

3 21909
1
2ej



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO.

CENTRO DE ESTUDIOS UNIVERSITARIOS.

FALLA DE ORIGEN

EVOLUCION Y PERSPECTIVAS DEL DERECHO

SUCESORIO EN LA

SOCIEDAD MEXICANA CONTEMPORANEA.



T E S I S .

QUE PRESENTA:

GERARDO BALLESTEROS FELIX DIAZ

PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO.



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.

A MI PADRE :

GERARDO BALLESTEROS LOPEZ

POR TU APOYO, CARIÑO COMPRESION Y CONFIANZA, QUE
ME HAS BRINDADO DURANTE TODA MI VIDA, A TI TE
DEBO TODO LO QUE SOY.

A MI MADRE:

GRACIELA FELIX DIAZ DE BALLESTEROS

POR TU APOYO Y COMPRESION PARA LA REALIZACION DE
ESTE TRABAJO Y POR TU COMPRESION PARA CON MI VIDA.

INDICE.

	Pag.
INTRODUCCION.	
CAPITULO I. ESBOZO HISTORICO DE LAS SUCESIONES.	1
1.1 Roma.	1
1.2 México Prehispánico.	18
1.3 Epoca Colonial.	29
1.4 Los Códigos Civiles de 1870 y 1884.	31
CAPITULO II. MARCO JURIDICO CONTEMPORANEO EN MATERIA CIVIL.	41
2.1 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.	42
2.2 Código Civil para el D.F.	44
2.3 Código de procedimientos Civiles para el Distrito Federal.	54
CAPITULO III. LAS SUCESIONES EN EL CODIGO CIVIL VIGENTE.	61
3.1. Fundamentos.	61
3.2 Sucesión por testamentos.	71
3.3 Formalización.	88
3.4 Sucesión Legítima.	90
3.5 Disposiciones Comunes.	95
CAPITULO IV. LOS JUICIOS SUCESORIOS.	109
4.1 Disposiciones Generales.	111
4.2 Instituciones de Representación Jurídica.	120
4.3 Importancia del Derecho Notarial.	128

4.4 Jurisprudencia Reciente en Materia de Juicios Sucesorios.	139
--	-----

CAPITULO IV. SUGERENCIA DE MODIFICACIONES AL CODIGO

CIVIL.	147
5.1 Modificaciones al Libro Primero.	150
5.2 Modificaciones al Libro Tercero.	151

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFIA.

INTRODUCCION.

Se debe entender el Derecho Familiar como el conjunto de reglas de derecho de orden personal y patrimonial cuyo objeto exclusivo, principal, accesorio directo es presidir la organización, vida y disolución de la familia; dentro de la primera categoría de las normas jurídicas que organizan las familias se clasifican la mayor parte de las reglas relativas al matrimonio, a la paternidad y a la filiación.

El Derecho Familiar es también llamado Derecho Familiar Patrimonial que es el conjunto de reglas que ordenan el destino de los bienes dentro de la familia, cuando muere el dueño de ellos y no ha otorgado testamento, dando lugar a la sucesión intestamentaria, o cuando habiéndolo hecho se reparten los bienes según la última voluntad, expresada en el testamento.

El Derecho Familiar Patrimonial, tradicionalmente identificado como sucesorio, de las sucesiones o de los bienes familiares, en realidad constituye el aspecto económico dentro de la familia, muy distinto a los aspectos mercantiles, comerciales o económicos, de los miembros de la familia, pero fuera de ésta; es decir, el Derecho Familiar Patrimonial, regula los aspectos materiales, económicos, de bienes muebles e inmuebles, de inversiones financieras, por lo que el tratamiento que recibe

por parte de la ley, es distinto al que el Derecho Civil da comúnmente a los aspectos relacionados con los bienes en general.

En este orden de ideas el autor de esta tesis se propuso realizar un estudio jurídico-documental sobre los orígenes, evolución y marco jurídico contemporáneo de la materia sucesoria.

Por lo tanto, en el capítulo primero se presenta un estudio histórico de las sucesiones, a partir del derecho romano antiguo, enfatizando el ámbito nacional en las épocas prehispánica, colonial y pre-revolucionaria.

En el segundo capítulo, a partir de una investigación jurídica se estructura el marco jurídico contemporáneo nacional en materia civil, en lo general, incluyendo la parte dogmática constitucional, así como las sustantivas y adjetivas de los Códigos, Civil y de Procedimientos Civiles.

La estructura, fundamentos sociológicos y jurídicos y el contenido del Código Civil para el D.F., así como la reforma del 6 de enero de 1994 son analizados en el capítulo tercero.

El aspecto procesal, determinado por el Código de Procedimientos Civiles para el D.F., relacionado con las sucesiones, se presenta en el capítulo cuarto.

Finalmente, derivado del análisis del marco teórico-conceptual se concluye en el capítulo quinto con algunas propuestas de cambios al Código Civil para el D.F. y adecuando al nuevo espíritu de la sociedad contemporánea: la protección de interés social y familiar.

México, D.F., Verano de 1995.

CAPITULO I.

ESBOZO HISTORICO DE LAS SUCESIONES.

El Derecho Civil mexicano, es una amplia recopilación de los Derechos Romano y Francés, que enriquecida por el legislador hispano llega a México, primero, durante la Corona y posteriormente, en el primer siglo de vida independiente.

Considerando lo anterior, en este primer capítulo, se hace una breve reseña de las sucesiones en Roma; abordando, en los puntos subsecuentes, las sucesiones en México a partir de la época prehispánica y hasta el Código Civil de 1884.

1.1. ROMA.

El Derecho Civil rige las relaciones jurídicas del hombre y fue ordenado originalmente desde la época romana por Gayo y más tarde por Justiniano, quien lo organiza en tres partes: las personas, las cosas y las acciones. Es decir, lo sujetos y objetos del derecho así como las formas de hacer valer estos últimos, en caso de violación o incumplimiento de las obligaciones nacidas de las relaciones entre los sujetos respecto a los objetos.

Si el derecho privado de los romanos se analiza desde el punto de vista de su desenvolvimiento, después de la fundación de Roma hasta la época de Justiniano, se pueden apreciar cuatro periodos:

- 1º De la fundación de Roma a la ley de las XII tablas (1 a 304 de Roma).
- 2º De la ley de las XII tablas al fin de la República (304 a 723 de Roma).
- 3º Del advenimiento del Imperio a la muerte de Alejandro Severo (723 a 988 de Roma, ó 235 de la Era cristiana).
- 4º De la muerte de Alejandro Severo a la muerte de Justiniano (225 a 565).¹

En su primer periodo el derecho romano, está compuesto de las costumbres antiguas de los pueblos itálicos, fundadores de la nueva ciudad. En el segundo, determinado por la ley de las XII tablas, es desarrollado en base a la interpretación de los pontífices y jurisconsultos, adquiriendo el carácter de derecho nacional; en el tercer periodo, alcanza un total y absoluto reconocimiento; extendiéndose a las legislaciones extranjeras, y logra, su más alto grado de perfección, posteriormente, durante el Bajo Imperio se estanca.

Ahora bien, en relación al tema objeto principal de este apartado, el Derecho romano establece respecto a las sucesiones lo siguiente:

¹ Petit, Eugène; Tratado Elemental de DERECHO ROMANO; Editora Nacional, México, 9ª ed. 1971. pp. 27-28.

La adquisición "*per universitatem*" es la que tiene por objeto un patrimonio todo entero, o una cuota-parte de un patrimonio; casi siempre el patrimonio se transmite a la muerte de quien era el dueño: esto es la adquisición por sucesión, que, sobre todas, es la más importante. En ocasiones la transmisión del patrimonio se opera *entre vivos*. Los modos de adquirir *per universitatem* eran los siguientes:

1. Adquisición por sucesión.
2. Transmisión de una herencia por *in jure cessio*.
3. *Bonorum addictio*, con objeto de salvar las manumisiones.
4. Adquisición de un patrimonio por efecto de la potestad paterna, de la *manus* o de la potestad del amo.
5. *Bonorum venditio* y *bonorum sectio*.
6. Confiscación.²

El patrimonio comprende dos partes: los bienes es el activo, y las deudas el pasivo. Mientras el dueño del patrimonio tenga vida, sus acreedores tiene por garantía, no solamente los bienes presentes, sino también sus bienes futuros, es decir, el producto de la actividad del deudor. El Derecho Romano, si muere, le da un continuador de su persona, llamado *heredero*, que en su lugar queda dueño del patrimonio y obligado a pagar todas las deudas como si las hubiese contraído; los acreedores encuentran en él un nuevo deudor y tienen como garantías su

² Estaban atribuidos al fisco los bienes de los ciudadanos condenados a pena capital: muerte, esclavitud y pérdida de derechos de ciudadanía (Cfr. D., *de bonis damnat.*, XLVIII, 20). Esta adquisición no presenta ningún interés en el Derecho, limitándonos a señalarle en esta enumeración.

patrimonio, unido al del difunto, y el producto de su actividad en el porvenir.

Todavía queda una cuestión importante: ¿cómo era designado el heredero?. Había dos modos de designación: por el difunto o por la ley. Los romanos admitieron con razón la preeminencia de la voluntad del difunto sobre la del legislador para la elección del heredero, y la ley de las XII tablas sanciona para el padre de familia el derecho de elegir él mismo quién deba continuar su personalidad³. Manifestaba su voluntad en el testamento. Cuando el heredero testamentario era nombrado y aceptado por éste, a nadie más pertenecía la sucesión. Pero el padre de familia puede morir intestado, es decir, sin haber hecho testamento válido: entonces, solamente en este caso, la ley designa heredero, llamado *ab intestato*, el heredero en la familia civil, sin preocuparse del lazo de sangre (Ulpiano XXVI, § 1). De manera que, según el Derecho civil, hay dos clases de sucesiones: una, regulada por la voluntad del difunto o sucesión testamentaria, y la otra por la ley, o sea sucesión *ab intestato*.

Aunque los romanos tuvieron en gran consideración el derecho de testar, no es exagerado decir que en Roma se tenía como un deshonor morir intestado. Lo más deshonroso era no dejar heredero alguno, porque significaba a la vez que indicio de una mala sucesión, el presagio de la

³ Cfr. Ulpiano refiere en estos términos la disposición de las doce tablas: *Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto* (XI, § 14).

bonorum venditio y de la familia, es decir, la extinción de la *sacra privata*. Por esta razón se encuentra justificada la preferencia de los romanos por la sucesión testamentaria: el que testa y elige un heredero; demuestra previsión y deseo grande de conservar intacto su honor.

Las dos grandes partes que permiten abordar el estudio de la sucesión son:

- 1ª La sucesión testamentaria.
- 2ª La sucesión "ab intestato".

Las reglas de la sucesión testamentaria se reducen a tres ideas principales:

- 1ª Designación del heredero (I II Tit. 10 a 18).
- 2ª Adquisición de la herencia (I II, Tit, 19).
- 3ª Cargas impuestas al heredero (I, II Tit. 20 a 25).

El heredero es designado en un acto llamado testamento, que Ulpiano definió de la siguiente manera: "...la manifestación legítima de nuestra voluntad, hecha solemnemente para hacerla válida después de nuestra muerte"⁴. Esta definición tiene el defecto de descuidar el carácter esencial del testamento, que es contener la institución de uno o varios herederos. La forma de los testamentos en Roma varió según las épocas;

⁴ Cfr. Ulpiano, XX, 1: *Testamentusest mentis nostrae contestatio in id solemniter facta, ut postmortem nostram valeat*. Modestino da una definición análoga de la L.1, D., *qui test. fac. pos.*, XXVIII, 1.

y diferentes maneras de testar fueron admitidas sucesivamente por el Derecho civil antiguo, por el derecho pretoriano y por las constituciones imperiales.

I. Derecho civil.-1. testamento "*calatis comitiis*" y testamento "*in procinctu*".- Al principio se pudo testar de dos maneras: *calatis comitis*, en tiempo de paz; e *in procinctu*, durante la guerra.

El testamento *calatis comitis*, recibía este nombre por realizarse frente a los comicios, por curias convocados para este fin (calata); el jefe de familia declaraba a quién elegía por heredero dando a los comicios (comitis) su aprobación, lo que hacía del testamento una ley.

El testamento *in procintu* sólo se practicaba en tiempos de guerra y se hacía frente a las tropas armadas antes de marchar al combate, el testador declaraba su voluntad ante sus compañeros de armas quienes representaban la asamblea del pueblo.

VI. De la forma del testamento militar.- (I. De militari testamento, II, 11).- Habiéndose elevado al poder Julio Cesar, gracias a sus victorias, empezó a conceder privilegios a sus soldados. Bajo el Imperio, y con deseo de los emperadores de captarse el apoyo del ejército se extendieron estos privilegios, tomando un carácter definitivo. Ellos formaron, desde

Nerva y Trajano, el Derecho común para los militares. Estos privilegios alcanzaban a la vez a la forma y al contenido del testamento.

Para hacer un testamento válido, el testador debe tener el derecho de testar, o *testamenti factio*⁵. Pero un ciudadano teniendo este derecho, puede también estar en la imposibilidad de ejercerlo por circunstancias especiales. Por eso hay que distinguir entre el derecho de dejar una sucesión testamentaria y el ejercicio del derecho de testar.

I. *Del derecho de dejar una sucesión testamentaria.* - La transmisión de una sucesión por testamento es el derecho natural, como la propiedad, la cual es un atributo. Pero en Roma, el derecho de testar no tocaba sólo a los intereses privados; interesaba también a la sociedad y la religión, habiendo sido siempre por eso regulada por el derecho civil y considerada como de orden público⁶. No es suficiente tener el *commercium* para poseer el derecho de testar: es necesaria una concesión especial de este derecho para aquél que no le tiene o que ninguna ley se lo ha otorgado.

⁵ Cfr. Papiano, las expresiones *testamenti factio* designan lo mismo la capacidad de testar (L. 4, D., qui test. fac. pos., XXIII, 1) que la capacidad de ser instituido heredero (1, § 4, de herd. qual., II, 19). Estos diferentes sentidos explican claramente porque la *testamento factio* ha debido designar la capacidad de figurar en un principio en el *testamento per aes et libram*, bien sea como testador, como *familiae emptor* o como testigo.

⁶ Cfr. Papiniano, L. 3, D., qui test. fac., XXVIII, 1: *Testamenti factio non privati sed publici juris est.*

III. *Del testamento de un cautivo.*- El esclavo no tiene el derecho de testar; pero el cautivo es un esclavo que está en situación especial, puesto que disfruta de *jus postliminii*. Para demostrar la influencia que este derecho puede tener sobre su testamento, hay que distinguir entre que haya testado estando cautivo o antes de la cautividad.

1. El testamento que el cautivo haya hecho *durante su cautividad es nulo*, aun escapándose el testador y volviendo a su hogar, puesto que ha testado siendo esclavo.

2. El testamento hecho antes de la cautividad es válido en todos los casos.

En una época difícil de precisar, la costumbre impuso al testador, teniendo hijos bajo su autoridad, una nueva formalidad necesaria a la validez del testamento: era la de desheredación.

I. *De la desheredación según el Derecho civil.*- En un principio el padre de familia estaba obligado a instituir o desheredar a los herederos suyos. No debía tampoco omitirlos, es decir pasarlos en silencio.

Hay que distinguir entre dos categorías de herederos: por una parte, los hijos y por otra, las hijas y demás descendientes lejanos, de cualquier sexo que fueren.

1.- *Omisión de un hijo.*- Esta llevaba consigo la nulidad del testamento. Según los sabinianos, el testamento era nulo *ab initio*, y por ningún suceso posterior podía volver a ser válido, quedando también nulo aunque el hijo omitido hubiese muerto antes que el testador.

Aparte de esta distinción especial establecida por el Derecho entre estas dos categorías de herederos suyos, había otra relativa a la forma de la desheredación. Los hijos debían ser desheredados nominativamente. Además, la institución o desheredación de un hijo, hecha bajo condición era irregular, al menos que se tratase de una condición potestativa para él. De todo esto resulta que una desheredación o una institución irregular equivalía a una omisión y llevaba consigo las mismas consecuencias. En cuanto a las hijas y demás herederos, el testador podía desheredarlos. Podía también, no habiendo irregularidad, instituirlos o desheredarlos bajo condición.

II. *De la desheredación según el Derecho Pretoriano.*- El pretor concedió una gran extensión al principio de la desheredación en cuanto a las personas que debían ser instituidas y desheredadas, modificando la sanción. Esta reforma estaba realizada ya en el principio del Imperio, puesto que era conocida del jurisconsulto Labeón, que vivió en tiempo de Augusto.

Según lo que precede, se ve que el pretor no tenía en cuenta las disposiciones del testamento cuando eran contrarias a las reglas que había expuesto en materia de desheredación. Pero no consideraba el testamento radicalmente nulo, de modo que lo hacía el Derecho Civil. De aquí dos soluciones equitativas:

1. Si el hijo omitido moría antes que el testador, o si, respetando la voluntad del difunto, no pedía la *bonorum possessio*, el testamento se ejecutaba tal como estaba escrito.
2. La desheredación escrita en el testamento se mantiene. El hijo desheredado, no se beneficiaba de la omisión de su hermano.

III. *Reformas de Justiniano.*- Justiniano reformó, del modo siguiente, las reglas de la desheredación por una constitución del año 531.

1. Suprime toda distinción entre los descendientes para la forma de la desheredación o instituidos nominativamente.
2. Confirma el Derecho pretoriano, exigiendo que el padre de familia instituya o desherede los descendientes que hubiesen tenido la cualidad de herederos suyos si no habían sufrido una *capitis deminutio minima*.
3. Siguiendo la doctrina sabiniana, decide que toda omisión de un heredero suyo lleve la nulidad *ab initio* del testamento, suprimiendo por consecuencia el *jus adcrendi*.

4. En fin, mantiene concurrentemente la teoría del Derecho Civil y la del Derecho Pretoriano en cuanto a los efectos de la omisión: nulidad del testamento, si es un heredero suyo quien está omitido; y apertura de la *bonorum possessio contra tabulas*, si es un emancipado.

Sólo resta hacer dos observaciones:

1ª Los soldados no eran sometidos a las reglas de desheredación cuando hacían su testamento: Para ellos, la omisión de un heredero equivalía a una desheredación regular.

2ª Estas reglas no eran tampoco aplicables al testamento de la madre o de un accidente materno, no podía tener herederos suyos. El silencio que guardan referente a un descendiente equivale a la desheredación. Sin embargo, esta observación no es exacta en el último estado del Derecho de Justiniano, según la Novela 115; por la cual, en el año 541 modificó por completo la teoría de la desheredación.

La institución o designación de un heredero por testamento constituye la parte esencial de un testamento: *caput et fundamentum totius testamenti*. Si la institución es nula, cae todo el testamento; por eso es muy importante precisar las condiciones de validez.

Formas de la institución.- En el antiguo Derecho, y durante la época clásica, la institución de heredero debía hacerse en términos solemnes; de otra manera era nula. Los términos sancionados eran: *Titius heres esto o sit: Titium heredem esse jubeo*. Estos son términos imperativos, por cuanto el testador debe hacer la ley de su herencia.

Por otra parte, la institución de heredero debía ser colocada a la cabeza del testamento, esto es lógico, porque las otras disposiciones, legados y fideicomisos, sólo son cargas impuestas al heredero; pero en consecuencia era rigurosa y toda disposición escrita antes de la institución era nula⁷. Sólo había excepción en favor de la deheredación (Ulpiano, L. 1, pr., D., *de hered instit.*, XXVIII, 5) y del nombramiento de un tutor, por lo menos, según opinión de los Proculeyanos.

II. *De la capacidad de ser instituido heredero.*- La institución de heredero sólo es válida si el instituido es capaz; esto es lo que los textos expresan diciendo que debe tener la *testamenti factio* con el testador, es decir, la aptitud legal para ser elegido por heredero.⁸

⁷ Cfr. Gayo II, § 22: *Ante heredis institutionem inutiliter legtur, scilicet quia testamenta vim ex intitutione heredis accipiunt, et ob id velut caout et fundamentum intelligitur totius testamenti heredis institutio.*- 230: *Pari ratione nec libertas ante heredis institutionem dari potest.*

⁸ Cfr. Ulpiano, XXII, §: *Heredes institui possunt, qui tetamenti factionem cum testatore habent.*- V. n.º 539, nota 1.

De la institución de los esclavos.- El esclavo no tiene ninguna capacidad en Derecho civil. Pero el interés del amo ha hecho admitir que el esclavo podía ser un instrumento de adquisición en beneficio suyo. Tenía entonces una capacidad prestada, la de su amo.

En qué época debe ser capaz el instituido.- Para que la institución sea válida se exige en el instituido la *testamenti factio* en tres épocas diferentes.

a) *En el momento de la confección del testamento.* Esto es lógico puesto que empleaba el testamento *per aes et libram* en su primera forma: el *familiae emptor* participaba de la *mancipatio* y, por consiguiente, debía tener la capacidad necesaria. Más tarde también se justifica la solución, porque el testador puede muy bien morir en el momento de testar; y para evitar este peligro debe elegirse un heredero ya capaz en esta época.

b) *En el momento de la delación de la sucesión.* Este es el momento en que el derecho se abre en beneficio del heredero. La institución cae si en el momento en que debe producir efecto el instituido es incapaz.

c) *En el momento en que el instituido toma parte,* es decir, acepta o rehusa la sucesión que le es diferida.

Del jus capiendi ex testamento.- Había ciertas personas privadas del *jus capiendi*, y aunque tuviesen la *testamenti factio* y fuesen capaces de ser instituidas válidamente, no podían recoger, la sucesión que les había sido dejada.

III. *Repartición de la herencia entre los instituidos.*- El testador puede instituir uno o varios herederos.

Habiendo instituido un solo heredero, este heredero tiene derecho a la totalidad de la sucesión, recogiéndola toda entera, no solamente si está instituido por el todo, sino también si él no está instituido más que por una parte. Es una regla ya citada que nadie puede morir parte testado y parte intestado; de manera que si hay un heredero testamentario, los herederos *ab intestato* pueden concurrir con él, y recoge todo, sea cual fuere la parte asignada por el testador. Sólo había excepción en esto para el testamento de un militar.⁹

Si el testador ha instituido varios herederos sin atribución de partes, la sucesión se divide entre ellos por partes iguales. En efecto, cada heredero tiene un derecho a todo, limitado por un derecho igual entre sus

⁹ Cfr. Papiano, § 5, de *her. inst.*, II, 14: *Si unum tantum quis ex semesse, verbi gratia, heredem scripserit, totus as in semisse erit; neque enim idem ex parte testatus, et ex parte intestatus, decedere potest, nisi sit miles, cujus sola voluntas in testado spectatus.*

coherederos, y su concurso tiende a la participación: *concurso partes fiunt*.

