



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

FACULTAD DE DERECHO

**EL HIJO PÓSTUMO EN EL DERECHO
SUCESORIO**

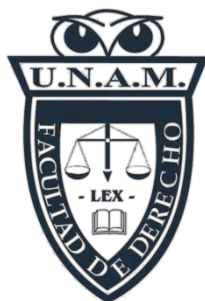
T E S I S

QUE PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE:

LICENCIADA EN DERECHO

P R E S E N T A:

ARACELI MENDOZA GÓMEZ



DIRECTORA DE TESIS:

**MTRA. MARÍA DEL CARMEN MONTOYA
PÉREZ**

CIUDAD DE MÉXICO, 2018



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.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

OFICIO INTERNO: SEMCIV/101/2018
ASUNTO: Aprobación de Tesis.

LIC. IVONNE RAMÍREZ WENCE,
DIRECTORA GENERAL DE LA
ADMINISTRACIÓN ESCOLAR, U.N.A.M.,
P R E S E N T E.

La alumna, **MENDOZA GÓMEZ ARACELI**, quien tiene el número de cuenta **309256942**, elaboró bajo la asesoría y responsabilidad de la suscrita, **MTRA. MARÍA DEL CARMEN MONTOYA PÉREZ**, la tesis denominada "EL HIJO PÓSTUMO EN EL DERECHO SUCESORIO", y que consta de **119** fojas útiles.

La tesis de referencia, en mi opinión, satisface los requisitos reglamentarios respectivos, por lo que con apoyo en la fracción VIII del artículo 10 de los lineamientos para el funcionamiento de los Seminarios de esta Facultad de Derecho, se otorga la aprobación correspondiente y se autoriza su presentación al jurado recepcional en los términos del Reglamento de Exámenes Profesionales de esta Universidad.

La interesada deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional. Dicha autorización no podrá otorgarse nuevamente, sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen, haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de esta Facultad.

Reciba un cordial saludo.

"POR MI RAZA, HABLARÁ EL ESPIRITU"

Cd. Universitaria, Cd. de México, a 7 de noviembre del 2018.


Mtra. María del Carmen Montoya Pérez.
Directora del Seminario, turno vespertino.



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE
DERECHO CIVIL

AGRADECIMIENTOS Y DEDICATORIAS:

A mi madre Araceli, por ser la amiga y compañera que me ha ayudado a crecer, gracias por estar siempre conmigo en todo momento. Gracias por la paciencia que has tenido para enseñarme, por el amor que me das, por tus cuidados en el tiempo que hemos vivido juntas. Gracias Mamá, por estar al pendiente durante toda esta etapa.

A mi padre José Jorge, por haberme forjado como la persona que soy; muchos de mis logros se los debo a él, entre los que se incluye éste. Me formaste con reglas y con algunas libertades, pero al final de cuentas, me motivaste constantemente para alcanzar mis anhelos. Gracias Papá, por ser el sustento de mi vida.

A mis hermanos, José Jorge y Andrés, por ser mi compañía, mi apoyo y mi fuerza para seguir adelante.

A todos mis amigos de la Universidad y de la vida, quienes han compartido a mi lado todos los sacrificios de esta etapa profesional.

A la Universidad Nacional Autónoma de México, por la gran labor académica, científica y cultural que tiene a su cargo, de la que sin duda me he visto directamente beneficiada.

A mi directora de tesis, la Maestra María del Carmen Montoya Pérez, por permitirme trabajar a su lado, por compartir su tiempo y sus conocimientos conmigo.

¡A todos, Gracias!

EL HIJO PÓSTUMO EN EL DERECHO SUCESORIO

INTRODUCCIÓN.....	
-------------------	--

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES Y GENERALIDADES DEL DERECHO SUCESORIO

1.1 El Derecho Sucesorio en Roma.....	1
1.1.1 Concepto de sucesión.....	3
1.2 Tipos de sucesiones.....	4
1.2.1 Sucesión <i>Inter Vivos</i>	4
1.2.2 Sucesión <i>Mortis Causa</i>	4
1.2.2.1 Sucesión testamentaria.....	6
1.2.2.2 Sucesión intestamentaria, legítima o <i>ab intestato</i>	11
1.3 Antecedentes generales de la herencia desde el Derecho Romano.....	14
1.3.1 La ley de las XII Tablas.....	18
1.4 Concepto de herencia en el Derecho Romano.....	22
1.5 El parentesco en la sucesión en el Derecho Romano.....	23

CAPÍTULO II

LA CAPACIDAD JURÍDICA DEL HIJO PÓSTUMO

2.1 Concepto de hijo.....	26
2.1.1 Concepto de persona.....	27
2.1.2 Atributos de la personalidad.....	28
2.1.3 Clasificación de las personas jurídicas.....	30
2.2 Aceptación jurídica de la palabra póstumo.....	31
2.3 Capacidad Jurídica.....	33
2.3.1 La incapacidad de heredar, según el artículo 1313 del Código Civil para la Ciudad de México.....	37

2.4 Incapacidad de heredar por falta de personalidad.....	45
2.4.1 Principio, fin y personalidad del concebido.....	46
2.5 La viabilidad del hijo póstumo y su capacidad para heredar.....	47

CAPÍTULO III

LA LIBERTAD TESTAMENTARIA Y SUS OBLIGACIONES ALIMENTARIAS SOBRE EL HIJO PÓSTUMO

3.1 Concepto de testamento.....	51
3.2 El sistema de la libre testamentifacción.....	52
3.2.1 El sistema del Código Civil para la Ciudad de México.....	55
3.3 El testamento inoficioso.....	56
3.4 La libre testamentifacción y la obligación de alimentar.....	60
3.5 Concepto general y jurídico de alimentos.....	70
3.5.1 Características de la obligación alimentaria.....	73
3.5.2 El deber de alimentar: Una obligación entre familiares.....	76
3.5.3 La obligación alimentaria hacia el hijo póstumo.....	79

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS Y PROPUESTA DE MODIFICACIÓN E INCLUSIÓN DE CIERTAS DISPOSICIONES APLICABLES AL HIJO PÓSTUMO EN EL CÓDIGO CIVIL PARA LA CIUDAD DE MÉXICO

4.1 Concepto de hijo póstumo.....	84
4.1.1 Los derechos sucesorios del hijo póstumo establecidos en el Código Civil para la Ciudad de México.....	84
4.2 Medidas que dispone el Código Civil para la Ciudad de México, para el caso de que la viuda quede en cinta.....	87

4.3 Los casos de inseminación artificial y métodos de reproducción asistida que tiene lugar después de la muerte del autor de la herencia	90
4.4 El concepto de hijo póstumo que acogen algunos Códigos Civiles del país y derechos que se le reconocen a aquél	92
4.4.1 Código Civil del Estado de Jalisco.....	93
4.4.2 Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Puebla.....	95
4.5 Derecho Comparado.....	101
4.6 Propuesta de inclusión a ciertas disposiciones relacionadas con el hijo póstumo en nuestro Código Civil para la Ciudad de México.....	108
CONCLUSIONES.....	112
BIBLIOGRAFÍA.....	117

INTRODUCCIÓN

El derecho es un conjunto de normas jurídicas que regula las relaciones entre personas, ya sea de manera colectiva o individual. El Derecho Privado tiene la facultad de aplicarse a individuos particulares y es creado para la regulación de las conductas de individuos específicos en donde se persiguen intereses individuales y éstos mismos pueden o no ejercer esos derechos que la ley les otorga.

Es así como entra en específico el Derecho Sucesorio, el cual se encargará de regular la transmisión del conjunto de bienes, derechos y obligaciones que, al morir alguien no se extinguen con la muerte y son transmisibles a sus herederos o legatarios.

Para analizar a profundidad lo antes expuesto, es necesario responder lo siguiente: ¿Cuál es la importancia del hijo póstumo en el Derecho Sucesorio Mexicano para nuestra sociedad al momento de la apertura de una Sucesión Testamentaria o *Ab Intestato*?

Para responder lo anterior, se deben considerar los siguientes aspectos:

Al hablar de sucesión es importante e indispensable distinguir que el presente trabajo empleará todo método susceptible de utilizarse en las ciencias sociales, como son los métodos deductivo, inductivo, analítico, sintético, descriptivo y dialectico.

Y se enfocará en los dos grandes tipos de sucesiones que existen en el Código Civil para la Ciudad de México: sucesión testamentaria y sucesión legítima.

También se deben considerar algunas precauciones en ciertos casos específicos al momento de creer tener algún derecho sucesorio.

Con el presente trabajo de investigación, se pretende incorporar al Código Civil para la Ciudad de México, un concepto más amplio respecto del hijo póstumo, en el cual se debe especificar más a detalle los distintos derechos que en su caso pueda tener una persona que nació después de la muerte de su sucesor, tomando en cuenta que éste antes de su fallecimiento no dejó expresa su voluntad respecto a sus bienes en ningún documento privado (testamento), o bien, incorporar a dicha legislación un concepto de hijo póstumo, el cual también se deberá de entender como aquel nacido en vida de su padre o de su madre después que aquel o ésta haya otorgado testamento, tal y como lo regula el Código Civil del Estado de Jalisco y el Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Puebla.

En ese orden de ideas, el primer capítulo tratará de los antecedentes más importantes del Derecho Sucesorio, iniciando con el de Roma, su regulación en la Ley de las XII Tablas, el tratamiento que se dio a la sucesión testamentaria y la sucesión legítima y las generalidades del Derecho Sucesorio.

En el segundo capítulo, se hará mención de la capacidad jurídica en general, la capacidad jurídica del hijo póstumo y la incapacidad de heredar; así como los casos de incapacidad previstos en el artículo 1313 del Código Civil para la Ciudad de México.

Por otra parte, en el tercer capítulo se estudia la sucesión testamentaria y la obligación alimentaria respecto del hijo póstumo, sobre los dos grandes sistemas

en relación a la libertad testamentaria, el concepto jurídico de alimentos; y el testamento inoficioso.

En el cuarto y último capítulo, nos referiremos a una propuesta de modificación e inclusión de ciertas disposiciones aplicables al hijo póstumo en el Código Civil para la Ciudad de México, proponiéndose un concepto, siguiendo las disposiciones de algunos Códigos Civiles de otros Estados de la República Mexicana que consideramos adecuados, así como los derechos que se le reconocen a aquel. De los ordenamientos jurídicos que nos servirán de fundamento son: el Código Civil del Estado de Jalisco y el Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Puebla.

Así como, la importancia de hacer un análisis de derecho comparado de los ordenamientos civiles de algunos países, con el ordenamiento mexicano vigente, para tener una mejor visión contemporánea en cuanto a la materia de sucesiones, y para poder estudiar si nuestra legislación civil mexicana se encuentra actualizada.

CAPÍTULO I. ANTECEDENTES Y GENERALIDADES DEL DERECHO SUCESORIO

1.1 El Derecho Sucesorio en Roma

La sucesión es un medio de adquisición *per universitatem* (modo de adquirir un patrimonio, pudiendo ser adquirido en su totalidad o en una cuota parte), que tiene por objeto la totalidad de un patrimonio o parte del mismo.

El patrimonio se transmite en su totalidad a la muerte de su titular, y en diversas ocasiones se da la transmisión por actos entre vivos.

En el derecho Romano, la transmisión del patrimonio de un difunto puede operarse por herencia, por *in iure cesio*, por *bonorum possessio* o bien por *bonorum addictio*.

El patrimonio de una persona se puede transmitir entre otras formas por *adrogatio*, por *manus*, por *dominica potestas*. También, el patrimonio tanto de un vivo como de un difunto puede transmitirse por *bonorum sectio*, por *bonorum venditio* y por confiscación; a continuación, se hace referencia a estos conceptos.

Transmisión del patrimonio de un difunto¹:

- *In iure cesio* (derecho de cesión): Consistía en un litigio “imaginario”, pues se recurría ficticiamente al procedimiento de una cosa, con la verdadera finalidad de transmitir la misma.

¹ Bravo González, Agustín y Bialostosky Sara, *Compendio de Derecho Romano*, Pax - México, 1966, pp. 80 – 84.

- *Bonorum possessio (buena posesión)*: Cuando el pretor adjudicaba la posesión de los bienes de una persona fallecida, a personas que él estimaba debían recibir tales bienes.
- *Bonorum addictio (buena adjudicación)*: Cuando se atribuía la sucesión cargada de deudas a un esclavo o a un tercero, con objeto de salvar las manumisiones (nombre que recibía el proceso de liberar a un esclavo, tras el cual se convertía en un liberto) y evitar al difunto la nota de infamia por la consiguiente venta de los bienes.

Transmisión del patrimonio de una persona viva:

- *Adrogatio (adopción)*: El adrogado o adoptado pasa con sus descendientes y patrimonio bajo la potestad del adrogante o adoptante.
- *Manus (mando)*: Por este imperio el marido, o quien tenga la patria potestad, adquiriría los bienes de la mujer.
- *Dominica potestas (poder sobre el esclavo)*: El que se hace esclavo pierde todo su patrimonio en beneficio del amo bajo cuya potestad cae.

Transmisión del patrimonio tanto de una persona viva como de un difunto:

- *Bonorum sectio (buen comercio)*: Se trataba de la venta pública de la masa de los bienes de un deudor del Estado.
- *Bonorum venditio (buena venta)*: Era la venta en bloque de los bienes de un deudor en beneficio de sus acreedores.
- *Confiscatio (confiscación)*: Cuando el estado se adjudicaba el patrimonio de un particular.

1.1.1 Concepto de sucesión

Debemos delimitar perfectamente el término sucesión, en este sentido se debe entender que éste implica una serie de acontecimientos basados en el tiempo, uno después del otro, tales como el nacimiento, la madurez y la muerte.²

Es así como se llega al concepto de sucesión en dos diferentes sentidos: general y jurídico:

General: Sustitución de alguien en un lugar o en el desempeño de una función.³

Jurídico: Acto de suceder una persona a otra en sus derechos y obligaciones.⁴

O bien, es la parte del Derecho Civil que se encarga del estudio y de la regulación patrimonial, llamada herencia.

En cuanto a su autonomía como concepto, el término sucesión en derecho significa, la sustitución de una persona por otra en sus relaciones jurídicas.⁵

Es decir, que la sucesión constituye el cambio de titular de una relación jurídica que subsiste.

Esta comprenderá todos los bienes y todas las obligaciones legalmente transmisibles.⁶

² Baqueiro Rojas Edgard y Buenrostro Rosalía, *Derecho de Familia y Sucesiones*, 2ª ed., Editorial Harla, México, 2002, p. 254.

³ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española* [Versión en Línea], Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=Yc72NJZ>, Consultado el 20 de octubre de 2017, a las 18:00hrs.

⁴ Real Academia Española, *Diccionario del Español Jurídico* [Versión en línea], Disponible en: <http://dej.rae.es/#/entry-id/E227660>, Consultado el 20 de octubre de 2017, a las 18:10hrs.

⁵ Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Biblioteca Jurídica Virtual [Versión en Línea], Disponible en: www.juridicas.unam.mx, Consultado el 28 de septiembre de 2018, a las 13:00hrs.

1.2 Tipos de sucesiones

En el aspecto jurídico, el concepto de sucesión tiene dos sentidos: el sentido amplio y el sentido restringido.

1.2.1 Sucesión Inter Vivos (sentido amplio)

En sentido amplio son aquellos actos jurídicos que se producen *Inter Vivos* (entre personas vivas), en el cual existe una sustitución de una persona por otra en una relación jurídica; ejemplo, en una compraventa de una cosa, el comprador o causahabiente, que sucede al vendedor o causante en la titularidad de los derechos de la propiedad de esa cosa.

1.2.2 Sucesión Mortis Causa (sentido restringido)

El sentido restringido, el cual determina que es la sustitución de una persona por otra en sus derechos y obligaciones legalmente transmisibles, que se dan a la muerte del autor de la sucesión, lo que implica una sucesión de acto *mortis causa*, la cual resulta materia del presente trabajo; ejemplo, la persona nombrada por el autor de la sucesión, como su heredera universal, le sucede en la titularidad de su patrimonio; es decir, en sus bienes, derechos y obligaciones.

En ese orden de ideas, la sucesión *mortis causa*, es aquella: que tiene lugar cuando la muerte de una persona es un elemento esencial para que el acto produzca efectos.⁷

⁶ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Sucesiones, Presentación Breve e Ilustrada*, 2ª ed., Porrúa, México, 2015, p.1.

⁷ Baqueiro Rojas Edgard y Buenrostro Rosalía, *op. cit.*, nota 2, p. 254.

Para el maestro Ignacio Galindo Garfias, la sucesión hereditaria, “es un acto de substitución del autor de la herencia, por los herederos o legatarios, quienes adquieren por ese hecho la titularidad del patrimonio (conjunto de derechos y obligaciones) que correspondían al autor de la herencia y que por virtud de la muerte del mismo se transfieren o transmiten a dichos herederos o legatarios”.⁸

Para el Jurista Gutiérrez y González, la sucesión *mortis causa* es el “régimen jurídico tanto sustantivo como procesal, por medio del cual se regula la trasmisión de los bienes, derechos y obligaciones patrimoniales pecuniarios de una persona física llamada causante a otra u otras físicas o morales llamadas causahabientes, así como la declaración o el cumplimiento de deberes manifestados, para después de la muerte del causante”.⁹

Efectivamente, como lo expresa el autor citado, no podemos referirnos al derecho sucesorio si no contemplamos la parte adjetiva.

En ese orden de ideas, el Derecho Sucesorio es un conjunto de normas jurídicas pertenecientes al Derecho privado que regula y estudia la transmisión de derechos y obligaciones de una persona que no se extinguen con la muerte del autor de la sucesión o causante.¹⁰

En el Código Civil para la Ciudad de México, el Derecho de Sucesiones se encuentra en el Libro Tercero “De las Sucesiones”.

⁸ Galindo Garfias, Ignacio, *Derechos Reales y Sucesiones*, 2ª ed., Porrúa, México, 2004, p. 182.

⁹ Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho Sucesorio, Inter Vivos y Mortis Causa*, Porrúa, México, 2006, p. 78.

¹⁰ Baqueiro Rojas Edgard y Buenrostro Rosalía, *op. cit.*, nota 2, p. 254.

Esta legislación no define en sí misma la sucesión, la determina como sinónimo de herencia, en el artículo 1281, tal y como a continuación se transcribe:

Artículo 1281. Herencia es la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte.

En consecuencia, podemos afirmar que la sucesión puede estudiarse desde el punto de vista subjetivo que explica la substitución de los herederos o legatarios en la titularidad del patrimonio del difunto; y desde el ámbito objetivo es la transmisión de los bienes, deudas y deberes que fueron del difunto y que no se extinguen con su muerte, a sus herederos y legatarios; en éste sentido es sinónimo de herencia.

La sucesión se clasifica en testamentaria y legítima; a ésta última se le conoce también como *ab intestato* o intestado y a ellas nos referiremos en el apartado siguiente.

1.2.2.1 Sucesión Testamentaria

El testamento en el derecho romano era considerado como: “el acto solemne de última voluntad en el que se instituye heredero o herederos”.¹¹

Este tipo de sucesión no tuvo su aparición en el sistema jurídico antes indicado sino hasta la Ley de las XII Tablas. Para Ulpiano el testamento es: “la

¹¹ Bialostosky, Sara, *Panorama del Derecho Romano*, 9ª ed., Porrúa, México, 2009, p. 203.

manifestación legítima de nuestra voluntad, hecha solemnemente para hacerla válida después de nuestra muerte”.¹²

La sucesión testamentaria, tiene lugar cuando el autor de la sucesión, expresa su voluntad en un acto jurídico unilateral y dispone de sus bienes y derechos y cumple sus obligaciones, para después de su muerte, a través de la forma previamente establecida por el Código Civil para la Ciudad de México.

En el Código en comento, en el artículo 1295, se define al testamento como:

Artículo 1295. Testamento es un acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos, y declara o cumple deberes para después de su muerte.

La Real Academia Española, define al testamento como: “el negocio jurídico *mortis causa*, solemne y revocable, en el que el testador manifiesta su última voluntad, principalmente respecto al destino que deberá darse a su patrimonio cuando fallezca”.¹³

El testamento tiene como características el ser un acto jurídico, unilateral y personalísimo porque no admite representación, revocable en virtud de que su autor puede cambiar el contenido de su última voluntad cuando quiera y las veces que quiera; debe ser realizado por una persona capaz, en ese sentido el ordenamiento civil vigente en la Ciudad de México establece que todas las personas tienen capacidad para hacer testamento y sólo se prohíbe a los sujetos

¹² Bravo González, Agustín y Bialostosky Sara, *op. cit.*, nota 1, pp. 80 – 84.

¹³ Real Academia Española, *Diccionario del Español Jurídico* [Versión en Línea], Disponible en: <http://dej.rae.es/#!/entry-id/E232510>, Consultado el 20 de octubre de 2017, a las 18:20hrs.

que estén privados de inteligencia mental. Es un acto que contiene disposición de bienes para después de la muerte y además se pueden también cumplir con las obligaciones.

Para tener una idea más clara es necesario abordar la Teoría del Acto Jurídico, ya que como se puede apreciar, existe una diferencia en los conceptos mencionados, porque algunos definen el testamento como un simple acto jurídico y otros lo definen como un negocio jurídico, el cual será realizado por una persona determinada con la finalidad de dejar plasmada en un documento privado su última voluntad respecto a sus derechos y deberes que no se extinguen con la muerte.

