

421  
225



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

"LA CAPACIDAD PARA TESTAR  
Y LA ANTINOMIA DE LOS  
ARTICULOS 1307 Y 450 FRACCION II  
DEL CODIGO CIVIL"

T E S I S  
QUE PARA OPTAR POR EL TITULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO  
P R E S E N T A  
SALVADOR HERNANDEZ HERNANDEZ

MEXICO, D. F.

1993

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN





Universidad Nacional  
Autónoma de México



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

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

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

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

## INDICE GENERAL.

INTRODUCCION .....	1
--------------------	---

### CAPITULO I.

#### LA SUCESION HEREDITARIA, GENERALIDADES.

1. Concepto de sucesión .....	5
Inter vivos .....	7
Mortis causa .....	7
2. La sucesión hereditaria en el Derecho Romano .....	12
3. La sucesión hereditaria en el Derecho Francés .....	21
4. La sucesión hereditaria en el Derecho Español .....	26

### CAPITULO II.

#### LA SUCESION HEREDITARIA EN NUESTRA LEGISLACION.

1. Concepto de herencia .....	29
2. Sujetos de la herencia .....	36
Autor de la sucesión o de la herencia .....	36
Heredero .....	38
Albacea .....	47
Legatario .....	58
Interventor .....	65
3. Capacidad para heredar .....	69
4. Clases de sucesiones hereditarias .....	77
Sucesión Testamentaria .....	77
Sucesión Intestamentaria .....	79

**CAPITULO III.**  
**CAPACIDAD PARA TESTAR.**

1. Concepto de testamento .....	90
2. Características del testamento .....	93
3. Clases de testamento .....	100
4. Capacidad para testar .....	110

**CAPITULO IV.**  
**ANTINOMIA DE LOS ARTICULOS 450 FRACCION II Y 1307**  
**DEL CODIGO CIVIL Y SOLUCION QUE CONTEMPLA EL**  
**LEGISLADOR PARA RESOLVER LA APARENTE**  
**INCONGRUENCIA.**

1. Análisis del artículo 450 del Código Civil anterior a la reforma de 1992 .....	116
2. Análisis del artículo 1307 del Código Civil .....	124
3. Análisis del artículo 450 del Código Civil reformado .....	127
4. Antinomia de los artículos 1307 y 450 fracción II del Código Civil y solución que contempla el legislador para solucionar la aparente incongruencia .....	132
A) Reglas de la interpretación .....	132
B) Aplicabilidad de las excepciones a las reglas del precepto legal específico (artículo 11 del Código Civil) .....	136

<b>C) Casos de interpretación al respecto contempla la H. Suprema Corte, a la exteorización de la voluntad del testador</b> .....	<b>138</b>
<b>CONCLUSIONES</b> .....	<b>143</b>
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	<b>145</b>

## INTRODUCCION.

En el presente trabajo se analizará la importancia de la sucesión testamentaria en nuestro derecho, ya que el legislador le otorga al testador la facultad de disponer libremente de su patrimonio en favor de sus herederos o legatarios, sin embargo, para poder otorgar un testamento se tiene que tener capacidad jurídica.

En principio toda persona mayor de dieciséis años y aun los que estén perturbados de sus facultades mentales tienen capacidad para testar siempre y cuando estos últimos tengan intervalos de lucidez, sin embargo, a esta hipótesis de los incapaces el mismo legislador le ha puesto una limitación con la reforma que hizo al artículo 450 del Código Civil, esta incongruencia aplicable al otorgamiento del testamento, son el motivo esencial del presente trabajo titulado "La capacidad para testar y la antinomia de los artículos 1307 y 450 Fracción II del Código Civil."

La capacidad para testar y la antinomia de los artículos 1307 y 450 Fracción II del Código Civil, se encuentra dividido para su análisis en cuatro capítulos de la manera siguiente:

En la primera parte titulada "Sucesión hereditaria", presentaremos el concepto de la sucesión y clasificación así como su origen y evolución histórica.

En la Segunda parte, de nombre "La sucesión hereditaria en nuestra legislación", se tratará lo referente a la herencia y sus características, las personas que se consideran como sujetos de

la herencia, la capacidad que deben de tener estas personas para poder se herederos y los tipos de sucesiones que reglamenta la ley.

En el tercer apartado titulado "Capacidad para testar", analizaremos el concepto de testamento, sus características así como los tipos de testamentos que se encuentran regulados en México.

Por último en el capítulo cuarto denominado "antinomia de los artículos 1307 y 450 Fracción II del Código Civil y solución que contempla el legislador para resolver la aparente incongruencia", analizaremos el artículo 450 antes de ser reformado y posteriormente a dicha reforma referente a la incapacidad legal y natural, el artículo 1307 referente a la capacidad para testar y la oposición entre estos dos artículos, las formas de interpretación y la solución que contempla el legislador para resolver esta aparente incongruencia.

# **CAPITULO I LA SUCESION HEREDITARIA, GENERALIDADES**

## **1 CONCEPTO DE SUCESION**

**A) INTER VIVOS.**

**B) MORTIS CAUSA.**

El fenómeno de la sucesión es frecuentemente usado en el ámbito jurídico; cuando una persona transmite una propiedad a otra, se dice que el que la adquirió es un sucesor del anterior, porque ocupa su lugar para todos los efectos jurídicos; cuando se cede un crédito ya sea en forma onerosa o gratuita, el cesionario sucede al acreedor anterior en todas las relaciones jurídicas. Por esto, si en la sucesión hereditaria el heredero ocupa el lugar del autor de la herencia en todas sus relaciones patrimoniales, se dice que es sucesor.

Etimológicamente la palabra sucesión proviene del vocablo latino "SUCCESIO (acción y efecto de suceder en algo, sea material o inmaterial), es seguir, colocarse una persona en lugar de otra, sustituyendola."<sup>1</sup>

(1) Diccionario Lexico Hispánico. Enciclopedia ilustrada en la Lengua Española Tomo III, Editores Mexico, 1979, pág. 1309.



Por su parte, Rafael de Pina establece que la sucesión "es un conjunto de diversas disposiciones de derecho positivo relativas a la sucesión mortis causa, que a su vez indica la subrogación de una persona en los bienes y derechos transmisibles dejados a su muerte por otra."<sup>2</sup>

José Castan Tobeñas, define a la sucesión "como la sustitución de una persona en los derechos transmisibles de otra."<sup>3</sup>

Se debe distinguir el término sucesión en dos apartados, en sentido amplio y en sentido estricto. El primero consiste en cualquier cambio de sujeto en una relación jurídica; y el segundo es la transmisión de todos los bienes, derechos y obligaciones del difunto que no se extinguen con su muerte.

Por lo tanto Jurídicamente la sucesión supone al cambio del titular de un derecho, es decir, del "de cuius."

De lo expuesto por los autores antes citados, deducimos que existen dos tipos de sucesiones, a) Inter vivos, y b) Mortis causa, mismas que procederemos a analizar.

(2) DE PINA y Vara, Rafael, Diccionario de Derecho. Ed. Porrúa, México, 1977, pág. 349.

(3) CASTAN tobeñas, José, Derecho Civil Español Comun y Foral. Ed. Reus, Madrid, 1960, pág. 24.

## **A) SUCESION INTER VIVOS.**

Esta consiste en que ambas partes están presentes en la transmisión de un patrimonio entre sí o bien lo celebran por medio de un representante.

En este tipo de sucesión se puede ver la aplicación de varios contratos como el de donación, cuando el donante cede de manera gratuita una parte o la totalidad de sus bienes al donatario; así como en la compra-venta, cuando el vendedor transmite la propiedad de una cosa o un derecho a través de un pago cierto y en dinero; en la permuta, la cual consiste en que cada uno de los contratantes se cederán o transmitirán una cosa por otra.

## **B) SUCESION MORTIS CAUSA.**

Esta consiste en que el autor de la sucesión ha fallecido, es decir, ya no se encuentra con nosotros; concluyó su personalidad y su patrimonio pasa a uno o a varios titulares ya sea por medio de un testamento cuando el de cujus expresó su voluntad a través de éste la cual se denomina sucesión testamentaria; o cuando el autor de la sucesión no dejó disposición alguna llamándose a esta sucesión legítima o mejor dicho ab intestato.

El profesor Gutierrez y Gonzalez establece que a la sucesión mortis causa se le conoce como Derecho Sucesorio o Derecho

de las sucesiones y la define "como el Régimen Jurídico procesal que regula la transmisión de los bienes, derechos y obligaciones de una persona, a otra u otras, así como el cumplimiento de sus deberes declarados en el momento en que la primera fallece."<sup>4</sup>

Castan Tobeñas José, define a la sucesión mortis causa como "la sustitución de una persona en el conjunto de relaciones jurídicas transmitibles que correspondían, al tiempo de su muerte, a otra, o en bienes y derechos determinados dejados por el difunto."<sup>5</sup>

Tomando en cuenta la definición anterior, podremos decir que la sucesión mortis causa es la sustitución de una persona en los bienes, derechos y obligaciones transmisibles, dejados a su muerte por otra ya sea a título universal o particular adquiridos por medio de una sucesión testamentaria o intestamentaria.

La sucesión mortis causa, tiene tres elementos característicos los cuales son: El elemento personal, el real y el causal.

1.- El elemento personal, esta representado por el causante o también denominado autor de la herencia o testador en caso de sucesión testamentaria, y por el causahabiente o sucesor. La relación entre el autor de la herencia y el sucesor, es única y exclusivamente de la adquisición de la titularidad del patrimonio

(4) GUTIERREZ y Gonzalez, Ernesto, El Patrimonio Pecuniario y Moral o Derecho de la Personalidad y Derecho Sucesorio. Ed. Cajica, México, Pág. 521.

(5) CASTAN Tobeñas, José, Ob cit. pág 25.

del primero por parte del segundo, es decir, la transmisión de sus bienes, derechos y obligaciones del de cujus al sucesor.

2.- El elemento real, esta compuesto por el conjunto de bienes, derechos y obligaciones pertenecientes al autor de la herencia y que no se extinguen por su muerte.

3.- El elemento causal, es el llamamiento a suceder, es decir, la invitación a tomar la titularidad del elemento real a la persona con derecho a ella por voluntad expresa del testador, cuando éste haya dejado testamento, o por voluntad presunta del causante a través de la sucesión legítima.

Los tipos de sucesiones mortis causa, pueden ser constituidos por dos diferentes maneras: Por declaración unilateral de la voluntad o sucesión testamentaria, y por la ley o sucesión legal o legítima. La primera consiste en la sucesión de todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona física, que despues de fallecer es sucedida por la o las personas que aquella designó, a través de una manifestación unilateral de voluntad, conocida o designada como testamento. La segunda, consiste en que todos los bienes, derechos y obligaciones de la persona física, despues de que fallece, pasan a poder de la o las personas que determina la ley a falta de una manifestación testamentaria o voluntaria del que fué titular de esos bienes, derechos y obligaciones. Las cuales solo ahora menciono ya que mas adelante las estudiaremos con mayor detenimiento.

Por su parte, el Doctor Julian Güitron Fuentesvilla las clasifica en dos rubros o apartados "por sus efectos y por sus orígenes en si.

Por sus efectos se dividen en sucesión a título universal que es aquella en que todos los bienes se entregan a una persona llamada heredero quien se encargará y tendrá obligación de responder por ellos. También pertenece a este apartado la sucesión a título particular, la cual sólo responde a determinados bienes, y quien recibe se denominará legatario y éste será responsable solo de lo impuesto por el testador y puede adquirir de manera simple o también con una modalidad o carga.

Por su origen, se dividen en sucesión voluntaria o testamentaria y la sucesión legal o legítima. En la primera surge de la manifestación expresa del causante, y da lugar al acto universal, solemne y personalísimo del testamento, y la segunda queda sujeta al orden establecido por la ley, en la que participan miembros de la familia por ministerio de ley y en la prelación que la misma señala."

Pero hay un tercer apartado, la sucesión mixta, en donde el testador no dispone de la totalidad de su patrimonio, dejando algunos pendientes cuyo destino se resuelve ab intestato (de manera legítima).<sup>6</sup>

Clemente de Diego , señala "la diferencia que existe entre la sucesión mortis causa y la sucesión inter vivos, recordando que la primera puede ser universal y singular, mientras que la segunda no puede ser más que singular, pues la universal es un

(6) GÜITRON Fuentevilla, Jullan, Apuntes de Derecho Familiar, (IV curso de derecho civil) Facultad de Derecho, UNAM México, 1988.

desprendimiento o desviación de la entera personalidad patrimonial o del conjunto de derechos que ostenta una persona, esto no puede ser sino por la muerte; mientras la persona que vive no puede renunciar, no se le puede impedir el cumplimiento de su fin, para ello ha menester de medios, y justamente los más precisos son los jurídicos."<sup>7</sup>

En conclusión, se puede establecer que el fenómeno sucesorio que comienza con la muerte de una persona, quien deja vacante sus derechos y obligaciones y acaba cuando otros los reciban, el difunto, que da lugar a ese fenómeno con su fallecimiento, se denomina también causante, por que causa da lugar a la sucesión, y el que recibe los bienes y obligaciones se llama sucesor, en cuanto que sucede en ellos.

(7) CLEMENTE, Diego, Instituciones de Derecho Civil, tomo III, Ed. Porrúa, México, pág. 111

## **2. LA SUCESION HEREDITARIA EN EL DERECHO ROMANO.**

En el Derecho Romano, las normas sucesorias están relacionadas en forma íntima con el derecho de familia.

La sucesión romana no solo comprendía el patrimonio del difunto, sino incluía también los ideales, las simpatías y antipatías del difunto, el derecho continúa la entera personalidad del difunto y no solo su personalidad patrimonial.

El derecho romano nos ofrecía tres tipos de sucesiones que son las siguientes:

*a) La vía legítima o ab intestato.*

Que era la más débil, y se da cuando no hay testamento o no fue válido o el heredero repudia la herencia y no hay sustituto, en este caso la ley establece la forma en que debe repartirse el patrimonio entre los parientes.

*b) La vía testamentaria.*

Esta era más fuerte que la legítima ya que ésta se reiteraba inmediatamente cuando se presentaba un testamento.

*c) La vía oficiosa.*

La cual era la más fuerte, ya que corregía inclusive la repartición prevista por un testamento.

En la ley de las Doce Tablas, los romanos constituyeron formas como designar herederos, sobresaliendo dos situaciones, una por voluntad del de cujus o sucesión testamentaria y la otra por ministerio de ley o sucesión ab intestato.

#### **A) La sucesión ab intestato o por ministerio de ley.**

-Procedía cuando no había testamento o en caso de que lo hubiera se declaraba nulo, no válido, o cuando el heredero no quería o no podía aceptar la herencia, sin haberse previsto un sustituto en el testamento. En tales casos, se abría la sucesión por vía legítima y la ley prescribía como debía repartirse el patrimonio del difunto.

Desde las doce tablas, el ius civile preveía que, por vía legítima, la sucesión se ofrecería en primer lugar a los herederos sui "herederos de si mismos", es decir, a los que se volvían sui iuris por la muerte del autor de la herencia. Son por tanto, los hijos del difunto, salvo los emancipados que eran sui iuris; los nietos del difunto, en caso de muerte previa del padre de ellos, y también los póstumos siempre que hubiesen nacido dentro de los trescientos días, contados a partir de la muerte del de cujus. La herencia se reparte por cabezas si todos los herederos son de primer grado; si son de grados distintos, se reparten por estirpes; dentro de cada estirpe, por cabeza. En segundo lugar en caso de faltar los herederos sui, la herencia se ofrecía a los agnados, es decir, a los parientes por línea masculina. Las personas unidas al de cujus por vía femenina no contaban por la sucesión legítima del ius civile, ni siquiera los más cercanos. Sin embargo, un agnado, podía recibir la herencia por vía legítima, pero un hijo no



podía recibir por esa misma vía la herencia de su propia madre, siempre que ella no se hubiera convertido en agnada de sus hijos mediante un convenio inmanum (por la convenio inmanum la esposa llegaba a ser - jurídicamente hablando - " una hija de su marido " y por tanto, hermana y agnada de sus hijos). Las mujeres, en caso de ser agnadas del de cujus, debían tener con el difunto un parentesco de cuando más dos grados. La ley vocatio, de 169 a. de J.C., se refería por tanto, al agnado de décimo grado sobre la agnada de tercer grado. En tercer lugar, en caso de que no se repartiera la herencia entre agnados o estos la rechazaran, se ofrecía a la gens. Esta última figura no se sabe exactamente si tenía bienes propios, de suponerlo, las sucesiones de sus miembros, a falta de herederos testamentarios, heredan los sui y agnados, o en caso de reparación por los agnados más cercanos, quienes deben haber entrado en el patrimonio gentilicio.\*

El sucesor adquiría per universitatem; así tenemos que el patrimonio comprende dos partes: Los bienes son el activo, y las deudas representan el pasivo. Mientras el dueño del patrimonio tenga vida, sus acreedores tienen por garantía, no solamente sus bienes presentes, sino también sus bienes futuros, es decir, el producto de la actividad del deudor. Si la persona llegaba a morir, el derecho romano le da un continuador de su persona, llamado heredero, que en su lugar queda dueño del patrimonio y a pagar todas las deudas como si las hubiese contraído. Los acreedores encuentran en el nuevo deudor una garantía en su patrimonio, unido al difunto y el producto de su actividad en el porvenir.

\* Confrontar a MARAGDANT, Floris, El Derecho Privado Romano. Ed. Esfinge, México, 1979, pág. 455

Un triple interés se encuentra así satisfecho:

a) El interés del difunto. En ausencia del heredero, los acreedores que se posesionaban de los bienes de la sucesión y los vendían después en bloque, ("bonórum vendito")

manchaban de infamia la memoria del difunto. Ocurre todo lo contrario cuando hay un heredero, pues entonces es él quien paga los créditos, y si no interviene, los bienes de la sucesión se venden en su nombre, quedando en buen lugar la memoria del difunto.

b) El interés de los acreedores. Estos adquieren en la persona del heredero un nuevo deudor, quien debe pagar todas las deudas.

c) El interés religioso. Era de gran importancia por que aseguraban a cada familia la protección de los dioses manes, esto es, sus antepasados difuntos.<sup>8</sup>

### **B) La sucesión testamentaria.**

- Los requisitos que el derecho romano estableció para la existencia y validez del testamento son: que es un acto jurídico unilateral, solemne, revocable, designador de herederos y cuyos efectos se surtirán después del deceso de su autor.

(8) PETIT, Eugene, Tratado Elemental de Derecho Romano. Ed. Porrúa, México, 1984, Pág. 511.

La forma más antigua del testamento romano eran el testamento calitis comitiis y el testamento in procinctu.

**a) El testamento calitis comitiis.**

- Se hacía ante los comicios dos veces al año (el 24 de marzo y el 24 de mayo), con fines religiosos; formalizándose en forma de ley por voluntad del testador y autorización de toda la civitas o polis.

