José Alberto, *op. cit.*, nota 1, p. 239.

¹⁵³ Pallares, Eduardo, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, 8ª ed., México, Porrúa, 1975, p. 396.

¹⁵⁴ *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, citado en *Enciclopedia Jurídico Omeba, op. cit.*, nota 52, p.810.

De acuerdo al concepto anterior el testador debe heredar a sus parientes más cercanos, o desheredarlos expresamente en el testamento, en la actualidad ya no existe algún artículo en el Código Civil para el Distrito Federal, en donde se manifieste este deber del testador.

3. “Preterición...omisión que de un heredero forzoso hace en su testamento el testador, sin desheredarlo tampoco expresa y justificadamente.”¹⁵⁵

Es importante conocer el concepto de desheredación, para no confundirlo con el de preterición.

Desheredar: “*Exhereditio*. Declaración formulada por el testador en su testamento de exclusión como sucesores suyos de personas que de no mediar tal declaración serían herederos forzosos, o legitimarios...De faltar tal declaración de exclusión, el testamento podría ser impugnado por los no instituidos, mediante la *querela inofficiosi testamenti*, o ser considerado nulo.”¹⁵⁶

La preterición y la desheredación son dos figuras distintas. El testador que deshereda, reconoce de modo implícito la condición del hijo desheredado y manifiesta su voluntad respecto de él en el testamento, mientras que el testador que incurre en preterición no sólo no reconoce tal condición, sino que no se pronuncia en relación con él. En un caso existe una voluntad manifestada en su declaración de última voluntad, en el otro el silencio al omitirlo.

4. El heredero preterido es: “La omisión efectuada por el testador de los herederos forzosos legítimos, bien sea instituyendo otros en su lugar o en su caso no instituyendo heredero alguno.”¹⁵⁷

En los conceptos anteriores de los distintos autores, contemplan a la preterición únicamente como la omisión que se realiza en el testamento. Pero ¿la preterición puede ocurrir en la sucesión legítima?; ¿Cómo ocurre esta preterición?; la mayoría de los textos consultados, estudian el concepto de preterición únicamente en la sucesión testamentaria,

¹⁵⁵ *Diccionario de Derecho Usual*, citado en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, *op. cit.*, nota 52, p. 809.

¹⁵⁶ Gutiérrez-Alviz y Armario, Faustino, *op. cit.*, nota 8, p. 240.

¹⁵⁷ *Enciclopedia Jurídica Omeba*, *op. cit.*, nota 52, p. 809.

sin hacer alusión a la sucesión legítima; es importante conocer que aunque no esté contemplado en la doctrina la preterición en la sucesión legítima existe en la práctica; tan es así que el Código Civil para el Distrito Federal, menciona la preterición, en el libro tercero, título quinto, en lo referente a las disposiciones comunes a las sucesiones testamentaria y legítima, en su artículo 1789 el cual señala:

Artículo 1789. El heredero preterido tiene derecho de pedir la nulidad de la partición. Decretada ésta, se hará una nueva partición para que perciba la parte que le corresponda.

En relación con lo anterior se considera por lo tanto, que la preterición se puede dar en la sucesión testamentaria y en la legítima.

Dicho artículo no menciona características ni concepto únicamente que el preterido podrá solicitar la nulidad de la partición, con el fin de que se realice otra en donde se le incluya. “La partición de los bienes que constituyen el acervo hereditario tiene por objeto la distribución individual de dichos bienes, conforme con la voluntad del testador o a falta de testamento o por disposiciones de la ley.”¹⁵⁸

La partición de la herencia existe tanto en la sucesión legítima como en la testamentaria y es: “La ejecución de la voluntad del autor de la sucesión, o bien el acto convencional o sujeto a la decisión judicial, por cual se fija la porción de los bienes hereditarios que corresponden a cada uno de los herederos.”¹⁵⁹ En el caso de que exista solo heredero universal o único, no existe la partición ya que el único heredero recibirá todo el acervo hereditario.

Retomando el concepto del Doctor Eduardo Pallares, sobre los herederos preteridos, antes citado se considera que el hijo preterido, es aquel heredero forzoso que fue omitido en el testamento; y agregamos que también puede ser omitido en la sucesión legítima, dicho preterido tiene derecho a los alimentos, o a la parte de la masa hereditaria que determine el juez conforme a la ley.

¹⁵⁸ Galindo Garfias, Ignacio, *op. cit.*, nota 104, p. 239.

¹⁵⁹ Gutiérrez y González, Ernesto, *op. cit.*, nota 102, p. 333.

Lo anterior tiene relación con el artículo 1374 del Código Civil para el Distrito Federal el que establece:

Artículo 1374. Es inoficioso el testamento en que no se deje la pensión...

Por lo tanto, se considera que existió preterición de un heredero; en este caso se trata de uno de los parientes que tiene derecho a la pensión alimenticia, los cuales están contenidos en el artículo 1368 del Código antes mencionado, que a continuación se transcribe.

Artículo 1368. El testador debe dejar alimentos a las personas que se mencionan en las fracciones siguientes:

I. A los descendientes menores de 18 años respecto de los cuales tenga obligación legal de proporcionar alimentos al momento de la muerte;

II. A los descendientes que estén imposibilitados de trabajar, cualquiera que sea su edad; cuando exista la obligación a que se refiere la fracción anterior;

III. Al cónyuge supérstite cuando esté impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes. Salvo otra disposición expresa del testador, este derecho subsistirá en tanto no contraiga matrimonio y viva honestamente;

IV. A los ascendientes;

V. A la persona con quien el testador vivió como si fuera su cónyuge durante los dos años que precedieron inmediatamente a su muerte o con quien tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres del matrimonio durante el concubinato y que el superviviente esté impedido de trabajar y no tengan bienes suficientes. Éste derecho sólo subsistirá mientras la persona de que se trate no contraiga nupcias y observe buena conducta. Si fueren varias las personas con quien el testador vivió como si fueran su cónyuge, ninguna de ellas tendrá derecho a alimentos;

VI. A los hermanos y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado, si están incapacitados o mientras que no cumplan dieciocho años, si no tienen bienes para subvenir a sus necesidades.

Estos parientes del autor de la herencia se encuentran protegidos ante cualquier omisión en el testamento o en la sucesión legítima. De acuerdo al artículo 1375 del Código Civil para el Distrito Federal el que dispone lo siguiente:

Artículo 1375. El preterido tendrá solamente derecho a que se le dé la pensión que corresponda, subsistiendo el testamento en todo lo que no perjudique ese derecho.

Las personas que tienen derecho a los alimentos, podrán exigir su derecho, ya que el testamento ha sido inoficioso, y podrá tener validez en todo lo que no le afecte al preterido.

De acuerdo a nuestro tema de estudio la causa de nulidad de la partición que nos corresponde estudiar, es la que se realiza por la preterición del heredero. “Causas especiales fundadas en el error, que pueden consistir: a) cuando se admite un heredero falso...b) cuando se excluye a un heredero reconocido. En este caso el heredero preterido podrá pedir la nulidad para que se lleve a cabo nueva partición de la herencia.”¹⁶⁰

La preterición del hijo puede ocurrir durante toda la sucesión; desde la apertura del testamento, o el inicio del trámite de la sucesión legítima, hasta el momento de la partición.

En los Código Civil y de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal al no haber un concepto en específico de la figura de preterición, da como resultado que se realicen diversas interpretaciones, y se den por lo tanto diversos casos de preterición.

En otros países como Cuba y Argentina si se encuentra regulación respecto a la preterición, por lo que decidí mencionar a ambos países y su aportación para este tema:

En *Cuba* la preterición sólo se da en el testamento, señalando así el concepto: “Preterición es una institución que en materia sucesoria podríamos definir, al menos esencialmente, como el olvido, la exclusión, en el testamento, por el testador de un heredero tutelado por ley.”¹⁶¹ La preterición es una omisión en el sentido, de no mencionar al heredero en el

¹⁶⁰ Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, nota 94, p. 278.

¹⁶¹ Kindelán Arias, Zulendrys. “La preterición en el Derecho de Sucesiones”, Cuba, Universidad de Oriente, 2002, 19 enero 2012, <http://ojs.uo.edu.cu/index.php/stgo/article/viewFile/14502451/672>.

testamento al cual la ley, de cierta forma protege. En el artículo 541 del Código Civil de la Republica de Cuba se establece:

Artículo 541. La partición hecha con preterición de alguno de los herederos es rescindible, y obliga a los adjudicatarios a entregar al preterido la parte que proporcionalmente le corresponde.

Existen diversas formas de preterición, como la del hijo que si se encuentra señalado o nombrado en el testamento, pero no le atribuyo el testador la parte que le corresponde, es decir, no refiere qué parte o porción de la herencia le toca, una vez que fallezca el testador, en este caso el testador no habrá olvidado a alguien, sino algo (hacer una referencia patrimonial). No basta con el simple silencio del testador, respecto al heredero en el acto jurídico testamentario para que exista preterición, y esta preterición no siempre se identifica de manera exacta. Un ejemplo de la preterición de heredero ocurre cuando al mencionar al heredero en el testamento: “No hace el testador una atribución patrimonial directa a su favor, es decir, no refiere qué parte o porción de su herencia dejará, una vez que fallezca a ese causahabiente, caso en el que, obviamente, el testador no habrá olvidado a alguien, sino algo.”¹⁶²

En *Argentina* también existe regulación en torno a la preterición, los casos y sus características, en su legislación contempla el concepto de preterición y otorgan la acción de preterición para reclamar su derecho a la herencia. El preterido debe encuadrar en la ley de manera exacta para que acceda a la parte de la herencia. “El legitimario tiene derecho a su legítima en especie...El pago de la legítima debe obtenerlo de los herederos instituidos en la medida en que lo permita el caudal hereditario que les asignó a estos el testador.”¹⁶³ El hijo preterido en el testamento, podrá ejercitar la acción de preterición, para que se le de la parte que le corresponde como heredero forzoso.

En el artículo 3715 del Código Civil de Argentina dispone lo siguiente: La preterición de alguno o todos los herederos forzosos, sea que vivan a la fecha del testamento o que

¹⁶² *Ídem.*

¹⁶³ García-Bernardo Landeta, citado por Pérez Lasala, José Luis, *Curso de Derecho Sucesorio*, Argentina, Depalma, 1989, p. 94.

nazcan después de otorgado, no invalida la institución hereditaria; salvada que sea la legítima y pagadas las mandas, el resto debe entregarse al heredero instituido.

“La acción de preterición tiene como finalidad obtener el reintegro de la legítima, puesto que el legitimario no ha recibido ninguna porción de ella.”¹⁶⁴ Se tramitará ante el juez que conozca el juicio sucesorio, en contra del heredero, legatario o donatario, es necesario para ejercitar la acción de preterición que el testador instituya herederos omitiendo a los forzosos.

La sentencia de la acción de preterición contendrá: “La declaración de preterición, el monto de la legítima del preterido, y la correlativa reducción y su forma de hacerla.”¹⁶⁵ Por último, el Código Civil de Argentina regula las causales que permiten preterir a los herederos que hayan incurrido en indignidad.

II. CASOS EN LOS QUE PRESENTA EL HIJO PRETERIDO

Los casos en donde se presenta la figura del hijo preterido, contemplados en la doctrina y aún más en la práctica son diversos, el solo hecho de omitir al hijo puede presentarse en distintas atapas de la sucesión y por distintas razones; la ley sólo menciona al hijo preterido con derecho a los alimentos, y al heredero preterido con derecho de pedir la nulidad de la partición, lo cual es en nuestra opinión bastante ambigua dicha figura.

Con relación al Código Civil para el Distrito Federal en los artículos siguientes se establece la figura del heredero preterido, los cuales señalan:

Artículo 1375. El preterido tendrá solamente derecho a que se le dé la pensión que corresponda, subsistiendo el testamento en todo lo que no perjudique ese derecho.

¹⁶⁴ Medina, Graciela, *Proceso Sucesorio*, 3ª ed., Argentina, Rubinzal-Culzoni eds., 2011, t. 1, p. 68.

¹⁶⁵ Pérez Lasala, José Luis, *op. cit.*, nota 162, p. 104.

Mientras que en el artículo 1789 el cual también habla del preterido le otorga otro derecho el cual dice:

Artículo 1789. El heredero preterido tiene derecho de pedir la nulidad de la partición. Decretada ésta, se hará una nueva partición para que perciba la parte que le corresponda.

La preterición como ya hemos comentado se da tanto en la sucesión testamentaria como en la sucesión legítima, en cada caso se debe analizar las causas, dándole la oportunidad al hijo preterido para que realice la acción que la ley le otorga para heredar. La preterición puede obedecer a la ignorancia o el error sobre la existencia del hijo; o a una intención deliberada de burlar los derechos que la ley le otorga como tal.

En la búsqueda de textos jurídicos mexicanos que realicen un estudio profundo sobre la preterición, para la realización del presente capítulo no fue posible encontrar, por lo que se tuvo que recopilar información de juristas extranjeros que estudian el tema con mayor amplitud y que contemplan las causas de preterición, las cuales serán la base para enumerar las causas, adaptándolas conforme a la legislación mexicana en específico al Código Civil para el Distrito Federal.

De acuerdo a nuestro punto de vista en la sucesión testamentaria como en la legítima la preterición puede ser, intencional o no intencional, o voluntaria e involuntaria.