De la institución "ex certa re".- Podía ocurrir también que el testador, en lugar de atribuir al heredero la sucesión entera o una cuota-parte, le asignase un objeto particular. Esto suponía una gran incorrección, porque la herencia es un modo de adquirir *per universitatem*: el heredero debe recoger la totalidad o una cuota-parte de los bienes y de las deudas y no un objeto particular. Semejante institución era inadmisibles, y por favor hacia el testamento, que hubiese caído de haberlo anulado, se sostenía, aunque borrando lo que tenía de incorrecto: de manera que si el testador ha elegido un solo heredero, le ha instituido *ex certa re*: *Titius heres esto ex fundo Corneliano*. No se tiene en cuenta la mención *ex fundo Corneliano*, y el heredero toma la sucesión como único instituido.¹⁰

Modalidades de la institución.- Se trata aquí del termino y de la condición. Ya sabemos en que consisten estas dos modalidades; pero en materia testamentaria hay que distinguir el término cierto y el término incierto, *dies certus* y *dies incertus*. El *dies certus* es doblemente cierto por estar seguros de que llegará, y sabiendo en qué momento: por ejemplo, las calendas de enero. El *dies incertus* llegará seguramente, lo

¹⁰ Cfr. Ulpiano 1, § 4, D., de her. inst., XXVIII, 5: *Si ex fundo fuisset aliquis solus institutus velet institutio detracta fundi mentione*. Se puede consultar, para el caso en que el testador ha instituido uno o varios herederos *ex certa re*, Ulpiano, L.35, pr. 1 § 1, D., regularmente, la decisión de Justiniano en la L. 13, C., de hered. instit., VI, 24.

que le diferencia de la condición, pero la fecha es incierta. El único ejemplo que dan los textos es la muerte de una persona determinada. Pero se comprende que también hay otros: la demolición de un edificio, la disolución de una sociedad, etc., etc.¹¹

Habrá que analizar si el término y la condición pueden ser insertados en una institución de heredero.

El heredero no puede ser instituido *ad diem* o *ad conditionem*, es decir, de manera que sólo pueda ser heredero a la llegada de un término o de una condición. Por ejemplo, el testador ha escrito: *Titius heres esto usque ad calendas illas, o donec Moevio consul fiat*. Estas modalidades no están admitidas, porque un ciudadano puede muy bien disponer de la herencia para el momento de la muerte; pero una vez hecho y habiendo instituido un heredero, y éste aceptado la sucesión, se produce un efecto que el testador ya no puede modificar. El heredero se hace continuador de la persona del difunto, como si el mismo viviera: *semel heres, semper heres*¹². Siendo, ante todo, la voluntad presunta del testador tener un

Cfr. Ulpiano.

¹¹ Algunos textos dan también la calificación de *dies incertusa* una condición formulada con la conjunción *cum*, en lugar de *si*: *cum pubes erit, cum magistratum inierit, cum aliquid jerecit* (L. 21 y L. 22, pr., D., *quando dies legat.*, XXXVI, 2). Aunque al parecer, están escondidas bajo la apariencia de un término estas condiciones, por eso no dejan de producir sus efectos ordinarios. La verdadera noción del *dies incertus* fué *ita scribitur; heres meus cum morietur decem dato; nam diem incertum mori abel ejus*.

¹² Este adagio está sacado de los textos que suministran el principio, sino los mismos términos. Cfr. Gayo, L. 88, D., *in fine, de hered. instit.*, XXVIII, 5

heredero, no puede anularse la institución hecha de esta manera, y se la trata como pura y simple, borrándose la modalidad.

1.2. MEXICO PREHISPANICO.

Antes de analizar la evolución de la materia sucesoria en el México Prehispánico es necesario señalar algunos presupuestos básicos para su comprensión:

- a) Mesoamérica estaba constituida por pueblos étnica, lingüística y culturalmente diferentes, pero estos pueblos poseían relativa unidad cultural.
- b) A la llegada de los españoles el grupo dominante fue el azteca; fue con ellos que se estableció la relación con el viejo mundo, y son las fuentes aztecas, hasta el momento, las que han sido mejor investigadas.
- c) La sociedad azteca se puede catalogar como una organización socio-política centralizada, que regulaba las relaciones sociales de una sociedad compleja estratificada; estas relaciones, se caracterizaban por el predominio político de los gobernantes legitimados, por la idea de la cosmogonía, dentro de la cual la reciprocidad era el principio fundamental.¹³
- d) La distinción entre las dos clases sociales más importantes plebeyos (macehualtin) y los nobles (pipillin) era hereditaria. Sin

¹³ Bialostosky, B. Sara; Condición Social y Jurídica del Niño en el Mundo Azteca; Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1972. P. 177.

embargo, Durán, considerado como uno de los mejores cronistas de la sociedad azteca, habla de cierta posibilidad de movilidad social.

Del estudio de las fuentes jurídicas, históricas, literarias y de la bibliografía más actualizada sobre el mundo mesoamericano, se concluye que el orden jurídico, político y social azteca se desarrolló y apoyó en el orden cósmico y en la misión del pueblo sol, el elegido¹⁴.

A la orientación cósmica de la vida correspondía una concepción teocrática, según la cual, el que gobierna, como afirma Hippel¹⁵, es el portavoz y el representante de la divinidad, el orden cósmico exigía obediencia de la leyes que habían sido consideradas convenientes por los antepasados; no sólo el pueblo debía sujetarse a dichas leyes, también el máximo dirigente (el tlatoani), estaba supeditado a ella.

Pomar señala al respecto, que ni el tlatoani osaría pedir que se le llevara una mujer casada¹⁶.

De acuerdo con los más destacados cronistas, cuyos nombres iremos citando, tres principales categorías se pueden distinguir en el

¹⁴ Kirchkoff, Paul; La Historia Tolteca-Chichimeca; Anales de Quauhtinchan; Fondo de Cultura Económica, México. 1947. p.38.

¹⁵ Hippel, Von. E.; Ideas Políticas en las Culturas Prehispánicas; Estudios Americanos, Vol. XI, No. 53, España, 1956. p.116.

¹⁶ Pomar, Juan B.; Relación de Texcoco; Chávez Hayre, México, 1941. p.35.

régimen de propiedad de los antiguos mexicanos:

1. Propiedades de las comunidades *Calpullallis*, *altepletallis*, etc. De carácter comunal.
2. Propiedades de los nobles, *pilles* o *pipiltin* y *tetecuhtzin*, tales como las *pillalli* y las *tecpillalli*. Estas eran de carácter individual, se podían enajenar, pero sólo entre los nobles y transmitir por herencia.
3. Propiedades que se pueden llamar públicas, dedicadas al sostenimiento de los templos *-teoplantalli-*, gastos de la guerra *-milchimalli-*, y por último los *tecpantalli*, que se destinaban a los gastos del palacio o casa de gobierno *-tecpan-*, donde residían los poderes. Tales gastos consistían principalmente en la manutención de los funcionarios públicos.

Las propiedades de esta tercera categoría eran de carácter colectivo.

Hablando de los calpulli dice Zurita: "*calpulli* o *chinancalli*, que es todo uno, quiere decir barrio de gente conocida o linaje antiguo, que tiene de muy antiguo sus tierras o términos conocidos, que son de aquella cepa, barrio o linaje, y las tales tierras se llaman *calpullalli*, que quiere decir tierras de aquel barrio o linaje. Las tierras que poseen fueron repartimientos que se hicieron cuando la gente que formaba el calpulli llegó a éstas; habitándolas conforme a las suertes y términos señalados

para ellos y para sus descendientes. Dichas tierras no eran propiedad de nadie en particular, sino en común del *calpulli*. *Calpulli* es singular de *Calpulec* plural. De estos *calpullios* o barrios, unos eran mayores que otros, y si alguna casta se acababa, aquel señor o pariente mayor -el *chinancallec*- las daba a quien ha menester del mismo barrio, "podíanse dar estas tierras -las del *calpulli*- a los de otro barrio o *calpulli* a renta, y era para las necesidades públicas y comunes del *calpulli*, si alguno había o hay sin tierras, el pariente mayor, con parecer de otros viejos, les daba y da las que han de mantener conforme a su calidad y posibilidad para labrar, y pasaban y pasan a sus herederos en la forma que se ha dicho".¹⁷

A las persona que tenía las tierra y las labraba, no se le podía imponer la presencia de otra, si la tierra no resultaba productiva, la podía dejar y buscar otras mejores solicitándolas a su principal, si estaban vacantes y sin perjuicio, le eran otorgadas. Cada *calpulli* tenía sus tierras propias, y ningún *calpulli* tenía que ver en las tierras que pertenecían a los demás, ni los otros a su vez, podían inmiscuirse en lo relativo a terrenos ajenos.

Los *altepletalli*, según Ixtlixóchitl, eran tierras comunales pertenecientes a los pueblos -*altepetl*, pueblo o población, y *tlalli* tierra-

¹⁷ Zurita, Alonso de; Breve Relación de los Señores de la Nueva España; Chavez Hayhoe, México, pp.93 y 55.

cuyos productos se destinaban a gastos locales y al pago de los tributos¹⁸.

Volviendo a los *calpullis*, estas eran tierras comunales que se distribuían entre las diversas familias del *calpulli* en atención a las necesidades de cada una de ellas; eran inalienables, pero en cambio eran hereditarias dentro de cada familia particular. Esto indica un grado de individualización en el régimen de propiedad, que bastaría por sí solo para estrechar toda hipótesis relacionada con la supuesta organización tribal de los aztecas, por lo que hace al periodo histórico de este pueblo, comprendido entre las conquistas de Izcoatl y la toma de Tenochtitlan por los españoles.

Los bienes raíces de los *calpullis*, pueden, caracterizarse como bienes comunales con derecho hereditario de familia, pero limitado este derecho exclusivamente a las familias pertenecientes al *calpulli* inmemorial.

El derecho hereditario de sucesión en las tierras del *calpulli*, estaba correctamente vinculado con las obligaciones de cultivar dichas tierras. Quien faltaba a esta obligación por dos años consecutivos.

¹⁸ Alva Ixtlilxóchitl, Fernando de; Historia de la Nación Chichimeca; Instituto Nacional de Antropología e Historia, México. Cap. XXXV. p.71.

Precisa advertir, por último, que el titular del derecho a estas tierras comunales, no eran los individuos particulares, ni los jefes de familia como representantes de sus hijos y demás parientes, sino el *calpulli* mismo, la agrupación comunal que puede ser considerada como una persona moral, revestida de capacidad jurídica, toda vez que podía válidamente, según afirma Zurita, contratar y obligarse, pues podía, representado por sus legítimas autoridades -el chinancallec- arrendar una parte de los bienes comunales y accionar el derecho.

Deben distinguirse los *calpullis*, circunscripciones territoriales a que ha hecho referencia, de los *calpullis*, secciones o barrios en que estaban divididas las ciudades.

Existe una segunda clase de propiedades dentro del régimen territorial de los aztecas, es decir, aquellas propiedades pertenecientes a los nobles -*tecuahzin*, *pipiltzin*, etc.- tales como las *pillalli* y las *tecpillalli*.

Hablando de ellas dice Ixtlixóchitl en su historia chichimeca: "Otras suertes habían que decían *pillalli*; que eran y pertenecían a los caballeros y descendientes de los reyes y señores referidos. Otras se llamaban *tecpillalli*, que eran casi como las que se decían *pillalli*; estas eran de unos caballeros que se decían de los señores antiguos, y así mismo eran las que poseían los beneméritos".¹⁹

¹⁹ *Ibidem*.

Por lo que toca a la naturaleza del dominio y al carácter del derecho jurídico sobre dichas tierras por los *tecuhtzin* y *pipiltin*, se dice que se encontraban en los pueblos pocas gentes que poseían propiedades, a menos que fueran señores o descendientes de señores, ningún *macehual* o contribuyente las poseía. En ciertos lugares, el señor tenía tierras que formaban parte de su dominio, los *macehuales* las cultivaban, pero las tierras pertenecían a los señores a título de señorío y pasaban a sus herederos. Sucedió lo mismo con otros nobles y jefes; que tenían tierras patrimoniales que hacían cultivar pero pocos *macehuales* las poseían..." "Mutizuma poseía en la mayor parte de los pueblos de esta provincia, y sobre todo en aquellos que había conquistado, feudos que distribuía a aquellos que se llamaban valientes hombres de México; eran éstas, personas que se habían señalado en la guerra; retiraban de sus tierras rentas de las cuales vivían".²⁰

De acuerdo con Fuenleal, las tierras de que nos venimos ocupando pertenecían a los *tetecuhtzin* a título de señorío y podían transmitir las libremente a sus herederos. Esto basta para afirmar que sí tenían un carácter individual esta clase de propiedades.

Además, de acuerdo con Torquemada, si eran susceptibles de enajenación. Estas tierras llamadas *pillalli*, que quiere decir tierra de

²⁰ Carta de Ramírez de Fuenleal. Publicada en Revista del Instituto Nacional de Antropología e Historia, junio de 1974. p..253.

hidalgos y caballeros, cuyos dueños podían en alguna forma venderlas o disponer de ellas; no estaban aisladas de las disposiciones que arbitrariamente el señor ordenara; porque había entre quienes las poseían muchos que tenían tierras habidas por sujeción o por merced hecha del Señor, y habían de pasar a sus descendientes y si éstos morían sin heredero el rey o señor lo era; y volvían a entrar en su poder como bienes reales. Además, existían tierras que eran dadas o relegadas a ciertos hombres, en la siguiente forma: "unos que con nobleza heredaban las tierras, y otros que por valor y hechos hazañosos en la guerra el señor los hacía nobles, como "caballeros pardos" y les hacía mercedes de tierras de donde se sustentasen; pero estos no tenían terrazgueros, y podían vender a otros principales, como no fuese cosa que el señor hubiese hecho la merced condicionalmente y a ningún macehual, que es villano, los unos ni los otros no podían vendérselas, porque por el mismo caso quedaban perdidas y entraba el señor poseyéndolas."²¹

Por último la tercera clase de propiedades territoriales, son aquellas que se han definido como de carácter público; entre las cuales se contaban los *tlatocatlalli* o tierras del gobierno; las *teopantlalli* o tierras destinadas al sostenimiento de los templos o culto religioso; la *milchimalli* o tierras dedicadas a sufragar los gastos de la guerra, y las *tecpanlalli* o tierras pertenecientes al *tecpan* -palacio-.

²¹ Torquemada, Fray Juan de; Monarquía Indiana; Porrúa, México, 1989. p.130.

Las tierras destinadas al servicio religioso que se llamaban *teopantlalli*, de las que escribe Zurita en la misma obra: "Además de los pueblos tenían muchas y muy buenas tierras aplicadas a ello -al servicio de los templos-".²²

Por lo que toca a los *tecpantlalli*, Ixtlixochitl, asienta: "Había otras suertes de tierras que llamaban *Tecpantlalli*, que significa tierras pertenecientes a los palacios y recámaras de los reyes y señores, y a los naturales que en ellas estaban poblados llamaban *Tecpanpouhque*, que quiere decir: gente que pertenece a la recámara y palacio de los tales reyes y señores".

Torquemada confirmaba lo dicho por Ixtlixochitl, pues señala que: "Había otra suerte de tierras que eran de la recámara del señor, que se llamaban los que vivían en ellas y las cultivaban *Tecpanpouhque* o *Tecpantlaca*, que quiere decir gente del palacio... Las tierras de éstos sucedían de padres a hijos; pero no podían venderlas ni disponer de ellas de ninguna manera".²³

Por último, dentro de la tercera clase de propiedades estaban los *yaotlalli*: tierras de los señores conquistados dice Ixtlixochitl: "había otras suertes de tierras que llamaban *yaotlalli*, las cuales eran ganadas por las

²² Alva Ixtlixóchitl, F. op cit. p.254.

²³ Torquemada, Fray Juan de; op cit.; p.132.

guerras; y de éstas lo más principal pertenecía a las tres cabezas del Imperio, y lo demás que restaba se daba y repartía a los señores y naturales que habían ayudado con sus personas y vasallos en la conquista de los tales pueblos ganados por guerra, y este la más veces venía a ser el tercio de los pueblos o provincias conquistados".²⁴

Como puede apreciarse, esta clase de tierras, los *yaotlalli*, en cierta forma, por razón de su ubicación, vienen a quedar fuera del territorio propio y anexo de Tenochtitlan, pero los órganos del Gobierno del Estado azteca ejercían sobre ellas un dominio directo y control absoluto.

En grado inferior a todas las que hemos venido enumeradas, estaban las tierras de servicio, cuyos frutos estaban asignados a un empleo. El derecho a estas tierras era un beneficio, no *intuita personae* sino en atención al puesto y cesaba con éste, no se transmitía a los herederos, sino que recaía en el sucesor del empleo.

1.3. EPOCA COLONIAL.

En términos generales tanto en la Epoca Colonial como en los primeros setenta años del México independiente, se aplicaron en materia sucesoria las disposiciones contenidas en las leyes hispanas, entre otras: el fuero Juzgo, Fuero Viejo de Castilla y el fuero Real.

²⁴ Alva Ixtlilxochitl, F.; op cit.

El libro IV título Quinto Ley Primera del Fuero Juzgo, siguiendo la tradición romana estableció: "que ni los hijos ni los nietos deben ser desheredados, que ni los padres ni los abuelos pueden hacer de sus cosas lo que quisieren, ni los hijos ni los nietos sean desheredados de la fortuna de los padres y de los abuelos.

"El padre no puede desheredar a sus hijos ni a los nietos por leve culpa, pero si hicieren una gran deshonra al padre o a la madre, les pueden desheredar si quisieren. Si el padre, madre, o abuela quisieran mejorar algunos de sus hijos o de sus nietos de su no les pueden dar más de la tercera parte. Aquel que quisiera dar a la Iglesia o a otro lugar puede dar la quinta parte de lo que hubiere".²⁵

Es decir, el testador podía incrementar la porción de un heredero, tomando los bienes de la tercera parte de la cual podía disponer, en tanto que, si quería transmitir bienes a la Iglesia o a cualquier otro lugar, sólo disponía de la quinta parte de sus bienes. En el Fuero Viejo de Castilla, libro V, título tercero, se establece: "ningún ome después que fue doliente o loco no puede dar ni mandar cosa de lo suo más del quinto".²⁶

Fuero Real de España, Libro III, Título Sexto, Ley Primera: "Todo hombre que hubiere hijos o nietos o mujer de bendición, no puede heredar

²⁵ Fuero Juzgo, libro IV, ley I.

²⁶ Fuero Viejo de Castilla, libro V, título III, título II.

con ellos a otros algunos que haya de barragana más del quinto de su haber, si no tiene hijos o nietos que haya de heredar, puede hacer de lo suyo lo que quisiere”²⁷.

Libro III, Título Quinto, Ley X: “Ningún ome que hubiere hijos o nietos desuyo no puede mandar ni dar, a su muerte más de la quinta parte de sus bienes”.²⁸

En el siglo XIX, destaca el proyecto de Código civil Mexicano elaborado por el maestro Justo Sierra, en el que establece: “El que no tiene herederos forzosos puede disponer libremente en testamento de todo a parte de sus bienes; llámense herederos forzosos a aquellos a quien la Ley reserva en los bienes del difunto, cierta porción de que no puede privarlos sin justa causa, probada la desheredación, la porción se llama legítima, la legítima de los hijos y descendientes será de cuatro quintas partes de los bienes y quedando un solo heredero forzoso o descendientes será de dos tercios; siendo aquellos dos o más y de la mitad si es uno solo”.²⁹

²⁷ Fuero Real de España, libro III, título VI, ley I.

²⁸ Libro III, título V, ley X.

²⁹ Proyecto de Código Civil Mexicano, del maestro Justo Sierra, edición oficial, México, Imprenta de G. Torres, 1861.

1.4. LOS CODIGOS CIVILES DE 1870 y 1884.

En 1868 se presentó ante la Cuarta Legislatura un proyecto de Ley para establecer la libertad de testar, la Comisión de Justicia no aprobó el proyecto sin más fundamento que el de la ignorancia de las consideraciones a que habían inducido el ánimo del que proponía la novedad y la convicción personal de que en la Ley de Sucesiones vigente entonces, las costumbres del país estaban conformes con los sentimientos de esta naturaleza.³⁰

En el Código de 1870 se instituyó la sucesión legítima forzada, legítima en la porción de bienes destinada por la Ley a los herederos en línea recta ascendientes o descendientes; el testador no puede privar a sus herederos de la legítima, sino en los casos expresamente designados por la Ley; la legítima consiste en cuatro quintas partes de los bienes, si el testador sólo deja descendientes legítimos o ilegítimos; en dos tercios, si sólo deja hijos naturales; y en la mitad si sólo deja hijos espurios.

En la exposición de motivos, se justifica este sistema aduciendo que: "naturalmente el hombre no puede querer que el fruto de sus afanes aproveche a un desconocido, sino que sirva para beneficiar a las personas

³⁰ Macedo, Miguel; Datos para el estudio del nuevo Código Civil del Distrito Federal y del territorio de la Baja California, documentos oficiales y notas compartativas con el Código de 1870; Imprenta Francisco Díaz de León, México, 1884.

que la naturaleza no ha unido por medio de los lazos sagrados, si no se limita la facultad de testar se daría un escandaloso espectáculo de que los hijos de un individuo giman de miseria mientras un extraño disfruta de la fortuna que había adquirido y los hijos no verían con ojos serenos a un extraño que disfrutaba de los bienes de la familia".³¹

Se sostiene el derecho hereditario por testamento, pero sólo sobre la quinta parte de los bienes.

Legítima de los hijos, la cuestión más debatida fue la relacionada con los hijos legítimos, los naturales y los espurios. Se reconoce el derecho a todos, siendo desde luego, preferidos los legítimos "cuyos derechos son más sagrados y dignos de vigilancia de la Ley".

Si el testador tuviere hijos legítimos o legitimados e hijos naturales, se considerará como legítima de todos ellos, las cuatro quintas partes de los bienes; pero al distribuirse éstas entre los mencionados hijos, se deducirán de la porción divisible que corresponda a los naturales un tercio que acrecerá a lo divisible entre los legítimos y no al quinto del que el padre pueda disponer.

³¹ Cfr. Exposición de los cuatro libros del Código Civil del Distrito Federal y el territorio de la Baja California, que hizo la comisión al presentar el proyecto al Gobierno de la Unión, México, Imprenta E. Ancona y M: Peniche, 1871. p.158.

Concurriendo hijos legítimos con espurios, la legítima de los cuatro quintos pertenece exclusivamente a los primeros, y los segundos sólo tendrán derecho a alimentos, que se sacarán del quinto libre del autor de la herencia y en ningún caso podrán exceder de la cuota que corresponda a los espurios si fueran naturales; concurriendo los hijos naturales con espurios, consistirá la legítima de todos en dos tercios de los bienes; pero al practicarse la división, se deducirá de la parte que corresponda a los espurios, una mitad, que acrecerá a la porción divisible entre los naturales y no al tercio de libre disposición.

Según la exposición de motivos, se deben dividir los bienes entre todos los hijos, después se deduce una parte a la cuota de los naturales para que se aumente a los legítimos.

Los espurios sólo tienen parte alicuota concurriendo con naturales o ascendientes y sólo alimentos cuando concurren con legítimos " pues es tan sagrado el derecho de los últimos que no es posible menoscabar su cuota, sin ofender la moral".³²

La legítima de los ascendientes, si el autor de la herencia sólo tuviere al tiempo de su muerte ascendientes de otros grados, consistirá la legítima de éstos en la mitad de los bienes; concurriendo ascendientes de cualquier grado con hijos legítimos, las cuartas y quintas partes

³² *Ibidem.* p.160.

pertenecerán exclusivamente a los hijos y los ascendientes sólo tendrán derecho a alimentos, que se sacarán del cuerpo de la herencia, pero en ningún caso pueden exceder de la porción de uno de los hijos, concurriendo ascendientes del primer grado con los hijos naturales, consistirá la legítima de unos y otros en dos tercios de la herencia, que se dividirá por dos partes iguales entre los descendientes y ascendientes, considerándo a los últimos como una sola persona.

Concurriendo ascendientes de segundo o ulterior grado con los hijos naturales, consistirá la legítima de los hijos en dos tercios de la herencia y los ascendientes sólo tendrán derecho a alimentos que se deducirán del tercio de la libre disposición. Concurriendo ascendientes de primer grado con los espurios será legítima de uno y otros dos tercios de la herencia; pero al practicarse la división, se deducirá de la porción divisible entre los hijos, una mitad que acrecerá la porción divisible entre los ascendientes y no al tercio de la libre disposición; concurriendo ascendientes de segundo o ulterior grado con hijos espurios, será legítima de todos la mitad de la herencia, la cual se dividirá por partes iguales entre los ascendientes y los hijos, considerándose ellos como una sola persona.