Para aclarar tal situación es de indicar que como en el sistema jurídico mexicano se aplica la teoría francesa del acto jurídico, no es correcto referirse al testamento como negocio jurídico porque esa terminología es propia de la Teoría alemana.

¿Pero cuáles son esos derechos que no se extinguen y cuáles son los que si se extinguen con la muerte del autor de la sucesión?

En los derechos transmisibles e intransmisibles por causa de muerte. Es aplicable la fórmula de la regla y la excepción, entonces, serán transmisibles todas las relaciones jurídicas (regla), salvo aquellas que por sus características específicas se extinguen con la muerte de la persona (excepción).

Se transmitirán todos los deberes y derechos, activos y pasivos, de contenido patrimonial. La regla general es que todos los derechos son transmisibles por

causa de muerte, y como excepción, serán derechos intransmisibles o de contenido extrapatrimonial como el usufructo y las servidumbres personales.

Los derechos transmisibles son todos aquellos que ejerce una persona sobre una cosa de manera directa e inmediata para su aprovechamiento total o parcial.¹⁴

Es decir, son todos aquellos derechos y deberes respecto a la propiedad y posesión de una cosa en donde el propietario o poseedor de ese objeto puede gozar y disponer de ella con las limitaciones y modalidades que fijen las leyes.

Los derechos intransmisibles son todos aquellos que por su naturaleza están intrínsecamente unidos a la persona, que nacen con ella, y no pueden separarse en toda su existencia.¹⁵

En ese sentido, el maestro Ernesto Gutiérrez y González, expone que los derechos intransmisibles son:

Los derechos reales de uso y de habitación, los cuales consisten en un derecho que tiene una persona, para disponer sobre esa cosa de manera directa e inmediata para un aprovechamiento total o parcial, extinguiéndose estos con la muerte de su titular.¹⁶

Es decir, el derecho de uso puede constituirse sobre cualquier tipo de bien susceptible de uso, ya sean muebles o inmuebles, y pueden ser titulares del

¹⁴ Floris Margadant, Guillermo, *El Derecho Privado Romano*, 26ª ed., Editorial Esfinge, México, 2009, pp. 304 – 305.

¹⁵ *Ibidem*, pp. 305 – 306.

¹⁶ Gutiérrez y González, Ernesto, *op. cit.*, nota 9, p. 46.

derecho de uso tanto personas físicas como jurídicas, si bien en este último caso es necesario establecer un límite temporal.

Por otra parte, el derecho de habitación, es aquel derecho real que otorga a su titular el derecho a ocupar en un inmueble la parte necesaria para él y su familia, con la finalidad de satisfacer sus necesidades de vivienda.

Teniendo una idea más clara sobre los derechos y obligaciones que se extinguen o no con la muerte del autor de la sucesión, haré un análisis breve sobre la teoría que sustenta el acto realizado por una persona para la disposición de sus bienes al momento de su muerte.

Tenemos, a la Teoría Tripartita que divide la realización del supuesto jurídico en tres categorías: hecho, acto y negocio jurídico.

“Hecho Jurídico: Es un acontecimiento engendrado por la actividad humana o puramente material, tomado en consideración por el Derecho para derivar de él, en contra o en provecho de una o de varias personas, es decir, es un suceso natural; ejemplo, día, noche, inundación, terremoto, realizado por un hecho de la naturaleza o del hombre, pero involuntariamente; ejemplo, en materia civil - pago de lo indebido. En materia penal - delito involuntario, un atropellamiento, y que estos producen consecuencias de Derecho.

Acto Jurídico: Es la actividad humana voluntaria (lícitos o ilícitos) a la que la norma atribuye consecuencias jurídicas, las desee o conozca el autor, o las ignore o rechace; es decir, son creadas con o contra su voluntad; ejemplo, en materia civil - incumplimiento, no pago de renta. En materia penal - delito intencional, el robo.

Negocio Jurídico: Es un acto lícito, siempre voluntario, con la intención de hacer actuar a la norma para que se produzcan los efectos ya previstos; ejemplo, testamento”.¹⁷

Siendo este último una especie de acto jurídico, caracterizado por ser una declaración de voluntad, a diferencia del acto jurídico como concepto más amplio que abarca los hechos voluntarios (tanto lícitos como ilícitos).

En este orden de ideas, se puede observar que para que exista una sucesión testamentaria es fundamental, la voluntad del *de cuius* expresada a través de un testamento, en el cual se designará a la persona o personas que en un futuro lo sustituirán en sus derechos que no se extinguen con su muerte.

En atención a las últimas reformas realizadas al Código Civil para la Ciudad de México, actualmente sólo se puede hacer acto de última voluntad a través del testamento público abierto; y es de indicar que subsiste el testamento hecho en país extranjero.

1.2.2.2 Sucesión intestamentaria, legítima o *ab intestato*

Esta vía fue la que primero conocieron los romanos, es llamada *ab intestato* o legítima porque la ley es la que designará a los herederos a falta de testamento.

Posteriormente los romanos prefirieron la vía testamentaria frente a la legítima ya que ésta tenía un carácter subordinado respecto a aquella.

¹⁷ Baqueiro Rojas Edgard y Buenrostro Rosalía, *Derecho Civil, Introducción y Personas*, Editorial Oxford, México, 2009, pp. 45 - 47.

La sucesión intestada o legítima solo tiene lugar cuando falta el testamento o cuando habiéndolo no puede dar lugar a la vía testamentaria, porque el testador no dispuso de todos sus bienes, o cuando no se cumplió la condición impuesta al heredero o el heredero muere antes del testador, repudia la herencia o es incapaz de heredar, si no se ha nombrado sustituto.

La Real Academia Española define la sucesión legítima como: “el modo de adquirir *mortis causa* la propiedad y demás derechos sobre los bienes que tiene lugar por disposición de la ley, en defecto de testamento válido”.¹⁸

Es decir, la sucesión legítima, es aquella en dónde el autor de la herencia no confecciona su testamento, y por ello al morir no se sabe a quién o quiénes hubiera deseado dejarles todos sus bienes y derechos pecuniarios que no se extinguen con su muerte.

También se ha definido la sucesión legítima, como 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.¹⁹

Es decir, la ley determinará a falta de testamento, a los herederos que recibirán la totalidad o parte de los bienes que pertenecieron al autor de la sucesión. Sin embargo, éste estará apegado al principio general de derecho, enunciado de la siguiente manera: “Los parientes más cercanos excluyen a los más lejanos”.

¹⁸ Real Academia Española, *Diccionario del Español Jurídico* [Versión en Línea], Disponible en: <http://dej.rae.es/#/entry-id/E227690>, Consultado el 21 de octubre de 2017, a las 13:00hrs.

¹⁹ Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano*, A – CH, 13ª ed., UNAM - Porrúa, México, 1999, p. 87.

Como se ha indicado, la sucesión *ab intestato* es la primer vía que conocieron los romanos, y se le dio esa denominación porque la ley es la que designa a los herederos.²⁰

“La sucesión *ab intestato* se abría cuando:

- a) El difunto no había hecho testamento.
- b) El testamento resultaba *iniustum* (no se tenía la voluntad humana de hacerlo), *ruptum* (testamento roto; es válido al redactarse, pero ha perdido su fuerza por el nacimiento de un nuevo heredero), *irritum* (es válido al redactarse, pero por la *capitis deminutio* del testador quedaba sin valor o inoficioso (el que no se deje la pensión alimenticia a los que corresponda).
- c) El heredero moría antes de hacer adición de la herencia o era incapaz para hacerla.
- d) El heredero rehusaba la herencia y no se había designado sustituto.
- e) La condición no se cumplía”.²¹

En la sociedad romana, el *paterfamilias*, era el jefe de un grupo familiar llamado *gens*. Éste tenía la obligación de elegir a la persona que a su muerte, debería hacerse cargo de la soberanía de la *gens*, el cual se convertiría en el “administrador” de los bienes que tenía a su cargo el *paterfamilias* fallecido.

²⁰ *Ibidem*, p. 81.

²¹ Bravo González, Agustín y Bialostosky Sara, *op. cit.*, nota 1, pp. 80 - 84.

Ahora bien, en la Ciudad de México, de acuerdo al Código Civil para la Ciudad de México, la sucesión legítima se abre:

- Cuando no hay testamento.
- Si el testamento fue declarado nulo o perdió validez.
- En el supuesto que el testador no dispuso de todos sus bienes.
- Cuando el heredero no cumple la condición impuesta.
- Si el heredero es premuerto.
- En el caso de que el heredero repudie la herencia.
- Por incapacidad para heredar del causahabiente a título universal.

1.3 Antecedentes generales de la herencia en el Derecho Romano

La *hereditas* en el Derecho Romano se consideraba como un conjunto de bienes, derechos y obligaciones que forman el patrimonio del *de cuius*.²²

Desde épocas muy remotas los romanos concibieron que la posición de heredero se pudiera adquirir por dos medios:

a) Ya fuera por los efectos *post mortem* de un acto realizado por un sujeto, mientras vivía, por medio del cual lo iba a remplazar en todos sus derechos; tal

²² Bialostosky, Sara, *op. cit.*, nota 11, p. 201.

acto producto de una manifestación de la voluntad, recibió el nombre de testamento.

b) Por la posibilidad de que una o varias personas, sustituyeran al difunto con base en las relaciones familiares y gentilicias existentes entre ellos.²³

El Derecho Posclásico y el Derecho Justiniano, crean la distinción entre *successio in ius* (derecho de sucesión) y *successio in universum ius* (sucesión a título universal). Así, mientras que en el Derecho Clásico, la *hereditas* será concebida no como una transmisión de derechos del difunto al heredero, sino como una *successio* (sucesión) del heredero en las relaciones inherentes al difunto, en cambio, en el Derecho Justiniano la *hereditas* (herencia) es concebida como la transmisión de una *universitas* (universidad de derechos); las cuales comprende todos los bienes y relaciones pertenecientes a su titular.²⁴

Ahora bien, “el heredero colocado en el lugar del *de cuius* en los derechos y obligaciones que a éste pertenecían, no siempre queda en la misma situación del que sucede, a saber:

- a) Los derechos personales (tutela o la patria potestad), se extinguían.
- b) Algunos de los derechos reales (uso, usufructo, habitación), se extinguían con la muerte del titular.
- c) Diversas relaciones contractuales (sociedad, mandato) se extinguían.

²³ *Ibidem*, pp. 199 - 200.

²⁴ *Ibidem*, p. 201.

d) Se extinguían por confusión, los créditos o derechos que el heredero y el *de cuius* tuvieran recíprocamente”.²⁵

Justiniano estableció a favor de todo heredero la facultad de hacer un inventario de la herencia y separarla en caso de quiebra, quedando librado el patrimonio del heredero.

Existió también, el *ius adcrescendi* (derecho de acrecer), el cual consiste que siendo herederos legítimos o testamentarios se puede presentar el caso, cuando son varios, de que alguno de ellos no llegara a adquirir su parte (por repudiación, incapacidad, etc.), esa parte no adquirida, aumentará las cuotas de los herederos que sí lleguen a aceptar la herencia en proporción a la parte de cada uno; este derecho puede ser establecido por el testador o por la ley.

Ahora bien, en el Derecho Romano existieron dos tipos de herencia importantes para el derecho sucesorio de la época:

a) Herencia vacante: es aquella que carece de heredero por no haber sucesores legítimos o testamentarios, siendo absorbida por el fisco por regla general.

b) Herencia yacente: es aquella que el heredero aún no acepta.²⁶

Es decir, la herencia está yacente durante el intervalo que media entre la muerte del testador y la aceptación de la herencia por parte del heredero, mientras tanto

²⁵ *Ibidem*, pp. 202 – 203.

²⁶ Bravo González, Agustín y Bialostosky Sara, *op. cit.*, nota 1, p. 81.

el difunto le presta personalidad, de manera que los esclavos siguen adquiriendo y la posesión de las cosas no se interrumpe.

En cuanto a la adquisición de la herencia, dos son las categorías de herederos que debemos de distinguir, por lo que la adquisición de la herencia se refiere:

- a) Herederos necesarios: integrada por los *heredes sui* y los esclavos cuando en el testamento se les manumitía, es decir, se le daba libertad a un esclavo, y se les instituía herederos.
- b) Herederos voluntarios: son los que están fuera de la potestad del testador y pueden aceptar la sucesión o rehusarla.²⁷

Dicho en otras palabras, los herederos necesarios adquirirían la herencia automáticamente, por el hecho mismo de la delación, es decir, el llamamiento a aceptar o repudiar una herencia o legado, independientemente de su voluntad son herederos exista un testamento o se abra la sucesión *ab intestato*, porque adquieren sin su conocimiento y a pesar suyo.

En los herederos voluntarios, no se daba esta adquisición *ipso iure*, es decir, por virtud del derecho y podían aceptar o rechazar la herencia ya fuera expresa o tácitamente.

En cuanto a la repudiación de la herencia, puede ser expresa cuando el heredero declara no aceptarla.

²⁷ *Ibidem*, p. 89.

La repudiación daba lugar al derecho de acrecentamiento o sustitución y cuando el heredero era uno, la sucesión se abría *ab intestato*.²⁸

1.3.1 La ley de las XII Tablas

La ley de las XII Tablas. La primera codificación romana del derecho consuetudinario. La labor se le atribuye a una comisión de diez expertos. Se le considera a esta codificación como el triunfo político de los plebeyos frente a los patricios. La *Lex* de las XII Tablas contiene: derecho procesal, derecho privado, derecho penal y derecho sacro.

La elaboración de dicho ordenamiento se produjo a mediados del siglo V a. C., gracias a la insistencia de un tribuno de la plebe llamado Terentio Arsa, cuando el Senado republicano decidió enviar una comisión de tres magistrados a Atenas para conocer la legislación del gobernante griego Solón, inspirada por el principio de igualdad ante la ley.

Tres años después a la vuelta de esa comisión, se suspendieron las magistraturas y el Senado decidió constituir otra comisión integrada por diez patricios llamada decenvirato, presidida por un cónsul para la elaboración de la ley. Esta comisión gobernó y trabajó en la redacción durante un año para las diez primeras tablas, terminadas en el 451 a. C. Sin embargo, como no había sido terminada la labor de redactar todo el derecho existente, se conformó un segundo decenvirato que gobernó y únicamente redactaron dos tablas.

²⁸ *Ibidem*, p. 89.

Finalmente, para que no se dijera que los patricios usaban a su favor la ignorancia de la plebe sobre el texto de las tablas, pues esta había sido una de las razones por las que insistieron en la redacción de las Tablas, éstas fueron colocadas en el Foro romano para que todos las vieran, por orden de los dos primeros cónsules después de los decenviratos: Lucio Valerio y Marco Horacio.

Es así como quedaron redactadas las XII Tablas, las cuales contenían cada una de ellas lo siguiente:

Tablas I, II y III: Hacen referencia al derecho procesal civil

El procedimiento que se reguló es el de las acciones de la ley, acciones judiciales que en virtud de la Ley de las XII Tablas podrían ejercer los ciudadanos romanos para la defensa de sus derechos. El proceso se caracterizaba por su excesivo formalismo, las partes debían pronunciar determinadas palabras, a veces muy complicadas, obligatoriamente si querían tener posibilidades de ganar el litigio o debían realizar ritos. Detrás de este formulismo estaba el sentimiento religioso.

Tablas IV, V: Hacen mención sobre el derecho de familia y de sucesiones

Regulaban normas relativas a la tutela de menores de edad no sujetos a patria potestad al haber fallecido su padre. Contenían normas relativas a la curatela a fin de administrar los bienes de aquellas personas pródigas, enfermos mentales o discapacitados. También había normas para tutelar a las mujeres solteras una vez fallecido el padre, de ellas se harían cargo los familiares próximos.

En estas Tablas, por primera vez se limita legalmente el poder absoluto del *paterfamilias* sobre su familia. “En relación con la mujer, se estableció

el divorcio a favor de ella, ésta se divorciaba ausentándose durante tres días del domicilio conyugal con ese propósito. En relación con los hijos, el *paterfamilias* perdía la patria potestad de sus hijos si los explotaba comercialmente en tres ocasiones, ya que el hijo quedaba emancipado”.²⁹

En materia de sucesiones, se da preferencia a la sucesión testada en relación con la intestada. Si la sucesión era intestada la ley establecía como primeros herederos a los herederos *sui*, de derecho propio, esto es los hijos y la mujer como una hija más. Si no había herederos *sui*, heredaba el *agnado* más próximo al fallecido; aquellos parientes que estuvieron sujetos con el fallecido a la potestad de un ascendiente común. Si tampoco existían herederos *agnados*, heredaban los *gentiles*, aquellas personas con el mismo gentilicio o apellido que derivaban de la misma *gens* que el fallecido.³⁰

Tablas VI, VII: Señalan el derecho de obligaciones (negocios jurídicos de la época) y derechos reales

Regularon la *stipulatio* (estipulación) o *sponsi*, en la que el deudor asumía la obligación de hacer la prestación al acreedor y en caso de incumplimiento el acreedor podía ejercitar una acción judicial para obtener una sentencia tras el juicio.

La Tabla VII además contenía normas relativas a relaciones de vecindad entre fincas colindantes. Conteniendo disposiciones referidas a las siguientes cuestiones: Solares y vías de comunicación; anchura mínima de las vías en las

²⁹ Floris Margadant, Guillermo, *op. cit.*, nota 14, pp. 49 – 50.

³⁰ *Ibidem*, p. 50.

rectas y en las curvas; límites entre fundos (terrenos); obligación de cortar las ramas del fundo colindante; posibilidad de recoger frutos, etc.

Tablas VIII, IX: Trataron sobre el derecho penal de la época

En estas Tablas aparece implícitamente la distinción entre dos ámbitos del derecho penal; el público y el privado.

En la Tabla IX se estableció la prohibición de concesión de privilegios por lo que todos los ciudadanos se consideraron iguales ante la ley.

Tabla X: Hizo referencia al derecho sacro

Contenía una serie de normas que se refirieron al orden de la vida interna de la ciudad. Se prohibió la incineración e inhumación de los cadáveres en la ciudad, se intentó así evitar incendios, o que la presencia de un cadáver atentara contra la salubridad pública. Se prohibió también el excesivo lujo en los funerales.

Tablas XI, XII: Son las *Tabulae Iniquae* (Tablas de los injustos)

Lo que contenían estas tablas, es la prohibición del *connubium* (matrimonio desde el punto de vista jurídico, entre patricios y plebeyos). Posteriormente con la *Lex Canuleia* (es aquella ley que permitió el matrimonio entre patricios y plebeyos), esta prohibición queda abrogada. Los cónsules eran magistrados. Estas dos tablas no llegaron a presentarse a los comicios. Las tablas XI y XII no se las puede agrupar bajo el mismo derecho. La tabla XI se relaciona con el derecho penal, con especial énfasis en lo criminal, y la tabla XII con el derecho privado.³¹

³¹ Bialostosky, Sara, *op. cit.*, nota 11, p. 272.

La Ley de las XII Tablas, también recibió el nombre de Ley decenviral, fue un texto legal que contenía normas para regular la convivencia del pueblo romano. Por su contenido se dice que pertenece más al derecho privado que al derecho público.

En nuestro Código Civil para la Ciudad de México, cabe mencionar que si bien sucesión y herencia, podría en un momento determinado tener una misma acepción, desde nuestro punto de vista coincidimos con la distinción; que en sentido objetivo hace el maestro Jorge Mario Magallón Ibarra, al decir que: “la sucesión es el proceso mediante el cual se realiza la substitución en la titularidad del patrimonio del que ha fallecido. Herencia comprenderá la masa de bienes que va a ser objeto de la transmisión”.³²

Para Edgard Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Báez la herencia: “es la sucesión a título universal o particular por causa de muerte, de aquellos derechos y obligaciones que no se extinguen con la muerte del *de cuius* o autor de la sucesión”.³³

1.4 Concepto de herencia en el Derecho Romano

En el Derecho Romano, se consideraba la herencia como un conjunto de bienes, derechos y obligaciones que forman el patrimonio del *de cuius*, a su vez esta podría consistir en dos modalidades: herencia vacante y herencia yacente.

La primera se encuentra en estado vacante antes de saberse quienes son los herederos o en caso de que el heredero conocido no lo acepte.

³² Magallón Ibarra, Jorge Mario, *Instituciones del Derecho Civil*, Tomo V, Derecho Sucesorio, Porrúa, México, 1990, p. 4.

³³ Baqueiro Rojas Edgard y Buenrostro Rosalía, nota 2, *op. cit.*, p. 257.

Y la segunda, es aquella en la que el heredero aún no acepta. La herencia está yacente durante el intervalo que media entre la muerte del testador y la aceptación de la herencia por parte del heredero, mientras tanto el difunto le presta personalidad, de manera que los esclavos siguen adquiriendo y la posesión de las cosas no se interrumpe.³⁴

1.5 El parentesco en la Sucesión en el Derecho Romano

Ahora bien, en la historia de Roma encontramos las características de que la sociedad desde sus primeras etapas adoptó el sistema patriarcal, lo cual motivó que en un principio solo se reconociesen como parientes a aquellos que descendían de la misma línea paterna. Dicho sistema se le conoce como *agnatio*, que es el tipo de parentesco consanguíneo por una sola línea, es decir, solo se consideraban parientes aquellas personas que descendieran del mismo tronco común paterno o materno, según el sistema de autoridad.³⁵

Dicho de otro modo, si se trata de patriarcado, solo serán parientes consanguíneos aquellos que desciendan del mismo varón, y el matriarcado únicamente serán parientes consanguíneos los que desciendan de una misma mujer; ejemplo, en un sistema de patriarcado, si una mujer tiene dos hijos, cada uno de diferente padre, estos no serán parientes entre sí, situación que sería diferente en un sistema matriarcal.