La palabra intencional significa: “perteneiente o relativo a la intención. Intención. (Del latín *intentio, onis*). Determinación de la voluntad en orden a un fin.”¹⁶⁶ Lo contrario de intencional es no intencional, por otra parte lo voluntario, o voluntaria proviene del latín *voluntarius*, que significa: “Dicho de un acto: Que nace de la voluntad, y no por fuerza o necesidad extraña a aquella.”¹⁶⁷ Lo contrario de voluntario es involuntario.

La preterición voluntaria se realiza cuando: “El testador conocía la existencia de herederos forzosos que omite, y en la preterición involuntaria el testador desconocía la existencia de

¹⁶⁶ Diccionario de la Real Academia de la Lengua española, 2 febrero 2012, <http://buscon.rae.es>.

¹⁶⁷ *Ídem*.

herederos forzosos al momento de hacer su testamento, o porque naciera después de haberlo redactado.”¹⁶⁸

A continuación se presentan distintos casos de preterición en la sucesión testamentaria, los cuales se establecen de acuerdo a casos prácticos y a los conceptos de preterición que expusimos de distintos juristas:

1. La ignorancia de un nuevo testamento, en donde se le asignó una parte de la masa hereditaria al hijo preterido en el testamento de la sucesión. El último testamento revoca al anterior. Esta preterición sería involuntaria, por que no hay conocimiento de un nuevo testamento.
2. El ocultamiento de un testamento, sería un ejemplo de preterición voluntaria, ya que se tiene conocimiento de ambos testamentos y no se muestran en el juicio sucesorio. Respecto al ocultamiento se encuentra regulado en el artículo 1303 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual señala:

Artículo 1303. Si un testamento se pierde por un evento ignorado por el testador, o por haber sido ocultado por otra persona, podrán los interesados exigir su cumplimiento si demuestran plenamente el hecho de la pérdida o de la ocultación logran igualmente comprobar lo contenido en el mismo testamento y que en su otorgamiento se llenaron todas las formalidades legales.

En el último testamento o testamento complementario el testador le asignó una porción de la herencia al hijo preterido en el primer testamento, y estableció que ambos testamentos tenían validez, ya que el segundo complementaría al primero. Por otra parte, de acuerdo al artículo 1494 del Código Civil para el Distrito Federal señala que: El testamento anterior queda revocado de pleno derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquél subsista en todo o en parte.

¹⁶⁸ Córdoba-Levy-Solari-Wagmaister, *Derecho Sucesorio*, supervisión de Carlos H. Vidal Taquini, Argentina, Ed. Universidad, 1993, t. III, pp. 105, 106.

3. Un caso muy distinto, es el que realiza el testador omitiendo a su hijo, a causa de creerlo muerto, lo que origina la preterición. La preterición en tal caso sería involuntaria ya que el autor de la herencia no tiene la intención de omitirlo en el testamento, sino más bien lo preterió por creerlo muerto. “Preterición errónea (...) un padre, por creer equivocadamente que uno de sus hijos ha muerto, lo omita en su testamento.”¹⁶⁹
4. Cuando el testador fallece sin conocimiento del embarazo de su mujer, y no incluye por lo tanto a su hijo, se realiza la preterición no intencional. En este caso la madre tendrá que cubrir los requisitos establecidos en ley, para demostrar que es el hijo del autor de la herencia y pueda heredar. Al respecto el artículo 1638 del Código Civil para el Distrito Federal dispone lo siguiente: Cuando a la muerte del marido la viuda crea haber quedado encinta, lo pondrá en conocimiento del juez ante quien se tramita la sucesión, dentro del término de cuarenta días, para que lo notifique a los que tengan en la herencia un derecho de tal naturaleza que deba desaparecer o disminuir por el nacimiento del póstumo. Entonces tenemos que el hijo póstumo (preterido) tendrá derecho a percibir su pensión alimentaria y si es posible la parte que le corresponde como hijo por la vía legítima. Por su parte el artículo 1368 de la legislación de referencia dispone que:

Artículo: 1368. El testador debe dejar alimentos a las personas que se mencionan en las fracciones siguientes: I. A los descendientes menores de 18 años respecto de los cuales tenga obligación legal de proporcionar alimentos al momento de la muerte (...).
5. Cuando por el contrario, el testador tenga conocimiento de un hijo que ha reconocido, pero que no hace mención de él en su testamento; ni siquiera de su obligación de dejarle pensión alimenticia, se estaría ante una preterición voluntaria. En este caso la ley protege al menor de dicha omisión, dándole derecho al hijo preterido a exigir la pensión que le corresponda, en el caso de que sea menor de edad, o este imposibilitado para trabajar; por lo tanto la ley tutela este derecho en el artículo 1368 antes mencionado. Este testamento se considera inoficioso de

¹⁶⁹ Pérez Lasala, José Luis, *op. cit.*, nota 162, p. 99.

acuerdo al artículo 1374 del Código Civil para el Distrito Federal el cual dispone que es inoficioso el testamento en que no se deje la pensión alimenticia.

6. Cuando la voluntad del testador se encuentra viciada por violencia y como consecuencia omite a su hijo en el testamento. “Existe violencia y se testa bajo la amenaza de causar daño al testador en su persona o bienes, o contra la persona o bienes de su cónyuge o sus parientes.”¹⁷⁰ En este caso se da la preterición voluntaria.
7. El hijo fue instituido heredero en el testamento, pero pierde tal carácter, en este caso se presenta: “Cuando aparece un testamento nuevo que cambia la institución del heredero.”¹⁷¹
8. Un último caso es, cuando al momento de realizar la partición, no se contempla al hijo ya establecido como heredero por el testador. La omisión es realizada por los otros herederos o por el albacea. Por lo que respecta a tal preterición el artículo 1789 del Código Civil para el Distrito Federal establece que: El heredero preterido tiene derecho de pedir la nulidad de la partición. Decretada ésta, se hará una nueva partición para que perciba la parte que le corresponda. El hijo podrá pedir la nulidad en el mismo juicio sucesorio.

Con relación al anterior caso citamos la siguiente Tesis, en donde dispone que ante la mala interpretación del testamento, se podrá solicitar la nulidad de la partición, decretada ésta se realizará una nueva división y partición, en donde el testamento sea interpretado debidamente.

“Tesis Aislada, Número de registro 355918, [TA]; 5a. Época; 3a. Sala; S.J.F.; Tomo LX; Pág. 155. HERENCIA, NULIDAD DE LA ESCRITURA DE PARTICIÓN DE LA. No es jurídico involucrar en un litigio sobre nulidad de escritura y entrega de bienes, el problema que se suscite con motivo de la interpretación del testamento, que sólo puede hacerse dentro del juicio sucesorio y en el momento de celebrarse la partición, porque los efectos legales de la declaración de nulidad de la escritura de división y partición de bienes, son los de restituir las cosas al estado que tenían

¹⁷⁰ Baqueiro Rojas Edgar y Buenrostro Báez Rosalía, *op. cit.*, nota 78, p. 123.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 210.

antes de ejecutarse al acto jurídico nulo, debiendo celebrarse, en consecuencia, una nueva división y partición, de acuerdo con la voluntad del testador, y en la cual habrá de aplicarse el testamento en debida forma.

TERCERA SALA. Amparo civil directo 2506/37. Mejía de Calderón María. 7 de junio de 1939. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.¹⁷²

La solicitud de la nulidad de la partición se realiza en el mismo juicio sucesorio.

Respecto a los casos de preterición en la sucesión testamentaria anteriormente citados, el Código Civil para el Distrito Federal contempla la protección del hijo en los artículos 1638, 1643 y 1648, los cuales señalan respectivamente;

Artículo 1638. Cuando a la muerte del marido la viuda crea haber quedado encinta, lo pondrá en conocimiento del juez que conozca de la sucesión, dentro del término de cuarenta días, para que lo notifique a los que tengan a la herencia un derecho de tal naturaleza que deba desaparecer o disminuir por el nacimiento del póstumo.

Artículo 1643. La viuda que quedare encinta, aun cuando tenga bienes, deberá ser alimentada con cargo a la masa hereditaria.

Artículo 1648. La división de la herencia se suspenderá hasta que se verifique el parto o hasta que transcurra el término máximo de la preñez; mas los acreedores podrán ser pagados por mandato judicial.

En los tres artículos se tutela el derecho del concebido no nacido, en donde la mujer deberá hacer valer tales derechos conforme a las mismas disposiciones locales en materia Civil. Posteriormente al alumbramiento el hijo tendrá otros derechos, uno de ellos establecido en el artículo 1368 indicando que la obligación de dejar los alimentos en primer lugar al hijo, el cual deberá ser menor de edad o estar imposibilitado para trabajar. Siendo el hijo un heredero forzoso, el testador tiene el deber de incluirlo en su testamento, aun

¹⁷² Suprema Corte de Justicia de la Nación, "Seminario Judicial de la Federación", marzo 2013, <http://ius.scjn.gob.mx>.

cuando no sea éste su deseo, por lo tanto el testador no puede disponer libremente de la totalidad de su patrimonio.

Si en el testamento el testador no deja establecidos los alimentos, será considerado inoficioso de acuerdo al artículo 1374 del ordenamiento citado el cual establece lo siguiente: Es inoficioso el testamento en que no se deje la pensión alimenticia, según lo establecido en este Capítulo. Por lo que la misma ley menciona en su artículo 1375 que: El preterido tendrá solamente derecho a que se le dé la pensión que corresponda, subsistiendo el testamento en todo lo que no perjudique ese derecho.

Es importante mencionar que también existen casos, en donde no es posible que se de la preterición como ejemplo, tenemos cuando el hijo es mencionado en el testamento y refiere el testador que ya le ha hecho una donación, y esta es cierta.

En la sucesión legítima, de igual forma mencionaremos algunos casos de preterición de acuerdo a la práctica, la cual también podrá ser voluntaria o involuntaria, algunos ejemplos son:

1. Cuando los parientes cercanos del difunto abren la sucesión legítima, sin tener conocimiento de la existencia de hijos fuera del matrimonio reconocidos por el difunto, por lo que son omitidos en dicha sucesión, de forma no intencional.
2. El mismo caso anterior, sólo que los parientes si tienen conocimiento de la existencia de hijos reconocidos y los omiten en la sucesión de manera voluntaria. No son llamados a la sucesión.
3. Una de las formas donde también se puede dar la preterición, es al momento de concretar la partición en donde el albacea o los herederos determinan omitir al hijo. El Código citado establece en su artículo 1789 que: El heredero preterido tiene derecho de pedir la nulidad de la partición. Decretada ésta, se hará una nueva partición para que perciba la parte que le corresponda. De acuerdo al artículo anterior el preterido en este caso el hijo podrá solicitar la nulidad de la partición, para lo cual deberá estar debidamente acreditado en el juicio sucesorio, de lo contrario no tendría el derecho de presentarse a realizar tal solicitud de nulidad, tal problema se estudiara mas a fondo en el próximo subcapítulo.

4. El hijo póstumo (preterido) tendrá derecho a percibir íntegra la porción que le correspondería como heredero legítimo. Tal caso se encuentra contemplado en el artículo 1377 del Código Civil local el cual dispone que: No obstante lo dispuesto en el artículo 1375 (El preterido tendrá solamente derecho a que se le dé la pensión que corresponda, subsistiendo el testamento en todo lo que no perjudique ese derecho) el hijo póstumo tendrá derecho a percibir íntegra la porción que le correspondería como heredero legítimo si no hubiere testamento, a menos que el testador hubiere dispuesto expresamente otra cosa. Le otorga el derecho al hijo preterido no sólo de los alimentos sino, de una porción igual a la de los otros hijos del autor de la sucesión, en caso de la sucesión legítima.

Por otra parte, existe la sucesión mixta, la cual se compone de la sucesión testamentaria y la legítima, en ella se puede omitir al hijo de forma voluntaria e involuntaria.

La legislación Civil local tutela los derechos de las personas para heredar, de acuerdo al artículo 1602, el cual ya fue citado con anterioridad y establece el orden jerárquico de las personas con derecho a la sucesión legítima. En lo que corresponde a nuestro tema de estudio el hijo se encuentra en el primer orden para suceder, la ley le otorga la protección ante cualquier acontecimiento que pueda omitirlo de su derecho a la herencia.

Respecto a la sucesión legítima, el autor de la herencia no tiene la intención de omitir a su hijo, él simplemente no realizó testamento, por tanto debe denunciarse la sucesión legítima, en donde no tiene que ver la voluntad del difunto en la determinación de sus herederos, no se puede establecer, si quiso o no instituir al hijo, lo olvidó o no lo olvidó, lo mencionó o no lo mencionó, la intención de la preterición no fue del autor del autor de la herencia.

Mientras que en la sucesión testamentaria el testador, podrá ser responsable de la preterición del hijo, cuando teniendo conocimiento de su hijo lo omite; expresa su última voluntad sin otórgale parte de su patrimonio o los alimentos que le corresponden por ley. “Si un testador no dejó disposiciones para cubrir sus obligaciones alimentarias, su

testamento se declarará inoficioso; es decir el testamento es válido en todo, pero deberán pagarse las pensiones alimentarias omitidas, forzosamente de la masa hereditaria.”¹⁷³

La preterición tiene como consecuencia que el hijo quede sin derecho a la herencia hasta que haga exigible sus derechos. El hijo preterido o su representante en el caso de un menor de edad, realizarán todo lo conducente para exigir sus derechos como hijo del autor de la herencia; en caso de existir testamento obtener la pensión alimenticia; y al no haber testamento poder recibir la parte de la herencia que le corresponde; de acuerdo a la sucesión legítima establecida en el artículo 1602 del Código Civil para el Distrito Federal que señala quienes tienen derecho a heredar y son: I. Los descendientes, cónyuges, ascendientes, parientes colaterales dentro del cuarto grado y la concubina o el concubinario, si se satisfacen en este caso los requisitos señalados por el artículo 1635.