**b) El testamento in Procinctu.**

- Se celebraba antes de una batalla, se permitía a los soldados que hicieran su testamento, tomando por testigos a sus compañeros de armas. Esta ceremonia tenía a veces el papel de una discreta propuesta de los soldados contra órdenes de sus superiores, interesantemente peligrosas. \*

Los inconvenientes de dichos testamentos son que sólo se podían hacer dos veces al año o cuando se reunía la asamblea popular (comicios calados ); o bien cuando el ejército estaba en guerra, en los testamentos cualitis comitiis e in procinctu respectivamente. Y lo más relevante era que los plebeyos por su no pertenencia a los comicios ni al ejército veían limitado sus derechos para testar, al carácter de las solemnidades.<sup>9</sup>

\* Confrontar a MARAGDANT, Floris, El Derecho Privado Romano. Ed. Esfinge, México, 1979, pág. 455

(9) ob. cit. pág. 128

Al ver estas incomodidades, los romanos buscaron otras formas testamentarias que pudieran utilizarse en cualquier momento, y se introdujo el testamento mancipatorio o en forma de contrato, operando cuando el testador enajenaba su patrimonio en beneficio del eptor familiae, quien desempeñaba el papel de comprador del patrimonio y tenía la obligación de transmitirlo a los herederos, siendo estos irrevocables.

Y así aparecieron otros tipos de testamentos que por su complejidad solo los enunciaremos sucesivamente tal es el caso del militar, el del padre en favor de los hijos, el rural y en la época de peste.

Para hacer un testamento válido, el testador debía tener el derecho de testar, o testamenti factio que era la actitud legal para otorgar testamento y la testamenti factio pasiva o el ser instituido heredero.

Del concepto anterior se deduce dos formas de la capacidad testamentaria: La testamenti factio activa, o capacidad para formular un testamento y la testamenti factio passiva o capacidad para ser instituido heredero o legatario.

La testamenti factio activa consistía en que por regla general, todos los ciudadanos romanos y aquellas otras personas en posesión del ius commercii, titulares de un patrimonio y tenían capacidad para formar testamento.

No tenían la testamenti factio activa:

1) Los esclavos, los cuales estuvieron asimilados a las cosas, sin embargo, el derecho romano, estableció una excepción por cuanto permitía a los esclavos publicos disponer testamentariamente de la mitad de su peculio.

2) Quienes no tenían el ius commercii, entre otros, peregrinos, latinos, dedicticio etcetera.

3) Las personas alieni iuris, aún cuando los filii familias podían disponer mediante disposición testamentaria de su peculio castranse y cuasi castranse.

4) Aquellas personas que conforme a las reglas de la capacidad no tenían la capacidad de ejercicio, como los impúberes sui iuris, locos, salvo los que tenían intervalos lúcidos; los pródigos y hasta el emperador Adriano las mujeres.

Incapacidad de tipo singular eran las que tenían los intestables, en el derecho antiguo y los heréticos y apóstatas ya bajo la influencia de la doctrina cristiana.

Se puede agregar también los condenados a muerte, a los reos, a los condenados por libelos infamatorios y a quienes se hubiesen unido incestuosamente.

Los sordos, mudos y ciegos que tenían formas especiales de testar el derecho de justiniano.

La testamenti factio passiva. Partía del principio de todas las personas en plenitud de su capacidad de goce y ejercicio tenían capacidad de recibir en herencia o legado.

De acuerdo con las excepciones establecidas por la legislación romana carecía de la capacidad para ser instituidos herederos y legatarios.

1) Los esclavos, sin embargo, estos podían ser instituidos por sus dueños, manumentandolos simultaneamente, lo que les hacía adquirir la capacidad. Cuando se instituía un esclavo ajeno, era su dueño quien adquiría la herencia.

2) Quienes no tenían el ius commercii.

3) De conformidad con la ley vocatia plebiscitum del año 169 a. de c. las mujeres no podían ser instituidas herederas por ciudadanos de la primera clase, es decir, de aquellas que poseyeran una fortuna de cien mil ase o mas.

4) Las personas inciertas como los hijos póstumos y las personas morales; aun cuando estas dos últimas causas de incapacidad no existieron ya bajo el derecho de Justiniano.

5) Los intestábiles del derecho antiguo y los heréticos y apóstatas en el derecho del bajo imperio.

El instituido heredero debía ser capaz en dos momentos:

1.- En el momento de la confección del testamento,

2.- En el momento de la muerte del testador. No era necesario que tuviera capacidad durante el tiempo intermedio entre esos dos momentos atendiendo al principio sancionado por el derecho romano *media tempora non nocent*.<sup>10</sup>

En el entendido que el testamento para los romanos era el negocio jurídico de última voluntad solemne, unilateral y revocable por que una persona instituye uno o varios herederos con objeto de transmitir la titularidad de todos sus bienes, derechos y acciones, estos tenían que cumplir con ciertos requisitos para su celebración como el de ser ciudadano romano, con los tres status: familia, civilistatis y liberatis así como la capacidad para testar *testamenti factio activa* (capacidad para realizar el testamento) y la *testamenti factio passiva* (capacidad para recibir la herencia) que era de gran importancia para poder declararse válido un testamento.

(10) LEMUS García, Raul, Derecho Romano. Ed. Limusa, México, 1964, pág. 275.

### **3. LA SUCESION HEREDITARIA EN EL DERECHO FRANCES.**

La Revolución Francesa fue la que asentó las bases del derecho sucesorio sobre una base de igualdad. En primér término, despojó a los particulares de la facultad de alterar el orden sucesorio establecido por la ley y, además, desvinculó a la tierra de su afectación en ciertos patrimonios, permitiendo, en consecuencia, su libre enajenación y transmisión.

Surge en 1804 el Código Napoleónico donde se concluyó con los privilegios por razón de sexo; admitiendo la sucesión testamentaria, estableciendo asimismo la institución de la legítima la cual hizo ilusoria la libertad del testador.

Abolió la vinculación de la propiedad y a travez de la ley dictada por la asamblea constituyente el 8 de abril de 1791 aprobándola el convenio el 5 de enero de 1794 dando lugar a un célebre discurso de Mirebeau que fué leído una hora despues de su muerte, sentando las bases del derecho sucesorio actual.

La transmisión por causa de defunción en el derecho francés son: La sucesión testamentaria o por voluntad del testador y otro por prescribirlo la ley o sucesión legítima.

#### **a) La sucesión testamentaria.**

- De acuerdo al derecho frances según el artículo 895 del Código de Napoleón, define al testamento "como un acto revocable, por



el cual el testador dispone para su muerte de todos sus bienes o parte de ellos."

El derecho francés reconoce tres clases de testamentos: El testamento ológrafo, el testamento auténtico y el testamento cerrado. Existen, también, los testamentos llamados privilegiados, cuyas formalidades han sido simplificadas en razón de las circunstancias; siendo estos, el militar, el formulado o durante una peste o enfermedad contagiosa general, el testamento hecho durante un viaje marítimo, y en las regiones invadidas y el hecho en el extranjero. Salvo este último caso en que los franceses residentes en el extranjero pueden testar según la ley del país en que se encuentren, los testamentos privilegiados son provisionales y deben hacerse nuevamente, de acuerdo al derecho común, dentro de los tres meses siguientes, a la fecha en que el testador se encuentre en posibilidad para ello.

Dos o más personas no pueden testar mutuamente o en favor de un tercero en un mismo testamento. Este acto o negocio jurídico según se quiera ver puede ser revocado en su totalidad o parcialmente por un nuevo testamento o un acto notarial, siendo esto de manera expresa en el primer caso.<sup>11</sup>

La prohibición de los testamentos conjuntos o mancomunados se justifica por la necesidad de asegurar la revocabilidad del testamento; cada testador dejaría de revocar su testamento para

(11) BONNECASSE, Julian, *Elementos du Droit Civil*, tomo III. Ed. Mojica, México, 1984, págs. 356.

no dar lugar a la revocación del recíproco lo que equivaldría a la irrevocabilidad de los testamentos.\*

Respecto al testamento verbal o nun cupativo, su prohibición resulta del formulismo a que están sometidos los testamentos. Cuando más, el testamento verbal enjendra una obligación natural.

De acuerdo al Código de Napoleón, para poder otorgar un testamento se requiere estar en pleno ejercicio de sus facultades mentales.

Asimismo le permite a ciertas personas otorgar testamento como son:

- 1.- El menor de dieciseis años solo podrá disponer de sus bienes unicamente por testamento.
- 2.- Las mujeres casadas para hacer testamento no necesitan el consentimiento del marido.

Sin embargo, el mismo Código prohibía disponer de los bienes aun por testamento en los siguientes casos:

- 1.- Los menores de dieciseis años no podrán por donación ni por testamento disponer de sus bienes en beneficio de su tutor.

\* Confrontar a M. PLANIOL y Ripiet, Tratados Prácticos del Derecho Civil Frances, tomo V. Ed. Cultural, pág. 552.

2.- No podrá disponer de sus bienes aun cuando hayan alcanzado la mayoría de edad en favor de su tutor mientras no se apruebe la cuantía de la tutela exceptuándose a los ascendientes o descendientes que hayan sido tutores.\*

### **b) La sucesión legítima.**

- Los herederos adquieren de pleno derecho los bienes, derechos y acciones del difunto con deudas hereditarias (artículo 724 del Código Napoleónico de 1804). Teniendo la siguiente prelación para heredar: Parientes legítimos, hijas naturales, cónyuge supérstite y a falta de los anteriores, a la nación. Por haberse modificado este artículo ya mencionado, los herederos legítimos y naturales adquieren de pleno derecho los bienes, derechos y acciones del difunto con la obligación de pagar las deudas y cargas de la herencia. En cambio, el cónyuge supérstite y el estado deben pedir que se les ponga en posesión.

El Código Napoleónico establece en su artículo 902 "que toda persona puede disponer y recibir por donaciones entre vivos o por testamento, excepto aquellas que la ley declaraba incapaces."

Este mismo precepto legal señala quienes no pueden recibir por testamento, como son:

1.- Los hijos naturales, legalmente reconocidos no pueden recibir por testamento más de lo que les corresponde según el título de las sucesiones.

\* Confrontar BONNECASSE, Julian, *Elementos du Droit Civil*, tomo III. Ed. Mojica, México, 1984, págs. 379.

- 2.- Los hijos adulterinos no podrán recibir por testamento.
- 3.- Los doctores en medicina y cirugía, practicantes y farmacéuticos que hayan asistido a una persona en su última enfermedad.
- 4.- Los ministros de los cultos.
- 5.- La no viabilidad. En efecto, no solo es necesario existir sino además, ser viable. La no viabilidad supone necesariamente una vida artificial. No puede hablarse de existencia, por que el individuo existe; es una incapacidad de goce, que se confunde con la inexistencia misma y que produce al mismo resultado.

El artículo 910 establece que " Las disposiciones entre vivos o por testamento, hechas en beneficio de los establecimientos de beneficencia, de los pobres de un pueblo o de algún establecimiento de utilidad pública, solo producirán efectos cuando sean autorizadas por un decreto de gobierno.\*

\* .Confrontar BONNECASSE, Julian, Elementos du Droit Civil, tomo III. Ed. Mojica, México, 1984, págs. 380.

#### **4. LA SUCESION HEREDITARIA EN EL DERECHO ESPAÑOL.**

El maestro Antonio de Ibarrola cita que en España también se reguló el testamento, como lo establecía el Derecho Vicigodo como fuente del Código de Eurico. La ley Alarciana reguló, siguiendo el modelo romano, varias formas de testamento, y entre ellas un testamento hecha de palabra ante testigos, luego aparece uno que es escrito ante los mismos, pero solo podía ser firmado unicamente por el testador.

El testamento oral fué regulado por el Fuero Real así como el otorgado ante el escribano y solo podía ser escrito en pergamiños de cuero, papel o en tablas.

En las siete partidas del rey Don alonso se establecieron a las personas que no eran defendidos por las leyes para poder hacer testamento, las cuales eran:

1.- El hijo que estaba en poder de su padre o madre. Pero si fuese caballero u omeletrado, cualquiera de estos hijos, que haya de los bienes que son llamados peculio castrense o quasi castrense, podían hacer testamento.

2.- El moco (mozo) que es menor de catorce años y la moza que es menor de doce años ya que los que no eran de esta edad no había entendimiento cumplido.

3.- La madre que no estuviera en poder de su padre, ni de su abuelo no podían hacer testamento.

4.- El que hubiese perdido la memoria hasta que la hubiese recuperado, así como el desgastador.

5.- El mudo o el sordomudo desde su nacimiento no podía hacer testamento, pero si lo fuese por enfermedad o de otra manera y si podía escribir podía hacer testamento.

6.- Los que eran juzgados a muerte o eran desterrados tampoco podían hacer testamento.<sup>12</sup>

Habían dos etapas en una sucesión en el derecho español: La delación y la admisión hereditaria. De este modo, para que una persona pudiera adquirir una herencia, era requisito esencial que la misma le fuera diferida, bien sea por testamento o abintestato.\* Tanto en las siete partidas de Alonso el sabio como la Novísima Recopilación fueron regulados los testamentos abiertos o nuncupativos y los escritos o cerrados.

En la sucesión legítima, las partidas aceptaron la doctrina del derecho romano de la época de Justiniano y establecieron tres órdenes para determinar la sucesión en los bienes de los que fallecieron sin testamento, el orden integrado por descendientes y el de los colaterales. Sentado este principio, se dispuso que los parientes del primer orden excluyeran a los otros, y este en forma sucesiva.

(12) DON Alonso el IX, Las siete partidas del sabio rey, tomo II, partida 6, 1831, pág. 16.

\* .Confrontar a OTS y Capdequi, José Maria, Historia de derecho Español en America y del Derecho Indiano. Biblioteca Jurídica, Madrid, España, 1969, pág 60.

# LA SUCESION HEREDITARIA EN NUESTRA LEGISLACION

## 1. CONCEPTO DE HERENCIA.

Cuando una persona muere, alguno de sus derechos y obligaciones que tenía se extinguen (verbigracia los familiares o de personalidad y también ciertos patrimoniales como el uso o la habitación ), pero otros le sobreviven, pasando a sus sucesores. Estos que le sobreviven, forman su herencia.

De acuerdo con el tratadista Castan Tobeñas José, la palabra herencia ( del latin hereditas, en relación con herus, dueño) tiene dos acepciones: subjetiva una y objetiva otra.

Desde el punto de vista subjetivo, la herencia equivale a la sucesión hereditaria universal. Significa el fenómeno de subrogarse los herederos en la universalidad de los derechos y obligaciones del causante.

En su consideración objetiva, herencia es la suma o conjunto de bienes y relaciones patrimoniales que son objeto de la sucesión.<sup>13</sup>

En este último sentido, o sea, en el objetivo, debe aclararse que mientras el titular de un patrimonio vive, no puede hablarse de herencia. Por ello se ha podido decir que la herencia, es el nombre

(13) CASTAN Tobeñas José, Ob. cit. pág. 53.

que toma el patrimonio del causante de la sucesión "mortis causa".

Clemente de Diego, define la herencia como "el patrimonio del finado, diciendo que lo que en vida del titular se llama patrimonio, a su muerte se convierte en herencia."<sup>14</sup>

Para Rafael de Pina, la herencia, "es la sucesión universal mortis causa, en todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extinguen con la muerte."<sup>15</sup>

Según el artículo 1281 del Código Civil vigente, "la herencia es la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos los derechos y obligaciones que no se extinguen con la muerte

El maestro Gutierrez y Gonzalez, critica este concepto establecido en el Código Civil, puesto que la herencia no puede ser la sucesión en todos los bienes del difunto, por la sencilla razón de que el difunto es el muerto, y un muerto ya no puede ser titular de bien alguno. Lo que la ley trató de decir, es que la herencia es la sucesión en todos los bienes, derechos y obligaciones que fueron del autor de la misma, y que no se extinguen con su muerte.<sup>16</sup>

(14) CLEMENTE de Diego, Ob. cit. pág. 119.

(15) DE PINA, Rafael, Ob. cit. pág. 233.

(16) GUTIERREZ y Gonzalez, Ernesto, Ob. cit. pág. 520.



Tomando en cuenta las definiciones antes mencionadas podremos decir que la herencia, es el patrimonio transmitible del de cujus que no se extingue con la muerte. Subdiviéndose este concepto en los supuestos siguientes:

1.- Patrimonio transmitible, en virtud de que hay bienes y derechos que no se transmiten con la muerte, tal es el caso del nombre propio.

2.- No se extinguen con la muerte, pudiendo haber derechos que se extingan al fallecer, como por ejemplo un puesto político.

Por otra parte, la herencia cuenta con ciertas notas distintivas o características como son:

**1.- SOLO SE RIGE RESPECTO DE LOS BIENES DE AQUELLAS QUE FUERON PERSONAS FISICAS. NO RESPECTO DE LAS QUE FUERON PERSONAS MORALES:**

Todas las disposiciones que establece el Código Civil en los artículos 1281 a 1791, se refieren en manera exclusiva a la transmisión de los bienes que fueron de personas físicas, ya sea que les sucedan en la titularidad de los mismos, a otra u otras personas físicas, o bien una o varias personas morales, pero debe entenderse con precisión que, cuando "fallece" - usando el término en sentido metafórico- una persona "moral" para la transmisión de sus bienes no se aplican las normas que contiene el Código en materia de herencia.

Si desaparece una persona moral, la transmisión de los que fueron sus bienes, se hace a través del sistema que marca la ley para "disolución y liquidación" de la misma, pero no se aplica entonces las normas relativas de la herencia.

## **2.- LA HERENCIA SOLO PRODUCE EFECTOS MORTIS CAUSA:**

La sucesión de todos los bienes que fueron del ahora difunto, y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen con la muerte, sólo puede tener lugar, precisamente cuando la muerte de ese sujeto se consumó. Antes de que el titular de los bienes fallezca, no puede haber sucesión mortis causa, y por lo mismo, los que a su muerte llegaran a adquirir la titularidad de tales bienes, antes de ella no tienen derecho alguno sobre los que habrá de ser la masa hereditaria. Se llama masa hereditaria "al conjunto de bienes, derechos y obligaciones que han de transmitir a los herederos al momento en que fallece el que fue titular de los mismos."

Por ello, mientras una persona no fallece, aunque hubiera hecho su testamento, y los que en él hubieran sido designados herederos lo sepan, no tienen por ese hecho, derecho alguno sobre los bienes del autor del testamento en vida de este.

## **3.- LA HERENCIA CONSTITUYE UN JUICIO UNIVERSAL.**

Consiste en que el procedimiento sucesorio se hace extensivo a todos los bienes y derechos que fueron de la persona que fallece.

#### **4.- LA HERENCIA NO ES UNA PERSONA MORAL.**

Se discute si la herencia está dotada de personalidad moral. En nuestro caso la solución es negativa, de manera que sólo son personas morales aquellas que la ley reconoce.

El artículo 25 establece; son personas morales:

I La Nación, los Estados y los Municipios;

II Las demás corporaciones de carácter público reconocidos por la ley;

III Las sociedades civiles o mercantiles;

IV Los sindicatos, las asociaciones profesionales y los demás a que se refiere la fracción XVI del artículo 123 de la Constitución federal;

V Las sociedades cooperativas y mutualistas, y

VI Las asociaciones distintas de las enumeradas que se propongan fines políticos, científicos, artísticos, de recreo o cualquier otro fin lícito, siempre que no fueren desconocidas por la ley.\*

Por su parte, Leopoldo Aguilar Carvajal establece que no todos los derechos y obligaciones del autor de la herencia se transmiten

\* Confrontar a GUTIERREZ y Gonzalez, Ernesto, El patrimonio Pecuniario y Moral o Derecho de la personalidad y Derecho Sucesorio. Ed. Cajica, México, Págs. 549- 558

a los herederos. En efecto, no todos los derechos son patrimoniales, y como es natural, los derechos no patrimoniales, no se transmiten, Pero además, los derechos que si son patrimoniales, unos se transmiten y otros no.