³⁴ *Ibidem*, p. 81.

³⁵ Huber Olea, Francisco José, *Derecho Romano I*, Editorial Iure, México, 2005, pp.135 - 136.

No obstante, poco a poco, en virtud de las concesiones que los emperadores fueron haciendo a las mujeres, se llegó al reconocimiento del parentesco por ambas líneas, es decir, tanto la línea paterna como la materna producen efectos jurídicos para estimar que los descendientes, ascendientes y colaterales son parientes, situación de gran trascendencia en materia de matrimonio, sucesiones y, en general, del derecho familiar. Este parentesco se le reconoció como *cognatio*.³⁶ Entonces, para que exista una sucesión es necesario contar con un heredero o herederos que el autor de la sucesión designe en su caso (testamento), o a falta de este, por disposición de la ley (intestamentaria).

Para esto se debe considerar un principio importante en el Derecho Sucesorio, en cuanto a las personas que adquirirían en su momento dicha sucesión. “Los parientes más cercanos, excluyen a los más lejanos”.

Pero como toda regla general se tiene su excepción: si concurren hijos o nietos, éstos excluyen a los abuelos o bisabuelos; o en el caso de sobrinos, hijos de un padre difunto, que concurren con sus tíos (hermanos del padre), caso en el cual los sobrinos heredan la parte del padre.

En el Derecho Romano, existían clases y grados de parentesco los cuales se citan a continuación:

a) El parentesco en línea recta ascendente: padre, abuelo, bisabuelo;

³⁶ *Ibidem*, p. 136.

b) El parentesco en línea colateral: la de los hermanos o hermanas y de su posteridad, y, por consiguiente, también de los tíos y tías. El parentesco en línea recta ascendente y descendente principia por el primer grado, el colateral por el segundo;

c) El parentesco entre afines: es el que se produce entre un cónyuge y los parientes del otro en línea recta y colateral.³⁷

³⁷ FlorisMargadant, Guillermo, *op. cit.*, nota 14, pp. 195 – 196.

CAPÍTULO II. LA CAPACIDAD JURÍDICA DEL HIJO PÓSTUMO

Para abarcar el término de hijo, es necesario hacer énfasis en que el Código Civil para la Ciudad de México, establece ciertos tipos de parentesco, como son los siguientes: el parentesco por consanguinidad, que es el vínculo entre personas que descienden de un tronco común; ejemplo, los hermanos, ya que el padre es el progenitor común; el parentesco por afinidad, es aquel que se adquiere por matrimonio o concubinato, entre los cónyuges y sus respectivos parientes consanguíneos; por ejemplo, se da entre los parientes consanguíneos del esposo con la esposa y viceversa; y finalmente parentesco civil, que es el que nace de la adopción, pero como tenemos regulada la adopción plena el parentesco que surge se equipara al consanguíneo, en los términos del artículo 410-D.

Esto, para tener con claridad qué parentesco se ocupa en una sucesión testamentaria o intestamentaria, al momento de tener derecho de suceder.

No obstante, los herederos o legatarios, deben de tener una aptitud jurídica para suceder al *de cuius*, en su patrimonio.³⁸

2.1 Concepto de hijo

La palabra hijo viene del latín *filius*, con el mismo significado. Esto es, aquella persona o animal en relación a sus padres.³⁹

³⁸ Baqueiro Rojas Edgard y Buenrostro Rosalía, *op. cit.*, nota 2, pp. 20.

³⁹ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española* [Versión en Línea], Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=KOGiy39>, Consultado el 07 de julio de 2018, a las 12:00hrs.

Ahora bien, para determinar la cercanía de parentesco de una persona, la ley establece grados y líneas de parentesco, donde los grados de parentesco estarán formados por cada generación, que separa a un pariente de otro.

Ejemplo, todos los hijos de un padre, sin que importe si nacieron o no de la misma madre o si nacieron antes o después, pertenecen a la misma generación y se encuentran en el mismo grado de parentesco, en relación a sus progenitores.

Y las líneas de parentesco, estarán formadas por la serie de grados de parentesco o generaciones; ejemplo, cada uno de los hijos de un padre y los hijos de sus hijos, es decir, sus nietos forman una línea.⁴⁰ Es así, que el hijo es considerado descendiente en primer grado de una persona.

2.1.1 Concepto de persona

Etimológicamente, la palabra persona es definida como: máscara, carácter, personaje de teatro, etcétera.⁴¹

Persona, proviene del etrusco *phersu*, en donde los etruscos pertenecían a una antigua región del noroeste de Italia.⁴²

Jurídicamente, la doctrina ha definido a la persona como un sujeto de derechos y obligaciones, esto es, el ente al que el orden jurídico confiere la capacidad para

⁴⁰ *Ibidem*, p. 19.

⁴¹ Bialostosky, Sara, *op. cit.*, nota 11, p. 41.

⁴² Bravo González, Agustín y Bialostosky Sara, *op. cit.*, nota 1, p. 28.

que le puedan ser imputadas las consecuencias de Derecho; o dicho en otras palabras, como todo ente capaz de ser titular de derechos y obligaciones.⁴³

Para ser titular de derechos y obligaciones, la persona tiene que tener ciertas características que lo distingan como tal, esto es, atributos de la personalidad.

2.1.2 Atributos de la personalidad

El atributo, es cada una de las cualidades o propias características del ser, que lo distinguen de los demás, y respecto a las personas todas aquellas situaciones jurídicas que nos permiten identificar, individualizar y situarla dentro de la sociedad y el orden jurídico.⁴⁴

Los principales atributos de las personas se clasifican de la siguiente manera:

El nombre, es el primer atributo de la personalidad en virtud de que constituye el elemento que designa a la persona, diferenciándola de las demás de su misma especie, de los animales y de las cosas, es decir, delimita a cada persona jurídica, individualizándola; el nombre se aplica tanto a los sujetos como a los objetos, desde el punto de vista jurídico, el nombre es un atributo de la persona y como tal tiene efectos jurídicos o sea, que implica derechos y obligaciones, pues su función no es solo de identificación.⁴⁵

Hablando jurídicamente, el nombre es el atributo de la personalidad que se impone a los individuos por virtud de su filiación y sólo puede cambiarse al

⁴³ Baqueiro Rojas Edgard y Buenrostro Rosalía, *op. cit.*, nota 17, p. 133.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 161.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 167.

modificarse este vínculo.⁴⁶ No obstante, el nombre de las personas físicas goza de distintas características que los distinguen de los demás, tenemos que el nombre es inalienable, porque no se puede ceder ni adquirir como objeto de un contrato; está fuera del comercio, todo contrato que recayera sobre el nombre, sería nulo, y por último es imprescriptible, ya que no se adquiere ni se pierde por el uso o desuso prolongado, es decir, cada quien debe usar el nombre que le corresponda conforme a su acta de nacimiento.

No obstante, se debe de hacer énfasis que “el nombre debe de estar integrado por apellidos, es decir, no es el mismo que del nombre propio (sic), ya que éste, en su conjunto llevará los apellidos paterno y materno, el cual indicará la filiación de la persona, dicho de otra manera, que en principio los hijos llevarán el primer apellido de sus padres”.⁴⁷

El domicilio, es considerado como el segundo atributo de las personas, ya que como sede jurídica de las mismas, es decir, como el lugar donde se les ubica, constituye un elemento trascendente en virtud de que el Derecho lo toma en consideración para atribuirles efectos jurídicos.⁴⁸

El Código Civil para la Ciudad de México, en su artículo 29 hace referencia al domicilio de las personas físicas y señala:

Artículo 29. El domicilio de las personas físicas es el lugar donde residen habitualmente, y a falta de éste, el lugar del centro principal de sus negocios; en ausencia de éstos, el

⁴⁶ *Ibidem*, pp. 167 – 171.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 170.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 181.

lugar donde simplemente residan y, en su defecto, el lugar donde se encontraren.

Se presume que una persona reside habitualmente en un lugar, cuando permanezca en él por más de seis meses.

El estado civil de las personas físicas es la situación particular de las mismas respecto de su familia, la sociedad y el Estado.

El patrimonio, es considerado como atributo de la personalidad.⁴⁹ Y es aquel conjunto de cosas tangibles e intangibles y deudas que tiene una persona.⁵⁰

Dicho de otra manera, las cosas que se pueden tocar o percibirse con precisión y las cosas intangibles, que *a contrario sensu*, son las que no se pueden tocar o percibirse con precisión. Es decir, el conjunto de bienes, derechos y obligaciones que constituyen una universalidad jurídica y que son valorables en dinero.

2.1.3 Clasificación de las personas jurídicas

No obstante, las personas se dividen en personas físicas individuales, naturales o de existencia visible y personas colectivas morales o ideales.⁵¹

Las personas físicas, son los hombres y las mujeres como sujetos de derechos y obligaciones. Al respecto, no cabe hacer distinción alguna en cuanto a nacionalidad, casta o raza. Las personas morales, son los entes distintos de la

⁴⁹ *Ibidem*, pp. 161 - 162.

⁵⁰ Bialostosky, Sara, *op. cit.*, nota 11, p. 53.

⁵¹ Baqueiro Rojas Edgard y Buenrostro Rosalía, *op. cit.*, nota 17, p. 141.

persona humana que constituyen sujetos de derechos y obligaciones, es decir, todos aquellos entes susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones.⁵²

Es así, que la personalidad jurídica es aquella a la que se le va a reconocer a una persona, entidad, asociación o empresa, con capacidad suficiente para contraer obligaciones y realizar actividades que generan plena responsabilidad jurídica, frente a sí mismos y frente a terceros.⁵³

2.2 Aceptación jurídica de la palabra póstumo

La palabra póstumo, proviene del latín *póstumo*, compuesta del prefijo *post* (después) y *humus* (tierra), o del verbo *humare*, que, significa enterrar, o sea, “después de enterrado”.

Por lo tanto, podemos decir, que el hijo póstumo, es aquel nacido después de la muerte de su padre o de su madre.⁵⁴

El hijo póstumo es, según los Códigos Civiles del Estado de Jalisco en su artículo 2708 y del Estado Libre y Soberano de Puebla en su artículo 3115 que a la letra establece:

Artículo 3115. Es hijo póstumo:

- I. El nacido después de la muerte del testador; y
- II. El nacido en vida de su padre o de su madre después que aquél o ésta hayan otorgado testamento.

⁵² *Ídem*.

⁵³ *Ibidem*, p. 133.

⁵⁴ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española* [Versión en Línea], Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=TqjIDCn>, Consultado el 20 de octubre de 2017, a las 18:00hrs.

Por su parte, en el artículo 2708 del Código Civil del Estado Libre y Soberano de Puebla al referirse al hijo póstumo lo hace de la siguiente manera:

Artículo 2708. Es hijo póstumo:

I. El nacido después de la muerte del testador; y

II. El nacido en vida de su padre o de su madre después que aquél o ésta hayan otorgado su testamento, si no existe disposición expresa en el sentido de desheredarlo.

Es importante mencionar el concepto de hijo póstumo, porque en la actualidad al momento de iniciar un juicio sucesorio testamentario o intestamentario, y existiera en su caso un hijo póstumo, éste tendría derecho a heredar en la sucesión intestada, según lo establece el artículo 1377 del Código Civil para la Ciudad de México, refiriéndose que 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.

Es decir, el ordenamiento mencionado con anterioridad sólo hace referencia que el hijo póstumo tendría, en su caso, derecho a recibir íntegra una porción como heredero legítimo a falta de testamento, pero en realidad no nos menciona con claridad que tipos de derechos adquiriría aquel hijo póstumo, es por ello que se propone que se debe de implementar un nuevo capítulo en el referido Código Civil, esto para tener la claridad y la importancia del hijo póstumo, así como para saber qué derechos le corresponderían al mismo en la apertura de una sucesión, ya sea en cualquiera de sus dos modalidades: testamentaria o *ab intestato*.

2.3 Capacidad jurídica

La capacidad es el atributo más importante de las personas. Todo sujeto de derecho, por serlo, debe tener capacidad jurídica. Esta se divide en dos, capacidad de goce y capacidad de ejercicio, en donde la primera es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones. Y la segunda, es la aptitud para adquirir y para ejercitar, por propia voluntad derechos y cumplir obligaciones jurídicas.⁵⁵

La capacidad, se entiende como requisito de validez del acto jurídico, ya que consiste en la aptitud para consentir; por ejemplo, un menor de edad o un enfermo mental pueden tener voluntad, pero en el primero, es inmadura y en el segundo, es deficiente.⁵⁶

La capacidad jurídica, debe entenderse como la aptitud de una persona para hacer valer directamente sus derechos y cumplir sus obligaciones, esto es, para celebrar actos jurídicos por sí misma.⁵⁷

El maestro Ignacio Galindo Garfías, hace una aclaración en donde nos menciona que el derecho a heredar, en caso de falta de testamento o de incapacidad del testador para disponer *post mortem* de sus bienes, se deberá de entender que la falta de personalidad se refiere a la capacidad de heredar y no a la personalidad en el concepto general de quien pretende tener derecho a heredar *ab intestato*.⁵⁸

⁵⁵ Baqueiro Rojas Edgard y Buenrostro Rosalía, *op. cit.*, nota 17, pp. 209 - 211.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 73.

⁵⁷ *Ídem*.

⁵⁸ Galindo Garfías, Ignacio, *op. cit.*, nota 8, p.191.

La capacidad e incapacidad para heredar son términos que expresan la posibilidad legal de recibir los beneficios de una herencia y la imposibilidad legal de obtenerlos.

Tanto la capacidad como la incapacidad de que tratamos se encuentran expresamente fijadas con toda claridad en la disposición legal citada, por lo tanto, se puede decir que no hay capacidad ni incapacidad sin previa declaración del legislador.

Ahora bien, para el maestro Rafael de Pina Vara, la capacidad para heredar es: “la idoneidad para adquirir la calidad de heredero”.⁵⁹ Es decir, ésta capacidad para suceder es una excepción a la regla general frente a la incapacidad, porque corresponde a todos los habitantes de la Ciudad de México, sin importar la edad, estar en aptitud para ser titular de derechos sucesorios.

No obstante, según el artículo 22 del Código Civil para la Ciudad de México, menciona lo siguiente:

La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte (...)

Efectivamente, la capacidad de goce se adquiere con el nacimiento y se extingue con la muerte y la de ejercicio se adquiere al llegar a la mayoría de edad; sin embargo, el menor de edad puede realizar válidamente varios actos jurídicos.

⁵⁹ De Pina Vara, Rafael, *Elementos de Derecho Civil, Tomo II, Bienes, Derechos Reales y Sucesiones*, 13ª ed., Porrúa, México, 2004, p. 287.

Sólo las personas capaces de expresar su voluntad pueden ser sujetos del acto jurídico; así, la voluntad debe provenir del sujeto capaz para que el acto sea válido.⁶⁰

Esta especie de capacidad es diferente a la capacidad de heredar.

En cuanto a la capacidad del heredero, es distinta a la capacidad para testar, según el maestro José Arce y Cervantes, menciona que: “como regla general, pueden testar todos aquellos a quienes la ley no prohíbe expresamente ese derecho”.⁶¹

Es decir, esta capacidad general no implica que alguien que la tenga pueda hacer testamento mediante cualquiera de las formas establecidas por la ley.

Ejemplo, una incapacidad relativa en cuanto a la forma: no puede otorgar testamento el que no pueda expresar claramente su voluntad.

Es conveniente hacer mención que la incapacidad para heredar, es relativa, ya que ninguna persona puede ser privada absolutamente de la capacidad para heredar, pero como excepción, pueden ser incapaces para heredar ciertas personas, por las causas que establece el Código Civil para la Ciudad de México en su artículo 1313, el cual se menciona a continuación:

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

⁶⁰ *Ibidem*, p. 73.

⁶¹ Arce Cervantes, José, *De las Sucesiones*, Porrúa, México, 10ª ed., 2014, p. 63.

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

De acuerdo con la hipótesis normativa invocada anteriormente, todos los sujetos, no sólo las personas físicas sino también en las morales, tienen capacidad para heredar.

Ahora bien, para que una persona pueda tener derecho a heredar, tiene que tener personalidad jurídica, es decir, ser titular de derechos y obligaciones que adquiere incluso el *nasciturus*.⁶²

En efecto, el artículo 1314 del Código Civil para la Ciudad de México menciona lo siguiente:

Artículo 1314. Son incapaces de adquirir por testamento o por intestado, a causa de falta de personalidad, los que no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia, o los concebidos cuando no sean viables, conforme a lo dispuesto en el artículo 337.

En otras palabras, no podrán tener derecho de adquirir una herencia el ser que no está concebido en el momento del fallecimiento del autor de la sucesión y el concebido que no nazca vivo y viable, sólo se tendrá por nacido al que,

⁶² Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *op. cit.*, nota 6, p. 20.

desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo ante el Juez del Registro Civil.

El artículo 337 del citado ordenamiento hace referencia a lo siguiente:

Artículo 337. Para los efectos legales, sólo se tendrá por nacido al que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo ante el Juez del Registro Civil. Faltando algunas de estas circunstancias, no se podrá interponer demanda sobre la paternidad o maternidad.

Dicho de otra manera, si no cumplen con la hipótesis normativa citada, los concebidos son incapaces de heredar por falta de personalidad. No obstante, es importante hacer mención que según el artículo 1377 del ordenamiento en cita, reserva el derecho del hijo póstumo a percibir integra la porción que le correspondería como heredero legítimo si no hubiere testamento, a menos que el testador hubiere dispuesto expresamente otra cosa.⁶³ El hijo póstumo debe estar concebido en el momento del fallecimiento del autor de la sucesión.

2.3.1 Las incapacidades de heredar, según el artículo 1313 del Código Civil para la Ciudad de México

Como ya se mencionó con antelación, la capacidad es la aptitud jurídica para ser sujeto de derechos y obligaciones. La cual estará formada por dos elementos importantes; capacidad de goce y capacidad de ejercicio, siendo la primera la

⁶³ *Ibidem*, p. 19 - 20.

aptitud jurídica para ser titular de derechos y obligaciones y la segunda la aptitud jurídica para ejercer por sí misma y cumplir con las obligaciones.⁶⁴

Ahora bien, la incapacidad para suceder está representada por aquellas circunstancias que, de acuerdo con la ley, impiden la sucesión hereditaria. En otros términos, toda persona tiene capacidad para suceder, siempre que no se encuentre en algún supuesto de las causas de incapacidad. Entre esas causas figuran la de quien no está concebido al tiempo de la muerte del causante, así como todas aquellas que afectan a la indignidad para suceder.⁶⁵

Recordado así en el capítulo anterior lo que es la capacidad jurídica, se puede dar el principio general del presente capítulo. *“En Derecho Mexicano todas las personas, físicas o morales, son aptas para heredar, sin distinción de edad, sexo o nacionalidad”*.⁶⁶

No obstante, la falta de personalidad, se refiere a aquellas personas que no tienen la capacidad jurídica para ser titulares de derechos y obligaciones, es decir, estas capacidades se clasifican en dos tipos: capacidad de goce, que es la idoneidad que tiene una persona para adquirir derechos; y la capacidad de ejercicio, que es la idoneidad de una persona para ejercer personalmente esos derechos. Por ejemplo, es el caso del no concebido cuando ha ocurrido la muerte del autor de la sucesión, o de los que no nazcan vivos y viables, aunque estuvieren concebidos

⁶⁴ Gutiérrez y González, Ernesto, *op. cit.*, nota 9, p. 132.

⁶⁵ *Diccionario de Ciencias Políticas y Sociales* [Versión en Línea], Disponible en: https://conf.unog.ch/tradfrweb/Traduction/Traduction_docs%20generaux/Diccionario%20de%20Ciencias%20Juridicas%20Politicasy%20Sociales%20-%20Manuel%20Ossorio.pdf, Consultado el 18 de junio de 2018, a las 10:00hrs.

⁶⁶ Gutiérrez y González, Ernesto, *op. cit.*, nota 9, p. 132.

en esa fecha (como podemos observar, éste no es un caso de falta de capacidad, sino de falta de personalidad por el supuesto heredero).

La personalidad de las personas físicas inicia con su nacimiento, pero para ciertos efectos, se les tiene por nacidos desde el momento de la concepción, siempre que al momento del alumbramiento nazcan vivos, vivan 24 horas o sean presentados en el registro civil, es decir, que sean viables.⁶⁷

Sin embargo, es de importancia destacar que existen dos tipos de incapacidades para heredar: incapacidad genérica, que son las que se determinan genéricamente para cualquier tipo de persona; y la incapacidad específica, que es aquella a la que se refiere a las personas que no pueden heredar a otras determinadas personas.⁶⁸

Desde luego, el citado ordenamiento no hace una separación precisa de estas dos especies de incapacidades para heredar, sino que todas las reúne en una sola norma, como se verá más adelante.