De lo anterior es evidente que el hijo es el primero en el orden de heredar, y es de recordar que los parientes más cercanos excluyen a los más lejanos.

En el Distrito Federal las disposiciones referentes a la preterición del hijo, originan diversos tipos de preterición, mientras que en otros países como Argentina, en donde hay mayor regulación, concepto y características; establece que cuando el testador instituye otro heredero en su testamento, omitiendo a los herederos forzosos, dentro de los cuales sabemos se encuentra el hijo, legítima a este último para realizar la acción de preterición (llamada en nuestra legislación como acción de petición de herencia). “...La preterición del heredero forzoso se configura cuando el testador lo omite deliberadamente en su testamento e instituye a otro heredero en su lugar, pues si esta institución no se produce no hay preterición, aunque el testador no nombre a sus herederos forzosos o les deje menos.”¹⁷⁴ No sólo se necesita por lo tanto que exista la omisión del hijo preterido, también requiere que su lugar sea ocupado por otra persona. Contempla también que si el testador no tenía conocimiento de su hijo y por tanto no lo contemplo en el testamento, este será nulo y por consecuencia deberá de realizarse la sucesión legítima.

¹⁷³ Vargas Pérez, Francisco, *op. cit.*, nota 81, p. 49.

¹⁷⁴ Córdoba-Levy-Solari-Wagmaister, *op. cit.*, nota 166, p. 105.

III. ACCIONES DEL HIJO PRETERIDO PARA RECLAMAR SU DERECHO A HEREDAR

En los antecedentes del derecho sucesorio se expuso de manera general la evolución de la preterición de los parientes del difunto; en específico del hijo, el cual a través de la historia, hasta nuestros días, le han reconocido derechos, que tienen como sustento la relación de parentesco con el difunto. “El padre trabaja en vida para asegurar la asistencia de sus descendientes, y que sería ilógico que después de su muerte no se preocupara de ello.”¹⁷⁵

Los artículos que tienen relación con la preterición y con el derecho a heredar del hijo son aplicables de acuerdo a la sucesión que se trate, y están relacionados con las acciones que tiene el hijo para hacer valer sus derechos hereditarios por ejemplo:

- a. Si se trata de la sucesión testamentaria los artículos citados que deberá hacer valer el hijo preterido son: artículo 1368 el cual establece el derecho a los alimentos, artículo 1374, el cual dispone que si el testador no dispuso alimentos el testamento será inoficioso, artículo 1375 el que señala que el preterido tendrá derecho a los alimentos, y el artículo 1789, el que señala que si ha sido preterido el hijo podrá solicitar la nulidad de la partición.
- b. Si la sucesión es legítima el hijo tiene mas derechos tutelados en el Código de referencia, los cuales están contemplados en el artículo 1602 que dispone el derecho del hijo a heredar, el artículo 1368 que señala el derecho de alimentos para el hijo con ciertos requisitos, el artículo 1377 que dispone el derecho a heredar del hijo póstumo, el artículo 1638 que tiene disposiciones respecto a la viuda encinta, y por último el artículo 1789 respecto de la nulidad de la partición.

De acuerdo a lo anterior, podemos decir que la preterición produce efectos negativos al hijo, por lo que tiene diversas acciones a su favor para exigir su derecho a la herencia las cuales son:

¹⁷⁵ Baqueiro Rojas Edgar y Buenrostro Báez Rosalía, *op. cit.*, nota 78, p. 7.

1. Solicitar la nulidad de la partición.
2. Promover acción de petición de herencia.
3. Demandar la nulidad del testamento.
4. Promover acción para declarar el testamento inoficioso.

Cada una de estas acciones las podrá realizar el preterido, pero tendrá que determinar cual es la más certera según el caso de preterición en que se encuentre y también si se está acreditado en el juicio sucesorio testamentario o intestado.

1. Solicitar la nulidad de la partición: Este concepto se encuentra establecido en el artículo 1789 del Código Civil para el Distrito Federal que señala: El heredero preterido tiene derecho de pedir la nulidad de la partición. Decretada ésta, se hará una nueva partición para que perciba la parte que le corresponda.

La demanda de nulidad de la partición la podrá realizar el hijo preterido, o siendo menor de edad quien ejerza la patria potestad, tanto en la sucesión testamentaria como en la legítima, en donde el hijo con derecho a heredar, no es declarado heredero, por lo que la solicitud de nulidad esta encaminada a que se le incluya en la partición, por ser parte de los herederos. La solicitud se deberá realizar en el mismo juicio sucesorio en donde se lleva a cabo la partición, el preterido para pedir la nulidad deberá de estar previo y debidamente acreditado en dicho juicio, de lo contrario no tendría fundamento su petición.

“Cuando el albacea incurra en violación en la partición de la herencia, ésta es nula y debe procederse a una nueva partición y distribución...”¹⁷⁶ La consecuencia de la solicitud de nulidad de la partición es que se realice una nueva, en donde se les reducirá la parte de los otros herederos, hasta que sea contemplado el hijo preterido con una cantidad igual al de los otros hijos.

“El heredero perjudicado puede solicitar la nulidad...demostrando vicio de forma, error, dolo violencia, o incapacidad...”¹⁷⁷ El hijo preterido podrá solucionar su problema solicitando la nulidad de la partición. En el Código Civil para el Distrito Federal, en su Título

¹⁷⁶ Galindo Garfias, Ignacio, *op. cit.*, nota 104, p. 250.

¹⁷⁷ Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, nota 94, p. 272.

V denominado, de las disposiciones comunes a las sucesiones testamentaria y legítima, capítulos VI, VII y VIII, trata lo referente a este tema.

Uno de los artículos referente a las particiones es el 1788 del Código citado, el que señala: Las particiones pueden rescindirse o anularse por las mismas causas que las obligaciones.

El artículo anterior está relacionado con la siguiente cita de Baqueiro Rojas Edgar y Buenrostro Báez Rosalía: “La partición es un acto voluntario y puede estar afectada por las mismas causas de nulidad que todos los actos jurídicos, ya sea por incapacidad de alguna de las partes, por vicios de la voluntad o por ilicitud en el motivo o fin.”¹⁷⁸ El concepto de partición es importante, ya que como mencionamos el código establece su nulidad por preterición, la partición es el acto jurídico mediante el cual se efectúa la división de la herencia.

“Es igualmente nula la división en la que se hubiera omitido a alguno de los herederos llamados en el testamento.”¹⁷⁹ Los responsables de la preterición pueden ser, los instituidos herederos o el albacea.

“El efecto de una omisión en el inventario o en la partición de la herencia, da lugar a la rescisión de la partición (no la nulidad) de la misma.”¹⁸⁰ Rescisión es equivalente a cancelación o anulación, por consiguiente la partición queda sin efecto y se realizará otra.

La nulidad de la partición, es un tema discutido por los juristas, varios de ellos no admiten dicho concepto de nulidad para la partición, le dan otro significado, como modificar o rescindir la partición, para no eliminar por completo la partición, sino más bien, se modifica integrando a otra persona que resultará beneficiada. “Esta mal redactado este precepto. En vez de usar el término *nulidad* debe usar el de *modificación*.”¹⁸¹

¹⁷⁸ Baqueiro Rojas Edgar y Buenrostro Báez Rosalía, *op. cit.*, nota 78, p. 209.

¹⁷⁹ Trabucchi, Alberto, *op. cit.*, nota 85, p. 470.

¹⁸⁰ Galindo Garfias, Ignacio, *op. cit.*, nota 104, p. 246.

¹⁸¹ Ibarrola, Antonio de, *op. cit.*, p. nota 87, p. 1024.

“La partición legalmente hecha fija la porción de bienes hereditarios que corresponden a cada uno de los herederos y concreta en ella el derecho de propiedad que tenía antes el adjudicatario, de manera indirecta, en toda la masa de la herencia.”¹⁸²

En la partición ya quedarán establecidos tanto los herederos como la parte que les corresponde, razón por la cual el hijo preterido deberá de exigir su derecho en esta etapa del juicio sucesorio. “El efecto de la partición en general es poner fin a la indivisión y asignar en propiedad particular a cada sucesor la parte que le corresponde.”¹⁸³

El hijo preterido solicitará la anulación de la partición, por medio de un incidente, el cual como ya se mencionó se deberá realizar en el mismo juicio sucesorio, teniendo como fundamento el artículo 788 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal el cual señala que: La cuarta sección se llamará de partición y contendrá: I. El proyecto de distribución provisional de los productos de los bienes hereditarios; II. El proyecto de partición de los bienes; III. Los incidentes que se promuevan respecto a los proyectos a que se refieren las fracciones anteriores; IV. Los arreglos relativos; V. Las resoluciones sobre los proyectos mencionados; VI. Lo relativo a la aplicación de los bienes.

Como ya estudiamos en el capítulo anterior existen cuatro secciones en el juicio sucesorio, siendo en la cuarta sección como lo menciona el artículo anterior, en donde el hijo preterido deberá realizar el incidente de nulidad, de lo contrario aunque esta fuese procedente no tendrá sus efectos, esto último con fundamento en la siguiente tesis:

“Tesis Aislada (Civil) número de registro 359974 (TA); 5ª época; 3ª sala; S.J.F.; tomo XLIV; pag 1844.

HERENCIA, NULIDAD DEL CONVENIO DE PARTICIÓN.

Aun cuando la nulidad de un convenio de partición fuera procedente, no podría tal nulidad producir efectos en el sentido de que se abriera nuevamente otro juicio sucesorio, ni de que se reviviera el concluido.

¹⁸² *Ibidem*, p. 64.

¹⁸³ Baqueiro Rojas Edgar y Buenrostro Báez Rosalía, *op. cit.*, nota 78, p. 204.

TERCERA SALA. Amparo civil directo 3950/33. García Gómez Esteban, sucesión de 29 de abril de 1935. Unanimidad de cuatro votos. Excusa: Sabino M. Olea. La publicación no menciona el nombre del ponente.¹⁸⁴

Por lo que el incidentista deberá de realizar su acción durante la sección de la partición en donde otorgará todos los medios de prueba que acrediten dicha acción, con el fin de que el juez decrete la nulidad de las particiones por medio de una sentencia interlocutoria, lo que originará una nueva partición, disminuyendo las porciones de los herederos ya constituidos, y asignándole al hijo preterido una parte igual que todos los hijos.

La forma de realizar el incidente de nulidad se encuentra regulada en el artículo 88 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal el cual señala que:

Artículo 88. Los incidentes se tramitarán, cualquiera que sea su naturaleza, con un escrito de cada parte, y tres días para resolver. Si se promueve prueba, deberá ofrecerse en los escritos respectivos, fijando los puntos sobre los que verse. Si las pruebas no tienen relación con los puntos cuestionados incidentalmente, o si éstos son puramente de derecho, el tribunal deberá desecharlas. En caso de admitirlas se citará para audiencia dentro del término de diez días, diferible por una sola vez, en que se reciban pruebas, se oigan brevemente las alegaciones, y se cite para sentencia interlocutoria.

2. Por otra parte, en cuanto a la acción de petición de herencia, tenemos que otra de las opciones que tiene el preterido es realizar un juicio de petición de herencia; en donde él exponga en su demanda, el motivo de su omisión y compruebe el entroncamiento con el autor de la sucesión, de tal forma que acredite el derecho que tiene, y obtenga una sentencia que lo favorezca reconociendo su calidad de heredero y otorgándole parte del caudal hereditario, el fundamento de tal acción se encuentra establecido en el artículo 14 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal el cual dispone: La petición de herencia se ejercitará para que sea

¹⁸⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación, "Seminario Judicial de la Federación", marzo 2013, <http://ius.scjn.gob.mx>.

declarado heredero el demandante, se le haga entrega de los bienes hereditarios con sus acciones, sea indemnizado y le rindan cuentas.

Relacionado con lo anterior consideramos importante mencionar el artículo 13 del mismo código que señala: La petición de herencia se deducirá por el heredero testamentario o *ab-intestato*, o por el que haga sus veces en la disposición testamentaria; y se da contra el albacea o contra el poseedor de las cosas hereditarias con el carácter de heredero, o cesionario de éste y contra el que no alega título ninguno de posesión de bien hereditario, o dolosamente dejó de poseerlo.

En el siguiente capítulo reanudaremos el análisis de la acción de petición para realizar un estudio más completo sobre dicha figura.

3. Continuando con las acciones que tiene el hijo preterido tenemos la nulidad del testamento, la cual obtendrá si se acreditan los elementos que considera podrán anular el testamento, como ejemplo tenemos el testamento que se haya hecho bajo amenazas. “Los juicios de nulidad de testamento se tramita en forma ordinaria (...) una vez radicado en el juzgado familiar, se acumularán a los juicios sucesorio.”¹⁸⁵ Si el testamento se nulifica podrá el preterido realizar la sucesión legítima en donde se considera con derecho a heredar.

Los artículos referentes a la nulidad del testamento contenidos en el Código Civil para el Distrito Federal son los siguientes:

Artículo 1485. Es nulo el testamento que haga el testador bajo la influencia de amenazas contra su persona o sus bienes, o contra la persona o bienes de su cónyuge o de sus parientes.