A su vez la herencia tiene cinco estados o situaciones como son: Vavante, yacente, adida (aceptada), indivisa y divisa.

**Vacante**, es la herencia renunciada por la persona que tenía el derecho de aceptarla.

La herencia se define también como vacante cuando no existe heredero o es repudiada por quienes lo sean y por los sustitutos.

**Yacente**, aplicada a la herencia significa la situación en que esta se encuentra en el período comprendido entre la relación (de delatio, llamada a heredar) y la transmisión.

Dicho en otras palabras se entiende por herencia yacente el patrimonio de una persona fallecida, todavía no aceptada por la persona llamada a sucederla en calidad de heredera.

En nuestro derecho, la transmisión de la sucesión del caudal hereditario es automática. A la muerte del autor de la sucesión al momento que una persona fallece, al momento tiene derecho a sus herederos claro que tienen que aceptarla o repudiarla, pero en ambos casos hay una retrospección de efectos. Si la aceptan sólo están confirmando una sucesión transmisoria previa.

**Adida**, adir significa aceptar, es decir, la herencia en relación con la cual el heredero ha manifestado la voluntad de hacerla suya.

**Indivisa**, es como el nombre lo indica, la que esta pendiente de división que no ha sido toda vía dividida.

**Divisa**, es aquella cuya división se encuentra ya realizada.<sup>17</sup>

---

(17) DE PINA, Rafael, Elementos de Derecho Civil Mexicano, Ed. Porrúa, México, 1980, pág. 267.

## **2. LOS SUJETOS DE LA HERENCIA.**

Los sujetos de la herencia que conforman esta institución son:

- a) El autor de la sucesión o de la herencia.
- b) El heredero.
- c) El albacea.

Eventualmente pueden surgir dos elementos mas de la herencia, que son:

- a) El legatario.
- b) El interventor.

En seguida analizaremos cada uno de estos elementos:

### **a) EL AUTOR DE LA SUCESION O DE LA HERENCIA.**

El autor de la herencia, se le denomina como el de "cujus", que significa "de cuyos bienes se trata."

Arellano García define al autor de la sucesión, "como la persona física cuya muerte real o presunta origina el juicio sucesorio."<sup>18</sup>

Es tan importante el autor de la herencia que su voluntad va a producir efectos importantísimos en el juicio sucesorio. Si hay disposición expresa de él en un testamento o varios de estos que sean compatibles, se respetará su voluntad.

La herencia estará sujeta a su voluntad y se denominará testamentaria. A falta de disposición total o parcial de bienes habrá sucesión legítima, tal como lo establece el artículo 1282 del Código Civil vigente que a la letra dice:

Artículo 1282.-" La herencia se difiere por la voluntad del testador o por disposición de la ley. La primera se llama testamentaria y la segunda legítima."

El testamento, es un acto personalísimo, revocable y libre, por medio del cual una persona puede disponer de sus bienes y derechos y declara o cumple deberes para después de su muerte. Así mismo será respetada al máximo su voluntad.

Pueden testar todos aquellos a quienes la ley no prohíbe expresamente como lo establece el artículo 1305 del Código Civil vigente.

(18) ARELLANO García, Carlos, Procedimientos Civiles Especiales. Ed. Porrúa, México, pág. 20

El autor de la herencia, tiene en principio libertad y capacidad para testar, sin embargo, la ley prohíbe a ciertas personas realizar testamento como los menores de dieciséis años o los que no disfrutan de su cabal juicio como lo establece el artículo 1306 del Código Civil y que sólo hago mención ahora ya que en el capítulo tercero lo estudiaremos con mayor detenimiento en cuanto a la capacidad e incapacidad para testar.

En conclusión se puede decir que el autor de la sucesión, en la sucesión testamentaria, tiene el carácter de sujeto activo, en virtud de que participa directamente al realizar el testamento. En cambio, en la sucesión intestada tiene el carácter de sujeto pasivo, pues aquí su voluntad no participa directamente.

#### **b) EL HEREDERO.**

En el derecho romano el heredero, era considerado como el continuador de la persona del de cujus.

De acuerdo al artículo 1284 del Código Civil vigente, caracteriza al heredero por que adquiere a título universal y responde de las cargas de la herencia hasta donde alcance la cuantía de los bienes que hereda. Es propiamente el sucesor del de cujus, sustituido en la titularidad del patrimonio. Por tanto, es el heredero el que responde de las cargas de la herencia. Dicho en otras palabras el heredero suscita la idea de que esa persona es el sucesor del fallecido. De esta manera, se considera que el carácter de heredero, es una condición en la que se encuentra esta persona ya que sea por voluntad del testador o por disposición de la ley, será llamado a ser sucesor del difunto, el



que recibe la masa hereditaria y el que debe pagar las deudas. Podrá así mismo hacer cesión de sus derechos hereditarios, inclusive de la totalidad de los mismos, pero no de su condición de heredero.

A este respecto opina José Arce y Cervantes, por conservar su condición de heredero, sigue éste comprometido a cumplir otras obligaciones tales como encargarse de los funerales del autor de la herencia, velar por su fama y, en su caso, cumplir disposiciones no patrimoniales del mismo, y en general obligado en todos los demás deberes sin contenido económico y posible titular de derechos que no tengan este contenido y que sean independientes a la condición de heredero ya que nada de éste puede quedar comprendido en una cesión de derechos hereditarios.<sup>19</sup>

Por su parte Rafael de Pina, establece que el heredero puede definirse como "el sujeto que recibe a título universal, los beneficios de la sucesión, testamentaria o legítima."<sup>20</sup>

Eduardo Pallares lo define como "el sujeto que sucede en todos los derechos y acciones de la persona a quien sucede, y cuyos derechos se subroga."<sup>21</sup>

(19) ARCE y Cervantes, José, De las Sucesiones. Ed. Porrúa, México, 1983, pág. 59.

(20) DE PINA, Rafael, Ob. cit. pág. 253.

(21) PALLARES Eduardo, Diccionario de Derecho Procesal Civil, Ed. Porrúa, México, 1983. pág. 739.

El heredero responde de las cargas de la herencia hasta donde alcance la cuantía de los bienes que hereda. No responde, por consiguiente, de las obligaciones del causante mas alla del límite de lo heredado.

Para establecer la intitución de herederos se pueden dar las siguientes reglas:

**PRIMERA:** La institución no esta sujeta a términos especiales. Basta que se cumpla con los requisitos formales del testamento. Solo se exige que al o a los herederos designados se les identifiquen en forma indubitable, esto es, que no haya duda quien se refirió el testador.

**SEGUNDA:** la Institución de herederos puede hacerse en forma individual o colectiva. Se encuentra reglamentado en los artículos 1298 y 1299 que a la letra dicen:

Artículo 1298.-"Cuando el testador deje como herederos o legatarios a determinadas clases formadas por número ilimitado de individuos, tales como los pobres, los huérfanos, los ciegos, etc; se puede encomendar a un tercero la distribución de las cantidades que deje para ese objeto y la elección de las personas a quienes deban aplicarse, observándose lo dispuesto por el artículo 1330."

El artículo 1330.- "las disposiciones testamentarias hechas en favor de los pobres en general o del alma, se regirán por lo dispuesto en los artículos 75 al 87 de la Ley de Beneficiencia Privada. Las hechas en favor de las iglesias, sectas o instituciones

religiosas, se sujetarán a lo dispuesto en los artículos 27 de la Constitución Federal y 88 de la ya citada Ley de Beneficiencia."

Y el artículo 1299, establece que "el testador puede encomendar a un tercero que haga la elección de los actos de la beneficiencia o de los establecimientos públicos o privados a los cuales deban aplicarse los bienes que se legue con ese objeto, así como a la distribución de las cantidades que a cada uno correspondan."

TERCERA: Como un máximo de respeto a las creencias del testador en materia religiosa, el legislador le permite que teste en favor de su alma. Se encuentra reglamentado en el artículo 1330 ya antes mencionado.

CUARTA: Puede hacerse la intitución de herederos, con o sin expresión de la cuota que a cada uno de los herederos les corresponda. En este caso el testador no dice que porción de la masa hereditaria les debe corresponder a cada heredero instituido, se divide en partes iguales.

QUINTA. También puede instituirse como el heredero de un solo bien. En ese caso recibe el heredero el nombre de legatario.<sup>22</sup>

José Arce y Cervantes establece que existen otros modos para fijar la institución de heredero, la cual se puede dar por medio de la substitución de heredero que viene del latín "sub" e "instituto",

(22) GUTIERREZ y Gonzalez, Ernesto, Ob. cit. pág. 622

institución que esta debajo de otra y subordinada a ella. Jurídicamente es la subordinación de una persona (o derivadas) para que reciba la herencia (o legado) a falta o después del primer llamado. En realidad una institución de segundo grado.<sup>23</sup>

El Código Civil acepta esta institución de la substitución y así en su artículo 1472 determina que:

"Puede el testador substituir una o más personas al heredero o herederos instituidos, para el caso de que mueran antes que él, o de que no puedan o no quieran aceptar la herencia."

La institución de la substitución en México, puede ser de diversos tipos:

**DIRECTA O INMEDIATA.-** La cual consiste que cuando el heredero substituto recibe el beneficio por defecto del primer llamado (intituido) que no quiere o no puede recibir la herencia. De las dos liberalidades sólo se ejecutará una. Hereda el primer heredero instituido o el heredero sustituto pero no ambos; el substituto entra en lugar del instituido.

**SUBSTITUCION DE PRIMER GRADO DE HEREDERO.-** Puede el testador substituir por una o mas personas al heredero o herederos instituidos, por si llegaran a morir antes que el, o de que no puedan o no quieran aceptar la herencia.

(23) ARCE y cervantes, José, Ob. cit. pág. 78.

**SUBSTITUCION DE SEGUNDO GRADO DE HEREDERO.-** Esta se presenta cuando el testador designa a uno o a varios herederos, y al mismo tiempo designa a varios herederos sustitutos, por si falta el heredero, entre a substituirlo el que primero designe y si éste no pudiera heredar por cualquier causa, lo substituya el que designa en segundo lugar.

"El sustituto del sustituto."<sup>24</sup>

La institución de heredero puede ser pura y simple o tener modalidades entre las cuales podría estar la condición, entendiéndose esta en materia de obligaciones como "el acontecimiento futuro de realización incierta."

La condición en la institución de heredero pueden clasificarse en:

**CONDICION POTESTATIVA.-** Es el acontecimiento futuro de realización contingente, al que se sujeta la voluntad de la o las partes que intervienen en un acto jurídico, y del cual depende la eficacia o resolución de éste (el acto).

Esta condición se subclasifica en:

**a) Puramente potestativa.-** Es la que depende en lo absoluto de la persona que deba realizar la presentación en el acto jurídico, y por lo tanto al quedar a su libre arbitrio, la ley la prohíbe en el artículo 1944 diciendo que:

(24) ARCE y Cervantes, José, Ob. cit. pág. 78.

"Cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula."

**b) Simplemente potestativa.-** Supone a más de una manifestación de voluntad por parte del interesado, del cumplimiento de un hecho exterior, y por lo mismo no la prohíbe la ley.

**CONDICION CAUSAL.-** Es el acontecimiento futuro, de realización contingente que depende del azar, de la causalidad, o bien depende de la voluntad de un tercero no interesado en el acto, y del cual acontecimiento depende la exigibilidad o la extinción de derechos y obligaciones.

**CONDICION MIXTA.-** Es el acontecimiento futuro de realización contingente que depende de un acontecimiento ajeno a la voluntad de las partes que intervinieron en un acto, o bien que depende de ese acontecimiento ajeno a ellas, y de la voluntad de éstas, y de cual acontecimiento depende la eficacia o extinción de derechos y obligaciones.

**CONDICION POTESTATIVA.-** Es el acontecimiento futuro de realización contingente del cual depende la eficacia o resolución de derechos y obligaciones, que se enuncian en cuanto a su realización en forma positiva o negativa.

El artículo 1859 del Código Civil lleva todo lo anteriormente enunciado a la materia sucesoria, y así se tiene:

a) Principio general de aceptación de la condición en los términos del testamento. El artículo 1344 del Código dispone que:

"El testador es libre para establecer condiciones al disponer de sus bienes."

b) La condición potestativa. Se refiere el artículo 1352, cuando dispone que:

"Si la condición es puramente potestativa de dar o de hacer alguna cosa, y el que ha sido gravado por con ella ofrece cumplirla, pero aquél a cuyo favor se estableció rehusa aceptarla la cosa o el hecho, la condición se tiene por cumplida."

d) La condición causal y la condición mixta. Con relación a estos dos tipos de condiciones, la menciona el código en sus artículos 1356.

"Cuando la condición fuere causal o mixta bastará que se realice en cualquier tiempo, vivo o muerto, el testador, si este no hubiere dispuesto otra cosa."\*

Puede haber otras modalidades como es el término, mas sin embargo, ésta solo puede afectar a los legatarios, suspensivo o extintivo, puesto que se refiere a acontecimientos que deberán realizarse forzosamente, por lo que es seguro que existirá el derecho y, consiguientemente, ya entró el objeto del legado o

\* Confrontar a GUTIERREZ y Gonzalez, Ernesto. El patrimonio Pecuniario y Moral o Derecho de la Personalidad y Derecho Sucesorio. Ed. Cajica. México, págs. 627-630.

patrimonio del legatario y nunca opera con efectos retroactivos. Nunca puede afectar a los herederos.<sup>25</sup>

Por último se hace mención a ciertas reglas de interpretación de las disposiciones testamentarias en relación con la institución de herederos y son:

1.- En el caso que se instituyan varios herederos, sin designación de partes, se entienden instituidos por partes iguales.

2.- Cuando se hace una institución de herederos, designando a uno o a varios en forma individual y otros en forma colectiva, se reputan todos instituidos en forma individual, a menos que resulte contraria a esta interpretación del testador.

3.- Cuando el testador instituye como herederos a sus hermanos, sin designación de partes, la ley presume que heredarán como si se tratara de intestado.

4.- Cuando se instituyan herederos a una persona y a sus hijo, sin designación de partes, se entenderán llamados simultáneamente y en igual porción.

Sin embargo, el criterio que tiene que adoptar el legislador es el de buscar y respetar la voluntad del testador.

(25) AGUILAR Carbjal, Leopoldo; Ob. cit. pág. 16



### **c) EL ALBACEA.**

El albaceasgo por excepción no es de origen romano; no se hace mención a esta institución en el derecho primitivo y empieza a deslindarse en la época de Justiniano, pero sin llegar a precisarse. En cambio su desarrollo se encuentra en el derecho germánico y en el derecho canónico, durante la edad media.

Rafael de Pina, establece que la palabra albacea "es de origen árabe AL-WACI, que significa executor o cumplidor, también, históricamente, cabezalero, mansesor y fideicomisario."<sup>26</sup>

Por su parte, Rojina Villegas dice que el albacea "es la persona designada por el testador o por los herederos para cumplir las disposiciones testamentarias o para representar a la sucesión y ejercitar las acciones correspondientes al autor de la herencia."<sup>27</sup>

Leopoldo Aguilar Carvajal, lo define como "la persona nombrada por el testador, por los herederos o por el juez, que tiene como misión ejecutar y cumplir lo ordenado en el testamento, representar a la sucesión y administrar y liquidar el patrimonio del de cujus."<sup>28</sup>

De acuerdo con esta última definición se puede analizar de la siguiente manera:

(26) DE PINA, Rafael, Ob. cit. pág. 60.

(27) ROJINA Villegas, Rafael, Ob. cit. pág. 183.

(28) AGUILAR Carvajal, Leopoldo, Ob. cit. pág. 401.

1.- Es una persona nombrada por el testador, en virtud de que solo él por medio de un testamento pudo escogerlo, acontrario sensu sino de un testamento, no expresó su voluntad, no dejó herederos y mucho menos albacea.

2.- Puede ser nombrado por los herederos, pudiendo ser albacea uno de ellos, por el juez e incluso por el legatario cuando el testador no lo haya hecho en el testamento.

3.- Se nombrará al albacea con el objeto que represente a los herederos, administre la masa hereditaria y reparta la misma en partes iguales o conforme a la voluntad del de cujus.

El cargo de albacea reviste características claramente determinadas por la ley, entre las más destacadas se encuentran:

1.- Es un cargo voluntario, ninguna persona está obligada a ser albacea, pero una vez que acepta el nombramiento, está en la necesidad de llevarlo hasta el fin de sus funciones.

2.- Es renunciable, esta puede darse a conocer con justa o sin justa causa; en el primer caso, no perderá el albacea la remuneración señalada por el testador, por el desempeño de su cargo; en cambio la segunda, perderá lo que el testador le hubiere dejado ya sea como heredero o legatario.

3.- Personalísimo, significa que el designado no puede delegar su cargo a ninguna otra persona, sino que es el único responsable de las sanciones que la ley le encomienda.

4.- Remunerado, será la que haya señalado el testador, sino la señalo será el dos por ciento del importe liquido y efectivo de la herencia, y el cinco por ciento sobre los frutos industriales de los bienes de la herencia.

En los Códigos anteriores no era remunerado el cargo, por que asimilando al mandato, este era gratuito.<sup>29</sup>

Como el cargo de albacea es sumamente de confianza, con funciones que requieren una completa honorabilidad e imparcialidad, la ley establece en forma enumerativa en el artículo 1680, no pueden ser albaceas excepto en el caso de herederos únicos:

I Los magistrados y jueces que estén ejerciendo jurisdicción en el lugar en que se abre la sucesión;

II Los que por sentencia se hubiesen sido removidos otra vez del cargo de albacea;

III Los que hayan sido condenados por delitos contra la propiedad;

IV Los que no tengan un modo honesto de vivir.

En la actualidad no solo las personas físicas o individuales tienen capacidad para ser albaceas, sino también las personas morales,

(29) AGUILAR Carvajal, Leopoldo, Ob. cit. pág. 406.

debiendo recordarse que la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, del 3 de mayo de 1941, faculta a las instituciones fiduciarias, en los términos de la misma, para desempeñar el cargo de albacea.<sup>30</sup>

Será válido el no desempeñar el cargo una vez aceptado este si tuviere alguna excusa, debiéndolo hacer valer dentro de los seis días siguientes al que tenga conocimiento de su designación en el testamento; si se presentare una excusa después del término expresado, se tramitará y podrá obtenerse resolución favorable, pero responde de los daños y perjuicios que pudiera ocasionar.

Pueden excusarse de ser albaceas según el artículo 1698 del Código Civil:

I Los empleados y funcionarios públicos;

II Los militares en servicio;

III Los que fueren tan pobres que no puedan atender el albaceazgo sin menoscabo de su subsistencia;

IV Los que por mal estado habitual de salud, o por no saber leer ni escribir, no puedan atender debidamente el albaceazgo;

V Los que tengan sesenta años cumplidos;

(30) DE PINA, Rafael, Ob. cit. pág. 348.

## VI Los que tengan a su cargo otro albaceazgo.

El albacea tiene una serie de obligaciones como derechos que cumplir o hacer valer como son:

Respecto a las obligaciones se distingue entre las del llamado universal y las del particular.

Las del albacea universal son:

- 1.- La presentación del testamento.
- 2.- El aseguramiento de los bienes de la herencia.
- 3.- La formación de inventarios.
- 4.- La administración de los bienes y la rendición de las cuentas del albaceazgo.
- 5.- El pago de las deudas moratorias.
- 6.- La partición y adjudicación de los bienes entre los herederos y legatarios.
- 7.- La defensa en juicio y fuera de el, así como de la herencia como de la validez del testamento.
- 8.- La de representar a la sucesión en todos los juicios que hubieren de promoverse en su nombre o que se promovieren contra ella.