Otra causa de incapacidad para heredar es por razón de delito, ya que en alguna forma, han faltado al cumplimiento de los deberes de lealtad y solidaridad a los que social y legalmente estén obligados para con el autor de la herencia.⁶⁹

⁶⁷ Baqueiro Rojas Edgard y Buenrostro Rosalía, *Derecho Sucesorio*, ed. Oxford, México, 2007, p. 50.

⁶⁸ Gutiérrez y González, Ernesto, *op. cit.*, nota 9, p. 133.

⁶⁹ Baqueiro Rojas Edgard y Buenrostro Rosalía, *op. cit.*, nota 67, p. 52.

Las causas de incapacidad para heredar por razón de haber cometido un delito, citadas en la fracción II del artículo 1313 se encuentran enumeradas en el artículo 1316 del Código Civil para la Ciudad de México.

Es decir, que la ley establece como “indignidades”, pues consideran que es indigno de heredar quien ha observado una conducta indebida.

Artículo 1316. Son incapaces de heredar por testamento o por intestado:

I. El que haya sido sentenciado condenatoriamente por haber privado de la vida a la persona de cuya sucesión se trate, o a los padres, hijos, cónyuge o hermanos de ella;
Se trata de aquella persona que le haya quitado la vida al autor de la sucesión o a los parientes.

II. El que haya denunciado o se haya querellado en contra del autor de la sucesión, sus ascendientes, descendientes, hermanos o cónyuge por algún delito y éstas sean infundadas;
Aquella persona que acuse al autor de la sucesión o alguno de sus parientes por algún delito y éstas acusaciones sean infundadas.

III. El cónyuge que mediante juicio ha sido declarado adúltero, si se trata de suceder al cónyuge inocente;
Él o la esposa declarada bajo juicio como adúltero.

IV. El coautor del cónyuge adúltero, ya sea que se trate de la sucesión de éste o de la del cónyuge inocente;
Es decir, la persona que participó para cometer el adulterio con la o el cónyuge, si se trata de la sucesión de éste.

V. El que haya sido condenado por un delito que merezca pena de prisión, cometido contra él autor de la herencia, de sus hijos, de su cónyuge, de sus ascendientes o de sus hermanos;
La persona que haya sido condenada por un delito cometido en contra del autor de la sucesión o de sus parientes.

VI. El padre y la madre respecto del hijo expuesto por ellos;

El padre y la madre que exponga a su hijo.

VII. Los ascendientes que abandonaren, prostituyeren o corrompieren a sus descendientes, respecto de los ofendidos;

Las personas que traten mal a sus descendientes en relación con los ofendidos.

VIII. Los demás parientes del autor de la herencia, que, teniendo obligación de darle alimentos, no la hubieren cumplido;

Los parientes que no cumplieron la obligación de dar alimento al autor de la sucesión, no la cumplieron.

IX. Los parientes del autor de la herencia que, hallándose éste imposibilitado para trabajar y sin recursos, no se cuidaren de recogerlo, o de hacerlo recoger en establecimientos de beneficencia;

Los parientes del autor de la sucesión que no se hayan preocupado por el bien estar de éste.

X. El que usare de violencia, dolo o fraude con una persona para que haga, deje de hacer o revoque su testamento;

Cualquier persona que haya usado violencia respecto al autor de la herencia para que éste revoque o deje de hacer su testamento.

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

Aquel que substituya un niño por otro o cometa ocultación de infante.

XII. El que haya sido condenado por delito cometido en contra del autor de la herencia.

La persona que haya sido condenada por algún delito cometido en contra del autor de la herencia.

Para que exista la incapacidad de las personas mencionadas en este artículo, es necesario que se emita sentencia por el Juez de lo Familiar; de lo contrario, sólo

serán presunciones de delito. Sin embargo, en caso de no existir un tipo penal en el Código de la materia que corresponda a la conducta, el Juez de lo Familiar es quien debe decidir si se da la conducta que inhabilita al heredero.

Para tener una idea clara sobre el ordenamiento anterior, la indignidad para heredar es aquella: “tacha que la ley marca a las personas que han cometido determinados actos especialmente reprobables, en virtud de que el autor queda inhabilitado para suceder al causante que los padeció a menos que éste lo rehabilite”.⁷⁰

La indignidad, no constituye como tal una incapacidad propiamente dicha, es decir, simplemente es una sanción legal, en virtud de la cual queda excluido de la sucesión quien ha incurrido en determinadas ofensas contra el difunto. En cambio, la incapacidad, si es un motivo para que la ley en ciertos casos niegue los beneficios de la sucesión hereditaria; ejemplo de ello lo encontramos en los que no estén concebidos al tiempo del fallecimiento del *de cuius*.

Como se ha mencionado, el testamento, es un acto jurídico unilateral, personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz, trasmite sus bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte a sus herederos o legatarios, o declara y cumple deberes para después de la misma.⁷¹

Por intestado, se entiende la falta de testamento, es decir, cuando no se otorgó testamento. Cuando habiéndose otorgado el testamento este ha desaparecido.

⁷⁰ Arce Cervantes José, *op. cit.*, nota 61, p. 24.

⁷¹ Rojina Villegas, Rafael, *Derecho Civil Mexicano, Sucesiones*, Tomo IV, 19ª ed., Porrúa, México, 2012, p. 289.

Cuando el testamento es jurídicamente inexistente, es decir, cuando le falta alguno de los elementos esenciales para su existencia, como lo son: voluntad, objeto y solemnidad. Cuando el testamento es nulo. Cuando el testador revoca su testamento. Cuando en el testamento solo se disponga una parte de los bienes. Cuando el heredero testamentario repudia la herencia o es premuerto.⁷²

Otra causa de incapacidad para heredar es la presunción de influencia contraria a la libertad del testador, o a la verdad o integridad del testamento; ésta causa alude a los casos en los que puede presumirse que la voluntad del testador ha sido influida en el momento de realizar ese acto jurídico de última voluntad; por ejemplo, cuando se instituye heredero o legatario al médico que haya asistido al testador en su última enfermedad, así como los parientes cercanos de ésta; como lo son los ascendientes, descendientes, hermanos y cónyuge del facultativo, si durante la misma se hizo el testamento, a no ser que éstos sean herederos instituidos y legítimos del autor del testamento. En la misma situación se encuentran el notario, los testigos y su parentela.⁷³

El principio de reciprocidad internacional es la forma en que un estado trata a otro y en consecuencia se espera un comportamiento similar de ésta último para el primero de un Estado que concede a otro, un trato semejante al que recibe de él, con base en la cooperación internacional. En este sentido, cuando se requiera diligenciar un exhorto o carta rogatoria a un Estado que no forme parte de ningún instrumento internacional, se podrá solicitar el exhorto o carta rogatoria bajo

⁷² *Ibidem*, p. 399.

⁷³ Baqueiro Rojas Edgard y Buenrostro Rosalía, *op. cit.*, nota 67, p. 50.

el “*Principio de Reciprocidad Internacional*”.⁷⁴ Sin embargo, en materia de sucesiones se considera una de las incapacidades para heredar en donde se establece para las personas físicas o morales, que vivan u operen en México y que sean designadas herederas, pero que en el país de origen de ellas los mexicanos no sean capaces de heredar.⁷⁵

Otra causa de incapacidad para heredar es por utilidad pública, es decir, son los casos de conveniencia para la colectividad; por ello, se prohíbe que los ministros de cualquier culto hagan testamento a favor de otros ministros que no sean sus parientes.

De esta manera se trata de evitar que se acumulen riquezas en las congregaciones religiosas y se vuelva al sistema de manos muertas. Asimismo, se prohíbe que los sacerdotes hereden a los creyentes, a los que asistan espiritualmente en su última enfermedad o de quienes hayan sido directores espirituales. Esta limitación se extiende a los parientes del religioso, como lo son los ascendientes, descendientes, hermanos y a los cónyuges de éstos.⁷⁶

La incapacidad por renuncia injustificada o remoción de un cargo conferido en el testamento se refiere a quienes hubieren sido designados tutores, curadores y albaceas, sea por testamento o sea por medio alterno, devienen incapacidades

⁷⁴ Secretaría de Relaciones Exteriores, [Versión en Línea], Disponible en: <https://www.gob.mx/sre/>, Consultado el 02 de julio de 2018, a las 10:00hrs.

⁷⁵ Gutiérrez y González, Ernesto, *op. cit.*, nota 9, p. 137.

⁷⁶ Baqueiro Rojas Edgard y Buenrostro Rosalía, *op. cit.*, nota 67, p. 51.

para heredar si no aceptan, o renuncian injustificadamente el cargo a desempeñar.⁷⁷

Dicho en otras palabras, es el incumplimiento del cargo que el testador imponga al heredero o legatario y alguno de estos dos, según sea el caso, no lo cumpla conforme lo estipule debe decir designado en el testamento.⁷⁸

La renuncia, es la declaración de voluntad de un individuo por la cual manifiesta su intención de desprenderse de un derecho.⁷⁹

2.4 Incapacidad de heredar por falta de personalidad

De acuerdo con la anterior exposición, debemos partir de la base de que para poder heredar es indispensable existir; sin embargo, el Código Civil para la Ciudad de México, establece ciertas reglas para determinar la personalidad de un individuo, de conformidad con los siguientes artículos:

Artículo 22. La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código.

Artículo 1314. Son incapaces de adquirir por testamento o por intestado, a causa de falta de personalidad, los que no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia, o los concebidos cuando no sean viables, conforme a lo dispuesto en el artículo 337.

Artículo 337. Para los efectos legales, sólo se tendrá por nacido al que, desprendido enteramente del seno materno,

⁷⁷ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *op. cit.*, nota 6, p. 29.

⁷⁸ Baqueiro Rojas Edgard y Buenrostro Rosalía, *op. cit.*, nota 67, p. 51.

⁷⁹ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española* [Versión en Línea], Disponible en: <http://dej.rae.es/entry-id/E212060>, Consultado el 04 de julio de 2018, a las 10:30hrs.

vive veinticuatro horas o es presentado vivo ante el Juez del Registro Civil. Faltando algunas de estas circunstancias, no se podrá interponer demanda sobre la paternidad o maternidad.

De acuerdo a los artículos antes citados, podemos decir que son incapaces para heredar:

- a) El individuo que no haya sido concebido al momento del fallecimiento del autor de la sucesión.
- b) El individuo que estando concebido no habiendo nacido vivo, o nació, pero no haya sobrevivido 24 horas o no haya sido presentado vivo ante el oficial del Registro Civil.

2.4.1 Principio, fin y personalidad del concebido

Jurídicamente, se define a la capacidad como la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones, por tal razón, todo sujeto de derechos y obligaciones es una persona de Derecho, ya que con ello indica estar dotada de la cualidad o investidura denominada, personalidad jurídica.

Esta personalidad tiene principio y fin, esto quiere decir, inicio y extinción, lo primero se refiere a cómo se adquiere y lo segundo a cómo se pierde.

El surgimiento y extinción de la personalidad tiene lugar de muy distinta manera en los dos tipos de personas que regula el Derecho: físicas y morales.

De conformidad con el artículo 22 del Código Civil para la Ciudad de México, la capacidad jurídica (este Código utiliza el término capacidad jurídica como

sinónimo de personalidad) de las personas físicas, se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte.⁸⁰

En cuanto a la personalidad del concebido o embrión humano; el cual fue concebido antes de nacer y por ello se le denomina *naciturus* como se le conoce en la Doctrina, se encuentra protegido por el Derecho y según el artículo 22 *in fine* (al final), del ordenamiento citado, se le tiene por nacido por una ficción para todos los efectos declarados por la Ley.

Los principales casos que se presentan ante esta anticipación de la personalidad en el concebido son, el establecido por el artículo 1314 del citado ordenamiento, como ya se analizó con anterioridad, que se refiere al caso de que los concebidos puedan obtener herencia, antes de haber nacido; siempre y cuando se encuentren en el seno materno en el momento del fallecimiento del autor de la sucesión y sean viables conforme a lo dispuesto por el artículo 337;

En cuanto a la extinción de la personalidad, en el hombre, junto con su existencia física termina con su vida jurídica. Por lo tanto, la muerte pone fin a la personalidad jurídica del ser humano.

2.5 La viabilidad del hijo póstumo y su capacidad para heredar

Como ya hemos visto, la ley determina que para que un individuo tenga personalidad y a su vez capacidad para heredar, debe haber nacido vivo y viable de conformidad con el artículo 337 del Código Civil para la Ciudad de México; es

⁸⁰ Baqueiro Rojas Edgard y Buenrostro Rosalía, *op. cit.*, nota 17, pp. 149 - 150.

decir, si el individuo nace vivo y sobrevive 24 horas o es presentado dentro de ese tiempo ante el oficial del Registro Civil, la ley lo tendrá como nacido, desde el momento de su concepción, para los efectos que la misma ley señala, entre ellos el derecho a ser heredero o legatario.

Para los efectos señalados en el artículo 1314 del citado ordenamiento, se puede decir que la personalidad de una persona física, se encuentra sujeta a una condición, ya que, si bien es cierto que la ley protege al individuo desde el momento de su concepción, también es cierto que sus efectos dependen de un acontecimiento futuro e incierto, que es el que nazca vivo y viable.

Al efecto, el artículo 1938 del Código Civil para la Ciudad de México establece lo siguiente:

La obligación es condicional cuando su existencia o su resolución dependen de un acontecimiento futuro e incierto.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la condición, hay dos teorías. Ahora bien, la condición puede ser suspensiva o resolutoria.

La condición suspensiva, es el acontecimiento futuro de realización incierta del cual depende la existencia de la obligación, es decir, realizada la condición se torna exigible la obligación retroactivamente y el acto se convierte como si se hubiese pactado de manera pura y simple.

Según, el maestro Baqueiro Rojas es aquel que de su realización depende el nacimiento de la obligación y no sólo su exigibilidad. Realizada la condición, se torna exigible la obligación retroactivamente y el acto pasa como puro y simple.

Al efecto el artículo 1939 del ordenamiento en cita, establece lo siguiente:

La condición es suspensiva cuando de su cumplimiento depende la existencia de la obligación.

Sin embargo, los posibles derechos del acreedor deberán ser salvaguardados y por ello se le autoriza a ejercer los actos conservatorios; además, se reconoce el derecho de transmitir entre vivos o por herencia los derechos que se derivan del acto condicional.

Si la condición no se realiza, no llega a nacer la obligación; pero si es imputable al deudor que eso suceda, se tendrá por cumplida. También se tendrá por cumplida la condición cuando el obligado a realizarla haya empleado todos los medios necesarios para cumplirla.

En este caso, la obligación nace y es exigible como en el acto puro y simple, pero al cumplirse la condición, la obligación se extingue y las cosas deben volver al estado que tenían antes de celebrarse el acto jurídico que le dio origen.

Al efecto el artículo 1940 del ordenamiento en cita, establece lo siguiente:

La condición es resolutoria, cuando cumplida resuelve la obligación, volviendo las cosas al estado que tenían, como si esa obligación no hubiere existido.

Pero, así como existe una regla general que es la capacidad, existe su excepción, la incapacidad, la cual surge en los casos previstos en el artículo 450, que establece lo siguiente:

Artículo 450. Tienen incapacidad natural y legal:

I. Los menores de edad;

II. Los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que, por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla.

III. (Se deroga).

IV. (Se deroga).

Además de la capacidad o incapacidad de las personas, estas deberán de contener ciertas características que los distinguan de los demás individuos, es decir, tener atributos de la personalidad, los cuales serán importantes para poder ser sujetos de derecho en cuanto a su capacidad jurídica.

Como conclusión del presente capítulo, la capacidad jurídica de las personas es esencial como requisito de validez del consentimiento, es decir, que una persona tiene la aptitud de hacer valer directamente sus derechos y cumplir con sus obligaciones, esto es para celebrar actos jurídicos para sí misma.

Respecto a la viabilidad del hijo póstumo y su capacidad para heredar, es importante expresar que es necesario que nazca vivo y viable para poder ser susceptible de ser heredero dentro de un juicio sucesorio, ya sea testamentario o *ab intestato*.

CAPÍTULO III. LA LIBERTAD TESTAMENTARIA Y SUS OBLIGACIONES

ALIMENTARIAS SOBRE EL HIJO PÓSTUMO

3.1 Concepto de testamento

El testamento, según el artículo 1295 del Código Civil para la Ciudad de México, es un acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos, declara o cumple deberes para después de su muerte.

Para el maestro José Arce y Cervantes, el testamento es un negocio jurídico por causa de muerte, en virtud del cual una persona capaz, por su sola voluntad libre, dispone de sus relaciones transmisibles para después de su muerte.⁸¹

Por otro lado, el maestro Rafael de Pina Vara, define al testamento como un acto unilateral y solemne por el que una persona manifiesta su voluntad para que se cumpla después de su muerte.⁸²

Efectivamente, el testamento es un acto jurídico porque el testador manifiesta su voluntad que producirá efectos después de su muerte; ese acto es unilateral, porque la sola voluntad del testador es la generadora del acto testamentario; es personalísimo en virtud de que no se admite la representación. Será un acto en el que su autor dispondrá de sus bienes y derechos; además de declarar o cumplir obligaciones.

⁸¹ Arce Cervantes, José, *op. cit.*, nota 61, p. 35.

⁸² De Pina Vara, Rafael, *op. cit.*, nota 59, p. 305.

Como se indicó, es además un acto revocable en virtud de que el testador está facultado para cambiar su disposición testamentaria cuando quiera y las veces que lo desee.

3.2 El sistema de la libre testamentifacción

El Derecho de Sucesiones, es aquel que se va a encargar, generalmente, del estudio y de la regularización del patrimonio, llamada herencia.⁸³

En otras palabras, el derecho sucesorio, es el conjunto de normas que regula la transmisión *mortis causa* del patrimonio de una persona que fallece.

Por otra parte, la libertad para testar es la posibilidad que tiene el testador para disponer de la totalidad o de parte de sus bienes, designando a las personas que lo van a suceder en los bienes, derechos y obligaciones de los que era titular, y que no se extinguen con su muerte, sin más obligación que la de proporcionar alimentos a las personas que se encuentren en los supuestos que marca la ley.

De acuerdo con la doctrina, la facultad de otorgar testamento admite grados y, así, han existido sistemas que la delimitan, los cuales se clasifican en:

1. Sistema de libre testamentifacción;
2. Sistema de testamentifacción legítima, también llamado sistema mixto, puesto que junto a la voluntad del testador se encuentra la voluntad de la ley.⁸⁴

⁸³ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *op. cit.*, nota 6, p.1.

⁸⁴ Baqueiro Rojas Edgard y Buenrostro Rosalía, *op. cit.*, nota 2, pp. 258 - 259.

El sistema de la libre testamentifacción es aquella, en que toda persona, por testamento, tiene derecho a disponer libremente de todos sus bienes y de instituir herederos y legatarios a las personas que quiera.

Según, el maestro Gutiérrez y González, establece que este sistema es, “la libertad absoluta, sin limitación alguna, para disponer de sus bienes y derechos pecuniarios que no se extinguen con su muerte, a favor de la o las personas que él desee, sin consideración de parentesco o determinación de la ley”.⁸⁵

Es de indicar que, en Roma se estableció el sistema de la libre testamentifacción, éste sistema se prestó a abusos ya que, mediante éste el *paterfamilias* podía disponer de los bienes familiares adquiridos, incluso hasta por los *alieni juris* quienes eran sujetos que se encontraban bajo su potestad; esto ocasionó que los pretores Romanos, a través de la acción de nulidad o del testamento inoficioso, limitaran la facultad irrestricta del *paterfamilias*.⁸⁶

Posteriormente, Justiniano estableció la obligación de reservar una parte de la herencia para los *heredes sui* (herederos del derecho propio) o sea los familiares *alieni juris*, dependientes del testador, de la siguiente forma: la tercera parte, si eran cuatro o menos los *heredes sui*, y la mitad de la herencia si eran cinco o más.⁸⁷

El sistema de legítimas, es conocida como un sistema necesario o forzoso, puesto que es la Ley la que establece de qué forma se dispondrá de los bienes de la

⁸⁵ Gutiérrez y González, Ernesto, *op. cit.*, nota 9, p. 195.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 259.

⁸⁷ Bravo González, Agustín y Bialostosky Sara, *op. cit.*, nota 1, p. 87.

herencia, ya sea porque no existe testamento eficaz o, de existir, no comprende a todos los bienes.

En estos casos, es la ley la que señala a los herederos a partir de los parientes más próximos; de no existir éstos dentro de determinado grado, designa como tal la beneficencia pública.

En el Derecho Romano no podían subsistir simultáneamente la sucesión legítima o intestada y la testamentaria. Cuando existía testamento válido, toda la herencia correspondía al heredero y, si el testamento se invalidaba, la sucesión total era intestada sin que pudiera preservarse parcialmente el testamento.⁸⁸

Efectivamente, el Derecho Romano sólo se limitaba a alguna de las dos sucesiones; legítima o testamentaria, puesto que si llegase a subsistir los dos tipos de sucesiones, nos encontraríamos que estamos en una sucesión mixta, es decir, en caso de no existir un testamento o que los designados en él no puedan heredar o no se disponga de todos los bienes, se abre la sucesión intestada en los dos últimos casos, la cual pudiera coexistir con la testamentaria si existe, constituyéndose un sistema mixto: parte testada y parte intestada.

En resumen, en la libre testamentifacción el testador dispone libremente de sus bienes, sin ninguna restricción instituye herederos y legatarios; en la testamentifacción legítima el testador puede disponer de sus bienes, pero deberá respetar el porcentaje que por legítima forzosa se deberá entregar a sus parientes más cercanos.