El hijo preterido tendrá que acreditar las amenazas para que proceda la nulidad del testamento.

Artículo 1487. Es nulo el testamento captado por dolo o fraude.

¹⁸⁵ Vargas Pérez, Francisco, *op. cit.*, nota 81, p. 88.

Artículo 1489. 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.

El testamento deberá de ser claro de lo contrario se podrá demandar su nulidad.

Artículo 1491. El testamento es nulo cuando se otorga en contravención a las formas prescritas por la ley.

Si el testamento fue realizado en contra de las disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal, el hijo preterido podrá promover, juicio ordinario de nulidad de testamento, con las pruebas que acrediten su acción.

Como ya se ha mencionado para que el testamento sea válido deberá realizarse conforme a la ley, encontrándose regulado por el Código Civil local, en el artículo 1295 el cual señala el concepto y sus características que son 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.

Retomando el tema de nulidad: “El fundamento legal en que descansa la nulidad del testamento, por error, dolo o violencia, puede hacerse valer por cualquier interesado perjudicado, en la disposición testamentaria.”¹⁸⁶ También puede realizar la nulidad quien tenga el mejor derecho a la sucesión.

Al respecto consideramos la siguiente tesis la cual citamos:

“Tesis aislada, número de registro 271373, [TA]; 6a. Época; 3a. Sala; S.J.F.; Volumen XXXVII, Cuarta Parte; Pág. 100.

TESTAMENTO, LEGITIMACION PARA DEMANDAR LA NULIDAD DEL.

No cualquier persona está legitimada para impugnar la validez de un testamento, sino solamente los interesados, entendiéndose por “interesados” aquellas personas que por su parentesco con el autor de la sucesión podrán obtener el reconocimiento

¹⁸⁶ Galindo Garfias, Ignacio, *op. cit.*, nota104, p. 203.

de derechos hereditarios en la herencia del de cujus. En otros términos, los únicos que tienen interés legítimo en anular un testamento son los llamados a la herencia.

TERCERA SALA. Amparo directo 6698/57. Eliseo García, Sucesión. 1 de julio de 1960. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: José Castro Estrada.”¹⁸⁷

De acuerdo a la anterior tesis, las personas que podrán demandar la nulidad de testamento, son los parientes del autor de la sucesión y los establecidos en el Código Civil local para heredar por vía legítima.

Por otra parte, nuestro Código Civil se apega a la Teoría Francesa o tripartita, la cual distingue entre inexistencia, nulidad absoluta y nulidad relativa de cualquier acto jurídico.

De acuerdo a lo anterior citamos a Baqueiro Rojas Edgar y Buenrostro Báez Rosalía quienes señalan: “En cuanto a la teoría general de las nulidades establecida por el Código Civil local para todos los actos jurídicos, y en consecuencia para los testamentos, éstos pueden ser: a) *inexistentes*, b) *nulos absolutos* o c) *nulos relativos*.”¹⁸⁸

- a) El testamento es inexistente cuando le falte voluntad, objeto o solemnidad.
- b) El testamento es nulo en su totalidad cuando: 1) existe violencia y se testa bajo amenazas; 2) el testamento es captado con dolo o fraude; 3) un enfermo mental hace testamento, sin seguir las reglas del Código Civil para el Distrito Federal artículo 1307 señala que: Es válido el testamento hecho por un demente en un intervalo de lucidez; 4) expresión de la voluntad no expresa claramente; 5) realiza el testamento una persona menor de dieciséis años. “La nulidad absoluta por regla general se presentará en los casos de ilicitud en el objeto, motivo, fin o condición del acto de que se trate, y la nulidad relativa en los casos de incapacidad de ejercicio, error, dolo, violencia, lesión inobservancia de las formalidades legales.”¹⁸⁹
- c) La nulidad relativa del testamento se da, cuando anula la institución de heredero o legatario, pero subsisten las demás disposiciones testamentarias por ejemplo: 1) “Cuando se dispone de la herencia a favor de una institución de beneficencia,

¹⁸⁷ Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Seminario Judicial de la Federación”, marzo 2013, <http://ius.scjn.gob.mx>.

¹⁸⁸ Baqueiro Rojas Edgar y Buenrostro Báez Rosalía, *op. cit.*, nota 78, p. 221.

¹⁸⁹ Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, nota 94, p. 516.

diciendo que se hace por carecer de parientes, siendo que sí los tenía aunque el testador lo ignoraba;”¹⁹⁰ 2) la cosa legada no sea susceptible de identificación; 3) se imponga al instituido heredero una condición física o legalmente imposible de cumplir; 4) por último: Es nula la institución de heredero o legatario hecha en memorias o comunicados secretos, esta última nulidad se encuentra establecida en el artículo 1484 del Código Civil de referencia.

Existe también regulado en el Código Civil local, la nulidad parcial del testamento por algunas cláusulas establecidas en él; las cuales se considerarán como no puestas, como el artículo 1355 el cual dispone que: La condición de no dar o de no hacer, se tendrá por no puesta.

Otros de los elementos importantes para el testamento son: las solemnidades de ley; la manifestación de la voluntad, redacción, firma de forma simultánea, ante notario y testigos. El testamento deberá contener todos los elementos antes mencionados para que sea declarado válido.

Cuando el difunto desconoció el embarazo de su mujer y por tanto omitió en el testamento a su hijo, posteriormente el hijo o su representante podrá solicitar anular la declaración de herederos, para ser incluido y se le otorgue la parte que le corresponda por ley. Considerando que: “De haber conocido esa circunstancia habría dispuesto de sus bienes en otra forma con lo cual su testamento perdería el sustento firme de su voluntad.”¹⁹¹ En este caso todos los hijos sucederán al causante como si éste hubiera fallecido sin testamento, sin embargo continúan las restantes disposiciones testamentarias de contenido no patrimonial.

El efecto de la preterición del hijo que exista como nacido o como concebido al morir el causante, pudiera ser el de anular el testamento, ya que pudo ser producto involuntario de la negligencia del testador en rectificar su testamento en vista de nuevos acontecimientos.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 124.

¹⁹¹ Pérez Lasala, José Luis, *op. cit.*, nota 162, p. 100.

El testamento declarado nulo, trae como consecuencia: “Que los bienes pasen a formar parte de la herencia legítima y se tramite el correspondiente juicio sucesorio intestamentario.”¹⁹²

En nuestra opinión la forma en que omitió al hijo ya sea voluntaria o involuntariamente, tiene que estar relacionada con su resultado; por ejemplo si se omitió a un hijo de manera involuntaria en el testamento, el preterido tiene derecho de anular dicho instrumento; y si por el contrario la omisión del hijo fue de manera voluntaria (es mayor de edad y tiene posibilidad de trabajar), el testamento deberá continuar como lo haya estipulado el difunto.

Es importante mencionar que la ley debería obligar al testador a mencionar a aquellas personas a quien pretende dejar sin herencia (desheredar) o excluirlas, para que no haya lugar a duda de que la última voluntad del testador fue en su caso; omitir a su hijo de su herencia. De otra forma se interpretaría que al excluirlo de su testamento, existió una preterición no intencional, por lo que el preterido podrá demandar la nulidad del testamento, y procediendo dicha acción; sea llamado a la sucesión legítima.

“La preterición intencional solamente debiera producir el efecto de dejar a salvo la legítima del preterido. La preterición errónea debiera dejar totalmente sin efecto el testamento.”¹⁹³

La preterición voluntaria e involuntaria son actos sumamente diferentes, la base psicológica de lo realizado es tan distinta que debería reflejarse en una diferencia de efectos jurídicos.

“Cuando el testador omite sin intención a su hijo, el derecho deberá de reaccionar rectificando lo que el testador debió hacer.”¹⁹⁴ Si la omisión es de forma voluntaria y se encuentra justificada, no debe haber ninguna posibilidad de que el preterido reclame su derecho.

Cuando el hecho de prescindir del hijo en el testamento deriva de que el testador desconocía su existencia, hay una firme base para suprimir que el contenido del

¹⁹² Vargas Pérez, Francisco, *op. cit.*, nota 81, p. 89.

¹⁹³ Pérez Lasala, José Luis, *op. cit.*, nota 162, p. 99.

¹⁹⁴ *Ídem.*

testamento no se ajusta a lo que el mismo testador hubiese dispuesto sin tan decisiva ignorancia.

4. Para terminar con las acciones del hijo preterido, tenemos la acción para declarar el testamento inoficioso.

El Testamento inoficioso: “tiene sus orígenes en Roma con la *querela inoficiosi testamenti*, mediante la cual los herederos legítimos, *heredes suis*, podían reclamar la parte de la herencia que les correspondía y de la que habían sido privados por el testador.”¹⁹⁵

En nuestra legislación civil, se contempla el testamento inoficioso, cuando el testador en uso de su libertad de testar, dispone de toda la herencia y deja de cumplir con su obligación de proporcionar alimentos a los parientes que en vida tendría obligación de atender.

“Los testamentos inoficiosos son aquellos en los que no se deja establecida la pensión alimentaria que el testador tiene obligación de pagar y que, por tanto, obligan a los herederos a pagar del caudal hereditario dicha pensión, por todo el tiempo que sea necesaria y que lo establezca la ley, todas las demás cláusulas de esos testamentos son declaradas válidas.”¹⁹⁶

El testamento inoficioso está regulado en el Código Civil para el Distrito Federal, de los artículos 1374 al 1377, los cuales se transcriben a continuación.

Artículo 1374. Es inoficioso el testamento en que no se deje la pensión alimenticia, según lo establecido en este Capítulo.

Artículo 1375. El preterido tendrá solamente derecho a que se le dé la pensión que corresponda, subsistiendo el testamento en todo lo que no perjudique ese derecho.

¹⁹⁵ Baqueiro Rojas Edgar y Buenrostro Báez Rosalía, *op. cit.*, nota 78, p. 126.

¹⁹⁶ Vargas Pérez, Francisco, *op. cit.*, nota 81, p. 55.

En el artículo anterior se le otorga a los parientes, el derecho a recibir pensión si han sido preteridos en el testamento; no menciona concepto alguno, únicamente expresa su derecho a recibir pensión, sin anular el testamento en todo lo que no le perjudique al preterido, dicho artículo se relaciona con el artículo 1368 del Código Civil para el Distrito Federal el cual establece a quien debe dejar alimentos el testador; dicho artículo ya fue citado con anterioridad.

Si un testador no dejó disposiciones para cubrir sus obligaciones alimentarias, de acuerdo a lo establecido en la ley, su testamento se declarara inoficioso; es decir subsistirá todo lo que no perjudique el derecho de alimentos, y deberán pagarse las pensiones alimentarias omitidas, forzosamente de la masa hereditaria; “Los acreedores alimentarios deberán de demandar el pago de la pensión mediante juicio sumario de alimentos en contra de la sucesión, lo que deberán hacer demandando al representante de la sucesión, que es el albacea.”¹⁹⁷

El trámite para que se declare un testamento inoficioso se deberá realizar en el juzgado donde se esté llevando a cabo la sucesión testamentaria, por medio de un incidente, tal y como se mencionó con anterioridad conforme al artículo 88 del Código de Procedimientos Civiles local. Para Carlos Arellano García el: “Incidente es una cuestión controvertida accesoria a la principal debatida en el proceso.”¹⁹⁸

En dicho incidente el actor deberá probar su acción para que la sentencia que se dicte sea procedente; se demuestre el entroncamiento con el autor de la sucesión y su obligación de darle alimentos.

El testamento inoficioso obliga a los herederos a pagar de la masa hereditaria la pensión alimenticia por el tiempo necesario en los términos que la ley establece, ya que la masa hereditaria está afectada en forma preferente al pago de alimentos de conformidad con la prelación señalada, el hijo preterido que sea menor de edad será el primero en recibir la

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 49.

¹⁹⁸ Arellano García, Carlos, *Teoría General del Proceso*, 6ª ed., México, Porrúa, 1997, p. 133.

pensión. “Los acreedores alimentarios podrán demandar el pago de sus alimentos en forma inmediata, mediante el juicio sumario correspondiente.”¹⁹⁹

IV. EL HIJO FUERA DEL MATRIMONIO

En los Códigos Civiles de 1870 y de 1884, se hablaba de la existencia de diversas clases de hijos: legítimos, legitimados, naturales, espurios, adulterinos e incestuosos. Estableciendo distintas reglas en materia hereditaria, de forma que los hijos no eran tratados de misma manera.

Los legítimos eran los habidos dentro del matrimonio; los legitimados los nacidos con anterioridad al matrimonio de sus padres.

El hijo natural: era el nacido fuera del matrimonio de padres que al mismo tiempo de la concepción podrían haberse casado.

El Hijo incestuoso, el habido de relaciones ilícitas entre parientes consanguíneos o afines, dentro de un grado en que el matrimonio está prohibido de acuerdo a las leyes.

El hijo adulterino: es el que procede de la unión de dos personas que al momento de su concepción no podían contraer matrimonio, porque una de ellas, o ambas, estaban casadas.²⁰⁰

“Hijo espurio: bastardo, hijo nacido de una unión no matrimonial; hijo de padres que no podían contraer matrimonio al tiempo de la concepción ni al del nacimiento; hijo ilegítimo de padre conocido.”²⁰¹ De acuerdo a la clasificación anterior, se establecían en ambos Código las características de cada hijo y sus derechos.