9.- Los de más que le imponga la ley.<sup>31</sup>

El Código le atribuye otras mas como son:

1.- Deducir todas las acciones que pertenezcan a la herencia.

2.- Entregar al ejecutor especial las cantidades o cosas necesarias para que cumpla la parte del testamento que estuviera a su cargo.

3.- Proponer al juez dentro de los quince días siguientes a la aprobación del inventario la distribución probicional de los productos de los bienes hereditarios, señalando la parte de ellos que cada bimestre deberá entregarse a los herederos o legatarios.

4.- Presentar el testamento si ha sido nombrado en esta forma y lo tiene en su poder, dentro de los ocho días siguientes a la muerte del testador.

5.- Formar el inventario dentro del término señalado por el Código de Procedimientos Civiles, bajo pena de remoción.

6.- Fijar, dentro del primer mes de ejercicio del cargo, de acuerdo con los herederos, la cantidad que haya de

(31) DE PINA, Rafael, Ob. cit. pág. 389.

emplearse en los gastos de administración y el número y sueldo de los dependientes.

7.- Rendir cada año cuentas del albaceazgo sin perjuicio de cuenta general.

También está obligado dentro de los tres meses contados desde que acepte su nombramiento, a garantizar su manejo, a través de una fianza, hipoteca o prenda, a su elección.

Cuando el albacea sea coheredero y su porción baste para garantizar, no estará obligado a presentar garantía especial, mientras que conserve sus derechos hereditarios.

Las obligaciones del albacea particular serán aquellas que en cada caso se desprendan de la naturaleza del cargo recibido.

El albacea no tiene sólo obligaciones sino también derechos.

Siendo el albacea una actividad retributiva en nuestra legislación, la percepción de la retribución constituye un derecho evidente del albacea; lo es, igualmente; el de que se le abone el importe de los gastos hechos por él en el cumplimiento de su cargo y, finalmente, el de libre ejercicio de su función que supone el de no ser separado de la misma fuera de los casos, en las circunstancias y con los requisitos legales preestablecidos al efecto.<sup>32</sup>

(32) DE PINA, Rafael, Ob. cit. pág. 390

En relación con la gestión del albacea, el Código Civil establece algunas prohibiciones y condiciones para realizar los siguientes actos:

1.- Venta de bienes para pago de deudas u otro urgente, sólo de acuerdo con los herederos y, si esto no fuere posible, con aprobación judicial. Si no hubiere dinero en la herencia para hacer pagos de deudas mortuarias, gastos de rigurosa conservación y administración de la herencia, créditos alimenticios, promoverá la venta de muebles. Podrá además asegurar los bienes inventariados cuando los bienes puedan deteriorarse; cuando sean de difícil y costosa conservación; cuando los frutos puedan ser vendidos en condiciones ventajosas. La venta de bienes hereditarios para el pago de deudas y legados se hará en pública subasta a no ser que la mayoría de los interesados acuerde con otra cosa.

2.- No pueden comprar o arrendar los bienes de la herencia para sí, sus ascendientes, mujer, hijos, hermanos por consanguinidad o afinidad, ni con licencia judicial ni en almoneda o fuera de ella, a menos (según debe entenderse) que, en caso de venta, los compradores parientes del albacea, sean coherederos.

Lo anteriormente mencionado si lo hiciere, al acto será nulo y suficiente para que se le remueva.



3.- Gravar o hipotecar los bienes (debe incluirse en afectarlos en fideicomiso) sólo con el consentimiento de los herederos o legatarios, en su caso.<sup>33</sup>

La figura del albacea puede clasificarse en:

- I. Atendiendo a que sea uno o varios;
- II. Atendiendo al origen de su designación;
- III. Atendiendo a sus facultades.

#### **I. ALBACEA ATENDIENDO A SU NUMERO.**

Se clasifica en:

**ALBACEA UNITARIO.-** Es la persona que tiene en forma exclusiva y única, encomendadas las facultades que conforme a la ley se confiere al albacea.

La ley le designa el nombre de universal a este tipo de albacea.

**ALBACEAS MANCOMUNADOS.-** De acuerdo al artículo 1692 determina que:

"Cuando fueren varios los albaceas nombrados el albaceazgo será ejercido por cada uno de ellos, en el orden que se hubiesen sido designados, a no ser que el testador hubiere dispuesto

(33) ARCE y cervantes, José, Ob. cit. pág. 186.

expresamente que se ejerza de común acuerdo por todos los nombrados, pues en este caso se considerarán mancomunados."

Si son de este tipo nunca podrán actuar de manera separada, de lo contrario sus actuaciones serán nulas conforme a lo dispuesto por el artículo 1693 del Código Civil vigente.

## **II. ALBACEA ATENDIENDO A SU ORIGEN DE DESIGNACION.**

Pueden ser:

**ALBACEA TESTAMENTARIO.-** Es la persona o personas que el testador designa expresamente en el testamento para desempeñar el cargo.

**ALBACEA CONVENCIONAL.-** Es el que designan, previo convenio, los herederos, ya sean testamentarios e intestamentarios.

**ALBACEA JUDICIAL.-** El artículo 1687 establece que:

"Cuando no haya heredero o el nombrado no entre en la herencia, el juez nombrará al albacea, sino hubiere legatarios."

## **III. ALBACEA ATENDIENDO A SUS FACULTADES.**

Se pueden clasificar en:

**ALBACEA SUCESIVO.-** Cuando haya varios albaceas, pero no entran todos de inmediato y mancomunados al desempeñar su

cargo y sino que entra uno primero y cuando éste termina el plazo de sus funciones, entra el segundo al desempeño del cargo, a éste último, se le llama sucesivo.

**ALBACEA ESPECIAL.-** Es la persona que el testador designa para que realice una función específica durante la tramitación del procedimiento sucesorio.

El cargo de albacea tiene para su cumplimiento el plazo de un año a partir de su aceptación o de que terminen los litigios que se promovieron sobre la nulidad o validez del testamento. Los herederos mediante causa justificada pueden prorrogar al albacea pero solo por otro año, pero es indispensable que haya sido aprobada la cuenta anual del albacea y que la prórroga sea aceptada por la mayoría que represente a las dos terceras partes de la herencia.<sup>34</sup>

El artículo 1745 del Código Civil vigente, establece las causas de terminación del cargo de albacea, como son:

- I Llegada del plazo natural del cargo;
- II Muerte;
- III Incapacidad legal declarada en forma;
- IV Por causa que el juez califique de legítima;

(34) GUTIERREZ y Gonzalez, Ernesto Ob. cit. pág. 691.

V Por término el plazo señalado por la ley y la prórrogas que se hubieren concebido para el desempeño de su cargo.

VI Por remoción.

De lo anterior puede surgir dos elementos de la herencia, los cuales son:

#### **A) EL LEGATARIO.**

Rojina Villegas, define al legado diciendo "que es la transmisión gratuita y a título particular hecha por el testador, de un bien determinado o susceptible de determinarse, en favor de una persona y a cargo de la herencia de un heredero o de otro legatario cuyo dominio y posesión se transmite en el momento de la muerte del testador."<sup>35</sup>

Por su parte, Gutierrez y Gonzalez, define al legado "como una disposición testamentaria en virtud de la cual el autor de la herencia establece que persona o personas determinadas, recibirán una cosa específica, una porción de bienes a título particular, o algún hecho o servicio determinado, ya que sea a título gratuito, con modalidad o carga, para después de su muerte."<sup>36</sup>

(35) ROJINA Villegas, Rafael, Derecho Civil Mexicano, Tomo IV, México, pág. 71.

(36) GUTIERREZ y Gonzalez, Ernesto, Ob. cit. pág. 633.

Rafael de Pina establece que el legatario "es la persona favorecida con un legado."<sup>37</sup>

Leopoldo Aguilar Carvajal define al legado "como la institución privada de la sucesión testamentaria, consiste en la transmisión a título particular y gratuito, de un bien concreto y determinado o determinable, o en un hecho o servicio, en favor de un legatario y que puede gravar a la sucesión, a un heredero o a un legatario."<sup>38</sup>

Se puede analizar la definición de la siguiente forma:

- a) Es una sucesión a título particular; por consecuencia, el legatario no continúa las relaciones patrimoniales del autor de la herencia, ni responde por las deudas hereditarias, sino solo en forma subsidiaria, cuando no haya instituido herederos, o los bienes que correspondan a los mismos no alcancen a pagar las deudas hereditarias.
- b) El legado, es a título gratuito, pero no excluye la posibilidad de que el legatario haya sido gravado por el testador con alguna carga; claro esta de menor valor que la cosa legada.
- c) La cosa legada debe ser determinada o determinable, ya sea a la persona o personas que se les va a entregar el legado

(37) DE PINA, Rafael, Ob. cit. pág. 263.

(38) AGUILAR Carvajal, Leopoldo, Ob. cit. pág. 320.

pudiendo ser este una cosa específica, una porción de bienes a título particular, o algún hecho o servicio determinado.

El legatario al igual que el heredero tiene que aceptar o renunciar al legado. Sin embargo hay un caso especial de renuncia al legado o renuncia a la herencia y aquí si aceptar una u otra. El artículo 1400 determina que:

"El heredero que sea al mismo tiempo legatario, puede renunciar la herencia y aceptar el legado o renunciar este y aceptar aquella."

La cosa legada deberá ser entregada con todos sus accesorios y en el estado en que se halle al morir el testador, siendo los gastos necesarios para la entrega a cargo del legatario, salvo lo dispuesto en contrario.<sup>39</sup>

El legatario no podrá ocupar por su propia voluntad, la cosa legada, debiendolo pedir al albacea o al ejecutor especial.

En caso de que los bienes de la herencia no alcancen para cubrir todos los legados, el pago se hará conforme a lo establecido en el artículo 1414.

I Legados remuneratorios;

II Legados que el testador o la ley hayan determinado preferentes;

(39) GUTIERREZ y Gonzalez, Ernesto, Ob. cit. pág. 639.

III Legados de cosa cierta y determinada,

IV Legados de alimentos o de educación, y

V Los demás a prorrata.

El legatario tiene ciertos derechos y obligaciones los cuales se encuentran señalados en el Código Civil.

En cuanto a los derechos, a parte del de percibir el legado, tiene los siguientes:

- 1.- El de exigir que el heredero otorgue fianza en todos los casos en que pueda exigirla el acreedor. Si sólo hubiera legatarios podrían estos exigirse entre si la constitución de la hipoteca necesaria.
- 2.- El de retener la cosa legada, si estuviere en su poder, sin perjuicio de devolver, en caso de reducción, lo que corresponda con forme a derecho.
- 3.- El de reivindicar de tercero la cosa legada, sea mueble o raíz, contal de que sea cierta y determinada, observándose lo dispuesto para los actos y contratos que celebren los que en el Registro Público de la Propiedad aparezcan, con derecho para ello, con terceros de buena fe que los inscriban.

4.- El de recibir la indemnización del seguro del bien legado que perezca incendiado después de la muerte del testador.<sup>40</sup>

En cuanto a las obligaciones el legatario tiene las siguientes:

1.- La de abonar los gastos necesarios para la entrega de la cosa legada, salvo disposición en contrario del testador.

2.- La del pago de las contribuciones correspondientes al legado, que se deducirán del valor de éste, a no ser que el testador disponga de otra cosa.

3.- En caso de que toda la herencia se distribuya en legados la satisfacción a prorratio o entre todos los partícipes de las deudas y gravámenes en proporción a sus cuotas, a no ser que el testador haya dispuesto otra cosa.<sup>41</sup>

El legado tiene varias especies como son:

**LEGADO DE COSA ESPECIFICA O CIERTA.**- El legatario adquirirá la propiedad de la cosa que le haya dejado el testador desde el momento de su muerte, sin embargo, será nulo el legado si la cosa determinada en el testamento no se halle

en su herencia. Si esta cosa existe en la herencia pero no en la cantidad y número designado, tomará el legatario lo que hubiere.

(40) DE PINA, Rafael, Ob. cit. pág. 360.

(41) DE PINA, Rafael, Ob. cit. pág. 360.



**LEGADO DE PARTICION DE HECHO O SERVICIO.-** Puede consistir en esa prestación y el heredero o legatario que acepte, tendrá la obligación de prestarlo.

**LEGADO DE GENERO.-** Puede ser de bienes muebles o inmuebles que no se determinan específicamente sino por el género a que pertenece.

**LEGADO SIMPLE Y LEGADO ALTERNATIVO.-** El legado de cosa simple, consiste en que el testador debe hacer la transmisión de una sola cosa al legatario y, el legado alternativo, consiste en que de dos o más cosas, entre las cuales puede elegirse una sola por el legatario.

**LEGADO DE COSA GRAVADA Y LEGADO DE DEUDA.-** El legado de cosa gravada, se realiza cuando se deja al legatario una cosa que está gravada ya sea con derecho real de prenda o hipoteca. Por lo que hace al legado de deuda, se presenta cuando el testador nombra legatario de un crédito, al propio deudor.

**LEGADO DE MEJORA DE CREDITO.-** Puede el autor del testamento, dejar como legado, una mejora a un crédito en el que él era deudor, y así establecer que el credito asu cargo después de su muerte se debe garantizar con el derecho real e hipoteca o de prenda.

**LEGADO DE COSA AJENA.**- Puede darse estos tipos de legado siempre y cuando esté enterado de ese hecho, y así lo autorizan.<sup>42</sup>

El legado puede ser nulo más no el testamento en los siguientes casos:

- 1.- Cuando consiste en una cosa determinada, que no existe en la herencia.
- 2.- Cuando recae sobre cosa ajena, ignorando el testador esta circunstancia.
- 3.- Cuando el objeto es un inmueble indeterminado, correspondiente aun género que no existe en la herencia.
- 4.- Cuando tiene por objeto una cosa que es la propiedad del legatario.<sup>43</sup>

Así también puede caducar el legado solo que tiene que atenderse en dos momentos diversos:

- 1.- Antes del fallecimiento del testador:
  - a) Cuando perece la cosa objeto del legado.
  - b) Cuando se pierde la cosa por evicción.

(42) GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, Ob. cit. pág. 637

(43) AGUILAR CARVAJAL, Leopoldo, Ob. cit. pág. 322

c) Cuando el testador, en vida, enajena la cosa.

## 2.- Después del fallecimiento:

a) Cuando la cosa objeto del legado perece por caso fortuito.

b) Cuando se pierde en virtud de la acción de evicción, ejercitada por el dueño.<sup>44</sup>

## B) EL INTERVENTOR.

Cuando en un procedimiento sucesorio haya varios herederos y alguno o algunos son minoría, y no estuvieron de acuerdo con el albacea que designó la mayoría, tienen derecho a nombrar un interventor.

Gutierrez y Gonzalez, define al interventor "como la persona que designan los herederos minoritarios que no están conformes con el albacea designado, para que vigile el exacto cumplimiento de las funciones de éste"<sup>45</sup>

De acuerdo al artículo 1731 del Código Civil debe nombrarse un interventor:

(44) DE PINA, Rafael, Ob. cit. pág. 60.

(45) GUTIERREZ y Gonzalez, Ernesto, Ob. cit. pág. 696.

I Siempre que el heredero esté ausente o no sea conocido;

II Cuando la cuantía de los legados iguale o exceda a la porción del heredero albacea;

III Cuando se hagan legados para objetos o establecimientos de Beneficiencia Pública.

Para ser interventor tiene que ser mayor de edad y capaz de obligarse.

Su función es la de vigilar el buen desempeño del cargo del albacea, debiendo dar aviso al juez de cualquier irregularidad que descubra.

No puede tener la posesión de los bienes de la herencia, ni aun interinamente.

El interventor puede ser de dos clases:

**INTERVENTOR CONVENCIONAL.-** Es el que se designa por los herederos minoritarios o el heredero que no hubiere estado con la designación de albacea.

**INTERVENTOR JUDICIAL.-** Es el que designa el juez ante el desacuerdo de los herederos que no estuvieron conformes con la designación del albacea hecha por la mayoría de los herederos.

Tendrán los honorarios que establezcan los herederos que lo designaron, pero si fuese designado por el juez, tendrá los honorarios que fije el arancel para los mandatarios. El Código

Procesal lo equipara al albacea judicial en su remuneración, señalándole el dos por ciento del valor de los bienes, sino excediesen de veinte pesos del valor; el uno por ciento entre veinte mil pesos y cien mil y el medio por ciento entre cien mil pesos y el excedente.<sup>46</sup>

La terminación del cargo de interventor son iguales a las del albacea, las cuales ya han sido mencionadas anteriormente.

Antonio Ibarrola establece que también se encuentran como sujetos de la herencia:

**LOS ACREEDORES DE LA HERENCIA.**- Por que tienen interes en que se les garanticen y paguen sus créditos dentro de las normas establecidas por la ley.

Primero se pagan las deudas y el remanente pasa a los herederos. "Primero es pagar que heredar."

**LOS DEUDORES.**- Mantienen por lo tanto idéntica su obligación y responsabilidad. nunca les favorece la muerte del deudor de la herencia. Unicamente quedan liberados cuando se trata de una obligación patrimonial: patria potestad, tutela, parentesco o matrimonio. Todos estos deberes se extinguen cuando muere el sujeto activo o pretensor de esas relaciones jurídicas.

(46) AGUILAR Carvajal, Leopoldo, Ob. cit. pág. 415.

**LOS ACREEDORES DE LOS DEUDORES.-** De los herederos son tomados en cuenta por que no pueden ejecutar en los bienes de la herencia antes que los acreedores hereditarios, que son preferentes; sólo sobre el remanente podrán hacer efectivos sus derechos, para lo cual, inclusive, podrán aceptar la herencia a nombre del deudor.<sup>47</sup>

(47) DE IBARROLA, Antonio, Cosas y Sucesiones, Ed. Porrúa, México, pág. 635.

### 3. LA CAPACIDAD PARA HEREDAR.

Antes de entrar al estudio de la capacidad para heredar, es necesario definir la capacidad y conocer las clases de ésta en virtud de que es el atributo mas importante de las personas.

Se entiende por capacidad de acuerdo a Rojina Villegas "como la aptitud jurídica para ser sujeto de derechos y obligaciones."<sup>48</sup>

Rafael de Pina, define la capacidad "como la aptitud para adquirir un derecho, o para ejercerlo y disfrutarlo."<sup>49</sup>

Por su parte, Eduardo Pallares establece que la capacidad "Es la condición jurídica de una persona por virtud de la cual puede ejercitar sus derechos, contraer obligaciones, celebrar contratos y realizar actos jurídicos en general. También significa la aptitud o idoneidad que se requiere para ejercer una profesión, oficio, empleo o cargo público."<sup>50</sup>

Esta puede ser de goce y de ejercicio, siendo la primera la aptitud jurídica para ser titular de derechos y obligaciones y la segunda, la aptitud de participar directamente en la vida jurídica, es decir, de hacerlo personalmente.<sup>51</sup>

(48) ROJINA Villegas Rafael, Ob. cit. pág. 158.

(49) DE PINA, Rafael, Ob. cit. pág. 122.

(50) EDUARDO Pallares, Ob. cit. pág. 134.

(51) EDUARDO Pallares, Ob. cit. pág. 159..

En materia de sucesiones la capacidad, es la aptitud de captar los beneficios de la herencia y se encuentra reglamentada en el artículo 1313 del Código Civil.