Se considera que los ascendientes cuando concurren con descendientes legítimos sólo tienen derecho a alimentos porque la Ley debe de otorgar a los descendientes legítimos la mayor protección y porque no es probable que los ascendientes se consideren perjudicados,

tratándose de la familia con quienes acaso han vivido y se profesan amor, en cambio, con los naturales y con los espurios no se aplican las mismas consideraciones porque la unión no es tan íntima.

El principio de la Comisión fue dar parte de la herencia a todos los individuos que forman la familia, teniendo en consideración no sólo los sentimientos naturales del hombre sino sus deberes sociales, las cualidades de los vínculos domésticos, la edad de las personas, el respeto debido al matrimonio y al interés público.³³

Sucesión forzosa del cónyuge supérstite. No existió legítima forzosa para el cónyuge supérstite, los motivos expuestos fueron los siguientes: La mujer debe al marido no sólo fortuna, sino el hombre que la honra, el respeto que la ennoblece, la protección que la ampara y el placer infalible de la maternidad, el marido debe a la mujer los goces de la vida doméstica, el encanto de su hogar, el alivio de sus dolencias, el consuelo de sus desgracias y los hijos que honran su nombre y perpetúan su memoria. Los consortes viven juntos, entre ellos, gozan y sufren pensando como una misma alma y sintiendo como un mismo corazón formando un sólo ser.

A estas razones, se opone una consideración verdaderamente aterradora. Muchas veces no reina entre los consortes la armonía debida.

³³ Ibidem. p.161.

No pudiendo negarse que hay mujeres y maridos que no sólo amargan la vida de sus consortes, sino que infaman su nombre y roban a la familia los bienes y la felicidad. Si bien se diría que el remedio es la deheredación, pero se vería deshonoroso descubrir los vicios del culpable como el marido al revelar la infidelidad a su mujer que, además infama a toda la familia, y si este cónyuge ofendido por la influencia de principios religiosos, ora del poder de las lágrimas derramadas en el lecho del moribundo, puede perdonar la ofensa, contribuyendo no sólo a la infracción de la Ley, sino a premiar la inmortalidad.³⁴

No dejan de ser curiosas las apreciaciones de la Comisión por un lado reconoce y valora la vida en común de los cónyuges, pero no lo suficiente para justificar la sucesión legítima y por le otro, no prevé la posibilidad de que en un matrimonio casado bajo el régimen de separación de bienes, a la muerte de un cónyuge si no nombró heredero al otro, éste podría quedarse en situación precaria. Sin embargo, existía la llamada porción viudal, para los casos en que sin régimen de gananciales o dote, el cónyuge supérstite tiene derecho a alimentos si carece de bienes y nada le corresponda en la sucesión, según lo señaló el artículo 3309, ésto, siempre y cuando este cónyuge no pase a segundas nupcias o adquiera bienes.

³⁴ *Ibidem.* p.162.

Los conceptos expresados por la Comisión correspondían a los de una sociedad paternalista que consideraba la necesidad de proteger al testador contra la ineptitud que lo perjudica y que perjudica a sus hijos. El Código de 70 permitió la desheredación respecto a la legítima forzosa en los casos que en el mismo Código se señalaron, es decir, cuando los descendientes no corresponden al cariño y beneficio de sus ascendientes y realizan conductas que no se deben tolerar. Expresa la Comisión: "Castigue en hora buena el padre al hijo perverso y prívolo no sólo de los bienes sino de su cariño y amparo, pero guarde el hijo de constituirse en juez de los que le dieron el ser". "La Comisión ha declarado expresamente que los descendientes en ningún caso tienen derecho a desheredar a los ascendientes en los casos que ahí se señalan pero es la Ley quien establece la pena y no los hijos".³⁵

En 1882 nuevas concepciones ideológicas van a contribuir al cambio de los sistemas sucesorios. En 1882 el ejecutivo encargó a una comisión que revisara el Código Civil del Distrito Federal y territorio de la Baja California. La Comisión presentó en 1883, el primer proyecto de reformas que fue sometido a la discusión presidida personalmente por el Ministro de Justicia, licenciado don Joaquín Barranda, el proyecto sufrió diversas modificaciones, especialmente en lo relativo a sucesiones.

³⁵ *Ibidem.* p.168.

La Comisión había conservado el sistema de herencia forzosa, el principio de la libre testamentifacción fue adoptado en la segunda revisión, por iniciativa del propio Ministro Barranda. He aquí alguno de los conceptos del propio Ministro:

La libertad de testar es el ensanche natural de la libertad individual y el complemento al derecho de propiedad. El individuo que con su trabajo y su industria adquiere una fortuna, debe tener derecho a disponer de ella de la manera que crea más conveniente, esta libertad lo alienta y lo estimula a redoblar sus esfuerzos y afanes y la limitación de su libre disposición lo decepciona y desanima.³⁶

Es verdad que el hombre tiene obligaciones naturales, la herencia forzosa da a los hijos la seguridad de heredar por lo que no se afanan en adquirir personalmente sus riquezas.

Para prevenir situaciones injustas en relación a los hijos, se reconoció en el proyecto la obligación de los padres de dar alimentos y educación a los hijos durante la menor edad, y aún después, siempre que no estén en actitud física o moral de proporcionarse por sí mismos su subsistencia; los intereses del cónyuge también quedarán asegurados.

³⁶ Macedo, Miguel, op cit, pp.6, 7, 8, 9, 10.

Hay que aceptar la libertad de testar como un elemento de identificación y como el medio de establecer lazos naturales de la unión, cariño y respeto y de reivindicación de la autoridad paterna.

Al aceptar la Comisión, la libertad de testar, también acepta la libre disposición de los bienes en vida y por tanto se suprime la interdicción por causa de prodigalidad y la revocación de donaciones que perjudiquen a los herederos forzosos.

Respecto a la prodigalidad la Comisión Redactora opinó:

"En un termino que no puede definirse con entera precisión y por lo mismo no es fácil calificarla con exactitud, lo que para uno puede ser exceso de lujo y despilfarro, para otros es una necesidad, dependiendo de los hábitos de educación, medio en el que se vive y otras circunstancias que no se pueden ser apreciadas en el terreno judicial, esta dificultad ha dado como resultado que rara vez se haya proporcionado un auto de Interdicción por prodigalidad y sí ha servido en otros países, para que se prive de la administración de bienes a varias personas, bajo el pretexto de que hacia gastos excesivos".³⁷

³⁷ Ibídem. pp.14, 15 y 16

CAPITULO II.

MARCO JURIDICO CONTEMPORANEO EN MATERIA CIVIL.

Un análisis objetivo de la codificación civil en México revela que la inmensa mayoría de las fuentes de los diversos proyectos y códigos sucesivos consiste en textos escritos, tanto nacionales como extranjeros, provenientes de otros proyectos y códigos de disposiciones constitucionales, de leyes y decretos de diverso orden de obras doctrinarias y de la jurisprudencia de los tribunales.

No obstante, como menciona el Dr. Rodolfo Batiza "...se encuentran ahí también preceptos inspirados en fuentes no escritas, a saber: iniciativas más o menos originales del legislador, soluciones resultantes de la discusión entre los miembros de las comisiones redactoras, observaciones a proyectos y códigos, fuerzas y corrientes sociales e intelectuales dominantes en cada época".¹

En este capítulo, el autor presenta un análisis acerca del marco jurídico que actualmente regula los asuntos de índole civil en el Distrito Federal.

¹ Batiza, Rodolfo; Las Fuentes de la Codificación Civil; Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1984. p.155.

2.1. CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

En su exposición de motivos, el Código Civil para el Distrito Federal, en Materia Común y para toda la República, en Materia Federal, de fecha 26 de marzo de 1928, vigente, cita que "...es completamente infundada la opinión que el derecho civil debe ocuparse exclusivamente de las relaciones entre particulares que no afecten directamente a la sociedad y que por tanto, dichas relaciones deben ser reguladas únicamente en interés de quienes las contraen. Son poquísimas las relaciones entre particulares que no tienen repercusión en el interés social".²

De sus postulados para establecer algunos lineamientos que posteriormente son reguladas por el Código Civil.

Al respecto el artículo 4º de la Carta Magna expresa que la ley protegerá la organización y el desarrollo de la familia y la obligación de los padres de preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades.

El artículo 14 constitucional, reconoce por su parte, el derecho del individuo sobre sus propiedades al citar que "...nadie podrá ser privado de

² Código Civil para el Distrito Federal; Porrúa, México, 1993. p.7.

la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos...".³

El artículo 16 de la misma Constitución ratifica que "...nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente.

Otro precepto relacionado con el derecho civil, aparece en el artículo 17, en cuyo cuarto párrafo se menciona que nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil.

Tocante a la propiedad del artículo 27 de la Constitución establece que "...la propiedad de tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la Nación; la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada".⁴

En cuanto a las controversias del orden civil que se suscitan por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales, éstas serán resueltas por los tribunales de la Federación, aunque se aclara en el artículo 104 constitucional que cuando sólo afecten intereses particulares

³ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; Porrúa, México, 1994. Art. 14.

⁴ Ibidem. Art.27.

podrán conocer de ellas, a elección del actor, los jueces y tribunales del orden común de los estados y del Distrito Federal.

Asimismo, en el artículo 107 constitucional se reconoce el derecho de amparo en materia civil, siempre que haya sido impugnada la violación en el curso del procedimiento mediante el recurso ordinario establecido por la ley e invocada como agravio en la segunda instancia, si se cometió en la primera, aunque debe subrayarse que lo anterior no tiene vigencia para las sentencias dictadas en controversias sobre acciones del estado civil o que afecten al orden y a la estabilidad de la familia, en cuyo caso, el juicio de amparo, si procede indirectamente, es decir, se puede solicitar el amparo sin que sea necesario recurrar en los términos del Título Décimo Segundo del Código de Procedimientos Civiles para el D.F.

El amparo contra sentencias definitivas o laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, se promoverá ante el tribunal colegiado de circuito que corresponda, en materia civil, cuando se reclamen sentencias definitivas dictadas en juicios mercantiles, sea federal o local la autoridad que dicte el fallo, o en juicios de orden común (Constitución Política, Art. 107).

2.2. CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Para la elaboración del Código Civil de 1928 fue designada, en

1926, una comisión que concluyó su tarea unos dos años después. La actitud que prevaleció en sus labores fue expuesta claramente en la Exposición de Motivos de abril de 1928 de la que reproduciremos algunos de los párrafos más significativos. Afirmó la Comisión:

"Nuestro actual Código Civil, producto de las necesidades económicas y jurídicas de otras épocas; elaborado cuando dominaba en el campo económico la pequeña industria y en el orden jurídico un exagerado individualismo, se ha vuelto incapaz de regir las nuevas necesidades sentidas y las relaciones que, aunque de carácter privado, se hallan fuertemente influenciadas por las diarias conquistas de la gran industria y por los progresivos triunfos del principio de solidaridad".⁵

Agregaba la Comisión:

"Para transformar un Código Civil en que predomina el criterio individualista, en un Código Privado Social, es preciso reformar substancialmente, derogando todo cuanto favorece exclusivamente el interés particular con perjuicio de la colectividad, e introduciendo nuevas disposiciones que se armonicen con el concepto de solidaridad".⁶

⁵ "Exposición de Motivos"; Código Civil para el Distrito Federal de 1928; Porrúa, México, 1994. p.8.

⁶ *Ibídem.*

Por cuanto a las fuentes de inspiración, aun cuando en forma general y vaga, la Comisión indicó:

"Las anteriores consideraciones normaron la conducta de la Comisión y por eso fue que no tuvo reparo en inspirarse en legislaciones extranjeras, en aquellos puntos en que era deficiente la legislación patria, y en tomar en cuenta las teorías de reputados tratadistas europeos para proponer algunas reformas. Esto, sin descuidar nuestros propios problemas y necesidades, y, sobre todo, procurando que enraizaran en el Código Civil los anhelos de la emancipación económica de la clases populares que alentó nuestra última revolución social y que cristalizaron en los artículos 27, 28, y 123 de la Constitución Federal de 1917".⁷

La Comisión aclaraba su posición en los siguientes términos:

"Deliberadamente la Comisión no procuró ser original, porque está convencida de que en materia legislativa la invención es peligrosísima y de que los intereses sociales son demasiado respetables para arriesgarlos en un experimento de éxito problemático.

Por eso, por regla general, propone reformas que estén escudadas con la autoridad de connotados tratadistas o que ya figuran en la legislación de los países más cultos. Cuando encontró

⁷ Ibidem. p.10.

un precepto legal de Código extranjero que expresara fielmente lo que se proponía la Comisión, lo aceptó literalmente, aunque no le habría sido muy difícil cambiar la redacción, porque quizá se pudieran aprovechar la interpretación que a ese precepto habían dado los tribunales, así como los trabajos de los tratadistas que lo explicaban y comentaban".⁸

Muchos de los artículos del Código actual reconocen una gran diversidad de fuentes: disposiciones de la Constitución de 17 y de Constituciones extranjeras como la de Weimar, legislación nacional y extranjera de orden variado, códigos civiles europeos como el suizo, francés, español, alemán y ruso; códigos iberoamericanos como el chileno, argentino, brasileño, uruguayo y guatemalteco; autores como Duguit, Saleilles, D'Agüano y Valverde. Sin embargo, unas tres cuartas partes del Código están integradas por disposiciones del Código de 84 y de la Ley de Relaciones Familiares de 1917 que, casi en su totalidad, provienen del Código de 70. Siendo esta situación, pero considerando que el Código de 28 representó también frente al de 84 un cambio moderno de orientación en varios aspectos: igualdad jurídica a favor de la mujer, doctrina del abuso del derecho, responsabilidad extracontractual objetiva y riesgo profesional, entre los principales, hay otra afirmación de la comisión redactora en la Exposición de Motivos que refleja con mayor fidelidad lo que se propuso en el nuevo código. Más que la exagerada aseveración

⁸ *Ibidem.*

inicial de que el Código de 84 se había "vuelto incapaz de regir las nuevas necesidades sentidas y las relaciones... de carácter privado", al concluir la parte introductoria de dicha Exposición, la Comisión expresó:

El pensamiento capital que informa el Proyecto puede expresarse brevemente en los siguientes términos: Armonizar los intereses individuales con los sociales, corrigiendo el exceso de individualismo que impera en el Código Civil de 1884".⁹

Entre las diversas referencias expresas que se encuentran en los mensajes del doctor Sierra, en la parte publicada de la revisión de su proyecto que resultara en el Código del Imperio, y en las exposiciones de Motivos de los Códigos de 70 y de 28, no se encuentra una sola alusión a los derechos aborígenes que existían a la llegada de los españoles. El doctor Sierra había indicado como pensamiento dominante en su codificación: "...el de uniformar el proyecto con la letra y espíritu de los códigos modernos, aunque se aparten de nuestro derecho patrio, si no existía alguna o algunas razones especiales para conservar lo existente".¹⁰

Al referirse al "derecho patrio" es muy probable que el doctor Sierra haya tenido en mente los derechos autóctonos. Cabe recordar que el

⁹ *Ibíd.* p.10.

¹⁰ Sierra, Justo; Proyecto de un Código Civil; Universidad Nacional Autónoma de México-IIJ, México, 1989. p.28.

derecho indiano había adoptado una actitud comprensiva y tolerante frente a esos derechos. La ley 4, título I, libro II, de la Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias, había dispuesto:

Ordenamos y mandamos que las leyes y las buenas costumbres que antiguamente tenían los Indios para su buen gobierno y policía, y sus usos y costumbres observadas y guardadas después de que son Cristianos, y que no se encuentran en nuestra Sagrada Religión, ni con las leyes de este libro, y las que han hecho y ordenado de nuevo se guarden y ejecuten, y siendo necesario, por la presente las aprobamos y confirmamos...¹¹

Hay algunos artículos en el Código vigente que remiten a la costumbre o costumbres del lugar como fuente supletoria de las leyes especiales o convenios: por ejemplo, el art. 2607 sobre los honorarios en la prestación de servicios profesionales, el 2751 en cuanto a la aparcería obligada de tierras ociosas. Pero la interpretación que a través de esos artículos pretendiera remontar a normas consuetudinarias precortesianas sería forzada en extremo.

Hay una anomalía de interés con respecto a un importante vocablo técnico de nuestra codificación civil heredado de España. Por lo general nuestra terminología jurídica derivada del latín por ser esta lengua, así

¹¹ Cfr. Recopilación de las Leyes de los Reynos de las Indias; Andrés Ortega, España, 1774.

como el derecho romano, el origen ya directo y remoto de palabras e instituciones: persona, filiación, familia, propiedad, servidumbres, mancomunidad, contractual, y tantas otras más demuestran esta verdad elemental. Sin embargo, hay también numerosas palabras en español, por ejemplo el de aquellas que principian con la sílaba *al*, que son de origen arábigo, alcabala, alcalde, almojarifazgo, alguacil, alférez y muchas más. Quizá la más significativa desde el punto de vista jurídico ocurre en el derecho civil con la palabra albacea.

Según el Diccionario de la Academia la etimología de esta voz es *al-vasiyya*, que en árabe significa el testamento, la disposición testamentaria. ¿Querría esto decir que el albaceazgo es una institución procedente del derecho musulmán? En el antiguo derecho español se empleaba otra terminología. Desde el Fuero Real hasta la Novísima Recopilación, pasando por las Siete Partidas y otros ordenamientos y leyes, los términos normalmente usados eran cabezalero y testamentario y, en menor grado, mansesor. En Portugal, país que, como España, vivió también bajo la dominación islámica aunque por menos tiempo, el antiguo término que se sigue empleando es *testamenteiro*. El único país que en Europa emplea un vocablo arábigo para designar ese cargo parece ser España.

En una obra introductoria del derecho musulmán más o menos reciente publicada por la Universidad de Oxford, su autor, Asaf A. A.

Fyzee, utiliza la palabra *wasiyya*, que confirma así la etimología que da el Diccionario de la Academia. Empero, dicho autor expresa que puede correctamente afirmarse que la existencia del ejecutor testamentario fue desconocida en el derecho musulmán, que encomendaba sus funciones al *cadí* o juez¹². El profesor Louis Milliot, de la Facultad de Derecho de París, por lo contrario, afirma que la designación de los *wasi* por parte del testador (quien sólo puede disponer de un tercio de la herencia) acompañada con frecuencia aunque no en forma necesaria al testamento, y su misión consiste en un mandato general o especial a efecto de velar por la ejecución de las "recomendaciones" últimas que, en conjunto, constituyen el *wasiya*.¹³

García Goyena empieza por reconocer que "la legislación se encuentra obscura y diminuta en este punto de uso tan general como el mismo testamento, pues no hay uno sin nombramiento de albaceas". Y luego agrega:

Poco o casi nada es lo que se encuentra en Derecho Romano sobre albaceas o ejecutores testamentarios: el cumplimiento de las últimas voluntades corría a cargo del heredero, que, aun entre nosotros, es ejecutor legítimo.¹⁴

¹² Fyzee, Asaf A. A.; Esbozo de la Legislación Musulmana; Sirey, Francia, 1953. p.676

¹³ Milliot, Louis; Introducción al derecho Musulmán; Sirey, Francia, 1953. p.676.

¹⁴ García Goyena; Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español; Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1980. p.157.

No obstante indica también este autor:

Sin embargo, en la Novela 18 del Emperador León, en la ley 28, párrafo 1, título 2, libro 1 del Código, en la ley 7, título 3, libro 35 del Digesto y en alguna otra parte, se encuentran pruebas de que no les era desconocido este encargo, al menos para cosas especiales.¹⁵

Finalmente García Goyena hace esta afirmación:

El Fuero Real, título 5, la Partida Sexta, título 10 y casi todos los fueros provinciales, tratan expresamente de albaceas testamentarios o cabezaleros, cuyo uso tal vez se había generalizado por el Derecho Canónico.¹⁶

Pese a que García Goyena fue tal vez uno de los primeros que en su país prefirió la palabra árabe a la romance, no planteó para nada la posibilidad del origen musulmán del cargo. Por los demás, cuando en general se acepta que el albaceazgo del derecho romano (ciertos autores, empero, ven en la *familiae emptor* del testamento por el cobre y la balanza su antecedente remoto), debe recordarse que el derecho germánico conocía la figura de *Salmann* o *Treuhaender*, el de la mano fiel, con funciones de ejecutor de últimas voluntades.

¹⁵ *Ibidem.*

¹⁶ *Ibidem.*

Es posible que el empleo en forma exclusiva de la palabra albacea en lugar de cabezalero, testamentario o mansesor, se deba simplemente a que éstas cayeron en desuso, como tantas otras: tuerto, pechar, fiaduría, postura, etc., pero el reemplazo por una voz árabe no significa de modo necesario que la institución misma tenga igual origen. No es ésta, por lo demás, la ocasión de resolver el origen preciso del albaceazgo.

Es evidente que la codificación civil en México procede de una variada multiplicidad de fuentes, que el intérprete debe conocer. Mas no debe perderse de vista que toda codificación aspira a la unidad armónica de conjunto, así como a la unidad individual de las diversas instituciones que el conjunto abraza. Una sana hermenéutica debe guiarse por esa doble aspiración.

El Código Civil para el D.F. se estructura en cuatro libros, de la siguiente forma:

Libro Primero - De las Personas.

Libro Segundo - De los Bienes.

Libro Tercero - De las Sucesiones.

Libro Cuarto - De las Obligaciones.

El libro tercero, el cual conforma la materia de tesis será analizado en el Capítulo III.

2.3. CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL.

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el mismo día que el Código Civil, el 1º de septiembre de 1932, pero debe subrayarse, que su publicación fue por entregas parciales concluyendo este proceso el día 21 del mismo mes y año.

Los antecedentes del Código de Procedimientos civiles (CPC) se pueden encontrar "...en el Código Procesal de 1880 y en el Código Beistegui del Estado de Puebla, cuyo texto sirvió de base para la elaboración de la codificación procesal civil".¹⁷

Conviene hacer una revisión sobre algunos conceptos relacionados con el aspecto procesal, ante todo una definición de lo que es el Derecho Procesal, antes de hacer una revisión histórica de la materia procesal civil.

Rafael de Pina considera que "...la expresión Derecho Procesal tiene dos significaciones distintas, aunque íntimamente relacionadas. Una se refiere al Derecho Procesal positivo (o conjunto de normas jurídicas procesales); la otra, al Derecho Procesal científico (cuyo objeto es el estudio de la función jurisdiccional, de sus órganos y de su ejercicio".¹⁸

¹⁷ Obregón Heredia, Jorge; Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal; Porrúa, México, 1984. p.14.

¹⁸ Pina, Rafael de, et al; Derecho Procesal Civil; Porrúa, México, 1980. p.13.

Por lo tanto, el Derecho Procesal Civil es la disciplina científica jurídica que estudia el sistema de normas que tiene por objeto y fin la realización del Derecho objetivo a través de la tutela del Derecho subjetivo, mediante el ejercicio de la función jurisdiccional.

El estudio del Derecho Procesal mexicano, desde el punto de vista histórico, no se puede abordar sin el conocimiento previo, siquiera sea superficial, del Derecho Procesal español; esto se explica fácilmente porque el Derecho español se aplicó durante la Colonia y porque en México la Legislación Procesal Civil de la época independiente, está inspirada preponderantemente y tiene sus raíces en el Derecho Procesal español, en gran parte, y hasta en los últimos Códigos muestra su influencia.