¹⁹⁹ Baqueiro Rojas Edgar y Buenrostro Báez Rosalía, *op. cit.*, nota 78, p. 127.

²⁰⁰ Guiza Alday, Javier, *Diccionario Jurídico de Legislación y Jurisprudencia*, México, Ángel ed., 1999, pp. 220-222.

²⁰¹ Diccionario de la Real Academia de la Lengua española, abril 20013, <http://www.rae.es/rae.html>.

El Código Civil de 1870 en su artículo 383 señalaba que, si el hijo era reconocido por el padre, la madre o ambos podía: 1) llevar el apellido del que lo reconoce; 2) ser alimentado por éste; y 3) percibir la porción hereditaria que señalaba la ley.

Mientras en el Código Civil 1884, continuaba con la graduación de los hijos y mencionando distintas clases, en él se exigía como requisito el reconocimiento o la designación. “Artículo 3592. Si quedaren sólo hijos naturales o sólo hijos espurios legalmente reconocidos o designados, sucederán en la misma forma que los legítimos.”²⁰²

Los anteriores códigos se fueron reformando y en 1917 surge la Ley Sobre Relaciones Familiares, que derogó expresamente la división de hijos incestuosos, adulterinos y naturales, consagrando el término general de hijos naturales para los habidos fuera del matrimonio, los cuales solamente tenían derecho a llevar el apellido si fuesen reconocidos.

El jurista Alberto Trabucchi hace consideraciones en relación con los derechos sucesorios de los hijos naturales, en donde menciona que: “Ha de reconocerse a los hijos concebidos fuera del matrimonio. El favor que se les debe en razón de un justificado sentimiento de humanidad y de justicia.”²⁰³ Los hijos naturales podrán por lo tanto adquirir derechos; uno de ellos el de heredar.

En el actual Código Civil para el Distrito Federal se favorecen los derechos de los hijos, ya no existe ninguna distinción por la procedencia de los hijos, ahora únicamente hablamos de los hijos que nacen dentro y fuera del matrimonio; en donde el código mencionado establece una condición de igualdad entre los hijos dentro y fuera del matrimonio; por lo que toca al tema de las sucesiones ambos hijos tienen el derecho a la misma porción de la masa hereditaria, los legisladores eliminaron todos aquellos argumentos que demostraban tener mayores derechos los hijos nacidos dentro del matrimonio.

Así mismo, se suprimió el problema relativo a la herencia de los hijos naturales, equiparando la situación de los hijos naturales con los legítimos, siempre y cuando se compruebe plenamente la filiación en los términos determinados por la ley.

²⁰² Ibarrola, Antonio de, *op. cit.*, nota 87, p. 921.

²⁰³ Trabucchi, Alberto, *op. cit.*, nota 85, p. 388.

Por su parte, es preciso mencionar que el artículo 324 del Código Civil local no realiza ninguna diferencia de hijos ni menciona clases, considerando:

Artículo 324. Se presumen hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario:

I. Los hijos nacidos dentro de matrimonio; y

II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del mismo, de muerte del marido o de divorcio, siempre y cuando no haya contraído nuevo matrimonio la excónyuge. Este término se contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.

Consideramos importante recordar que la filiación es la relación que existe entre dos personas donde una es descendiente de la otra, sea por un hecho natural o por un acto jurídico y al respecto tenemos el artículo 338 del Código Civil de referencia el cual dispone: La filiación es la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia; por lo tanto, no puede ser materia de convenio entre partes, ni de transacción, o sujetarse a compromiso en árbitros.

Si un hijo nacido fuera del matrimonio comprueba su filiación, tendrá los mismos derechos que el hijo nacido dentro del matrimonio, tal disposición la encontramos en el artículo 338 Bis del Código de referencia el que señala: La ley no establece distinción alguna entre los derechos derivados de la filiación, cualquiera que sea su origen.

La filiación se prueba con el acta de nacimiento, a falta de esta, se prueba con la posesión constante de hijo u otras pruebas que la ley autorice; la posesión de estado de hijo sería el goce público del lugar que ocupa en la sociedad y en la familia, no es un sólo hecho aislado, sino de muchos hechos públicos encadenados y repetidos todos los días.

Al respecto se considera importante citar las siguientes disposiciones establecidas en el nuestro Código Civil:

Artículo 340. La filiación de los hijos se prueba con el acta de nacimiento.

Artículo 341. A falta de acta o si ésta fuere defectuosa, incompleta o falsa, se probará con la posesión constante de estado de hijo. En defecto de esta posesión, son admisibles para demostrar la filiación todos los medios de prueba que la ley autoriza, incluyendo aquellas que el avance de los conocimientos científicos ofrecen; pero la testimonial no es admisible si no hubiere un principio de prueba por escrito o indicios o presunciones, resultantes de hechos ciertos que se consideren bastante graves para determinar su admisión.

Si faltare registro o estuviere inutilizado y existe el duplicado, de éste deberá tomarse la prueba.

Los artículos anteriores están relacionados con el artículo 360 del mismo Código que dispone: La filiación también se establece por el reconocimiento de padre, madre o ambos o por una sentencia ejecutoriada que la (sic) así lo declare.

La posesión de estado de hijo queda probada, si un individuo ha sido reconocido constantemente como hijo del matrimonio, si además use el apellido del padre y la madre, tenga el trato de hijo, y por ultimo que los padres tenga la edad exigida por la ley, esto conforme al artículo 343 de Código de referencia que establece:

Artículo 343. Si un individuo ha sido reconocido constantemente como hijo por la familia del padre, de la madre y en la sociedad, quedará probada la posesión de estado de hijo, si además concurre alguna de las circunstancias siguientes:

- I. Que el hijo haya usado constantemente los apellidos de los que pretenden ser su padre y su madre, con la anuencia de éstos;
- II. Que el padre o la madre lo hayan tratado como hijo, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento; y
- III. Que el presunto padre o madre tenga la edad exigida por el artículo 361.

Aun cuando la posesión de estado de hijo puede fundar la acción de investigación de la paternidad, no basta para la prueba de la filiación respecto de la petición de herencia.

Por otra parte el reconocimiento, es el acto en virtud del cual quienes han tenido un hijo fuera de matrimonio declaran, conjunta o separadamente, que lo aceptan por suyo, es un acto de carácter personalísimo que debe hacerse en forma expresa, tal y como sirve de sustento la siguiente tesis:

“Tesis aislada, número de registro 215466, [TA]; 8a. Época; T.C.C.; S.J.F.; Tomo XII, Agosto de 1993; Pág. 447.

HIJOS. FORMALIDADES PARA EL RECONOCIMIENTO DE.

El reconocimiento de un hijo es un acto de carácter personalísimo que debe hacerse en forma expresa.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO

Amparo en revisión 302/92. Doroteo Sánchez Guerra y otra. 1 de septiembre de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Tarcicio Obregón Lemus. Secretario: Nelson Loranca Ventura. Véase: Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1988, tercera tesis relacionada con la Jurisprudencia 920, Pág. 1505.”²⁰⁴

En el capítulo IV, del título séptimo de la filiación, en el libro primero de las personas, del Código Civil para el Distrito Federal, se establece lo relativo al reconocimiento de los hijos. Trataremos de mencionar los artículos que consideramos más importantes:

Artículo 361. Pueden reconocer a sus hijos los que tengan la edad exigida para contraer matrimonio.

Los mayores de edad pueden reconocer a sus hijos, el menor de edad podrá reconocerlo con el consentimiento de la persona que ejerza la patria potestad sobre él.

Artículo 366. El reconocimiento hecho por uno de los padres, produce efectos respecto de él y no respecto del otro progenitor.

El reconocimiento, puede ser por lo tanto bilateral o unilateral, según que lo hagan el padre o la madre conjuntamente o sólo uno de ellos.

²⁰⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Seminario Judicial de la Federación”, marzo 2013, <http://ius.scjn.gob.mx>.

Artículo 367. El reconocimiento no es revocable por el que lo hizo, y si se ha hecho en testamento, cuando éste se revoque, no se tiene por revocado el reconocimiento.

Si existe un testamento en el que se reconoce un hijo, y posteriormente el testamento es revocado, no se tiene por revocado el reconocimiento.

Hay diferentes formas de realizar el reconocimiento de un hijo las cuales se encuentran establecidas en el artículo 369 que señala:

Artículo 369. El reconocimiento de un hijo deberá hacerse por alguno de los modos siguientes;

I.- En la partida de nacimiento, ante el Juez del Registro Civil;

II.- Por acta especial ante el mismo juez;

III.- Por escritura pública;

IV.- Por testamento;

V.- Por confesión judicial directa y expresa.

El reconocimiento practicado de manera diferente a las enumeradas no producirá ningún efecto; pero podrá ser utilizado como indicio en un juicio de investigación de paternidad o maternidad.

En caso de que el progenitor no realice el reconocimiento de manera voluntaria podrá el hijo iniciar un juicio de reconocimiento.

Artículo 374. El hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido, y por sentencia ejecutoria se haya declarado que no es hijo suyo.

Lo establecido en la ley es que toda persona por el sólo hecho de nacer dentro del matrimonio, será por presunción hijo.

Los hijos reconocidos tienen derecho a llevar el apellido del que los reconoce; a ser alimentados por éste, y a percibir la porción hereditaria y los alimentos que fije la ley.

Artículo 389. El hijo reconocido por el padre, por la madre, o por ambos, tiene derecho:

- I. A llevar el apellido paterno de sus progenitores, o ambos apellidos del que lo reconozca;
- II. A ser alimentado por las personas que lo reconozcan;
- III. A percibir la porción hereditaria y los alimentos que fije la ley;
- IV. Los demás que se deriven de la filiación.

Esta disposición confiere iguales derechos a los hijos dentro y fuera del matrimonio, dentro de dichos derechos están los relativos a las sucesiones.

Los hijos fuera del matrimonio al estar reconocidos por el testador o el autor de la sucesión, se encuentran en igualdad de posición frente a los hijos nacidos dentro del matrimonio, y cuya participación en la herencia es indiscutible.

De lo contrario: “El problema de acreditar la filiación respecto del padre, faltando el reconocimiento, exigirá por tanto, siempre un juicio previo, ordinario civil, para que el hijo intente la acción de investigación de la paternidad, obtenga sentencia y con ese título comparezca al juicio sucesorio a reclamar sus derecho hereditarios.”²⁰⁵ Sirve de sustento la siguiente tesis:

“Tesis Aislada, número de registro, [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XIV, Septiembre de 2001; Pág. 1344.

PETICIÓN DE HERENCIA E INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD Y DEMOSTRACIÓN DE LA POSESIÓN DE ESTADO DE HIJO NATURAL. NO PUEDEN DECIDIRSE EN UN SOLO JUICIO, POR DEPENDER UNA ACCIÓN DE OTRA.

De los artículos 360, 369, 382, 384 y 388 del Código Civil para el Distrito Federal, se llega a establecer que la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio, sólo se establece en relación al padre, por el reconocimiento voluntario del mismo, en cualquiera de las formas previstas por el artículo 369, o por una sentencia que

²⁰⁵ Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, nota 94, p. 448.

declare la paternidad. La posesión de estado de hijo nacido fuera de matrimonio genera la acción de investigación de la paternidad conforme al artículo 382, fracción II, que puede justificarse con la demostración por los medios ordinarios de prueba que el hijo ha sido tratado por el presunto padre o por su familia como hijo del primero, y que éste ha proveído a su subsistencia, educación y establecimiento; pero esa acción de investigación sólo puede iniciarse en vida de los padres, o si éstos han fallecido durante la menor edad de los hijos, el derecho de los mismos para intentar la acción dura hasta antes de que se cumplan cuatro años de su mayor edad. Sin embargo, si bien la posesión de estado de hijo nacido fuera de matrimonio otorga la facultad de iniciar un juicio de investigación de paternidad, es decir, genera la acción de investigación de paternidad, no puede al mismo tiempo generar la acción de petición de herencia, aunque ambas son de carácter declarativo, cuyos objetos son la declaración de la existencia o inexistencia de una relación jurídica, esto es, el estado de hijos nacidos fuera de matrimonio y el reconocimiento del carácter de heredero, respectivamente. Ello es así, porque en términos de lo dispuesto por el párrafo segundo del artículo 31 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, no pueden acumularse en una sola demanda las acciones que dependan una de la otra. En la acción de investigación de paternidad, basada en la posesión de estado de hijo nacido fuera de matrimonio, y la acción de petición de herencia, se da esa circunstancia de dependencia, porque si bien ambas son de carácter declarativo, en tanto que tienen por objeto la declaración de la existencia de una relación jurídica, la segunda depende del resultado de la primera. En efecto, la finalidad de la acción de petición de herencia consiste en que se reconozcan los derechos hereditarios del heredero, es decir, hacer cierto el derecho, pero presupone la existencia previa del carácter de heredero. De modo que si antes de iniciado el juicio en que se ejercita tanto esa acción de petición de herencia como la de investigación de paternidad, no está declarada la paternidad del autor de la herencia, es claro que la procedencia de la primera depende de la procedencia de la segunda y, por tanto, no pueden acumularse o intentarse en una sola demanda, lo que implica declarar improcedente la de petición de herencia.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 6313/99. Luis Ricardo Acosta Rodríguez, su suc. 26 de enero de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: José Álvaro Vargas Ornelas.²⁰⁶

El hijo que fue preterido en la sucesión deberá obtener previamente el reconocimiento de su filiación, para que pueda promover la acción de petición de herencia, comprobando con el reconocimiento tener derecho para reclamar la parte proporcional que le corresponda del acervo hereditario.