En principio en materia de sucesiones sobre la capacidad para heredar es que tanto las personas físicas no importando su sexo ni la edad así como las personas morales son capaces de heredar, mas sin embargo se puede desprender de aqui el principio de la incapacidad para heredar pudiendo enunciarse que solo es incapaz para heredar aquel tipo de persona que expresamente determine la ley.

La ley establece dos tipos de incapacidades para heredar, las cuales se denominan incapacidades genéricas y específicas. Las primeras, son las que se determinan genéricamente para cualquier tipo de personas. Y las segundas, Son las que se requieren que no pueden heredar a otras determinadas personas.<sup>52</sup>

El Código Civil, en su artículo 1313 establece claramente la capacidad e incapacidad para heredar, diciendo:

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

(52) GUTIERREZ y Gonzalez, Ernesto, Ob. cit.pág. 584.



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.

**FALTA DE PERSONALIDAD.-** De manera expresa establece el artículo 1314 del Código Civil, diciendo que 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.

La excepción a esta incapacidad será de disposición hecha en favor de los hijos que nacieren de ciertas y determinadas personas, durante la vida del testador.

**DELITO.-** Este tipo de incapacidad se encuentra prevista en el artículo 1313 fracción II ya antes mencionado y reglamentada por los artículos 1316 y 1320 del Código Civil, estableciendo que son incapaces para heredar por testamento o intestado:

- 1.- El condenado por haber dado, mandado o intentado dar muerte a la persona de cuya sucesión se trate, o a los padres, hijos cónyuges o hermanos de ellas.
- 2.- El que haya hecho contra del autor de la sucesión, sus ascendientes, hermanos o cónyuges, acusación de delito que merezca pena capital o de prisión, aun cuando aquélla sea fundada, si fuere su descendiente, su ascendiente, su cónyuge o su hermano, a no ser que ese acto haya sido preciso para que el acusador salvara su vida, su honra o la de sus descendientes, ascendientes, hermanos o cónyuge; se aplicará también lo dispuesto en esta fracción, aunque el autor de la herencia no fuere descendiente, ascendiente, cónyuge o hermano del acusador, si la acusación es declarada calumniosa.
- 3.- El cónyuge que mediante juicio ha sido declarado adúltero si se trata de suceder al cónyuge inocente.
- 4.- El coautor del cónyuge adúltero, ya sea que se trate de la sucesión de éste o de la cónyuge inocente.
- 5.- El que haya sido condenado por un delito que merezca pena de prisión, cometido contra el autor de la herencia, de su cónyuge, de sus ascendientes o de sus hermanos.
- 6.- El padre y la madre respecto del hijo expuesto por ellos.
- 7.- Los padres que abandonaren a sus hijos, prostituyen a sus hijas o atentaren a su pudor respecto de los ofendidos.

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

9.- 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 su establecimiento de beneficencia.

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

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

Gutierrez y Gonzalez, establece que solo se podrá dar esta incapacidad para heredar, cuando haya mediado una sentencia judicial, que conste y en su caso sancione el delito. No basta que solamente se le acuse levantando una denuncia contra el que va hacer autor de la herencia y que no haya elementos para designar, para que más adelante se declare que es incapaz para heredar.<sup>53</sup>

(53) GUTIERREZ y Gonzalez, Ernesto, Ob. cit. pág. 585.

**PRESUNCION DE INFLUENCIA CONTRARIA A LA LIBERTAD DEL TESTADOR.-** Se parte desde el principio de que el testamento es un acto de voluntad libre y si una persona ha influido en la voluntad del testador para que haga su testamento en determinado sentido, esa persona que influyó debe ser sancionada y precisamente la sanción que se le aplica es la de incapacitarla para heredar.

En este tipo de incapacidad se establece también la prohibición de ser herederos a determinadas personas por su relación especial con el testador o por motivos políticos como son:

- 1.- Los tutores y curadores del que ya es mayor de edad. Aquí también se incluyen los ascendientes y los hermanos.
- 2.- Los tutores y curadores del menor cuando ya hayan sido nombrados para tomar el cargo, pero en esta incapacidad no quedan comprendidos los ascendientes ni hermanos del menor.
- 3.- El médico que haya asistido al testador en su última enfermedad, su cónyuge, sus ascendientes y hermanos siempre que la disposición testamentaria haya sido en esa enfermedad. Esta incapacidad no rige si los herederos instituidos son también herederos legítimos.
- 4.- El notario, los testigos que intervinieron en el testamento, y sus respectivos cónyuges, descendientes, ascendientes y hermanos.
- 5.- Los cónsules y vicecónsules que tienen fe pública para hacer constar los actos jurídicos que deban ser ejecutados en territorio

mexicano. Indirectamente están inpedidos de ser herederos de los testamentos que autoricen así como su cónyuge, parientes consanguíneos en lo colateral hasta el cuarto grado y afines hasta el segundo.

6.- El ministro de los cultos que hayan asistido al testador en su última enfermedad así como los ascendientes, descendientes, cónyuges y hermanos.

**FALTA DE RECIPROCIDAD INTERNACIONAL.-** La tienen los extranjeros, que según las leyes de su país, no puedan testar o dejar intestado sus bienes a favor de los mexicanos.

**UTILIDAD PÚBLICA.-** Para entender su contenido se debe entender lo que establecen los artículos 1668 y 1329 del Código Civil.

Establece el artículo 1668 que:

"Las personas morales capaces de adquirir pueden, por conducto de sus representantes legítimos, aceptar y repudiar la herencia; pero tratándose de corporaciones de carácter oficial o de instituciones de Beneficiencia Privada, no pueden repudiar la herencia, las primeras, sin aprobación judicial, previa audiencia del Ministerio Público, y las segundas, sin sujetarse a las disposiciones relativas de la Ley de Beneficiencia Privada."

El artículo 1329 ordena que:

"La herencia o legado que se deje aun establecimiento público, imponiéndole algún gravamen o bajo algunas condiciones, sólo serán válidos si el gobierno los aprueba.

**RENUNCIA O REMOCION DE ALGUN GARGO CONFERIDO EN EL TESTAMENTO.-** Incurren en ella los nombrados tutores, coradores o albaceas que hayan rehusado sin justa causa o por mala conducta hayan sido separados judicialmente de su ejercicio, y las personas que llamadas por la ley para desempeñar la tutela legítima rehusen sin causa a desempeñarla.\*

\* Confornta a GUTIERREZ y Gonzalez, Ernesto, El Patrimonio y Moral o Derecho de la Personalidad y Derecho Sucesorio, Ed. Cajíca, México, págs. 584-588.

#### **4. CLASES DE SUCESIONES HEREDITARIAS.**

- a) Testamentarias.
- b) Intestamentarias.

El concepto de sucesión como hemos analizado en el capítulo primero es tan amplio que implica a su vez se divida en dos. El primero se denomina inter vivos, que se realiza entre personas presentes o por medio de representación o mandato como son la compra-venta, donación permuta, cesión de derechos etcetera; y el segundo concepto se denomina mortis causa, que es cuando el titular del patrimonio antes de fallecer dispone del mismo por medio de un testamento o sucesión testamentaria o bien puede suceder que cuando el titular del patrimonio no dejó testamento antes de fallecer, estamos en presencia de lo jurídicamente conocido como sucesión legítima o intestada, que en seguida analizaremos:

En efecto, la sucesión mortis causa se divide en sucesión testamentaria y sucesión intestamentaria.

##### **a) SUCESION TESTAMENTARIA.**

Rafael de Pina establece que la sucesión testamentaria, "es una especie de la sucesión mortis causa, la cual se produce mediante la expresión de la misma voluntad de un causante, manifestada

en cualquiera de las formas previamente establecidas por el legislador.<sup>54</sup>

La sucesión testamentaria, es pues, la que se basa en la existencia de un testamento válido, hecha en cualquiera de las formas legalmente autorizadas.

El acto jurídico el cual el de cuius dispone para después de su muerte recibe el nombre de testamento.

A través de la historia, encontramos las definiciones que en la antigua Roma surgieron.

Modestino señalaba: TESTAMENTU EST VOLUNTATIS NOSTROE JUSTA SENTENTIA DE EO QUON POST MORTEM SUAM, FIERI NELIT ( el testamento es una justa disposición, desición de nuestra voluntad de aquello que alguien desea que sea hecho despues de su muerte o deceso).<sup>55</sup>

Ulpiano, por su parte señaló que era una afirmación justa de nuestra mente, hecha en forma solemne para que valga después de la muerte, ( EST MENTIS NOSTROE JUSTA CONTESTATIO, INDI SOLEMNITER FACTA, UT POST MORTEM NOSTRAM VALENT).

(54) DE PINA, Rafael, Ob. cit. pág. 286

(55) DIJESTO. LIBRO XXVIII, título primero, ley primera seminario de Derecho Romano. S.E. Facultad de Derecho. Ciudad Universitaria



El Código Napoleónico en su artículo 895 indica que el testamento era acto revocable, por medio del cual el testador dispone, para el tiempo en que ya no exista de todos sus bienes o por parte de ellos.

Hasta llegar a nuestro Código Civil de 1884 para el Distrito Federal y Territorio de Baja California, en donde su artículo 3227 lo definía como " El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos."

El Código Civil para el Distrito Federal vigente, enumera en los artículos 1500 y 1501 respectivamente la clasificación de testamentos la cual solo hago mención ya que en el siguiente capítulo los estudiare.

#### **b) SUCESION LEGITIMA O INTESTAMENTARIA.**

En el Derecho Mexicano se ejerce una función supletoria de la voluntad del de cujus, dando origen a la sucesión, es decir, que cuando no existiere testamento estamos en presencia de lo jurídicamente conocido como sucesión legítima o intestada.

Dicho en otras palabras la sucesión legítima, es la que se difiere por ministerio de la ley cuando falta o no puede cumplirse la voluntad testamentaria del autor de la sucesión

Nuestro Código Civil Vigente en el artículo 1599 regula la apertura de la sucesión legítima que a la letra dice:

"La sucesión legítima se abre:

I. Cuando no haya testamento, o el que se otorgó es nulo o perdió su validez;

II. Cuando el testador no dispuso de todos sus bienes;

III. Cuando no se cumpla la condición impuesta por el heredero.

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

Los órdenes de herederos que se reconocen en el Código Civil actual en la sucesión legítima son: descendientes, cónyuge, ascendientes, parientes colaterales dentro del cuarto grado y en ciertos casos la concubina o el concubinario, a falta de estos la Beneficiencia Pública que es la Secretaría de Salud, en el artículo 1602 fracción II que a la letra dice:

" Tiene derecho a heredar por sucesión legítima.

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

II. A falta de los anteriores la Beneficiencia Pública.

El Código a través de seis capítulos establece las reglas de cómo se distribuye la masa hereditaria sobre varios supuestos de que

concurran a la herencia y al mismo tiempo, diversas personas de las que se anotan en el artículo 1602.

Así el artículo 1607 al 1614, se ocupa de hablar de la sucesión de los descendientes.

Del artículo 1615 al 1623, habla de la sucesión de los ascendentes.

Del artículo 1624 al 1629 se ocupan de la sucesión del cónyuge supérstite, que así se le designa al cónyuge que sobrevive, o sea al viudo a la viuda.

Del artículo 1630 al 1634 regula acerca de la sucesión de los colaterales.

Y por último, en el artículo 1635, habla de la sucesión de los concubinos agotando así lo que se refiere a las personas que se enuncian en la fracción I del artículo 1607.

Finalmente dedica los artículos 1636, 1637 a la sucesión de la Beneficiencia Pública.

**SUCESION DE LOS DESCENDIENTES.** Si a la muerte de los padres quedaren sólo hijos, la herencia se dividiría entre todos por partes iguales.

Cuando concurran descendientes con el cónyuge que sobreviva, a éste le corresponderá la porción de un hijo si carece de bienes

o los que tiene al morir el autor de la sucesión no se igualan a la porción que a cada hijo debe corresponder.

Si quedaren hijos y descendientes de ulterior grado los primeros heredarán por cabeza y los segundos por estirpes.

Lo mismo se observará tratándose de descendientes de hijos premuertos incapaces de heredar o que hubieren renunciado a la herencia.

Si sólo quedaran descendientes de ulterior grado, la herencia se dividirá por estirpes, y si en algunas de éstas hubiere varios herederos, la porción que a ellas corresponda se dividirá por partes iguales.

Concurriendo hijos con ascendientes, éstos sólo tendrán derecho a alimentos, que en ningún caso pueden exceder de la porción de uno de los hijos.

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

Concurriendo padres adoptantes y descendientes del adoptado, los primeros sólo tendrán derecho a alimento.

Cuando el intestado no sea absoluto se deducirá del total de la herencia la parte de que legalmente haya dispuesto el testador y el resto se dividirá de la manera que queda indicada.

**SUCESION DE LOS ASCENDIENTES.**- A falta de descendientes y de cónyuge, sucederán el padre y la madre por partes iguales.

Si sólo hubiere padre o madre, el que vive sucederá al hijo en toda la herencia.

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

Si hubiere ascendientes por ambas líneas, se dividirá la herencia en dos partes iguales y se aplicará una a los ascendientes de la línea paterna y otra a los de la materna.

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

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

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

Los ascendientes, aun cuando sean ilegítimos, tienen el derecho de heredar a sus descendientes reconocidos.

Si el reconocimiento se hace después de que el descendiente haya adquirido bienes cuya cuantía teniendo en cuenta las circunstancias personales del que reconoce, haga suponer

fundadamente que motivo el reconocimiento, ni el que reconoce ni sus descendientes tienen derecho a la herencia del reconocido.

El que reconoce tiene derecho a alimentos, en el caso de que el reconocimiento lo haya hecho cuando el reconocido tuvo también derecho a pedir alimentos.

**SUCESION DEL CONYUGE.-** El cónyuge que sobrevive, concurriendo con los descendientes, tendrá el derecho de un hijo, si carece de bienes o los que tiene al morir el autor de la sucesión no igualan a la porción que cada hijo debe corresponder. Lo mismo se observará si concurre con hijos adoptivo del autor de la herencia.

En el primer caso señalado el cónyuge recibirá íntegra la porción señalada; en el segundo, sólo tendrá derecho de recibir lo que baste para igualar sus bienes con la porción mencionada.

Si el cónyuge que sobrevive concurre con ascendientes, la herencia se dividirá en dos partes iguales, de las cuales se aplicará al cónyuge y la otra a los ascendientes.

Concurriendo el cónyuge con uno o más hermanos del autor de la sucesión, tendrá dos tercios de la herencia, y el tercio restante se aplicará al hermano o se dividirá por partes iguales entre todos los hermanos.

El cónyuge recibirá las porciones que le correspondan en la forma expuesta aunque tengan bienes propios. Faltando

descendientes, ascendientes y hermanos, el cónyuge sucederá en todos los bienes.

**SUCESION DE LOS COLATERALES.-** Si sólo hay hermanos por ambas partes, sucederán por partes iguales.

Si concurren hermanos con medios hermanos, aquellos heredarán doble porción a éstos.

Si concurren hermanos con sobrinos, hijos de hermanos con medio hermanos premuertos, que sean incapaces de heredar o que hayan renunciado a la herencia, los primeros heredarán por cabeza y los segundos por estirpes, teniendo en cuenta lo dispuesto en el caso anterior.

A falta de hermanos, sucederán sus hijos, dividiéndose la herencia por estirpes, y la porción de cada estirpe por cabezas.

A falta de los llamamientos indicados, sucederán los parientes más próximos dentro del cuarto grado, sin distinción de la línea, ni consideración al doble vínculo, y heredarán por partes iguales.

**SUCESION DE LOS CONCUBINOS.-** La concubina o el concubinario tienen derecho a heredar recíprocamente, aplicándose las disposiciones relativas a la sucesión del cónyuge, siempre que hayan vivido juntos como si fueran cónyuges durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o cuando hayan tenido hijos en común, siempre que hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato, tiene derecho a heredar conforme a las reglas siguientes:

a) Si concurren con sus hijos que sean también del autor de la herencia, se observará lo dispuesto en el caso del cónyuge legítimo;

b) Si concurren con descendientes del autor de la herencia, que no sean también descendientes de él o de ella, tendrán derecho a la mitad de la porción que le corresponda a un hijo;

c) Si concurren con hijos que sean suyos y con hijos que el autor de la herencia hubo tenido con otro hombre o con otra mujer, tendrán derecho a las dos terceras partes de la porción de un hijo;

d) Si concurren con ascendientes del autor de la herencia tendrá derecho a la cuarta parte de los bienes que forman la sucesión;

e) Si concurren con parientes colaterales dentro del cuarto grado del autor de la sucesión, tendrá derecho a una tercera parte de ésta;

f) Si el autor de la herencia no deja descendientes, ascendientes, cónyuge o parientes colaterales dentro del cuarto grado, la concubina o concubinario heredarán de manera universal.

En los casos a que se refieren los incisos b),c) y d), debe observarse lo dispuesto cuando secede al cónyuge.

Si al morir el autor de la herencia tenía varias concubinas o concubinarios en las condiciones mencionadas, ninguno de ellos heredará.



El derecho de suceder de la concubina o concubinario ha sido duramente criticado.

Responde, no obstante, a un espíritu de justicia que está por encima de los argumentos que ordinariamente se utilizan para combatirlo.

**SUCESION DE LA BENEFICIENCIA.-** A falta de todos los herederos llamados según lo expuesto anteriormente, sucederá la Beneficiencia Pública, a travez de la Secretaría de Salud. Cuando ésta sea heredera y entre lo que le corresponda existan bienes raíces que no pueden adquirir conforme al artículo 27 de la Constitución, se venderán éstos en pública subasta antes de hacerse la adjudicación, aplicándose a la Beneficiencia Pública el precio que se obtenga.

La sucesión de la Beneficiencia Pública es, en todo caso, sucesión del Estado, puesto que los órganos mediante los cuales se ejerce esa forma de la asistencia social son, realmente, órganos estatales y la función que cumple también característica estatal.

También debemos recordar que los parientes más próximos excluyen a los más remotos.

Y los parientes que heredan por partes iguales serán aquellos que se hallen en el mismo grado, aunque cabe hacer notar que el parentesco por afinidad no da derecho a heredar.

Por otra parte, la adopción da derecho a heredar del mismo modo que la consanguinidad; siendo este parentesco quien permite heredar en línea recta y colateral hasta el cuarto grado. Ahora bien el Código Civil de 1884 permitía hasta el octavo grado.

El profesor Antonio Ibarrola hace referencia a cuatro reglas Jurídicas que se amplían a la sucesión ab intestato:

PRIMERO.- Respecto a la ley, pues sólo ella puede llamarla a heredar a falta de testamento.

SEGUNDO.- Las reglas de capacidad e indignidad de las herederas deben aplicarse tanto en la sucesión testamentaria como la legítima.

TERCERO.- Está en discusión el principio de reciprocidad.

CUARTO.- Se discute si son excluidas por la ley al padre o a la madre estos han de entenderse excluidos los parientes de la línea maternal.

La doctrina ha expuesto que son cuatro modos de suceder POR AB INTESTAT IN CAPITA IN TIRPES, por línea y por troncalidad.<sup>56</sup>

(56) IBARROLA, Antonio, Ob. cit. pág. 866.

## **CAPITULO 3. CAPACIDAD PARA TESTAR.**

## **CAPITULO III CAPACIDAD PARA TESTAR**

### **1. CONCEPTO DE TESTAMENTO.**

TESTATIO ET MENS, son dos palabras del latín, que quiere decir romance, como testimonio de la voluntad del hombre, de estas palabras fue tomado el nombre de testamento.