⁸⁸ *Ídem.*

3.2.1 El sistema del Código Civil para la Ciudad de México

El sistema de nuestro Código Civil para la Ciudad de México, es de libre testamentifacción. Dicho sistema surgió en el Código Civil para la Ciudad de México, en materia común y para toda la República en materia Federal en el año de 1928, en donde el legislador civil propuso la libre testamentifacción, pero con la única limitación de garantizar los alimentos a quienes se encuentren obligados a recibirlos.⁸⁹

En el caso de que no haya testamento, que los designados en él no puedan heredar, o no se disponga de todos los bienes, se abre la sucesión intestada, la cual puede coexistir con la testamentaria; es decir, una porción de bienes se tramita en la sucesión testamentaria y otra parte de los bienes del *de cuius* corresponde a la sucesión legítima.

Así, si el testador no dispone de la totalidad de sus bienes o el heredero instituido es incapaz para heredar, premuerto o repudió la herencia, se abrirá la legítima respecto de esos bienes, para entregarlos a los herederos legítimos.

Ahora bien, es importante indicar que cuando toda la herencia se distribuye en legados, los legatarios serán considerados como herederos.

Por lo tanto, en el citado ordenamiento, hay tres posibilidades en materia sucesoria:

⁸⁹ Gutiérrez y González, Ernesto, *op. cit.*, nota 9, p. 195.

1. La sucesión testamentaria (cuando en el testamento se disponga de todos los bienes);
2. La sucesión legítima o intestada (cuando no haya testamento); y
3. La sucesión en que subsisten simultáneamente la sucesión testamentaria y la legítima.⁹⁰

3.3 El testamento inoficioso

En el Derecho Romano aparece esta vía sucesoria, como una limitación efectiva a la libertad de testar y como una medida para asegurar la continuidad económica de la familia impidiendo que los bienes del *pater familias* a su muerte pasen a manos de extraños.

Tanto el Derecho Civil como el pretorio defendían los derechos hereditarios de los hijos preteridos en el testamento, fijando reglas de cómo debía hacerse la preterición: nominativamente la de los *fili familias* (aquella persona desligada de los vínculos de la patria potestad), colectivamente la de los *filiae familias* (hija del *pater familias*), etcétera, pero no impedían la desheredación injustificada de los mismos.

La primera reacción protectora de esos desheredados se formuló procesalmente ante el Tribunal de los *centumviri* (tribunal especial para litigios de alto valor, referente a sucesiones y propiedad; en un principio constaba de 105 jueces, posteriormente su número aumentó a 180), a fines de la República entablando el recurso de la *querella inofficiosi testamenti* (la querella inoficiosa intestamentaria).

⁹⁰ Baqueiro Rojas Edgard y Buenrostro Rosalía, *op. cit.*, nota 2, p. 260.

Con esta medida podía anularse el testamento, alegando que el testamento era injusto en cuanto era contrario al *officium pietatis* (deber familiar) y que el *pater* al disponer de los bienes no estaba en su cabal juicio (*color insanie*) por lo que los hijos (incluso los póstumos) pedían se declarara el testamento inoficioso.

Para el maestro Jorge Alfredo Domínguez Martínez, el testamento inoficioso es aquel “testamento en donde el autor de la sucesión o testador omite imponer la carga de alimentos en los términos dispuestos en la ley”.⁹¹

Ahora bien, el testamento inoficioso para el maestro Rafael de Pina Vara lo interpreta como “la calificación que recae sobre el testamento en que no se deje la pensión alimenticia que el testador debe fijar a las personas que establece el artículo 1368 del citado ordenamiento”⁹², que más adelante se enunciarán y se explicarán.

Debido al principio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* (nadie puede morir en parte con testamento y en parte sin él o nadie puede morir en parte testado y en parte intestado), no era posible que los herederos testamentarios concurrieran con los herederos *ab intestato*, por lo cual los *centumviri*, no tenían más remedio que anular el testamento y entraba por consecuencia la vía legítima.⁹³

En la doctrina, el testamento inoficioso es: un testamento realizado por una persona el cual produce efectos jurídicos, en términos de ley; solamente que al *de*

⁹¹ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, Derecho Civil *Sucesiones*, 2ª ed., Porrúa, México, 2013, p. 226.

⁹² De Pina Vara, Rafael, *op. cit.*, nota 59, p. 336.

⁹³ Bialostosky, Sara. *op. cit.*, nota 11, pp. 216 - 217.

cujus se le olvidó dejar alimentos a las personas a quienes en vida debía de proporcionárselos.

Se trata de un testamento que omite intencional o por descuido a uno o varios parientes con derecho a recibir alimentos.⁹⁴

Al respecto nuestro citado ordenamiento civil, establece lo siguiente:

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

Artículo 1371. Para tener derecho a ser alimentado se necesita encontrarse al tiempo de la muerte del testador en alguno de los casos fijados en el artículo 1368, y cesa ese derecho tan luego como el interesado deje de estar en las condiciones a que se refiere el mismo artículo, observe mala conducta o adquiera bienes, aplicándose en este caso lo dispuesto en el artículo anterior.

Con base en lo anterior, podemos decir que una de las finalidades del testamento, es que el testador garantice el cumplimiento de sus obligaciones y entre ellos la obligación alimentaria que tiene para con sus familiares (hasta el cuarto grado) y a su cónyuge o concubina (o), siempre y cuando los necesiten, asegurándoles los bienes mínimos para su subsistencia.

Para sustentar lo anterior, los Tribunales Colegiados de Circuito han emitido la siguiente tesis:

⁹⁴ *Glosario UNAM* [Versión en Línea], Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3270/24.pdf>, Consultado el 11 de agosto de 2018, a las 12:00hrs.

Registro No. 217323
Localización:
Octava Época
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
XI, Febrero de 1993
Página: 269
Tesis Aislada
Materia(s): Civil

INOFICIOSIDAD DE TESTAMENTO. ACCIÓN DE. ELEMENTOS QUE LA INTEGRAN.

Conforme a lo dispuesto en los artículos 1371 y 1374 del Código Civil para la Ciudad de México, los elementos de la acción de inoficiosidad de testamento son:

- a) la existencia de un testamento;
- b) la obligación del testador de dejar alimentos a determinadas personas, por encontrarse en alguno de los supuestos del artículo 1368 del mismo ordenamiento, y;
- c) el incumplimiento de tal obligación al otorgar el testamento. De modo que, si falta alguno de estos elementos, no puede prosperar dicha pretensión.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 1139/92. Aura Solórzano Morales y otros. 4 de junio de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Leonel Castillo González.
Secretario: José Juan Bracamontes Cuevas.

Es decir, para que se lleve a cabo la acción de inoficiosidad de un testamento, deberá de existir la omisión del testador de imponer la carga de alimentos en los términos dispuestos en la ley. Lo que conlleva a su vez, generar una pensión a

favor del acreedor alimentario no tomado en cuenta. Destacando que existe la salvedad del hijo póstumo, pues éste tiene derecho a la porción que le hubiere correspondido en sucesión intestamentaria, siempre y cuando el testador no hubiere dispuesto en sentido diferente, como lo establecen los artículos 1375 y 1377 del ordenamiento civil mencionado, que establecen 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.

Artículo 1377. No obstante, lo dispuesto en el artículo 1375, el hijo póstumo tendrá derecho a percibir íntegra la porción que le correspondería como heredero legítimo si no hubiere testamento, a menos que el testador hubiere dispuesto expresamente otra cosa.

3.4 La libre testamentifacción y la obligación de alimentar

Es cierto que el testador puede disponer libremente de todos sus bienes, también es cierto que los acreedores alimentarios tienen derechos y que deben respetarse.

El Código Civil para la Ciudad de México, regula la materia “De los alimentos” en sus Artículos 301 a 323, en donde se establece que hay determinadas personas que tienen el deber de proporcionar alimentos a otras que la ley específicamente designa, y en caso de que esas personas que deben dar los alimentos no los otorguen, cometen un hecho ilícito, surge a cargo de ellas una obligación en su aspecto derecho de crédito indemnizatorio, y entonces, el acreedor alimentario tiene el derecho de hacer efectivo en el patrimonio pecuniario del que le dejó de dar alimentos, una acción para obtener las sumas necesarias que sirvan para satisfacer esos alimentos.

Pues bien, si el autor de la sucesión al momento de hacer su testamento tiene personas a las cuales les debe de dar alimentos y no cumple con ese deber en su testamento, ese acto de última voluntad, al fallecer, resultará inoficioso y por incumplir con su deber que se traducirá en una obligación, o en un crédito indemnizatorio a favor de la persona o personas que tenían derecho a esos alimentos, y por ello se tomará de la masa hereditaria lo necesario para cumplir con su deber de dar alimentos.

En este caso, la ley respeta la voluntad de testar libremente, pero no puede admitir que se deje de cumplir con el deber de alimentar y haya dejado en estado de necesidad a los que tenían derecho a recibirlos. ¿Y por qué no lo puede admitir? Porque entonces esas personas se convertirían en una carga para el resto de la colectividad, ya que tendrían que ser mantenidos en establecimientos públicos que le cuestan al Estado, y que se mantienen con el dinero que se recauda con los impuestos que pagan los demás habitantes del país.

Por ese motivo, y en este caso, no se podrá admitir que una persona al hacer su testamento desconozca sus deberes, y deje de cumplirlos, convirtiendo en una carga para la sociedad a los que debía de haber alimentado.

Entonces la ley determina que, si bien el testamento es plenamente válido, sin necesidad de juicio previo para que se constate el hecho ilícito de no haber dejado alimentos a los que se les debía, se toma del importe de los bienes que dejó el autor de la herencia, una parte para el pago de los alimentos, sólo en cuanto baste a satisfacer esa deuda; una vez que se cumpla con ello, el testamento sigue surtiendo efectos en todo lo demás.

No debe pensarse que el testamento sea nulo, pues el acto nulo implica una falta de forma, una voluntad viciada, un objeto, motivo o fin ilícito o una voluntad emitida por un incapaz, y aquí el testamento está hecho por una persona capaz, que cumple con las formalidades que marca la ley, que externa su voluntad libremente, y que además no busca ningún fin ilícito.

El acto es perfecto, por lo que no se puede pensar que sea nulo si no se dejan alimentos a los que tienen derecho.

El testamento es inoficioso, surte efectos, y sólo se destinarán ciertos bienes para proporcionar alimentos a las personas a quienes en vida debía proporcionárselos.

Pues bien, al fallecer el autor de la sucesión, se abre su testamento y se encuentra que designó a sus herederos y les dejó todos sus bienes y derechos que no se extinguen con la muerte, que también, cumplió con el deber de reconocer a su tercer hijo, pero no cumplió con el deber de dejarle alimentos.

En este caso, el tercer hijo, se convierte en el acreedor de los herederos que son sucesores a título universal, y tiene derecho a que el testamento se declare inoficioso, decretándose por el juez que, de los bienes dejados a sus dos primeros hijos, se tome lo necesario para dar alimentos al tercer hijo del autor de la sucesión.

Como se aprecia entonces, el testamento es plenamente válido, no es nulo, y se respeta la decisión del autor de la sucesión para disponer libremente de sus bienes, pero se les cobra a sus herederos, el importe de la obligación que hizo

surgir al no cumplir su deber jurídico, como es en el caso, de dar alimentos al hijo póstumo.

El Código Civil para la Ciudad de México, establece una serie de normas sobre la inoficiosidad de los testamentos; ejemplo de ello es, la hipótesis normativa contenida en el artículo 1368, en donde se regula con precisión a qué personas debe dejar alimentos el testador, dicho artículo a la letra establece lo siguiente:

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.

Cabe destacar que esta materia de alimentos rige tan sólo en las sucesiones testamentarias y no en las legítimas. No obstante, es de importancia mencionar que, al momento de fijar la pensión alimenticia del cónyuge supérstite, cuando se encuentre en el caso de la fracción III del artículo en referencia, no debe tomarse para precisar su monto, el salario mínimo general vigente en la Ciudad de México, sino deberá ser como lo establece el artículo 1372 del ordenamiento en cita, como se verá más adelante.

Artículo 1369. No hay obligación de dar alimentos, sino a falta o por imposibilidad de los parientes más próximos en grado.

Es decir, sólo estará a cargo de la masa hereditaria el proporcionar alimentos a los parientes del testador señalados en el artículo 1368, cuando no exista un pariente más próximo en grado que cumpla con ese deber o existiendo no tenga la capacidad económica de proporcionar los alimentos.

Ahora bien, sobre el tema es importante referirnos al contenido del artículo 1370 del ordenamiento en cita el cual establece lo siguiente:

Artículo 1370. No hay obligación de dar alimentos a las personas que tengan bienes; pero si teniéndolos, su producto no iguala a la pensión que debería corresponderles, la obligación se reducirá a lo que falte para completarla.

Esta norma es importante porque el acreedor alimentario tendrá derecho a recibir alimentos a cargo de la masa hereditaria si demuestra que los productos de esos

bienes no igualan a la cantidad que por concepto de pensión alimenticia pudiese corresponderle.

No hay que olvidar las reglas generales de la obligación alimentaria, las cuales se aplicarán. También en el caso del testamento inoficioso; así tendremos que sí el acreedor alimentario que demanda los alimentos por testamento inoficioso, cuenta con la capacidad para cubrir sus necesidades alimentarias, no tendrá derecho a recibir alimentos vía testamento inoficioso.

Los alimentos en relación al testamento inoficioso tienen las mismas características que señala la ley a la obligación alimentaria en general; es decir, son personalísimos, asegurables, imprescriptibles, proporcionales, inembargables, intransigibles e inenajenables.

Cuando se reclame el pago de los alimentos por la vía del testamento inoficioso, el monto de la pensión la fijará el juez tomando en cuenta la necesidad del acreedor alimentario y la capacidad económica de la masa hereditaria, pero en ningún caso podrá exceder de los productos de la porción que en caso de sucesión intestada correspondería al acreedor alimentario que reclama el pago.

Por otra parte, si el testador hubiera fijado la pensión alimenticia, el monto se respetará.

La pensión alimenticia que se determina por la declaración de testamento inoficioso será garantizada, en lo referente a su cumplimiento, a través de fianza,

prenda, hipoteca, depósito o por cualquier otra forma a criterio del órgano jurisdiccional.

Lo anterior se encuentra regulado en el artículo 1372 del referido ordenamiento, el cual establece lo siguiente:

Artículo 1372. El derecho de percibir alimentos no es renunciable ni puede ser objeto de transacción. La pensión alimenticia se fijará y asegurará conforme a lo dispuesto en los artículos 308, 314, 316 y 317 de este Código, y por ningún motivo excederá de los productos de la porción que en caso de sucesión intestada corresponderían al que tenga derecho a dicha pensión, ni bajará de la mitad de dichos productos. Si el testador hubiere fijado la pensión alimenticia, subsistirá su designación, cualquiera que sea, siempre que no baje del mínimo antes establecido. Con excepción de los artículos citados en el presente Capítulo, no son aplicables a los alimentos debidos por sucesión, las disposiciones del Capítulo II, Título VI del Libro Primero.

El derecho a recibir alimentos cesará si el acreedor alimentario deja de necesitarlo, bien porque trabaje o adquiere bienes o si observa mala conducta. Sobre este punto, es de indicar que por ser una situación subjetiva ello será valorado por el órgano jurisdiccional; todo ello con fundamento en lo dispuesto en el artículo 1371 del Código Civil para la Ciudad de México, que establece lo siguiente:

Artículo 1371. Para tener derecho a ser alimentado se necesita encontrarse al tiempo de la muerte del testador en alguno de los casos fijados en el artículo 1368, y cesa ese derecho tan luego como el interesado deje de estar en las condiciones a que se refiere el mismo artículo, observe mala conducta o adquiera bienes, aplicándose en este caso lo dispuesto en el artículo anterior.

Los alimentos comprenden la comida, el vestido, la habitación, la atención médica, la educación de los menores y mayores de edad con el fin de proporcionarles un oficio; la rehabilitación de los discapacitados, y para los ancianos su atención geriátrica.

Como lo hemos indicado, los alimentos se pagarán siempre y cuando existan bienes en la masa hereditaria; porque si el caudal hereditario no alcanza, se deberán pagar en el orden que marca el artículo 1373 del Código Civil para la Ciudad de México, cuando el caudal hereditario no fuere suficiente; teniendo derecho en primer lugar los descendientes y cónyuge supérstite por partes iguales; en el caso de que también hayan reclamado alimentos los ascendientes, se les pagará en segundo lugar a ellos a prorrata.

Si también hubiesen demandado alimentos los hermanos del testador, se les pagará en tercer lugar a ellos, así como a la concubina; y si existiesen demás parientes colaterales solicitando alimentos, se les pagará a ellos si es que hay bienes.

Artículo 1373. Cuando el caudal hereditario no fuere suficiente para dar alimentos a todas las personas enumeradas en el artículo 1368, se observarán las reglas siguientes:

- I. Se ministrarán a los descendientes y al cónyuge supérstite a prorrata;
- II. Cubiertas las pensiones a que se refiere la fracción anterior, se ministrarán a prorrata a los ascendientes;
- III. Después se ministrarán también a prorrata a los hermanos y a la concubina;

IV. Por último, se ministrarán igualmente a prorrata, a los demás parientes colaterales dentro del cuarto grado.

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

No obstante, la fracción III del artículo precedente menciona que se ministrarán alimentos a prorrata a los hermanos y a la concubina, en este orden, siempre y cuando el caudal hereditario no fuere suficiente, poniendo a ésta última en tercer lugar, lo que conlleva que en la fracción I del citado ordenamiento, se establece al cónyuge supérstite por encima de los derechos de la concubina, no obstante que tanto la concubina como la cónyuge supérstite tienen los mismos derechos sucesorios, de conformidad con el Código Civil para la Ciudad de México, establece una serie de normas sobre lo mencionado, ejemplo de ello son las hipótesis normativas contenidas en los artículos 182 Quintus, fracción II y el artículo 291 Quáter, que a la letra dicen:

Artículo 182 Quintus. En la sociedad conyugal son propios de cada cónyuge, salvo pacto en contrario que conste en las capitulaciones matrimoniales:

II. Los bienes que adquiriera después de contraído el matrimonio, por herencia, legado, donación o don de la fortuna;

Artículo 291 Quáter. El concubinato genera entre los concubinos derechos alimentarios y sucesorios, independientemente de los demás derechos y obligaciones reconocidos en este código o en otras leyes.

Los elementos de la acción de inoficiosidad de testamento son: a) la existencia de un testamento; b) la obligación del testador de dejar alimentos a determinadas personas, por encontrarse en alguno de los supuestos del artículo 1368 del

mismo ordenamiento, y c) el incumplimiento de tal obligación al otorgar el testamento, esto de conformidad con el artículo 1375 del ordenamiento en cita.

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 preterido, como menciona el artículo anterior sólo tendrá derecho a percibir la pensión que le corresponda, subsistiendo el testamento en todo lo que no perjudique ese derecho; luego la inoficiosidad de un testamento, no es causa ni motivo de su nulidad.

El preterido, es la persona que el testador olvidó incluir en la disposición testamentaria.

Artículo 1376. La pensión alimenticia es carga de la masa hereditaria, excepto cuando el testador haya gravado con ella a algunos de los partícipes de la sucesión.

El testador, al ser el propietario de los bienes que hereda, tiene entera libertad de distribuir los derechos y cargas de forma diferente entre los herederos.

Artículo 1377. No obstante, lo dispuesto en el artículo 1375, el hijo póstumo tendrá derecho a percibir íntegra la porción que le correspondería como heredero legítimo si no hubiere testamento, a menos que el testador hubiere dispuesto expresamente otra cosa.

Como se ha mencionado, el hijo póstumo es aquel que nace después de la muerte del testador, y éste muchas veces no tiene conciencia de su concepción y no lo prevé en su testamento.

Tan es así que el Código Civil para la Ciudad de México, no establece un capitulado, ni un concepto de lo que es un hijo póstumo, a pesar de ello, en nuestro sistema jurídico mexicano, existen dos ordenamientos que, si regulan lo que es un hijo póstumo, ejemplo de ello es la hipótesis normativa contenida en el artículo 2708 del Código Civil del Estado de Jalisco, que a la letra dice:

Artículo 2708. Es hijo póstumo:

I. El nacido después de la muerte del testador;

II. El nacido en vida de su padre o de su madre después que aquel o ésta hayan otorgado su testamento, si no existe disposición expresa en el sentido de desheredarlo.

Y el artículo 3115 del Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Puebla, que norma lo siguiente:

Artículo 3115. Es hijo póstumo:

I. El nacido después de la muerte del testador;

II. El nacido en vida de su padre o de su madre después que aquel o ésta hayan otorgado testamento.

3.5 Concepto General y Jurídico de Alimentos

El concepto general del término “alimentos” deriva del latín *alimentum*, mismo que a su vez se deriva del verbo *alere* que significa alimentar. El diccionario de la Real Academia Española, lo define como “el conjunto de cosas que el hombre y los

animales comen o beben para subsistir, o como cada una de las sustancias que un ser vivo toma o recibe para su nutrición”.⁹⁵

Podemos apreciar que en este concepto sólo se mencionan cuestiones meramente biológicas, ya que considera únicamente los elementos que permiten que el hombre (o cualquier otro ser vivo) subsista físicamente.