“En el juicio sucesorio no puede acreditarse la filiación respecto del padre, porque ésta no es un simple hecho sujeto a prueba; la filiación supone una sentencia que declare la paternidad.”²⁰⁷

Por su parte, el artículo 382 del Código Civil local dispone: La paternidad y la maternidad pueden probarse por cualquiera de los medios ordinarios. Si se propusiera cualquier prueba biológica o proveniente del avance de los conocimientos científicos y el presunto progenitor se negara a proporcionar la muestra necesaria, se presumirá, salvo prueba en contrario, que es la madre o el padre.

En el presente subcapítulo estudiamos al hijo nacido fuera del matrimonio, el cual consideramos la persona mas vulnerable a sufrir la preterición, ya sea por el autor de la sucesión o por los legitimados para realizar el juicio sucesorio testamentario o intestado, discriminándolos por considerándolos con menores derechos que los hijos nacidos dentro del matrimonio. Pero como ya se desarrolló en este tema el Código Civil establece la igualdad de hijos mientras estén reconocidos por sus padres y por lo tanto les otorga los mismos derechos y obligaciones.

Concluimos que el hijo nacido fuera del matrimonio, que fue preterido tendrá los mismos derechos que los hijos nacidos dentro del matrimonio. De acuerdo a la tesis anteriormente expuesta el hijo nacido fuera del matrimonio y preterido en la sucesión, antes de poder

²⁰⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Seminario Judicial de la Federación”, abril 2013, <http://ius.scjn.gob.mx>.

²⁰⁷ *Ídem*.

realizar cualquier acción para poder acceder a la sucesión, deberá de comprobar su filiación con el autor de la herencia; para tal situación se desprenden dos supuestos; 1) si el hijo es reconocido por el autor de la herencia de forma voluntaria, puede por lo tanto comprobar la filiación y realizar la acción de petición; 2) si por el contrario el hijo no es reconocido de ninguna de las formas que establece el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 369, tendrá que realizar la acción de investigación de paternidad o maternidad, en donde deberá comprobar por todos los medios su posesión de hijo; sólo podrá realizarse dicha acción en vida de los padres, una vez que proceda su acción y obtenga el reconocimiento de hijo, podrá realizar la acción de petición de herencia para que el hijo fuera del matrimonio sea declarado heredero y se le reconozcan sus derechos hereditarios.

La acción de investigación de la paternidad y maternidad y la acción de petición de herencia no pueden acumularse o realizarse en una sola demanda, ya que la segunda depende de la primera.

CAPÍTULO CUARTO

PETICIÓN DE HERENCIA PARA EL HIJO PRETERIDO

Se ha decidido estudiar más a fondo la acción de petición de herencia y en un capítulo por separado por ser una acción independiente al juicio sucesorio y en favor del hijo preterido en ambas sucesiones.

El antecedente de la acción de petición de herencia, inicia con los romanos con el nombre de *Petitio Hereditatis*.

“Acción real, civil y general que competía al heredero contra cualquiera que tuviese la herencia o cosas hereditarias *pro herede* o *pro possessores*, debiendo probar que había sido llamado a la herencia en virtud de testamento o por la ley.”²⁰⁸

La *Petitio Hereditatis* sólo podía ser promovida por quienes ostentasen la cualidad de heredero del difunto, para que fueran instituidos en la totalidad o sólo en una parte de la herencia. Posteriormente se pudo realizar en contra de los que poseían sin invocar ningún título que justificara la posesión.

El demandante para triunfar debía acreditar su cualidad de heredero en el juicio.

“El heredero conseguía, en un único proceso, el reconocimiento de su condición y, en su virtud, la restitución de los bienes hereditarios poseídos por el demandado.”²⁰⁹

Por lo que con una sola acción el actor demandaba su calidad de heredero y que se le regresara el caudal hereditario.

²⁰⁸ Gutiérrez-Alviz y Armario, *op. cit.*, nota 8, p. 276.

²⁰⁹ Fernández Arroyo, Margarita, *La acción de petición de herencia y el heredero aparente*, España, José M Bosch, 1992, p. 31.

Posteriormente en el senadoconsulto Juvenciano los resultados de la *querela* eran otros y dependía la buena y mala fe de los que poseían la herencia. El senadoconsulto Juvenciano llamado así: “En honor de su autor Juvencio Celso, distinguió entre poseedor de mala fe y el de buena fe.”²¹⁰ Los primeros tenían que restituir, además de los bienes existentes, las adquisiciones que realizaba, respondían de los daños y los frutos; mientras que el poseedor de buena fe, sólo devolvía los bienes que había obtenido de la herencia o reembolsarlos.

I. CARACTERÍSTICAS DE LA ACCIÓN DE PETICIÓN DE HERENCIA

La petición de herencia, es la acción real que compete al descendiente del autor de la sucesión o a los nombrados en el orden de personas con derecho a heredar, para ser declarados herederos y se presenten con ese carácter a la sucesión legítima o testamentaria a reclamar su derecho a heredar.

La petición de herencia es la: “Solicitud o reclamación de la sucesión que corresponda por ley o testamento, o de ambos modos. Acción judicial tendiente a que sea reconocido el título de heredero, con la consiguiente entrega de bienes o el ejercicio de los derechos pertinentes.”²¹¹

Al respecto tenemos el siguiente criterio jurisprudencial:

“Tesis aislada, número de registro 242279, [TA]; 7a. Época; 3a. Sala; S.J.F.;
Volumen 21, Cuarta Parte; Pág. 61.

PETICION DE HERENCIA. SU PROCEDENCIA DESPUES DE LA
ADJUDICACION.

La acción de petición de herencia es de naturaleza real y universal, dado que se ejercita contra todo poseedor para reivindicar en general los bienes hereditarios y no

²¹⁰ Ventura Silva, Sabino, *op. cit.*, nota 34, p. 238.

²¹¹ Guiza Alday, Javier, *op. cit.*, nota 198, p. 629.

para que le sean restituidos en forma individual, así como para obtener en el actor preterido su reconocimiento como heredero del de cuius. Por otra parte, la acción de que se trata puede intentarse mientras la misma no prescriba, aun cuando ya se hubieren hecho tanto la partición como la adjudicación de la herencia, pues éstas sólo surten efectos entre quienes fueron partes, sin que perjudiquen al heredero que no hubiere sido oído en el juicio sucesorio, o a quien obtiene en la acción de petición de herencia, por lo que deberá hacerse una nueva liquidación, en la que se considere la porción que le corresponda, se le entreguen los bienes hereditarios a que tenga derecho con sus acciones, se le indemnice y se le rindan cuentas.

TERCERA SALA. Amparo directo 7646/68. Enrique de Jesús Alonso Pérez. 11 de septiembre de 1970. Cinco votos. Ponente: Rafael Rojina Villegas.”²¹²

De acuerdo a la anterior tesis; la naturaleza de la acción de petición de herencia es real y universal, porque se ejercita contra cualquier poseedor de todos los bienes de la herencia.

El actor que demuestre su acción, se le restituirán los bienes de la herencia que le correspondan, de acuerdo con una nueva liquidación y se le reconocerá su carácter de heredero del autor de la sucesión; la acción se puede realizar mientras no prescriba. Por medio de dicha acción: “El heredero tiene derecho a solicitar el reconocimiento de su calidad hereditaria contra cualquiera que posea la totalidad o parte de los bienes hereditarios.”²¹³

“La petición de herencia compete igualmente a cualquiera que hubiera sido excluido de la herencia por desaparición o ausencia, una vez que aparezca o retorne.”²¹⁴

La acción de petición es contemplada por el jurista Alberto Trabucchi, como la acción para salvaguardar los derechos del verdadero heredero, frente a un heredero aparente; también salvaguarda los derechos del hijo preterido. Protege al hijo preterido, y le otorga facultad para poder reclamar su derecho.

²¹² Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Seminario Judicial de la Federación”, abril 2013, <http://ius.scjn.gob.mx>.

²¹³ Trabucchi, Alberto, *op. cit.*, nota 85, p. 454.

²¹⁴ *Ibidem*, p. 455.

El actor de dicha acción, tiene como objeto establecer la realidad de la condición de heredero e invocar todas las consecuencias propias de restituir al demandante que prospere con dicha acción la integridad de sus derechos. “La ley, lo llama heredero preterido, es decir olvidado; la ley no lo ha dejado de lado, no lo ha olvidado y lo resarce y le otorga esta acción, para que recupere a lo que tiene derecho.”²¹⁵

Conforme a la siguiente tesis tenemos los elementos de la acción de petición de herencia:

“Tesis aislada, número de registro 338816, [TA]; 5a. Época; 3a. Sala; S.J.F.; Tomo CXXXII; Pág. 413.

PETICION DE HERENCIA, ELEMENTOS DE LA ACCION DE.

Los elementos de la acción de petición de herencia son: a) que la herencia exista, b) que haya un heredero, y c) que los bienes sean poseídos por el albacea de la sucesión o por un heredero aparente, y excepcionalmente por personas distintas de las indicadas.

TERCERA SALA. Amparo directo 3352/56. Alicia Iglesias Pastrana. 17 de junio de 1957. Unanimidad de cinco votos. Ponente: Angel González de la Vega.”²¹⁶

De lo anterior, tenemos que los elementos de la acción de petición son: 1) como objeto la existencia de la herencia; 2) que exista un heredero, considerando que el actor de dicha acción fue preterido en la cualquiera de las dos sucesiones y por lo tanto el nombrado heredero es otro; 3) los bienes deberán ser poseídos por el albacea, heredero u otro. La acción de petición de herencia se iniciara después de que tenga conocimiento de la declaración de herederos, en donde este excluido el hijo o heredero, ya que si no esta realizada la declaración no es lógico hablar de un desconocimiento u omisión de heredero.

A continuación se agrega el siguiente criterio jurisprudencial:

²¹⁵ Güitrón Fuentevilla, Julián, *¿Qué puede usted hacer con sus bienes antes de morir?*, México, Ed. Promociones Jurídicas y Culturales, 1993, p. 307.

²¹⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Seminario Judicial de la Federación”, abril 2013, <http://ius.scjn.gob.mx>.

“Tesis aislada, número de registro 817336, [TA]; 5a. Época; 3a. Sala; Informes; Informe 1934; Pág. 52.

PETICION DE HERENCIA, ACCION DE.

La acción de petición de herencia procede, sea contra el albacea de la sucesión, cuando ésta no ha terminado, o contra cada uno de los herederos individualmente, cuando éstos han entrado ya en la posesión de los bienes a virtud de la división y partición aprobada, y compete a los herederos que teniendo derechos a heredar, no fueron llamados a la sucesión, y no compete a nuevos representantes de otra sucesión abierta respecto al mismo de cujus, ni menos a los representantes de quienes heredaron.

TERCERA SALA. Amparo directo 10843./32. Luna Maximiliano, Jacinto y María Mercedes, sucesiones. 20 de septiembre de 1934. La publicación no menciona el sentido de la votación ni el nombre del ponente.”²¹⁷

La acción procede en contra del albacea de la sucesión ya que el representa a los herederos en el juicio sucesorio y aun no realiza la adjudicación de los bienes hereditario; o contra cada heredero cuando ya entraron en posesión de los bienes; La acción la puede realizar el hijo preterido, y los demás herederos que no fueron llamados a la sucesión.

A través del juicio de petición de herencia pueden hacer valer sus derechos hereditarios quienes consideren tenerlos, contra los ya declarados herederos. La resolución declaratoria de heredero en un juicio sucesorio, puede ser transitoria y modificar dicha declaración, si un pretendiente acredita un mejor derecho a heredar que el declarado heredero en el procedimiento sucesorio.

²¹⁷ *Ídem.*

II. JUICIO DE PETICIÓN DE HERENCIA

El juicio de petición de herencia, se encuentra contemplado en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en los artículos 13 y 14 los que señalan:

Artículo 13. La petición de herencia se deducirá por el heredero testamentario o ab-intestato, o por el que haga sus veces en la disposición testamentaria; y se da contra el albacea o contra el poseedor de las cosas hereditarias con el carácter de heredero, o cesionario de éste y contra el que no alega título ninguno de posesión de bien hereditario, o dolosamente dejó de poseerlo.

Artículo 14. La petición de herencia se ejercitará para que sea declarado heredero el demandante, se le haga entrega de los bienes hereditarios con sus acciones, sea indemnizado y le rindan cuentas.

Los artículos mencionados, regulan la petición de herencia, su objeto y contenido se reducen a determinar, el mejor derecho que afirma el actor a su favor para poseer el título de heredero, y su objeto ser declarado heredero.

El juicio de petición de herencia, es tan importante como los juicios testamentarios o intestamentarios (sucesión legítima). De los artículos anteriores se desprende contra quien se plantea la acción de petición: 1) contra el albacea; o 2) contra el poseedor de las cosas. El albacea por ser el representante de todos los herederos y en contra del poseedor de las cosas en el caso de que ya los declarados herederos en el juicio sucesorio entren en posesión de los bienes hereditarios.