En la actualidad, tal instrumento legal ha tenido una repercusión en la transmisión de bienes del testador, que para su mejor estudio hemos deseado establecer las siguientes definiciones.

El artículo 1295 del Código Civil para el Distrito Federal vigente, define al testamento como "un acto personalísimo, revocable y libre por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos declarando o cumpliendo deberes para el tiempo después de su fallecimiento."

Gutierrez y Gonzalez, lo define como "el acto jurídico unilateral, personalísimo, revocable, libre y formal, por medio del cual una persona física capaz, dispone de sus bienes y derechos y declara y cumple deberes para después de su muerte."<sup>57</sup>

Por su parte, Rafael de Pina, lo define como "el acto jurídico unilateral, individual, personalísimo, libre, solemne y revocable,

(57) GUTIERREZ y Gonzalez, Ernesto, Ob. cit. pág. 588.

mediante el cual quien lo realiza dispone para después de su muerte de lo que haya de hacerse de sus bienes y derechos transmisibles, y expresa su voluntad sobre todo aquello que, sin tener carácter patrimonial, puede ordenar de acuerdo con la ley.<sup>58</sup>

Manuel Albaladejo, define al testamento "como un acto solemne (o formal), por el que unilateralmente una persona establece ella misma (carácter personalísimo) para después de su muerte, las disposiciones patrimoniales (patrimoniales o no) que le competan, pudiendo siempre revocarlas."<sup>59</sup>

Baqueiro Rojas y Rosalía Buen Rostro Baes, lo definen "como el acto jurídico en virtud del cual una persona expresa libremente su voluntad par que disponga de sus bienes después de su muerte, y surta efectos cuando él ya no exista."<sup>60</sup>

Domenico Barbero, establece que el testamento "es un negocio unilateral, unipersonal, no recepticio, de su última voluntad, mediante el cual una persona dispone de sus intereses para el tiempo que siga a su muerte."<sup>61</sup>

(58) DE PINA, Rafael, Ob. cit. pág. 460.

(59) ALBALADEJO, Manuel, Compendio de Derecho de Familia y Sucesiones, Librería Bosch, 1965. Pág. 129.

(60) BAQUEIRO Rojas Y Buen Rostro Baes, Rosalía, Derecho de Familia Y Sucesiones. Ed. Harla, México, 1990, pág. 275.

(61) BARBERO Domenico, Derecho Privado, Tomo III, Ediciones Jurídicas Europa- America, Buenos Aires, 1997, pág. 254.

Victor José Martínez, establece que el testamento "es una legítima determinación de nuestra voluntad por cuyo medio disponemos de nuestros intereses, derechos y acciones para después de nuestra muerte."<sup>62</sup>

Tomando en cuenta las anteriores definiciones podremos decir que el testamento es un acto jurídico, revocable personal y libre por medio del cual una persona capaz dispone, para el tiempo que habrá dejado de vivir, de todos sus bienes y derechos a una u varias personas.

- a) Es un acto jurídico, en virtud de que es una declaración de voluntad con el objeto de producir consecuencias de derecho.
- b) Revocable, por ser susceptible de cambiar total o parcialmente el testador las cláusulas del testamento, o bien anularlo o modificarlo teniendo plena validez este último.
- c) Personal, en virtud de que no se puede para el otorgamiento de un testamento que el testador sea representado por otro.
- d) Mortis causa, Para que pueda surtir efectos debe ser después de la muerte del testador, es decir, del de cujus.
- e) Persona capaz, debe tener de acuerdo a la ley una edad mínima de 16 años para poder otorgar testamento.

(62) MARTINEZ, Victor José, Sucesiones Testadas e Intestadas, México, 1861, pág. 58.

## **2. CARACTERISTICAS DEL TESTAMENTO.**

Para poder analizar las características del testamento, partiremos del concepto queda el artículo 1295 del Código Civil para el Distrito Federal vigente, el cual establece que:

"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."

Ahora, de esta definición se desprenden las siguientes características:

- I. Acto jurídico;
- II. Unilateral;
- III. Personalísimo;
- IV. Revocable;
- V. libre;
- VI. Formal;
- VII. Hecho por persona física capaz;
- VIII. Dispone de sus bienes o derechos;
- IX. Declaración o cumplimiento de deberes;
- X. Para después de la muerte de su autor.

## **I. ACTO JURIDICO.**

Atendiendo a la teoría francesa, se entiende como acto jurídico "la manifestación de voluntad hecha para producir efectos de derecho que su autor desea, ya que se producen por que el derecho sanciona esa manifestación de voluntad."

El testamento cae dentro de esta idea en virtud de que una persona va a exteriorizar su voluntad con el objeto de formar una relación jurídica a fin de crear, modificar, transmitir o extinguir derechos y obligaciones que produzcan efectos después de su muerte.

## **II. ACTO JURIDICO UNILATERAL.**

Aunque la ley no lo establece expresamente debe entenderse que va explícito.

Atendiendo nuevamente a la teoría francesa, ya se entendio que es un acto jurídico, sin embargo, estos pueden ser bilaterales o unilaterales. El primero, establece que para que se generen los efectos de derecho, se necesita de el concurso de dos o más voluntades que persigan un interés opuesto una de la otra (verbigracia los contratos). El segundo no se requiere del concurso de voluntades para producir los efectos de derecho si no basta con una sola y exclusiva voluntad.

En el caso del testamento, debe ser unilateral, en virtud de que se debe garantizar la libertad de la voluntad del testador, es decir, la no opinión de otras voluntades que pudieran presionarla.



### **III. ACTO JURIDICO PERSONALISIMO.**

El testamento debe ser hecho personalmente por el testador sin admitirse ninguna clase de representación aún que fuere el testador que no estuviere en pleno ejercicio de sus facultades mentales, puede buscar el consejo de un tercero más sin embargo este último no podrá cambiar la voluntad del testador.

Establece Gutierrez y Gonzalez, que el testador tiene la facultad de nombrar a los herederos o legatarios sin decir razones o cual es la causa por la que los nombró.<sup>63</sup>

### **IV. ACTO JURIDICO REVOCABLE.**

Gutierrez y Gonzalez, define a la revocación como "un acto jurídico unilateral o bilateral, por medio del cual se pone fin a otro acto jurídico anterior, unilateral o bilateral, plenamente válido, por razones de conveniencia y oportunidad catalogadas subjetivamente por una sola parte, o bien apreciadas en forma objetiva por ambas, según el caso."<sup>64</sup>

El testador tiene la libertad de modificar el testamento anterior, es decir, dejarlo sin efectos, e incluso, elaborar un nuevo testamento y revocar al anterior siempre y cuando lo haga en vida.

(63) GUTIERREZ y Gonzalez, Ernesto, Ob. cit. pág. 592.

(64) GUTIERREZ y Gonzalez, Ernesto, Ob. cit. pág. 593.

## **V. ACTO JURIDICO LIBRE**

El testador para poder otorgar testamento, debe tener libertad en su voluntad, de lo contrario podría caer en lo que jurídicamente se denomina vicios de la voluntad y aunque esto se encuentra establecido en materia de contratos, puede ser aplicado en la sucesión testamentaria, pudiendo ser error, dolo, violencia física o moral y lesión. Si el testamento se encuentra viciado por alguno de estas figuras jurídicas, el testador o sus herederos en su momento oportuno podrán pedir la nulidad o invalidez del testamento.

## **VI. ACTO JURIDICO FORMAL.**

Para que sea válido el testamento debe cumplir con los requisitos señalados por la ley, en este caso debe estar bajo la forma literal o escrita, de lo contrario será nulo con forme al artículo 1491, el cual establece que:

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

## **VII. HECHO POR PERSONA FISICA CAPAZ.**

Como todo acto jurídico, el testamento requiere que sea realizado por un sujeto capaz, más sin embargo se puede aplicar el principio de que toda persona física es capaz para testar salvo aquellos que la ley prohíba, el cual solo hacemos mención en virtud de que más adelante lo estudiaremos con mayor detenimiento.

### **VIII. EL TESTAMENTO PERMITE AL TESTADOR DISPONER DE SUS BIENES Y DERECHOS.**

En nuestro derecho no es aplicable. El Código Civil, admite que el testamento contenga disposiciones patrimoniales y otras no sean (1,295) y aunque en él no haya institución de heredero (1,378) y por consiguiente, que no contenga legados (1,391). No implica que sea de bienes propios (legado de cosa ajena); puede contener disposición de bienes que al momento de testar no sean propios del testador y que adquiera después. Es válido dejar herencia o legado con bienes que el testador adquiera con posterioridad al otorgamiento.\*

### **IX. DECLARACION O CUMPLIMIENTO DE DEBERES SIN QUE HAYA DISPOSICION DE BIENES O DERECHOS.**

El testador puede hacer testamento, sin disponer de bienes o derechos, y su acto sigue siendo testamento, pues lo puede dirigir sólo al cumplimiento o declaración de deberes.

### **X. EL TESTAMENTO SURTE EFECTOS PARA DESPUES DE LA MUERTE DE SU AUTOR.**

Para que pueda surtir efectos el testamento debe ser después de la muerte del autor.

Al respecto, señala Rafael de Pina que el testamento es mientras el testador vive, una mera previsión o proyecto que ni nadie asigna

\* Confrontara ARCE y Cervantes, Jose, De las Sucesiones, Ed. Porrúa, México, 1983, pág. 53.

derechos naturales, ni vincula al otorgante a preservar en su decisión, y de aquí la revocabilidad ilimitada del testamento, que sólo cristaliza como fuente jurídica al morir el causante cual expresión de la última y definitiva voluntad de este.<sup>65</sup>

Arce y Cervantes, establece que es la muerte la que señala el principio de la producción de sus efectos y las disposiciones propiamente testamentarias, no deben producir ninguna antes de este hecho.<sup>66</sup>

El artículo 1291 determina que:

"El heredero o legatario no pueden enajenar su parte en la herencia sino después de la muerte de aquél a quien hereda."

Esquemático, a continuación señalamos los elementos de existencia y validez del testamento.

#### ESENCIALES

- Acto jurídico;
- Unilateral,
- Revocable;
- Solemne.

(65) DE PINA, Rafael, Ob. cit. pág. 291.

(66) ARCE y Cervantes, Ob. cit. pág. 52.

- Capacidad para testar;

- Sin coacción;

#### VALIDEZ

- Sin vicios;

- La forma señalada por la ley.

(Artículo 1490 del Código Civil para el Distrito Federal).

### **3. CLASES DE TESTAMENTO.**

Nuestro Código Civil para el Distrito Federal vigente, clasifica a los testamentos en ordinarios y especiales.

Domenico Barbero, establece la diferencia entre los testamentos ordinarios y los especiales. Los primeros, son los que pueden hacerse en cualquier circunstancia, y como tales si han nacido válidos (salvo el caso de nulidad), conservan intacto su potencial de eficacia, para el tiempo posterior a la muerte del testador, cualquiera que sea el lapso que separa la confección de él de la condición de eficacia, la apertura de la sucesión salvo la revocación. Y los segundos, como su nombre lo indica, están permitidos y se efectúan en circunstancias extraordinarias (enfermedades contagiosas, calamidades públicas o accidentes a bordo de nave o de aeronave de las fuerzas armadas), y no conservan eficacia más que dentro de los límites de tiempo suficiente para permitir la confección de un nuevo testamento en las formas ordinarias.<sup>67</sup>

A su vez el testamento ordinario se subclasifica en público abierto, público cerrado y ológrafo.

Los testamentos especiales, se componen de el privado, militar, marítimo y hecho en país extranjero.

(67) DOMENICO Barbero, Ob. cit. pág. 270.

Lo anteriormente descrito se encuentra contemplado en los artículos 1500 y 1501 respectivamente del multicitado Código Civil para el Distrito Federal en vigor.

Artículo 1499.- El testamento en cuanto a su forma, es ordinario y especial.

Artículo 1501.- El ordinario puede ser:

- I. Público abierto;
- II. Público Cerrado; y
- III. Ológrafo.

Artículo 1501.- El especial puede ser:

- I. Privado;
- II. Militar;
- III. Marítimo; y
- IV. Hecho en país extranjero.

#### **I. TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO.**

Este es el primer tipo de testamento ordinario que se regula en nuestro derecho, en donde se establece que es público, y es abierto por que su contenido no es oculto ni secreto. Sin

embargo, el Código Civil para el Distrito Federal la ha restringido al definirlo en su artículo 1511.<sup>68</sup>

El artículo 1511, establece que:

"El testamento público abierto es el que se otorga ante un notario público y tres testigos."

Gutierrez y Gonzalez, señala que es el más usual en el medio mexicano, y es el que brinda mayor seguridad a su autor, en este sentido de que su voluntad será respetada después de su muerte, y cumplida la disposición que haga de sus bienes y derechos o ala declaración o cumplimiento de deberes.<sup>69</sup>

Este tipo de testamento ordinario, se encuentra regulado por los preceptos legales 1511 al 1520 del multicitado Código Civil.

## **II. TESTAMENTO PUBLICO CERRADO.**

A diferencia del anterior, este tipo de testamento ordinario el testador hace sus disposiciones en un documento privado, siendo escrito por el propio testador o por otra persona a su ruego; se presenta ante el Notario Público, en un sobre cerrado, siendo esto en presencia de tres testigos. Esto con el fin de que se haga constar en la cubierta del sobre que contiene el testamento del de cujus, en presencia de los testigos, y que

(68) IBARROLA, Antonio, Ob. cit. pág. 717.

(69) GUTIERREZ y Gonzalez, Ernesto, Ob. cit. pág. 612.



decirlo sobre el pliego que se estima contiene el documento al cual analizamos.

En relación a este testamento cerrado, se ha discrepado entre el fondo y su forma, entendiéndose que el fondo o declaración secreta de la voluntad del testador constituye un documento privado, mientras que la parte externa o puramente formal reviste la de un documento público.<sup>70</sup>

Este testamento debe ser rubricado en todas las fojas y firmado alcece del mismo, ya sea por el testador o persona a su ruego como lo establece el artículo 1522.

El testador escribirá en el sobre antes de entregarlo al Notario que en dicho papel se contiene su última voluntad, en presencia de tres testigos conforme a los artículos 1524 y 1525 del Código Civil vigente.

A demás de los artículos ya mencionados, el testamento público cerrado, se encuentra regulado de los artículos 1521 al 1540 del Código Civil.

### **III. TESTAMENTO OLOGRAFO.**

Es de origen romano, llamándose testamento ológrafo al escrito de puño y letra del testador.

(70) AGUILAR Carvajal, Leopoldo, Ob. cit. pág. 349.

Debe ser otorgado por personas mayores de edad, redactado de puño y letra, como lo indica el artículo 1550 del Código Civil vigente, el cual establece que :

"Se llama testamento ológrafo al escrito de puño y letra del testador."

Los testamentos ológrafos no producirán efecto alguno si no están depositados en el Archivo General de Notarías en la forma dispuesta por los artículos 1553 y 1554.

Radicado su validez en que sea escrito en su totalidad por él, con expresión de día, mes y año en que se otorgó (artículo 1551 del Código Civil) y cuyo original es depositado en un sobre cerrado y lacrado en el ya mencionado Archivo General de Notarías en la forma señalada en los artículos 1553 y 1554 ya antes mencionados.

En cuanto a los testamentos especiales, nuestro derecho positivo mexicano contempla cuatro tipos, el privado, el militar, el marítimo y el hecho en país extranjero.

Caracterizándose por su forma, a demás de que no se exigen la presencia de un Notario Público, pero si de formalidades y solemnidades.

#### **IV. TESTAMENTO PRIVADO.**

Para que este tipo de testamento pueda darse, debe ocurrir alguna de las siguientes circunstancias conforme al artículo 1565 del Código Civil el cual establece que:

"El testamento privado está permitido en los siguientes casos:

I. Cuando el testador es atacado tan violenta y grave que no dé tiempo para que concurra notario a hacer el testamento;

II. Cuando no haya notario en la población o juez que actúe por receptoría;

III. Cuando, aunque haya notario o juez en la población, sea imposible, o por lo menos muy difícil, que concurran al otorgamiento del testamento;

IV. Cuando los militares o asimilados del ejército entren en campaña o se encuentren prisioneros de guerra.

Para hacer este testamento, es necesario que el testador esté impedido para otorgar cuando menos el testamento ológrafo, por lo que requerirán de cinco testigos el cual uno de ellos redactará el testamento sino lo puede hacer el testador, como lo establece el artículo 1567 y en caso de extrema urgencia sólo podrán requerirse de tres testigos como lo establece el artículo 1599.

Aquí no interviene funcionario público sino sólo testigos. Pudiendo ser oral o escrito, empero en el primer caso debe haber imposibilidad del testador y los testigos en la redacción de las cláusulas del testamento.<sup>71</sup>

Para que surta efectos este tipo de testamento el testador debe morir en un término de un mes a partir de que haya cesado la causa que lo originó.

Los testigos deberán comparecer para decir las circunstancias en que el mismo se otorgó. En su declaración deben señalar día, hora, lugar, fecha exacta en que se otorgó el testamento, si vieron, escucharon y reconocieron al testador, que fue lo que dijo, si estaba sano de sus facultades, por que otorgó ese testamento y si saben si murió por la enfermedad que dió origen al testamento privado.

Si esto ocurre, el juez determinará que el dicho de los testigos es el formal y solemne para el testamento del de cujus.

La ley prevé que si después de la muerte del de cujus, muere un testigo se tomará la de los otros, pero no menos de tres.

Lo mismo ocurrirá por la ausencia de uno de ellos, siempre que no exista de pormedio dolo.

(71) DE PINA, Rafael, Ob. cit. pág. 335.

## **V. TESTAMENTO MILITAR.**

Es un testamento especial que se permite sólo al militar o asimilado al ejército, cuando esta en tiempo de guerra o de haber resultado herido en campaña. También éste se acepta para los prisioneros de guerra.<sup>72</sup>

Consiste en que el testador declare su voluntad a dos personas o que les entregue por escrito en sobre cerrado su última voluntad; estando la solemnidad en los dos testigos.

Tal escrito debe ser firmado de su puño y letra, esto también ocurre a los prisioneros de guerra; debiéndose entregar al jefe de la corporación, o jefe inmediato, ocurriendo lo mismo en caso de ser verbalmente.

Para efectos procesales sucesorios debe haber una declaración judicial para que dicho testamento se formalice.

## **VI. TESTAMENTO MARITIMO.**

Sobre este tipo de testamento especial, el artículo 1583, establece que :

"Los que se encuentran en altamar, a bordo de navíos de la Marina Nacional, sea de guerra o mercante, pueden testar sujetándose a las prescripciones siguientes."

(72) ROJINA Villegas, Rafael, Ob. cit. pág. 410.

Y en los artículos 1584 al 1592, determina como se debe otorgar en presencia de dos testigos y del capitán del navío; como se debe hacer por duplicado, y como el capitán la conservará entre los papeles importantes del barco.

La embarcación debe estar en altamar, ya que de lo contrario, es decir, estando en puerto anclado, podría hacerse en forma ordinaria. A demás en presencia de un peligro inminente de muerte, por enfermedad, o bien por hundimiento.

Así mismo, cuando el barco arribe a un puerto en donde haya funcionarios del servicio exterior mexicano, a ellos el capitán les hará entrega del testamento, para el efecto de lo remita a México, se entregue a los funcionarios judiciales, y se inicie el procedimiento sucesorio.