Jurídicamente por alimentos, debe entenderse “la prestación en dinero o en especie que una persona, en determinadas circunstancias, puede reclamar de otras, entre las señaladas por la ley, para su mantenimiento y su subsistencia; es, todo aquello que, por ministerio de ley o resolución judicial, una persona tiene derecho a exigir de otra para vivir”.⁹⁶

La maestra Sara Montero Duhalt, define a los alimentos como el “deber jurídico que tiene un sujeto llamado deudor alimentario de ministrar a otro, llamado acreedor, de acuerdo con las posibilidades del primero y las necesidades del segundo, en dinero o en especie, lo necesario por subsistir”.⁹⁷

Por otra parte, y en relación al contenido de los alimentos es de mencionar que el artículo 308 del Código Civil para la Ciudad de México, regula lo que comprenden jurídicamente los alimentos, dicho artículo establece lo siguiente:

⁹⁵ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española* [Versión en Línea], Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=1rm36tt>, Consultado el 17 de enero de 2018, a las 16:00hrs.

⁹⁶ Baqueiro Rojas Edgard y Buenrostro Rosalía, *op. cit.*, nota 2, p. 27.

⁹⁷ Montero Duhalt, Sara, *Derecho de Familia*, 2ª ed., Porrúa, México, 1984, p. 60.

Artículo 308. Los alimentos comprenden:

- I. La comida, el vestido, la habitación, la atención médica, la hospitalaria y en su caso, los gastos de embarazo y parto;
- II. Respecto de los menores, además, los gastos para su educación y para proporcionarles oficio, arte o profesión adecuados a sus circunstancias personales;
- III. Con relación a las personas con algún tipo de discapacidad o declarados en estado de interdicción, lo necesario para lograr, en lo posible, su habilitación o rehabilitación y su desarrollo; y
- IV. Por lo que hace a los adultos mayores que carezcan de capacidad económica, además de todo lo necesario para su atención geriátrica, se procurará que los alimentos se les proporcionen, integrándolos a la familia.

Respecto al último párrafo del artículo mencionado, es de importancia mencionar que los adultos mayores que carezcan de capacidad económica, también tendrán derecho a recibir alimentos conforme a lo establecido en el párrafo primero.

El objetivo fundamental de la figura jurídica de los alimentos, consiste en proporcionar al acreedor lo necesario para su propia subsistencia cotidiana en forma integral, entendiéndose por esta, el sustento, el vestido, la habitación, el entretenimiento, la atención médica, la educación en el caso de los hijos, etc., de acuerdo a las necesidades de quien los recibe y las posibilidades de quien los debe dar.

Si bien es cierto, los alimentos en derecho de familia constituyen una de las principales consecuencias del parentesco; además cónyuges y concubinos están obligados a darse alimentos, de la misma manera que los padres están obligados

a dar alimentos a sus hijos. Tan es así que, la obligación de dar alimentos es recíproca, de modo que el que los da tiene a su vez derecho de pedirlos cuando los necesite.

En el caso del hijo póstumo, al igual que las demás personas, el derecho de alimentos es un derecho que éste tiene para su sustento diario, y que al momento de que el autor de la sucesión los exprese en el acto jurídico, personal y libre, deberá de abarcar el derecho de alimentos hacia el hijo póstumo, el cual comprenderá lo siguiente: comida, habitación, vestido, salud, etc.

3.5.1 Características de la obligación alimentaria

La obligación alimentaria, es la prestación generada por el matrimonio y el parentesco de ayudar al pariente en estado de necesidad, proporcionándole alimentos para su subsistencia.⁹⁸

De acuerdo con la naturaleza de la obligación alimentaria, cuyo objeto es la sobrevivencia del acreedor, la misma se encuentra dotada de una serie de características que la distinguen de las obligaciones comunes, tendientes a proteger al pariente o cónyuge necesitado. De esta manera, la obligación alimentaria es:

1. Recíproca: Puesto que el obligado a dar alimentos tiene a su vez el derecho de recibirlos. Así como lo regula el Código Civil para la Ciudad de México, en el siguiente artículo:

⁹⁸ Baqueiro Rojas Edgard y Buenrostro Rosalía, *op. cit.*, nota 2, p. 28.

Artículo 301. La obligación de dar alimentos es recíproca. El que los da tiene a su vez derecho de pedirlos.

2. Sucesiva: La Ley establece el orden de los sujetos obligados a ministrar alimentos y sólo a falta o por imposibilidad de los primeros obligados entrarán los subsiguientes.

Artículo 303. Los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos. A falta o por imposibilidad de los padres, la obligación recae en los demás ascendientes por ambas líneas que estuvieren más próximos en grado.

Artículo 304. Los hijos están obligados a dar alimentos a los padres. A falta o por imposibilidad de los hijos, lo están los descendientes más próximos en grado.

Resumiendo, el orden de los sujetos que deben ministrar alimentos es el siguiente:

Artículo 305. A falta o por imposibilidad de los ascendientes o descendientes, la obligación recae en los hermanos de padre y madre o en los que fueren solamente de madre o padre.

Faltando los parientes a que se refieren las disposiciones anteriores, tienen obligación de ministrar alimentos los parientes colaterales dentro del cuarto grado.

Artículo 302. Los cónyuges están obligados a proporcionarse alimentos. La ley determinará cuándo queda subsistente esta obligación en los casos de separación, divorcio, nulidad de matrimonio y otros que la ley señale. Los concubinos están obligados en términos del artículo anterior.

3. Divisible: Se entiende por obligación divisible la que tiene por objeto una prestación susceptible de cumplirse parcialmente. Es indivisible, si la prestación no puede ser cumplida sino por entero.

En este sentido, la obligación alimentaria es divisible pues puede fraccionarse entre los diversos deudores que en un momento determinado están igualmente obligados hacia al acreedor.

La esencia de la indivisibilidad consiste en que el objeto de la prestación sea de tal naturaleza que al fraccionarse disminuya o pierda totalmente su valor. Por ejemplo, una obra de arte, un cuadro, una estatua, no pueden cumplirse sino de un todo, y convierten a la obligación en indivisible. No así la obligación de alimentos que, teniendo por objeto prestaciones pecuniarias (en dinero), es perfectamente divisible entre los diversos deudores.

4. Personal e intrasmisible: Tiene esta naturaleza por surgir de la relación familiar que existe entre los sujetos de la obligación. La intransmisibilidad de la deuda en vida del obligado es total; quien está obligado no puede, en forma voluntaria, hacer “cesión de deuda” a un tercero y únicamente “a falta o por imposibilidad” del obligado en primer lugar recae la obligación sucesivamente en los demás; y el acreedor alimentario tampoco podrá ceder su derecho.
5. Indeterminada y variable: Tanto desde el punto de vista pasivo como del activo, los alimentos han de ser proporcionados a la posibilidad del que debe darlos y a la necesidad del que debe recibirlos.
6. Alternativa: Una obligación es alternativa si el deudor se ha obligado a uno de dos hechos, o a una de dos cosas, o a un hecho o a una cosa y cumple prestando cualquiera de esos hechos o cosas, es decir, en las obligaciones alternativas la elección corresponde al deudor, si no se ha pactado otra

cosa. En otras palabras, el obligado a dar alimentos puede hacerlo en cualquiera de las formas establecidas, es decir, pagando la pensión alimenticia en dinero o incorporando a su familia al alimentista.

7. Imprescriptible: Como la obligación de dar alimentos no tiene tiempo fijo de nacimiento ni de extinción, no es posible que corra la prescripción. Surge cuando coinciden los dos elementos de necesidad de un sujeto y la posibilidad de otros relacionados entre sí por lazos familiares.
8. Asegurable: Como la obligación de dar alimentos tiene por objeto proporcionar lo necesario para la subsistencia del alimentista, el Estado está interesado en que tal deber se cumpla y por ello, exige el aseguramiento de la misma a través de los medios legales de garantía, como son la hipoteca, prenda, fianza o depósito de cantidad bastante a cubrir los alimentos, o cualquiera otra forma de garantía suficiente a juicio del juez.
9. Sancionado su incumplimiento. Cuando el alimentante no cumple con el deber a su cargo, el acreedor tiene acción para reclamarle judicialmente su cumplimiento.⁹⁹

3.5.2 El deber de alimentar: Una obligación entre familiares

Tomando en cuenta que la obligación alimenticia es una obligación que se origina en virtud de un parentesco consanguíneo (ascendiente, descendiente o colateral

⁹⁹ Montero Duhalt, Sara, *op. cit.*, nota 97, pp. 62 - 67.

hasta cuarto grado), de un parentesco civil (adopción), del matrimonio o del concubinato, podemos decir que este derecho sólo se genera entre familiares.

Esta obligación se basa principalmente en la solidaridad y la protección recíproca que se deben los miembros de una familia, en beneficio del propio grupo.

En el Código Civil para la Ciudad de México, podemos encontrar el fundamento de lo antes dicho de la siguiente manera:

Artículo 138 Sextus. Es deber de los miembros de la familia observar entre ellos consideración, solidaridad y respeto recíprocos en el desarrollo de las relaciones familiares.

Artículo 164. Los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de éstos en los términos que la ley establece, sin perjuicio de distribuirse la carga en la forma y proporción que acuerden para este efecto, según sus posibilidades.

A lo anterior no está obligado el que se encuentre imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios, en cuyo caso el otro atenderá íntegramente a esos gastos.

Siendo regla general, en cuanto a alimentos de los cónyuges se refiere que el marido debe darle alimentos a la mujer y hacer todos los gastos necesarios para el sostenimiento del hogar.

En concluyente que cuando en un caso, la mujer demanda el pago de alimentos, al marido incumbe la obligación de probar que aquella no los necesita, bien porque tenga bienes propios o bien porque desempeñe algún trabajo o alguna profesión, oficio o comercio, ya que dejar la carga de esta prueba a la actora sería tanto como obligarla a probar hechos negativos, o sea que carece de empleo, de

bienes y en general de toda fuente de ingreso, lo cual es sencillamente ilógico y antijurídico.

Artículo 291 Quáter. El concubinato genera entre los concubinos derechos alimentarios y sucesorios, independientemente de los demás derechos y obligaciones reconocidos en este código o en otras leyes.

Por su parte, la ley de Sociedad de Convivencia para la Ciudad de México, establece lo siguiente:

Artículo 13. En virtud de la Sociedad de Convivencia se generará el deber recíproco de proporcionarse alimentos, a partir de la suscripción de ésta, aplicándose al efecto lo relativo a las reglas de alimentos.

Dada las fuentes de las cuales emana la obligación alimentaria, claramente podemos distinguir que los sujetos obligados a darse alimentos son todos los parientes en los grados reconocidos por la ley, y que se extienden sin limitación de grado en línea recta a los parientes consanguíneos y en la línea transversal o colateral hasta el cuarto grado; asimismo se incluye la pareja conyugal y el adoptante hacia el adoptado.

Por lo que hace a la obligación de los ascendientes de proporcionar alimentos, podemos decir que es el más claro ejemplo de una obligación natural convertida en jurídica, ya que es instinto de los padres el proteger a sus descendientes desde el momento de su nacimiento e inclusive desde su concepción.

En cuanto a la obligación que tienen los hijos para con los padres respecto de los alimentos, se puede decir que es un acto de gratitud.

Nuestra actual legislación civil ya no distingue entre hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio, el derecho de los hijos a percibir alimentos lo adquieren con la filiación, independientemente de tal circunstancia.

En el caso de los hijos menores de edad, a diferencia de los demás familiares, éstos no requieren comprobar su necesidad de alimentos, basta que acrediten su filiación con los padres y su minoría de edad para que los padres deban cumplir con la obligación de darle alimentos.¹⁰⁰

Con relación al derecho que tienen los demás descendientes y ascendientes, sólo cabe hacer mención que, en el citado ordenamiento, no se establece quien es preferente para cumplir la obligación, en caso de que tanto descendientes como ascendientes, se encuentren en el mismo grado.

3.5.3 La obligación alimentaria hacia el hijo póstumo

Uno de los efectos del parentesco es la ayuda mutua que se deben los cónyuges y parientes, y la forma normal de cumplirla es la obligación de darse alimentos en caso de necesidad. En este sentido diversos autores, consideran a la obligación alimentaria como una obligación natural, fundada en un principio elemental de solidaridad familiar.

Actualmente, al considerar las Naciones Unidas el derecho de todo ser humano a los alimentos como uno de los derechos inherentes a la persona humana, la obligación de proporcionarlos no es sólo de los parientes, sino del Estado.

¹⁰⁰ Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho Civil, 1er curso, Parte General, Personas y Familia*, 19ª ed., Porrúa, México, 2000, p. 486.

El Código Civil para la Ciudad de México, establece en dos artículos, que son el 1375 y 1377, los derechos que en su caso podrían tener un hijo preterido y un hijo póstumo, que a la letra dice:

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.

Entendiéndose como hijo preterido, el heredero forzoso, que es la persona a la que la ley, debido a cierto vínculo parental próximo con el causante, reconoce el derecho a heredar al menos una parte del patrimonio de éste, llamada legítima.

Artículo 1377. No obstante, lo dispuesto en el artículo 1375, el hijo póstumo tendrá derecho a percibir íntegra la porción que le correspondería como heredero legítimo si no hubiere testamento, a menos que el testador hubiere dispuesto expresamente otra cosa.

Es decir, el hijo póstumo es aquel que nace con posterioridad a la muerte de su progenitor y decimos que es heredero forzoso, porque no tiene derecho a una pensión, sino a recibir su porción íntegra, si no hubiera testamento.

A contrario sensu, tendrá derecho a una pensión el hijo póstumo si hubiera testamento, y en él no se haya incluido los derechos alimenticios del hijo.

El hijo póstumo es aquel que nace después de haber fallecido el autor de la sucesión y el hijo preterido u olvidado, es aquel nacido después de haberse otorgado el testamento; sin embargo, algunas legislaciones civiles estatales definen al hijo póstumo también como el nacido después de otorgado el testamento, lo que analizaremos más adelante.

Como lo menciona el artículo 1368 del Código Civil para la Ciudad de México, que a la letra dice:

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.

Como conclusión del presente capítulo, 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.

Aunado a lo anterior, es importante señalar lo relativo a la libre testamentifacción, que consiste en el derecho de una persona de disponer libremente de todos sus bienes para después de su muerte. Esto implica que el testador podrá dejar sus bienes a quien él o ella deseen, pero con la limitación que éste a su vez conlleva, la cual sería que en caso de que existiera un hijo póstumo, se le deberá dejar el derecho a alimentos mencionado en el testamento; si este derecho es negado, entonces el testamento será inoficioso.

Ahora bien, en relación al hijo póstumo, según el artículo 309 del Código Civil en cita, el obligado a proporcionar alimentos, cumple con su obligación asignando una pensión al acreedor alimentista. Por consiguiente, según el artículo 1368 del Código mencionado, el testador debe dejar alimentos a sus descendientes menores respecto de quienes estuvieron obligados a proporcionarlos al momento de su muerte. Así, de no ser suficientes los bienes de la herencia para dar alimentos a todos los acreedores del testador, se ministrarán prioritariamente a los descendientes y cónyuge, a prorrata, esto conforme a la primera fracción del artículo 1373 de la legislación de referencia.

Cabe advertir, además que la obligación de dejar alimentos está dirigida únicamente al testador, y, en consecuencia, se da sólo en la sucesión testamentaria.

Tan es así que el hijo póstumo, es el único caso de heredero forzoso propiamente dicho, según el artículo 1377 del Código Civil aludido, en el que menciona que cuando el testador no dispone expresamente de los bienes que deban

corresponder al hijo póstumo, este en su caso, tendrá derecho a recibir íntegra la porción de la herencia que le corresponde mediante las reglas de la sucesión legítima o la intestada contenidas en los artículos 1607 al 1614 del Código Civil mencionado, subsistiendo íntegras las demás disposiciones del testamento.

CAPÍTULO IV. ANÁLISIS Y PROPUESTA DE MODIFICACIÓN E INCLUSIÓN DE CIERTAS DISPOSICIONES APLICABLES AL HIJO PÓSTUMO EN EL CÓDIGO CIVIL PARA LA CIUDAD DE MÉXICO

4.1 Concepto de hijo póstumo

La palabra póstumo, proviene del latín *póstumo*, compuesta del prefijo *post* (después) y *humus* (tierra), o del verbo *humare*, que significa enterrar, o sea, “después de enterrado”.

Por lo tanto, podemos decir que el hijo póstumo, es aquel nacido después de la muerte de su padre o de su madre.¹⁰¹

4.1.1 Los derechos sucesorios del hijo póstumo establecidos en el Código Civil para la Ciudad de México

En materia sucesoria, haciendo un análisis de los Códigos Civiles de las entidades federativas que conforman el país, podemos decir que la mayoría de ellos han optado por no dar la definición de lo que se debe entender por un hijo póstumo y un hijo preterido, sino que sólo se concretan a diferenciar los derechos que le corresponden a uno y a otro.

El Derecho Mexicano vigente hace distinción entre el hijo póstumo como el nacido después de haber fallecido su progenitor, es decir, el autor de la sucesión; el hijo preterido u olvidado, es el nacido después de haberse otorgado el testamento; sin embargo, algunas legislaciones civiles estatales definen al hijo póstumo también

¹⁰¹ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española* [Versión en Línea], Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=TqjIDCn>, Consultado el 05 de julio de 2018, a las 13:45hrs.

como el nacido después de otorgado el testamento, lo que analizaremos más adelante.

De conformidad con los artículos 1375 y 1377 del Código Civil para la Ciudad de México, se hace una distinción entre el preterido y el hijo póstumo; para comprender lo anterior, se citan a continuación las hipótesis normativas antes indicadas, mismas que a la letra dicen:

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.

Artículo 1377. No obstante, lo dispuesto en el artículo 1375, el hijo póstumo tendrá derecho a percibir íntegra la porción que le correspondería como heredero legítimo si no hubiere testamento, a menos que el testador hubiere dispuesto expresamente otra cosa.

Sin embargo, la legislación Civil de los Estados de Chihuahua, Coahuila, Quintana Roo, Tabasco y Tlaxcala, hacen una clara referencia a los hijos preteridos, al hijo póstumo y a los hijos nacidos en vida del testador, pero después de haber éste último otorgado testamento, coincidiendo su redacción con la de los artículos 1279 y 1281 del Código Civil para el Estado de Chihuahua, que disponen lo siguiente:

Artículo 1279. El preterido tendrá derecho a que se le dé la pensión que corresponda, subsistiendo el testamento en todo lo que no perjudique ese derecho.

Artículo 1281. No obstante, lo dispuesto en el artículo 1279, el hijo póstumo y el hijo o hijos nacidos en vida del testador, pero después de que éste haya hecho su testamento, tendrán derecho a percibir íntegra la porción que les correspondería como herederos legítimos si no hubiere testamento, a menos que el testador hubiere dispuesto expresamente otra cosa.

Ahora bien, sólo hay dos legislaciones civiles locales en la República Mexicana, que son el Código Civil para el Estado de Jalisco y el Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Puebla, que incluyen el concepto de hijo póstumo, mismas que analizaremos posteriormente.

Aunado a lo anterior, la personalidad de un individuo se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; sin embargo, el artículo 22 del Código Civil para la Ciudad de México hace una clara excepción, al respecto "...pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código...".

Es importante analizar aquello de "los efectos declarados" en el citado ordenamiento, y que son los siguientes:

- Derecho a heredar. Analizando el artículo 1314 del Código Civil para la Ciudad de México, podemos decir que uno de los derechos que la ley le reconoce al hijo póstumo, es el adquirir por testamento o por intestado, siempre y cuando al momento de la muerte del *de cuius* esté concebido y nazca vivo y viable.

Asimismo, en caso de que el hijo póstumo sea preterido en el testamento del *de cuius*, tendrá derecho de percibir íntegra la porción que le correspondería como heredero legítimo, en términos del artículo 1375 del ordenamiento en cita.

- Derecho a recibir donaciones. La donación es un contrato por el que una persona transfiere a otra, gratuitamente una parte o la totalidad de sus

bienes presentes. Los hijos póstumos pueden recibir donaciones realizadas por sus padres, o un tercero, aún sin haber nacido; sólo que es necesario que, al momento de realizarse dicha donación, estén concebidos y nazcan vivos y viables.

Lo anterior encuentra su fundamento en el artículo 2357 del Código Civil para la Ciudad de México, que se cita a continuación:

Artículo 2357. Los no nacidos pueden adquirir por donación, con tal que hayan estado concebidos al tiempo en que aquélla se hizo y sean viables conforme a lo dispuesto en el artículo 337.

En consecuencia, el concebido no nacido tendrá derecho a heredar y también a tener el carácter de donatarios.

4.2 Medidas que dispone el Código Civil para la Ciudad de México, para el caso de que la viuda quede en cinta

Con la finalidad de proteger al *nasciturus* en cuanto a los derechos sucesorios que le pudieran llegar a corresponder en la sucesión, el Código Civil para la Ciudad de México, en su Título Quinto, Capítulo Primero, establece las precauciones que deben adoptarse cuando la viuda quede encinta.

Los efectos que produce la posible preñez de la viuda son dos: el primero, con relación al derecho de alimentos que tiene la viuda; y el segundo, con relación al

derecho de partición de la herencia que tienen los herederos o legatarios del autor de la sucesión.¹⁰²

A continuación, señalaremos las principales precauciones que deben adoptarse cuando la viuda queda encinta.