Precisa no olvidar, en primer término, que el proceso romano tuvo vigencia en España cuando ésta fue provincia romana, y que, además de ser un elemento de fusión durante la época visigoda, reelaborado que fue por los juristas medioevales, tanto italianos como españoles, y penetrado por el Derecho Canónico, volvió nuevamente a España, pasando a ser el fondo esencial como derecho común de la legislación española, y por ende de la legislación mexicana.

El elemento germánico se incorpora al Derecho español en la invasión de los pueblos del Norte.

"Estos dos antagonismos, dice Couture, el germano y el romano, se encuentran frente a frente y sin interferencia coexisten durante dos siglos, pero al fundirse las dos razas, se creó una tercera substancia separadora de las posibilidades de ambas, puesto que el Estado visigótico organizado sobre derechos de principio público y no principios de derecho privado, como había sido la tradición romana, dio la posibilidad de que existieran relaciones jurídicas entre el rey, los señores y los vasallos. Fue fruto de esa penetración, el Fuero Juzgo, que además de ser la fusión del espíritu romano, tiene un sello de humanismo y una grandeza filosófica hechas de dignificación y de respeto para la condición del hombre".¹⁹

Pero el Fuero Juzgo tuvo escasa aplicación, pues al lado de él, un Derecho Popular gobernó a la España medioeval.

La disgregación política del medioevo español nos muestra una legislación (siglos VIII a XIII) localista y profundamente desligada de la potestad real.

Los Fueros municipales volvieron a las prácticas germanas antiguas que habían sido superadas por el Fuero Juzgo, renaciendo entonces la justicia privada (venganza de la sangre), la autotutela y decadencia del poder público, el formulismo, las Ordalias, el desafío, el juicio de batalla y el juramento de conjuradores.

¹⁹ Ibidem. p.32.

El código de las Partidas, no es producto de una fusión histórica de las dos razas, sino una vuelta al tipo clásico romano. La Partida III es Derecho Procesal del Digesto, al que se le ha sumado levemente la experiencia española.

Como es sabido, la proclamación de la Independencia no surtió el efecto fulminante de acabar con la vigencia de las leyes españolas en México. Siguieron rigiendo, después de este trascendental acontecimiento político: la Recopilación de Castilla, el Ordenamiento Real, el Fuero Juzgo y el Código de las Partidas, y aplicándose como leyes nacionales. La ley 23 de mayo de 1837 dispuso que los pleitos se siguieran conforme a dichas leyes en cuanto no pugnaran con las instituciones del país.

La influencia de la legislación española siguió, pues, haciéndose notar en la legislación de México; y las diversas leyes dadas en la República, aun cuando con las naturales adaptaciones, seguían, en general, la orientación de la Península en materia de enjuiciamiento civil. Así ocurría, "...que la Ley de Procedimientos, expedida en 4 de mayo de 1857 por el Presidente Comonfort, tomaba del acervo procesal español la mayor parte de sus instituciones. Dicha ley no constituía un Código completo; el primero de Procedimientos que tuvo ese carácter, fue el de 1872, tomado en gran parte de la Ley española de 1855. No se conoce la exposición de motivos del Código mencionado, pero su entendimiento es fácil recurriendo a la ley en que se inspiró, a las antiguas leyes españolas,

y a sus glosas y comentarios, hechas por hombres de la preparación de Manresa, Reus, Vicente, y Caravantes, Conde de la Cañada, Gregorio López, Juan Sala, José Febrero Gutiérrez, Eugenio Tapia, Pedro Gómez de la Serna, Juan Montalván y otros; y aquí, en México, a las obras publicadas en 1845 y 1851 por Mariano Calvo y Rivero, y las de Juan Sala y Febrero Gutiérrez, mexicanos".²⁰

El Código de 1872 fue sustituido por el de 15 de septiembre de 1880, cuya exposición de motivos, interesante como documento jurídico característico de su tiempo fue redactada por el Lic. José María Lozano. El Código de 1880 responde a la misma orientación que el de 1872. La comisión que lo redactó se limitó a hacer en el texto del de 1872 reformas, aclaraciones, supresiones y adiciones más o menos importantes, pero sin cambiar, en lo esencial, sus principios, que son los mismos de la Ley española de Enjuiciamiento Civil de 1885.

"El Código de 1880 estuvo vigente muy pocos años, pues el 15 de mayo de 1884 se publicó otro nuevo, que ha regido hasta nuestros días, aun después de derogado, como Código del Distrito y Territorios Federales, en varias entidades federativas".²¹

²⁰ *Ibidem.* p.37.

²¹ *Ibidem.*

Después de 1884 se advierten nuevas orientaciones para mejorar la legislación procesal, habiéndose formulado diferentes iniciativas con este objeto, entre otras los anteproyectos elaborados por don Federico Solórzano, ninguno de los cuales logró éxito, si bien el segundo de ellos fue considerado como potencia -rechazada después - por la Comisión encargada de la redacción del anteproyecto del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales, vigente en la actualidad.

La necesidad de reformar la legislación procesal para el Distrito Federal y Territorios, contenida en el Código de 1884, era sentida en los medios jurídicos de México, desde muchos años antes de iniciada; pero en realidad, fue la publicación del Código Civil del 28 la que contribuyó a acelerar la elaboración de su nuevo Código Procesal Civil.

Durante varios meses se trabajó en la formación de un nuevo proyecto que fue incluido el 12 de abril de 1932. Sometido a la aprobación del señor Presidente de la República, la otorgó, habiendo ordenado que se pasara a la Comisión Jurídica del Poder Ejecutivo Federal, que en la sección ordinaria correspondiente al 12 de julio de 1932 lo rechazó, porque, a pesar de tener algunos aciertos, substancialmente no representaba una transformación del sistema procesal del código de 1884.

Las obligaciones al nuevo Código surgieron antes de que fuera promulgado. Objeto de estas impugnaciones fue, precisamente, lo que el

Código tiene de más moderno y mejor orientado. No obstante, quienes lo atacaron no pudieron por menos de reconocer que representaba un avance muy estimable de la legislación procesal de la nación.

El Código Procesal Civil del año 32 se elaboró en un periodo de tres años, espacio de tiempo que si no es excesivo para una obra de esta naturaleza, no permite afirmar que fue una improvisación, como se llegó a decir. Tampoco cabe afirmar fue elaborado en secreto, pues se arbitraron los medios para que las personalidades y corporaciones que lo creyeron oportuno interviniesen aportando sus opiniones e iniciativas.

CAPITULO III.

LAS SUCESSIONES EN EL CODIGO CIVIL VIGENTE.

En su Exposición de Motivos el Código Civil para el D.F. de 1928, con vigencia a partir del 1º de octubre de 1932, externa con respecto al Libro Tercero, de las Sucesiones, que se adoptó la doble forma establecida por el Código de 1884: la testamentaria y la legítima, pero en ambas se establecieron restricciones que la comisión redactora creyó que respondían más a los intereses sociales y las tendencias del primer tercio del siglo XX.¹

Como se estudiará, el texto original ha sufrido algunas reformas que en opinión del autor de tesis, han sido contrarias al interés social y familiar.

3.1. FUNDAMENTOS.

Entre los fundamentos del derecho sucesorio se tienen varias tendencias:

Este derecho encuentra su justificación en la característica de perpetuidad del derecho de propiedad, ya que a la muerte de una persona

¹ Cfr. "Exposición de Motivos"; Código Civil para el Distrito Federal; Porrúa, México, 1994. pp.25-27.

el derecho se haya en la disyuntiva de disponer lo conducente del patrimonio del *de cuius*, a fin de que el patrimonio privado no quede desprovisto de su titular; para ello, es de vital importancia saber que destino debe darse, al faltar el titular del patrimonio, a sus derechos reales, derechos de crédito, obligaciones, etc. Tres son las posibilidades teóricas:

- a) Reconocer que los bienes ya no tienen propietario y, por lo tanto, son *res nullius* abiertos a que cualquiera pueda apoderarse de ellos.
- b) Declararlos bienes del Estado.
- c) Conceder al titular la posibilidad de disponer de sus bienes después de la muerte, prolongando su voluntad más allá de su propia existencia.

Aunque teóricamente la tercera de las posibilidades es la más débil, ha sido la que ha prevalecido en los sistemas jurídicos occidentales. El derecho a disponer de los bienes después de la muerte del titular, ya por voluntad expresa, ya por voluntad presunta, ha inspirado la tradición de nuestro sistema jurídico desde sus inicios.

El fundamento teórico en el que se ha apoyado esta tendencia se basa especialmente en dos conceptos:

- En el concepto de propiedad de origen romano, el cual considera que la propiedad es un derecho perpetuo.
- En la facultad de la voluntad del titular, ya que si en vida puede disponer libremente de sus bienes también puede hacerlo en lo futuro, surtiendo efecto esta disposición aun cuando él hubiere fallecido.

Ambos conceptos son la base de las sucesión testamentaria y, corolario de ella, es la sucesión intestada en la que al no existir testamento, se presume la voluntad del difunto, suponiendo que en relación con la cercanía del parentesco se genera una mayor afinidad afectiva y que, de haber hecho testamento el titular, hubiere designado a determinadas personas como sus herederos. De aquí se infiere, como sustento de la sucesión, el principio de que los parientes cercanos excluyan a los más lejanos.

Consideraciones de tipo afectivo, sociológico y aun económico esbozan una concepción personalista de la riqueza y se han esgrimido para apoyar al sistema sucesorio. Así se dice:

- a) Que el padre trabaja en vida para asegurar la asistencia de sus descendientes, y que sería ilógico que después de su muerte no se preocupara por ello;

b) Que las fortunas, aunque aparecen a nombre del padre, siempre implican en su creación la participación de los demás miembros de la familia, que de alguna manera cooperan, constituyendo sistemas de propiedad familiar más o menos acentuados, ya sea por el trabajo de los miembros o mediante acumulación de bienes adquiridos de los antecesores.

También se pretende fundar el derecho sucesorio sobre algunas otras especulaciones. Por ejemplo, se cuestiona si los hombres trabajarían y ahorrarían de igual manera sabiendo que a su muerte sus bienes no pertenecerán a sus seres queridos. O sobre los graves perjuicios que se causarían a la economía al desintegrarse los patrimonios sin un orden que permita cumplir con los deberes y obligaciones del difunto, y continuar la explotación de las fuentes de riqueza iniciadas en otras generaciones.

Frente a estas concepciones de tipo personalista, se levanta otra: la llamada concepción social de la riqueza, que pretende fundarse en el concepto de la propiedad como una función social, estableciendo:

a) "Que con base en la función social de la riqueza, toca a la sociedad representada por el Estado, decidir el fin y destino de la misma, ya que, aunque individual, es siempre producto de quehacer colectivo. Por ello, a la muerte de su titular, la riqueza acumulada por aquél debe pasar a la comunidad.

b) Que la herencia es una fuente de injusticia que coloca a algunos miembros de la sociedad en situación de privilegio, pues tienen a su disposición recursos que no produjeron o ganaron, sino que obtienen en forma gratuita y sin esfuerzo".²

Esta postura respecto a la herencia proviene de sistemas que niegan en absoluto el derecho a heredar a otros y que, por medio de impuestos a las sucesiones, pretenden ir desgastando los capitales hasta su desaparición en varias herencias sucesivas.

La teoría del patrimonio, como una universalidad del derecho, encuentra en la sucesión *mortis causa* una de sus más claras aplicaciones, pues no permite que la muerte separe bienes y derechos de las obligaciones, aunque éstas no tengan una garantía específica (real), permitiendo a los acreedores cobrar sus créditos de la garantía total del patrimonio. Permite también la subsistencia de determinadas relaciones que, de terminarse con la vida de uno de los sujetos de la relación, acarrearía perjuicios a la economía general.

Se hace conveniente efectuar una definición conceptual del término sucesión, antes de analizar el contenido del orden jurídico en la materia.

² Baqueiro R., Edgard, et al.; Derecho de Familia y Sucesiones; Harla, México, 1992. p.254.

Expresa Dn. Efraín Moto Salazar que sucesión es "...la transmisión de los bienes del difunto y que sus derechos y obligaciones que no se extinguen con la muerte, a los herederos, es decir, a las personas que de acuerdo con la ley deban recogerlos".³

Para Dn. José Arce y Cervantes "...sucesión significa acción de suceder y en sentido jurídico, sustitución en la titularidad en los derechos y relaciones que admiten sustitución, o sea, cambio de sujeto e identidad en la relación de derecho".⁴

En el caso particular de la materia de estudio de la presente tesis, se refiere a la sucesión *mortis causa* y que es la que regula el Código Civil para el Distrito Federal.

"Lo que diferencia esta sucesión de cualquier otra es que en ella hay sucesión en la posesión y en las obligaciones".⁵

José Castán hace una más amplia definición de la sucesión al considerarla como "...la continuación por modo unitario, en la titularidad del complejo formado por aquellas relaciones, jurídicas patrimoniales, activas y pasivas, de un sujeto fallecido, que no se extinguen por la

³ Moto Salazar, Efraín; Elementos del Derecho; Porrúa, México, 1967. p.205.

⁴ Arce y Cervantes, José; De las sucesiones; Porrúa, México, 1992. p.1.

⁵ Cicu, Antonio; Derecho de las Sucesiones: Parte General; Real Colegio de España, Italia, 1964. p.39.

muerte; sucesión que produce ciertas consecuencias de carácter extrapatrimonial y atribuye al heredero una situación jurídica modificada y nueva en determinados aspectos".⁶

Mientras vive la persona física, no puede hablarse de sucesión en el patrimonio por acto entre vivos porque la unidad patrimonial subsiste mientras subsiste su titular. Solamente cuando éste desaparece, su unidad patrimonial, que potencialmente al menos, era una fuerza en continuo movimiento, en continua evolución, se detiene hasta cierto punto y se vuelve posible que otro se coloque en lugar del titular desaparecido haciendo que su propia persona, que era ya centro directivo de su propio patrimonio, pase a serlo de la masa patrimonial abandonada⁷. Así como la muerte no tiene ninguna potencia en el mundo del espíritu, tampoco la tiene sobre el organismo del derecho, de manera que las relaciones jurídicas (en armonía con el hecho de la comunidad de la especie que sobrevive al individuo que pasa), deben transmitirse de persona a persona, por lo que el derecho sucesorio es un triunfo de la especie y no del individuo sobre la muerte.

"La transmisión a título universal -ha dicho Ferrara- es la forma más simple y elegante para realizar la transmisión sin que sea necesario realizar, en ningún caso, una forzosa liquidación del

⁶ Castán Tobeñas, José; Derecho Civil Español; Reus, España, 1969. p.27.

⁷ Cfr. Polacco, Vittorio; De las Sucesiones; Bosch, Buenos Aires, 1978. Tomo I. p.8.

patrimonio que conduciría a una disgregación antieconómica de sus elementos con pérdida de valores y, de otra parte, tal forma garantizada, del modo más completo y perfecto, los derechos de terceros y de los acreedores, los cuales no se preocupan nada de que sobrevenga la muerte de su cocontratante y obligado, porque su condición jurídica permanece intacta".⁸

La expresión herencia tiene dos sentidos: I. Uno *subjetivo* y equivale a sucesión hereditaria (en el sentido de transmisión de bienes por causa de muerte) y éste es el sentido en que la toma el artículo 1,281 al definir la herencia como una sucesión de derechos y bienes del difunto. II. Y otro *objetivo* que es estático: el de masa o conjunto de bienes y relaciones patrimoniales que se transmiten por causa de muerte y hace relación al nuevo sujeto que recibe esa masa. Así en el artículo 1,286 al referirse a la herencia que se distribuye en legados y también en el 1,284 al hacer mención de las cargas que pesan sobre ese conjunto de bienes llamado herencia. En este último sentido, como masa de bienes y con relación al *de cuius* se le llama también *caudal relicto* (de "relinquere" dejar) o *caudal hereditario* o con otras acepciones sinónimas.

La Comisión Redactora del Código Civil para el D.F. de 1928, fundamentó los cambios con respecto al de 1884, exponiendo que "...por lo que se refiere a la sucesión por testamento, se ordenó que cuando el

⁸ Citado por Catán, op. cit., Tomo VI, vol. I, p.29.

testador disponía de sus bienes en favor de personas que no fueran sus herederos legítimos, tenía obligación de dejar a la Beneficencia Pública el veinte por ciento de sus bienes. Cree la comisión que el derecho de propiedad sobre los bienes no producidos por el esfuerzo del testador deberá concluir con su muerte, y si no se introducen reformas más severas es debido al criterio constitucional que garantiza la libre disposición de la propiedad y porque no desea privar de un estímulo para la producción y premio a la laboriosidad e inteligencia; mas no por eso debe reconocérsele el derecho absoluto de disposición, y es conveniente que cuando no destina sus bienes a cumplir los deberes que le impone la naturaleza, una parte de ellos vuelva a la comunidad de donde fueron extraídos. De esta manera se establece una doble corriente de apropiación de bienes y devolución de los mismos, que permitirá al Estado borrar, en cuanto fuere posible, esas odiosas diferencias establecidas en el dintel de la vida, que hacen que mientras unos al nacer se encuentren llenos de riquezas, otros no tengan ni para subvenir a las más imperiosas necesidades, cuando ni unos ni los otros han hecho algo que amerite esa diferencia de situación".⁹

Independientemente de lo anterior, Dn. Rafael Rojina Villegas cita que "...herencia es, en sentido objetivo, todo el patrimonio de un difunto, considerado como una unidad que abarca y comprende toda relación

⁹ Cfr. Exposición de Motivos; Código Civil para el Distrito Federal; op. cit. pp.25 y 26.

jurídica del causante independientemente de los elementos singulares que lo integran".¹⁰

Por lo anterior se concluye que si los elementos activos superan a los pasivos, la herencia es activa; en caso contrario pasiva, es decir, *lucrativa hereditas* o *damnosa hereditas*, respectivamente.

El Código Civil para el D.F., vigente considera la herencia como "... la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte". (Código Civil para el D.F. Art. 1,281), así uno de los sujetos de la sucesión es el que muere de "cuyos bienes, derechos y obligaciones se trata" o abreviadamente el *de cuius* o *cuius*.

En el mismo Código Civil para el D.F. (CC) se menciona que "...la herencia se defiere por la voluntad del testador o por disposición de la ley. La primera se llama testamentaria y la segunda legítima". (CC. Art. 1,282).

Aun cuando se presentara el caso de *demmosa hereditas*, en ningún evento existe responsabilidad para el heredero más allá de la cuantía de los bienes heredados. (CC., Art. 1,284).

¹⁰ Rojina Villegas, Rafael; Derecho Civil Mexicano: Sucesiones; Porrúa, México, 1994. p.13.

El Código Civil, por lo expuesto establece dos formas de diferir la herencia: por testamento voluntario o por sucesión legítima.

3.2. SUCESION POR TESTAMENTO.

Conforme con el artículo 1,295 del Código Civil el testamento es un acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone que sus bienes y derechos y declara o cumple deberes para después de su muerte.

La disposición mencionada puede hacerse a favor de herederos o a favor de legatarios, de acuerdo con Rojina Villegas, "...el heredero es un verdadero continuador del patrimonio del *de cuius* y representa todas sus relaciones activas y pasivas de carácter pecuniario, pero con el límite que establece el beneficio del inventario".¹¹

El heredero adquiere a título universal y responde de las cargas hereditarias hasta donde alcance la cuantía de los bienes que hereda; por cargas hereditarias debe entenderse las deudas u obligaciones personales del *de cuius* y aquellas que tienen además garantía real.

Por su parte el legatario adquiere un bien determinado o determinable, sin responder de las relaciones pasivas patrimoniales del

¹¹ *Ibíd.* p.45.

autor de la sucesión, "...simplemente es un adquirente a título particular de cierto bien, que no responde del pasivo ni continúa el patrimonio autor de la herencia".¹²

Desde luego resulta necesario aclarar que el legado puede consistir en la prestación de un bien o de un servicio, es decir tienen por objeto la transmisión del dominio, del uso o del goce de una cosa o de un derecho, o de obligar a hacer a un heredero o a otro legatario.

El CC expresa que tienen facultad para testar todos aquellos a quienes la ley no prohíbe expresamente el ejercicio de ese derecho. (CC. Art. 1,305) De la misma forma, advierte que están incapacitados para testar: los menores de 16 años y los que habitual o esporádicamente no disfrutan de juicio cabal, aunque es válido que lo hagan en los intervalos de lucidez en los términos de los artículos 1,307 a 1,312 del CC.

En lo que respecta a la capacidad para suceder el CC establece los mismos requisitos para herederos y legatarios: todos los habitantes del Distrito Federal, de cualquier edad, pero esta capacidad se puede perder por:

- a) Falta de personalidad;
- b) Delito;

¹² Ibidem. p.76

- c) Presunción de influencia contraria a la libertad del testador o a la verdad o integridad del testamento;
- d) Falta de reciprocidad internacional;
- e) Utilidad pública;
- f) Renuncia o remoción de algún cargo conferido en el testamento.

El sistema del Código vigente no establece ninguna limitante ni reserva alguna porción que deba corresponder obligatoriamente a los parientes o a otras personas, con excepción de los acreedores alimentarios. Deja a la persona en libertad para cualquiera de estas posibilidades:

I. De elegir ella misma a sus sucesores (o sea de nombrar herederos y atribuirles su herencia) y dejar determinados bienes a legatarios por medio de un acto jurídico llamado *testamento*, por el que puede disponer de sus bienes para cuando fallezca, como lo estime más conveniente, sin más limitación que la obligación de dejar alimentos, en ciertos casos, a las personas que establece la ley y que se verán al hablar del testamento. La regla general, de acuerdo con el artículo 1,283, es que "el testador puede disponer de todo o de parte de sus bienes". Rige entonces el principio de la *libre testamentifacción* ("testamentifacio", llamada activa). El testamento eficaz, llamado también disposición de última voluntad, da origen a la *sucesión testamentaria*, y a la llamada o invitación que reciben los herederos para heredar por testamento se le conoce con el nombre de *vocación hereditaria por testamento*.

II. De no hacer testamento o de hacerlo sin que comprenda todos sus bienes. Esta situación da origen a la *sucesión legítima* (porque se origina en la ley, "ex lege") conocida también con los nombres de intestada o "ab-intestato". Cuando no hay testamento eficaz o si el que hubiere no comprende todos los bienes, la ley llama como herederos de todos los bienes en el primer caso o de los no comprendidos en el testamento en el segundo, a los parientes más próximos (*vocación legal*) y, en caso de falta de los mencionados en la ley, a la Beneficencia Pública (1,602), por tanto, cuando haya bienes, siempre habrá herederos. Es importante señalar que esta sucesión legítima es *supletoria* de la testamentaria como se desprende del artículo, 1,599; esto quiere decir que la ley da mayor relevancia a la voluntad que al llamamiento de herederos por la ley.

Sin embargo, pueden coexistir los dos supuestos en una misma sucesión o sea que, al propio tiempo, sea testamentaria y legítima (*sucesión mixta*) lo que no quiere decir que existan dos sucesiones de una misma persona porque no puede haberlas, sino una sola sucesión basada en dos supuestos o llamamientos (789, CPC). Lo que sucede en esta caso es que unas personas son herederas o legatarias de aquellos bienes de que dispuso el testador en su testamento y otras son llamadas por la ley como herederos legítimos de aquellos otros bienes de los cuales no dispuso (1,614).

El testamento es un acto jurídico que expresa la voluntad del testador, la cual debe ser exteriorizada para poder conocerse; de aquí la necesidad de que tal exteriorización adopte una forma determinada.