El artículo 1591, establece que:

"El testamento marítimo solemne producirá efectos legales falleciendo el testador en el mar o dentro de un mes, contando desde su desembarque en algún lugar donde conforme a la ley mexicana o a la extranjera, haya podido ratificar u otorgar de nuevo su última disposición.

Se indica que será por duplicado en razón de que una formará parte de su documentación, es decir, de la bitácora hasta llegar al territorio nacional para entregarlo a las autoridades marítimas y el otro se entregará al llegar a puerto ante cualquier autoridad consular o agente diplomático.

El artículo 1592, determina que:

"Si el testador desembarca en un lugar donde no haya agente diplomático o consular, y no se sabe si ha muerto, ni la fecha del fallecimiento, se procederá conforme a lo dispuesto en el título IX del libro primero del Código Civil para el Distrito Federal." referente a los ausentes e ignorados.

## **VII. TESTAMENTO HECHO EN PAIS EXTRAJERO.**

En este tipo de testamento, como su nombre lo indica, es el que se otorga por un mexicano fuera del territorio nacional, y ante los funcionarios del Servicio Exterior Mexicano del país que se encuentre.

Puede sujetarse a las formalidades de la ley extranjera aún cuando tenga su ejecución en la República Mexicana, o bien, puede otorgarse ante un agente diplomático o consular mexicanos, teniendo estas funciones similares a la de los notarios públicos y autorizados para recibir en depósito testamentos ológrafos.

#### **4. CAPACIDAD PARA TESTAR.**

Como todo acto jurídico, el testamento requiere que el testador sea un sujeto capaz para que éste pueda ser válido.

Rafael de Píña define a la capacidad para testar como "la posibilidad legal de hacer testamento reconocida legalmente."<sup>73</sup>

La capacidad para testar o la testamenti factio activa, se encuentra reconocida en el Código Civil para el Distrito Federal, a todos aquellos a quien la ley no lo prohíbe expresamente.

El derecho a testar es irrenunciable, pues el Código Civil lo expresa declarando la nulidad no sólo de la renuncia de este derecho, sino igualmente la de la cláusula en que alguno se obligue a no usar de él, sino bajo ciertas condiciones, sean éstas de la clase que fueren.

Así también el Código sigue protegiendo esta capacidad en su artículo 1488, que el juez que tuviere noticia de que alguno impide a otro hacer testamento se presentará sin demora en caso que se produzca esta acción ilegal, para asegurar el ejercicio del derecho de que se trata y levantará acta en que haga constar el hecho que ha motivado su presencia, la persona o personas que causen la violencia y medios que al efecto haya empleado o intentado emplear y si la persona cuya libertad ampare hace uso de su derecho.

(73) DE PINA, Rafael, Ob. cit, pág. 296.



La facultad para testar no puede ser afectada por condena de naturaleza penal. De lo contrario no estaría cumpliéndose con los fines de la materia penal que actualmente

atribuye a las sanciones impuestas con motivo de la comisión de delitos.

La capacidad para otorgar testamento y se produzca el fenómeno de la transmisión hereditaria, tiene dos excepciones: Incapacidad por falta de edad e incapacidad por demencia; el cual se encuentran establecidas en el artículo 1306 del Código Civil que expresamente dice:

"Ésta incapacitados para testar:

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

La incapacidad en la fracción primera, se ve aparentemente un desajuste en el Código Civil o contradicción en el artículo 646, en virtud de que éste establece que la mayoría de edad comienza a los dieciocho años cumplidos, junto con el artículo 647 el cual determina que el mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes.

En realidad no hay tal desajuste o contradicción en virtud de que aunque no sea mayor de edad pero si teniendo dieciséis años

cumplidos, no afecta ni produce daño alguno Tal disposición para realizar un testamento.

Sin embargo, establece Gutierrez y Gonzalez, que hay una excepción para que pueda testar el menor de dieciocho años pero mayor de dieciséis, y es en cuanto a que no podrá hacer testamento ológrafo, En virtud de que éste sólo puede ser hecho por personas mayores de edad, así lo establece el artículo 1551 ya antes mencionado, el cual establece que:

"Este testamento sólo podrá ser otorgado por personas mayores de edad, y para que sea válido, deberá estar totalmente escrito por el testador y firmado por él, con expresión del día, mes y año en que se otorgue.

En cuanto a la incapacidad planteada en la segunda fracción del mismo artículo 1306 el cual se refiere a las personas que no disfrutan de su cabal juicio; la ley establece también una excepción. Cuando esta persona se encuentre en estado de lucidez, pudiendo establecer que en ese instante se encuentra bien de sus facultades mentales.

Sobre este punto, el artículo 1307 establece que:

"Es válido el testamento hecho por un demente en un intervalo de lucidez, con tal de que al efecto se observen las prescripciones siguientes."

De acuerdo con las prescripciones establecidas al efecto en el Código Civil del artículo 1308 al 1312, marcan los requisitos a

seguir cuando la persona que se encuentra perturbada de sus facultades mentales pretenda hacer testamento en un intervalo de lucidez, el tutor y, en efecto de éste, la familia de aquél, presentará por escrito una solicitud al juez que corresponda.

El juez nombrará dos médicos, de preferencia especialistas en la materia, para que examinen al enfermo y dictaminen acerca de su estado mental. El juez tiene la obligación de asistir al examen del enfermo y podrá hacerle cuantas preguntas estime convenientes, a fin de cerciorarse de su capacidad para testar.

El resultado del reconocimiento médico debe hacerse constar en acta y si fuere favorable se procederá desde luego a la formación del testamento ante Notario Público, con todas las solemnidades que se requieren para los testamentos públicos abiertos.

Firmarán el acta además del notario y de los testigos, el juez y los médicos que intervinieron para el reconocimiento, poniendo pie del testamento razón expresa de que durante todo el acto conservó el paciente perfecta lucidez de juicio, y sin este requisito y constancia será nulo el testamento.

Este tipo de excepción para que pueda testar la persona que se encuentre perturbado de sus facultades mentales pero que se encuentre en un estado lúcido como lo establece el artículo 1307 de la Ley substantiva, hay una contradicción con el artículo 450 fracción segunda del mismo Código, el cual establece lo contrario, diciendo que tienen incapacidad legal y natural este tipo de personas aún cuando tenga intervalos lucidez el cual ahora solo mencionamos ya que en el siguiente capítulo los

**estudiaremos con mayor detenimiento dando la solución a esta contradicción.**

**Por último, diremos que los extranjeros que se encuentren en el Distrito Federal, tendrán capacidad para testar como cualquier mexicano y puede hacerla en cualquiera de las formas establecidas siguiendo determinados requisitos establecidos en la ley.**

**CAPITULO IV**  
**ANTINOMIA DE LOS ARTICULOS 1307 Y 450**  
**FRACCION II DEL CODIGO CIVIL Y SOLUCION**  
**QUE CONTEMPLA EL LEGISLADOR PARA**  
**RESOLVER LA APARENTE INCONGRUENCIA.**

**1. ANALISIS DEL ARTICULO 450 DEL CODIGO**  
**CIVIL ANTERIOR A LA REFORMA DE 1992.**

Antes de realizar el estudio de éste artículo, daremos el concepto de la capacidad así como su clasificación de la misma, en virtud de que es el más importante atributo de la personalidad y que todo sujeto por serlo debe tener capacidad jurídica.

La capacidad, establece Gutierrez y Gonzalez, que "es la aptitud jurídica para ser sujeto de derechos y deberes y hacerlos valer"<sup>74</sup>

Por su parte, Mariano Aramburo, define a la capacidad como "la facultad por la cual el hombre es sujeto de derecho, o lo que es lo mismo, la propiedad por cuya virtud el hombre puede exigir prestaciones y debe cumplir obligaciones."<sup>75</sup>

La capacidad puede ser clasificada en dos:

A) Capacidad de goce; y

(74) GUTIERREZ y Gonzalez, Ernesto, Ob. cit. pág. 341.

(75) ARAMBURO, Mariano, La Capacidad Civil, Ed. Reus, Madrid, 1931. pág. 7

B) Capacidad de ejercicio.

**CAPACIDAD DE GOCE.**- Gutierrez y Gonzalez la define como "la aptitud jurídica para ser objeto de derechos y deberes."<sup>76</sup>

Por su parte Galindo Garfias, establece que este tipo de capacidad corresponde a toda persona y que es parte integrante de la personalidad, puede existir sin que quien la tiene, posea la capacidad de ejercicio, se alude generalmente, cuando se dice que una persona es incapaz o esta incapacitada.<sup>77</sup>

Las personas físicas pueden tener grados de incapacidad de goce, las cuales son:

a) El grado mínimo de capacidad de goce, es el concebido pero no nacido, bajo la condición impuesta en nuestro Código Civil de que nazca vivo y sea presentado al Registro Civil o viva veinticuatro horas. Esta forma mínima de capacidad de goce permite al embrión humano tener derechos subjetivos patrimoniales, verbigracia, los de heredar, recibir en legado o recibir en donación; también es la base para determinar su condición jurídica de hijo legítimo o natural.

b) Otra es la de los menores de edad, esta es una capacidad aumentada, casi alcanza el grado de la capacidad de goce de los

(76) GUTIERREZ Y Gonzalez, Ernesto, Ob. Cit. Pág. 341.

(77) GALINDO Garfias, Ignacio, Derecho Civil, Personas y Familia, Ed, porruá, México, 1980, pág. 386.

mayores de edad en pleno uso de sus facultades mentales, sin embargo, si hay restricciones a la capacidad de goce de los menores de edad.

c) Por último esta la capacidad de goce de pleno uso de sus facultades mentales y los sujetos a interdicción por locura, idiotismo, imbecilidad o uso constante de drogas o enervantes. Este tipo de incapacidad no afecta la incapacidad de goce desde el punto de vista patrimonial, como ser titular de derechos y obligaciones, pero si afectan a la relación familiar como el ejercicio de la patria potestad, sin embargo, podrá ejercer sus derechos a través de un representante.

Las personas físicas, pueden perder la capacidad de goce en ciertos derechos. Tal ocurre en el caso de divorcio cuando se hayan en alguna de las causas comprendidas en las fracciones I, II, III, IV, V, VIII, XV, y XVI del artículo 267 del Código Civil .

Puede perderse la capacidad de goce por inhabilitación impuesta como la sanción en una sentencia penal, tratándose de ciertos delitos como la inhabilitación temporal para el ejercicio de una profesión (artículo 228 Fracción I y 23 del Código Penal para el Distrito Federal).

El comerciante, cuya quiebra haya sido culpable o fraudulenta, quedará inhabilitado para ejercer el comercio, por el tiempo durante la condena principal y podrá asimismo, quedar inhabilitado para ejercer cargos de administración o representación, en toda clase de sociedades mercantiles, durante

el mismo tiempo (artículo 106 de la Ley de Quiebras y Suspensión de pagos).

**CAPACIDAD DE EJERCICIO.-** Establece el profesor Gutierrez y Gonzalez, que "es la aptitud jurídica o para hacer valer los derechos que se tengan y para asumir por si mismo, deberes jurídicos."<sup>78</sup>

Este tipo de capacidad depende de la edad de la persona física. Se adquiere a los dieciocho años, sin embargo, los mayores de dieciocho años que padezcan locura, idiotismo, imbecilidad, los sordomudos que no saben leer y escribir, los ebrios consuetudinarios y los que hacen habitualmente uso de drogas enervantes, carecen de capacidad de ejercicio. Pueden hacer valer sus derechos y cumplir sus obligaciones por medio de un representante.

Al igual que la capacidad de goce, existen también ciertos grados de incapacidad de ejercicio como son:

a) El ser concebido, pero no nacido, el cual es necesario la representación de la madre y el padre. Lo único que tiene es la capacidad de goce para recibir en herencia, legado o donación, sin embargo, el padre o la madre, lo representarán para recibirlos y hacerlos valer si fuere necesario.

(78) GUTIERREZ y Gonzalez, Ernesto, Ob. cit. pág. 341



b) El segundo grado de incapacidad de ejercicio, surge desde el nacimiento hasta la emancipación, la incapacidad de ejercicio de los menores no emancipados es total ya que no pueden ejercer o hacer valer sus derechos sin una representación, se exceptúan los bienes que el menor adquirió por su propio trabajo, pues se le permite la capacidad jurídica para realizar los actos de administración inherentes a esos bienes.

c) En los menores emancipados solo hay una incapacidad de ejercicio parcial, ya que puede realizar actos de administración relativos a sus bienes muebles o inmuebles, sin representante, sin embargo, para comparecer a juicio, necesitan de un tutor. Para realizar actos de dominio sobre bienes inmuebles, necesitan de autorización judicial, así también, para contraer matrimonio, necesitan autorización judicial o de sus padres.

d) Un cuarto grado de la capacidad de ejercicio, corresponde a los mayores de edad privados de inteligencia o cuyas facultades mentales se encuentran perturbadas por inbecilidad, idiotismo, sordomudez que no saben leer ni escribir, alcoholismo o drogadicción. La incapacidad de este tipo de personas generalmente es total, por lo que el representante legal será el único que podrá hacer valer sus derechos y acciones o celebrar actos de dominio o administración con autorización judicial.

Una vez que se tiene la capacidad de goce, puede suceder que la ley determine la prohibición de que se ejercite esa capacidad. Apareciendo así la incapacidad de ejercicio que implica el ser titular de derechos pero no poder ejercerlos.

De aquí se desprende lo regulado en el artículo 450 del Código Civil anterior a la reforma de 1992, que a la letra decía:

"Tienen incapacidad natural y legal:"

I. Los menores de edad;

II. Los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo, o imbecilidad, aun cuando tengan intervalos lúcidos;

III. Los sordomudos que no saben leer ni escribir;

IV. Los ebrios consuetudinarios y los que habitualmente hacen uso inmoderado de drogas enervantes.

Este tipo de personas tienen capacidad de goce, pero no de ejercicio, es decir, tienen derechos y obligaciones pero no los pueden hacer valer por si mismo, solo por medio de un representante, sin embargo, en materia de sucesiones, para poder otorgar un testamento, ni con representante podrán hacerlo ya que es un acto personalísimo.

La incapacidad, es la ausencia de la capacidad definiéndose ésta como la aptitud jurídica para ser titular de derechos y obligaciones y hacerlos valer por si mismo. La incapacidad es entonces la carencia de aptitud para que la persona, que tiene capacidad de goce pueda hacer valer sus derechos por si mismo.

Para que pueda ser reglamentada la incapacidad, debe tener un fundamento, en este caso puede ser el biológico cuando la persona por razones de edad o enfermedad mental o en ciertos grados de embriaguez o drogadicción, no pueden alcanzar una madurez intelectual o entablar una comunicación como es el caso de los sordomudos.

En la primera fracción de este precepto legal, se refiere a los menores de edad, es decir, aquellos que no han cumplido con la mayoría de edad que de acuerdo con el artículo 646 del Código Civil es de dieciocho años.

Aparentemente hay una contradicción con el artículo 1306 Fracción primera del Código Civil, en cuanto a la capacidad para testar, el cual establece que puede un mayor de dieciseis años otorgar testamento, sin embargo, no es una contradicción solo es una excepción en virtud de que no perjudica en nada para hacer valer su derecho por si mismo.

En cuanto a la segunda fracción de este mismo precepto legal, se refiere a los mayores privados de inteligencia por idiotismo, locura aun cuando tengan intervalos lúcidos, en virtud, que de acuerdo con su estado mental no pueden hacer valer sus derechos por si mismo.

La fracción tercera de este artículo, declaraba incapaces a los sordomudos que no sabían leer ni escribir, por lo que, a contrario sensu, si este sabía leer o escribir, si podría ser persona capaz para hacer valer sus derechos por si mismo.

En la última fracción, la cual menciona a las personas que toman bebidas embriagantes o hagan uso de drogas enervantes, deben ser calificadas, puesto que, si toma bebida embriagantes las tome constantemente, es decir, que sea un ebrio consuetudinario; y en caso de que haga uso de drogas enervantes, debe ser un uso inmoderado.

El representante legal en este tipo de personas es el tutor, para que puedan hacer valer sus derechos por medio de la representación de éste, sin embargo, para poder otorgar un testamento no debe haber representación como ya se estableció anteriormente debido a que éste es un acto personalísimo.

## **2. ANALISIS DEL ARTICULO 1307 DEL CODIGO CIVIL.**

En el Libro Tercero del Código Civil vigente relativo a las sucesiones, en su capítulo segundo, el cual lleva el nombre de la capacidad para testar, se encuentra reglamentado en su artículo 1307, el cual establece que:

"Es válido hacer testamento hecho por un demente en un intervalo de lucidez, contal de que al efecto se observen las prescripciones siguientes."

Analizando este precepto legal, nos damos cuenta los mayores de edad perturbados de sus facultades mentales, pueden tener capacidad de ejercicio, es decir, pueden hacer valer sus derechos por si mismo o sin necesidad de un representante legal; en este caso será la de poder otorgar un testamento siempre y cuando se encuentre en un intervalo de lucidez.

Se puede decir que la incapacidad por enajenación mental como la regula el artículo 450 del Código Civil, si se translada a la materia de sucesiones, es relativa, es decir, no es importante el estado general de la persona (en materia de sucesiones es conocida como el autor de la herencia), al momento de otorgar el testamento, ya que la incapacidad legal o natural, deja de existir durante el intervalo de lucidez.

Este mismo precepto legal señala que, para que pueda otorgar testamento la persona perturbada de sus facultades mentales, debe de cumplir con una serie de requisitos aparte de que se

encuentre en un estado lúcido, los cuales se encuentran regulados en los artículos 1308 al 1312 de este mismo Código Civil, como es el de presentar la solicitud para hacer testamento ante un Juez, el cual nombrará dos médicos de preferencia especialistas en la materia, para que dictaminen sobre la lucidez mental del enfermo, en este acto podrá el juez hacer cuantas preguntas sea necesario al enfermo con el objeto de ver si se encuentra en perfecto estado de lucidez; si el resultado del dictamen es favorable, se hará constar en una acta formal, y se procederá a otorgar el testamento el cual, en este caso, será público abierto, debiendo firmar a demás del notario y testigos, el Juez y los médicos que intervinieron para el reconocimiento, a razón expresa de que durante todo el acto conservó el paciente perfecta lucidez y sin este requisito y su constancia será nulo el testamento.

En el artículo 450 en su fracción segunda, señala que como regla general, hay una incapacidad de ejercicio para los mayores de edad privados de inteligencia aún cuando tengan intervalos de lucidez. Sin embargo, el artículo 1307, señala lo contrario, es decir, que sí podrán hacer valer sus derechos como el de otorgar testamento siempre y cuando se encuentre en un estado de lucidez.

Aparentemente hay una contradicción en estos dos preceptos, ya que por un lado el artículo 450 en su segunda fracción, establece la incapacidad natural y legal a las personas perturbadas de sus facultades mentales aun cuando tengan intervalos de lucidez; y por otro lado, el artículo 1307 le otorga

capacidad para realizar testamento a éste tipo de personas siempre y cuando tengan un intervalo lucido, el cual solo ahora menciono ya que mas adelante estudiaremos esta incongruencia con mayor detenimiento.