- La viuda deberá informar de la situación, al Juez del conocimiento, dentro de un término de cuarenta días, para que éste notifique a los herederos a quienes se les disminuya o desaparezca su derecho en la herencia, por el nacimiento de un hijo póstumo.

Es importante destacar que la ley no especifica a partir de cuándo empieza a contar el término de cuarenta días.

- Deberá hacer del conocimiento del Juez competente, la época aproximada del parto, a efecto de que este lo notifique a los interesados.
- La viuda tendrá derecho a que se le proporcionen alimentos con cargo a la masa hereditaria, tenga o no tenga bienes; pero en caso de que no hayan dado alguno de los dos avisos antes relacionados, los interesados podrán negárselos si ella tiene bienes. Pero en caso de que se confirme la preñez, se deberán restituir los alimentos que dejaron de pagarse; lo antes expuesto se regula en los artículos 1643 y 1644, del Código Civil para la Ciudad de México, que a la letra disponen lo siguiente:

¹⁰² Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *op. cit.*, nota 6, p. 98.

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

Artículo 1644. Si la viuda no cumple con lo dispuesto en los artículos 1638 y 1640, podrán los interesados negarle los alimentos cuando tenga bienes; pero si por averiguaciones posteriores resultare cierta la preñez, se deberán abonar los alimentos que dejaron de pagarse.

Por su parte, los herederos de quienes sus derechos se vean afectados o disminuidos con el nacimiento del hijo póstumo, tendrán el derecho de solicitar al juez del conocimiento, que dicte las medidas necesarias a fin de evitar la suposición del parto, la substitución del infante o la viabilidad del hijo póstumo, cuando este no la tenga; dentro de estas medidas se encuentra la de nombrar a un médico o partera que designe el Juez, a efecto de que se puedan cerciorar de la veracidad del alumbramiento.

Es importante indicar que todas las medidas que dicte el Juez, no deben atentar al pudor o a la libertad de la viuda que está encinta, y para cualquier diligencia que se practique debe ser oída.

Por otra parte, si la viuda sufre el aborto, o bien, no resulte cierto el embarazo, aquella no estará obligada a devolver las cantidades que recibió por concepto de alimentos.

Ahora bien, en el supuesto que la viuda no de aviso de la existencia de su embarazo, ni de la fecha en que se dará el parto, ello no debe de perjudicar la legitimidad del hijo, si por otros medios legales puede acreditarse la filiación con el autor de la sucesión.

Así entonces, si el hijo nace dentro de los 300 días siguientes al fallecimiento del autor de la sucesión se presume que el *de cuius* es el padre, en aplicación de las

hipótesis normativas previstas en los artículos 324 y 383 del Código Civil para la Ciudad de México; o bien, en caso de duda de la paternidad se pueden ofrecer las pruebas que el avance de los conocimientos científicos pudiera ofrecer; en los términos de lo dispuesto en el artículo 326 del ordenamiento civil en cita, que a la letra se menciona:

Artículo 326. El cónyuge varón no puede impugnar la paternidad de los hijos alegando adulterio de la madre, aunque ésta declare que no son hijos de su cónyuge, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o que demuestre que no tuvo relaciones sexuales dentro de los primeros ciento veinte días de los trescientos anteriores al nacimiento.

Tampoco podrá impugnar la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge mediante técnicas de fecundación asistida, si hubo consentimiento expreso en tales métodos.

4.3 Los casos de inseminación artificial y métodos de reproducción asistida que tiene lugar después de la muerte del autor de la herencia

El maestro Ernesto Gutiérrez y González, define la inseminación artificial como: “el encuentro del espermatozoo y el óvulo, en el genital adecuado de la hembra, útero, por la introducción del espermatozoo del macho, con el empleo de medios mecánicos, esto es, sin necesidad de coito”.¹⁰³

Es decir, ésta introducción del espermatozoo se logra con el sólo empleo de medios mecánicos, y sin la penetración de genital del macho en la vagina de la hembra, como se desprende del anterior concepto aplicable a todas las especies de seres

¹⁰³ Gutiérrez y González, Ernesto, *op. cit.*, nota 9, p. 275.

vivos que se reproducen a través del depósito del esperma del macho en el genital adecuado de la hembra.

Por ello, se debe precisar que, si se aplica a cualquier ser que se reproduzca por este medio, racional o no, será inseminación artificial en seres, pero si se determina que es en ser humano, entonces cobrará especiales características y se estará en una de las especies de la misma.

En cuanto a las formas de la inseminación artificial tenemos las siguientes:

- a) Autoinseminación o inseminación homóloga, que es la que se practica dentro del matrimonio, o del concubinato, inseminando a la esposa o concubina con el semen o esperma de su pareja.
- b) Heteroinseminación o inseminación heteróloga, que puede a su vez revestir dos subclases:
 - a. En mujeres casadas o en concubinato;
 - b. En mujeres solteras.

En los dos casos anteriores se practica la inseminación con el semen de un mal llamado “donador”.¹⁰⁴

Respecto de esta terminología empleada, resulta del toda impropia, ya que el artículo 2332 del Código Civil para la Ciudad de México, establece lo siguiente:

Artículo 2332. Donación es un contrato por el que una persona transfiere a otra, gratuitamente una parte o la totalidad de sus bienes presentes.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 279.

En este caso, es aconsejable que se utilicen los términos “*tradens*”, para el que transmite, y “*accipiens*” para quien recibe.¹⁰⁵

Aunado a lo anterior, en relación al hijo póstumo, es preciso mencionar que para que se lleve a cabo la ejecución de las técnicas de producción asistida; es necesario el consentimiento del llamado donante y de la receptora. Este consentimiento debe darse de manera expresa para que el hijo póstumo pueda tener una relación con el padre biológico.

Ahora bien, si la inseminación artificial homóloga, ocurre luego del fallecimiento del marido (inseminación *post mortem*) este procedimiento es factible, ya que existen técnicas médicas que permiten conservar el semen y utilizarlo mucho tiempo después de fallecido el marido.

Respecto de los temas de reproducción humana asistida, es de indicar que en la Ciudad de México no existe una regulación específica y solo se hace mención a ellos en el Código Civil.

4.4 El concepto de hijo póstumo que acogen algunos Códigos Civiles del país y derechos que se le reconocen a aquél

Como ya lo mencionamos con anterioridad, en materia sucesoria, haciendo un análisis de los Códigos Civiles de las entidades federativas que conforman el país, podemos decir que la mayoría de ellos, no contienen la definición de lo que es un

¹⁰⁵ *Ídem.*

hijo póstumo y un hijo preterido, sino que sólo se concretan a diferenciar los derechos que le corresponden a uno y al otro respectivamente.

Ahora bien, sólo hay dos legislaciones Civiles locales, que son el Código Civil para el Estado de Jalisco y el Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Puebla, que otorgan el concepto de hijo póstumo, mismas que analizaremos a continuación.

4.4.1 Código Civil del Estado de Jalisco

El Código Civil para el Estado de Jalisco, además de hacer la distinción entre los derechos que le corresponden al hijo preterido y al hijo póstumo (entendiéndose este último también al hijo nacido después de que el *de cujus* otorgó su testamento), es uno de los dos Códigos Civiles del país que acertadamente emiten una definición de hijo póstumo, atendiendo a la etimología y uso original de la palabra *póstumus*, de la siguiente manera:

Artículo 2706. 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.

Como puede observarse dicha hipótesis normativa tiene el mismo contenido del artículo 1375 del Código Civil para la Ciudad de México, el cual se ha repetido sin ningún análisis en diferentes obras que tratan el tema del derecho del preterido.¹⁰⁶

Es preciso mencionar que el heredero preterido, es aquel llamado heredero forzoso, porque es omitido en el testamento, sin embargo, el citado Código Civil

¹⁰⁶ De Ibarrola, Antonio, *Cosas y sucesiones*, 14ª ed., Porrúa, México, 2004, p. 830.

salvaguada en todo momento sus derechos hereditarios, respetando en todo momento el testamento.¹⁰⁷

Artículo 2707. No obstante, lo dispuesto en el artículo que antecede, el hijo póstumo tendrá derecho a percibir íntegra la porción que le correspondería como heredero por sucesión legítima si no hubiere testamento, a menos que el testador hubiere dispuesto expresamente otra cosa.

El hijo póstumo tendrá derecho a percibir la porción que le correspondería como heredero por sucesión legítima, si no hubiere testamento y sólo será excluido del derecho a heredar si el testador hubiese expresamente dispuesto otra cosa.

Ahora bien, el artículo 2728 del ordenamiento que se analiza, precisa lo que debe entenderse como hijo póstumo, el cual establece lo siguiente:

Artículo 2728. Es hijo póstumo:

- I. El nacido después de la muerte del testador; y
- II. El nacido en vida de su padre o de su madre después que aquél o ésta hayan otorgado su testamento, si no existe disposición expresa en el sentido de desheredarlo.

Efectivamente, no solo será hijo póstumo aquel nacido después de la muerte del autor de la sucesión, sino también se considera como tal al nacido en vida de su padre, después de que su progenitor haya otorgado testamento, siempre y cuando no haya disposición expresa en el sentido de desheredarlo.

¹⁰⁷ De Pina Vara, Rafael, *op. cit.*, nota 59, p. 336.

4.4.2 Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Puebla

El Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Puebla, es el segundo ordenamiento que además de establecer la diferencia entre los derechos del hijo preterido, hijo póstumo e hijo nacido después de que el *de cuius* otorgó su testamento, define al hijo póstumo de acuerdo a lo siguiente:

Artículo 3112. El preterido de las personas enumeradas en el artículo 3107, tendrá solamente derecho a que se le dé la pensión alimenticia que le corresponda, subsistiendo el testamento en todo lo que no perjudique ese derecho.

Artículo 3107. Toda persona tiene derecho de disponer libremente de sus bienes por testamento, a título de herencia o legado; pero el testador debe dejar alimentos a las personas que se mencionan en las fracciones siguientes:

- I. A los descendientes menores de dieciocho años;
- II. A los descendientes que estén imposibilitados para trabajar cuando fueren mayores de dieciocho años;
- III. A los mayores que se encuentren en el supuesto previsto en el artículo 499;
- IV. Al cónyuge supérstite varón que esté impedido para trabajar;
- V. Al cónyuge supérstite mujer mientras no contraiga matrimonio;
- VI. A la persona con quien el autor de la herencia haya vivido en la situación prevista por el artículo 297 de este Código, que se encuentre, respectivamente, en cualquiera de los casos a que se refieren las dos fracciones anteriores;
- VII. A los ascendientes.

En caso de que no se dejen alimentos en el testamento, éste será declarado testamento inoficioso, el cual no constituye una acción de ineficiencia, sino tan sólo de disminución de la porción hereditaria correspondiente a los herederos instituidos por el testador.

Por otra parte, el ordenamiento que se comenta, precisa en el artículo 3115 lo siguiente:

Artículo 3115. Es hijo póstumo:

I. El nacido después de la muerte del testador; y

II. El nacido en vida de su padre o de su madre después que aquél o ésta hayan otorgado su testamento.

En consecuencia, no solo será hijo póstumo aquel nacido después de la muerte del autor de la sucesión, sino también será aquel que haya nacido en vida de sus progenitores después de que hayan otorgado testamento.

En relación al tema que nos ocupa, es importante referirnos a la siguiente tesis emitida por los Tribunales Colegiados, desde la octava época que es importante para el tema que se investiga:

Registro No. 208440

Localización:

Octava Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

XV-II, Febrero de 1995

Página: 349

Tesis: VI.1o.215 C

Tesis Aislada

Materia(s): Civil

HIJO PÓSTUMO. PUEDE TAMBIÉN TENER ESE CARÁCTER EL QUE NACE DESPUÉS DE OTORGADO EL ÚLTIMO TESTAMENTO. (LEGISLACIÓN ANTERIOR DEL ESTADO DE PUEBLA).¹⁰⁸

Interpretando el concepto de hijo póstumo humana y jurídicamente, debe entenderse para los efectos del derecho hereditario, que lo es no solamente aquél que nace después de la muerte del padre, sino también el que nace después de otorgado el último testamento, aun cuando el padre viva, si no existe disposición expresa de este último en el sentido de desheredarlo, pues ello constituye una excepción prevista por la ley a la libertad de testar a que se refiere el artículo 3164 del Código Civil del Estado de Puebla, toda vez que el artículo 3175 del mismo ordenamiento, dispone que el hijo póstumo tiene derecho a percibir íntegra la porción que le correspondería como heredero legítimo si no hubiera dispuesto expresamente otra cosa.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 325/89. Gloria Andrea Silva Lobato, por su representación. 10 de enero de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Enrique Dueñas Sarabia. Secretaria: Irma Salgado López.

De acuerdo con dicha tesis, el derecho que tiene el hijo póstumo a recibir la porción hereditaria que le correspondería como heredero legítimo; dicha determinación es una excepción al principio de la libre testamentifacción.

¹⁰⁸ Tesis VI.1o.215 C, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, febrero de 1995, p. 349.

En cambio, el Código Civil para la Ciudad de México, no menciona un concepto de hijo póstumo, tan es así que la tesis en referencia, precisa que se considera póstumo aquel que nació después de otorgarse testamento.

Sin embargo, este Código Civil del Estado de Puebla a diferencia de los demás Códigos Civiles locales de la República Mexicana, va más allá del sólo hecho de proteger a los hijos póstumos, otorgándoles el derecho para percibir íntegra la porción que le correspondería como heredero por sucesión legítima; sino que en caso de que algún hijo póstumo sea preterido, el testamento quedará sin efecto.

Así lo establece el artículo 3116 cuyo texto es el siguiente:

Artículo 3116. En el caso de hijos póstumos son aplicables las siguientes disposiciones:

I. El nacimiento del hijo póstumo, a que se refiere la fracción I del artículo anterior, que sea preterido en el testamento de su padre, deja sin efecto ese testamento, debiéndose transmitir los bienes de aquél, según las disposiciones legales que regulan la sucesión legítima, a menos que el testador hubiese dispuesto expresamente refiriéndose al póstumo mismo, que es su voluntad que éste no lo herede; y

II. Por el nacimiento de los hijos póstumos, a que se refiere la fracción II del artículo anterior, caduca y queda sin efecto el testamento hecho por su padre o madre, y se considerará que ésta o aquél, en su caso murieron *ab intestato*.

De acuerdo con dicho ordenamiento, el hijo póstumo que nace después de la muerte del testador, origina que el testamento quede sin efecto y se abra la sucesión legítima para que el hijo póstumo reciba íntegra su porción hereditaria;

excepto que el testador hubiera dispuesto expresamente que es su deseo que el hijo póstumo no herede.

Ahora bien, cuando se trata del hijo póstumo nacido en vida de su padre o de su madre después que aquel o ésta haya otorgado testamento, la consecuencia será que caduca el testamento y queda sin efectos y se considerará que el testador (a) murieron *ab intestato*.

Por otra parte, encontramos que respecto del hijo póstumo se regulan también otros efectos, como es el derecho a ejercer la acción de investigación de la paternidad. En ese sentido se ha pronunciado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis que se cita a continuación:

Registro No. 225164
Localización:
Octava Época
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
XV-II, Febrero de 1995
Página: 349
Tesis: VI.1o.215 C
Tesis Aislada
Materia(s): Civil

PATERNIDAD, INVESTIGACIÓN DE LA. PUEDE INTENTARLA UN HIJO PÓSTUMO. (LEGISLACIÓN DE COLIMA).¹⁰⁹

Si bien el artículo 388 del Código Civil de Colima establece, como regla general, que la acción para investigar la paternidad sólo puede

¹⁰⁹ Tesis VI.1o.215 C, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, febrero de 1995, p. 349.

intentarse "en vida de los padres", es inexacto que aquella no pueda ejercitarla un hijo póstumo. Porque, en efecto, como el propio precepto establece la excepción a dicha regla referente a que cuando el padre hubiera muerto durante la menor edad de los hijos, éstos podrán plantear la mencionada acción hasta antes de que hubieran transcurrido cuatro años de que hubieran alcanzado la mayoría de edad, ello significa que aun cuando la cuestión constituye en sí un problema personalísimo, ni siquiera se ocupa que el padre esté vivo para responder de la demanda, máxime que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 22 de la legislación en comento, desde el momento en que el individuo es concebido, entra bajo protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el citado Código Civil, por lo que es lícito concluir que la cuestionada minoría de edad debe extenderse hasta el momento de la concepción. Además, si el propio legislador consideró un caso de excepción a la aludida regla general, no hay razón para pensar que ésta sea rígida e inflexible. Lo que se corrobora por el hecho de que la misma Suprema Corte en un caso similar estimó que si para cuando se emplazara al demandado éste ya falleció, la demanda debe considerarse que se presentó oportunamente (Informe de 1980, Segunda Parte, Sala Auxiliar, página 17). Si a lo anterior se agrega la circunstancia relativa a que existen múltiples indicios que debidamente enlazados producen convicción de que el demandado sí participó en el evento de la concepción del actor (los testigos,

siendo empleados del padre, fueron uniformes sobre las relaciones extramaritales entre la madre del quejoso y el demandado; el doctor que intervino en el parto declaró que el aludido demandado pagó los gastos correspondientes y se mostraba contento con el embarazo de la señora; la recepcionista del propio médico corroboró lo anterior; se encontró ropa de la señora en el departamento del demandado; igualmente se hallaron retratos de ella, etcétera), procede concluir que sí quedó comprobada la acción de investigación de la paternidad.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL
TERCER CIRCUITO.

Amparo directo 1136/89. Aurora de la Cruz Landín. 4 de mayo de 1990. Mayoría de votos de Jorge Figueroa Cacho y María de los Ángeles E. Chavira Martínez. Disidente: Carlos Hidalgo Riestra. Ponente: María de los Ángeles E. Chavira Martínez. Secretario: Miguel Lobato Martínez.

4.5 Derecho Comparado

Como ciencia, el derecho está regido por una serie de principios básicos permanentes, pero que, variando las culturas y las tradiciones de cada lugar o región, son aplicados de distinto modo, además hay que tener en cuenta que en cada lugar pueden existir excepciones a esas reglas, considerando que el derecho como ciencia persigue la justicia, para que, por medio de éste se logre el principio de conferir a cada quien lo que le corresponde.

Es preciso hacer un análisis de derecho comparado de los ordenamientos civiles de algunos países con el ordenamiento mexicano vigente, para tener una mejor

visión contemporánea en cuanto a la materia de sucesiones, y para poder estudiar si nuestra legislación civil mexicana se encuentra actualizada o simplemente se ha basado en otros sistemas jurídicos sin tomar en cuenta las necesidades sociales.

El derecho tiene como su principal herramienta a la ley, siendo la finalidad de esta el brindar seguridad a las relaciones jurídicas entre las personas, tanto el derecho como la ley tienen excepciones, pero éstas no deben de ir en contra de la naturaleza humana o del bien común.

Ahora bien, una de las figuras jurídicas que han suscitado controversia es la relativa al hijo póstumo. Como se ha venido comentando desde el inicio del presente trabajo de investigación, el hijo póstumo es aquel que nace con posterioridad a la muerte de su progenitor, sin embargo, existen legislaciones de diferentes Estados de la República y diferentes países que no regulan como tal el concepto de que es un hijo póstumo, simplemente hacen alusión al hijo póstumo en cuanto a sus derechos que le corresponderían o en cuanto si la pareja del *de cuius* quedara en cinta.

Aunado a lo anterior, consideramos que es indispensable comparar algunos de los sistemas jurídicos de algunos países, en lo referente al hijo póstumo, situación que se hace a continuación.

En ese orden de ideas, nos referiremos en primer lugar al Código Civil de Colombia, en el cual muy sucintamente menciona en sus artículos 232 y 233 las medidas para cuando la mujer de la pareja queda en cinta, que a la letra dicen:

Artículo 232. Hijo póstumo. Muerto el marido, la mujer que se creyere embarazada podrá denunciarlo a los que, no existiendo el póstumo, serían llamados a suceder al difunto.

La denuncia deberá hacerse dentro de los treinta días subsiguientes a su conocimiento de la muerte del marido, pero podrá justificarse o disculparse el retardo, como en el caso del artículo 225, inciso 3.

Los interesados tendrán los derechos que por los artículos anteriores se conceden al marido en el caso de la mujer recién divorciada, pero sujetos a las mismas restricciones y cargas.

Artículo 233. Derechos de la madre. La madre tendrá derecho para que de los bienes que han de corresponder al póstumo, si nace vivo y en el tiempo debido, se le asigne lo necesario para su subsistencia y para el parto; y aunque el hijo no nazca vivo, o resulte no haber habido preñez, no será obligada a restituir lo que se le hubiere asignado; a menos de probarse que ha procedido de mala fe, pretendiéndose embarazada, o que el hijo es legítimo.¹¹⁰

En el Código Civil de la República de Argentina, en su Capítulo VI, “De la división hecha por el padre o madre y demás ascendientes, entre sus descendientes”, ordena en su artículo 3529 lo siguiente:

Artículo 3529. El hijo nacido de otro matrimonio del ascendiente, posterior a la partición, y el hijo póstumo, anulan la partición. La exclusión de un hijo existente al tiempo de la partición, pero muerto sin sucesión antes de la apertura de la sucesión, no invalida el acto. La parte del muerto se divide entre los otros herederos.¹¹¹

¹¹⁰ *Código Civil de Colombia*, [Versión en Línea], Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/codigo_Civil_Colombia.pdf, Consultado el 01 de octubre de 2018, a las 11:00hrs.