Como acto llamado a producir sus efectos después de la muerte del autor, el testamento requiere rodearse de seguridades que garanticen la exacta expresión de la voluntad, pues no cabe la posibilidad de aclaraciones o rectificaciones en el momento de su aplicación. Es así que de antiguo se ha exigido una forma escrita que la técnica jurídica considera elemento de existencia, por lo que el testamento es un acto jurídico solemne.

La ley ha establecido ciertas formas obligatorias para que la voluntad pueda producir efectos jurídicos como testamento. Sólo reuniendo las formalidades que la ley exige para cada tipo de testamento éste llega a existir como tal. No importa que la voluntad sea expresada de forma indubitable; si no se le da las formas expresamente establecidas, no será testamento. Así, un escrito privado realizado entre testigos, una declaración ante autoridad judicial o administrativa puede dar certeza de los deseos del autor, pero no constituyen testamento.

Se requiere que la expresión de voluntad sea expresa, pero además dicha expresión debe ser clara, de tal manera que se prohíbe que se dé con monosílabos a preguntas que se le hagan al testador.

A fin de dar seguridad al acto, la ley:

1. Establece la incapacidad de heredar del notario y de los testigos que intervengan en el testamento. En este caso el testamento valdrá, pero la institución de herederos o legatarios está afectada por tal incapacidad.
2. Prohíbe que determinadas personas sean testigos en los testamentos, como los empleados del notario que intervenga en el acto, los menores de dieciséis años, los que no estén en su sano juicio, los ciegos, sordos o mudos; los que no entiendan el idioma del testador, los herederos y legatarios nombrados en el mismo testamento, ni sus parientes o cónyuge ni los que hayan sido condenados por delito de falsedad.
3. Establece que la presencia de los herederos o parientes no afecta la solemnidad del acto, sino que produce la nulidad de la institución: Debemos deducir que la violación a la prohibición de los otros testigos, sí afecta la formalidad solemne del testigo y éste no producirá efectos ni siquiera parciales.

Existen reglas generales respecto a las personas que no pueden intervenir en el otorgamiento de un testamento: En relación con el notario, y en relación con los testigos, así:

1. El notario no puede autorizar un testamento en el que él, su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos sean designados herederos.

2. El notario no autorizará el otorgamiento de un testamento cuando no conozca al testador o no se cerciore plenamente de su identidad, tampoco si no está cierto de que el testador se halla en su cabal juicio y libre de coacción.

3. No pueden ser testigos del testamento:

a) Los menores de dieciséis años.

b) Los que no estén en su sano juicio.

c) Los ciegos, sordos o mudos.

d) Los que no entiendan el idioma que habla el testador.

e) Los herederos o legatarios; sus descendientes, ascendientes, cónyuge o hermanos.

El Código Civil clasifica a los testamentos en cuanto a su forma, y los divide en: ordinarios y especiales.

Testamento ordinario es aquel en que, en condiciones normales, cualquier persona puede manifestar su voluntad de disponer para después

de su muerte. Dichos testamentos pueden ser: público abierto, público cerrado, público simplificado y ológrafo.¹³

Estos tipos tienden a garantizar la autenticidad de la voluntad y el secreto de la disposición cuando así lo desea el testador. Requiere la presencia de funcionarios públicos expresamente autorizados en razón de su cargo, para dar fe del otorgamiento.

El testamento ordinario público abierto es el que se realiza ante notario público, y se asienta en el protocolo notarial. En este el testador expresa su voluntad al notario, quien la transcribirá y en voz alta dará lectura de las cláusulas ante el testador y los testigos, para que el primero manifieste expresamente su voluntad.

El acta notarial debe ser firmada por el testador y en su caso, los testigos y el intérprete si el testador no supiere firmar, se hará constar y firmará un testigo más.

El sordo que sepa leer así lo hará con el testamento, si no sabe leer, designará persona que lo haga por él, debiendo concurrir dos testigos.

¹³ Diario Oficial de la Federación; 6 de enero de 1994. P.27. (Reformas al Artículo 1500 del Código Civil)

Si el testador es ciego, además de oír la lectura del notario, designará persona que lo lea por segunda vez, en presencia de dos testigos.

El que ignore el idioma español puede otorgar este tipo de testamento, pero al acto deberán comparecer un intérprete nombrado por él mismo. El testador deberá escribir el testamento en su idioma, y será traducido a fin de que el notario lo transcriba en el español en el protocolo. La escritura en el lenguaje del testador puede ser efectuada el intérprete. Tanto lo escrito en el idioma del testador como la traducción puede ser efectuada por el intérprete. Tanto lo escrito en el idioma del testador como la traducción deben guardarse como apéndice del testamento.

El testamento debe iniciarse y terminarse en un solo acto.

El testador puede obtener testimonio del acto.

Testamento ordinario publico cerrado es el testamento que el testador redacta personalmente o es redactado por otra persona a su ruego. Se presenta en sobre cerrado, al notario, quien hace constar su existencia y autenticidad en el protocolo y en el sobre que contiene el testamento, lo devolverá al testador quien lo conservará o lo depositará en persona de confianza o en el archivo judicial.

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

Este testamento recibe su nombre del hecho de que su contenido sólo es conocido del autor y de la persona que lo redactó, y del hecho de ser autenticada su existencia por fe notarial, pero ni el notario ni los testigos conocen su contenido.

Los que no saben o no pueden leer no pueden otorgar este tipo de testamento; así, está negado a los ciegos, en cambio, el sordomudo que sepa leer si puede hacerlo.

Este testamento puede estar redactado en el idioma del testador.

En la práctica se ha venido utilizando un nuevo tipo de testamento público, el simplificado y es aquél en el cual el testador declara su voluntad sólo ante testigos, sin la presencia del notario público.

De acuerdo con las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación, de 6 de enero de 1994, el Código Civil para el D.F. acepta una nueva modalidad de testamento: el público simplificado.

Con la finalidad de hacer más explícita la referencia, se cita textualmente el contenido del nuevo artículo 1549 Bis del Código Civil para el D.F.:

"Artículo 1549-Bis.- Testamento público simplificado es aquél que se otorga ante notario respecto de un inmueble destinado o que vaya a destinarse a vivienda por el adquirente en la misma escritura que consigne su adquisición o en la que se consigne la regularización de un inmueble que lleven a cabo las autoridades del Distrito Federal o cualquier dependencia o entidad de la Administración Pública Federal, o en acto posterior, de conformidad con lo siguiente:

I.- Que el precio del inmueble o su valor de avalúo no exceda el equivalente a 25 veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal elevado al año, al momento de la adquisición. En los casos de regularización de inmuebles que lleven a cabo las dependencias y entidades a que se refiere el párrafo anterior, no importará su monto;

II.- El testador instituirá uno o más legatarios con derecho a acrecer, salvo designación de sustitutos. Para el caso de que cuando se llevare a cabo la protocolización notarial de la adquisición en favor de los legatarios, estos fueren incapaces y no estuvieren sujetos a patria potestad o tutela, el testador también podrá designarles un representante especial que firme el instrumento notarial correspondiente por cuenta de los incapaces.

III.- Si hubiere pluralidad de adquirentes del inmueble, cada copropietario podrá instituir uno o más legatarios respecto de su porción. Cuando el testador estuviere casado bajo el régimen de

sociedad conyugal, su cónyuge podrá instituir uno o más legatarios en el mismo instrumento, por la porción que le corresponda. En los supuestos a que se refiere este artículo no se aplicará lo dispuesto por el artículo 1296 de este Código;

IV.- Los legatarios recibirán el legado con la obligación de dar alimentos a los acreedores alimentarios, si los hubiere, en la proporción que el valor del legado represente en la totalidad del acervo hereditario de los bienes del autor de la sucesión;

V.- Los legatarios podrán reclamar directamente la entrega del inmueble y no le serán aplicables las disposiciones de los artículos 1713, 1770 y demás relativos a este Código; y

VI.- Fallecido el autor de la sucesión, la titulación notarial de la adquisición por los legatarios, se hará en los términos del artículo 876-Bis del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal".¹⁴

Testamento ordinario ológrafo es el escrito de puño y letra del testador. Este testamento no puede ser escrito por ninguna otra persona; por lo mismo quien no sepa o no pueda escribir no puede otorgarlo, es un testamento que se otorga por duplicado y debe ser presentado ante el encargado de el Archivo de Notarías.

¹⁴ Diario Oficial; 6 de enero de 1994. p.28.

Puede ser otorgado en el idioma del testador, debe guardarse en un sobre, cerrarse y sellarse; el sobre deberá tener la siguiente leyenda: "Dentro de este sobre se contiene mi testamento", puesta del puño y letra del testador. El encargado del Registro hará constar la fecha y lugar de la entrega, y a la presentación deben concurrir dos testigos que identifiquen al autor. Además el encargado del Archivo deberá guardar uno de los ejemplares y entregar el otro al testador, registrando el acto en el libro que al efecto se lleve.

En el sobre que contenga la copia, el encargado del Registro asentará la siguiente inscripción: Recibí el pliego cerrado que el Sr... informa contiene original de su testamento otógrafo, del cual, según información del mismo señor (o señora), existe dentro de este sobre un duplicado". Este sobre también deberá ser firmado por el encargado de la oficina y por el propio testador y los testigos de identificación. El testador o persona de su confianza conservará la copia.

Testamento especial es aquel que se permite solamente en casos de excepción, en casos de apremio en que no es posible el otorgamiento de un testamento ordinario, y cuya eficacia es restringida en cuanto al tiempo. Constituye una forma de facilitar, en condiciones extraordinarias, el otorgamiento de disposiciones para después de la muerte.

Testamento privado es el que se otorga cuando, por enfermedad grave inesperada y falta de notario público, el testador no puede realizar testamento ológrafo; este testamento "...es admitido por el legislador, como forma excepcional, siempre que haya verdadera imposibilidad de testar en la forma ordinaria, imposibilidad que puede tener su origen en la enfermedad del testador de carácter grave, en la urgencia que impida, la concurrencia ante el notario en la imposibilidad de que concurra por un hecho calificado de fortuito o fuerza mayor".¹⁵

Para otorgar este testamento se requiere la presencia de cinco testigos, ante los cuales el testador manifieste su voluntad; uno de los testigos deberá redactarlo por escrito, pero puede prescindirse de la forma escrita si ninguno de los testigos sabe escribir y en los casos de suma urgencia en que el número de testigos puede también reducirse a tres.

Testamento militar es aquel otorgado por un militar o un asimilado al ejército al tiempo de entrar en acción de guerra o estando herido en el campo de batalla. Puede otorgarse de forma escrita u oral, ante dos testigos.

Testamento marítimo; toma su nombre de la circunstancia de que el testador se encuentre a bordo de un barco mercante o de la marina de guerra nacionales. Se debe otorgar ante el capitán del barco por escrito y

¹⁵ Rojina Villegas, R.; op. cit. p.381.

por duplicado, ya sea por el propio testador o por un tercero en presencia de dos testigos quienes lo firmarán, además del testador. Uno de los ejemplares lo conservará el capitán entre los documentos del navío y el acontecimiento se asentará en el diario de navegación, señalándose fecha y hora del mismo.

El testamento otorgado en país extranjero es aquel realizado por los mexicanos fuera de su país, ya sea ante funcionarios mexicanos, ya ante extranjeros. En ambos casos, debe ajustarse a las leyes mexicanas para que surta sus efectos en México. En cuanto a la forma, puede ser la aceptada en la legislación del país en que se otorga según el principio *locus regit actum*, la aceptación de este testamento por la leyes mexicanas se debe a que es una forma de permitir al testador ajustar su voluntad a las leyes nacionales en materia sucesoria, ante la imposibilidad de trasladarse al territorio nacional, y efectuarlo en los términos legales, debe subrayarse que en el Derecho Internacional Público las embajadas y consulados se consideran territorio nacional, en aquellos casos que ni esto fuera posible, la legislación acepta el testamento hecho conforme al derecho extranjero en los términos del artículo 14 del Código Civil para el D.F.

El testador puede recurrir a las autoridades diplomáticas y consulares mexicanas y sujetarse a las leyes mexicanas en cuanto al otorgamiento, pues estos funcionarios tienen facultades notariales.

La única restricción que en la actualidad establece el Código Civil a la facultad de disponer libremente de los bienes es la obligación de dejar alimentos, en los términos que señalan los artículos 1,368 y siguientes, no hacerlo, no hacerlo, convierte al testamento en inoficioso, es decir que perjudica a los herederos, en este caso, legales de la obligación alimenticia.

En lo general, como expone José Arce y Cervantes: "...el testamento es un acto jurídico unilateral y *mortis causa* el cual no debe tratarse a *priori*, porque en realidad es un concepto teórico, instrumento intelectual para conocer mejor el derecho vigente".¹⁶

Efectivamente, si se tiene en cuenta que el negocio jurídico es la declaración o acuerdo de voluntades con que los particulares se proponen conseguir un resultado, que el Derecho estima digno de su tutela, ya sea con base sólo en esa declaración o acuerdo o completado con otros hechos o actos.

Incluso siendo un acto unilateral, para que se presente la sucesión se hace necesario que se manifieste la voluntad de los herederos o legatarios, momento en el que la herencia por testamento prácticamente se convierte en bilateral: el *de cuius* y sus herederos o legatarios.

¹⁶ Arce y Cervantes, José; op. cit. p.1.

Menciona, sin embargo, Juan B. Jordano que "...una vez que ha quedado debidamente formada la declaración testamentaria, ésta se convierte en algo objetivo que en el mundo social, tiene un valor autónomo, objetivamente reconocible que no depende ya del pensamiento de su autor y hace su camino por cuenta propia.¹⁷

La institución de testamento se anula, en los términos del Código Civil:

- a) Artículo 1484. Si es hecha en memorias o comunicados secretos.
- b) Artículo 1485. Si se hizo bajo la influencia de amenazas.
- c) Artículo 1487. Si se captó por dolo o fraude.
- d) Artículo 1489. Si el testador no expresa cumplida o claramente su voluntad.
- e) Artículo 1491. Si se otorga en contravención a las formas prescritas por la ley.

El testamento se revoca por voluntad del testador, mediante nuevo testamento.

El testamento caduca y queda sin efecto respecto a los herederos y legatarios:

Si mueren antes que el testador o antes de que se cumpla la condición de que dependa la herencia o el legado.

¹⁷ Jordano Barra, Juan B.; op. cit. p.34.

Si se hacen incapaces de recibir la herencia o el legado.

Si renuncian a su derecho, es decir a las prerrogativas que el orden jurídico les otorga.

3.3. FORMALIZACION.

En la formalización de un testamento no pueden ser testigos, de acuerdo con el artículo 1502 del C.C.:

- a) Los amanuenses del notario que lo autorice;
- b) Los menores de 16 años;
- c) Los que no estén en su sano juicio;
- d) Los ciegos, sordos o mudos;
- e) Los herederos o legatarios, sus descendientes, ascendientes, cónyuges o hermanos.
- f) Los que hayan sido condenados por el delito de falsedad. (CC. Art. 1502).

Las formalidades generales para todos los testamentos son:

1. Continuidad en el acto, es decir debe ser iniciado y concluido en el mismo evento.
2. Presencia de testigos, sin importar que sea ordinario o especial. La presencia de notario es sólo exigible en algunos casos, además debe aclararse que el CC no estipula como un requisito

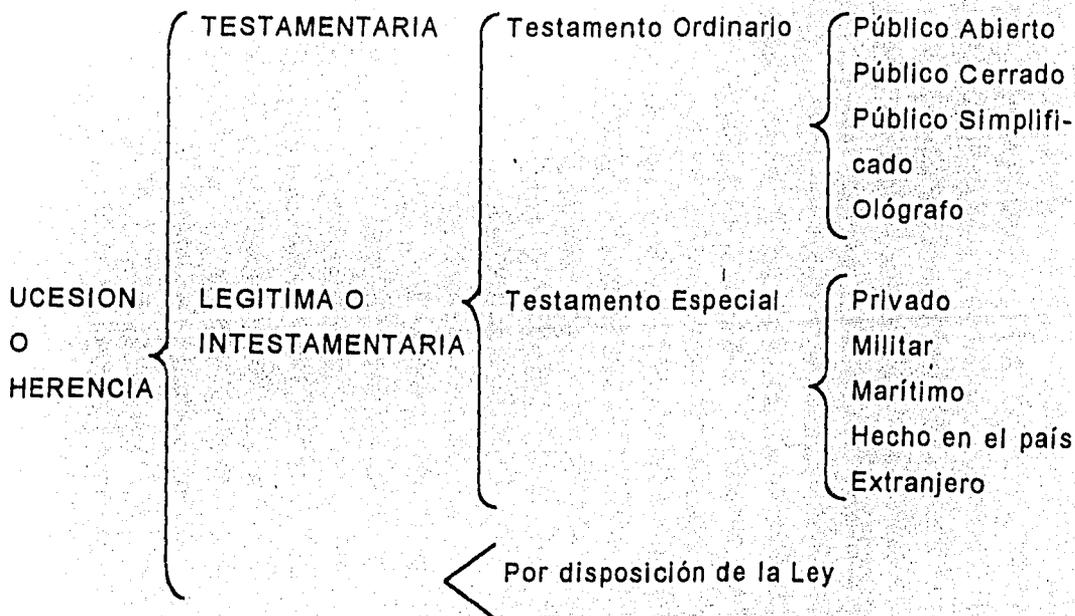
para el testamento hecho en el extranjero la presencia de testigos.

3. La identidad del testador y su capacidad debe ser conocida y apreciada por los testigos, o bien por el notario y por los testigos.

Un aspecto que debe destacarse es lo establecido por el artículo 1414 del CC, puesto que por un lado el Código hace inoficiosos el testamento que no incluya la obligación alimentaria pero en el artículo que se trata se antepone como prevalentes los legados remuneratorios, los preferentes por el testador y por la ley y los de cosa cierta y determinada, aspecto que es contrario al interés social.

El cuadro 3.3.1. muestra a grandes rasgos las características de la herencia o sucesión.

CUADRO 3.3.1.



3.4. SUCESION LEGITIMA.

El Código Civil en su artículo 1599, establece que la herencia legítima se abre en los siguientes casos:

- I. Cuando no hay un testamento o el que se otorgó es nulo o perdió su validez;
 - II. Cuando el testador no dispuso de todos sus bienes;
 - III. Cuando no se cumpla la condición impuesta al heredero;
 - IV. Cuando el heredero muere antes que el testador, repudia la herencia o es incapaz de heredar, si no se ha nombrado sustituto".
- (CC. Art. 1599).

Como consecuencia de lo anterior, pueden existir paralelamente la sucesión testamentaria y la legítima, es decir existir bienes del *de cuius* que no estén considerados en la masa hereditaria del testamento, ya sea por omisión o por ser derivados de cuestiones contingentes, como podría ser un premio de lotería, etc.

En los casos de las fracciones III y IV del artículo 1599 del C.C., en realidad el legislador hace una división innecesaria, porque son formas de caducidad de la herencia, y no existe razón para distinguir por una parte el incumplimiento de la condición, y por otra, la repudiación de la herencia, la muerte del heredero antes que el testador o la incapacidad para heredar.

El mismo legislador enumera cuales son los casos de caducidad de la herencia, y esto nos permite modificar la clasificación del art. 1599.

Es necesario no confundir las causas de caducidad de la herencia testamentaria que originan la apertura de la sucesión legítima, con las causas de caducidad del legado que no la motivan, la razón es la siguiente: el legado es una deuda o carga de la masa hereditaria, si no se especifica un heredero determinado como deudor; puede ser una deuda especial y expresamente señalada a cargo de un heredero, o de otro legatario determinado; por consiguiente, el legado es una deuda u obligación de dar, de hacer o de no hacer. Si caduca la deuda, quiere decir que si gravitaba sobre la masa hereditaria ya no habrá que distraer el legado. La caducidad del legado entonces beneficiará a todos los herederos porque el activo hereditario aumenta. "Si el legado es a cargo de un heredero o de otro legatario determinado, la deuda especial que gravitaba sobre estas personas, también se extingue y la caducidad del legado vendrá a beneficiar al heredero o al legatario deudor. Por tanto, en ningún caso se abrirá la sucesión legítima por la caducidad del legado".¹⁸

La sucesión legítima en México se abre respecto a seis órdenes fundamentales de herederos o sea, seis grupos o series. 1º Descendientes; 2º Cónyuge supérstite; 3º Ascendientes; 4º Colaterales;

¹⁸ Rojina Villegas, R.; op cit. p. 404.

5º Concubina, y 6º Asistencia Pública, pero normalmente sólo tenemos los cuatro primeros.

A su vez, existen tres formas de heredar: Por cabezas, por líneas y por estirpes. En estas tres formas rigen, generalmente, con algunas excepciones los siguientes principios:

Los parientes más próximos excluyen a los más lejanos; sólo hay herencia legítima por consanguinidad y por adopción, no existe herencia legítima por afinidad.

El parentesco por consanguinidad da derecho a heredar sin limitación de grado en la línea recta y en la colateral hasta el cuarto grado. El Código anterior permitía hasta el octavo.

El parentesco por adopción da derecho a heredar entre adoptante y adoptado.

La herencia por cabezas se presenta cuando el heredero legal la recibe en nombre propio y no en representación de otros, se encuentran en este caso todos los hijos, los padres y los colaterales del *de cuius*.

La herencia por líneas se presenta en los ascendientes de segundo o de ulterior grado; es decir, procede respecto a los abuelos, bisabuelos,

etc. Los padres o ascendientes del primer grado no heredan por líneas, sino por cabezas. La herencia por líneas se caracteriza en que se divide en dos partes: herencia paterna y materna; independientemente de que en una línea haya diferente número de ascendientes que en la otra. No importa que en la línea paterna sólo haya un abuelo y en la materna los dos abuelos. La herencia se divide en dos partes, y después cada mitad se subdivide en el número de ascendientes de cada línea. En el ejemplo propuesto, para la línea paterna recibirá el abuelo la mitad de la herencia, y en la línea materna cada abuelo recibirá la cuarta parte.

La herencia por estirpes es la que presenta mayores dificultades en su régimen, dando derecho a la herencia por representación. Podemos definirla de la siguiente manera: hay herencia por estirpes cuando un descendiente entra a heredar en lugar de un ascendiente. Este sería el concepto más general, el hijo puede entrar a heredar en representación de su padre, cuando éste ha muerto antes que el *de cujus*, se presenta la herencia por estirpes en la línea recta descendiente, sin limitación de grado; en la línea recta ascendiente nunca puede ocurrir, es decir, el bisabuelo no representa al abuelo, cuando éste murió antes que el autor de la sucesión, sino que heredará por líneas, cuando no exista el abuelo, y a su vez no haya padres, ni descendientes; en cambio, en la línea recta descendiente sí hay derecho de representación, sin limitación de grado. Quiere esto decir que el hijo representa a su padre, si éste muere antes que el *de cujus*; o el nieto representa a su abuelo, si a su vez murieron su

padre y su abuelo; o el bisnieto puede heredar por estirpes, si a su vez murieron su padre, su abuelo y su bisabuelo.

La herencia por estirpes puede existir también en la línea colateral, pero limitada sólo en favor de los sobrinos del *de cuius*; es decir, cuando mueren los hermanos del autor de la herencia, sus hijos, como sobrinos del *de cuius*, pueden representarlos.

De lo expuesto, resulta que la herencia por estirpes tiene lugar cuando un descendiente ocupa el lugar del ascendiente premuerto (por esta palabra debemos entender muerto antes que el autor de la sucesión), que haya repudiado la herencia, o se haya vuelto incapaz de heredar. En estos casos, sus descendientes tienen en la línea recta el derecho de sustituirlo, y en la colateral sólo existe el favor de los sobrinos, es decir, hijos de hermanos del autor de la sucesión.