Para Francisco Vargas Pérez “Las personas legitimadas para demandar el juicio o acción de petición de herencia son:

1. El heredero testamentario.
2. El heredero sustituto del heredero testamentario.

3. Los terceros encargados de distribuir el dinero dejado en el testamento a personas indeterminadas, como “a los pobres”, a los “inmigrantes”, etcétera.
4. Lo legatarios en el caso de que toda la herencia se haya distribuido en legados.
5. Los herederos intestamentarios.”²¹⁸

Por su parte el maestro Rojina Villegas al citar a Messineo agrega que: otras personas que podrán demandar la acción de petición de herencia: “Corresponde a la persona cuya existencia se ignora y cuya muerte se declaró (si retorna),”²¹⁹ y por último el representante del concebido no nacido.

La acción de petición de herencia se realiza por medio de un Juicio Ordinario Civil. “El procedimiento ordinario se encuentra previsto por la legislación procesal civil para aquellos casos que debiendo llevarse al conocimiento del órgano jurisdiccional no tengan contemplada tramitación especial.”²²⁰

El juicio de petición de herencia al ser ordinario seguirá todo el procedimiento regulado en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal del artículo 255 al 429.

Considerando lo anterior Rodolfo Bucio Estrada, menciona las etapas del proceso ordinario, las cuales son:

1. Etapa expositiva: El actor y el demandado exponen la pretensión y su resistencia o también su pretensión. Termina la etapa con el señalamiento de la audiencia previa, de conciliación y excepciones procesales. El objeto de la etapa es fijar la Litis.
2. Etapa de audiencia previa y de conciliación: Las partes se reúnen en el tribunal, con la finalidad de que el conflicto se resuelva mediante la conciliación, de no ser posible continúa el proceso.
3. Etapa probatoria: Las partes deben aportar los medios necesarios de prueba con el objeto de acreditar sus derechos constitutivos de sus acciones y excepciones.

²¹⁸ Vargas Pérez, Francisco, *op. cit.*, nota 81, p. 85

²¹⁹ Messineo citado por Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, nota 94, p. 472.

²²⁰ Castrillón y Luna, Víctor M., *op. cit.*, nota 145, p. 449.

4. Etapa de audiencia de pruebas y alegatos: Admitidas las pruebas, se señala día y hora para ser desahogadas, la audiencia se llevara a cabo con las personas que deban intervenir en el desahogo de las pruebas.
5. Etapa resolutive: El juez resuelve la litis planteada, mediante la sentencia, con la que se concluye el proceso en primera instancia; el juez hace un razonamiento lógico-jurídico de las pretensiones y resistencias a éstas, con base a las pruebas desahogadas.
En caso de que la sentencia no sea recurrida causará ejecutoria y adquirirá la fuerza de cosa juzgada. En caso de que la resolución sea recurrida se dará paso a la siguiente etapa.
6. Etapa impugnativa: Con esta se da inicio a la segunda instancia, tiene como finalidad la modificación, confirmación o revocación de la sentencia. Inicia con el recurso de apelación que hace valer alguna de las partes o ambas, en el que expresen los agravios que les causa la sentencia, se da contestación al recurso, se ofrecen, admiten y desahogan las pruebas, y por último se emite una sentencia.
7. Etapa Ejecutiva: Inicia cuando la parte que obtuvo la sentencia a su favor solicita al juez dicte las medidas necesarias para que esta sea ejecutada coactivamente, concluye cuando se cumple con la obligación contenida en la sentencia.²²¹

Por lo que con relación a lo anterior, el juicio de petición de herencia inicia con la presentación de la demanda que haga el preterido o quien ejerza la patria potestad en el juicio sucesorio; en donde se expondrán los hechos y el derecho en que se funda la pretensión, deberá decir con claridad la clase de prestación que exige del demandado y el título o causa de pedir la acción. “El demandado tiene la carga de exponer su defensa admitiendo o negando los hechos del pretensor y así convenga a sus intereses, agotar las excepciones y exponer la reconvencción cuando proceda.”²²²

El actor en este juicio puede reclamar la herencia en contra del albacea o poseedor de los bienes hereditarios. En el caso de que se haya realizado la adjudicación de los bienes en la sucesión legítima, se le tendrá que demandar a los herederos reconocidos, quienes por

²²¹ Bucio Estrada, Rodolfo, *Derecho Procesal Civil*, México, Porrúa, 2009, pp. 63-67.

²²² Domínguez del Río, Alfredo, *Compendio Teórico Practico de Derecho Procesal Civil*, México, Porrúa, 1877, p. 71.

el efecto de la adjudicación son los poseedores de las cosas hereditarias en nombre propio.

“Por medio de este juicio la parte actora tiene las siguientes pretensiones:

- a) Que se le reconozca como heredero legítimo del autor de la herencia.
- b) Que se le entreguen los bienes del caudal hereditario que le corresponde por ley.
- c) Que se le rindan cuentas.
- d) Que se le paguen los daños y perjuicios.”²²³

Dichas pretensiones son de carácter patrimonial, por lo que la acción de petición de herencia es real. El actor en el juicio de petición deberá presentarse con el carácter de heredero, no demandará determinados bienes, sino toda la herencia; su objetivo principal es obtener el reconocimiento de su carácter, las otras pretensiones son accesorias, por depender de la procedencia de la acción principal. Será hasta que exista la declaratoria de heredero cuando se esté en posibilidad de demostrar los daños y perjuicios ocasionados, pero no antes, ya que si no se justifica la acción principal de petición de herencia, resulta obvio que las acciones derivadas de la misma carecen de base.

Los hechos que deberá de probar el actor del juicio son:

- a) En el caso de sucesión testamentaria, que fue instituido heredero por un testamento declarado válido.
- b) En el caso de sucesión legítima, el actor deberá de probar el entroncamiento con el autor de la herencia. Si no acredita el entroncamiento no podrá ser oído en juicio.
- c) Que se encuentre dentro del grado de parentesco requerido por la ley para ser considerado heredero.
- d) Que otra persona este en posesión de los bienes hereditarios que le correspondan al actor.²²⁴

²²³ Vargas Pérez, Francisco, *op. cit.*, nota 81, p. 84.

El hijo preterido o quien ejerza la patria potestad que realice la acción de petición de herencia deberá probar:

1. La validez del testamento en donde se le nombro heredero;
2. En caso de sucesión legítima debe probar: a) su filiación (artículos 340, 341 Código Civil para el Distrito Federal, se establece la filiación por reconocimiento voluntario o por sentencia que declare la paternidad); b) su mejor derecho por ser el primero en el orden para heredar establecido en el Código Civil local artículo 1602. Tienen derecho a heredar por sucesión legítima: I. Los descendientes, cónyuges, ascendientes, parientes colaterales dentro del cuarto grado y la concubina o el concubinario, si se satisfacen en este caso los requisitos señalados por el artículo 1635. II. A falta de los anteriores, el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal; c) que los bienes se encuentren en posesión de alguna persona.

En resumen, el actor en la demanda deberá indicar la forma del juicio, el cual será ordinario civil, a quien va dirigido: Juez de lo Familiar, señalar el nombre del actor, el lugar para recibir notificaciones, y nombrar autorizados legales. Señalará sus pretensiones las cuales pueden ser: a) La declaración de heredero del autor de la sucesión. b) La entrega de los bienes hereditarios que le corresponden, con sus accesorios. c) El pago de los daños y perjuicios como consecuencia de haber sido privado de la posesión de los bienes hereditarios. d) La rendición de cuentas por el albacea demandado, con el pago de todos los frutos civiles y naturales que se hayan producido y sigan produciendo los bienes hereditarios hasta la fecha en que le sean entregados.

Deberá mencionar las pruebas que acrediten su acción como: a) Acta de defunción del autor de la herencia; b) Acta de nacimiento del actor, del hijo preterido; c) Copias certificadas del juicio sucesorio en donde se haya realizado la declaración de herederos, y por lo tanto, se omitió al actor del juicio de petición; d) el nombramiento de albacea y las particiones. Señalar a las personas que les consten los hechos, fundar su demanda con

²²⁴ *Ibidem*, p. 85.

las disposiciones del Código Civil y de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, colocar los puntos petitorio, protesta de ley y firma.

El actor del juicio de petición de herencia: “Vencerá siempre que demuestre su condición como heredero y obtendrá la restitución de todo lo que le corresponda en la herencia.”²²⁵

El peticionario tendrá que realizar su demanda y sus prestaciones, de acuerdo con la etapa en que se encuentre el juicio sucesorio con el que se relacione; por ejemplo: 1) si realiza demanda de petición de herencia, y menciona la existencia de un juicio sucesorio en el cual se le omitió, en donde únicamente se ha hecho la declaración de herederos, él solicitará sea declarado heredero para presentarse al juicio sucesorio con tal calidad y sea considerado al momento de las particiones. Con relación a lo anterior citamos la siguiente tesis:

“Tesis aislada, número de registro 208996, [TA]; 8a. Época; T.C.C.; S.J.F.; Tomo XV-1, Febrero de 1995; Pág. 133.

ACCION DE PETICION DE HERENCIA, PRODUCE LA MODIFICACION DEL AUTO DECLARATORIO DE HEREDEROS.

A través de un juicio autónomo de petición de herencia, que necesariamente debe acumularse al juicio sucesorio del autor de la sucesión, el heredero instituido en el testamento, puede reclamar la herencia en contra del albacea o poseedor de las cosas hereditarias, por lo que si acredita su derecho en la transmisión de bienes, es factible que obtenga la modificación de la resolución declaratoria de herederos dictada en ese juicio, en el que precisamente se desconoció su carácter, dada la forma ilegal de interpretación de las cláusulas del testamento. Lo anterior es posible, habida cuenta que los artículos 13 y 14 del Código de Procedimientos Civiles, consignan la acción de petición de herencia y así la declaratoria de herederos deviene a ser provisional o transitoria, ya que los herederos preteridos pueden obtener la justa composición de su derecho a través del juicio contradictorio aludido; de manera que no puede concluirse válidamente que la resolución declaratoria de herederos emitida en el juicio sucesorio, constituya cosa juzgada, pues como se

²²⁵ Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, nota 94, p. 475.

expresa, el juicio de petición de herencia constituye un juicio contradictorio, autónomo y destacado, en el que se pueden exponer las causas por las cuales se considera el desconocimiento del derecho del heredero instituido.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 443/95. Froylan Ojeda Hernández, su Sucesión, Abelardo Ojeda González y Eloísa Ojeda de Franco. 2 de febrero de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: José Luis García Vasco. Secretario: Miguel Ángel Castañeda Niebla.”²²⁶

El juicio de petición de herencia es inicialmente autónomo, posteriormente se acumulará al juicio sucesorio del autor de la sucesión, lo podrá realizar también el instituido como heredero en el testamento, que al momento de la declaración de herederos en la sucesión testamentaria fue omitido o se le desconoció su carácter. El preterido o quien ejerza la patria potestad, realizará dicho juicio con el fin de obtener la modificación de la declaración de herederos, en donde él sea incluido; considerando que la declaración de herederos emitida en la sucesión es provisional y transitoria.

“Un heredero no llamado a juicio puede ejercer su acción de petición de herencia mientras la tramitación sucesoria se mantenga abierta, o en su caso demandar, concluida la misma, en vía ordinaria a los adjudicatarios la restitución del porcentaje de la herencia a que considere tener derecho.”²²⁷

También podrá realizar la acción de petición de herencia durante el proceso sucesorio o al finalizar éste.

Es necesario conocer el momento en que comienza a correr la prescripción de la acción de petición de herencia, y al no estar establecido en la legislación Civil local, nos basaremos en la presente tesis:

“Tesis aislada, número de registro 270202, [TA]; 6a. Época; 3a. Sala; S.J.F.; Volumen LXXXII, Cuarta Parte; Pág. 111.

²²⁶ *Ídem.*

²²⁷ Castrillón y Luna, Víctor M., *op. cit.*, nota 145, p. 559.

PETICION DE HERENCIA, MOMENTO EN QUE EMPIEZA A CONTARSE EL PLAZO PARA LA PRESCRIPCION DE.

Si bien es cierto que la ley no precisa a partir de que momento comienza a contarse el plazo de la prescripción para ejercitar el derecho de petición de herencia, esta Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia, ha resuelto este problema por la aplicación del principio de que la prescripción extintiva corre desde el momento en que el derecho se hace exigible, tomando en cuenta que ese momento no puede ser otro que aquél en que se pone en posesión al demandado de los bienes pertenecientes a la masa hereditaria mediante el reconocimiento de su calidad de heredero por la autoridad competente; y que para que el derecho sea exigible, es necesario que la herencia exista, que haya un heredero y que los bienes de la herencia sean poseídos por el albacea de la sucesión o por un heredero aparente o por otras personas; ya que salvo prueba en contrario, se presume que el albacea fue puesto, en los términos de ley, en posesión de los bienes hereditarios y esa posesión marca el momento del nacimiento de la acción de petición y el en que debe empezar a contarse el término de diez años de la prescripción extintiva a que se refiere la ley.

TERCERA SALA. Amparo directo 44/62. Jesús Gómez Zúñiga, sucesión. 29 de abril de 1964. Cinco votos. Ponente: Mario G. Rebolledo F.²²⁸

El término para ejercitar la acción de petición de herencia es de 10 años, debe contarse desde el momento en que el albacea o los herederos tienen la posesión de los bienes hereditarios, no puede iniciar cuando los herederos tienen derecho a un patrimonio común.