¹¹¹ *Código Civil de Argentina*, [Versión en Línea], Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_de_la_Republica_Argentina.pdf, Consultado el 01 de octubre de 2018, a las 11:15hrs.

El Código Civil de España, en su Capítulo V, “Disposiciones comunes a las herencias por testamento. De las precauciones que deben adoptarse cuando la viuda queda encinta” y a la “reducción de donaciones”, en sus artículos 644, 959 y 964, que a la letra se ordena:

Artículo 644. Toda donación entre vivos, hecha por persona que no tenga hijos ni descendientes, será revocable por el mero hecho de ocurrir cualquiera de los casos siguientes:

- I. Que el donante tenga, después de la donación, hijos, aunque sean póstumos.
- II. Que resulte vivo el hijo del donante que éste reputaba muerto cuando hizo la donación.

Artículo 959. Cuando la viuda crea haber quedado encinta, deberá ponerlo en conocimiento de los que tengan a la herencia un derecho de tal naturaleza que deba desaparecer o disminuir por el nacimiento del póstumo.

Artículo 964. La viuda que quede encinta, aun cuando sea rica, deberá ser alimentada de los bienes hereditarios, habida consideración a la parte que en ellos pueda tener el póstumo si naciere y fuere viable.¹¹²

En el Código Civil Chileno, en su Capítulo “De las curadurías de bienes”, en su artículo 485, menciona lo siguiente:

Artículo 485. Los bienes que han de corresponder al hijo póstumo, si nace vivo, y en el tiempo debido, estarán a cargo del curador que haya sido designado a este efecto por el testamento del padre, o de un curador nombrado por el juez, a petición de la madre, o a petición de cualquiera de las personas que han de suceder en dichos bienes, si

¹¹² *Código Civil de España*, [Versión en Línea], Disponible en: <https://confi legal.com/20170703-codigo-civil/>, Consultado el 01 de octubre de 2018, a las 11:45hrs.

no sucede en ellos el póstumo. Podrán nombrarse dos o más curadores, si así conviniere.¹¹³

En el Código Civil de Ecuador, en sus artículos 243 y 244 menciona las reglas relativas al hijo póstumo, que a la letra dicen:

Artículo 243. Muerto el marido, la mujer que se creyere embarazada podrá denunciarlo a los que, no existiendo el póstumo, serían llamados a suceder al difunto. La denuncia deberá hacerse dentro de los treinta días subsiguientes al día en que tuvo conocimiento de la muerte del marido.

Artículo 244. La madre tendrá derecho para que de los bienes que han de corresponder al póstumo, si nace vivo y en el tiempo debido, se le asigne lo necesario para su subsistencia y para el parto. Y aunque el hijo no nazca vivo, o resulte no haber habido preñez, no estará obligada a restituir lo que se le hubiere asignado; a menos de probarse que ha procedido de mala fe, pretendiéndose embarazada, o que el hijo no fue del marido.

Y en su artículo 506, nos menciona sobre los bienes que han de corresponderle al hijo póstumo, si nace vivo y en el tiempo debido, el cual se menciona a continuación:

Artículo 506. Los bienes que han de corresponder al hijo póstumo, si nace vivo y en el tiempo debido, estarán a cargo del curador que haya sido designado al efecto por el testamento del padre, o de un curador nombrado por el juez, a petición de la madre, o a petición de cualquiera de las personas que han de suceder en dichos bienes, si no sucede en ellos el póstumo. Podrán nombrarse dos o más curadores si así conviniere.¹¹⁴

¹¹³ *Código Civil de Chile*, [Versión en Línea], Disponible en: http://ipra-cinder.info/wp-content/uploads/file/Legislacion/Chile/CODIGO_CIVIL_CHILENO.pdf, Consultado el 01 de octubre de 2018, a las 12:00hrs.

¹¹⁴ *Código Civil de Ecuador*, [Versión en Línea], Disponible en: <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ec/ec055es.pdf>, Consultado el 01 de octubre de 2018, a las 12:15hrs.

Como es de percatarse, en ninguno de los ejemplos mencionados se establece como tal la finalidad del presente trabajo de investigación, que es el de la inclusión de un nuevo concepto de hijo póstumo, en la legislación mexicana vigente. Sin embargo, referente al hijo póstumo, se mencionan algunas similitudes con el Código Civil para la Ciudad de México, las cuales se indicarán a continuación, haciendo una comparación con el ordenamiento mexicano vigente.

El Código Civil de Colombia, hace referencia a las medidas procedentes cuando al morir un varón se viuda quede embarazada, para que las consecuencias jurídicas generadas por esa muerte, particularmente en cuanto a lo sucesorio, se desprende que si la viuda cree haber quedado encinta, debe hacerlo del conocimiento del Juez instado para presidir la sucesión correspondiente, y éste, a su vez, lo hará saber a los interesados cuya participación en la herencia puede verse reducida y hasta excluida por los derechos del concebido, de conformidad con el artículo 1638 del Código Civil para la Ciudad de México, que a la letra dice:

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.

En cuanto al Código Civil de la República de Argentina, hace mención sobre la partición de la herencia por el nacimiento de un hijo póstumo.

Sin embargo, a este ordenamiento no se debe de olvidar que al momento de que fueron notificados los herederos, pueden pedir a la autoridad tomar las medidas conducentes a fin de evitar la suposición de parto, la substitución del nacido o el

nacimiento no viable de éste, pero cuanta medida se tome, deberá ser sin poner en riesgo el pudor y la libertad de la mujer, de conformidad con el Código Civil Mexicano vigente, que a la letra establece:

Artículo 1639. Los interesados a que se refiere el precedente artículo pueden pedir al juez que dicte las providencias convenientes para evitar la suposición del parto, la substitución del infante o que se haga pasar por viable la criatura que no lo es.

Cuidará el juez de que las medidas que dicte no ataquen al pudor, ni a la libertad de la viuda.

Respecto al Código Civil Chileno, tiene una similitud en cuanto a los bienes que deberán de corresponderle al hijo póstumo; estos estarán a cargo de un curador que el autor de la sucesión establezca en su testamento, siempre y cuando éste nazca vivo y en tiempo.

Efectivamente, en la Legislación Mexicana vigente se encuentra una similitud en cuanto a las características que debe de cumplir un hijo póstumo al momento de su nacimiento, el cual establece lo siguiente:

Artículo 337. Para los efectos legales, sólo se tendrá por nacido al que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo ante el Juez del Registro Civil. Faltando algunas de estas circunstancias, no se podrá interponer demanda sobre la paternidad o maternidad.

Es el mismo caso en el país de Colombia que en el país de Ecuador, respecto a la situación legal de la mujer de la pareja que quedara en cinta.

Ahora bien, el Código Civil de Francia, en sus artículos 960 y 966 mencionan lo siguiente:

Artículo 960. Todas las donaciones *inter vivos* hechas por personas que no tuvieran hijos o descendientes vivos en el momento de la donación, cualquiera que sea su valor y cualquiera que sea el concepto por el que hayan sido hechas, incluso recíprocas o remuneratorias, aunque hubieran sido hechas por razón de matrimonio por personas distintas de los ascendientes a los cónyuges o por los cónyuges entre sí, quedarán revocadas automáticamente por la superveniencia de un hijo legítimo del donante, aunque sea póstumo.

Artículo 966. El donatario, sus herederos o causahabientes u otros poseedores de las cosas donadas, solo podrán oponer la prescripción, para hacer valer la donación revocada por la superveniencia de un hijo, tras una posesión de treinta años que no comenzará a correr hasta el día del nacimiento del último hijo del donante, aunque sea póstumo; y esto sin perjuicio de las interrupciones que procedan con arreglo a derecho.¹¹⁵

Es decir, las donaciones *inter vivos* hechas por personas que no tuvieran hijos o descendientes vivos al momento de la donación, serán revocadas en caso de que existiera la supervivencia de un hijo legítimo del donante, aunque este sea póstumo.

4.6 Propuesta de inclusión a ciertas disposiciones relacionadas con el hijo póstumo en nuestro Código Civil para la Ciudad de México

En el desarrollo del presente trabajo, hemos visto la importancia que la ley le ha dado a los concebidos aún no nacidos incluyendo a los hijos póstumos, reconociéndoles ciertos derechos en materia de sucesiones.

¹¹⁵ *Código Civil de Francia*, [Versión en Línea], Disponible en: <https://es.scribd.com/doc/20568571/Codigo-Civil-Frances-Traducido>, Consultado el 01 de octubre de 2018, a las 12:30hrs.

Sin embargo, en materia sucesoria el Código Civil para la Ciudad de México, ha limitado los derechos que tienen los hijos nacidos entre el otorgamiento del último testamento y la muerte del testador, a quienes en su calidad de “hijos preteridos”, les otorga solamente el derecho de percibir alimentos.

Es importante señalar la necesidad de ampliar el concepto de hijo póstumo, para que este incluya no sólo a los hijos nacidos después de la muerte del testador, sino también al nacido en vida del testador, pero después del otorgamiento del último testamento, a efecto de que sean protegidos no sólo con el derecho de percibir alimentos, sino también de recibir la porción hereditaria que le correspondería como heredero legítimo, tomando como base dos legislaciones importantes que comprenden el territorio mexicano, como es la legislación del Estado de Jalisco y la legislación del Estado Libre y Soberano de Puebla, que a la letra se menciona:

Artículo 2708 del Estado de Jalisco:

Artículo 2708. Es hijo póstumo:

- I. El nacido después de la muerte del testador; y
- II. El nacido en vida de su padre o de su madre después que aquél o ésta hayan otorgado su testamento, si no existe disposición expresa en el sentido de desheredarlo.

Artículo 3115 del Estado Libre y Soberano de Puebla:

Artículo 3115. Es hijo póstumo:

- I. El nacido después de la muerte del testador; y
- II. El nacido en vida de su padre o de su madre después que aquél o ésta hayan otorgado testamento.

Con la finalidad de que la ley le otorgue los mismos derechos a los hijos nacidos después de que el testador haya otorgado testamento, que los que corresponden al hijo póstumo, consideramos que es necesario e importante adicionar al artículo 1377 del Código Civil para la Ciudad de México, la definición del “hijo póstumo”, tomando en cuenta la etimología, el uso original que le fueron atribuidos a dicha figura, y la base de los ordenamientos mencionados, para lo cual proponemos la siguiente redacción:

Artículo 1377. No obstante, lo dispuesto en el artículo 1375, el hijo póstumo tendrá derecho a percibir íntegra la porción que le correspondería como heredero legítimo, a menos que el testador hubiere dispuesto expresamente su voluntad para desheredarlo.

Se considera hijo póstumo:

- I. El hijo del testador, nacido después de la muerte de éste; y
- II. El hijo nacido en vida de su padre o de su madre después que aquél o ésta hayan otorgado testamento.

Además, proponemos suprimir el párrafo primero del artículo 1377, la parte que dice “...si no hubiere testamento...”.

Artículo 1377. No obstante, lo dispuesto en el artículo 1375, el hijo póstumo tendrá derecho a percibir íntegra la porción que le correspondería como heredero legítimo **si no hubiere testamento (suprimir)**, a menos que el testador hubiere dispuesto expresamente otra cosa.

Esto, a fin de evitar confusiones, pues podría entenderse tal como actualmente aparece su redacción, que el hijo póstumo sólo recibiría como heredero legítimo

en el supuesto de que no hubiere testamento. Cuando esté tendrá derecho a recibir su porción íntegra según le corresponda.

CONCLUSIONES

PRIMERA. El hijo póstumo, es aquella persona nacida después de la muerte del testador o nacido en vida de su padre o de su madre, después de que éste o aquella hayan otorgado testamento.

SEGUNDA. El Código Civil para la Ciudad de México, solo hace referencia al hijo póstumo como aquel que 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.

TERCERA. Conforme al Código Civil para la Ciudad de México, el hijo póstumo, tendrá derecho a recibir la proporción que le correspondería como heredero legítimo, en caso de que no hubiese testamento.

CUARTA. El concebido se encuentra bajo protección de la ley y se le tiene por nacido desde el momento de su concepción; por lo tanto, legalmente adquiere el carácter de heredero desde la muerte del *de cuius*, siempre y cuando *nazca vivo y viable*.

QUINTA. En relación al hijo póstumo, es importante precisar que la apertura de la herencia se inicia al momento de la muerte del autor de la sucesión. En ese momento se transmite jurídicamente la herencia a los herederos o legatarios, motivo por el cual los herederos deberán contar con personalidad jurídica al momento de la muerte del *de cuius* para tener derecho a la masa hereditaria.

SEXTA. La falta de personalidad es una de las causas de incapacidad para heredar, de conformidad con el artículo 1313 del Código Civil para la Ciudad de México.

SÉPTIMA. Los derechos sucesorios regulados en el Código Civil para la Ciudad de México, correspondientes al hijo póstumo son: derecho a heredar por sucesión legítima, derecho a recibir alimentos si no se le incluyó en el testamento, así como derecho a recibir donaciones.

OCTAVA. En el sistema jurídico mexicano, en la materia sucesoria, rige el principio de la libre testamentifacción, que consiste en el derecho de una persona de disponer libremente de todos sus bienes para después de su muerte, es decir, que el testador podrá dejar sus bienes a quien desee beneficiar a través de ese acto jurídico.

NOVENA. Una excepción al principio de la libre testamentifacción, es la obligación que le impone la ley al testador de dejar alimentos a las personas a quienes en vida debía proporcionárselos; y ante el incumplimiento de ese deber, el testamento será declarado inoficioso.

DÉCIMA. En el Derecho Romano se contemplaba como hijo póstumo, tanto a los hijos nacidos después de la muerte de su progenitor, como a los hijos nacidos después de haber sido otorgado el testamento; en cambio el Código Civil para la Ciudad de México, sólo regula como hijo póstumo a aquel que 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.

DÉCIMA PRIMERA. El ordenamiento citado en la conclusión anterior, regula un beneficio del hijo póstumo, que es el de ser considerado como heredero legítimo; situación que difiere en el caso del hijo nacido después de haber sido otorgado el testamento, quien tiene sólo el derecho de percibir alimentos.

DÉCIMA SEGUNDA. El hijo póstumo es regulado en los Estados de Jalisco y de Puebla, como aquel que nace después de la muerte del *de cujus* y el hijo nacido en vida de su padre o de su madre después que aquél o ésta hayan otorgado testamento, de donde se desprende una diferencia sustancial con la regulación del hijo póstumo en el Código Civil para la Ciudad de México.

DÉCIMA TERCERA. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha pronunciado que el hijo póstumo debe entenderse para los efectos del derecho hereditario, no solamente como aquél que nace después de la muerte del padre, sino también el que nace después de otorgado el último testamento, aun cuando el padre viva, siempre y cuando no exista disposición expresa de este último en el sentido de desheredarlo.

DÉCIMA CUARTA. Con la finalidad de que la ley le otorgue los mismos derechos a los hijos nacidos después de que el testador haya otorgado testamento, de los que corresponden al hijo póstumo, se considera que es necesario e importante adicionar al artículo 1377 del Código Civil para la Ciudad de México, la definición de “hijo póstumo”, tomando en cuenta la etimología y el uso original que le fueron

atribuidos a dicha figura jurídica, es decir, que también sea considerado como aquel nacido después de que el autor de la sucesión haya otorgado testamento.

DÉCIMA QUINTA. También se sugiere ampliar el concepto de hijo póstumo, para que éste incluya no sólo a los hijos nacidos después de la muerte del testador, sino también al nacido en vida del testador, pero después del otorgamiento del último testamento, a efecto de que sean protegidos no sólo con el derecho de percibir alimentos, sino también de recibir la porción hereditaria que le correspondería como heredero legítimo.

DÉCIMA SEXTA. Aunado a lo anterior, se propone que el artículo 1377 del Código Civil para la Ciudad de México, quede de la siguiente manera:

Artículo 1377. No obstante, lo dispuesto en el artículo 1375, el hijo póstumo tendrá derecho a percibir íntegra la porción que le correspondería como heredero legítimo, a menos que el testador hubiere dispuesto expresamente su voluntad para desheredarlo.

Se considera hijo póstumo:

- I. El hijo del testador, nacido después de la muerte de éste; y
- II. El hijo nacido en vida de su padre o de su madre después que aquél o ésta hayan otorgado testamento.

Además, proponemos suprimir el párrafo primero del artículo 1377, la parte que dice "...si no hubiere testamento", a fin de evitar confusiones, pues podría

entenderse tal como actualmente aparece su redacción, que el póstumo sólo recibiría como heredero legítimo en el supuesto de que no hubiere testamento.

BIBLIOGRAFÍA

- Arce y Cervantes José, *De las Sucesiones*, 10ª ed., Porrúa, México, 2014.
- Asprón Pelayo, Juan Manuel, *Sucesiones*, 2ª ed., Editorial McGraw-Hill/Interamericana Editores, S.A. de C.V., México, 2006.
- Baqueiro Rojas Edgar y Buenrostro Báez Rosalía, *Derecho Civil, Introducción y Personas*, Editorial Oxford, 1ª ed., México, 2009.
- Baqueiro Rojas Edgar y Buenrostro Báez Rosalía, *Derecho de Familia y Sucesiones*, 2ª ed., Editorial Harla, México, 2002.
- Baqueiro Rojas Edgar y Buenrostro Báez Rosalía, *Derecho Sucesorio*, 1ª ed., Editorial Oxford, México, 2007.
- Bialostosky, Sara, *Panorama del Derecho Romano*, 9ª ed., Porrúa, México, 2009.
- Bravo González, Agustín y Bialostosky Sara, *Compendio de Derecho Romano*, Editorial Pax – México, México, 1966.
- De Ibarrola Antonio, *Cosas y Sucesiones*, 14ª ed., Porrúa, México, 2004.
- De Pina Vara, Rafael, *Elementos del Derecho Civil Mexicano, Tomo II, Bienes, Derechos Reales y Sucesiones*, 13ª ed., Porrúa, México, 2004.
- Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Derecho Civil Sucesiones*, 2ª ed., Porrúa, México, 2013.
- Domínguez Martínez Jorge Alfredo, *Sucesiones, Presentación Breve e Ilustrada*, 2ª ed., Porrúa, México, 2015.
- Floris Margadant, Guillermo, *El Derecho Privado Romano*, 26ª ed., Editorial Esfinge, México, 2009.
- Galindo Garfías, Ignacio, *Derechos Reales y Sucesiones*, 2ª ed., Porrúa, México, 2004.
- Galindo Garfías, Ignacio, *Derecho Civil, 1er curso, Parte General, Personas y Familia*, 19ª ed., Porrúa, México, 2000.
- Gutiérrez y González Ernesto, *Derecho Sucesorio, Intervivos y Mortis Causa*, 6ª ed., Porrúa, México, 2006.

- Hernández Gil, Antonio, Obras completas, Tomo IV, *Derecho Reales / Derecho de las Sucesiones*, Editorial Patrocinada por el Banco Central, ESPASA-CALPE S.A., Madrid, 1989.
- Huber Olea, Francisco José, *Derecho Romano I*, 1ª ed., Editorial Iure, México, 2005.
- Magallón Ibarra, Jorge, *Instituciones del Derecho Civil, Tomo V, Derecho Sucesorio*, 1ª ed., Porrúa, México, 1990.
- Montero Duhalt, Sara, *Derecho de Familia*, 2ª ed., Porrúa, México, 1984.
- Pérez Contreras, María de Montserrat, *Derecho de Familia y Sucesiones*, Editorial Nostra, México, 2010.
- Rojina Villegas, Rafael, *Derecho de Sucesiones, Tomo IV, Derecho Civil Mexicano, Sucesiones*, 19ª ed., Porrúa, México, 2012.
- Vargas Pérez Francisco, *Teoría y práctica de las sucesiones*, Editorial Trillas, México, 2001.
- Zavala Pérez Diego Heriberto, *Derecho Familiar*, 2ª ed., Porrúa, México, 2008.

LEGISLACIONES

- Código Civil para la Ciudad de México.
- Código Civil para el Estado de Chihuahua
- Código Civil para el Estado de Coahuila de Zaragoza.
- Código Civil para el Estado de Jalisco.
- Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Puebla.
- Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Quintana Roo.
- Código Civil para el Estado de Tabasco.
- Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Tlaxcala.

PÁGINAS WEB

- Diccionario de Ciencias Políticas y Sociales: www.conf.unog-ch
- Glosario UNAM: www.archivos.juridicas.unam.mx
- Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM: www.juridicas.unam.mx
- Real Academia Española: www.rae.es
- Secretaría de Relaciones Exteriores: www.gob.mx/sre
- Código Civil de Colombia
https://www.oas.org/dil/esp/codigo_Civil_Colombia.pdf
- Código Civil de Argentina:
https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_de_la_Republica_Argentina.pdf
- Código Civil de España: <https://confilegal.com/20170703-codigo-civil/>
- Código Civil de Chile: http://ipra-cinder.info/wp-content/uploads/file/Legislacion/Chile/CODIGO_CIVIL_CHILENO.pdf
- Código Civil de Ecuador:
<http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ec/ec055es.pdf>
- Código Civil de Francia: <https://es.scribd.com/doc/20568571/Codigo-Civil-Frances-Traducido>