Para que la herencia por estirpes en línea recta descendente tenga lugar, es necesario respetar la proximidad del grado; los nietos heredan sólo a falta de los hijos; a su vez, los bisnietos sólo heredan a falta de los hijos y de nietos. Tiene sólo lugar la herencia por estirpes, concurriendo descendientes de primer grado con descendientes de ulteriores grados, en los casos en que se representa a un determinado hijo premuerto, que se ha vuelto incapaz de heredar, o que ha renunciado a la herencia. En otras palabras, si todos los hijos del autor de la herencia viven, los nietos no

tienen derecho de representación, porque entonces se aplica el principio de que el más próximo en grado hereda; los nietos no tienen por qué heredar cuando todos los hijos del *de cuius* sobreviven. Pero si un hijo ha muerto, sí pueden concurrir a la herencia los otros hijos del autor y los descendientes del hijo prematuro. Sólo en este caso es admisible, por virtud del derecho de representación, que concurren descendientes de diversos grados. A su vez, faltando los hijos, heredarán por estirpes los nietos del *de cuius*; se divide el haber hereditario en tantas partes como hijos hubo y que dejaron descendencia, para después dividir cada parte entre su estirpe, es decir, entre el número de nietos en relación con cada hijo. Un ejemplo aclarará esta cuestión: si suponemos que el autor de la herencia tenía cuatro hijos, y éstos han muerto, y a su vez cada uno de los nietos a tenido diversos descendientes que imaginaremos en número distinto, la herencia se dividirá en cuatro partes, y a su vez, cada cuarta parte se habrá de subdividir en el número de nietos correspondientes a cada hijo. No importa que esos nietos sean en diverso número y que, en definitiva, los nietos del autor de la herencia tengan partes desiguales.

3.5. DISPOSICIONES COMUNES.

El Código Civil establece algunas disposiciones que son comunes a las sucesiones testamentarias y a las legítimas, tales como:

- *Precauciones que deben adoptarse cuando la viuda quede encinta.*

En este caso la viuda dispone de un plazo de cuarenta días a partir de la muerte del *de cuius* para poner en conocimiento del juez esta circunstancia, esta situación puede ser comprobada por los herederos o legatarios por medios que no ataquen al pudor ni a la libertad de la viuda. La viuda en estas condiciones tiene derecho de alimentos, con cargo a la masa hereditaria.

- *Apertura y Tramitación de la Herencia.*

La sucesión en todos los casos, se abre en el momento en que muere el autor de la herencia o cuando se declara la presunción de la muerte, por otro lado el derecho a reclamar la herencia prescribe a los diez años y es transmisible a los herederos.

- *La Aceptación y la Repudiación de la Herencia.*

Aun cuando el artículo 1653 del CC cita que sólo pueden aceptar o repudiar la herencia los que tienen la libre disposición de sus bienes, en la práctica, cualquiera puede aceptar o repudiarla pero debe hacerse por escrito ante el juez o por medio de instrumento público otorgado ante notario, se exceptúan de lo anterior las corporaciones de carácter oficial y las instituciones de beneficencia privada, las cuales necesitan aprobación judicial, las primeras y las segundas ajustarse a las disposiciones de la Ley de Beneficencia Privada.

La aceptación o repudiación de la herencia son irrevocables y no pueden ser impugnadas a menos de que existiera dolo o violencia; toda herencia se entiende aceptada a beneficio de inventario.

- *Albaceas.*

Los albaceas pueden ser de diferentes tipos, y se encuentran clasificados en la doctrina a partir de varios criterios: atendiendo a su origen, atendiendo a la amplitud de sus facultades o a las características de sus funciones, atendiendo a su duración, y atendiendo a su número.

1. Por su origen el albacea puede ser: testamentario, legítimo o electo y dativo.

a) *El albacea testamentario* es el designado en el testamento.

b) *El albacea legítimo* o electo es el que señala la ley en el caso del heredero único (el albacea por disposición legal), o el designado por los herederos o los legatarios, de no haber heredero. También se le conoce como albacea electo.

c) *El albacea dativo.* Es el que proviene del nombramiento que haga el juez, cuando los herederos no forman mayoría para lograr su designación, no se presenten herederos a la sucesión testamentaria y el testador no la haya designado en el testamento, o el nombramiento no se presente. A estos dos últimos, el *Código de Procedimientos Civiles* indebidamente los llama *interventores*.

2. Por amplitud de sus facultades o por las características de sus funciones los albaceas pueden ser: universales y particulares (estos también son llamados *ejecutores especiales*).

a) *El albacea universal*, como su nombre lo indica, es el encargado de realizar todas las funciones de su cargo. Existe tanto en la sucesión testamentaria como en la intestada.

b) *El albacea particular* o especial es el designado por el testador para cumplir con algún encargo en especial. Es propio de la sucesión testamentaria y subsiste de forma simultánea con la universal.

3. Por su número los albaceas pueden ser: único, sucesivos o mancomunados.

c) *El albacea único*, como su nombre lo indica, lo constituye una sola persona designada por el testador o los herederos, y ejerce su cargo en forma individual.

d) *Los albaceas sucesivos* son varias personas que nombra el testador, para que ejerzan el cargo de forma individual, y sucesiva cuando falte alguno o no acepte el cargo.

e) *Los albaceas mancomunados* también son varias personas nombradas por el testador para que ejerzan el cargo actuando conjuntamente. Decidan por mayoría de votos y, en caso de empate, decide el juez.

4. Por su duración, los albaceas pueden ser: definitivos o provisionales.

- d) El albacea definitivo** es nombrado por el testador o los herederos, son los albaceas legítimos o los electos. Estos deben cumplir con su encargo hasta su culminación.
- e) El albacea provisional** es el judicial o dativo, es el nombramiento por el juez antes de que los herederos nombren al definitivo; sólo dura en su encargo hasta que el definitivo se presente.

El Código Civil señala una serie de facultades y deberes al albacea para estar en condiciones de cumplir con su cargo. Las primeras se establecen en atención a sus funciones. El albacea nombrado por el testador tiene como primordial obligación cumplir con las disposiciones del testamento.

1. Todos los albaceas, cualquiera que sea su origen, deben:

- a) Asegurar los bienes de la herencia.**
- b) Formular los inventarios y avalúos.**
- c) Tramitar el juicio sucesorio, presentando el testamento, si lo tiene; representar a la herencia en todos los juicios relativos a los bienes hereditarios, defender la validez del testamento y contestar las peticiones de herencia.**
- d) Administrar la herencia y rendir cuentas de su gestión. Dentro de estas facultades está la de pagar las deudas -mortuorias, hereditarias y testamentarias- y distribuir los productos de los bienes mientras se realiza la partición.**

e) Efectuar la partición y adjudicación de los bienes entre los herederos y legatarios.

f) Caucionar su manejo por fianza, prenda o hipoteca. El testador no puede eximirlo de esta obligación, pero pueden hacerlo los herederos. Si el albacea es heredero o legatario su porción o legado servirán de garantía.

2. El albacea no puede:

b) Gravar o enajenar los bienes de la herencia. Si para cumplir con las obligaciones hereditarias se necesita vender algún bien, se requiere del acuerdo de todos los herederos o de autorización judicial. Otros casos en que o pueden venderse los bienes sucesorios son cuando éstos pueden deteriorarse y sea difícil su conservación, o sea ventajosa la venta de los frutos.

c) Dar en arrendamiento los bienes sucesorios por más de un año.

d) Transigir y comprometer en árbitros los negocios de la herencia.

e) Renunciar a la prescripción que corra a favor de la herencia.

El plazo para cumplir con el encargo de albacea se cuenta desde el momento de su aceptación o desde que terminaron los litigios sobre la validez y nulidad del testamento. Es a partir de entonces cuando puede iniciarse la liquidación de la herencia.

El plazo para que el albacea definitivo cumpla con su encargo es de un año, pero los herederos pueden prorrogarlo hasta por otro.

Pueden ser albaceas: las personas físicas, las personas morales, las instituciones fiduciarias y los notarios.

Están impedidos a ser albaceas, a no ser que sean herederos únicos:

- a) Los magistrados y jueces del lugar de la sucesión;
- b) Los que hayan sido removidos de otro albaceazgo;
- c) Los condenados por delitos contra la propiedad;
- d) Los que no tengan un modo honesto de vivir.

Estos impedimentos tienden a proteger a los herederos y acreedores de los malos manejos o abuso del albacea.

No podrá ser albacea el que no tenga la libre disposición de sus bienes. El menor de edad o el incapacitado que sea heredero único, será albacea y será representado por su tutor.

Pueden excusarse de ser albaceas:

- a) Los empleados y funcionarios públicos;
- b) los militares en servicio;
- c) Los pobres que no puedan atender el cargo sin menoscabo de su subsistencia;

- d) Los que no sepan leer y escribir, estén habitualmente enfermos o sean mayores de sesenta años;
- e) Los encargados de otro albaceazgo.

La excusa se basa en la imposibilidad de cumplir el cargo, pero no constituyen impedimento para que sean albaceas si así les conviene, ya porque sean herederos o tengan interés en la retribución fijada por el testador o la ley. Si el designado por el testador se excusa. Perderá lo que se hubiere asignado para remunerarlo por el desempeño del cargo.

En los casos de que uno o varios herederos no estuvieran conformes con el nombramiento hecho por la mayoría tienen derecho a proponer un interventor que vigilará la administración del albacea, sin embargo, existen casos en los que es obligatorio el nombramiento del interventor, tales como: cuando el heredero esté ausente o no sea conocido; cuando la cuantía de los legados iguale o exceda a la porción del albacea; y cuando se hagan legados para objetos o establecimientos de Beneficencia Pública.

- *Inventario.*

Para formulación del inventario deben cubrirse los siguientes requisitos:

1. Debe formularlo el albacea.

2. Si el albacea no lo formula, cualquier heredero podrá hacerlo.

3. Sólo se debe incluir en él a los bienes susceptibles de transmitirse por herencia; esto es, los que forma el patrimonio del *de cuius*, apreciables en dinero y que no se extinguen con la muerte.

4. Seguir el orden de los bienes establecidos en el Código Civil para el D.F.: dinero, alhajas, efectos de comercio o industria (acciones, obligaciones, bonos, certificados de depósito, letras de cambio, pagarés, etc.), semovientes (vehículos y animales), frutos, muebles, inmuebles o bienes raíces, créditos y los demás documentos y papeles de importancia.

5. Enumerar los bienes ajenos que se encuentren en posesión del *cuius* por cualquier título no traslativo de dominio, como comodato, depósito o prenda. Estos últimos sólo podrán ser entregados a sus dueños cuando la propiedad conste en el testamento, en escritura pública o en los libros del *de cuius* si hubiere sido comerciante y siempre que no deba retenerlos el albacea para garantizar una deuda como en el caso de la prenda.

6. Si la propiedad ajena no consta en las formas antes mencionadas sino en otro tipo de documentos, sólo debe hacerse la anotación respectiva al margen del mismo para que la propiedad y la posesión se dilucidan en juicio.

Simultáneamente a la formación de los inventarios debe procederse a la valuación de los bienes, si ello fuera posible. Al citarse a los herederos para la formulación de los inventarios, éstos deberán designar a los peritos valuadores, atendiendo a la naturaleza de los bienes. Si los herederos no se pusieren de acuerdo, los peritos serán designados por el juez.

Para efectos fiscales el avalúo de los bienes debe hacerse conforme a las leyes tributarias: Código Fiscal de la Federación, Ley del Impuesto sobre la Renta y Ley de Hacienda del D.F. Estos ordenamientos facultan a las instituciones bancarias para llevar a cabo el avalúo de los inmuebles, y al Nacional Monte de Piedad para el avalúo de los muebles. Los interesados pueden aceptar los valores asignados por las instituciones, o pueden convenir otra forma de valuación para los efectos de la partición.

Una vez terminados los inventarios y avalúos, deben ponerse a la vista de los interesados por cinco días, para que ante el juez que está conociendo del juicio sucesorio, hagan las objeciones y aclaraciones pertinentes, ya sea sobre el valor de los bienes, el monto de sus créditos o la inclusión u omisión de los mismos.

Las objeciones se resolverán en una audiencia en forma de incidente; pasado el término o resuelto el incidente, el juez tendrá por aprobado el inventario y avalúo, sin perjuicio de que, si posteriormente

aparecen otros bienes o deudas, se hagan las adiciones pertinentes. Una vez que el juez ha aprobado el inventario, éste no puede ser reformado sino por error o dolo.

Los gastos del inventario y avalúo serán a cargo de la masa hereditaria, salvo que el testador los asigne a un heredero o legatario.

Antes de la confección de los inventarios no deberá pagarse ninguna deuda, excepto las que expresamente señala la ley que pueden pagarse antes. Estas son: las deudas mortuorias, que consisten en los gastos funerales y las causadas por la última enfermedad del autor de la herencia, los gastos de conservación y administración -entre los que figuran los que origine la formación de inventarios y avalúos- los créditos alimentarios, en especial los de la viuda encinta.

- *Liquidación.*

Conocido el monto del patrimonio debe procederse a su liquidación.

La liquidación de la herencia debe llevarse a cabo pagando en primer lugar las deudas, para que el saldo sea materia de la participación y adjudicación a los legatarios y herederos, pues sólo será materia de la sucesión el saldo que resulte después de pagar a los acreedores del autor de la herencia.

La ley establece el orden en que deben pagarse las deudas sucesorias:

1. En primer lugar, deben pagarse las deudas mortuorias que, como ya señalamos, pueden serlo antes de los inventarios.
2. En segundo lugar, deben pagarse los gastos de conservación y administración y las deudas por alimentos, las que también pueden ser pagadas antes de los inventarios. Dentro de éstas están considerados los honorarios del albacea, interventor, abogado y peritos, así como las rentas, impuestos fiscales y primas de seguros, además de los otros gastos normales.
3. En tercer lugar, deben pagarse las deudas hereditarias, que son las contraídas en vida por el autor, independientemente de su testamento y de las que, como cualquier deudor, responde con todos los bienes. Estas deudas pueden ser de dos clases:
 - a) Las deudas con garantía real de un bien dado en prenda o hipoteca, y que deben ser pagados perfectamente con el bien afectado.
 - b) Las que carecen de garantía específica y que serán pagadas en el orden que se presenten, independientemente de la antigüedad del crédito.

Si el de *cujus* hubiera sido declarado en quiebra o concurso de acreedores, se deben respetar las preferencias y graduación que se hubieren establecido en esos procedimientos.

También puede solicitarse el concurso o quiebra de la sucesión si la herencia resultare insolvente, y en este caso los acreedores no tuvieron preferencia o garantía real, cobraron en moneda de quiebra; esto es, en la proporción de sus créditos respecto al activo sucesorio. Si del inventario aparecieren acreedores que no hubieren cobrado, se reservará lo que corresponda para ser pagado cuando se presenten.

Una vez efectuados todos estos pagos, el remanente pasa a ser materia de la participación y adjudicación.

- *Participación.*

Una vez pagados los acreedores de la herencia y reservado lo necesario para pagar a los que no se hubieran presentado, puede procederse a la repartición del remanente entre los sucesores; esto es, a la participación y adjudicación de los bienes.

La participación es el acto jurídico a través del cual se efectúa la división de la herencia cuando concurren varios herederos o legatarios, para dar a cada uno lo que le corresponde, según lo establecido en el testamento o en la ley.

En sentido amplio, constituye el conjunto de operaciones que permiten formar los diferentes lotes o hijuelas que habrán de entregarse a cada partícipe (herederos o legatarios).

En este sentido estricto, constituye el procedimiento por el que se pone término al estado de indivisión, el cual se inicia con la muerte del autor de la herencia y concluye al consumarse la atribución individual de la propiedad respecto de los bienes que correspondan a cada heredero.

La adjudicación consiste en los actos de entrega y titulación de los bienes individuales (partes o hijuelas) que recibe cada heredero, o sea, la atribución de la propiedad o de los derechos personales en forma individual.

La adjudicación se hace por la autoridad judicial o el notario encargado del proceso sucesorio.

Con la adjudicación termina la sucesión, se extingue el albaceazgo y los adjudicatarios dejan de ser herederos o legatarios, y la porción de bienes adjudicados a cada uno de ellos se fusiona con su propio patrimonio.

Para concluir debe señalarse que el Código Civil usa indistintamente los términos participación y adjudicación, considerando que son parte de un solo proceso.

CAPITULO IV.

LOS JUICIOS SUCESORIOS.

La administración de justicia en el Estado moderno no puede ser arbitraria sino que debe someterse en su actuación a una serie de normas jurídicas, estas constituyen el Proceso.

“La palabra Proceso, de *procedere*, significa marcha, avanzar, ir hacia adelante, el proceso pues equivale al camino que conduce a una meta”.¹

Así, “...el fin normal del proceso es la obtención de la sentencia que en forma vinculativa, resuelva entre partes una controversia de derechos substanciales”.²

Debe recordarse que el derecho objetivo está integrado por normas abstractas de las que derivan derechos substanciales que permitan la convivencia social, regulando las acciones humanas e imprimiendo a los hombres un comportamiento determinado, visto así las normas jurídicas

¹ Flores Gómez, Fernando y Gustavo Carvajal Moreno; Nociones del Derecho Positivo Mexicano; Porrúa, México, 1991. p.208.

² Becerra Bautista, José; El Proceso Civil en México; Porrúa, México, 1990. p.1.

actúan como una causa motivadora sobre la voluntad del sujeto, es decir, establecen un "deber ser" que no debe ser impedido por los demás.

"Pero cuando el derecho subjetivo es violado sólo puede tener plena vigencia, mediante el ejercicio de la función jurisdiccional".³

Mediante el derecho de acción, los sujetos provocan el ejercicio de función jurisdiccional, para conseguir la satisfacción del interés jurídico protegido por el legislador en su favor, en la norma abstracta, de esta forma, los dos intereses el público-estatal de ver representada la ley en los casos controvertidos y el particular de quienes tratan de conseguir la tutela jurídica a que tienen derecho se conjugan en el proceso, cuyo motor inicial es el derecho de acción.

El proceso puede considerarse como un medio instrumento para la elaboración de la verdad con la justa aplicación del derecho al caso concreto. Cuando las personas cumplen con sus obligaciones, la intervención de las normas jurídicas es innecesaria, pero cuando se desconoce o se vulneran los derechos ajenos, establecidos en la ley, se hace necesaria la intervención del Estado para resolver los problemas planteados.

³ Becerra Bautista, J. op. cit. p.1.

En materia hereditaria ésta intervención del Estado se regula en el Código de Procedimientos Civiles, en su Título Décimocuarto que se analiza en el presente capítulo.

4.1. DISPOSICIONES GENERALES.

La atribución de la herencia a sus titulares; sean estos herederos, legatarios o legítimos; su administración y la adjudicación del caudal sucesorio, son los objetivos del juicio sucesorio.

Para lograr que los bienes y derechos del *de cuius* pasen a título universal a sus herederos es necesario determinar quiénes son los herederos, que bienes constituyen el acervo hereditario y como deben dividirse esos bienes, derechos y obligaciones entre los herederos.

José Becerra Bautista considera justamente que "...cuatro finalidades quedan enmarcadas físicamente en las cuatro secciones que integran todo juicio sucesivo en el Código de Procedimientos Civiles y cuyo contenido puede ser sintetizado en los siguientes términos:

- El reconocimiento de derechos sucesorios.
- El inventario y avalúo de los bienes.
- La administración de los bienes.

- La partición y aplicación de los bienes".⁴

Resulta oportuno subrayar que los juicios sucesorios, los concursos y las quiebras mercantiles conforman el conjunto de los juicios universales.

"Por juicio universal se entiende aquel en el que se acumulan todas las acciones concernientes a una universalidad jurídica para que ésta sea liquidada, en los sucesorios la universalidad está constituida por el patrimonio del difunto".⁵

Por lo tanto existen dos clases de juicios sucesorios: las testamentarias y los intestados y en los dos se liquida el patrimonio, debiéndose determinar previamente quiénes son los herederos, acreedores y deudores del *de cuius* y cuales los bienes que forman el haber hereditario, dando lugar a las cuatro secciones, ya mencionadas, del juicio sucesorio.

En el artículo 769 del Código de Procedimientos Civiles, las disposiciones generales en materia de sucesiones se refieren a los puntos siguientes:

⁴ Becerra Bautista, J. op. cit. p.490.

⁵ Pallares, Eduardo; Derecho Procesal Civil; Porrúa, México, 1989. p.498.

1. *Aseguramiento de los bienes de la herencia.* Dispone que tan pronto como el Tribunal tenga conocimiento de la muerte de una persona dictará, con audiencia del Ministerio Público, mientras no se presenten los interesados y sin perjuicio de lo preceptuado en el art. 205 del Código Civil, las providencias necesarias para asegurar los bienes, si el difunto no era conocido o estaba de transeúnte en el lugar o si hay menores interesados o peligro que se oculten o dilapiden los bienes.

Estas medidas urgentes para la conservación de los bienes serán - por disposición del artículo 770 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y Territorios- las siguientes:

- I. Reunir los papeles del difunto, que cerrados y sellados se depositarán en el secreto del Juzgado;
- II. Ordenar a la administración de Correos que le remita la correspondencia que venga para el autor de la sucesión, con lo cual hará lo mismo que con los papeles, y
- III. Mandar depositar el dinero y alhajas en el establecimiento autorizado por la ley.

2. *Nombramiento del interventor.* Si pasados diez días de la muerte del autor de la sucesión no se presenta el testamento, si en él no está nombrado el albacea o si no se denuncia el intestado, el Juez nombrará un

interventor, que recibirá los bienes para inventario y que tendrá el carácter de simple depositario.

El interventor cesará en su cargo luego que se nombre o se dé a conocer el albacea.

3. Tutela testamentaria. En los juicios sucesorios en que haya herederos o legatarios menores que no tuvieren representante legítimo dispondrá el Tribunal que designe un tutor si han cumplido dieciseis años. Si los menores no han cumplido dieciseis años, o los incapacitados no tienen tutor, será éste nombrado por el juez.

4. Intervención del Ministerio Público. En los Juicios sucesorios del Ministerio Público representará a los herederos ausentes mientras que no presenten o no acrediten su representante legítimo, a los menores o incapacitados que no tengan representantes legítimos, y a la Beneficencia Pública, en su caso.

El Ministerio Público asistirá también a las diligencias de aseguramiento de los bienes que se hallen en el lugar del juicio.

5. Sucesiones de extranjeros. En esta clase de sucesiones se dará a los cónsules o agentes consulares la intervención que les conceda la ley.

6. *Aceptación de albacea.* El albacea manifestará dentro de tres días de hacérsele saber el nombramiento, si acepta. Si acepta y entra en la administración, le prevendrá el Juez que dentro de tres meses debe garantizar su manejo con sujeción a lo dispuesto en los artículos 1708 y 1709 del Código Civil, salvo que los interesados le hayan dispensado de esta obligación.

Si no garantiza su manejo dentro del término señalado se le removerá de plano.

7. *Acumulación.* Son acumulables a los juicios testamentarios y a los intestados, de acuerdo con el artículo 778 del Código de Procedimientos Civiles:

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

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

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

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

8. Secciones del juicio sucesorio. En todo juicio sucesorio se formularán las cuatro secciones siguientes, de acuerdo con el artículo 785 del CPC:

De sucesión. Contendrá en sus respectivos casos, (CPC., Art. 786):

I. El testamento o testimonio de protocolización o la denuncia del intestado;

- II. Las citaciones a los herederos y la convocación a los que se crean con derecho a la herencia;
- III. Lo relativo al nombramiento y remoción de albacea e interventores y al reconocimiento de derechos hereditarios;
- IV. Los incidentes que se promuevan sobre el nombramiento y remoción de tutores;
- V. Las resoluciones que se pronuncien sobre la validez del testamento, la capacidad legal para heredar y preferencia de derechos.