La sentencia que declara procedente la acción de petición de herencia trasciende hasta las etapas de partición y adjudicación de los bienes hereditarios llevadas a cabo en el juicio sucesorio tramitado, siendo una consecuencia necesaria de la sentencia declarativa, las mencionadas etapas surten efecto entre quienes intervinieron en el juicio sucesorio, pero no pueden perjudicar a quien no fue oído en dicho juicio, o a quien con posterioridad se le reconozcan derechos sobre la herencia, en virtud del ejercicio de la petición de herencia,

²²⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación, "Seminario Judicial de la Federación", abril 2013, <http://ius.scjn.gob.mx>.

por lo que, si sobrevienen nuevos herederos, se hará la modificación total o parcial de las mencionadas operaciones, lo cual ocurre cuando los herederos declarados en el juicio sucesorio testamentario o intestado, resultan obligados a reconocer a los nuevos como tales, y a entregarles los bienes hereditarios que les corresponden, con sus accesorios, a indemnizarlos y rendirles cuentas.

En el juicio de petición de herencia, es procedente examinar si los declarados herederos en la sucesión legítima justificaron legalmente sus derechos a la herencia y si deben prevalecer éstos o el peticionario; o si ambos pueden coexistir en los términos y porciones que señale la ley, según el orden de personas que tienen derecho a heredar.

CONCLUSIONES

PRIMERA. La historia del hijo preterido se remonta a Roma, en donde le dan el concepto de hijo preterido al descendiente en primer grado que era omitido o excluido por el testador en su testamento; y fue a finales de la República que se otorgó un medio de defensa para el heredero preterido a través de la denominada *querella inofficiosi testamenti*, su objetivo principal era dejar sin efecto al testamento.

SEGUNDA. En los territorios precortesianos de México, no existía la preterición del hijo, puesto que la propiedad era comunitaria, el padre de familia sólo les transmitía la posesión a todos sus hijos sin exclusión, ya que todos eran considerados legítimos, con igualdad de derecho a heredar.

TERCERA. El derecho sucesorio regula la liquidación del patrimonio del difunto y la transmisión de sus bienes y derechos, que no se extinguen con su muerte a sus sucesores o herederos.

CUARTA. Existen dos tipos de sucesiones: la testamentaria en donde el autor de la herencia plasma en el testamento su última voluntad, determinando la distribución de sus bienes y derechos; y la sucesión legítima en donde al no existir testamento la ley suple la voluntad de difunto y establece las reglas para repartir los bienes derechos y obligaciones. Cuando ambas sucesiones coexisten se le denomina sucesión mixta.

QUINTA. El Código Civil para el Distrito Federal, menciona la preterición, pero no da un concepto de ésta, por lo que nos obliga a acudir a los conceptos establecidos por los doctrinarios, los cuales ratifican que la preterición continúa siendo lo que desde su origen en Roma; la omisión u olvido en el testamento.

SEXTA. Por “Hijo Preterido en Derecho Sucesorio”, entendemos aquel descendiente en primer grado que fue omitido, en la sucesión legítima o testamentaria.

SÉPTIMA. Los descendientes tienen un lugar importante en materia de sucesiones. En la sucesión legítima se establece el orden jerárquico para recibir la herencia; dicho orden se efectúa atendiendo al presunto afecto que se supone existía entre el autor de la sucesión y sus herederos, de manera que los primeros en heredar son los hijos.

OCTAVA. La legislación civil sustantiva y adjetiva en el Distrito Federal, le otorga acciones al hijo preterido para que pueda exigir su derecho a heredar, dichas acciones son: solicitar la nulidad de la partición; promover acción de petición de herencia; demandar la nulidad de testamento; y promover acción para declarar el testamento inoficioso. El hijo preterido nacido fuera del matrimonio, tendrá las mismas acciones que los hijos nacidos dentro del matrimonio para hacer valer su derecho a heredar.

NOVENA. Si la acción de petición de herencia procede, la sentencia que se dicte podrá tener carácter; declarativa, en cuanto reconoce el derecho del actor a ser reconocido como heredero; y de condena, porque impone al demandado la obligación de hacer la entrega del caudal hereditario, los frutos y accesorios o el precio de los mismos. A través del juicio de petición de herencia el hijo preterido podrá obtener la justa composición de su derecho.

DECIMA. Derivado de la problemática que existe en relación al hijo preterido, es que se propone que la legislación obligue al testador a mencionar en su testamento a aquellas personas a quien pretende dejar sin herencia o excluirlas, para que no haya lugar a duda de que la última voluntad del testador fue excluir a su descendiente de su herencia; y de tal forma los hijos preteridos no tengan ninguna acción para poder acceder a la herencia.

BIBLIOGRAFÍA

ARANGIO RUIZ, Vincenzo, *Instituciones de Derecho Romano*, 10ª ed., Argentina, Depalma, 1973, pp. 682.

ARCE Y CERVANTES, José, *De las Sucesiones*, 7ª ed., México, Porrúa, 2003, pp. 269.

ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Teoría General del Proceso*, 6ª ed., México, Porrúa, 1997, pp. 470.

-----, *Práctica Forense Civil y Familiar*, 28ª ed., México, Porrúa, 2004, pp. 893.

BAQUEIRO ROJAS, Edgar y BUENROSTRO BÁEZ Rosalía, *Derecho Sucesorio*, México, Oxford, 2007, pp. 270.

BECERRA BAUTISTA, José, *El proceso Civil en México*, 17ª ed., México, Porrúa, 2000, pp. 827.

BIALOSTOSKY, Sara, *Panorama del Derecho Romano*, 3ª ed., México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1990, pp. 280.

BRAVO GONZALEZ, Agustín y BRAVO VALDÉS Beatriz, *Derecho Romano*, 18ª ed., México, Porrúa, 2003, pp. 280.

BONFANTE, Pedro, *Instituciones de Derecho Romano*, 5ª ed., trad. Luis Bacci y Andres Larroso, España, Instituto Editorial Reus, 1979, pp. 711.

BUCIO ESTRADA, Rodolfo, *Derecho Procesal Civil*, México, Porrúa, 2009, pp. 370.

CASTRILLÓN Y LUNA, Víctor M., *Derecho Procesal Civil*, México, Porrúa, 2004, pp. 629.

- CORDERO AVENDAÑO DE DURAND, Carmen, *Supervivencia de un Derecho Consuetudinario en el Valle de Tlacolula*, México, Fondo Nacional para Actividades Sociales, 1982, pp.131.
- CÓRDOBA-LEVY-SOLARI-WAGMAISTER, *Derecho Sucesorio*, supervisión de Carlos H. Vidal Taquini, Argentina, Ed. Universidad, t. III, 1993, pp. 381.
- CRUZ BARNEY, Oscar, *Historia del derecho en México*, 2ª ed., 5ª reimpresión, México, Oxford University Press, 2008, pp. 1042.
- DOMÍNGUEZ DEL RIO, Alfredo, *Compendio Teórico Practico de Derecho Procesal Civil*, México, Porrúa, 1877, pp. 473.
- FERNANDEZ ARROYO, Margarita, *La Acción de Petición de Herencia y el Heredero Aparente*, España, Ed. José M Bosch, 1992, pp. 497.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Derechos Reales y Sucesiones*, 2ª ed., México, Porrúa, 2004, pp. 251.
- GARCÍA AMOR, Julio Antonio Cuauhtémoc, *El Testamento*, 3ª ed., México, Trillas, 2007, pp. 252.
- GARRONE, José Alberto, *Diccionario Jurídico, Abeledo-Perrot*, Argentina, Abeledo-Perrot, t. I y II, 1980, pp. 650.
- GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián, *¿Qué puede usted hacer con sus bienes antes de morir?*, México, Ed. Promociones Jurídicas y Culturales, 1993, pp. 428.
- GUIZA ALDAY, Javier, *Diccionario Jurídico de Legislación y Jurisprudencia*, México, Ángel ed., 1999, pp. 816.
- GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, Faustino, *Diccionario de Derecho Romano*, 4ª ed., España, Reus, 1995, pp. 719.

- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho Sucesorio Inter Vivos y Mortis Causa*, 2ª ed., México, Porrúa, 1997, pp. 373.
- HUBER OLEA, Francisco José, *Diccionario de Derecho Romano*, México, Porrúa, 2000, pp. 873.
- IBARROLA, Antonio de, *Cosas y Sucesiones*, 14ª ed., México, Porrúa, 2004, pp. 1120.
- LEMUS GARCÍA, Raúl, *Derecho Romano (Personas-Bienes-Sucesiones)*, México, Limsa, 1964, pp. 341.
- LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, *Historia del Derecho Mexicano*, México, IURE, 2003, pp. 218.
- , *El derecho en México*, México, Porrúa, 2007, pp. 247.
- LOZANO, Antonio de Jesús, *Escriche Mexicano Diccionario Razonado de legislación y Jurisprudencia*, J. Balleca y Compañía, México, Sucesores editores, 1905, pp. 1282.
- MACEDO JAIMES, Graciela, *Elementos de Historia del Derecho Mexicano*, 3ª ed., México, Universidad Nacional Autónoma del Estado de México, 2000, pp. 324.
- MAFFÍA, Jorge O., *Manual de Derecho Sucesorio*, 5ª ed., 1ª reimpresión, Argentina, Lexis Nexis Depalma, t. I, 2005, pp. 436.
- MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, *Instituciones de Derecho Civil*, 2ª ed., México, Porrúa, t. I y V, 1998, pp. 224.
- MEDINA, Graciela, *Proceso Sucesorio*, 3ª ed., Argentina, Rubizal-Culzoni, t. I, 2011, pp. 587.
- MORALES, José Ignacio, *Derecho Romano*, 3ª ed., México, Trillas, 1989, pp. 349.
- OVALLE FAVELA, José, *Derecho Procesal Civil*, 5ª ed., México, Harla, 1992, pp. 459.

PALLARES, Eduardo. *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, 8ª ed., México, Porrúa, 1975, pp. 877.

-----, *Formulario de Juicios Civiles*, 13ª ed., México, Porrúa, 1982, pp. 706.

-----, *Derecho Procesal Civil*, 12ª ed., México, Porrúa, 1986, pp. 702.

-----, *Tratado de las Acciones Civiles*, 6ª ed., México, Porrúa, 1991, pp. 572.

PÉREZ LASALA, José Luis, *Curso de Derecho Sucesorio*, Argentina, Depalma, 1989, pp. 846.

PETIT, Eugène, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, 15ª ed., trad. José Ferrández González, México, Porrúa, 1999, pp. 717.

PINA, Rafael de, *Elementos de Derecho Civil Mexicano*, 15ª ed., México, Porrúa, vol. II, 1998, pp. 423.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil, Introducción, personas y familia*, 22ª ed., México, Porrúa, 1988, pp. 537.

-----, *Derecho Civil Mexicano*, 11ª ed., México, Porrúa, t. IV Sucesiones, 2006, pp. 581.

ROMEROVARGAS YTURBIDE, Ignacio, *Los Gobiernos Socialistas de Anáhuac*, México, Ed. Romerovargas, 1978, pp. 254.

SÁNCHEZ-CORDERO DÁVILA, Jorge A, *Introducción al Derecho Mexicano, Derecho Civil*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1981, pp. 134.

TRABUCCHI, Alberto, *Instituciones de Derecho Civil*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2008, pp. 488.

VARGAS PÉREZ, Francisco, *Teoría y Práctica de las Sucesiones*, México, Trillas, 2001, pp. 136.

VENTURA SILVA, Sabino, *Derecho Romano*, México, Porrúa, 1992, pp. 453.

VOLTERRA, Eduardo, *Instituciones de Derecho Privado Romano*, 1ª reimpresión, España, Ed. Civitas, 1991, pp. 840.

ENCICLOPEDIAS Y DICCIONARIOS

Enciclopedia Jurídica Omeba, Argentina, Ed. Driskill, t. VIII, y otros, 1989.

Diccionario Jurídico Mexicano, México, Porrúa y UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, t. a-c y p-z, 2008, pp. 3271.

LEGISLACIÓN

Código Civil para el Distrito Federal, mayo 2013, <http://www.aldf.gob.mx/codigos-107-4.html>.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, mayo 2013, <http://www.aldf.gob.mx/codigos-107-4.html>.

FUENTES ELECTRÓNICAS

Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, junio 2011, www.juridicas.unam.mx.

KINDELÁN ARIAS, Zulendrys. *La preterición en el Derecho de Sucesiones*. Cuba, diciembre 2011, <http://ojs.uo.edu.cu/index.php/stgo/article/viewFile/>.

Real Academia de la Lengua Española, junio 2011, <http://www.rae.es/rae.html>.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Seminario Judicial de la federación, marzo 2013, <http://ius.scjn.gob.mx>.

<http://www.mexicolegal.com.mx>, junio 2011.

<http://www.bma.org.mx/publicaciones/elforo/1926/septiembreoctubre/jurisprudencia>, julio 2012.

<http://www.tuobra.unam.mx/publicadas/030106201854.html>, marzo 2012.

<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/pretericion/pretericion.htm>, abril 2011.

<http://www.uo.edu.cu/ojs/index.php/stgo/article/viewFile/14502451/672>, abril 2011.

<http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1538/5.pdf>, junio 2011.

<http://derecho-aragones.net/cuadernos/document.php?id=170>, junio 2011.

OVSEJEVICH, Luis, Legítima, noviembre 2011, [http://www.fundacionkonex.org/ckfinder/userfiles/files/LEGITIMA%20-%20Dr %20Luis%20Ovsejevich](http://www.fundacionkonex.org/ckfinder/userfiles/files/LEGITIMA%20-%20Dr%20Luis%20Ovsejevich).

<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/pretericion/pretericion.htm>, enero 2012.