### **3. ANALISIS DEL ARTICULO 450 DEL CODIGO CIVIL REFORMADO.**

En el Diario Oficial de la Federación de fecha 23 de julio de 1992, salió publicada una serie de reformas al Código Civil para el Distrito Federal en cuanto al Capítulo IV, del Título noveno del Libro Primero referente a la tutela legítima de los dementes, idiotas, imbeciles, sordomudos, ebrios y de los que habitualmente abusan de las drogas enervantes.<sup>79</sup>

El motivo de dicha reforma al mencionado artículo, se debió a que se tenía que luchar por la dignidad y los derechos de las personas que sufren de las incapacidades naturales o legales que nuestros ordenamientos consignan como restrictivos para el ejercicio cabal de sus derechos.

Siguiendo de la idea de países que han puesto en práctica la sustitución de los conceptos utilizados en el ámbito internacional para referirse a los deficientes mentales y a todos los que padecen alguna limitación física, psicológica o sensorial, dándose este suceso en la Organización de la Naciones Unidas en el año de 1971.

Posteriormente la propia Organización de las Naciones Unidas, en el año de 1982 formuló el programa de acción mundial para las personas con discapacidad, introduciendo con este término

(79) Diario Oficial de la Federación, 23 de julio de 1992, pág. 2



un neologismo para referirse a todas las personas que padecen de alguna limitación física, sensorial o psicológica.

En el ámbito social cultural de los Estados de Durango y Nuevo León, se vieron en la tarea de provover foros de cultura popular en los cuales participaron padres de familia, maestros, psicólogos y profesionistas del derecho, quienes con su valiosa participación pusieron de manifiesto la urgencia de que se legisle en pro y en defensa de los discapacitados.

De lo antes aludido, se llegó a la reforma del artículo 450 del Código Civil, en relación a la incapacidad legal el cual se refiere a los dementes, idiotas, imbeciles, sordomudos, ebrios y aquellos que habitualmente abusan de drogas enervantes, por considerar que todos esos calificativos son encierta medida, ofensivos y degradantes de la dignidad de las personas y con el objeto de que tales personas alcanzaran el acceso a una vida más humana y más digna, quedando de la siguiente manera el artículo 450 del Código Civil:

Artículo 450.- Tienen incapacidd natural y legal:

I. Los menores de edad;

II. Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aun que tengan intervalos lúcidos; y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter física, psicológico o sensorial o por la adicción de sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o a la

alteración en la inteligencia que ésto les provoque no puedan gobernarse por si mismos, o manifestar su voluntad por algún medio.

La anterior definición jurídica resulta mas actual y comprensiva y se encuentra compuesta de la siguiente manera:

a) La incapacidad es para las personas mayores de edad, y por tanto, es incapacidad legal en contraposición a la capacidad natural que la ley siempre ha establecido para proteger a los derechos de los menores.

b) Que estén limitados de inteligencia, es decir, que no puedan comprender ni razones ni alcances de conducta; que estén imposibilitados para formar juicios por cuyo medio puedan distinguir y declarar la diferencia o consecuencia que existe entre varias cosas, ideas o conceptos.

c) Que esta limitación de inteligencia provenga de alguna discapacidad entendida esta última, como la imposibilidad real del individuo para ejecutar alguna de las funciones esenciales de las que depende la expresión jurídica de la voluntad.

d) Que esta discapacidad se origine por una enfermedad o deficiencia persistente, con ello se determina tanto la causa fundamental de la discapacidad como la de su origen y persistencia con el objeto de que pueda surgir en un futuro

la posibilidad de declarar a la persona capaz para ejercer sus derechos y obligaciones.

e) La discapacidad puede ser de carácter físico, es decir, que afecte uno o más de los órganos o miembros del cuerpo humano; psicológico, es decir, que atrofie o provoque disminución de alguna de las funciones esenciales y finales de la mente; sensorial, la cual se refiere a la incapacidad de uno o más de los órganos de los sentidos de la persona.

f) Que cualquiera de las discapacidades impidan que el sujeto pueda gobernarse y obligarse por sí mismo, es decir, manifestar su voluntad para ejecutar conductas que trasciendan al campo del deber social, o sea, que produzcan efectos de carácter jurídico frente a otras personas.

g) También se considera aquellas personas a quienes, la propia enfermedad o deficiencia no le permite expresar su voluntad por algún medio, para diferenciarlos de aquellos que sí pueden hacerlo por medio de un intérprete o algún instrumento técnico.

h) y por último hace mención a las personas que son adictas al alcohol, a los psicotrópicos y estupefacientes, eliminando la redacción de precepto, que hace referencia a los ebrios consuetudinarios y a los que habitualmente hacen uso inmoderado de drogas enervantes, ya que estos, son aquellos dejarían de ser incapaces jurídicamente por la costumbre embriagarse o por la cantidad de sustancias tóxicas que ingeren para ser considerados a los avances de

la ciencia médica y psicológica, como enfermos que por su adicción a tales sustancias han adquirido a una afectación física, sensorial, pero sobre todo psicológica de tal grado que les impida gobernarse y obligarse por si mismos.

La discapacidad que se manifieta en una persona, no es razón o motivo para prohibirle el goce de sus derechos esenciales como ser humano, es decir, su capacidad de goce no se prohíbe, ni tampoco se condiciona, en este sentido, el régimen jurídico existente permanece intacto.

**4 ANTINOMIA DE LOS ARTICULOS 1307 y 450  
FRACCION II DEL CODIGO CIVIL Y SOLUCION  
QUE CONTEMPLA EL LEGISLADOR PARA  
SOLUCIONAR LA APARENTE INCONGRUENCIA.**

A) REGLAS DE LA INTERPRETACION.

B) APLICABILIDAD DE LA EXCEPCIONES A LAS REGLAS  
DEL PRECEPTO LEGAL ESPECIFICO (ARTICULO 11 DEL  
CODIGO CIVIL).

C) CASOS AL RESPECTO QUE CONTEMPLA EL  
LEGISLADOR A LA EXTERIORIZACION DE LA VOLUNTAD  
DEL TESTADOR.

**A) REGLAS DE LA INTERPRETACION.**

Aparentemente hay una incongruencia entre los preceptos 450 Fracción Segunda y 1307 del Código Civil, ya que por un lado establece el primero incapacidad legal y natural sobre las personas mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia aun cuando tengan intervalos lucidos; y aquellas que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter física, psicológico o sensorial o por la adicción de sustancia tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o a la alteración en la inteligencia que ésto les provoque no puedan gobernarse por si mismos, o manifestar su voluntad por algún medio; y por el otro, el artículo 1307 les otorga capacidad a los

dementes para realizar testamento siempre y cuando tengan un intervalo de lucidez.

Para dar solución a esta incongruencia, estudiaremos las reglas de interpretación.

Se entiende por interpretación de acuerdo a Galindo Garfia Ignacio "captar o aprehender el significado de una expresión artística, científica, intelectual etc."<sup>80</sup>

La interpretación pasandola al ámbito jurídico, es decir, la interpretación de Ley, debe entenderse como la comprensión del contenido de uno o varios preceptos legales con el objeto de determinar el sentido de la norma.

El proceso de interpretación normativa establece Galindo Garfias que debe seguir una serie de pasos como son:

A) El significado Prescriptivo, B) La aprehensión de su contenido lógico- gramatical, C) La comprensión o intelección de la norma jurídica allí contenida, D) Con la finalidad de aplicar la norma abstracta al caso concreto.<sup>81</sup>

Existen varios tipos de interpretación como son:

(80) GALINDO Garfías, Ignacio, Ob. cit. pág. 180.

(81) GALINDO Garfías, Ignacio, Ob. cit. pág. 181.

**A) Interpretación declarativa.-** Es aquella que se hace cuando el contenido de la norma concuerda con la declaración filológica del texto.

**B) Interpretación extensiva.-** Cuando el interprete se percató de que lo declarado por la ley es menos de lo que el legislador quiso decir.

**C) Interpretación restrictiva.-** Consiste que al desentrañar el sentido de la ley, se concluye que las palabras expresan más de lo que la norma comprende.

Debe hacerse distinción entre las lagunas de la ley y la interpretación. La primera, es una labor integradora y consiste en suplir el silencio de las normas, completandolas mediante la elaboración de una norma que no ésta contenida en el ordenamiento; en cambio, la segunda solo se va a comprender su contenido para aplicarlo al caso en concreto.

Para solucionar el problema de las lagunas jurídicas, existen una serie de métodos de integración como son: La analogía y los principios generales de derecho. Por medio de la analogía se induce a una solución para el caso semejante pero no contemplado. Cuando no se puede integrar por medio de la analogía, se debe recurrir a los principios generales del derecho, los cuales son las ideas fundamentales, inspiradoras que ha tomado en cuenta el legislador para establecer los preceptos que constituyen la ley dictada por él.

Los párrafos tercero y cuarto del artículo 14 constitucional, encierran las reglas fundamentales de interpretación e integración en el derecho mexicano. El tercero se refiere a la aplicación de la ley penal; el cuarto formula las reglas de interpretación e integración en materia civil, pero sólo en relación a las sentencias. El texto de las citadas fracciones es el siguiente:

"En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por la ley exactamente aplicada al delito de que se trata."

"En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley y, a falta de ésta, se fundará en los principios generales del derecho."

En el párrafo tercero se basa en el principio que no hay pena sin ley, es decir, no hay mas hechos delictuosos que las leyes penales definen y castiguen. Ni penas que las mismas leyes establecen.

En el cuarto párrafo no es sólo regla de interpretación sino de integración, aun que dice el mismo párrafo que las sentencias deberán ser conforme a la letra de la ley, cuando estas sean dudosas, el legislador debe interpretar y en caso de que no se encuentre previsto en la ley se acudirá como ya se dijo anteriormente a la analogía o a los principios generales del derecho.



## **B) APLICABILIDAD DE LAS EXCEPCIONES A LAS REGLAS DEL PRECEPTO LEGAL ESPECIFICO ( ARTICULO 11 DEL CODIGO CIVIL).**

Si se aplicara de manera estricta el artículo 450 Fracción Segunda ya antes mencionado y se trasladara a la materia de sucesiones en relación con la capacidad para testar, no se podría aplicar el artículo 1307 en virtud de que habría una contradicción, sin embargo, para resolver esta aparente incongruencia, debe atenderse a lo dispuesto por el artículo 11 del Código Civil que a la letra dice:

Artículo 11.- " Las leyes que establecen excepción a las reglas generales no son aplicables a caso alguno que no esté expresamente especificado en las mismas leyes."

La característica de una norma es su generalidad, es decir, su aplicabilidad a todos aquellos que se encuentren en el supuesto jurídico que condiciona esa aplicación, por un lado, y su abstracción, es decir, que deberá ser aplicada a todos los casos en que se realicen los supuestos normativos, por el otro.

Sin embargo, el legislador por razones jurídicas, puede establecer excepciones concretas en cuyo caso el juez no le está permitido usar la analogía como método de interpretación, pero estas excepciones deberán estar precisamente determinadas por la norma de manera clara.

En conclusión podremos apreciar que el artículo 450 Fracción II y el artículo 1307 y aplicando el artículo 11 todos del Código Civil,

es una excepción establecida en la misma norma por lo que no hay incongruencia entre ellos, es decir, queda separada lo que establece el artículo 450 Fracción II de las disposiciones que en el propio Código Civil se contiene para el caso de aquellas personas afectadas por demencia que, bajo ciertas condiciones recobran la lucidez y pueden realizar actos jurídicos vengracia otorgar un testamento, cuya validez no puede ser cuestionada ante los tribunales por haberse acreditado que la voluntad de la persona fue expresada en forma libre de coacción razonada ante testigos y en forma indubitable, cumpliéndose con los requisitos y las formalidades legales previstas por la ley.

### **C) CASOS AL RESPECTO QUE CONTEMPLA EL LEGISLADOR A LA EXTERIORIZACION DE LA VOLUNTAD DEL TESTADOR.**

La manifestación de la voluntad del testador es uno de los elementos esenciales del testamento ya que sin esta no podría haber testamento.

La manifestación de la voluntad del testador debe ser en forma clara y expresa, es decir, no se acepta una manifestación de voluntad tácita que se pretenda deducir de hechos, ni tampoco puede el testador manifestar su voluntad mediante señales o monosílabos contestando a las preguntas que se le hagan.

Puede suceder que la manifestación de la voluntad del testador hecha en un testamento no sea clara y se podría entender contrariamente a lo que quiso decir el testador, sin embargo, la voluntad del testador es tan importante que se podrá interpretar lo que quiso decir, como lo establece la jurisprudencia que a la letra dice:

**FUENTE : TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO**

**EPOCA : 8A**

**TOMO : I SEGUNDA PARTE-2**

**TESIS : 18**

**PAGINA : 725**

**RUBRO : TESTAMENTOS, INTERPRETACION DE LOS. PUEDEN Y DEBEN APLICARSE DISPOSICIONES RELATIVAS A LA INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS.**

**TEXTO.** Tratándose de ambos casos de descubrir la real y verdadera voluntad de las personas interesadas, que es el caso que impera y prevalece, si pueden y deben aplicarse respecto de los testamentos disposiciones relativas a la interpretación de los contratos, máxime que el testamento es un acto personalísimo de expresión de voluntad, por lo que debe desentrañarse su sentido y significación lo más apegado posible a la intención del testador.

**SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.**

**PRESEDENTES:**

Amparo directo 347/88.- Francisco Antonio Sanchez Barrientos.- 29 de marzo de 1988.- Unanimidad de votos.- Ponene: Martin Antonio Rios.- Secretario: Anastacio Martinez Garcia.

Atraves de esta jurisprudencia se puede notar que aunque la interpretación debe hacerse a los contratos, puede ser aplicada al testamento en virtud de que es un acto personalísimo de expresión de voluntad.

La voluntad del testador es tan importante que prevalece sobre la sucesión legítima, al efecto se tiene la jurisprudencia que a la letra dice:

**PODER JUDICIAL DE LA FEDERACION**

**1er CD-ROM SEPTIEMBRE DE 1991**

**FUENTE : TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO**

**EPOCA : 8A**

**TOMO : III SEGUNDA PARTE-2**

**TESIS : 46**

**PAGINA : 797**

**RUBRO: SUCESIONES. VOLUNTAD DEL TESTADOR.  
PREVALECE SOBRE LA SUCESION LEGITIMA (LEGISLACION  
DEL ESTADO DE OAXACA).**

**TEXTO:** La disposición y adjudicación de los bienes derivados de un testamento, no pueden ser objetos de sucesión legítima, por que teniendo aquel validez, resulta preponderante la escritura o título que se otorgue en favor del heredero en el juicio testamentario, ya que en materia de sucesiones prevalece la voluntad del autor de la misma, como se desprende de una recta interpretación del artículo 1185 del Código Civil del Estado en relación con el 763 del de procedimientos de la materia.

**TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO TERCER CIRCUITO.**

**PRECEDENTES:**

**Amparo directo 283/88.- Juan Lopez Nelio.- 27 de enero de 1989.-  
Unanimidad de votos.- Ponente: Agustín Romero Montalvo.-  
Secretario: Maria de los Angeles Pombo Rosas.**

**Atraves de eta jurisprudencia podemos darnos cuenta de como  
prevalece la voluntad del autor de la herencia.**

## **CONCLUSIONES.**

1.- Los romanos crearon la sucesión hereditaria como una forma jurídica necesaria con el objeto de suplir la ausencia de la personalidad del de cujus a través del heredero ya que tenía la obligación de seguir con la personalidad del autor de la herencia.

2.- El testamento se caracteriza por ser un acto jurídico personalísimo que tiene por objeto tutelar y proteger el patrimonio de un individuo para cuando deje de existir.

3.- La capacidad para testar es la facultad de disponer libremente de bienes para después de la muerte, es una consecuencia del derecho de propiedad del cual se desprende, que la regla general es que todas las personas físicas son capaces para testar. Salvo algunas excepciones que la ley establece.

4.- Libertad de testar, otorga al testador la facultad legal para disponer libremente de todo o parte de sus bienes y derechos que no se extingue por su fallecimiento.

5.- Al analizar la figura jurídica de la incapacidad legal y natural, contempladas en el artículo 450 del Código Civil y la capacidad para testar prevista en el artículo 1307 del mismo precepto legal, podemos deducir que hay una oposición entre estas dos leyes y para dar solución a ésta aparente incongruencia el juzgador debe tomar en cuenta las reglas de interpretación y los principios generales del derecho contenidos en el artículo 11 del Código Civil, el cual nos da la pauta para aplicar los preceptos antes

mencionados como una excepción plasmada en el mismo ordenamiento legal.



## **BIBLIOGRAFIA.**

AGUILAR Carbajal, Leopoldo, Segundo Curso de Derecho Civil. Ed. Porrúa, México, 1980.

ALBALADEJO, Manuel, Compendio de Derecho de Familia y Sucesiones. Librería Bosh, 1965.

ARAMBURO, Mariano, La Capacidad Civil. Ed. Reus, Madrid, 1931.

ARCE Y Cervantes, José, De las Sucesiones. Ed. Porrúa, México, 1983.

ARELLANO García, Carlos, Procedimientos Civiles Especiales. Ed. Porrúa, México.

BAQUEIRO Rojas y Buen Rostro Baes, Rosalía, Derecho de Familia y Sucesiones. Ed. Harla, México, 1990.

BARBERO, Domenico, Derecho Privado, Tomo III, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1697.

BONNECASSE, Julian, Elementos du Droit Civil, Tomo III. Ed. Mojica, México, 1984.

CASTAN Tobeñas, José, Derecho Civil Español Común y Foral. Ed. Reus, Madrid, 1960.

CLEMENTE, Diego, Instituciones de Derecho Civil, Tomo III, Ed. Porrúa, México.

DE IBARROLA, Antonio, Cosas y Sucesiones. Ed. Porrúa, México.

DE PINA, Rafael, Elementos de Derecho Civil Mexicano. Ed. Porrúa, México, 1980.

DE PINA y Vara, rafael, Diccionario de Derecho Civil. Ed. Porrúa, México, 1977.

Diccionario Lexico Hispánico. Enciclopedia Ilustrada en la Lengua Española, Tomo III, Editores México, 1979.

DON ALONSO el IX, Las Siete Prtidas del Sabio Rey, Tomo III, Partida 6, 1831.

GALINDO Garfias, Ignacio, Derecho Civil, Personas y Familia. Ed. Porrúa, México, 1960.

GUITRON Fuentesvilla, Julian, Apuntes de Derecho Familiar, (IV Curso de Derecho Civil) Facultad de Derecho, UNAM, México, 1988.

GUTIERREZ y Gonzalez, Ernesto, El Patrimonio Pecuniario y Moral o Derecho de la Personalidad y Derecho sucesorio. Ed. Cajica, México.

LEMUS Garcia, raul, Derecho Romano. Ed. Limusa, México, 1964.

MARCEL Planiol y Ripiet, Tratado Práctico del Derecho Civil Frances, Tomo V. Ed. Cultural.

MARGADANT, Floris, El Derecho Privado romano. Ed. Esfinge, México, 1979.

MARTINEZ, Victor José, Sucesiones Testadas e Intestadas, México, 1861.

OTS y Capdequi, José Maria, Historia de Derecho español en América y del Derecho Indiano. Biblioteca Jurídica, Madrid, España, 1969.

PALLARES, Eduardo, Diccionario de Derecho Procesal Civil. Ed. Porrúa, México, 1983.

PETIT, Eugene, Tratado Elemental de Derecho Romano. Ed. Porrúa, México, 1984.

ROJINA Villegas, Rafael, Derecho Civil Mexicano, Tomo IV, México.

## LEGISLACION.

CODIGO CIVIL.