De inventario. Esta sección contendrá, (CPC; Artículo 786):

- I. El inventario provisional del interventor;
- II. El inventario y avalúo que forme el albacea;
- III. los incidentes que se promuevan;
- IV. La resolución sobre el inventario y avalúo.

De administración. El contenido de esta sección será, (CPC; Artículo 787):

- I. Todo lo relativo a la administración;
- II. Las cuentas, su glosa y calificación;
- III. La comprobación de haberse cubierto el impuesto fiscal.

De partición. Dentro de esta sección se comprenderá, (CPC; Artículo 788):

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

De acuerdo con el criterio de la Suprema Corte de Justicia, cada una de las secciones de referencia tiene un objeto en especial y se resuelve por separado, no habiendo por consiguiente, una sentencia definitiva que abarque todo el procedimiento, pudiéndose causar, por lo mismo, al quejoso, un perjuicio de imposible reparación; por lo que, de acuerdo con lo establecido con la fracción IX del artículo 107 constitucional, contra esas omisiones es procedente el amparo.

9. *Sobreseimiento.* Si durante la tramitación de un intestado apareciera el testamento, se sobreseerá para abrir el juicio de testamentaria, a no ser que las disposiciones testamentarias se refieran sólo a una parte de los bienes hereditarios.

En este caso se acumularán los juicios bajo la representación del ejecutor testamentario.

El Código de Procedimientos Penales permite que en los casos de que todos los herederos sean mayores de edad y hubieran sido instituidos en un testamento público, la testamentaria se realice extrajudicialmente, con la simple intervención de un notario (CPC, Art, 872), obligándose éste a hacer públicas las declaraciones de aceptación de la herencia a través de su publicación en dos ocasiones, cada 10 días, en un periódico de los de mayor circulación en la República. (CPC. Art. 873).

De la misma forma, cuando siendo los herederos mayores de edad y hubieran sido reconocidos jurídicamente en un intestado, este puede tramitarse en los pasos siguientes con la intervención de un notario, en forma extraoficial. (CPC, Art. 876).

Fiscalmente los herederos y legatarios pueden optar por acumular a sus demás ingresos los que les correspondan de la sucesión, o bien presentar su declaración complementaria por los cinco ejercicios anteriores a aquel en que se efectuó la liquidación, (Reglamento de la Ley del ISR, Art. 74).

Tratándose de bienes adquiridos por herencia o legado la Ley del Impuesto sobre la Renta dispone que "...se considerará como costo de adquisición el que haya pagado el autor de la sucesión y como fecha de adquisición la que hubiera correspondido al *de cuius*. (LISR, Art. 100).

4.2. INSTITUCIONES DE REPRESENTACION JURIDICA.

"En México, la autonomía jurisdiccional del Derecho Familiar se encuentra establecida, gracias a la iniciativa del señor licenciado Luis Echeverría Alvarez, Expresidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, la cual fue publicada el 24 de marzo de 1971, en el Diario Oficial de la Federación, creando los juzgados de lo familiar, al margen de los civiles y penales"⁶. El derecho familiar da un paso más adelante ,auxiliado por la labor del licenciado Luis Echeverría Alvarez, demostrando con la creación de Tribunales Familiares en el Distrito Federal, su gran preocupación por la familia mexicana. Extendamos esta obra a toda la República. No hay por qué detenerse, la familia mexicana requiere de protección en todo el país.

"Los juzgados familiares son una de las formas de protección de familia. Sus conflictos se resuelven en forma independiente y especializada. Sin embargo, falta un ordenamiento jurídico como base y complemento de la labor de estos juzgados. Para la completa resolución de los conflictos familiares se requiere un Código Familiar y otro de Procedimientos Familiares, cuyas disposiciones sean aplicadas a diario por funcionarios preparados y responsables".⁷

⁶ Güitrón Fuentesvilla, Julián; Derecho Familiar; Gama, México, 1972. p.323.

⁷ Acosta Ramírez, Ma. Eugenia; Memoria del II Congreso Nacional de Derecho Familiar; México, 1976. p.24.

Estos criterios son aplicados por José Barroso Figueroa, quien los complementa con dos criterios más:

1. El Institucional; y
2. El Procesal.

1. El criterio institucional, "...consiste en determinar si la rama jurídica en cuestión posee instituciones propias, distintas en particular, a la disciplina de la cual se pretende independizar. Significa impresiones ya existentes, por resultar incompatible con las anteriores".⁸

José Barroso, respecto al criterio institucional, afirma "...es el más importante, porque mientras los demás se refieren a cuestiones externas o individuales haciendo depender de su eventual acontecer la autonomía de una rama del conocimiento jurídico, aquél se refiere al aspecto sustantivo, al contenido mismo de la disciplina en juicio. Es decir, no se queda en el examen periférico, sino va a la médula misma del problema".⁹

En México, el criterio institucional sí existe. Un ejemplo claro, es la teoría de las nulidades, que en Derecho Civil siempre es la misma. En el Derecho Familiar, sufre modificaciones considerables, concretamente en el matrimonio, el cual tiene su propio régimen. La inexistencia del matrimonio

⁸ Ibidem. p.143.

⁹ Barroso Figueroa, José; Autonomía del Derecho de Familia; Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1986. p.835.

no se regula por el artículo 2224 del Código Civil, cuyo texto es: "El acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él, no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por todo interesado".¹⁰

En el matrimonio, no pueden destruirse todos los efectos retroactivamente, si hubo hijos, no pueden borrarse. No es posible retrotraerlos, como si no hubiesen existido.

En la actualidad, el Estado tiene gran injerencia en la familia, y se origina en la necesidad de protegerla, lo cual ha ocasionado una brecha entre el Derecho Familiar y Civil.

2. El criterio procesal, requiere tener procedimientos particulares. Principios en la regulación jurídica procesal, para dar un tratamiento adecuado a la naturaleza del grupo familiar.

El Código Civil para el Distrito Federal de 1932, y su correspondiente Código de Procedimientos Civiles, contienen normas procesales específicas para el divorcio voluntario, enajenación de bienes menores e incapaces, divorcio necesario, nulidad del matrimonio, juicio de alimentos, responsabilidad por incumplimiento de promesa matrimonial, constitución del patrimonio familiar, las diferencias entre marido y mujer,

¹⁰ Código Civil Art. 2224.

sobre la administración de los bienes comunes, educación de los hijos; y en general, todas las cuestiones con intervención judicial, deben tramitarse en juicios especiales.

“El criterio procesal está íntimamente ligado con el jurisdiccional. La tramitación de un negocio jurídico en Tribunales Familiares, debe seguir un procedimiento especial, propio de la institución cuestionada. Ser diferente al civil, porque el interés familiar es superior. Agiles para solucionar problemas a la brevedad posible, sin esperar el tiempo que el individual”.¹¹

El procedimiento familiar mexicano, exige un cambio. Requiere un Código de Procedimientos Familiares, con una regulación especializada de cada institución, así como un órgano jurisdiccional familiar, para impartir justicia con veracidad.

Continuaremos con el análisis de los Juzgados Familiares en el Distrito Federal, cuya existencia reafirma la necesidad de establecerlos en toda la República.

El 18 de marzo de 1971, se reformó la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del fuero común del Distrito Federal, estableciendo los Juzgados Familiares. El artículo 2º en la fracción IV, faculta a los

¹¹ Acosta Ramírez, M.E.; op cit. p.145.

jueces de lo familiar, para aplicar las leyes en asuntos familiares del fuero común.

EL artículo 16 de la Ley citada, autoriza al pleno del Tribunal Superior de Justicia, para designar a los Jueces de lo Familiar, quienes protestarán ante el propio Tribunal. Durarán en su cargo hasta el 15 de abril, del último año del sexenio judicial correspondiente.

El artículo 49 regula: "Son jueces de primera instancia, para los efectos que prescriben la Constitución y demás leyes secundarias:

Fracción V. Los Jueces de lo Familiar".

El capítulo II, fue reformado, quedando como sigue: "De los juzgados de lo Civil y de lo Familiar del Distrito Federal". En la sección segunda menciona lo referente a los juzgados de lo familiar. Artículo 55: "Habrá en el Distrito Federal el número de Juzgados de lo Familiar que el Tribunal Pleno considere necesario, para que la administración de justicia sea expedita". Existen en el Distrito Federal, 23 juzgados familiares, creados por la gran cantidad de asuntos familiares, ventilados con anterioridad en los juzgados civiles.

El artículo 56, en relación con el 61, señala respecto al personal auxiliar de los jueces de lo familiar; artículo 61: "Cada uno de los juzgados de lo civil del Distrito Federal tendrá:

- I. Dos secretarios de acuerdos, numerados progresivamente;
- II. Dos secretarios actuarios;
- III. El personal de empleados que señale el presupuesto;
- IV. Los pasantes de derecho y meritorios, cuyos servicios y trabajo deberán ser reglamentados por el juez titular respectivo". Para lograr los objetivos de la creación de los Tribunales se necesitan reformas al sistema establecido, las cuales daremos a conocer más adelante.

Podrá ser Juez de lo Familiar, quien cumpla con los requisitos para ser Juez de lo Civil. Artículo 52: "Para ser Juez de Civil se requiere:

- a) Ser ciudadano mexicano en pleno ejercicio de sus derechos civiles y políticos;
- b) No tener más de sesenta y cinco años de edad, ni menos de treinta, el día de la designación; pero si al cumplir el ejercicio sexenal excedieron de aquella edad, podrán ser nombrados para el siguiente período hasta alcanzar los setenta años, en que serán sustituidos;
- c) Ser abogado con título registrado en la Dirección General de Profesiones;

d) Acreditar, cuando menos, cinco años de práctica profesional, que se contarán desde la fecha de expedición del título;

e) Ser de notoria moralidad, y

f) No haber sido condenado por sentencia irrevocable por delito intencional, que le imponga más de un año de prisión. Si se tratare de robo, fraude, falsificación, abuso de confianza, peculado, revelación de secretos, cohecho, abuso de autoridad, abandono de funciones, u otro que lesionare seriamente la buena fama en el concepto público, inhabilitara para el cargo cualquiera que haya sido la pena”.

La competencia determinada por la Ley para los jueces de lo familiar, es: Artículo 58: “Los Jueces de lo Familiar conocerán:

I. De los negocios de jurisdicción voluntaria, relacionados con el Derecho Familiar;

II. De los juicios contenciosos relativos al matrimonio, a la ilicitud o nulidad del matrimonio y al divorcio, incluyendo los que se refieren al régimen de bienes en el matrimonio; de los que tengan por objeto modificaciones o rectificaciones en las actas de Registro Civil; de los que afecten el parentesco, a los alimentos, a la paternidad y a la filiación legítima,

natural o adoptiva; de los que tengan por objeto cuestiones derivadas de la patria potestad, estado de interdicción y tutela, y las cuestiones de ausencia y de presunción de muerte; de los que se refieran a cualquier cuestión relacionada con el patrimonio de familia, como su constitución, extinción o afectación en cualquier forma;

III. De los juicios sucesorios;

IV. De los asuntos judiciales concernientes a otras acciones relativas al estado civil, a la capacidad de las personas y las derivadas del parentesco;

V. De las diligencias de consignación en todo lo relativo al Derecho Familiar;

VI. De las diligencias de los exhortos, suplicatorias, requisitorias y despachos, derechos, relacionados con el Derecho Familiar;

VII. De las cuestiones relativas a los asuntos que efectúen a sus derechos de persona a los menores e incapacitados; así como, en general, todas las cuestiones familiares que reclamen la intervención judicial".

Los secretarios de acuerdos de los Juzgados de lo Familiar, deberán reunir los mismos requisitos determinados por esta Ley, para los

secretarios de los juzgados de lo civil, señalados en el artículo 62, el cual expresa: "Para ser secretario de acuerdos o actuario de los juzgados civiles, se requieren:

- a) Ser ciudadano mexicano;
- b) Abogado con título registrado en la Dirección General de Profesiones;
- c) Tener tres años de práctica profesional; contados desde la fecha de expedición del título; y
- d) Tener buenos antecedentes de moralidad, a juicio del juez que lo nombre".

Por otro lado, debe subrayarse que desde 1940 se crearon las defensorías de oficio con la finalidad de que los menos favorecidos por el desarrollo económico, tuvieran asistencia jurídica, posteriormente, el 9 de diciembre de 1987, durante el gobierno del presidente Miguel de la Madrid se promulgó la Ley de la Defensoría, de Oficio del Fuero Común la cual vino a actualizar después de cuarenta y siete años las exigencias que en el presente demanda la prestación oportuna y eficaz del servicio de defensoría de oficio, asegurando el acceso de los individuos a la justicia y legalidad, ampliándose su defensa no sólo en la materia penal, sino también en la civil, familiar y de arrendamiento inmobiliario.

4.3. IMPORTANCIA DEL DERECHO NOTARIAL Y REGISTRAL.

Si bien, como ya se expuso con anterioridad, existen diversas

formas de testar, la más recomendable jurídicamente es el testamento público abierto.

En este testamento, la participación del notario es de suma importancia, primero por asesoría y segundo porque al quedar registrado en el protocolo garantiza que la voluntad póstuma del *de cuius* se lleve efecto.

Sobre todo, considerando que el interesado "...expresará de un modo claro y terminante su voluntad al notario. El notario redactará por escrito las cláusulas del testamento sujetándose estrictamente a la voluntad del testador y las leerá en voz alta para que este manifieste si está conforme". (CC., Art. 1512).

Tanto el testamento público abierto como el cerrado se deben asentar en el protocolo, aunque en el segundo caso sólo se anotan el lugar, hora día, mes y año en que el testamento fue autorizado y entregado.

En cuanto a la tramitación de las sucesiones ante notario debe señalarse, que ésta, no es un acto de jurisdicción voluntaria, se realiza mediante el otorgamiento y protocolización de diferentes actos y hechos jurídicos, por ello le son aplicables las reglas establecidas en el artículo

15 del Código Civil para el Distrito Federal. Este artículo sostiene el principio de *locus regit actum*.

En caso de testamentaria para la tramitación ante notario, la ley presupone: primero, la existencia de testamento público; segundo, que los herederos instituidos sean mayores de edad; y, tercero, que no haya controversia entre ellos.

Una vez dados los anteriores supuestos, el albacea con la partida de defunción del autor de la herencia y un testimonio del testamento, se presenta ante notario junto con los herederos, para hacer constar la aceptación de la herencia, y del cargo del albacea, el reconocimiento mutuo de sus derechos hereditarios y manifiesta que va a proceder a formular los inventarios.

Antes de continuar el análisis de la tramitación, conviene destacar que en este primer instrumento, la sucesión no se radica ante notario, como algunos lo establecen en las cabezas o proemios de sus escrituras. Radicar, en efecto, significa enraizar y eso sucede en las sucesiones tramitadas ante un juez, donde quedan radicadas, enraizadas, y por lo tanto, el juez del asunto, es el primero ante el cual se denuncia la sucesión, con exclusión de cualquier otro. A mayor abundamiento, si los herederos entran en controversia, dejará el notario de conocer la sucesión y entonces sí, será radicada ante un juez de lo familiar en el Distrito

Federal o de la Entidad correspondiente, excluyendo a cualquier otro. Por ser la sucesión un juicio universal, acumula a la competencia del juez del conocimiento cualquier petición de herencia o juicio que se establezca en contra de la sucesión del autor de la herencia, como lo dispone el artículo 156 fracción VI, que dice:

Es juez competente:...

Aquel en cuyo territorio radica un juicio sucesorio para conocer:

- a) De las acciones de petición de herencia;
- b) De las acciones contra la sucesión antes de la participación y adjudicación de bienes;
- c) De las acciones de nulidad, rescisión, evicción y de la participación hereditaria.

Continúa el Código de Procedimientos Civiles regulando el procedimiento testamentario. Una vez aceptada la herencia y el cargo de albacea, para dar a conocer dicho acontecimiento, tienen que hacerse dos publicaciones con diez días de diferencia en uno de los periódicos de mayor circulación en la República.

Por otro lado, el Código Civil para el Distrito Federal, impone la obligación para jueces y notarios que intervienen en la tramitación de una sucesión, cualquiera que sea su carácter, que pidan informes al Archivo General de Notarías, al Registro Público de la Propiedad y la Archivo Judicial, a fin de enterarse si en dichas instituciones, se encuentran

depositados u otorgados testamentos público abierto, público cerrado u ológrafo. Realizadas las mencionadas publicaciones, el albacea presenta al notario para su protocolización, los inventarios y el proyecto de partición aprobado por los herederos, y adjudica los bienes.

La naturaleza jurídica de este segundo acto realizado ante notario, denominado protocolización de inventarios y proyecto de partición, no es en realidad como indica la ley, un acta notarial de protocolización, sino el otorgamiento de una escritura, ya que se trata de la transmisión de derechos reales, que de acuerdo con el artículo 78 de la Ley de Notariado, debe hacerse constar en escritura pública.

Art. 78.- Las enajenaciones de bienes inmuebles cuyo valor, según avalúo bancario sea mayor de treinta mil pesos y la constitución y transmisión de derechos reales estimados en más de esa suma o que garanticen un crédito por mayor cantidad que la mencionada, deberán constar en escritura ante notario, salvo los casos de excepción a que se refieren los artículos 730, 2317 y 2917 del Código Civil para el Distrito Federal.

No obstante lo anterior, en algunos Estados de la República, no se otorgan escrituras de adjudicación de bienes por herencia, sino exclusivamente, se protocolizan los autos y las constancias, incluyendo el proyecto de partición y la sentencia que lo aprueba.

Para sostener que es adjudicación de bienes por la herencia y no protocolización del proyecto de partición, es conveniente hacer la distinción entre protocolizar, ratificar, y otorgar un acto ante notario.

Cuando el notario hace constar un contrato o acto jurídico en la forma notarial, no está ratificando una firma, ni certificando un hecho, ni protocolizando un documento, sino que ante él se está constituyendo un contrato o acto jurídico, lo está moldeando, dándole forma conforme al derecho, dotándolo de legalidad al constatar la capacidad de los sujetos, de fe de la manifestación de la voluntad de las partes y se responsabiliza de su redacción. Puede o no estar precedido por un contrato preliminar.

El otorgamiento ante notario, no es ratificación del que carece de forma, tampoco protocolización porque con la naturaleza jurídica de estas actas, no se está convalidando el contrato. En cambio con el otorgamiento de escritura pública, el contrato se somete a "la forma establecida por la ley"; se está convalidando.

Estas afirmaciones se fundan en la naturaleza jurídica de los instrumentos, acta notarial y escritura pública.

Al protocolizar un acta, el notario se concreta a relatar los hechos, sin entrar en el análisis del fondo, el cual se le da confeccionado. Al escriturar en cambio, el notario examina el derecho, redacta el

instrumento, da fe de conocimiento, capacidad y consentimiento de las partes: estos elementos configuran la naturaleza de la escritura pública. El artículo 62 de la Ley del Notariado, señala que este funcionario público, redactará las escrituras en castellano y observará las disposiciones contenidas en sus trece fracciones. El alcance de éstas, nos permite afirmar que cuando ante notario se otorga una escritura, estudia el fondo contractual del documento que exhiben las partes, examina y determina si les asiste el derecho y redacta el instrumento, si el contrato que pretenden celebrar tiene fundamento legal; las partes manifiestan su consentimiento, expresan estar de acuerdo con el contenido de la escritura. El notario además: da fe de conocimiento al hacer constar bajo su palabra, que se aseguró de la identidad de los otorgantes; de que tienen capacidad legal; de que les leyó la escritura, explicó el valor y consecuencias legales de su contenido; y finalmente que los comparecientes otorgaron la escritura en la fecha que firmaron.

Reiterando lo anterior, dar a un contrato o acto jurídico la forma legal, no es protocolizar es "agregar al apéndice" (Art. 90) o transcribir en el protocolo (Art. 194 de la Ley de Sociedades Mercantiles), por medio de un acta, y lo que la ley exige respecto a los contratos, es que se otorguen en escritura pública.

La Ley del notariado al referirse a la protocolización dice:

Art. 90.- Para la protocolización de un documento, el notario lo transcribirá en la parte relativa del acta que al efecto se asiente o lo agregará al apéndice en el legajo marcado con el número de acta y bajo la letra o número que le corresponda. No podrá protocolizarse el documento cuyo contenido sea contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.

Por su parte el artículo 194 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, dispone:

Las actas de las asambleas generales de accionistas se asentarán en el libro respectivo y deberán ser firmadas por el presidente y por el secretario de la asamblea, así como por los comisarios que concurran. Se agregarán a las actas los documentos que justifiquen que las convocatorias se hicieron en los términos que esta ley establece.

Cuando por cualquiera circunstancia no pudiere asentarse el acta de una asamblea en el libro respectivo, se protocolizará ante notario.

Las actas de las asambleas extraordinarias serán protocolizadas ante notario e inscritas en el Registro Público de Comercio.

La protocolización sólo prueba la fecha en que se entrega el documento al notario, quien levanta un acta y la incorpora al apéndice del protocolo.

Ahora bien, los actos jurídicos otorgados en la tramitación de las sucesiones ante notario y la adjudicación de bienes por herencia, no se protocolizan ni ratifican, se otorgan ante notario en escritura pública, así lo ordenan los artículos 1777 de la ley sustantiva y 869 de la adjetiva, ambas para el Distrito Federal, mismos que a continuación se transcriben:

1777. La participación constará en escritura pública, siempre que en la herencia haya bienes cuya enajenación deba hacerse con esa formalidad.

869. La escritura de partición cuando haya lugar a su otorgamiento deberá contener, además de los requisitos legales:

- I. Los nombres, medidas y linderos de los predios adjudicados, con expresión de la parte que cada heredero adjudicatario tenga obligación de devolver si el precio de la cosa excede al de su porción o de recibir si falta;
- II. La garantía especial que para la devolución del exceso constituya el heredero en el caso de la fracción que precede;
- III. La enumeración de muebles o cantidades repartidas;
- IV. Noticia de la entrega de los títulos de las propiedades adjudicadas o repartidas;

V. Expresión de las cantidades que algún heredero quede reconociendo a otro, y de la garantía que se haya constituido;

VI. La firma de todos los interesados.

En México Distrito Federal, existe un registro de actos de Última Voluntad, dependiente del Archivo de Notarías. Los notarios tienen la obligación de dar noticias a dicho registro, cuando ante ellos se otorga un testamento público abierto o cerrado. Los notarios y jueces, ante quienes se tramita la sucesión, también tienen la obligación de pedir informes al mencionado archivo sobre la existencia de algún testamento otorgado por el autor de la sucesión. El artículo 80 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, así lo establece:

Siempre que se otorgue un testamento público abierto o público cerrado, el notario ante quien se otorgó, presentará aviso al Archivo General de Notarías dentro de los tres días hábiles siguientes, en el que expresará la fecha de otorgamiento, el nombre y generales del testador y recabará la constancia correspondiente. Si el testamento fuere cerrado indicará además la persona en cuyo poder se depositó o el lugar en el que se haya hecho el depósito. En caso de que el testador manifieste en su testamento los nombres de sus padres, se incluirán éstos en el aviso. El Archivo General de Notarías llevará un registro especialmente destinado a asentar las inscripciones relativas a los testamentos, con los datos que se mencionan.

Los jueces y los notarios ante quienes se tramite una sucesión, recabarán informes del Archivo General de Notarías acerca de si éste tiene registrados testamentos otorgados por la persona de cuya sucesión se trate y, en su caso, la fecha de los mismos. Al expedir el informe indicado el Archivo General de Notarías, mencionará en él, si con anterioridad ha proporcionado el mismo informe a otro funcionario.

Cuando en un testamento público abierto se otorguen cláusulas que conforme a las leyes sean irrevocables, el notario, sin revelar el contenido de dichas cláusulas, hará mención de ello en el aviso a que se refiere el primer párrafo de este artículo, lo cual asentará el Archivo General de Notarías en el registro al que se refiere el mismo párrafo. El Archivo, al contestar los informes que se soliciten, deberá indicar el testamento o testamentos respecto de los cuales tenga asentado que existen dichas cláusulas irrevocables.

Esta disposición asegura el cumplimiento de la voluntad del testador, en caso de una sucesión intestamentaria, sobresiguiendo el juicio al tener noticias de la existencia de un testamento o bien, de existir, se aplicará el último en tiempo.

La deficiencia que existe en México, es la falta de un registro nacional, toda vez que al estar constituido en República Federal, los registros de actos de última voluntad son locales. En caso de una sucesión se tendría que pedir información a cada entidad estatal, sobre la

existencia de testamento, para tener plena seguridad jurídica. De ser nacional dicho registro, se simplificaría la información.

4.4. JURISPRUDENCIA RECIENTE EN MATERIA DE JUICIOS SUCESORIOS.

Asociaciones religiosas. Debe observarse que en el caso se trata de un credo cristiano, puesto que el templo en el que lo practican se denomina "Jesús, Elías y María". Además, a la anterior denominación del templo se añaden estas palabras "del Grupo del Sexto Sello", que están indicando que se trata de un culto novedoso y original, que tal vez sólo practiquen los miembros del patronato beneficiado y algunos otros grupos afines. No se trata pues, de las iglesias cristianas de gran rango histórico, como la católico-romana, la anglicana, la protestante, la ortodoxa, etc. Esta aclaración es importante, pues en éstos últimos credos, no sólo funcionan gobiernos eclesiásticos, sino sacerdote, pastores, popes y en general ministros del culto religioso al que pertenecen. Pero en los pequeños grupos religiosos, como el demandado, no existen ni gobierno y jerarquía eclesiástica, de tal manera que el pequeño grupo que practica el culto integra la asamblea de feligreses, es decir, la iglesia, que en su aceptación gramatical significa: "congregación de fieles". Por tanto, no importa que ninguno de los miembros del patronato tenga carácter sacerdotal, para que la asociación religiosa llamada: "Iglesia Espiritual Jesús, Elías y María, del Grupo Sexto Sello", sea considerada como una de las varias "asociaciones religiosas denominadas iglesias, cualquiera

que sea su credo", a que se refiere el artículo 27 constitucional, fracción II. Su misma denominación "Iglesia Espiritual..." está revelando su índole de "iglesia". Por consiguiente, carece de capacidad para heredar ningún predio y, consecuentemente, es nulo el testamento en que se instituyó a la asociación nombrada heredera de ese bien raíz.

Amparo Directo 4959/70. Simón de Jesús Molina. 3 de marzo de 1972. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Enrique Martínez Ulloa.

Testamentos, Capacidad para Otorgarlos. Cabal Juicio. Es verdad que la ley parte de una idea positiva de la capacidad del testador, al decir en el artículo 1,306, fracción II, Código Civil, que están incapacitados para testar los que habitualmente o accidentalmente no disfrutaban de su cabal juicio. Sin embargo, la dicción empleada en dicho precepto, sin pretensión científica, tiene una amplia comprensión práctica; y cuando el termino "cabal" es sinónimo de completo, justo, acabado y exacto y en tal sentido no parece posible predicarse de la salud mental que, como la física, es raramente perfecta, también por "cabal" se entiende lo normal, en cuya aceptación, indudablemente, la ley la emplea, refiriéndose a que el acto de testar reúna los requisitos propios del acto verdaderamente humano, caracterizado porque se realice con inteligencia o conocimiento de su significado y alcance y con voluntad propia de querer el fin que con el mismo se persigue; voluntad que la falta de inteligencia vicia por no poderse querer lo que antes no es conocido, y por ello el estado

patológico natural por vía de demencia, impide al testador hallarse en su cabal juicio; caso en el cual no se halla un testador en el momento de otorgar su testamento, si las pruebas revelan que en ese momento disfruta de discernimiento, conciencia y voluntad, por haber desaparecido el estado de confusión mental en que estuvo hasta dos días antes de dictar su disposición testamentaria.

Amparo Directo 2444/69. Guadalupe Gleason de Quiroz. 22 de julio de 1974. 5 votos. Ponente: Ernesto Solís López. Secretario: Ignacio Nieto Kasuski.

Testamento Público abierto redactado por la Escribiente de la Notaría. Aun cuando el testamento público abierto haya sido redactado en el protocolo por conducto de una escribiente de la notaría, debe establecerse su plena validez si el notario intervino en dicha redacción, por haberse otorgado ante su vigilancia y dirección, porque su asistencia en el momento del otorgamiento vigilando el cumplimiento de las formalidades establecidas por la ley, justifican su intervención en términos del artículo 1,397 del Código Civil para el Estado de Durango máxime si consta que el propio notario dio lectura a las cláusulas del testamento y firmó el instrumento dando fe del acto.

Amparo directo 3172/71. Marco Antonio Irigoyen Sánchez. 2 de julio de 1973. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Enrique Martínez Ulboa.

Testamentos. Testigos Instrumentales y de Identidad. Diferencias.

En relación con la escritura pública donde se otorga un testamento público abierto, tanto el Código Civil como la Ley del Notariado del Distrito Federal distinguen perfectamente entre testigos instrumentales y testigos de identidad; aquéllos, son los que presencian el acto solemne del testamento, en presencia de quienes el testador dispone de sus bienes, instituye herederos o legatarios, nombra albacea y demás particulares del testamento; en cambio, los testigos de identidad o de conocimiento se limitan a manifestar al Notario que conocen al testador y que es la persona cuyo nombre le ha proporcionado, sin notar en el signos patentes de incapacidad natural e ignorar que esté sujeto a incapacidad civil. El artículo 1,515 del Código Civil dispone que en caso de extrema urgencia y no pudiendo ser llamado otro testigo, firmará por el testador uno de los instrumentales, cuando el testador no pudiere o no supiere escribir, en cuyo caso el artículo anterior ya había dispuesto que interviniera otro testigo, además de los instrumentales. Estos preceptos están denotando claramente que los testigos instrumentales sólo son aquellos tres a que alude la definición misma de testamento público abierto, consignada en el artículo 1,511. La Ley del Notariado del Distrito Federal aclara con toda precisión cuales son los testigos de identidad y su objeto, como puede verse en los artículos 34, fracción XI, 36 y 37, y especialmente este último establece quiénes pueden ser testigos de identidad. Establecida esta

distinción entre testigos instrumentales y de conocimiento o de identidad del otorgante, salta a la vista que la prohibición contenida en la fracción VI del artículo 1,502 del Código Civil sólo refiere a los instrumentales, en el sentido de que no podrán ser testigos del testamento público abierto los herederos o legatarios, sus descendientes, ascendientes, cónyuge o hermanos.

Amparo Directo 2212/67. Josefina Contreras Vda. de Gómez y Coags. 29 de marzo de 1968. 5 votos. Ponente: Mariano Azuela. La ejecutoria aparece publicada parcialmente en las página 17 y siguientes.

Acción de Petición de Herencia. No Basta Acreditar el Parentesco, sino que es Necesario No estar Excluido por la Ley. En la sucesión legítima no basta acreditar el parentesco, sino que es necesario no estar excluido por la ley a pesar de tenerlo. Al efecto, el artículo 1,604 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, establece que los parientes más próximos excluyen a los más remotos, salvo lo dispuesto en los artículos 1,609 y 1,632. El artículo 1,608 dispone que cuando concurren descendientes con el cónyuge que sobreviva, a éste le corresponderá la porción de un hijo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1,624. En la especie, concurre una hija del autor de la herencia con la cónyuge supérstite, pero quien ejercita la acción de petición de herencia es la madre del *de cuius*. Sobre este particular el artículo 1,611 del Código Civil invocado establece que concurriendo hijos con

ascendientes, éstos sólo tendrán derecho a alimentos, que en ningún caso pueden exceder de la porción de uno de los hijos. Esto significa que los herederos que excluyen a los ascendiente son los hijos y el cónyuge supérstite; si éstos últimos concurren con ascendientes, la ley establece la preferencia para considerarlos como herederos, y a aquéllos sólo les concede el derecho a alimentos, pero no en calidad de herederos, ya que, la situación de tal acreedor alimentario, de ninguna manera se equipara a la de un heredero.

Aparo Directo 4066/71. Victoria Ubaldo Arellano. 8 de febrero de 1973. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Mariano Ramírez Vázquez.

Informe 1973, Tercera Sala, página 25.

Herederos. Incapacidad de Adquirir por Razón de Delito. El artículo 1,213 del Código Civil del Estado de Nuevo León dice: "Por razón de delito son incapaces de adquirir por testamento o intestado: I...II. El que haya hecho contra el autor de la sucesión, sus ascendientes, descendientes, hermanos o cónyuges, acusación de delito que merezca pena capital o 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 advierte que esta fracción alude en primer lugar al autor de la sucesión, de lo que se colige,

forzosamente, que la denuncia del hecho delictuoso tiene que suceder, necesariamente, antes de su muerte, pues sería un absurdo jurídico formular acusación penal contra un difunto. Lógicamente debe quedar en la misma situación jurídica el caso de los ascendientes, descendientes, hermanos o cónyuge, que son los demás a quienes so pena de incurrir en la sanción de incapacidad de heredar, no se les puede acusar por la comisión de un hecho penado con "pena capital o prisión", toda vez que el texto de la fracción II de que se trata, no se hace ningún distingo entre los diversos casos que regula, de tal manera que si la denuncia contra el *de cuius* forzosamente debe presentarse antes de su fallecimiento, la misma interpretación corresponde hacer por lo que atañe a los descendientes, ascéndientes, hermanos o cónyuge del autor de la herencia, máxime que ésta exégesis del precepto que se estudia encuentra un sólido apoyo en el artículo 1,215, que dispone: "Cuando la parte agraviada de cualquiera de los modos que expresa el artículo 1,213, perdonare al ofensor, recobrará este el derecho de suceder al ofendido, si el perdón consta por declaración auténtica o por hechos indubitables". Es decir, "suceder al ofendido", quiere decir, heredar al autor de la herencia y, por lo mismo, si éste perdona la ofensa, necesariamente tiene que hacerlo en vida y, por tanto, la denuncia del hecho delictuoso contra sus ascendientes, descendientes, hermanos o cónyuge debe efectuarse durante la vida del autor de la sucesión, para que éste se encuentre en posibilidad de perdonar la ofensa.

Amparo directo 911/971. Fermín Martínez Villareal. 6 de julio de
1972. 5 votos. Ponente: Enrique Martínez Ulloa.

CAPITULO V.

SUGERENCIA DE MODIFICACIONES AL CODIGO CIVIL.

El legislador tradicionalmente ha comprendido en la rama familiar del Derecho Civil, lo relacionado con las sucesiones, debe subrayarse que un contexto amplio, la familia es el conjunto de personas que están unidas por matrimonio, por definición y excepcionalmente por la adopción.

"Esta palabra designa también, en un sentido más limitado, a los miembros de la familia que viven bajo un mismo techo, sujetos a la dirección y con los recursos del jefe de la casa. Era éste el sentido primitivo de la palabra latina "familia", que designaba especialmente la casa".¹

En las sociedades modernas, el pequeño grupo de la familia es el más importante de todos los elementos que componen las grandes aglomeraciones del hombre que reciben el nombre de naciones.

La familia es un núcleo irreductible y el conjunto vale lo que ella misma vale, cuando se altera o se disuelve, todo el resto se derrumba, este aspecto a sido tomado en cuenta por los publicistas quienes incluso

¹ Planiol, Marcel; Tratado Elemental del Derecho Civil; Cajica-Porrúa, México, 1946. p.304.

han estructurado campañas políticas utilizando para el efecto el lema: "bienestar para tu familia".

La desaparición del sujeto en el que descansaban toda una serie de relaciones jurídicas hace surgir el problema de proveer a la conservación de tales relaciones y su continuación en la persona de un sujeto para que tales relaciones no queden vacantes indefinidamente. para que en esta sucesión exista el vínculo que una al causante con el sucesor, toca al Derecho determinar el modo de señalarse ese sucesor o sea el llamado a suceder (vocación hereditaria), con base en ciertos criterios, que no pueden ser arbitrarios.

La función social del patrimonio, la necesidad de que los derechos y las obligaciones no se limiten a ser simples atributos de una persona, sino medios jurídicos con los cuales pueda continuar la función familiar y social de los bienes; la seguridad del tráfico jurídico y de los acreedores del causante, la ordenación adecuada de los bienes para hacer posible el disfrute del caudal hereditario y su distribución, son presupuestos que el Derecho Positivo debe tomar en consideración para regular esta sustitución de sujetos.

"Igualmente debe tomarse en cuenta el fin que persigue la propiedad privada en los intereses de la familia a quien, en parte, están dedicados los bienes de los padres y el derecho de disposición

exclusiva para el caso de muerte que tiene el propietario sobre sus bienes, sin el cual, la propiedad se tomaría un simple derecho de usufructo vitalicio. Según el modo como se han conjugado estos fines, las disposiciones jurídicas han variado en las distintas épocas y países".²

El derecho a la disposición que menciona Dn. José Arce, en el caso de muerte, es obvio que debe caducar, al concluir la personalidad del sujeto, además la masa hereditaria debe cumplir con las obligaciones legales y morales que el *de cuius* tenía para con su familia, independientemente de su voluntad debe prevalecer invariablemente el interés social.

La riqueza, explican los economistas, es fruto del quehacer colectivo y en este orden de ideas, ha sido gestada, de alguna forma por el grupo familiar primero y por la sociedad en su conjunto después.

Por lo tanto es conveniente realizar algunas modificaciones al Código civil para el Distrito Federal que permitan por un lado proteger el bienestar familiar y por el otro que la riqueza en el caso de no existir parientes cercanos, regrese a la sociedad mediante la beneficencia pública.

² Arce y Cervantes, José; De las Sucesiones; Porrúa, México, 1992. p.27.

5.1. MODIFICACIONES AL LIBRO PRIMERO.

ACTUALMENTE DICE.

- Artículo 205.- Muerto uno de los cónyuges, continuará el que sobreviva en la posesión y administración del fondo social, con intervención del representante de la sucesión mientras no se verifique la partición.

- Artículo 653. Fracción, III.
III. Al ascendiente más próximo en grado al ausente;
IV...

- Artículo 673. Fracción II.
Pueden pedir la declaración de ausencia:
Los herederos instituidos en testamento abierto;

- Artículo 681. Los herederos testamentarios, y en su defecto, los...

PROPUESTA DE REFORMA.

- Artículo 205. "Muerto uno de los cónyuges, continuará el que sobreviva en la posesión y administración del fondo social, considerándose a partir de ese momento que el matrimonio se efectuó por sociedad conyugal".

- Artículo 653. Fracción, III.
"Se nombrará depositario:
III. A la Secretaría de Salud.
IV..."

- Artículo 673. Fracción II.
"Pueden pedir la declaración de ausencia :
II. Los herederos instituidos por testamento abierto, siempre y cuando se encuentren hasta en cuarto grado de parentesco".

- Artículo 681. "Los herederos testamentarios que se encuentran hasta en cuarto grado de parentesco, y...

- Artículo 682. Si son varios los herederos y los bienes admiten cómoda división, cada uno administrará la parte que le corresponda.
- Artículo 682. "La declaración de ausencia convierte el contrato de matrimonio al régimen de sociedad conyugal.
- Artículo 701. Los bienes del ausente se entregarán a sus herederos, en los términos prevenidos en el capítulo anterior
- Artículo 701. "Los bienes del ausente se entregarán a sus herederos, siempre y cuando tengan hasta cuarto grado de parentesco, en los términos prescritos para la sucesión legítima".
- Artículo 703. Si el cónyuge presente no fuere heredero ni tuviere bienes propios, tendrá derecho a alimentos.
- Artículo 703. "Corresponde al cónyuge presente el cincuenta por ciento de la masa hereditaria y de sus obligaciones".
- Artículo 714. En el caso previsto por el artículo 703, el cónyuge sólo tendrá derecho a los alimentos.
- Artículo 714. "En el caso previsto por el artículo 703, el cónyuge presente conservará el cincuenta por ciento de los bienes".

5.2. MODIFICACIONES AL LIBRO TERCERO.

ADICIONAR.

- Artículo 1377 Bis. "Se tendrá por inoficioso el testamento que incluya familiares cuyo parentesco exceda el cuarto grado, así como cualquier herencia a persona física o moral, ajena al núcleo familiar".

ACTUALMENTE DICE.

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

Artículo 1624. El cónyuge que sobrevive, concurriendo con 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 a cada hijo debe corresponder. Lo

PROPUESTA DE REFORMA

- Artículo 1487. "Es nulo el testamento captado por dolo o fraude, o el que incluya herederos sin parentesco o teniéndolo éste sea mayor del cuarto grado, exceptuándose las instituciones de beneficencia pública o privada".

• Artículo 1624. "El cónyuge que sobrevive, tendrá derecho al cincuenta por ciento de la masa hereditaria, repartiéndose el otro cincuenta por ciento entre los hijos".

mismo se observará si concurre con hijos adoptivos del autor de la herencia.

En resumen, las modificaciones propuestas contribuirán analíticamente, según los diferentes artículos, a lo señalado a continuación:

Artículos:

205	}	Protegerán el interés del cónyuge supérstite.
682		
703		
714		
1624		

ARTICULO 653, FRACCIÓN II.- Impedirá que el ascendiente más próximo en grado al ausente, sea depositario de la masa hereditaria colocando ésta, bajo la administración de una institución de beneficencia pública.

673	}	Impedirán que tenga legitimación en proceso los herederos instituidos, cuando no exista un grado de parentesco inmediato.
681		
701		
1377		
1487		

CONCLUSIONES.

1.- Retomando la hipótesis que originara el trabajo de tesis respecto a que "...a partir de una investigación jurídico-documental es factible realizar una serie de sugerencias para modificar el Código Civil para el Distrito Federal en sus libros Primero, Título Duodécimo y Tercero, Títulos: Primero, Segundo, Cuarto y Quinto y que se adapte de una manera más razonable a la situación actual de la sociedad mexicana", ésta resulta positiva, toda vez que se logró demostrar que el espíritu del marco jurídico en materia de sucesiones, sobre todo en lo que respecta a la testamentaria, es sumamente individualista de tal forma que se contrapone al interés social que las leyes deben proteger.

El bienestar familiar debe prevalecer sobre la voluntad del *de cujus*, sin pretender caer en puntos de vista populistas, debe subrayarse que de la misma forma que la riqueza nacional es producto del trabajo y del esfuerzo de la sociedad en su conjunto, la riqueza que se genera en el ámbito familiar es fruto del trabajo, esfuerzo y ahorro de la sociedad conyugal y por extensión de los hijos.

2.- Derivado de la investigación se concluye que el origen del derecho sucesorio se localiza en el antiguo derecho romano y que tiene como característica fundamental proteger que la voluntad del *pater*

familias, para bien o para mal se ejecute en el momento de su fallecimiento.

Si bien, esta idea era apropiada a una época en la que prevalecía la voluntad tiránica del jefe de familia, en la actualidad resulta obsoleta, sin embargo, los ordenamientos legales en materia sucesoria continúan influidos por este rasgo individualista del derecho romano.

3.- El marco jurídico de las sucesiones históricamente, en México, se inicia en la promulgación del Código Civil de 1870 y alcanza su status moderno con el Código Civil de 1928, vigente, enriquecido con las diversas reformas constitucionales que se han efectuado para la defensa del bienestar y la protección del patrimonio familiar como son los párrafos quinto y sexto del artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

4.- En cumplimiento del párrafo quinto del artículo 4º de la Carta Magna, el día 6 de enero de 1994, se realizaron reformas al Código Civil para el Distrito Federal, con la finalidad de crear una nueva modalidad testamentaria: el testamento público simplificado.

Al integrarse el artículo 1549 Bis con la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 6 de enero de 1994, a la ley civil del D.F., se pretende, entre otras cuestiones, facilitar que el padre de familia

adquiriente de un inmueble pueda en el mismo acto protocolario establecer testamento sobre el bien adquirido, ya sea por compraventa o por regularización de la tenencia.

5.- Indudablemente, ha habido grandes avances en materia sucesoria, no obstante se hace indispensable que nuestra legislación civil acrecente la defensa y protección de la familia para que en la problemática sucesoria prevalezca invariablemente el interés social, rasgo distintivo de la sociedad contemporánea en la que impera la fuerza del derecho y su filosofía de protección a la familia.

México, D.F., Verano de 1995.

BIBLIOGRAFIA.

- ACOSTA RAMIREZ, Ma. Eugenia; Memoria del II Congreso Familiar de Derecho Familiar; Porrúa, México, 1976.
- ARCE Y CERVANTES, José; De las Sucesiones; Porrúa, México, 1992.
- BAQUEIRO R. Edgar, et al; Derecho de Familia y Sucesiones; Harla, México, 1992.
- BARROSO FIGUEROA, José; Autonomía del Derecho de Familia; Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1986.
- BATIZA, Rodolfo; Las Fuentes de la Codificación Civil; Universidad Nacional Autónoma de Mexico, México, 1984.
- BECERRA BAUTISTA, José; El proceso Civil en México; Porrúa, México, 1990.
- CASTAÑAN TOBEÑAS, José; Derecho Civil Español; Reus, España, 1969.
- CICU, Antonio; Derecho de las Sucesiones: Parte General; Real Colegio de España, Italia, 1964.
- FLORESGOMEZ, Fernando, et al; Nociones del Derecho Positivo Mexicano; Porrúa, México, 1991.
- FYZEE, Asaf A.; Esbozo de la Legislación Musulmana; Sirrey, Francia, 1953.

GARCIA GOYENA; Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español; Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1980.

GÜITRON FUENTEVILLA, Julián; Derecho Familiar; Gama, México, 1972.

JORDANO BARRA, Juan B.; Interpretaciones del Testamento; Bosch, España, 1979.

MILLOT, Louis; Introducción al Derecho Musulmán; Sirey, Francia, 1953.

MOTO SALAZAR, Efraín; Elementos del Derecho; Porrúa, México, 1967.

OBREGON HEREDIA, Jorge; Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal; Porrúa, México, 1984.

PALLARES, Eduardo; Derecho Procesal Civil; Porrúa, México, 1989.

PLANIOL, Marcel; Tratado Elemental del Derecho Civil; Cajica-Porrúa, México, 1946.

PETITE, Eugene; Tratado Elemental del Derecho Romano; Nacional, México, 1971.

PINA, Rafael de; et al; Derecho Procesal Civil; Porrúa, México, 1980.

POLACCO, Vittorio; De las Sucesiones; Bosch, Argentina, 1978.

Recopilación de las leyes de los Reynos de las Indias; Ortega, Andrés, España, 1774.

ROJINA VILLEGAS, Rafael; Derecho Civil Mexicano: Sucesiones; Porrúa, México, 1994.

SIERRA, Justo; Proyecto de un Código Civil; IJ-Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1989.

FUENTES LEGALES.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; Porrúa, México, 1993.

Código Civil para el Distrito Federal y Territorios (1871); Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1980.

Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de Baja California (1884); Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1948.

Código Civil para el Distrito Federal; Porrúa, México, 1995.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, Porrúa, México, 1992.

El Derecho Romano: El Digesto; Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1994.

Diario Oficial de la Federación, Mexico, 6 de enero de 1994.